



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

34. Jahrg.

Januar 2009

Heft 01

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
- BGH:** Rücktritt vom Gebrauchtwagenkauf
- BVerfG:** Pkw als Waffe i.S.d. § 113 II 2 Nr.1 StGB
- ThürVerfGH:** Verfassungswidrigkeit der 5 % Sperrklausel für Kommunalwahl
- BGH:** Hemmung der Verjährung im Mahnverfahren bei Teilforderung
- OLG Naumburg:** Durchbrechung des richterlichen Beratungsgeheimnisses
- VGH Kassel:** Unmittelbare Ausführung polizeilicher Sicherstellung



Juristischer Verlag
Juridicus GbR
Silke Wollburg und
Britta Wegner

Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel. 02 09 - 94 58 06-35
Fax 02 09 - 94 58 06-50

www.juridicus.de
info@juridicus.de

Bankverbindung:
Kto. 177 866 600
Volksbank Schermbeck
BLZ 400 693 63

Steuernummer:
319/5854/0974

Erscheinungsweise: monatlich
Jahresbezugspreis: 69,60 € inklusive Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

GmbH-Recht-Modernisierung	1
---------------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Vorlage an den EuGH zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Ein- und Ausbaurkosten bei Nachbesserung)	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

LG Frankfurt: Mängelrüge im Reiserecht (Unverzichtbarkeit auch bei Unmöglichkeit der Abhilfe)	4
BGH: Rücktritt vom Gebrauchtwagenkauf (Feuchtigkeit im Innenraum)	7
BGH: kein eigener Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers (Betriebsbezogenheit des Eingriffs weiter erforderlich)	11

Strafrecht

BGH: Heimtückemord (nach vorangegangener feindseliger Auseinandersetzung)	13
BVerfG: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (Pkw ist keine Waffe i.S.d. § 113 II 2 Nr.1 StGB)	16

öffentl. Recht

OVG Münster: Carport außerhalb überbaubarer Grundstücksflächen (nicht generell unzulässig)	19
VG Karlsruhe: Verhältnismäßigkeit einer Untersagungsverfügung (Anforderungen an die Prognose bei einem Volksfest)	23
ThürVerfGH: 5 %-Klausel für Kommunalwahl (Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel)	25

Kurzauslese I

BGH: Urheberschutz (§ 95a III UrhG ist Schutzgesetz i.S.d. § 823 II 1 BGB)	29
BGH: Schönheitsreparaturklausel (zulässiges Farbdiktat des Vermieters)	29
OLG Düsseldorf: Anzeigepflicht des Mieters (verborgene Mängel)	31
OLG Hamm: gef. Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung durch Kopfstoß)	31
BGH: Körperverletzung durch HIV-Übertragung (Verjährung)	33
OLG Düsseldorf: Vollrausch (subj. Tatbestand)	33
AG München: Personenbezogene Daten (IP-Adressen)	35
OLG Düsseldorf: Beitragsschuld (Auswirkungen der Zahlungsverjährung)	35
OVG NRW: Gruppe ohne Fraktionsstatus (Begriffsdefinition)	37

Entscheidungen prozessuales Recht

Zivilrecht

OLG Saarbrücken: Versicherungsnehmer kann an seinem Wohnsitz klagen (Neuregelung des § 215 VVG auf Altverträge anwendbar)	39
BGH: Hemmung der Verjährung im Mahnverfahren (bei Teilbetrag mehrerer Einzelforderung Aufschlüsselung erforderlich)	43

Strafrecht

OLG Naumburg:	richterliches Beratungsgeheimnis (Durchbrechung)	47
OLG München:	Wiedereinsetzung in Revisionsbegründungsfrist (nach Urteilszustellung nur an Angeklagten)	50

öffentl. Recht

VGH Kassel:	unmittelbare Ausführung polizeilicher Sicherstellung (einstweiliger Rechtsschutz über § 80 V 3 VwGO)	53
-------------	---	----

Kurzauslese II

BGH:	gerichtl. Hinweispflicht (unschlüssige Klage)	57
KG:	willkürlicher Verweisungsbeschluss (Heilung)	57
OLG Rostock:	Gegenvorstellung (Zulässigkeit)	59
BGH:	Feststellungsurteil (Inhalt)	59
OLG Rostock:	Beschwerde (zulässig bei Rechtsschein einer gerichtl. Entscheidung)	61
KG:	vorl. vollstreckbares Räumungsurteil (Vollstreckungsfähigkeit)	61
OLG Düsseldorf:	Dienstvertrag (Abgrenzung von Zivil- u. Arbeitsgerichtszuständigkeit)	61
KG:	Befangenheitsbesorgnis (unsachlich spöttische Zeugenbefragung)	63
OLG Frankfurt:	Strafurteil (erforderliche Darstellung von Vorstrafen)	65
KG:	Wiedereinsetzungsantrag (Rechtszeitigkeit)	65
BayVGH:	Gebührenbescheid (zulässige Bekanntgabe ggü. Dritten)	67
OVG NRW:	Widerspruchsverfahren (Wegfall im baurechtlichen Verfahren)	67
BVerwG:	Gehörsverletzung (Entscheidung ohne mdl. Verhandlung)	67
OVG Hamburg:	außerordentliche Beschwerde (im Verwaltungsstreitverfahren nicht statthaft)	67

Weitere Schriftumsnachweise	71
--	----

Aufbauschema	Inzidentprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen	74
---------------------	---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Völker-/Europarecht	75
Assessorprüfung:	öffentl. Recht	77

Aus der Gesetzgebung

GmbH-Recht-Modernisierung

Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, in Kraft Treten am 01.11.2008 (BGBl. I S. 2026)

I. Allgemeines

Der Bundesrat hat am 19.09.2008 das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen, das am 01.11.2008 in Kraft getreten ist.

Ein **Schwerpunkt der GmbH-Novelle** liegt in der **Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen**, um die Attraktivität der GmbH nicht nur in der Gründung, sondern auch als am Markt tätiges Unternehmen zu erhöhen und Nachteile der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen auszugleichen. Außerdem sollen die aus der Praxis bekannten **Missbrauchsfälle** im Zusammenhang mit der Rechtsform der GmbH **bekämpft** werden.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. Erleichterung der Kapitalaufbringung und Übertragung von Geschäftsanteilen

- Nach dem neuen GmbH-Recht sind **zwei Varianten der GmbH möglich**: Neben der bekannten **GmbH mit einem Mindeststammkapital von 25.000 €** tritt nach § 5a GmbHG die **haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (UG)**. Hierbei handelt es sich nicht um eine neue Rechtsform, sondern vielmehr um eine **Einstiegsvariante der GmbH**, die mit einem Mindeststammkapital ab 1 € gegründet werden kann. Diese GmbH-Variante darf aber ihre Gewinne nicht vollständig ausschütten, sondern muss das Mindeststammkapital der „richtigen“ GmbH nach und nach ansparen; ist das Stammkapital erreicht, kann die Gesellschaft zur GmbH umfirmiert werden.
- Die **Gesellschafter können individuell über die jeweilige Höhe ihrer Stammeinlagen entscheiden**. Bei Neugründungen bzw. Kapitalerhöhungen kann von vornherein eine flexible Stückelung gewählt werden, bereits vorhandene Geschäftsanteile können leichter aufgeteilt, zusammengelegt und einzeln oder zu mehreren Dritten übertragen werden.

2. Einführung von Musterprotokollen

Für unkomplizierte Standardgründungen (z.B. Bargründungen, max. 3 Gesellschafter) werden **zwei beurkundungspflichtige Musterprotokolle als Anlage zum GmbHG** zur Verfügung gestellt. Die Vereinfachung wird vor allem durch die Zusammenfassung von Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste bewirkt.

3. Vereinfachung und Beschleunigung der Registereintragung

- Das **MoMiG verkürzt** in Fortführung des durch Anfang 2007 in Kraft getretenen Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) die bereits erhebliche Beschleunigung der Eintragung einer Gesellschaft die **Eintragungszeiten** weiter: So konnte bislang eine Gesellschaft nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung zur Eintragung eine staatliche Genehmigungsurkunde vorlag; nunmehr müssen GmbHs wie Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften keine Genehmigungsurkunden mehr beim Registergericht einreichen.
- Außerdem wird die **Gründung der Ein-Personen-GmbH vereinfacht**, da hier besondere Sicherheitsleistungen für den noch nicht erbrachten Teil der Stammeinlage nicht mehr erforderlich sind.
- Das MoMiG stellt ausdrücklich klar, dass das Gericht bei der **Gründungsprüfung** nur dann die Vorlage von Einzahlungsbelegen oder sonstigen Nachweisen verlangen kann, wenn es erhebliche Zweifel hat, ob das Kapital ordnungsgemäß aufgebracht wurde. Bei Sacheinlagen wird in **Angleichung an die Rechtslage bei der AG** die Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht auf die Frage beschränkt, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung gegeben ist; nur bei entsprechenden Hinweisen kann damit zukünftig im Rahmen der Gründungsprüfung eine externe Begutachtung veranlasst werden.

4. Erhöhung der Attraktivität der Rechtsform der GmbH

- Durch die **Streichung des § 4a II GmbHG** ist es für deutsche Gesellschaften nunmehr möglich, einen im Ausland liegenden Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendigerweise mit dem Satzungssitz übereinstimmen muss. Dadurch wird der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht, auch ihre Auslandstöchter in der Rechtsform der GmbH zu führen.
- Nach dem Vorbild des Aktienregisters gilt zukünftig **nur noch derjenige als Gesellschafter, der auch in die Gesellschafterliste eingetragen ist.**
- Die **Gesellschafterliste** dient zudem als **Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Gesellschaftsanteilen**: Wer einen Gesellschaftsanteil erwirbt, kann darauf vertrauen, dass die in der Gesellschafterliste geführte Person auch tatsächlich Gesellschafter ist. Ist eine unrichtige Eintragung mindestens 3 Jahre lang unbeanstandet geblieben, gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber des Gesellschaftsanteils gegenüber als richtig.
- Das komplexe **Eigenkapitalersatzrecht** ist **erheblich vereinfacht** worden, indem die gesetzlichen Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. über die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen gestrichen und die früheren Rechtsprechungsregeln zu § 30 GmbHG aufgehoben worden sind. Eine Unterscheidung zwischen „eigenkapitalersetzenden“ und „normalen“ Gesellschafterdarlehen gibt es nicht mehr, d.h. alle Darlehen werden nunmehr gleich behandelt. Gesellschafterdarlehen werden erst in der Insolvenz besonders berücksichtigt gegenüber Fremddarlehen, denn sie sind letzteren gegenüber nachrangig. Außerdem sind Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen im letzten Jahr vor Stellung eines Insolvenzantrages nach § 135 InsO anfechtbar mit der Folge, dass der Gesellschafter das Erhaltene zur Masse zurückgewähren muss. Damit wird die Gefahr verringert, dass dem Unternehmen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Gegenstände nicht mehr zur Verfügung stehen, die für eine Fortführung des Betriebs notwendig sind.

5. Missbrauchsbekämpfung

- Die **Möglichkeit der Rechtsverfolgung gegenüber Gesellschaften** wird beschleunigt: Zukünftig muss im Handelsregister eine inländische Geschäftsadresse eingetragen werden; dies gilt auch für AG, Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften sowie Zweigniederlassungen (auch von Auslandsgesellschaften). Ist unter dieser eingetragenen Anschrift eine Zustellung faktisch unmöglich, wird gegenüber jur. Personen die sonstige öffentliche Zustellung im Inland eröffnet.
- Hat die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr, so sind die **Gesellschafter nunmehr dazu verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen**; diese Antragspflicht kann also nicht mehr durch ein „Abtauchen“ des Geschäftsführers umgangen werden.
- Die **Anforderungen an die Person des Geschäftsführers** sind **verschärft** worden, indem die Ausschlussgründe nach § 6 II Nr.3a ff GmbHG um Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, falscher Angaben und unrichtiger Darstellungen sowie Verurteilungen aufgrund allgemeiner Straftatbestände mit Unternehmensbezug (§§ 263 – 264a und §§ 265b – 266a StGB) erweitert wurden; dies gilt auch für Verurteilungen wegen vergleichbarer Straftaten im Ausland.
- Schließlich **trifft den Geschäftsführer nach § 64 GmbHG eine Rückzahlungspflicht**, wenn durch Zahlungen an Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit ausgelöst wurde; damit verschärft das MoMiG die ohnehin zuvor bereits bestehende Haftung auf Auszahlungen an die Gesellschafter, um dadurch der „Ausplünderung“ der Gesellschaft durch seine Gesellschafter nach Eintritt der Insolvenzzreife vorzubeugen.

BrandaktuellBGB
§ 439**Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH
zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
bei Ein- und Ausbaurkosten bei Nachbesserung**

KaufR

(BGH, Beschluss vom 14. Januar 2009 - VIII ZR 70/08, Pressemitteilung des BGH Nr. 8/2009)

Fall: K erwarb bei V, die einen Baustoffhandel betreibt, Bodenfliesen zum Preis von 1.382,27 €. Nachdem er die Fliesen in seinem Wohnhaus hatte verlegen lassen, zeigten sich Mängel. Deswegen hat K von V die Lieferung neuer Fliesen sowie die Zahlung **zukünftig noch entstehender Aus- und Einbaurkosten** in Höhe von 5.830,57 € begehrt.

Das Landgericht hat der Klage zu einem geringen Teil in Höhe von 273,10 € stattgegeben und sie im Übrigen, so auch wegen der Ausbaurkosten, abgewiesen. Auf die Berufung des K hat das Oberlandesgericht die Beklagte dagegen unter anderem zur Zahlung der **Kosten für den Ausbau** der Fliesen in Höhe von 2.122,37 € verurteilt. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Der für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat das Revisionsverfahren ausgesetzt und gemäß der Verpflichtung aus Art. 234 EG-Vertrag dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Fragen zur **Auslegung des Gemeinschaftsrechts** zur Vorabentscheidung vorgelegt.

- I. Der BGH ist der Auffassung, dass das deutsche Recht in § 439 III BGB das Recht des Verkäufers vorsieht, die **Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der dafür erforderlichen Kosten zu verweigern**. Eine solche absolute Unverhältnismäßigkeit sei hier anzunehmen, weil die Kosten der Nacherfüllung (Lieferung neuer Fliesen und Ausbau der mangelhaften Fliesen) mit insgesamt rund 3.300,00 € den Wert der Fliesen im mangelfreien Zustand, der nicht mehr als den Kaufpreis beträgt, um deutlich mehr als 150% überschreiten.

Er wirft deshalb die Frage auf, ob die **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** einer **nationalen gesetzlichen Regelung entgegensteht**, wonach der Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes die vom Verbraucher verlangte Art der **Abhilfe auch dann verweigern** kann, wenn sie ihm **Kosten verursachen** würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (**absolut unverhältnismäßig**) wären. Die Richtlinie könnte nach Auffassung des BGH könnte dahin auszulegen sein, dass der Verkäufer die Nacherfüllung nicht wegen absoluter, sondern nur wegen relativer ("... verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit ...") Unverhältnismäßigkeit der dafür erforderlichen Kosten verweigern darf.

- II. Zudem kann K nach Auffassung des BHG von V **nach deutschem Recht** im Rahmen der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) die **Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen nicht verlangen**, selbst wenn ein solcher Anspruch grundsätzlich zu bejahen wäre.

Er wirft deshalb zudem die Frage of, ob die Regelungen des Art. 3 II, III Unterabs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dahin auszulegen sind, dass der Verkäufer im Falle der **Herstellung des vertragsgemäßen Zustands** des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung die **Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsgutes** aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, **tragen muss**.

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Mängelrüge im Reiserecht

ZPO

§§ 651c I, 651d II

Unverzichtbarkeit auch bei Unmöglichkeit der Abhilfe

(LG Frankfurt, NJW-RR 2008, 1590, Urteil vom 24.01.2008 - 2/24 S 96/07)

1. Eine Reisepreisminderung kann grundsätzlich erst dann geltend gemacht werden, wenn der Mangel zuvor gerügt worden ist.
2. Auch wenn der Reiseveranstalter den Mangel kennt oder wenn eine Abhilfe unmöglich sein sollte, ist eine Rüge notwendig.
3. Die Eintönigkeit von Speisen stellt bei einem Hotel hoher Kategorie einen Reisemangel dar.
4. Auch mangelnde Sauberkeit bei der Tischwäsche und der Stühle am Pool berechtigen grundsätzlich zur Reisepreisminderung.
5. Diese Mängel berechtigten bei einem Hotel der Kategorie 5 zu einer Reisepreisminderung von 25 %.

A. Grundlagenwissen: Reisemängelrecht, §§ 651a ff. BGB

I. Begriff des Reisevertrages

Ein Reisevertrag liegt vor, wenn eine Mehrheit von Reiseleistungen in einem Vertrag angeboten wird, § 651a I 1 BGB.

II. Wer ist Reiseveranstalter?

Reiseveranstalter ist, wer Reiseleistungen als eigene anbietet. Dieses Angebot muss nicht im Rahmen gewerblicher Tätigkeit oder mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgen. Reiseveranstalter ist damit grundsätzlich nicht das Reisebüro, das den Reisevertrag zwischen Reisendem und Reiseveranstalter nur vermittelt. Ist das Reisebüro aber selbst der Reiseveranstalter, finden die Vorschriften über den Reisevertrag aber Anwendung. Die eigentlichen Leistungsträger (z.B. Fluggesellschaft, Hotel) sind wiederum nicht Vertragspartner des Reisenden.

III. Was ist ein Reisemangel?

Ein Reisemangel liegt nach § 651c BGB dann vor, wenn der Reise zugesicherte Eigenschaften fehlen oder sie mit einem Fehler behaftet ist, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Nutzen aufhebt oder mindert. Diese Vereinbarungen ergeben sich häufig auch aus den Reiseprospekten.

IV. Haftung wegen Leistungsstörungen

Der Veranstalter haftet für Reisemängel nach § 651 c-e BGB unabhängig davon, ob er sie zu vertreten hat. Für einen Schadensersatzanspruch nach § 651f BGB ist allerdings ein Vertretenmüssen erforderlich, dass vermutet wird; der Reiseveranstalter kann sich jedoch entlasten.

Allerdings muss der Reisende grundsätzlich nach § 651c II BGB zunächst Anzeige machen bzw. Abhilfe verlangen. Danach steht ihm ein Minderungs- oder Kündigungsrecht zu. Jedoch müssen die Ansprüche zur Rechtswahrung nach § 651g I BGB innerhalb einer Frist von 1 Monat nach der vertraglich vorgesehenen Beendigung der Reise gegenüber dem Reiseveranstalter geltend gemacht werden. Die Verjährungsfrist für die Ansprüche beträgt dann 2 Jahre, § 651g II BGB.

Beachte: Wird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen (§ 651f II BGB)

B. Unverzichtbarkeit der Mängelrüge im Reiserecht (LG Frankfurt, NJW-RR 2008, 1590)

Fall: K hat bei der Reiseveranstalterin T eine Pauschalreise gebucht in einem Urlaubshotel, das mit fünf Globen im Katalog der T angezeigt wird. Die Halbpension wurde in Buffetform angeboten. Der Reisepreis betrug 4.786,00 €.

Vor Ort musste K dann feststellen, dass auf dem Buffet nur zwei Hauptspeisen angeboten werden und die Tischdecken nur dürrtig gewechselt werden. Zudem waren die Stühle am Pool verschmutzt und der Pool selbst nur 0,50 m tief.

Die dem angegebenen Standard des Hotels nicht entsprechende Verpflegung und die mangelnde Sauberkeit im Restaurant und bei den Stühlen am Pool wurden vor Ort ergebnislos bei der Reiseleitung gerügt.

Nach Urlaubsrückkehr macht K innerhalb von 3 Wochen am 20.06.2005 eine Reisepreisminderung wegen der schlechten Verpflegung, der mangelnden Sauberkeit und der zu geringen Pooltiefe geltend, die ein Schwimmen für Erwachsene nicht ermöglicht habe und keine Einschränkung dahingehend gemacht wurde, dass nur ein Kinderplanschbecken vorhanden ist. Er ist der Auffassung, dass er die zu geringe Pooltiefe nicht vor Ort rügen musste, da eine Abhilfe durch die Reiseleitung nicht möglich gewesen wäre. Hat K einen Anspruch auf Reisepreisminderung?

I. Vorliegen eines Reisemangels

Die gerügten Umstände müssten Reisemängel nach § 651c I BGB sein. Dies ist der Fall, wenn der Reiseveranstalter die Reise nicht so erbringt, dass sie die zugesicherten Eigenschaften hat oder wenn sie mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Nutzen aufheben oder mindern.

1. Speisenauswahl

„Zu Recht hat das AG festgestellt, dass die Verpflegung einen Reisemangel i.S. von § 651c I BGB dargestellt hat. Zwar ist der Berufung insoweit durchaus zuzugestehen, dass das Rechtswahrungsschreiben des K vom 20.06.2005 eine gewisse Ungereimtheit enthält in Bezug auf die Speisenauswahl, da dort an einer Stelle auch ein ‚Lachsangebot‘ erwähnt wird. Jedoch führt dies ... nicht dazu, dass die gesamten Angaben des K als unglaubhaft anzusehen sind.

Selbst wenn es an zwei Tagen Lachs gegeben haben sollte, führt dies nicht zu einer grundlegend anderen Bewertung bezüglich der Eintönigkeit der Speisen. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass das hier gebuchte Hotel mit fünf Globen bewertet worden ist, also mit einer der höchsten Kategorien überhaupt. Bei einem solchen Hotel müssen bei einem Buffet auch mehr als zwei Hauptspeisen angeboten werden.“ (LG Frankfurt, aaO)

2. Sauberkeit

„Weiterhin hat das AG den dürrtigen Wechsel von Tischdecken im Restaurant und die verschmutzten Stühle am Pool als Reisemangel i.S. von § 651c I BGB angesehen. Auch dies ist berufsrechtlich nicht zu beanstanden.“ (LG Frankfurt, aaO)

3. Pooltiefe

Gibt der Reiseveranstalter in der Hotelbeschreibung das Vorhandensein eines Pools ohne die Einschränkung an, dass es sich um ein Kinderplanschbecken handelt, so dürfen auch Erwachsene erwarten, sich in einem Schwimmbecken aufhalten zu können. Fehlt diese zugesagte Einrichtung, liegt ein Reisemangel vor.

II. Abhilfeverlangen

Liegt ein Reisemangel vor, so ist der Reisende nach § 651d I BGB berechtigt, den Reisepreis zu mindern. Dies setzt jedoch nach § 651d II BGB voraus, dass der Reisende den Mangel angezeigt hat. Dazu muss er nach § 651c II BGB vor Ort die Abhilfe verlangen. Unterlässt er dies schuldhaft, kann er keine Reisepreisminderung geltend machen.

1. Speisenauswahl und Sauberkeit

Hinsichtlich der Speisenauswahl und der Sauberkeit von Tischwäsche und Stühlen am Pool wurde der Reiseveranstalter vor Ort vergeblich um Abhilfe ersucht, so dass eine Reisepreisminderung nach § 651d II BGB ausgeschlossen ist.

2. Pooltiefe

Hinsichtlich der Pooltiefe wurde keine Abhilfe verlangt. Fraglich ist, ob ein solches Abhilfeverlangen entbehrlich war, weil insofern ohnehin keine Abhilfe durch Vergrößerung der Tiefe möglich gewesen wäre.

*„Der Reisende kann grundsätzlich erst dann eine Minderung des Reisepreises wegen des Vorliegens von Mängeln geltend machen, wenn er zuvor den Mangel gerügt hat. **Sinn und Zweck** dieser Regelung ist es, den Reiseveranstalter davon in Kenntnis zu setzen, dass sich der Reisende von vorliegenden Reismängeln beeinträchtigt fühlt, und ihm zunächst **Gelegenheit zur Abhilfe** zu geben. Ohne Kenntnis davon, ob sich ein Reisender von einem Mangel beeinträchtigt fühlt oder nicht, besteht für einen Reiseveranstalter auch bei Kenntnis des Mangels kein Anlass dazu, auch ohne eine Rüge von sich aus Abhilfe anzubieten.*

***Nicht jeder Reisende** fühlt sich **in gleicher Weise** durch das Vorliegen eines Mangels beeinträchtigt. Es kann Reisende geben, die einen Umstand, den andere als Mangel ansehen, als bloße Unannehmlichkeit bewerten. Selbst wenn beispielsweise Lärm für jedermann zu hören ist, heißt dies nicht, dass sich jeder Reisende hierdurch gestört fühlt: Reisende haben erfahrungsgemäß unterschiedliche Vorstellungen über die Gestaltung ihres Urlaubs. Es gibt Reisende, die sich den ganzen Tag über auf Ausflügen befinden, um die nähere Umgebung zu erkunden. Des Weiteren werden beispielsweise Belastungen im Zusammenhang mit Geräuscentwicklung individuell sehr unterschiedlich empfunden. Aus diesem Grund vermag die Kammer der teilweise **in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht**, nach der eine Mängelanzeige bei Kenntnis des Mangels durch den Veranstalter nicht notwendig sei (vgl. Führich, ReiseR, 5. Aufl. [2005], Rdnr. 296 m.w.N.), **nicht zu folgen**.“ (LG Frankfurt, aaO)*

Es ist auch nicht erkennbar, aus welchem Grund es dem Reisenden nicht zuzumuten sein soll, dem örtlichen Vertreter des Reiseveranstalters kundzutun, dass er sich durch das Vorliegen eines Mangels subjektiv beeinträchtigt fühlt.

*„Nach Auffassung der Kammer ist es mit dem Sinn und Zweck des § 651d II BGB nicht vereinbar, dass der Reisende, ohne seine Beeinträchtigung kundzutun, **„duldet und liquidiert“**. Entsprechendes gilt auch dann, wenn eine **Abhilfe unmöglich gewesen** ist, so dass der Reisende auch in diesem Fall ohne Mitteilung seiner subjektiven Betroffenheit durch einen (fehlenden) Umstand nicht „dulden und liquidieren“ kann. Dies führt auch **zu keinem rein subjektiven Mangelbegriff**, da das Gesetz in § 651d II BGB als Folge einer fehlenden Rüge den Ausschluss des Eintritts der Minderung vorsieht. Für die Entscheidung, ob dem Veranstalter bekannte Mängel bzw. nicht abhilfefähige Mängel zu rügen sind oder nicht, kommt es überhaupt nicht darauf an, ob im Reisevertragsrecht ein objektiver oder subjektiver Mangelbegriff zu Grunde zu legen ist. Vielmehr ist allein entscheidend, ob **Sinn und Zweck einer gesetzlichen Regelung** es zulassen, **entgegen dem eindeutigen Wortlaut diese Ausnahmen zulassen**, was hier nach Auffassung der Kammer nicht der Fall ist.“ (LG Frankfurt, aaO)*

Nach all dem scheidet gem. § 651d II BGB bezüglich des Pools ein Minderungsanspruch aus.

III. Höhe der Reisepreisminderung

Hinsichtlich der Höhe der Reisepreisminderung verweist § 651d I 2 BGB auf § 638 III BGB. Danach ist der Reisepreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Reise in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Dies ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

„Hinsichtlich der eben aufgeführten Mängel hat das AG eine Minderungsquote von 25% für angemessen gehalten. Bei einem Gesamtreisepreis von 4786 Euro ergibt sich bei einer 25%-igen Minderungsquote für die gesamte Reisezeit ein Minderungsbetrag von 1196,50 Euro. Angesichts der Tatsache, dass es sich vorliegend um ein Hotel der gehobenen Klasse handelt, ist auch ein gehobener Standard in Sachen Verpflegung und Sauberkeit geschuldet. Dies ist bei der Bemessung der Minderungsquote entsprechend zu berücksichtigen. Danach ist die vom AG angesetzte Quote von 25% nicht zu beanstanden.“ (LG Frankfurt, aaO)

IV. **Ergebnis:** Der geltend gemachte Anspruch besteht nur teilweise. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

BGB
§§ 437 Nr. 2, 323

**Rücktritt vom Gebrauchtwagenkauf
Feuchtigkeit im Innenraum**

KaufR

(BGH, Beck RS 2008 25323, Urteil vom 5. November 2008 – VIII ZR 166/07)

1. Das **Eindringen von Feuchtigkeit in den Innenraum eines Kraftfahrzeugs** stellt einen **Fehler** nach § 434 I 2 Nr. 3 BGB dar.
2. Eine **Fristsetzung** zur Nacherfüllung nach § 323 I BGB ist **entbehrlich**, wenn die **Nacherfüllung fehlgeschlagen** ist.
3. Auch bei einem Gebrauchtwagen ist das **Eindringen von Feuchtigkeit** in den Innenraum erheblich, da es für die meisten – wenn nicht für alle – Kaufinteressenten **Grund** sein wird, **von einem Kauf Abstand zu nehmen**.
4. Die **ungenehmigte Beseitigung** des Fehlers durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen nach wirksam erklärtem **Rücktritt** macht diesen **nicht nach § 242 BGB treuwidrig**.

A. Grundlagenwissen: Der Begriff des Sachmangels, § 434 BGB

I. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 I S. 1 BGB

Mit der Entscheidung des Gesetzgebers für den subjektiven Fehlerbegriff in § 434 I 1 BGB ist klar, dass es vorrangig auf eine **Beschaffenheitsvereinbarung zwischen den Parteien** ankommt. Hierzu gehört neben der ausdrücklichen Vereinbarung über die Eigenschaften einer Sache auch all das, was der **Verkäufer dem Käufer gegenüber als vorhandene Eigenschaften der Sache beschreibt**, sofern der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung getroffen hat. Die – auch nur beschreibenden – Erklärungen des Verkäufers werden damit zum Inhalt des Vertrages und damit zur Beschaffenheitsvereinbarung.

Als Beschaffenheitsvereinbarung ist es auch anzusehen, wenn auf **technische Spezifikationen**, insbesondere auf technische Regelwerke und Normen (z.B. DIN, Prüfzeichen usw.) Bezug genommen wird.

Maßgebend ist der Wille der Parteien sein und die vereinbarte Beschaffenheit, die von ihnen zum Gegenstand des Vertrages gemacht wurde. Hier zeigt sich auch, dass die **Unterscheidung zwischen Fehlern und dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft aufgehoben** wird. Aussagen des Verkäufers, die nach alter Rechtslage als Eigenschaftszusicherung anzusehen waren, haben nunmehr Bedeutung für die Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I 1 BGB.

Fehlt es an einer **Beschaffenheitsvereinbarung**, so bestimmt § 434 I 2 BGB welche Beschaffenheit als vereinbart gilt.

II. Eignung zur vertraglich vereinbarten Verwendung, § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB ist Sachmängelfreiheit dann anzunehmen, wenn sich die Sache für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet. Dieser Verwendungszweck muss allerdings **zum Inhalt des Vertrages gemacht** worden sein. Die einseitige Erwartung des Käufers reicht nicht aus (beachte aber § 434 I 2 Nr. 2 BGB).

Anders ist es jedoch zu sehen, wenn diese **Erwartungshaltung** des Käufers bei den Vertragsverhandlungen **klar zum Ausdruck gekommen** ist und der Verkäufer dieser Erwartungshaltung nicht widerspricht. Hier kann wohl von einer stillschweigenden Verwendungsvereinbarung ausgegangen werden.

III. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Fehlt es an einer Vereinbarung über die Verwendung, so muss die Sache für die gewöhnliche Verwendung geeignet sein und eine Beschaffenheit aufweisen, die **üblicherweise erwartet** werden kann. Dies hat insbesondere für Gattungssachen Relevanz. Für die **Erwartungshaltung** des Käufers erklärt § 434 I 3 BGB auch für erheblich, welche **öffentlichen Äußerungen**, zu denen insbesondere **Werbeaussagen** zählen, über die Sache gemacht wurden. Bemerkenswert ist, dass es hier nicht nur auf Aussagen des **Verkäufers** oder seiner **Gehilfen**, sondern auch auf Aussagen des **Herstellers** ankommt. Hierbei hat der Gesetzgeber berücksichtigt, dass die Erwartungshaltung des Käufers auch von solchen Werbeaussagen des Herstellers geprägt ist, unabhängig davon, ob der Verkäufer sie bei den Vertragsverhandlungen aufgreift oder nicht. Allerdings ist zu beachten, dass bei einem Aufgreifen der öffentlichen Äußerungen des Herstellers durch den Verkäufer auch eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB vorliegen kann.

Die Aussagen des Herstellers muss der Verkäufer sich grundsätzlich zurechnen lassen. Dies gilt nach § 434 I 3 BGB jedoch nur, wenn der Verkäufer

- die Äußerungen **kannte** oder **infolge Fahrlässigkeit nicht kannte** (z.B. weil er sich nicht über die Herstellerangaben informiert hat) oder
- die **Äußerungen nicht** in einer ihrer Entäußerung gleichwertigen Weise **berichtigt** waren (z.B. durch eine Klarstellung in späterer Werbung oder durch den Verkäufer selbst) oder
- die Äußerungen die **Kaufentscheidung beeinflussen konnten** (z.B. wenn der Käufer von ihnen keine Kenntnis hatte).

Diese Umstände muss jedoch nicht der Käufer nachweisen. Will der **Verkäufer** für die öffentlichen Äußerungen des Herstellers nicht haften, **muss** er vielmehr das Vorliegen eines der in § 434 I 3 2. HS BGB genannten Gründe **nachweisen**. Er trägt also hierfür die Beweislast.

IV. Montagemängel, § 434 II 1 BGB

Eine Sache ist nach § 434 II 2 BGB auch dann fehlerhaft, wenn sie selbst zwar nicht mangelhaft war, der Verkäufer aber **auch die Montage schuldete** und diese ihrerseits fehlerhaft ist.

Hierbei ist es für die Anwendung von Sachmängelrecht unerheblich, ob die **Sache selbst durch die Montage mangelhaft** wurde oder nur die **Montage als solche mangelhaft** war.

Die Haftung des Verkäufers für die fehlerhafte Montage greift **nicht nur** dann, wenn sie **von ihm selbst durchgeführt** wird, sondern auch, wenn er einen **Erfüllungsgehilfen** einschaltet. Dies hat ausdrücklich in § 434 II 1 BGB Eingang gefunden. Dies ist *lex specialis* zu § 278 BGB.

V. Haftung für fehlerhafte Montageanleitung, § 434 II 2 BGB

In Zeiten, in denen immer mehr Gegenstände der **Selbstmontage** des Käufers überlassen bleiben, der Verkäufer sich also nicht zur Montage als Zusatzleistung verpflichtet, hielt der Gesetzgeber es für angebracht, einen Sachmangel auch dann anzunehmen, wenn die Montage durch den Käufer deshalb zu einer **Mangelhaftigkeit der Sache** selbst führte, **weil die Montageanleitung fehlerhaft** war (sog. **IKEA-Klausel**). Hier fällt die Entstehung des Mangels letztlich auch in den Verantwortungsbereich des Verkäufers, so dass dieser hierfür auch im Rahmen des Sachmängelrechts einzustehen hat. Dies gilt jedoch nur, wenn sich die **fehlerhafte Montageanleitung** auch **tatsächlich ausgewirkt** hat. Ist dem Käufer trotz Fehlerhaftigkeit der Montageanleitung die fehlerfreie Montage gelungen, so haftet der Verkäufer nicht. Allerdings ist diese fehlerfreie Montage von ihm zu beweisen.

B. Rücktritt vom Gebrauchtwagenkauf wegen Feuchtigkeit im Fahrzeuginnenraum (BGH, Beck RS 2008, 25323)

Fall: Privatkunde K erwarb von V, der einen Autohandel betreibt, Mitte 2004 einen gebrauchten Range Rover. Kurz darauf beanstandete er, dass Wasser in das Innere des Fahrzeugs eindringe. In Absprache mit V wurde mehrfach versucht, das Fahrzeug abzudichten. Im Mai 2005 beanstandete K, dass erneut Feuchtigkeit im Bereich des vorderen rechten Fußraums sowie im Bereich des rechten Rücksitzes vorhanden sei, und drohte den Rücktritt vom Kaufvertrag an. Im Juni 2005 erklärte er wegen erneut aufgetretener Feuchtigkeit den Rücktritt vom Kaufvertrag und erhob Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises. Im Rahmen der Beweisaufnahme gelang es dem gerichtlich beauftragten Sachverständigen, die Ursache für den Wassereintritt – zumindest provisorisch – zu beheben.

K könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 BGB haben. Er hat einen solchen Anspruch, wenn der Kaufvertrag sich in Folge eines wirksamen Rücktritts in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat.

Dazu müsse der von K erklärte Rücktritt wirksam sein. Dies setzt neben der erfolgten Rücktrittserklärung voraus, dass er sich auf einen Rücktrittsgrund berufen kann. Als Rücktrittsgrund kommt hier §§ 437 Nr. 2, 323 BGB in Betracht.

I. Vorliegen der Voraussetzungen der Sachmängelhaftung nach § 437 BGB

1. Fehlerhaftigkeit der Kaufsache

Die Sachmängelhaftung nach § 437 Nr. 2 BGB setzt voraus, dass die Kaufsache im Sinne des § 437 BGB mangelhaft ist.

Dies ist bei Fehlen konkreter Vereinbarungen über die Eigenschaften der Kaufsache oder die Verwendungseignung nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB zumindest dann der Fall, wenn die Kaufsache nicht die Beschaffenheit aufweist, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war das Fahrzeug bei Gefahrübergang gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, weil an mehreren Stellen Feuchtigkeit in das Fahrzeuginnere eindrang. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision, da ihr günstig, auch nicht angegriffen.“ (BGH, aaO)

2. bei Gefahrübergang

Dieser Fehler muss nach § 434 I BGB auch bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Gefahrübergang erfolgt nach § 446 S. 1 BGB mit Übergabe der Sache. Da das Eindringen der Feuchtigkeit schon kurze Zeit später von K gerügt wurde und das Vorliegen des Fehlers bei Übergabe unstreitig ist, kommt es nicht auf die Beweislastumkehr des § 476 BGB, die bei einem Verbrauchsgüterkauf der vorliegenden Art innerhalb von 6 Monaten zugunsten des Käufers eingreift.

3. kein Ausschluss der Sachmängelhaftung

Ein vertraglicher Ausschluss der Sachmängelhaftung ist nicht erfolgt. Ein gesetzlicher Ausschluss nach § 442 BGB wegen Kenntnis des K von der Mangelhaftigkeit kommt nicht in Betracht.

Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung liegen damit vor, so dass K sich auf die in § 437 BGB genannten Rechte berufen kann.

II. Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 323 BGB

1. angemessene Frist zur Nachbesserung

Nach § 323 I BGB kann K erst dann vom Vertrag zurücktreten, wenn er V eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt hat.

*„Einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bedurfte es gemäß § 440 Satz 1 BGB nicht, weil die Nachbesserungsversuche der Beklagten selbst und eines von ihr eingeschalteten weiteren Kfz-Betriebs nach den rechtsfehlerfreien und von der Revisionserwiderung nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts **erfolglos geblieben** waren, die **Nacherfüllung somit fehlgeschlagen** war (§ 440 Satz 2 BGB).“ (BGH, aaO)*

2. Erheblichkeit des Mangels, § 323 V 2 BGB

K kann eine Rückabwicklung des Vertrages wegen der Mangelhaftigkeit nach § 323 V 2 BGB nur verlangen, wenn der Eintritt von Feuchtigkeit in das Fahrzeuginnere bei einem Gebrauchtwagen einen erheblichen Mangel darstellt.

„Auch für die Beurteilung dieser Frage ist, wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt, auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt war die Gebrauchstauglichkeit des Fahrzeugs dadurch eingeschränkt, dass aus bis dahin ungeklärter Ursache an mehreren Stellen Feuchtigkeit in das Wageninnere eindrang und zwei Fachbetriebe nicht in der Lage waren, Abhilfe zu schaffen. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass ein solcher Befund grundsätzlich als erheblicher Mangel einzustufen ist, weil er - so die Begründung des Berufungsgerichts - "für viele, wenn nicht gar für die meisten Interessenten ein Grund sein (wird), vom Kauf Abstand zu nehmen.

Mit Recht wendet sich die Revision jedoch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Mängel seien deswegen als unerheblich einzustufen, weil es sich bei dem verkauften Fahrzeug um einen acht Jahre alten Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von mehr als 100.000 km handelte und weil das Fahrzeug zur Kategorie der Geländewagen gehört. Das Berufungsgericht zeigt nicht auf, welche Umstände oder Erfahrungssätze seine Auffassung stützen sollen, der verständige Durchschnittskäufer eines derartigen Fahrzeugs werde eher als der Käufer eines normalen Pkw bereit sein, Abstriche zu machen, was das Eindringen von Feuchtigkeit in das Wageninnere angehe. Überdies weist die Revision zutreffend darauf hin, dass es sich bei dem Fahrzeug vom Typ Range Rover nicht um ein üblicherweise im Gelände eingesetztes Arbeitsfahrzeug, sondern um ein luxuriöses Fahrzeug handelt, das mit den großen - heute SUV genannten - Geländewagen der Hersteller Mercedes-Benz, BMW und Volkswagen vergleichbar ist. Es ist kein Grund zu erkennen, der den verständigen Durchschnittskäufer eines - auch älteren - Gebrauchtwagens dieser Kategorie veranlassen könnte, das Eindringen von Feuchtigkeit in das Wageninnere eher hinzunehmen als der Käufer einer Oberklassenlimousine.“ (BGH, aaO)

III. keine Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 BGB

Der Rücktritt ist nach § 218 BGB unwirksam, wenn der Leistungs- oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt sind. Der Nacherfüllungsanspruch verjährt nach § 438 I Nr. 2 BGB nach 2 Jahren. Da das Fahrzeug Mitte 2004 erworben wurde, lief die Verjährungsfrist 2006 ab. Zuvor war der Rücktritt aber schon erklärt und die der Rückzahlungsanspruch gerichtlich geltend gemacht worden.

IV. keine Treuwidrigkeit nach § 242 BGB

Die Wirksamkeit des Rücktritts scheidet auch nicht daran, dass dieser treuwidrig ist. Zwar ist es dem Sachverständigen im Zusammenhang mit der Begutachtung während des Prozesses gelungen, den Fehler provisorisch zu beseitigen. Dies ist jedoch nicht maßgeblich.

„Sowohl nach der Rechtsprechung des Senats zur Wandelung als auch unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) wäre der Kläger nur dann gehindert, an der durch den wirksam erklärten Rücktritt erlangten Rechtsposition festzuhalten, wenn die (provisorische) Mängelbeseitigung im Bereich des Schiebgedachs durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen mit seiner Zustimmung erfolgt wäre. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Eine Zustimmung des Klägers hat es indessen nicht festgestellt, sondern sich statt dessen auf die Bemerkung beschränkt, es könne nicht festgestellt werden, dass die Mängelbeseitigung durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen gegen den Willen des Klägers geschehen sei. Dass der Kläger den Reparaturmaßnahmen des Sachverständigen lediglich nicht entgegengetreten ist, wozu er nach erklärtem Rücktritt auch keine Veranlassung hatte, hindert ihn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht, an seinem Rücktritt festzuhalten.“ (BGH, aaO)

V. Ergebnis: K hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 BGB.

BGB
§ 823 I

**kein eigener Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers
Betriebsbezogenheit des Eingriffs weiter erforderlich**

BGB

(BGH, BeckRS 2008 43428, Urteil vom 14.10.2008 – VI ZR 36/08)

1. Das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** ist ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB.
2. Der BGH hält an der Notwendigkeit der **Betriebsbezogenheit des Eingriffs** fest.
3. Der Arbeitgeber eines verletzten Arbeitnehmers hat daher **keinen eigenen Schadensersatzanspruch** gegen den Unfallverursacher. Er bleibt auf den übergegangenen Anspruch aus § 6 EntgfzG angewiesen. Macht er diesen nicht geltend, sondern einen eigenen Anspruch, ist die Klage unschlüssig.

A. Grundlagenwissen: Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs bei Verkehrsunfällen

Wird jemand durch einen Verkehrsunfall mit einem Pkw verletzt, den ein anderer verursacht hat, so kann der Geschädigte vom Halter des Kraftfahrzeugs nach § 7 StVG und vom Fahrer des Fahrzeugs nach § 18 StVG Schadensersatz verlangen, wobei es bei § 7 StVG als Tatbestand der Gefährdungshaftung auf ein Verschulden des Halters nicht ankommt, bei § 18 StVG wird das Verschulden des Fahrers vermutet, dieser kann sich jedoch exkulpieren. Daneben kann der Geschädigte den Fahrer auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung nach § 823 BGB in Anspruch nehmen, wobei er ihm das Verschulden nachweisen muss.

Häufig ist der Geschädigte aber von Dritter Seite abgesichert, so dass er selbst gar keinen Vermögensschaden erleidet. Da in solchen Fällen der Schädiger und damit auch seine Haftpflichtversicherung hier nicht zulasten Dritter aus der Haftung entlassen werden soll, gibt es zahlreiche Vorschriften, die einen entsprechenden Übergang der Schadensersatzansprüche auf denjenigen vorsehen, welcher den finanziellen Aufwand zunächst zu tragen hat.

I. cessio legis an Sozialversicherungsträger (z.B. Krankenkasse, Sozialhilfe)

Nach § 116 SGB X geht ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadenersatz beziehen.

II. cessio legis an Dienstherrn

Nach § 87b BBG/§ 52 BRRG gehen Schadensersatzansprüche, die einem Beamten, einem Versorgungsberechtigten oder einem ihrer Angehörigen infolge einer körperlichen Verletzung zustehen insoweit auf den Dienstherrn über, als dieser während einer auf der Körperverletzung beruhenden Aufhebung der Dienstfähigkeit oder infolge der Körperverletzung zur Gewährung von Leistungen verpflichtet ist.

III. cessio legis an Arbeitgeber

Ist ein Verletzter als Arbeitnehmer beschäftigt, so steht ihm nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz sein Arbeitsentgelt 6 Wochen lang auch dann weiter zu, wenn er arbeitsunfähig erkrankt ist. Der entsprechende Schadensersatzanspruch des verletzten Arbeitnehmers auf entgangenen Gewinn gegenüber dem Schädiger geht dann nach § 6 EntgfzG auf den Arbeitgeber über und umfasst neben dem Arbeitsentgelt auch die Sozialversicherungsbeiträge, welche der Arbeitgeber zu entrichten hat.

IV. cessio legis an private Versicherung

Soweit der dem Verletzten entstandene Schaden durch eine private Versicherung aufgefangen wird, gehen dessen Schadensersatzansprüche nach § 86 VVG auf die Versicherung über.

B. Grundlagenwissen: Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Neben den ausdrücklich in § 823 I BGB genannten Rechtsgütern sind vom Schutz der Norm auch die sonstigen Rechtsgüter erfasst. Hierunter fällt auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB anerkannt. Damit soll eine Lücke im gewerblichen Rechtsschutz geschlossen werden. Der Schutz über §§ 824, 826 BGB und die besonderen Wettbewerbsbestimmungen (UWG, UrhG, GebrMG u.a.) sind nicht ausreichend.

Ansprüche wegen eines Eingriffs ergeben sich unter folgenden Voraussetzungen:

I. Vorrang anderer Rechtsgrundlagen

Dieses Recht ist **subsidiär gegenüber ausdrücklich geregelten Sondertatbeständen** aus dem UWG, UrhG und gegenüber den in § 823 I BGB ausdrücklich geregelten Rechtsgütern, sowie gegenüber den §§ 823 II, 824 ff BGB.

II. Gewerbebetrieb

Gewerbe ist jede **auf Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte selbstständige Tätigkeit**. Vom Begriff umfasst sind nicht nur Gewerbe i.S.d. §§ 1, 6 GewO, sondern auch der landwirtschaftliche Betrieb und der des Freiberuflers.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfasst alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des Betriebes ausmacht, also nicht nur Betriebsräume, Grundstücke und Maschinen, sondern auch Erscheinungsformen, Kundstamm und Tätigkeitskreis. Dabei dehnt die h.M. inzwischen die für den auf Gewinnerzielung ausgerichteten Gewerbebetrieb entwickelten Regeln auf Arztpraxen, Anwaltskanzleien, Architekten und andere Freiberufler aus. Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich, warum die berufliche Tätigkeit, die kein Gewerbe beinhaltet, nicht gleichfalls privilegiert werden soll.

III. Betriebsbezogener Eingriff

Voraussetzung ist, dass sich der Eingriff **unmittelbar** gegen den Betrieb als solches, also gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richtet (BGHZ 86, 156).

C. kein eigener Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers gegen Unfallverursacher bei Verletzung des Arbeitnehmers (BGH BeckRS 2008 43428)

Fall: A, der bei K als Fahrer (Arbeitnehmer) beschäftigt ist, wird bei einem Verkehrsunfall, der von U verursacht wird, verletzt und ist vom 18.06.2004 bis zum 10.07.2004 arbeitsunfähig. Für diese Zeit muss A eine Ersatzkraft beschäftigen. Das Fahrzeug des U ist bei der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung V versichert. K macht nunmehr die Kosten für die Ersatzkraft bei V als Schadensersatz geltend,

I. Anspruch aus übergegangenem Recht, § 6 EntgfzG

A hat wegen der ihm gegenüber U zustehenden Ansprüche auf entgangenen Gewinn nach § 115 I 1 Nr. 1 VVG einen Direktanspruch gegen V, welcher nach § 6 EntgfzG auf K übergegangen ist. Das Gericht kann sein Urteil jedoch nur auf solche Ansprüche stützen, die K auch geltend macht.

„K macht keinen nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz auf sie übergegangenen Anspruch ihres verletzten Fahrers A auf Ersatz seines Verdienstausfallschadens geltend, sondern einen eigenen Schadensersatzanspruch wegen der ihr für den Einsatz eines Ersatzfahrers entstandenen Kosten.“ (BGH, aaO)

II. eigener Anspruch nach § 823 BGB i.V.m. § 115 I 1 Nr. 1 VVG wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

*„Insoweit ist jedoch eine eigene Rechtsgutverletzung der Klägerin nicht ersichtlich, die Voraussetzung eines eigenen Schadensersatzanspruchs im Sinne des § 823 BGB sein könnte. Ein Eingriff in den **eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** kommt nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats wegen Fehlens eines **betriebsbezogenen Eingriffs** nicht in Betracht (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Dezember 2002 - VI ZR 171/02 - VersR 2003, 466). Zu einer **Änderung dieser Rechtsprechung** - wie sie die Revision nahe legt - sieht sich der Senat **nicht veranlasst.**“ (BGH, aaO)*

III. Ergebnis: Der Arbeitgeber hat keinen eigenen Schadensersatzanspruch.

StGB
§ 211 II

Heimtückemord
nach vorangegangener feindseliger Auseinandersetzung
(BGH NJW 2009, 30; Urteil vom 17.09.2008 - 5 StR 189/08)

StrafR

Eine **Arg- und Wehrlosigkeit** des Tatopfers kann **auch dann** gegeben sein, **wenn der Tat** zwar eine **feindselige Auseinandersetzung vorausgeht**, das **Tatopfer aber** dennoch **nicht mit einem erheblichen Angriff** gegen seine körperliche Unversehrtheit **rechnet**.

A. Grundlagenwissen

I. Der **Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke** ist dann eröffnet, wenn der Täter einen im Tatzeitpunkt arglosen Menschen tötet.

1. Von **heimtückespezifischer Arglosigkeit** ist dann auszugehen, **wenn sich das Opfer** im Moment des Eintritts der Tat in das Versuchsstadium keines Angriffs versieht, also **vom Täter überrascht wird** und daher **in seinen Verteidigungsmöglichkeiten beschränkt** ist.

BGHSt 7, 218, 221; 32, 382, 383f.; BGH NStZ 02, 368; BGH NStZ 03, 146; BGH NStZ 05, 691f

Entscheidend ist daher, wie der Angegriffene die Lage im Vorfeld der Tat mit Blick auf die Gefährdung seines Lebens wahrgenommen hat. **Maßgeblich ist** insoweit allein **die faktische Opfersicht** (BGH NStZ 05, 689; MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 122 u. 125); normative Korrekturen des Inhalts, dass der Angegriffene hätte Argwohn schöpfen sollen und daher im Rechtssinne nicht als arglos angesehen werden könne spielen für die Beurteilung der gemeinhin rein empirisch begriffenen Arglosigkeit keine Rolle.

für eng begrenzte Fallgruppen in diese Richtung gehend BGHSt 48, 207; Arzt JR 79, 7; abl. BGH NStZ 07, 523; Schneider NStZ 03, 428; Fischer § 211 Rn 51-55; BGHSt 33, 363; BGH NStZ 05, 689

2. **Ausgangspunkt bei der Situationseinschätzung des Opfers** ist eine **arglosigkeitstypische normative „Nullhypothese“**: Danach hegt der Einzelne ein Grundvertrauen dahingehend, dass sich seine Mitmenschen rechtskonform verhalten und von Übergriffen auf Leib oder Leben absehen. Diese **legitime Spekulation auf das Legalverhalten Dritter** verdient den Schutz der Rechtsordnung. Maßgeblich ist insoweit nicht etwa die Feststellung eines positiv reflektierten Sicherheitsgefühls; vielmehr reicht es zur Annahme von Arglosigkeit aus, wenn das Opfer keinen Anlass sieht, mit einem Anschlag zu rechnen (eingehend hierzu Meyer JR 79, 441f.; MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 124).

3. Die **Annahme der Arglosigkeit des Tatopfers** kann durch **Umstände widerlegt** werden, **die** dem Grundvertrauen des Opfers in das Legalverhalten Dritter indiziell entgegenstehen und damit einen **tatsachenfundierten Schluss auf Argwohn zu lassen**.

Derartige Tatsachen mit Indizwert können sich sowohl aus dem Verhalten des Opfers (vgl. BGHSt 48, 207; BGH NStZ 05, 691) als auch aus dem **Vortatverhalten des Täters** ergeben (eingehend Fischer § 211 Rn 37a u. 38; MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 127).

Besteht zwischen Opfer und Täter eine besondere persönliche Beziehung, müssen zudem daraus möglicherweise resultierende **erfahrungsgespeiste Vorkenntnisse des Angegriffenen** über erwartbare Verhaltensweisen des Beziehungspartners in die Rekonstruktion des opferspezifischen Wahrnehmungshorizonts eingestellt werden. Ein solches Sonderwissen kann dem Opfer bei Einschätzung der Lage unmittelbar vor der todbringenden Eskalation Anlass für gesteigerte Vorsicht bieten; es kann aber auch den Schluss auf die (relative) Ungefährlichkeit des Gegenüber stützen (vgl. BGH NStZ 05, 689).

4. Hinsichtlich der Qualität der Anhaltspunkte für die Ermittlung der Situationseinschätzung des Opfers vertritt der BGH den Standpunkt, dass neben erkennbar lebensgefährlichen Angriffsvorbereitungen und vergleichbar bedrohlichen Aktivitäten des Täters im Vorfeld der Tat auch solche Aspekte aussagekräftig sind, die zumindest eine schwere körperliche Misshandlung erwarten lassen.

Denn bereits unter diesen Voraussetzungen hat der Angegriffene Anlass, effektive Abwehrmaßnahmen zum Schutz seiner körperlichen Integrität zu ergreifen. Demgemäß ist nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung Arglosigkeit abzulehnen, wenn fallsituativ belegbar ist, dass das Opfer zumindest mit einer erheblichen körperlichen Beeinträchtigung gerechnet hat (vgl. BGHSt 39, 353; 48, 207; BGH StV 85, 235; JR 91, 380; NStZ 05, 691). Hingegen sind Übergriffe unterhalb dieser normativen Erheblichkeitsschwelle nicht geeignet, Arglosigkeit auszuschließen (MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 126).

- II. Wer heimtückisch tötet, verwirklicht also den Straftatbestand des Mordes, weil er das nichts Böses ahnende Opfer mit einem plötzlichen Angriff überzieht und es so daran hindert, Erfolg versprechende Abwehrmaßnahmen zu ergreifen (vgl. dazu BGHSt 11, 139; 32, 382).

Dieses **opferorientierte Verständnis des Mordmerkmals der Heimtücke** wird jedoch in der **Lit.** vor allem mit dem Argument in Zweifel gezogen, dass allein das ihm leitbildartig zu Grunde liegende Moment der Überraschung die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen vermöge (vgl. dazu Otto Jura 84, 141; NK-Neumann § 211 Rn 48). Heimliches Vorgehen müsse nicht unbedingt höchstverwerflich sein, weil Überraschungsangriffe häufig die Waffe des im offenen Streit hoffnungslos unterlegenen Schwachen darstellten (vgl. z.B. Jescheck JZ 57, 386; Jakobs JZ 84, 996).

Das **BVerfG** hat nicht die Verfassungswidrigkeit, sondern lediglich die Notwendigkeit der restriktiven Handhabung des Mordmerkmals zur Gewährleistung verhältnismäßigen Strafans im Einzelfall hergeleitet (vgl. BVerfGE 45, 187; 54, 100).

B. Heimtückemord nach vorangegangener feindseliger Auseinandersetzung (BGH NJW 2009, 30; Urteil vom 17.09.2008 - 5 StR 189/08)

Fall: Das Opfer O war seit ihrem 16. Lebensjahr im Jahre 2002 die Freundin des Angekl. Nachdem sie ein Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Technischen Hochschule in Chemnitz begonnen hatte, zog der Angekl. im Frühjahr 2006 zu ihr. Seit Ende 2006 kam es zwischen beiden zunehmend zu Auseinandersetzungen wegen der Arbeitslosigkeit des Angekl. und seines Bierkonsums, in seltenen Fällen auch zu Handgreiflichkeiten. Der Angekl. hatte der O in den 5 Jahren ihrer Beziehung zweimal eine Ohrfeige gegeben, sie hatte ihn vier- bis fünfmal geschlagen.

Im Verlauf des Tattages hatte der Angekl. in der gemeinsamen Wohnung in erheblichen Mengen Bier konsumiert. O, die den Tag zunächst an der Hochschule verbracht hatte und daran anschließend bis gegen 20 Uhr in einem Bekleidungsgeschäft gearbeitet hatte, kam gegen 21 Uhr in die Wohnung. Nach kurzer Zeit kam es zwischen ihr und dem Angekl. zu dem „üblichen Streit“, der über 2 Stunden geführt wurde. In seinem Verlauf wurden Beleidigungen ausgetauscht und die O trat nach dem Angekl., worauf dieser ihre Beine festhielt. Nachdem die O, die zwischenzeitlich ihre Jeans ausgezogen hatte und im Schneidersitz auf dem Bett saß, dem Angekl. eine Ohrfeige gegeben hatte, fasste der neben ihr kniende Angekl. sie am Hals, drückte sie nieder und würgte sie; dabei stützte er sich mit seinem gesamten Körpergewicht auf die Geschädigte. Erst als er sah, dass sie blau anlief und ihr die Zunge aus dem Mund ragte, ließ er von ihr ab. O verstarb unmittelbar danach durch Ersticken, was der Angekl. bei Vornahme seiner Handlung zumindest billigend in Kauf genommen hatte.

Fraglich ist, ob der Angekl. das Mordmerkmal der Heimtücke verwirklicht hat.

- I. Heimtückisch handelt, wer **in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt**.

Wesentlich ist, dass der Mörder sein **Opfer**, das **keinen Angriff erwartet**, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. **Maßgebend** für die Beurteilung ist die **Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs** (st.Rspr.; vgl. u.a. BGH NStZ 06, 503).

Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (vgl. BGH NStZ 03, 535; BGHR StGB § 211 II Heimtücke 2, 9).

II. Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Angekl. eine „möglicherweise gegebene“ Arglosigkeit der O bewusst ausgenutzt hat.

1. Das Ausnutzungsbewusstsein bedarf zwar in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter auch bei Taten aus rascher Eingebung keiner näheren Darlegung. Anders kann es jedoch gerade bei „**Augenblickstaten**“, insbesondere bei **affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen** sein. In diesen Fällen kann je nach den Umständen eine nähere Darlegung geboten sein, warum der spontan agierende Täter trotz seiner Erregung die für die Heimtücke maßgebenden Aspekte in sein Bewusstsein aufgenommen hat (BGH NStZ-RR 05, 264; vgl. MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 140 m.w.N.).

*„Es war indes hier nicht zwingend sicher festzustellen, dass der Angekl. in diesem Bewusstsein handelte: Es liegt gerade **kein „objektiv klarer Fall“ der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers** vor. Da der Tat ein heftiger Streit mit Tätlichkeiten und unmittelbar eine Ohrfeige der Geschädigten gegenüber dem Angekl. vorausgingen, hat sich der erheblich alkoholisierte Angekl. (etwa 2‰ BAK) in seinem Zustand affektiver Erregung spontan zu der Tat hinreißen lassen. In dieser Situation liegt es sogar nahe, dass der Angekl. die für die Heimtücke maßgeblichen Umstände aufgrund seiner Erregung nicht in sein Bewusstsein aufgenommen hat.“ (BGH aaO).*

2. Außerdem sind in dem hier vorliegenden Fall auch die **objektiven Voraussetzungen des Mordmerkmals** der Heimtücke **zu verneinen**.

„Das Fehlen von Spuren der Abwehr der O [spricht dafür], dass sie im Zeitpunkt des Angriffs durch den Angekl. weder mit einem lebensbedrohlichen noch mit einem gegen ihre körperliche Unversehrtheit gerichteten schweren Angriff rechnete. Gleichwohl [kann nicht hinreichend sicher] davon ausgegangen werden, dass die O zum Zeitpunkt der Tat keinen Angriff des Angekl. erwartet hatte.

Die genannten Umstände der Tat lassen keinen sicheren Schluss auf die Arg- und Wehrlosigkeit der O bei Beginn des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs zu. Die Tatsache, dass sie sich während des über 2 Stunden geführten Streits mit dem Angekl. die Hose auszog und sich auf das Bett setzte, spricht lediglich dafür, dass sie zu dem Zeitpunkt dieser Handlungen nicht mit einem erheblichen Angriff des Angekl. rechnete. Demgegenüber lässt sich nicht hinreichend sicher feststellen, dass ihre Arglosigkeit auch im Zeitpunkt der Tat noch andauerte, zumal sie den Angekl. unmittelbar zuvor geohrfeigt hatte.“ (BGH aaO).

3. **Grundsätzlich können Arg- und Wehrlosigkeit** zwar **auch dann** gegeben sein, **wenn** der Tat eine **feindselige Auseinandersetzung vorausgeht**, das Tatopfer aber gleichwohl nicht mit einem erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet.

vgl. BGH NStZ-RR 04, 234; BGHR StGB § 211 II Heimtücke 13, 21; MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 126

„Indes musste solches hier dem festgestellten Sachverhalt nicht sicher entnommen werden: Auch der Umstand, dass die O den Angekl. bereits in der Vergangenheit vier- bis fünfmal geohrfeigt hatte, ohne dass dies Anlass für schwerwiegende Tätlichkeiten des Angekl. war, lässt nicht den sicheren Schluss darauf zu, dass die O in der konkreten Tatsituation nicht mit einem erheblichen Angriff des erkennbar alkoholisierten und erregten Angekl. rechnete.

Schließlich ist auch die Tatsache, dass keine Abwehrverletzungen festgestellt wurden, kein zwingender Anhaltspunkt dafür, dass der Angriff für das Opfer völlig überraschend kam. Einen entsprechenden Erfahrungssatz gibt es nicht. Es erscheint vielmehr möglich, dass die O in der konkreten Angriffssituation nicht etwa aufgrund von Arglosigkeit, sondern aufgrund körperlicher Unterlegenheit zur Leistung einer effektiven Gegenwehr nicht mehr in der Lage war.“ (BGH, aaO).

StGB

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte

StrafR

§ 113 II 2 Nr.1

Pkw ist keine Waffe i.S.d. § 113 II 2 Nr.1 StGB

(BVerfG NJW 2008, 3627, Beschluss vom 01.09.2008 - 2 BvR 2238/07)

Ein Pkw ist keine Waffe i.S.d. § 113 II 2 Nr.1 StGB.

Fall: Der Angekl. wurde wegen schnellen, die Vorfahrt nicht beachtenden Fahrens in einem Pkw angehalten und kontrolliert. Da er das Verlangen der Polizeibeamten nach dem Führerschein als Zumutung empfand, startete er sein Fahrzeug und fuhr los. Einer der Polizeibeamten versuchte, mit einem Arm durch das halb offene Fahrerfenster zu gelangen, und wurde von dem Schwung des anfahrens Fahrzeugs kurz nach vorne mitgezogen; verletzt wurde er jedoch nicht. Die Beamten verfolgten den Angekl. sodann und stellten ihn. Trotz Anweisung der Beamten, aus dem Pkw auszusteigen, blieb er aber sitzen. Einer der Beamten versuchte, durch das geöffnete Fahrerfenster hindurch den Zündschlüssel am Fahrzeug des Angekl. abzuziehen. Während der Beamte sich mit seinem Oberkörper noch im Fahrzeuginnenraum befand, wehrte der Angekl. den Griff des Polizeibeamten nach dem Zündschlüssel ab, legte den Rückwärtsgang ein und fuhr mit Vollgas rückwärts. Der Beamte wurde hierdurch, zunächst mit seinem gesamten Oberkörper im Fahrzeug verbleibend, dann herausrutschend, aber mit dem Kopf noch im Fahrzeug befindlich, einige Meter mitgerissen, wobei er zunächst noch neben dem Pkw mitlaufen konnte. Weitere 10 bis 15 Meter rutschte der Beamte auf seinen Schuhen mit, bis er sich vom Fahrzeug des Angekl. abdrücken und sich so von dem Fahrzeug befreien konnte. Verletzt wurde der Beamte nicht.

Der Angekl. könnte sich wegen **Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 II 2 Nr.1 StGB** strafbar gemacht haben. Dies setzt voraus, dass es sich bei dem von ihm geführten Pkw um eine Waffe i.S. der Vorschrift gehandelt hat.

I. Zunächst ist festzuhalten, dass die **etymologische Herkunft** des Begriffs „Waffe“ unklar ist (vgl. Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Aufl. [1995], S. 870).

1. **Lexikalische Definitionen** verstehen unter „Waffe“ oder „Waffen“ etwa

- „Mittel (Geräte, Vorrichtungen, auch Werkzeuge) zur Bekämpfung von Zielen“, die „außer im militärischen Bereich (Kriegs-Waffen), im Polizeidienst u. Ä. auch zur Jagd (Jagd Waffen) und im Sport (Fechten, Schießsport) verwendet werden“ (Brockhaus, Enzyklopädie, 21. Aufl. [2006], S. 307);
- „Gerät, Instrument, Vorrichtung als Mittel zum Angriff auf einen Gegner oder zur Verteidigung (z. B. Hieb- oder Stichwaffe, Feuerwaffe)“ (Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 10, 3. Aufl. [1999], S. 4401);
- „Gerät, Instrument, Vorrichtung als Mittel zum Angriff auf einen Gegner, zum Erlegen von Tieren, zur Zerstörung von Bauwerken, technischen Anlagen usw. oder zur Verteidigung“ (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. [2003], S. 1766);
- „zum Angriff oder zur Verteidigung verwendetes Kampfmittel“ (Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache der Akademie der Wissenschaften der DDR, 3. Aufl. [1982], S. 4232);
- „Mittel, die zum Angriff auf einen Gegner bzw. zur Selbstverteidigung oder auch zu weidmännischen oder sportlichen Zwecken dienen“ (Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 24, 1979, S. 751); oder schließlich
- „Mittel und Vorrichtungen, derer man sich im Kampf bedient, um die Truppen des Gegners zu vernichten bzw. zu schädigen und sein militärisches und ökonomisches Potenzial zu zerstören“ (Meyers Neues Lexikon, 1976, S. 638).

Nach dem von Jacob und Wilhelm Grimm begonnenen Deutschen Wörterbuch bezeichnet der Ausdruck „Waffe“ - abgesehen von Resten einer älteren Gebrauchsweise, nach der „Waffe“ schlicht „Gerät“ bedeutete - die „Ausrüstung des streitbaren Mannes, zum Zwecke des Angriffs oder der Verteidigung“. Gelegentlich könne der Ausdruck „Waffe“ auch für Werkzeuge gebraucht werden, „die nicht zur Ausrüstung des Kriegers gehörten, aber doch im Kampfe Dienste leisteten, wie einer Keule, Stange, einem Stock und dergleichen“ (Bd. 27, 1922, Nachdruck 1984, Sp. 254, 256).

2. Der **allgemeine Sprachgebrauch** bezeichnet danach Gegenstände als Waffen,

- wenn ihre primäre Zweckbestimmung darin liegt, im Wege des Angriffs oder der Verteidigung zur Bekämpfung anderer eingesetzt zu werden, oder
- wenn eine solche Verwendung zumindest typisch ist - etwa bei Hieb Waffen wie Keulen oder bei Messern.

„Die bloße Möglichkeit, einen Gegenstand auch in zweckentfremdender Benutzung zur Bekämpfung von Zielen zu verwenden, genügt zur Begründung der Waffeneigenschaft danach jedenfalls nicht. Eine derart weite Definition - wie sie das Sächsische Staatsministerium der Justiz vertritt - würde den Begriff der Waffe auch ufer- und konturenlos machen; praktisch jeder Gegenstand lässt sich nämlich in entsprechenden Umständen auch gegen Menschen, Tiere oder Gegenstände einsetzen.“(BVerfG aaO).

II. Anhaltspunkte dahingehend, dass der Gesetzgeber den **Ausdruck der „Waffe“** in § 113 II 2 Nr. 1 StGB in einem weiteren, **über den umgangssprachlichen Gebrauch hinausgehenden Sinn** verwenden wollte, sind **nicht ersichtlich**.

1. Was als „Waffe“ im Sinne strafrechtlicher Bestimmungen zu gelten hat, ist im **Strafgesetzbuch** nicht geregelt.

Nach der **Rspr. des BGH** ist der Inhalt dieses Rechtsbegriffs zu bestimmen im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch - auch unter Berücksichtigung seiner Wandelbarkeit - je nach dem Fortschritt der Waffentechnik in Anlehnung an die in den Waffengesetzen enthaltenen Grundvorstellungen über eine Schusswaffe, wenn auch nicht in unmittelbarer Abhängigkeit davon. Die Begriffsbestimmungen des Waffengesetzes, das den Umgang mit Waffen oder Munition unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung regelt, bieten dabei aber eine „gewisse Orientierung“ (vgl. BGHSt 48, 197 [203] = NJW 03, 1677 m.w.N.).

2. Das **Waffengesetz** versteht – entsprechend dem natürlichen Sprachgebrauch - gem. **§ 1 II** unter Waffen zunächst neben Schusswaffen

- „... tragbare Gegenstände, die ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen zu beseitigen oder herabzusetzen ...“.

Hier ist also die Zweckbestimmung maßgeblich. Gegenstände, die,

- „... ohne dazu bestimmt zu sein, insbesondere wegen ihrer Beschaffenheit, Handhabung oder Wirkungsweise geeignet sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen zu beseitigen oder herabzusetzen ...“,

sieht das Waffengesetz nur als Waffen an, soweit sie im Waffengesetz genannt werden.

3. Der vom **BGH** im Kontext des § 224 I Nr. 2, des § 244 I Nr. 1 lit. a oder des § 250 I Nr. 1 lit. a, II Nr. 1 StGB verwendete **„strafrechtliche Waffenbegriff“** umfasst körperliche Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und ihrem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen.

BGHSt 48, 197 [200] = NJW 03, 1677; vgl. auch Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 224 Rn 9d „Gegenstände, die ihrer Art nach dazu bestimmt sind, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen“; § 244 Rn 3a; § 250 Rn 4 StGB, jeweils m.w.N.

Gegenstände, die nicht bei bestimmungsgemäßem Gebrauch, wohl aber nach ihrer **objektiven Beschaffenheit** und der **Art ihrer Benutzung** im Einzelfall **geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen**, werden in Rspr. und Lit. dagegen dem in den genannten Vorschriften ebenfalls enthaltenen Begriff des **„gefährlichen Werkzeugs“** zugeordnet (vgl. Fischer aaO, § 224 Rn 9; § 250 Rn 6; § 244 Rn 7 ff., mit näheren Ausführungen zur Problematik der Anknüpfung an ein „gefährliches Werkzeug“, wenn das Werkzeug lediglich mitgeführt und nicht verwendet worden ist).

Besonders deutlich wird diese Terminologie im Falle der Einordnung von Messern: Diese gelten nur als Waffen, wenn und soweit sie nach ihrer Bauart zum Einsatz als Verletzungsmittel bestimmt sind; Küchenmesser, Taschenmesser und dergleichen sind dagegen gefährliche Werkzeuge (Fischer aaO, § 224 Rn 9d).

4. Dementsprechend hat der mit der Vorschrift des § 113 II StGB befasste **Sonderausschuss für die Strafrechtsreform** seinerzeit ausführlich und kontrovers darüber diskutiert, ob in Nr. 1 des § 113 II StGB das Mitführen nicht nur von Waffen, sondern auch von gefährlichen Werkzeugen bzw. „anderen gefährlichen Gegenständen“ als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte aufgenommen werden sollte (vgl. Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, 9. Sitzung, S. 321ff.). Der Ausschuss hat sich dagegen entschieden (S. 326). Im Rahmen der Diskussion wurde zwar von Ausschussmitgliedern die Auffassung vertreten, der Waffenbegriff in der betreffenden Vorschrift sei „nicht im technischen, sondern im allgemeinen Sinne zu verstehen“ (Ministerialdirigent Sturm, S. 325), und vom „heutigen Standpunkt aus müsse mit dem Begriff der Waffe zum Beispiel auch eine zum Zwecke der Gewaltanwendung geschleuderte Säureflasche erfasst werden“ (Abg. Bardens, S. 325). Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte, dass die Ausschussmehrheit sich diesen - in ihren Konsequenzen auch nicht klaren - Auffassungen angeschlossen hätte (so auch LK-StGB/v. Bubnoff, Bd. 4, 11. Aufl. 1993, § 113 Rn 53; NK-StGB/Paeffgen, § 113 Rn 84). Der schriftliche Bericht des Sonderausschusses erwähnt die Diskussion um die „gefährlichen Gegenstände“ und präsentiert den später Gesetz gewordenen Vorschlag, der (nur) „Waffen“ erwähnt, ohne klarzustellen, inwieweit Bedeutungsunterschiede gesehen werden (BT-Dr VI/502, S. 5).
5. Ein Kraftfahrzeug kann unter Anlegung dieser Maßstäbe nicht als Waffe angesehen werden, da es weder von der Zweckbestimmung noch von einem typischen Gebrauch her zur Bekämpfung anderer oder zur Zerstörung von Sachen eingesetzt wird.

*„Die **Ansicht in Rspr. und Lit.**, nach welcher der Begriff der Waffe in § 113 II 2 Nr. 1 StGB in einem „nicht-technischen“, gefährliche Werkzeuge und insbesondere bei entsprechender Verwendung auch Kraftfahrzeuge umfassenden Sinne zu verstehen sein soll (vgl. BGH VRS 44, 422; BGHSt 26, 176 [179] = NJW 75, 1934; OLG Düsseldorf NJW 82, 1111; LK-StGB/ von Bubnoff, § 113 Rn 53; Fischer, § 113 Rn 38; Schönlke/Schröder/Eser, StGB, 27. Aufl. 2006, § 113 Rn 64; Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 113 Rn 24; dagegen jedoch NK-StGB/Paeffgen, § 113 Rn 84), lässt sich mit dem im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gekommenen **gesetzgeberischen Willen nicht in Einklang bringen**. Insbesondere das Argument, dass die Gefährlichkeit der Tatausführung beim Einsatz von Waffen im „nichttechnischen Sinn“ und speziell von Kraftfahrzeugen derjenigen beim Einsatz von Waffen im engeren Sinne gleichstehe (vgl. etwa LK-StGB/ v. Bubnoff, § 113 Rn 53), geht fehl. Es ist gerade der Sinn des Analogieverbots, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus (vgl. dazu Rütters, Rechtstheorie, 3. Aufl. 2007, Rn 812) einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken.*

*Im Falle des § 113 II StGB kann **teleologischen Überlegungen** überdies dadurch Rechnung getragen werden, dass das Beisichführen gefährlicher Werkzeuge in Verwendungsabsicht als unbenannter „besonders schwerer Fall“ im Sinne des Gesetzes gewertet wird, soweit - was vorliegend möglich erscheint - die weiteren Voraussetzungen hierfür vorliegen.“ (BVerfG, aaO).*

- III. **Ergebnis:** Ein Pkw ist vom möglichen Wortsinn des Begriffs der „Waffe“ in § 113 II 2 Nr. 1 StGB nicht erfasst.

BauGB
§ 34 I

Carports außerhalb überbaubarer Grundstücksflächen nicht generell unzulässig

BauR

(OVG Münster, NJOZ 2008, 4761, Urteil vom 19. 6. 2008 - 7 A 2053/07)

1. Maßgebliches Kriterium für die planungsrechtliche Zulässigkeit im unbeplanten Innenbereich ist das **Einfügen in die nähere Umgebung**.
2. Der Bereich der näheren Umgebung kann **bei den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen** des § 34 I 1 BauGB **unterschiedlich weit reichen**. Er ist gerade bei dem Merkmal der überbaubaren Grundstücksfläche regelmäßig enger zu ziehen als bei der Art der baulichen Nutzung.
3. Ist ein Vorhaben hinsichtlich der zu überbauenden Grundstücksfläche in der näheren Umgebung **ohne Vorbild**, so ist es **nur zulässig**, wenn es **keine bodenrechtlichen Spannungen herbeiführt**.
4. Die materiellen Maßstäbe des § 23 V BauNVO, nach denen bei der Ermessensentscheidung vor allem die **städtebaulichen Folgen** einer Zulassung von Nebenanlagen außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zu beachten sind, sind jedoch auch bei der hier vorzunehmenden Prüfung der bodenrechtlichen Spannungen im Rahmen von § 34 I BauGB von Relevanz
4. **Nebenanlage** sind **außerhalb** der durch (faktische) Baugrenzen markierten überbaubaren Grundstücksflächen **nicht generell unzulässig**.

A. Grundlagenwissen: planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich, § 34 BauGB

Liegt das Grundstück im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, so richtet sich die Zulässigkeit gem. § 30 BauGB nach den Festsetzungen des Bebauungsplans. Fehlt ein solcher, so beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB, wenn das Grundstück sich innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befindet. Anderenfalls handelt es sich um ein Außenbereichsgrundstück, bei welchem sich die Zulässigkeit von Bauvorhaben nach § 35 BauGB richtet.

I. Bebauungszusammenhang

Da ein Bebauungsplan im vorliegenden Fall fehlt, könnte es sich um ein Grundstück handeln, welches § 34 BauGB unterfällt. Dann muss es sich innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befinden. Hier ist eine einzelfallbezogene Prüfung vorzunehmen. Dabei ist maßgebend, ob eine **tatsächlich aufeinander folgende, zusammenhängende Bebauung** besteht (BVerwGE 31, 20). Entscheidend ist hierbei letztlich die Verkehrsauffassung.

II. Zulässigkeit der Art der Nutzung

Entspricht der festgestellte Bebauungszusammenhang von seinem Charakter her einem der in der BauNVO in §§ 2-11 festgelegten Baugebiete, so beurteilt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vorhabens bezüglich der Art der Nutzung nach § 34 II BauGB allein nach der BauNVO.

1. Bebauungszusammenhang entspricht einem der Baugebiete der BauNVO

In diesem Fall ist nach den Vorschriften der §§ 2-15 BauNVO zu prüfen, ob das Vorhaben die Vorgaben einhält. Ist dies nicht der Fall, so können nach § 34 II 2. HS BauGB auch Ausnahmen und Befreiungen nach § 31 BauGB zugelassen werden, so dass auch die in der BauNVO geregelten Ausnahmen zu den jeweiligen Baugebieten innerhalb des unbeplanten Innenbereichs Anwendung finden.

2. Bebauungszusammenhang entspricht keinem der Baugebiete der BauNVO

Dann ist im Rahmen des § 34 I BauGB einzelfallbezogen zu prüfen, ob sich das Vorhaben von der Art der Nutzung her in die nähere Umgebung einfügt (s.u.)

III. Zulässigkeit des Maßes der Nutzung und Einhaltung der überbaubaren Grundstücksflächen sowie sonstige Merkmale der baulichen Anlage (z.B. Gestaltung)

Bezüglich aller anderen Merkmale einer baulichen Nutzung kommt es dann darauf an, ob sich ein Vorhaben in die nähere Umgebung einfügt.

Als „**nähere Umgebung**“ kommen zunächst, aber nicht nur die unmittelbaren Nachbargrundstücke in Betracht (BVerwG, NJW 1975, 460). Vielmehr muss die nähere Umgebung insoweit berücksichtigt werden, als sich die Ausführung des Vorhabens auf sie auswirken kann und soweit die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst (BVerwGE 55, 369/380).

Die „**Eigenart**“ der näheren Umgebung wird vor allem durch die vorhandene Bebauung geprägt. Es ist somit auf die städtebauliche Eigenheit abzustellen, durch die die Umgebung gekennzeichnet ist, also auf alles „Vorhandene“, sofern es nur prägende Wirkung hat (vgl. Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, 10. Auf. 2007, § 34 BauGB Rn. 13/14).

IV. Ausnahmen

1. Unzulässigkeit trotz Einfügens, § 34 III BauGB

Trotz Einfügen in die nähere Umgebung ist ein Vorhaben im unbeplanten Innenbereich dann planungsrechtlich unzulässig, wenn es schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche der Gemeinde oder anderer Gemeinden hat (sog. Einkaufszentren auf der grünen Wiese).

2. Zulässigkeit trotz Nichteinfügens, § 34 IIIa BauGB

Zur Erweiterung von zulässigen Gewerbe- und Handwerksbetrieben, sofern dies städtebaulich vertretbar und unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist (Vgl. § 31 II BauGB). Dies gilt jedoch nicht für Einzelhandelsbetriebe, die die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigen oder schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden haben können.

V. Sicherung der Erschließung

Schließlich setzt die planungsrechtliche Zulässigkeit stets voraus, dass die Erschließung gesichert ist. Hierzu gehört zumindest

- der Anschluss an das öffentliche Verkehrsnetz
- Versorgung mit Energie
- Versorgung mit Wasser
- Entsorgung der Abwässer. (vgl. BVerwGE 64, 186)

Gesichert ist die Erschließung, sobald nach den objektiven Kriterien nach aller Erfahrung damit gerechnet werden kann, dass die Erschließungsanlagen spätestens bis zur Fertigstellung der baulichen Anlage zur Verfügung stehen (vgl. BVerwG, DVBl. 1977, 41 [43]; DVBl. 1986, 685).

B. Zulässigkeit eines Carports außerhalb überbaubarer Grundstücksflächen im Innenbereich nach § 34 I BauGB (OVG Münster, NJOZ 2008, 4761)

Fall: K ist Eigentümer eines unbeplanten Grundstücks im Innenbereich der kreisfreien Stadt E in NRW. Es liegt in einer Straße, in der sich straßenseitig zwischen der Wohnbebauung und der Straße jeweils ca. 5 m tiefe Vorgärten befinden. K möchte nun in diesen Bereich zwischen seinem Haus und der Straße einen Carport errichten und beantragt hierfür eine Baugenehmigung. Der Grundstücksnachbar des K, N, erhebt hiergegen Einwände. Er ist der Auffassung, dass das Straßenbild nachhaltig gestört wird, wenn K in dem Bereich, in dem sich bei den angrenzenden Grundstücken die Vorgärten befinden, einen Carport errichtet. Wird K die Baugenehmigung erhalten?

K wird die Baugenehmigung nach § 75 I 1 BauO NW erhalten, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Es muss also bauplanungsrechtlich sowie bauordnungsrechtlich zulässig sein und darf auch kein sonstiges öffentliches Recht verletzen.

Entsprechende Regelungen bestehen in den anderen Bundesländern, so z.B. § 58 I BauO BadW; Art. 68 I BauO Bay; § 71 I BauO Bln; § 67 I BauO Bbg; § 74 I BauO HB; § 69 I BauO HH; § 64 I BauO Hess; § 72 I BauO MV; § 75 I BauO Nds; § 70 I BauO RPf; § 73 I BauO SL; § 72 I BauO Sachs; § 71 BauO LSA; § 78 I BauO SH; § 70 BauO Thür

Gegen die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist ein Carport, wie eine Garage auch, nach § 6 XI BauO NW, auch innerhalb der Abstandsflächen zulässig. Auch sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften spielen keine Rolle. Fraglich ist allein, ob der Carport planungsrechtlich zulässig ist. Da es sich um ein Grundstück im unbeplanten Innenbereich handelt, beurteilt sich dies nach § 34 BauGB. Schwierigkeiten bereitet hier die Beurteilung der Frage, ob sich das Bauvorhaben hinsichtlich der überbaubaren Grundstücksfläche in die nähere Umgebung einfügt.

*„Die **rechtlichen Kriterien** dafür, wie die bei der Prüfung nach § 34 I 1 BauGB maßgebliche ‚nähere Umgebung‘ einzugrenzen ist, hat das VG zutreffend näher umschrieben. Insbesondere hat es zutreffend darauf abgestellt, der Bereich der näheren Umgebung könne **bei den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen** des § 34 I 1 BauGB **durchaus unterschiedlich weit reichen** und sei gerade bei dem Merkmal der überbaubaren Grundstücksfläche regelmäßig enger zu ziehen als etwa bei der Art der baulichen Nutzung.“*

Ebenso entspricht es **gefestigter Rechtsprechung**, dass eine **einheitliche Bebauungsstruktur** hinsichtlich des betrachteten Tatbestandsmerkmals bewirken kann, dass angrenzende anders strukturierte Bebauung nicht mehr zur maßgeblichen Umgebung gehört. Dabei hängt der **Grenzverlauf** der näheren Umgebung **nicht davon ab**, dass die unterschiedliche Bebauung durch eine **künstliche oder natürliche Trennlinie** (Straße, Schienenstrang, Gewässerlauf, Geländekante etc.) entkoppelt ist (vgl. BVerwG, BeckRS 2008, 39787).

*„In dieser näheren Umgebung ist das strittige **Vorhaben** - was seinen Standort und damit die ‚Grundstücksfläche, die überbaut werden soll‘, angeht - **ohne Vorbild**. Es rückt in der hier durch deutliche Freiräume zum Straßengelände von zumeist um 5 m gekennzeichneten Umgebung **erstmalig bis unmittelbar an die Straßenbegrenzung heran** und überschreitet damit die - wenn auch nicht exakt auf einer geraden Linie liegende - vordere Baugrenze deutlich. **Zulässig** kann es im hier gegebenen nicht beplanten Innenbereich damit **nur dann** sein, **wenn** es trotz **Zulassung** des - aus der näheren Umgebung abzuleitenden Rahmens **keine bodenrechtlichen Spannungen** verursacht (vgl. hierzu BVerwG, BeckRS 1999, 30433068 = BRS 62 Nr. 101 m.w.N.). Bei der Prüfung bodenrechtlicher Spannungen kann nicht vernachlässigt werden, dass es sich bei dem hier zur Genehmigung gestellten Carport bezogen auf die Hauptnutzung des Grundstücks der K. durch ein Wohnhaus um eine **Nebenanlage** handelt. Nebenanlagen, die - wie Carports - nach Landesrecht in den Abstandsflächen zulässig sind oder zugelassen werden können (zur abstandrechtlichen Privilegierung von Carports vgl. OVG Münster, BeckRS 2007, 27455), **sind außerhalb der durch (faktische) Baugrenzen markierten überbaubaren Grundstücksflächen nicht generell unzulässig.**“ (OVG Münster, aaO)*

In beplanten Gebieten, in denen § 23 V BauNVO unmittelbar anwendbar ist, können Nebenanlagen von der Bauaufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zugelassen werden. Im nicht beplanten Innenbereich scheidet eine Ermessensentscheidung der Bauaufsichtsbehörde aber aus, da im Rahmen des § 34 I BauGB eine gebundene Entscheidung zu treffen ist (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 285 = BRS 55 Nr. 174). Die materiellen Maßstäbe des § 23 V BauNVO, nach denen bei der Ermessensentscheidung vor allem die städtebaulichen Folgen einer Zulassung von Nebenanlagen außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zu beachten sind, sind jedoch auch bei der hier vorzunehmenden Prüfung der bodenrechtlichen Spannungen von Relevanz (vgl. VGH München, Beschl. v. 24. 5. 2005 - 1 CS 04.3461).

*„Insoweit ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, dass die zwischen der vorderen Baugrenze und der Straßenbegrenzung liegenden **Freiflächen** zwar verschiedentlich bereits **mit untergeordneten baulichen Anlagen** belegt sind. Dabei handelt es sich jedoch weitgehend um Anlagen, die - wie befestigte **Stellplätze** oder **befestigte Plätze für Mülltonnen** - sich im Wesentlichen auf dem Erdboden befinden oder - wie **Einfriedungen** - allenfalls geringe Höhen erreichen. Einzelne höhere Anlagen, wie die hier vorhandenen Werbeanlagen, erscheinen als untergeordnete Solitäre in dem jeweiligen Freiraum. Soweit schließlich **einzelne Gebäude Vorbauten** aufweisen, treten diese - wie **Eingangüberdachungen** o.ä. - als **untergeordnete**, den Freiraum vor dem Gebäude nur teilweise in Anspruch nehmende **Gebäudeteile** in Erscheinung.*

*Demgegenüber würden mit der Zulassung von **Carports erstmalig** von ihren äußeren Umgrenzungen her **voluminöse bauliche Anlagen** entstehen, die praktisch die gesamte Tiefe des Freiraums von der Gebäudefront bis zur Straßenbegrenzung einnehmen, und zwar bis etwa zur Höhe eines Geschosses. Bezogen auf das städtebauliche relevante Kriterium des **Ortsbilds** (vgl. § 1 VI Nr. 5 BauGB), zu dem auch das **Straßenbild** gehört, hätten solche*

Anlagen eine **bislang nicht gegebene Beeinträchtigungsqualität**. Sie würden im Ergebnis dazu führen, dass die **derzeit deutlich von der Straße abgerückten Gebäudefronten** der Straßenrandbebauung als im Erdgeschoss praktisch bis an die Straßenbegrenzung herangezogen erscheinen würde. Das Straßenbild würde sich insgesamt **deutlich verengen** und seine im hier interessierenden Bereich noch gegebene **Großzügigkeit und Weite deutlich verlieren**.“ (OVG Münster, aaO)

Dieser Wertung steht nicht entgegen, dass der hier konkret zur Genehmigung gestellte Carport seiner baulichen Ausgestaltung nach eher filigran vorgesehen ist.

„Auch die Zulassung eines solchen Carports hätte **Vorbildwirkung für Carports aller Art**, die mit den unterschiedlichsten, mehr oder weniger massiven Dachformen üblich sind. Bauplanungsrechtlich können solche Anlagen hinsichtlich ihrer optisch relevanten Ausgestaltung über § 34 BauGB nicht gesteuert werden, sondern lediglich über entsprechende Festsetzungen in Bebauungsplänen.

All dies bestätigt, dass die Zulassung des strittigen Vorhabens auf Grund der von ihm ausgehenden Vorbildwirkung städtebaulich beachtliche, nur durch Planung zu bewältigende Spannungen für die maßgebliche Umgebung an der W-Straße hervorrufen würde.“ (OVG Münster, aaO)

Ergebnis: Da das Vorhaben des K somit mit § 34 I BauGB nicht vereinbar ist und gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, liegen die Voraussetzungen des § 75 BauO NW für die Erteilung einer Baugenehmigung nicht vor.

PoIG BW
§ 1, 3, 5 II

Verhältnismäßigkeit einer Untersagungsverfügung Anforderungen an die Prognose bei einem Volksfest

POR

(VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2009, 22, Beschluss vom 12.09.2008 – 1 K 2593/08)

1. Eine beabsichtigte polizeiliche Maßnahme muss verhältnismäßig zum beabsichtigten Erfolg sein und setzt eine Prognose des zu erwartenden Geschehensablaufs in absehbarer Zeit voraus
2. Bei einem durch die Gemeinde geplanten Volksfest ist keineswegs wahrscheinlich, dass alle Personen, die daran teilnehmen, sich gesetzeswidrig verhalten wollen und als Störer auftreten werden.

A. Grundlagenwissen: Voraussetzungen für eine Polizeiverfügung

I. Polizeiliches Schutzgut

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

II. Gefahr

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

III. Verantwortlichkeit

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

IV. Ermessen

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

1. Entschließungsermessen

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

2. Auswahlermessen

Entschließt sie sich zum Handeln, hat sie zu entscheiden, welche Maßnahme sie ergreift und gegen wen (sog. **Störerauswahlermessen**). Bei der Wahl der Maßnahme ist sie hierbei an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden.

Die gewählte Maßnahme muss hierbei **geeignet** sein, die Gefahr zu beseitigen. Es darf darüber hinaus **kein milderes Mittel gleicher Eignung** geben, die Maßnahme muss also **erforderlich** sein. Schließlich ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne im Rahmen einer **Mittel-Zweck-Relation** zu prüfen und zu ermitteln, ob die Maßnahme **angemessen** ist.

B. Verhältnismäßigkeit einer Untersagungsverfügung zur Sicherung eines ungestörten Verlaufs eines Volksfestes (VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2009, 22)

Fall: .In N soll vom 13.09.2008 bis zum 15.09.2008 ein jährliches Volksfest stattfinden. Bereits im Vorfeld hat die zuständige Polizeibehörde unter Anordnung des Sofortvollzuges mit einer öffentlich bekannt gemachten Allgemeinverfügung für die Dauer von 4 Tagen innerorts das Mitführen und den Verzehr alkoholischer Getränke, um so Ruhestörungen, Sachbeschädigungen und sonstigen Ausschreitungen durch alkoholisierte Besucher des Festes vorzubeugen. Bei Zuwiderhandlungen könnten mit unmittelbarem Zwang mitgeführte Getränke beschlagnahmt, Platzverweise erteilt oder Personen in Gewahrsam genommen werden. A, der in der Nähe des gesperrten Bereichs wohnt, möchte wissen, ob die Untersagungsverfügung materiell rechtmäßig ist.

Die Polizei zuständig für die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit (vgl. die entsprechenden Vorschriften in den anderen Sicherheits- und Ordnungsgesetzen der Länder). Hierzu hat sie nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu treffen.

„Nach § 1 I 1 des Polizeigesetzes für Baden-Württemberg (BadWürttPolG) i.d.F. vom 13.01.1992 (GBl S. 1) hat die Polizeibehörde die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, und Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen, soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist. Nach § 3 BadWürttPolG sind dabei innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung der Aufgaben der Polizei diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen. Nach § 5 II BadWürttPolG darf eine polizeiliche Maßnahme keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.“ (VG Karlsruhe, aaO)

Es muss also eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bestehen.

„Eine solche **konkrete Gefahr** setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem, nach Prognose der Polizei zu erwartendem Geschehensablauf **in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit** zu einem Schaden führt. **Schaden** bedeutet, dass durch das Gesetz geschützte **Güter verletzt oder gemindert** werden. Als **geschützte Güter** kommen vorliegend in Betracht: **Leib und Leben von Menschen und fremdes Eigentum**, ggf. auch der ungehinderte **Gemeingebrauch von Straßen, Parkanlagen** oder des **Festbereichs** sowie ein Mindestmaß an Nachtruhe auch an den Festtagen.

Es ist jedoch keineswegs wahrscheinlich, dass alle Personen, die irgendwann zwischen dem 13. und 16.09.2008 alkoholische Getränke in den in der Verfügung genannten innerörtlichen Straßen und Plätzen mit sich führen, sich gesetzeswidrig verhalten wollen und im obigen Sinne als Störer auftreten werden. Ein **solch allgemeiner Verdacht** kann **nicht als konkrete Gefahr allein** damit begründet werden, dass in den zurückliegenden Jahren während der Ortsfeste verstärkt Ruhestörungen und Sachbeschädigungen in einer Parkanlage festgestellt wurden.

Dies rechtfertigt es offenkundig nicht, auch den A als unbescholtenen Bürger wie einen mutmaßlichen Störer zu behandeln, sollte er in den oben genannten Tagen im Ortskern von N Alkohol erwerben und nach Hause bringen oder umgekehrt auf einer Parkbank eine mitgebrachte Flasche Bier austrinken.

Die übrigen Ausführungen der Polizei zur Problematik von Alkoholexzessen bei Großveranstaltungen und den damit verbundenen Folgeerscheinungen schildern lediglich eine abstrakte Gefahr, was auch dadurch deutlich wird, dass hier lediglich die Begründung der vom Rechtsamt des Rh.-N.-Kreises empfohlenen Musterverfügung wiederholt wird. Es liegt nur eine **abstrakte Gefahr** vor, wenn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bei bestimmten Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall aufzutreten pflegt. Auf mehr kann man sich im Hinblick auf ihre Ortsfeste nicht berufen. Um den im Jahr 2007 verunreinigten Park zu schützen, würde es genügen, ihn zeitweise für den Besucherverkehr zu sperren.

Insgesamt ist für das Gericht nach Aktenlage hier **keine konkrete Gefahr** i.S. der §§ 1-9 BadWürttPolG feststellbar, die es rechtfertigen könnte, allen Personen, die sich während der Festtage im Ortskern von N. aufhalten, zu verbieten, Alkohol öffentlich zu erwerben, zu besitzen und zu verzehren.“ (VG Karlsruhe, aaO)

(ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1, Urteil vom 11.04.2008 – VerfGH 22/05)

Die 5 % Sperrklausel des § 22 II ThürKommWahlG für die Gemeinderatswahl, die nach § 27 III ThürKommWahlG auch auf die Kreistagswahl anwendbar ist, ist wegen Verstoßes gegen Art. 95 S. 1 ThürVerf verfassungswidrig und mit Wirkung für die nächsten landesweiten Kommunalwahlen nach Verkündung der Entscheidung nichtig.

Fall: § 22 II ThürKommWahl G sieht vor, dass eine Partei nur dann in den Gemeinderat einziehen kann, wenn Sie wenigstens 5 % der Wählerstimmen auf sich vereint. Diese Regelung ist nach § 27 III ThürKommWahlG auch auf die Kreistagswahl anwendbar. K war bei der Kommunalwahl vom 27.06.2004 Kandidatin der FDP/WFU für den Stadtrat der Stadt W. Bei der Wahl wurden 63462 gültige Stimmen abgegeben, von denen 2811 Stimmen, also 4,417%, auf den Wahlvorschlag der FDP/WFU entfielen. Bei der Verteilung der Sitze blieb dieser Wahlvorschlag und damit auch K auf Grund der Sperrklausel unberücksichtigt. Nachdem K das Wahlergebnis zunächst bei der Aufsichtsbehörde, dem Thüringer Landesverwaltungsamt, angefochten und diese Behörde die Wahlanfechtung zurückgewiesen hatte, hat sie dagegen beim VG Weimar Klage erhoben. Dort beantragte sie, den entgegenstehenden Bescheid des Thüringer Landesverwaltungsamtes aufzuheben und die Wahl für ungültig zu erklären, hilfsweise das Wahlergebnis zu berichtigen. Sie berief sich auf die Verfassungswidrigkeit des § 22 II ThürKommWahlG. Das VG Weimar hat das Verfahren mit Beschluss vom 13.07.2005 (6 K 5804/04) ausgesetzt, um eine Entscheidung des ThürVerfGH darüber einzuholen, ob die Vorschrift des § 22 II ThürKommWahlG mit der Verfassung des Freistaates Thüringen vereinbar ist.

I. Rechtsgrundlage

Nach Art. 95 I 1 ThürVerf muss das Volk in den Gemeinden und Gemeindeverbänden Volk eine Vertretung haben, die aus **allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen** hervorgegangen ist. An die Stelle einer gewählten Vertretung kann nach Maßgabe des Gesetzes eine Gemeindeversammlung treten. In Gemeindeverbänden, die nicht Gebietskörperschaften sind, kann das Volk auch eine mittelbar gewählte Vertretung haben.

*„Geht es darum, ob der Landesgesetzgeber, an den sich Art. 95 S. 1 ThürVerf. richtet (vgl. ThürVerfGH, NVwZ-RR 1999, 665), den dort normierten Grundsatz der **Wahlgleichheit** verletzt hat, bedarf es keines Rückgriffs auf allgemeine Erwägungen, etwa den vom VGH angezogenen allgemeinen Grundsatz der **Wahlgleichheit**. Art. 95 S. 1 ThürVerf. kann hier zur Prüfung herangezogen werden, obwohl er vom vorlegenden Gericht nicht als die maßgebliche Prüfungsnorm bezeichnet worden ist. Der VGH hat im Rahmen einer zulässigen Vorlage die zur Prüfung gestellte gesetzliche Norm unter allen denkbaren verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen (vgl. BVerfGE 93, 121 [133] = NJW 1995, 2615).“* (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

II. Auslegungsmaßstäbe

Nach Auffassung des ThürVerfGH gelten für die in Art. 95 S. 1 ThürVerf niederlegten Wahlrechtsgrundsätze folgende Maßgaben.

*„Die Vorschrift gebietet, der Stimme jedes Wählers den **gleichen Zählwert** und im Rahmen des Wahlsystems auch den **gleichen Erfolgswert** zukommen zu lassen. Bei der **Verhältnisswahl** erfordert dies, dass jeder Stimme grundsätzlich der **gleiche Erfolgswert** zukommen muss. Dem Gesetzgeber bleibt für Differenzierungen des Erfolgswerts nur ein eng bemessener Spielraum.*

***Differenzierungen** sind nur unter Voraussetzungen gerechtfertigt, die in der Formel des **„zwingenden Grundes“** zusammengefasst sind. Das sind solche Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann. Nicht erforderlich ist, dass die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen gebietet. Differenzierungen sind gerechtfertigt **durch zureichende, sich aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung ergebende Gründe**. Sie müssen darüber hinaus zur Verfolgung ihrer Zwecke **geeignet und erforderlich** sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich daher auch danach, mit welcher Intensität in das Recht auf Gleichheit der Wahl eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L m.w.N.).“* (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

III. Überprüfungsspielraum des Gerichts

Vor diesem Hintergrund ist der Überprüfungsspielraum des Gerichts eingeschränkt.

*„Der ThürVerfGH hat nach dem **Grundsatz der Gewaltenteilung** (Art. 47 I bis III ThürVerf.) bei der **materiellen Prüfung von Gesetzen** die jeweilige **Gestaltungsfreiheit** des Gesetzgebers zu beachten.*

Nach dem **Demokratieprinzip** ist es zunächst dem durch Wahlen legitimierten Gesetzgeber überlassen, inhaltliche Festlegungen für gesetzliche Regeln zu treffen (ThürVerfGH, LKV 2007, 175 = ThürVBl 2006, 229). Auch die **Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden** (Art. 47 IV ThürVerf.).

Die Einhaltung dieser Verpflichtung einschließlich ihrer tatsächlichen Grundlagen zu überprüfen obliegt dem ThürVerfGH im Rahmen seiner ihm durch die Verfassung eingeräumten Zuständigkeiten (Art. 80 ThürVerf.). Damit ist es nicht vereinbar, durch bloße Hinnahme gesetzgeberischer Sachentscheidungen die Einhaltung dieser Verpflichtung letztlich zur Disposition des Gesetzgebers zu stellen. Das gilt insbesondere dann, wenn es - wie hier - um den für die Verfassungsordnung **fundamentalen Grundsatz der gleichen Wahl geht** (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Dies ergibt aber zugleich, dass der ThürVerfGH auf die Prüfung der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben beschränkt ist und keine Erwägung dazu anstellen kann, ob die getroffene gesetzliche Regelung zweckmäßig oder rechtspolitisch erwünscht ist. Maßgeblich ist allein, ob der Gesetzgeber die Grenzen des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums eingehalten hat.

IV. Prüfungskriterien

Der ThürVerfGH hat zunächst deutlich gemacht, an welchen Maßstäben dies zu messen ist.

„Dabei ist zunächst festzustellen, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ein **zulässiges Ziel** verfolgt. Daran anschließend ist zu prüfen, ob das gewählte Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels **geeignet** ist und das Maß des zur Zielerreichung **erforderlichen** nicht überschreitet (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Ob diese Grenzen eingehalten sind, ist unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Gegebenheiten verfassungsgerichtlich überprüfbar (BVerfGE 51, 222 = NJW 1979, 2463). **Nur wenn die Voraussetzungen eines maßgeblichen Rechtfertigungsgrundes mit einiger Wahrscheinlichkeit vorliegen, ist der Eingriff gerechtfertigt** (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Die bei der Klärung der empirischen Frage nötigen Feststellungen kann der ThürVerfGH entweder aus Plausibilitätserwägungen ableiten oder aber Erfahrungen zu Grunde legen.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

V. Verfassungsrechtliche Prüfung

§ 22 ThürKommWahlG ordnet den Grundsatz der Verhältniswahl an. Den Stimmen, die auf eine Partei abgegeben werden, welche nicht 5 % der Stimmen auf sich vereinigen kann, kommt jedoch kein Erfolgswert zu. Es liegt also ein Eingriff in die Gleichheit der Wahl vor, die auch die Gleichheit des Erfolgswertes beinhaltet.

Gleichwohl ist der Grundsatz der Gleichheit der Wahl nicht schrankenlos gewährleistet, vielmehr kann der Gesetzgeber aus den bereits dargelegten zwingenden verfassungsrechtlichen Gründen Abweichungen im Erfolgswert der Stimmen vorsehen, wie dies auf Bundesebene mit Billigung der Bundesverfassungsgerichts auch anerkannt ist.

Fraglich ist jedoch, ob hinreichende Gründe für einen Eingriff in die Gleichheit des Erfolgswertes einer Stimme auch auf der Ebene der Kommunalwahl vorliegen.

1. Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Kommunalvertretungen rechtfertigt den Eingriff nicht.

„Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung ist durch die Verfassung als Grund für die Eingriffe in den Grundsatz der Wahlgleichheit legitimiert (BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Sie ist ein legitimes Ziel, das den Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, eine 5%-Sperrklausel einzuführen. Was in diesem Zusammenhang als zwingender Grund für eine begrenzte Differenzierung anzuerkennen ist, bestimmt sich vor allem nach dem Aufgabenkreis der zu wählenden Volksvertretung. Dieser ist im Zusammenhang mit dem Institutionengefüge zu sehen, in dem das zu wählende Organ tätig wird (BVerfGE 51, 222 = NJW 1979, 2463). Maßgeblich ist die konkrete Funktion des zu wählenden Organs (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Dies sind hier die Gemeindevertretungen und Kreistage in Thüringen.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Der ThürVerfGH stellt bei der danach vorzunehmenden Prüfung allerdings nicht darauf ab, ob ein Notstand im Sinne einer erheblichen Funktionsstörung für die Gemeinde- und Kreisvertretungen tatsächlich erkennbar geworden ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob ein Notstand anderen Bundesländern ohne eine 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht ausgeblieben ist. Es reicht vielmehr aus, dass der Notstand möglicherweise eintreten kann (vgl. dazu BVerfGE 6, 104 = NJW 1957, 379). Dass der Notstand möglicherweise eintreten kann, ist indes auch erforderlich. Eine Orientierung an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen ist nicht zulässig, vielmehr ist auf die politische Wirklichkeit abzustellen (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L).

Zur **Einschätzung der politischen Wirklichkeit** können auch Erfahrungen aus anderen Bundesländern herangezogen werden, soweit mit diesen wesentliche Übereinstimmungen in den Kommunalverfassungen (Auf-

gabenverteilung zwischen Kommunalvertretung, dem Hauptverwaltungsbeamten und den Ausschüssen), in den Kommunalwahlgesetzen, in der Struktur der Kommunen, in der Parteienlandschaft und dem bürgerschaftlichen Engagement in Wählergruppen oder als Einzelbewerber bestehen (vgl. BVerfGE 107, 286 = NVwZ 2003, 1372). Für die Begründung der Sperrklausel sind dabei wesentliche Unterschiede in der Kommunalstruktur - trotz aller Unterschiede in den Kommunalverfassungen und der Landesstrukturen - heute kaum mehr feststellbar. Vielmehr bestehen seit der Reformierung der Kommunalverfassungen in nahezu allen Flächenländern wesentliche Übereinstimmungen (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407).“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Aus der Aufgabenverteilung zwischen den verschiedenen Kommunalorganen in Thüringen ergibt sich, dass mit dem direkt gewählten und damit unmittelbar demokratisch legitimierten **Bürgermeister** ein Gemeindeorgan zur Verfügung steht, das für Kontinuität in der Gemeinde sorgen soll und kann. ... Durch die gesetzlich vorbestimmte Mitgliedschaft des Bürgermeisters im Gemeinderat und seinen Ausschüssen wird ... auch seine politische Funktion im Entscheidungsprozess der Gemeinde deutlich. Er hat eine **politisch und rechtlich starke Stellung** und kann somit durch sein Handeln im Zusammenwirken mit den anderen Mitgliedern des Gemeinderats für eine **kontinuierliche Politik** sorgen.

„Dem gegenüber ist es **Aufgabe des Gemeinderats**, gerade die **Vielfalt in der Bevölkerung zu repräsentieren** und politische Unterschiede abzubilden. Seine Funktion besteht darin, die politischen Kräfte in den gemeindlichen Entscheidungsprozess zu integrieren (zu dieser Funktion: BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Er hat die **Satzungskompetenz**, die er - ohne Parlament im klassischen Sinne zu sein - in gesetzesähnlicher Weise ausübt.

Daraus folgt, dass es **kein zulässiges verfassungsrechtliches Ziel** für die Einführung der 5%-Sperrklausel ist, für stabile Mehrheiten in dem Sinne zu sorgen, dass über die Wahlperiode des Gemeinderats hinweg eine absolute Mehrheit oder eine beständige Koalition besteht.

Es ist zwar mit plausiblen Erwägungen davon auszugehen, dass ohne die Sperrklausel nur in Gemeinden mit mehr als 10000 Einwohnern, bei denen mehr als 20 Ratsmitglieder zu wählen sind (§ 23 III ThürKommO), häufiger eine größere Zahl von Fraktionen (§ 25 ThürKommO) im Rat vertreten sein dürfte oder häufiger Einzelmitglieder eintreten werden als bislang. Insofern ist mit einer ‚**Vielfalt der Zusammensetzung**‘ der Räte zu rechnen. Diese Prognose führt jedoch nicht dazu, dass eine Funktionsstörung für die Gemeindevertretung mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Selbst hinsichtlich der Zuständigkeit des Rates für den Erlass von Satzungsrecht kommt es darauf an, dass bei Nichterlass einer vorgeschlagenen Satzung mangels Konsensfähigkeit dem Demokratieprinzip Rechnung getragen wird und die Nichtverabschiedung einer Satzung keine Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Rates hat.

2. Hinsichtlich der Sicherung der Aufgabenerfüllung des Gemeinderats im personellen Bereich ist die 5%-Sperrklausel nicht geeignet und erforderlich.

„Das gilt für die Zusammensetzung der Ausschüsse. Die Ausschüsse werden nicht gewählt, sondern sind nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen zusammengesetzt, wobei es sogar möglich ist, dass kleinere Fraktionen wegen deren Größe im Ausschuss nicht vertreten sind und die Fraktionen auf ein bloßes Rederecht für ihre Mitglieder beschränkt sind (§ 27 I bis III ThürKommO). Eine „Zersplitterung“ des Gemeinderats hat also keinerlei Einfluss auf die Bildung von Ausschüssen.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Auch die Wahl der Beigeordneten ist so ausgestaltet, dass durch Wiederholung von Wahlen und notfalls Losentscheid ein Scheitern der Wahl praktisch ausgeschlossen ist. Hinsichtlich der Einleitung der Abwahl des Bürgermeisters schützt die notwendige Zwei-Drittel-Mehrheit einerseits ausreichend vor dem Zustandekommen einer destruktiven Mehrheit.

„Soweit andererseits vor dem Hintergrund einer „Zersplitterung“ das Zustandekommen der Einleitung einer Abwahl des Bürgermeisters erschwert wird, liegt dies in der inneren Logik des Institutionengefüges. Die Abwahl des Bürgermeisters soll gerade nicht erleichtert werden.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

3. Auch die Verhinderung einseitiger Interessenvertretung vermag die 5 %-Klausel nicht zu rechtfertigen.

„Den Überlegungen zum Gemeinwohl liegt letztlich der Gedanke zu Grunde, die Vertretung singulärer, partikulärer oder temporärer Interessen könne von vornherein nicht dem Gemeinwohl entsprechen und die Notwendigkeit, diese in einem organisierten Entscheidungsprozess, wie er in einer Kommunalvertretung stattfindet, zu berücksichtigen, sei gemeinwohlwidrig. Dieses Verständnis ist mit der Thüringer Verfassung nicht vereinbar. Diese geht vielmehr davon aus, dass das Gemeinwohl erst durch den vielfältigen politischen Prozess, auch in Volksvertretungen, gefunden werden muss und die Vertretung einzelner Vorstellungen und Interessen nicht von vornherein als gemeinwohlgefährdend empfunden werden kann. Das Demokratiegebot in Art. 44 I,

45 ThürVerf. setzt im Gegenteil geradezu das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407)

Für die Thüringer Verfassung wird dieser Grundsatz besonders aus deren Art. 9 ThürVerf. deutlich. Danach hat jeder das Recht auf Mitgestaltung des politischen Lebens im Freistaat. Mit dieser Wertung der Verfassung ist es nicht vereinbar, Interessenwahrnehmung von vornherein als etwas Unnötiges oder gar Negatives darzustellen und damit die Einbringung eigener Interessen in den politischen Prozess als von vornherein das Gemeinwohl gefährdend anzusehen. Vielmehr hilft auch derjenige, der einseitige Auffassungen und Interessen vertritt, bei der Feststellung des Gemeinwohls dadurch, dass er seine Interessen in den politischen Prozess einbringt und so zum Interessenausgleich beiträgt. (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

4. Der Grundsatz der streitbaren und wertgebundenen Demokratie, kann die 5%-Sperrklausel ebenfalls nicht rechtfertigen.

„Die 5%-Sperrklausel kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie dem Zweck diene, verfassungsfeindliche oder (rechts-)extremistische Parteien von der Beteiligung an kommunalen Vertretungsorganen fernzuhalten. Die Bekämpfung politischer Parteien ist in diesem Zusammenhang ein sachfremdes Motiv. Die 5%-Sperrklausel wirkt nicht nur gegen (unerwünschte) extremistische Parteien, sondern trifft alle Parteien gleichermaßen, ebenso wie kommunale Wählervereinigungen und Einzelbewerber. Für die Bekämpfung verfassungswidriger Parteien steht das Verfahren nach Art. 21 II GG zur Verfügung. Es steht dem Wahlgesetzgeber nicht zu, über die Einführung oder Beibehaltung einer Sperrklausel bestimmte Parteien gezielt von ihrer Mitwirkung an der politischen Willensbildung auszuschließen (vgl. dazu insgesamt: BVerfG, NVwZ 2008, 407).“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

VI. keine Rückwirkung auf vergangene Wahlen

Wegen des Fehlens einer Rechtfertigung für die 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht ist die entsprechende Regelung für verfassungswidrig zu erklären. Dies wirkt sich ausnahmsweise aber nicht auf die zurückliegenden Wahlen aus; die Nichtigkeit der Norm ist erst mit Wirkung für die nächsten landesweiten Kommunalwahlen in Thüringen auszusprechen.

„**Grundsätzlich** folgt zwar aus der Erkenntnis, dass eine Norm verfassungswidrig ist, deren **sofortige Ungültigkeit**. **Ausnahmsweise** kann es aber geboten sein, für eine vom Gericht festzulegende Übergangszeit hiervon abzuweichen, wenn die **sofortige Aufhebung** einer Norm zu einem noch **verfassungsferneren Zustand** führte (vgl. BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45] m.w.N.).

So ist es hier aus zwei Gründen. **Erstens** steht dem Gesetzgeber zur anderweitigen Ausgestaltung der durch die verfassungswidrige Norm geregelten Situation nicht nur eine Möglichkeit zur Verfügung. Vielmehr gibt es ein **Spektrum von verfassungsgemäßen Maßnahmen**, mit denen er der Situation begegnen kann. Der Grundsatz der **Gewaltenteilung** gebietet es daher, dem Gesetzgeber für diese Möglichkeit eine Übergangsfrist einzuräumen (BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45]). **Zweitens** hatten sich die Wähler seinerzeit auf die 5%-Sperrklausel eingestellt und **mit recht hoher Wahrscheinlichkeit ihr Wahlverhalten daran ausgerichtet** (vgl. auch dazu: BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45]). Eine als Ergebnis des Ausgangsverfahren möglich erscheinende Neuberechnung des Wahlergebnisses, darauf bezieht sich der dortige Hilfsantrag der Anhörungsberechtigten zu 1, käme dem Wählerwillen nicht notwendigerweise näher und wäre damit mindestens so ‚verfassungsfern‘ wie das angegriffene Wahlergebnis.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

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.

UrHG
§ 95a III

Urheberschutz § 95a III UrHG ist Schutzgesetz i.S.d. § 823 II 1 BGB

BGB

(BGH MMR 2008, 811; Beschluss vom 17.07.2008 - I ZR 219/05)

Die Regelung des **§ 95a III UrHG** ist ein **Schutzgesetz i.S.d. § 823 II 1 BGB** zu Gunsten der Inhaber von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten, die wirksame technische Maßnahmen zum Schutz ihrer urheberrechtlich geschützten Werke und Leistungen einsetzen.

„Schutzgesetz i.S.d. § 823 II 1 BGB ist jede Rechtsnorm, die zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personengruppen gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen; dass die Rechtsnorm daneben oder sogar in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Blick hat, steht dem nicht entgegen (vgl. BGH NJW 04, 1949 m.w.N.; Palandt/Sprau aaO, § 823 Rn 57).“

*Die Regelung des **§ 95a UrHG** schützt wirksame technische Maßnahmen (Schutzmaßnahmen), die ihrerseits ein nach dem UrHG geschütztes Werk oder einen anderen nach dem UrHG geschützten Schutzgegenstand schützen. Derartige Schutzmaßnahmen dürfen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht umgangen werden (§ 95a I UrHG). Mittel oder Dienstleistungen zur Umgehung dieser Schutzmaßnahmen dürfen nicht in den Verkehr gebracht werden (§ 95a III UrHG). Der Schutz dieser technischen Maßnahmen ist kein Selbstzweck, sondern dient dem Schutz der mithilfe dieser Maßnahmen geschützten Werke und Leistungen der Rechtsinhaber. Er soll den Inhabern von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten zugute kommen, die solche Maßnahmen zum Schutz ihrer urheberrechtlich geschützten Werke und Leistungen einsetzen (vgl. auch Erwägungsgründe 47 und 48 der RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft v. 22.5.2001, ABl. Nr. L 167 v. 22.6.2001, S. 10). Der Umstand, dass § 95a UrHG unmittelbar die Schutzmaßnahmen und nur mittelbar die mithilfe dieser Schutzmaßnahmen geschützten Rechte der Rechtsinhaber schützt, ändert nichts daran, dass es sich bei dieser Bestimmung um ein Schutzgesetz zu Gunsten der Rechtsinhaber handelt (a.A. Spieker GRUR 04, 475). Denn der **Schutz der Rechtsinhaber ist nicht nur eine unbeabsichtigte Nebenfolge, sondern der eigentliche Sinn und Zweck dieser Bestimmung.**“ (BGH aaO).*

ebenso OLG München GRUR-RR 05, 372 = MMR 05, 768; Palandt/Sprau, § 823 Rn 71; Dreier/Schulze, UrHG, 2. Aufl., § 95a UrHG Rn 5; Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 95a UrHG Rn 105 und 45; Schricker/Götting, § 95a UrHG Rn 40; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, § 95a UrHG Rn 88; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl., Rn 732f; Spieker GRUR 04, 475; Trayer, S. 38; vgl. auch Loewenheim/Peukert, § 82 Rn 6

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§§ 535, 307

Schönheitsreparaturklausel zulässiges Farbdiktat des Vermieters

BGB

(BGH NJW 2009, 62; Urteil vom 22.10.2008 – VIII ZR 238/07)

Die in einem Formularmietvertrag über Wohnraum enthaltene Klausel *„Der Mieter verpflichtet sich, während der Mietzeit die erforderlichen Schönheitsreparaturen innerhalb der Wohnung durchzuführen. ... Lackierte Holzteile sind in dem Farbton zurückzugeben, wie er bei Vertragsbeginn vorgegeben war; farbig gestrichene Holzteile können auch in Weiß oder hellen Farbtönen gestrichen zurückgegeben werden.“* hält einer **Inhaltskontrolle nach § 307 BGB** stand.

Die **Verpflichtung des Mieters**, lackierte bzw. farbig gestrichene Holzteile **in keinem anderen als den nach der Klausel zulässigen Farbtönen zurückzugeben**, ist für sich genommen **unbedenklich** und führt auch nicht zu einer unangemessenen Einschränkung des Mieters bei der Vornahme der ihm übertragenen Schönheitsreparaturen.

- I. Die **Klausel beschränkt sich** in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich **auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietwohnung** bei Beendigung des Mietverhältnisses.

„Auf diesen Zeitpunkt bezogen ist sie - isoliert betrachtet - schon deswegen unbedenklich, weil für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses ein Interesse des Mieters an einer seinen Vorstellungen entsprechenden farblichen Gestaltung der Wohnung nicht mehr besteht, das gegen das Interesse des Vermieters, die Mieträume in der von ihm gewünschten farblichen Gestaltung zurückzuerhalten, abzuwägen wäre.“

Allerdings wird ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mieter sich schon während des laufenden Mietverhältnisses bei einem erforderlich werdenden Neuanstrich der Holzteile von der Überlegung leiten lassen, dass er bei der Wahl einer farblichen Gestaltung, die nicht der für den Zeitpunkt der Rückgabe vereinbarten entspricht, Gefahr läuft, bei seinem Auszug den Anstrich erneuern zu müssen, auch wenn dies nach dem Grad der Abnutzung noch nicht erforderlich wäre. Ein auf die Vermeidung unnötiger

Kosten bedachter Mieter wird daher schon bei Anstricharbeiten während des laufenden Mietverhältnisses eine farbliche Gestaltung wählen, die der für den Zeitpunkt der Rückgabe geschuldeten entspricht. Die daraus resultierende **faktische Einschränkung der** - grundsätzlich anzuerkennenden - **Freiheit des Mieters, sich in den Mieträumen nach seinem Geschmack einzurichten, ist jedoch hinzunehmen.**“ (BGH aaO).

- II. Vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ist dem **Vermieter** auch ein **Interesse** daran nicht abzusprechen, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die **von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert** wird.

„Der BGH (NJW 08, 2499 = NZM 08, 605 m.w.N. aus der Rspr. der Instanzgerichte u. der Lit.) hat daher bereits ausgesprochen, dass eine nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bezogene Farbwahlklausel, die den Mieter nicht auf eine spezielle Dekorationsweise festlegt, sondern ihm eine Bandbreite („neutrale, helle, deckende Farben und Tapeten“) vorgibt, die zu den unterschiedlichsten Einrichtungsstilen passt und deshalb für weite Mieterkreise annehmbar ist, den Mieter nicht unangemessen benachteiligt.

Dasselbe gilt für die hier zu beurteilende Klausel, soweit sie die „farbig gestrichenen“ Holzteile betrifft: Sie legt den Mieter nicht auf einen bestimmten Farbton fest, sondern belässt ihm neben dem ursprünglich vorhandenen Farbton einen ausreichenden Entscheidungsspielraum in der Bandbreite heller Farbtöne. Dass der Mieter mit der Beschränkung auf helle Farbtöne oder die Farbe Weiß auf ein Spektrum festgelegt wird, das möglicherweise enger ist als die Bandbreite an farblichen Gestaltungen, die noch nicht als Vertragsverletzung anzusehen wären, rechtfertigt nicht die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters. Eine unangemessene Benachteiligung i.S. des § 307 BGB ist dann gegeben, wenn der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen (st. Rspr.; z.B. BGHZ 90, 280 = NJW 84, 1531).

Das ist hier nicht schon deswegen anzunehmen, weil die von den Kl. verwendete Klausel die **Grenzen des Erlaubten enger zieht** und damit **Gestaltungsmöglichkeiten ausschließt, die dem Mieter ohne die Klausel erlaubt wären**. Vielmehr bedarf es innerhalb des dem Mieter grundsätzlich Erlaubten einer **umfassenden Würdigung der Interessen beider Parteien**. Dem Interesse des Mieters, sich in den Mieträumen nach seinem Geschmack einzurichten, steht das Interesse des Vermieters gegenüber, die Wohnung in einer neutralen farblichen Gestaltung zurückzuerhalten, die für einen möglichst großen Kreis von Mietinteressenten akzeptabel ist. Wenn die Klausel diesen Interessenwiderstreit dahin löst, dass sie den Mieter auf ein Maß an Gestaltungsfreiheit beschränkt, das zwar enger ist als der durch die Grenze zur Vertragswidrigkeit bestimmte Spielraum, ihm aber noch eine gewisse Bandbreite an Wahlmöglichkeiten belässt, so wird der Mieter dadurch noch nicht unangemessen benachteiligt.

In Bezug auf „lackierte“ Holzteile **fehlt es allerdings an einem Gestaltungsspielraum** hinsichtlich der farblichen Gestaltung, weil die Klausel den Mieter insoweit auf den allein zulässigen ursprünglichen - bei Vertragsbeginn „vorgegebenen“ - Farbton festlegt. Bei umfassender Würdigung der hierdurch berührten Interessen der Parteien ist aber auch diese weitgehende Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeit des Mieters nicht zu beanstanden. Denn auf Seiten des Vermieters fällt der Umstand ins Gewicht, dass bei einer transparenten Lackierung oder Lasur - anders als bei einem deckenden Farbanstrich - eine Veränderung des Farbtons entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit einem Eingriff in die Substanz der lackierten/lasierten Holzteile (Abschleifen) rückgängig gemacht werden kann. Eine Veränderung der Mieträume, die eine Substanzverletzung zur Folge hat, ist dem Mieter aber nicht gestattet.“ (BGH aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§§ 535, 536c II**Anzeigepflicht des Mieters
verborgene Mängel**

BGB

(OLG Düsseldorf OLGR 2008, 758; Beschluss vom 02.06.2008 – I-24 U 193/07)

Der Mieter muss die Mietsache nicht auf verborgene Mängel untersuchen; er ist daher nur dazu verpflichtet, dem Vermieter offensichtliche Mängel anzuzeigen.

„Ein Mieter verstößt gegen seine Anzeigepflicht nur und erst dann, wenn er einen Schaden innerhalb des Mietobjekts kennt oder grob fahrlässig nicht zu Kenntnis nimmt und eine Anzeige an den Vermieter unterlässt. **Grob fahrlässige Unkenntnis liegt aber nur dann vor, wenn der Mangel so offensichtlich ist, dass seine Wahrnehmung sich dem Mieter praktisch aufdrängen muss** (BGHZ 68, 281 = NJW 77, 1236; BGH BGHR 06, 1221 = MDR 07, 22 = NJW-RR 06, 1157 f. = GuT 06, 237; OLG Düsseldorf GE 02, 1262; OLG Hamburg MDR 91, 1170 = ZMR 91, 262; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rn 970 m.w.N., jeweils zu § 545 BGB a.F. = § 536c BGB).

Eine **Untersuchungspflicht hinsichtlich verborgener Mängel trifft den Mieter nicht**. Er darf sich darauf verlassen, dass die **Mietsache funktionstüchtig ist** (BGH WM 76, 537; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn 558). Auf verborgene Mängel hat vielmehr der Vermieter im Zuge gelegentlicher Überprüfungen der Mietsache zu achten (Bub/Treier aaO).“ (OLG Düsseldorf aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 224 I Nr.5**gefährliche Körperverletzung
lebensgefährdende Behandlung durch Kopfstoß**

StrafR

(OLG Hamm NStZ-RR 2009, 15; Beschluss vom 11.06.2008 – 2 Ss 60/08)

Grundsätzlich kann ein **wichtig** gegen den Kopf des Verletzten **geführter Kopfstoß** eine **Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung i.S. des § 244 I Nr. 5 StGB** darstellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn er so heftig geführt wird, dass er zu einem Schädelbruch oder Gehirnverletzungen bei dem Tatopfer führen kann.

„Eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung setzt nicht voraus, dass die Behandlung des Opfers durch den Täter das Leben des Opfers konkret gefährdet hat. Ausreichend ist vielmehr, dass die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls **generell hierzu geeignet** ist (Fischer, StGB, 53. Aufl. Rn 12 m.w.N.). In diesem Zusammenhang kann auch ein **wichtig** gegen den Kopf des Verletzten geführter **Kopfstoß** lebensgefährlich sein, insbesondere wenn er so heftig geführt wird, dass es zu einem Schädelbruch oder zu Gehirnblutungen kommen kann (OLG Düsseldorf, JZ 1995, 908).

Auch wenn eine Fraktur des Nasenbeins nicht eintrat und sich die **Verletzungsfolgen auf Nasenbluten** bei dem Geschädigten **beschränken**, ergibt sich aus den getroffenen Feststellungen noch in ausreichender Weise, dass die Behandlung des Geschädigten durch den Angekl. **generell dazu geeignet** war, auch lebensgefährliche Verletzungen bei dem Geschädigten hervorzurufen. Darauf, dass die konkret eingetretene Verletzung im Ergebnis nicht lebensgefährlich war und sich die mit dem Kopfstoß gegen das Gesicht verbundene Gefahr für den Geschädigten nicht realisiert hat, kommt es im Ergebnis nicht an (Fischer, § 224 Rn 12 m.w.N.). Soweit die Entscheidung des OLG Hamm vom 18.12.2006 (3 Ss 549/06 - Juris) abweichend hierzu auch darauf abzustellen scheint, dass sich die Gefährlichkeit der Handlung auch in dem eingetretenen Verletzungserfolg niedergeschlagen haben müsse und dementsprechend ein Kopfstoß, der die Nase nur im unteren Bereich des Nasenbeins trifft, den Tatbestand nicht erfüllen soll, wird dies auch in Anbetracht des Umstandes, dass das **Ausmaß der konkreten Verletzungen** ungeachtet der Gefährlichkeit der Handlung an sich in einer Vielzahl der Fälle **auch von Zufälligkeiten bestimmt sein** dürfte, dem Normcharakter als Eignungsdelikt (Fischer, § 224 Rn 12) nicht ohne weiteres gerecht.“ (OLG Hamm aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Körperverletzung durch HIV-Übertragung** StrafR
§§ 224, 78 II Nr.4, 78a S.2 **Verjährung**

(BGH NSTZ 2009, 34; Urteil vom 18.10.2007 – 3 StR 248/07)

- I. Eine durch die **vorsätzliche Übertragung des HI-Virus** begangene (**gefährliche**) Körperverletzung ist mit dem **Vollzug des Geschlechtsverkehrs**, bei dem das Virus übertragen wurde, i.S.d. § 78a S. 1 StGB **beendet**.

„Die Tat war, sollte der Angekl. das Tatopfer bereits im Februar 1998 infiziert haben, schon mit dem Vollzug des Geschlechtsverkehrs, bei dem das Virus übertragen wurde, i.S.d. § 78a S. 1 StGB **beendet**. **Weiterer Handlungen** des Angekl., **durch die der tatbestandsmäßige Erfolg vertieft oder** - wie dies etwa bei Diebstahl der Fall sein mag - **gesichert** werden konnte, **bedarf es nicht**. **Mit der Infizierung des Tatopfers**, d.h. mit der Übertragung des Virus, ist auch der **tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten**. Daran ändert nichts, dass der Verlauf der Aidskrankung große individuelle Unterschiede aufweist und die beschwerdefreie Zeit des Opfers bis zum offenen Ausbruch des klinisch-manifesten Immundefekts nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft bis zu 10 Jahre andauern kann. Denn bereits durch die Ansteckung mit dem HI-Virus hat der Angekl. die Gesundheit des Tatopfers beschädigt.

Als **Gesundheitsbeschädigung** ist **jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktion des Opfers nachteilig abweichenden Zustandes** anzusehen, gleichgültig, auf welcher Art und Weise die Beeinträchtigung erfolgt; mit einer Schmerzempfindung braucht sie nicht verbunden zu sein. In Rspr. und Schrifttum ist anerkannt, dass auch die Ansteckung eines anderen mit einer nicht ganz unerheblichen Krankheit - auch und insbesondere mit einer Geschlechtskrankheit - eine Verschlechterung der Gesundheit darstellt. In Anbetracht dessen, dass ein HIV-Infizierter mit dem Eintritt des Virus in den Organismus seinerseits infektiös wird und dies für die gesamte Dauer seines weiteren Lebens bleibt, muss dies in gleicher Weise und erst recht für die Ansteckung mit der - bislang nicht heilbaren und bei Ausbruch regelmäßig tödlich verlaufenden - Immunschwächekrankheit Aids gelten. Dabei tritt - wie auch bei anderen gefährlichen Infektionen - die Schädigung der Gesundheit und damit die Körperverletzung bereits mit der bloßen Infizierung als solcher ein, da diese - objektiv - den körperlichen Normalzustand des Opfers tief greifend verändert (BGHSt 36, 1 m.w.N.).“ (BGH aaO).

- II. Ist der **Immundefekt** bereits **offen ausgebrochen** und hat zu **schweren Folgen** i.S.d. § 226 I Nr. 3 StGB geführt, so ist die **Tat erst mit dem Eintritt dieser Folgen beendet**.

„**Verändert bereits die Ansteckung** - objektiv - den **körperlichen Zustand des Opfers tief greifend**, ist, auch solange die Krankheit noch nicht offen ausgebrochen ist, für zu diesem Krankheitsbild gehörende **Verschlechterungen des Gesundheitszustandes** keine andere rechtliche Bewertung in dem Sinne möglich, dass erst der jeweils mit einer gravierenden Veränderung verbundene Krankheitszustand eine **vollständige Verwirklichung des tatbestandsmäßigen Erfolges nach § 223a StGB** bewirkt (vgl. zu dieser Frage Schmitz, Unrecht und Zeit, 2001, S. 227f.; LG Frankfurt NStZ 90, 592; MüKo-StGB/Mitsch, § 78 Rn 2 bis 4, § 78a Rn 9).

Dies gilt aber auch, wenn sich die Tat nur als schwere Körperverletzung nach § 226 I StGB darstellen würde: Zwar war die schwere Körperverletzung (Verfallen in Siechtum, Geisteskrankheit oder Lähmung als Folge der Körperverletzung) im Februar 1998 nur mit Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis 5 Jahren bedroht (§ 224 I StGB i.d.F. v. 28.10.1994). Gleichwohl wäre die Tat auch mit nur fahrlässig herbeigeführtem Erfolg noch nicht verjährt, da nach § 76a S. 2 StGB die Verjährung, wenn ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später eintritt, mit diesem späteren Zeitpunkt beginnt. So läge es hier: Die **schwere Körperverletzung** ist ein **erfolgsqualifiziertes Delikt**. Solche Taten sind **erst mit dem Eintritt der schweren Folge beendet** (LK-Jähne § 78a Rn 13; SK-StGB-Rudolph/Wolter, § 78a Rn 4; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 78a Rn 7).“ (BGH aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Vollrausch** StrafR
§ 323a **subj. Tatbestand**

(OLG Düsseldorf OLG R 2008, 758; Beschluss vom 02.06.2008 – I-24 U 193/07)

Der **subjektive Tatbestand des § 323a StGB** verlangt, dass für den Täter **zumindest vorhersehbar** ist, dass er im **Rausch** irgendwelche **Ausschreitungen strafbarer Art** begehen wird.

„Zwar geht aus den Urteilsgründen hervor, dass der Angekl. seit Jahren Alkoholiker ist und vielfach strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, u.a. auch unter der Einwirkung von Alkohol. Seine strafbaren Handlungen der letzten Jahre enthalten jedoch keinerlei „Aus-schreitungen“ i.S.d. § 323a oder Gewaltdelikte, vielmehr im Wesentlichen BtM-Delikte, Diebstähle und Straßenverkehrsdelikte. Wegen Gewaltdelikten ist der Verurteilte zuletzt im Jahre 1981 noch nach Jugendrecht verurteilt worden. Angesichts dieser Sachlage ergibt sich nicht ohne Weiteres, dass für den Angekl. zumindest vorhersehbar war, dass er im Rausch irgendwelche Ausschreitungen strafbarer Art begehen werde“ (OLG Düsseldorf aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BDSG
§ 3 I

Personenbezogene Daten IP-Adressen

öffR

(AG München MMR 2008, 860; Urteil vom 30.09.2008 – 133 C 5677/08)

IP-Adressen sind keine personenbezogenen Daten i.S.d. BDSG, da ihnen die notwendige Bestimmbarkeit fehlt.

„**Bestimmbarkeit** ist dann gegeben, wenn die datenspeichernde Stelle die hinter der Einzelangabe stehende Person mit den ihr normalerweise zur Verfügung stehenden Kenntnissen und Hilfsmitteln und ohne unverhältnismäßigen Aufwand bestimmen kann (vgl. Gola/Schunerus, BDSG, § 3 Rn 10).

IP-Adressen werden durch den von der Bekl. verschiedenen sog. Access Provider zeitlich begrenzt an Kunden vergeben, der Access Provider kann über die Bestandsdaten auch später den entsprechenden Nutzer ermitteln.

Diese Möglichkeit steht der Bekl. nicht ohne weiteres zu: Die Bekl. könnte den Nutzer nur mit Hilfe des Access Providers ermitteln, der aber mangels Rechtsgrundlage den Betreiber eines Internetportals diese Angaben nicht zur Verfügung stellen darf. Die theoretisch mögliche, aber illegale Möglichkeit einer Identifikation des Nutzers durch den Access Provider und Weitergabe der Daten an die Beklagte als Portalbetreiber kann vorgeschildeter Definition der Bestimmbarkeit der personenbezogenen Daten nicht entsprechen. Eine solch illegale Handlung kann kaum als normalerweise und ohne großen Aufwand durchzuführende Methode angesehen werden.

Dynamische IP-Adressen können daher für einen Betreiber eines Internetportals keine personenbezogenen Daten darstellen.“ (AG München aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

AO
§ 228

Beitragsschuld Auswirkungen der Zahlungsverjährung

öffR

(OLG Düsseldorf OLGR 2008, 758; Beschluss vom 02.06.2008 – I-24 U 193/07)

Das durch die Zahlungsverjährung verursachte Erlöschen der durch einen entsprechenden Bescheid begründeten Forderung auf eine Vorausleistung hat nicht zur Folge, dass die Erschließungsbeitragsforderung im Zeitpunkt ihres Entstehens als im Umfang der geforderten Vorausleistung getilgt anzusehen ist.

- I. Die Vorausleistung ist begrifflich eine Leistung, die vor Entstehen der endgültigen Erschließungsbeitragspflicht für ein einzelnes Grundstück zur Verrechnung "mit der endgültigen Beitragsschuld" (§ 133 III 2 BauGB, § 25 III 2 KAG) erbracht wird (Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 21 Rn 3).

„Die Vorausleistung ist danach dazu bestimmt, die spätere Beitragsforderung der Gemeinde in dem Umfang des Vorausleistungsbetrags zu tilgen. Nach der Rspr. des BVerwG (NJW 76, 818; NVwZ-RR 96, 465) tritt die Tilgungswirkung in dem Zeitpunkt ein, in dem die Erschließungsbeitragspflicht entsteht, also regelmäßig in dem Zeitpunkt, in dem die Anlage im Sinne des § 133 II BauGB endgültig hergestellt ist. Begründet wird dies damit, dass in diesem Zeitpunkt die Beitragsforderung der Gemeinde - schon vor ihrer Geltendmachung durch den Beitragsbescheid - derartig voll als Anspruch ausgestaltet sei, dass sie das Beitragsschuldverhältnis in Bezug auf das Grundstück und gegenüber dem nach § 134 I BauGB Beitragspflichtigen begründe. Sie sei deshalb in diesem Zeitpunkt auch geeignet, durch die Vorausleistung in deren Umfang getilgt zu werden, so dass damit die der Vorausleistung gesetzlich wesenseigene und von vornherein zgedachte Erfüllungswirkung eintrete. Die Tatsache der Vorausleistung wirke sich im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragspflicht nicht anders aus, als es für eine in diesem Zeitpunkt erfolgende Leistung zuträfe: Ihre Erfüllungswirkung sei nur so lange aufgeschoben gewesen, wie es noch an dem Beitragsanspruch gefehlt habe, zu dessen Erfüllung sie letztlich dienen sollte.“ (OLG Düsseldorf aaO).

- II. Danach führt nicht das Erlöschen der Vorausleistungsforderung, sondern die mit einer tatsächlich erbrachten Vorausleistung verbundene, auf den Zeitpunkt des Entstehens der Beitragspflicht hinausgeschobene Erfüllungswirkung zur Tilgung und damit zum Erlöschen des Beitragsanspruchs.

„Zu der Annahme, das Erlöschen der Vorausleistungsforderung in Folge des Eintritts von Zahlungsverjährung bewirke ebenso wie eine tatsächlich erbrachte Vorausleistung, dass die Beitragspflicht im Zeitpunkt ihres Entstehens als getilgt anzusehen sei, gibt es hiervon ausgehend keinen Grund (a. M. offenbar Driehaus, aaO, Rn. 36).

Zur Begründung seiner Auffassung hat das Verwaltungsgericht angeführt, dass es auch unter Wertungsgesichtspunkten nicht gerechtfertigt sei, das Erlöschen der Vorausleistungsforderung nach Eintritt der Zahlungsverjährung einer tatsächlich erbrachten Vorausleistung gleich zu stellen. Auch dem ist zuzustimmen. Die Verrechnung einer tatsächlich erbrachten Vorausleistung mit der endgültigen Beitragsschuld entspricht dem Wesen der Vorausleistung und leuchtet auch vom Ergebnis her ohne weiteres ein. Nicht einsichtig ist dagegen, weshalb eine zwar angeforderte, aber tatsächlich nicht erbrachte Vorausleistung ebenfalls mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen sein sollte, sofern die Gemeinde es versäumt hat, den Anspruch auf die Vorausleistung rechtzeitig durchzusetzen und der Anspruch deshalb inzwischen verjährt ist. Ein solches Ergebnis wäre auch den übrigen Beitragsschuldnern, die den auf ihr Grundstück entfallenden Beitrag in voller Höhe zu entrichten haben, kaum zu vermitteln. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Beitragsschuldners auf eine andere Handhabung ist nicht zu erkennen. Nach Ablauf der Zahlungsverjährungsfrist steht fest, dass der Beitragsschuldner die von ihm geforderte Vorausleistung nicht zu erbringen hat und ihm damit die mit einer solchen Leistung verbundenen Zinsnachteile erspart bleiben. Ein hierüber hinausgehendes Vertrauen, die angeforderte Vorausleistung auf die die spätere Beitragsforderung angerechnet zu bekommen, wird hierdurch nicht begründet.“ (OLG Düsseldorf aaO).

GO NRW
§ 56 I

Gruppe ohne Fraktionsstatus
Begriffsdefinition

öffR

(OVG NRW NWVBI 2009, 28; Beschluss vom 20.06.2008 – 15 B 788/08)

Eine Gruppe i.S.d. § 56 I GO NRW ist eine **freiwillige Vereinigung von mindestens zwei Ratsmitgliedern**, die sich auf der Grundlage **grundsätzlicher politischer Übereinstimmung** zu **möglichst gleichgerichtetem Wirken** zusammengeschlossen hat.

- I. Wie sich aus dem **gesetzlichen Erfordernis**, dass sich die **Ratsmitglieder zusammengeschlossen „haben“** müssen, ergibt, entsteht die Gruppeneigenschaft nicht schon mit der bloßen – auch bereits rechtlich verfestigten – Absicht, eine Gruppe zu bilden. Vielmehr muss der **Zusammenschluss bereits verwirklicht** sein. Weiter ergibt sich aus der finalen Präposition „zu“ möglichst gleichgerichtetem Wirken, dass die Gruppeneigenschaft nicht davon abhängt, dass ein so gleichgerichtetes Wirken auf der Grundlage grundsätzlicher politischer Übereinstimmung bereits vorliegt. Allerdings folgt daraus, dass dieser Zweck dem Zusammenschluss zugrunde liegen muss.

„Diese Voraussetzung ist ohne weiteres gegeben bei einem Zusammenschluss, der aus Personen besteht, die für ein und dieselbe Partei oder Wählergruppen bei der Wahl angetreten sind. Hier ergibt sich bereits aus dem Parteizusammenschluss bzw. dem mitgliedschaftlich organisierten Zusammenschluss der Wahlberechtigten zum Zwecke gemeinsamer Wahlvorschläge (vgl. § 15 I 2 KommunalwahlG), dass ein Zusammenschluss von aufgrund solcher Wahlvorschläge Gewählten zum Zwecke möglichst gleichgerichteten Wirkens auf der Grundlage grundsätzlicher politischer Übereinstimmung erfolgt. Eines weiteren Indizes durch Verwirklichung des beabsichtigten Zwecks bedarf es dann nicht.“ (OVG NRW aaO).

- II. An dieser von vorneherein gebotenen Annahme der **erforderlichen Zweckbestimmung** bei einem Zusammenschluss auf Vorschlag bestimmter Parteien und Wählergruppen Gewählter **fehlt es allerdings bei Ratsmitgliedern, die nicht auf der Grundlage von Wahlvorschlägen derselben Partei oder Wählergruppen gewählt wurden.**

*„Nach der Einführung eines Anspruchs auf Zuwendungen für Gruppen drängt es sich bei der gebotenen **lebensnahen Betrachtung** auf, dass nach diesem Zeitpunkt im Laufe einer Wahlperiode im Einzelfall auch solche Zusammenschlüsse gebildet werden, die in Wirklichkeit nicht die Absicht möglichst gleichgerichteten Wirkens auf der Grundlage grundsätzlicher politischer Übereinstimmung verfolgen, sondern lediglich darauf zielen, finanzielle Vorteile oder auch eine Verstärkung ihrer Rechtsposition für die Verfolgung individueller politischer Ziele der einzelnen Ratsmitglieder zu erlangen. Ob der erforderliche Zweck verfolgt werden soll, bemisst sich allgemein nach den **Vereinbarungen im Rahmen des Zusammenschlusses und ihrer tatsächlichen Anwendung** sowie den Bekundungen der Mitglieder des Zusammenschlusses, soweit sich die Erklärungen als glaubhaft erweisen.“ (OVG NRW aaO).*

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

Entscheidungen prozessuales Recht

ZPO Versicherungsnehmer kann an seinem Wohnsitz klagen ZPO
§§ 12 ff. Neuregelung des § 215 VVG auf Altverträge anwendbar
(OLG Saarbrücken, NJW 2008, 3579, Beschluss vom 23. 9. 2008 - 5 W 220/08)

3. Grundsätzlich gilt für Versicherungsvertragsstreitigkeit nach dem VVG ab dem 01.01.2008 die neue Fassung.
4. Art. 1 I EGVVG sieht aus Gründen des Vertrauensschutzes vor, dass auf Versicherungsverhältnisse, die bis zum 01.01.2008 entstanden sind, das alte VVG Anwendung findet.
5. § 48 I VVG a.F. ist jedoch keine das Versicherungsverhältnis betreffende Regelung, sondern beinhaltet nur die Gewährung eines weiteren Gerichtsstandes neben den §§ 12 ff. ZPO.
6. Der Grundsatz des intertemporalen Verfahrensrechts führt dazu, dass gesetzliche Änderungen, soweit spezifische Übergangsvorschriften vorgesehen sind und kein besonderes Vertrauen zu schützen ist, sogar bereits anhängige Verfahren erfassen.
7. Danach ist für alle ab dem 01.01.2008 zu erhebenden Klage die Neuregelung des § 215 VVG anwendbar, wonach der Versicherungsnehmer seine Versicherung an seinem Wohnsitz verklagen kann.

A. Grundlagenwissen: Örtliche Zuständigkeit, §§ 12 - 40, 281 ZPO

Bei der örtlichen Zuständigkeit stellt sich die Frage, welches Gericht an welchem Ort zur Entscheidung über die Sache berufen ist. Die örtliche Zuständigkeit wird auch **Gerichtsstand** genannt.

Zunächst sind stets die **ausschließlichen Gerichtsstände** zu prüfen, da dort die Klage erhoben werden muss (vgl. § 12 ZPO).

Besondere und allgemeine Gerichtsstände stehen nebeneinander, so dass der Kläger insofern die **Wahlmöglichkeit** hat (§ 35 ZPO). Ein Gerichtsstand kann nach § 39 ZPO auch durch **rügelose Einlassung** begründet werden.

aa) Ausschließlicher Gerichtsstand

Kein anderer Gerichtsstand ist eröffnet beim **dinglichen** Gerichtsstand (§ 24 ZPO), für **Miet – und Pachtverhältnisse** (§ 29a ZPO), bei **Umwelteinwirkung** (§ 32a ZPO), bei Gerichtsstandsvereinbarung (§ 40 II ZPO) sowie für die Gerichtsstände in der **Zwangsvollstreckung** (§ 802 ZPO).

Gerichtsstandsvereinbarungen sind **grundsätzlich** nur unter Kaufleuten zulässig, bei

- vermögensrechtlichen Streitigkeiten (§ 40 II ZPO)
- über ein bestimmtes Rechtsverhältnis (§ 40 I ZPO)
- hinsichtlich eines bestimmten oder mindestens bestimmbaren Gerichts
- wenn kein ausschließlicher Gerichtsstand (§ 40 II ZPO) vorliegt.

bb) Allgemeiner Gerichtsstand

Der allgemeine Gerichtsstand einer natürlichen Person ist nach §§ 12, 13 ZPO der **Wohnsitz** (§§ 7 ff. BGB), sofern nach §§ 15 - 19 ZPO keine Besonderheiten gelten. Die Begründung eines Wohnsitzes geschieht durch tatsächliche Niederlassung verbunden mit dem Willen, den Ort zum ständigen Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse zu machen.

cc) Besonderer Gerichtsstand

Bei den besonderen Gerichtsständen führen bestimmte Umstände dazu, dass der Kläger den Beklagten nicht nur an dessen allgemeinem Gerichtsstand verklagen kann, sondern auch vor einem anderen örtlichen Gericht die Klage erheben kann. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die besonderen Gerichtsstände:

- der **Niederlassung** (§ 21 ZPO),
- des **Erfüllungsortes** (§ 29 ZPO),
- bei **Haustürgeschäften** (§ 29c ZPO)
- der **unerlaubten Handlung** (§ 32 ZPO).

B. Grundlagenwissen: examensrelevante Regelungen des neuen Versicherungsvertragsgesetzes

I. Widerrufsrecht

Nach § 8 VVG hat jeder Versicherungsnehmer das Recht, binnen **zwei Wochen** nach Erhalt der Police und den dazugehörigen Informationen den Vertragsabschluss zu **widerrufen**. Der Widerruf ist in **Textform** gegenüber dem Versicherer zu erklären und muss keine Begründung enthalten; zur Fristwahrung genügt die **rechtzeitige Absendung**. Die Frist beginnt nur zu laufen, wenn der Versicherer dem Versicherungsnehmer die in § 8 II 1 VVG **benannten Unterlagen zusendet**, wobei ihm nach § 8 II 3 VVG die **Beweislast** für den Zugang obliegt.

II. Obliegenheitsverletzung

Die **Folgen der Verletzung** von Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sind in § 28 VVG geregelt. Zu beachten ist dabei, dass nur die **vorsätzliche** oder **grob fahrlässige Obliegenheitsverletzung** relevant sind. Bei einer objektiven Obliegenheitsverletzung liegt die Beweislast hinsichtlich des Fehlens der groben Fahrlässigkeit aber beim Versicherungsnehmer.

III. Herbeiführung des Versicherungsfalles

Führt der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall herbei, so stellt sich die Frage, ob dies zur Leistungsfreiheit des Versicherers führt. Dies ist nach § 81 I VVG allerdings ohne weiteres nur noch bei der vorsätzlichen Herbeiführung der Fall. Hat der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt, so ist in § 81 VVG unter **Aufgabe des Alles-oder-Nichts-Prinzips** vorgesehen, dass der Versicherer seine **Leistung** in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis **kürzen** darf.

IV. Direktanspruch gegen den Versicherer

Im Bereich der Haftpflichtversicherung ist ein Direktanspruch gegen die Versicherung nach § 115 VVG nunmehr in 3 Fällen vorgesehen. Nach wie vor gibt es nach § 115 I 1 Nr. 1 VVG einen Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer, wenn es sich um eine **Pflichtversicherung** handelt. Zudem besteht ein Direktanspruch nach § 115 I 1 Nr. 2 VVG dann, wenn über das Vermögen des Versicherungsnehmers das **Insolvenzverfahren** eröffnet, der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden oder ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden ist. Zudem ist ein Direktanspruch nach § 115 I 1 Nr. 3 VVG dann vorgesehen, wenn der **Aufenthalt des Versicherungsnehmers unbekannt** ist.

V. gesetzlicher Forderungsübergang

Ersetzt die Versicherung dem Versicherungsnehmer einen Schaden, so gehen dessen Ansprüche im Wege des gesetzlichen Forderungsübergangs (cessio legis) nach § 86 VVG n.F. auf die Versicherung über. Diese kann die Ansprüche dann gegenüber dem Schädiger geltend machen.

VI. Gerichtsstand

Klagt der Versicherungsnehmer gegen die Versicherung, so kann er neben den **allgemeinen** und **besonderen Gerichtsständen** nach §§ 12 ff. ZPO nach § 215 I 1 VVG auch an seinem Wohnsitz klagen. Da es sich hierbei um einen besonderen Gerichtsstand handelt, kann der Versicherungsnehmer nach § 35 ZPO zwischen den verschiedenen Gerichtsständen **wählen**.

Soweit allerdings der **Versicherer den Versicherten** verklagen will, sieht § 215 I 2 VVG den Wohnsitz des Versicherten als **ausschließlichen Gerichtsstand** an, so dass keine Wahlmöglichkeit besteht.

VII. Verjährung

Die Verjährung für Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis ist nicht mehr besonderes geregelt. Es gilt nunmehr auch für diese Ansprüche die allgemeine Verjährungsfrist von 3 Jahren, wobei § 15 VVG eine besondere Regelung für die Verjährungshemmung dergestalt vorsieht, dass bei Anmeldung eines Anspruchs aus dem Versicherungsvertrag beim Versicherer die Verjährung bis zu dem Zeitpunkt gehemmt ist, zu dem die Entscheidung des Versicherers dem Anspruchsteller in Textform zugeht.

C. Gerichtsstand für Kaskoklage ab 01.01.2008: Wohnsitz des Versicherungsnehmers (OLG Saarbrücken, NJW 2008, 3579)

Fall: K wohnt in Trier. Nach einem vom ihm aufgrund von Fahrlässigkeit verursachten Unfall begehrt er Leistungen aus der bei der V-AG seit 2007 unterhaltenen Kraftfahrzeugvollkaskoversicherung. Die V-AG hat ihren Sitz in München, jedoch eine Hauptagentur Saarbrücken. Nachdem die V-AG ihre Leistungspflicht außergerichtlich abgelehnt hat, erhebt K am 20.03.2008 Klage vor dem LG Trier. Die V-AG rügt die örtliche Zuständigkeit des Gerichts und beantragt die Verweisung an das LG Trier. Zu Recht?

Grundsätzlich bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach §§ 12 ff. ZPO. Der allgemeine Gerichtsstand juristischer Personen ist nach § 17 I ZPO am Ort des Sitzes. Danach liegt der allgemeine Gerichtsstand der V-AG in München. Eine Hauptagentur stellt jedoch eine Niederlassung im Sinne des § 21 I ZPO dar, so die V-AG zudem einen besonderen Gerichtsstand in Saarbrücken hat.

Dies gilt allerdings nur sofern keine Sonderregelungen greifen. Für Versicherungsverträge gilt jedoch das Versicherungsvertragsgesetz (VVG), welches besondere Regeln über den Gerichtsstand enthält. Allerdings wurde das VVG zum 01.01.2008 geändert. In der bis dahin geltenden Fassung war durch § 48 I VVG a.F. vorgesehen, dass für Klagen, die ein Versicherungsvertreter vermittelt oder abgeschlossen hat und die aus dem Versicherungsverhältnis gegen den Versicherer erhoben werden, das Gericht des Ortes zuständig ist, wo der Versicherungsvertreter zur Zeit der Vermittlung oder Schließung seine gewerbliche Niederlassung hat.

Als Niederlassung ist die Hauptagentur in Saarbrücken anzusehen, so dass angesichts des Vertragsabschlusses 2007 § 48 I VVG a.F. Anwendung finden könnte und die Klage entweder in München oder aber in Saarbrücken erhoben werden müsste.

Allerdings sieht die seit 01.01.2008 gültige Neufassung des VVG in § 215 VVG n.F. vor, dass für Klagen aus dem Versicherungsvertrag auch das Gericht örtlich zuständig ist, in dessen Bezirk der Versicherungsnehmer zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz hat. Würde die Neuregelung gelten, so wäre auch das Gericht in Trier zuständig und K könnte nach § 35 ZPO zwischen einer Klageerhebung in München, in Saarbrücken oder in Trier wählen, so dass die örtliche Zuständigkeit des von ihm angerufenen LG Trier gegeben wäre.

Fraglich ist daher, welche Fassung des VVG auf die hier anhängige Klage Anwendung findet. Dies ist im Einführungsgesetz zum VVG (EGVVG) geregelt.

*„Schon der Wortlaut des Art. 1 I EGVVG lässt erkennen, dass das Gesetz über den Versicherungsvertrag in der bis zum 01.01.2008 geltenden Fassung bis zum 31.12.2008 „auf Versicherungsverhältnisse“, also auf die **rechtlichen Beziehungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer**, soweit der Versicherungsvertrag sie regelt - und nur auf sie -, anzuwenden ist. § 48 VVG a.F. ist indessen keine das Versicherungsverhältnis betreffende Bestimmung. Mit der Gewährung eines zusätzlichen Gerichtsstands neben den von den §§ 12ff. ZPO vorgesehenen enthält die Vorschrift eine Regelung, die sich demgegenüber auf das Prozessrechtsverhältnis zwischen einem klagenden Versicherungsnehmer und seinem Versicherer bezieht. Dafür gilt aber als **Grundsatz des intertemporalen Verfahrensrechts**, dass gesetzliche Änderungen, soweit spezifische Übergangsvorschriften vor-*

gesehen sind und **kein besonderes Vertrauen zu schützen** ist, sogar bereits anhängige Verfahren erfassen (vgl. u.a. BVerfGE 87, 48 = NJW 1993, 1123 = NVwZ 1992, 1182; BFH, Beschl. v. 8. 6. 2005 - V S 12/04).

Dass Art. 1 I EGVVG 2008 die Anwendbarkeit des neuen Rechts nicht vollständig für alle Rechtsfragen aus Anlass eines Rechtsstreits zwischen einem Versicherungsnehmer und einem Versicherer auf den 01.01.2009 befristet, folgt sodann aus den ihm folgenden Vorschriften, die **lediglich für in einer Übergangszeit eingetretene Versicherungsfälle** sowie für bestimmte Versicherungsverträge **Sonderregelungen** anordnen. Das zeigt sich besonders deutlich in Art. 1 II EGVVG, der sogar für „Altverträge“ **das alte Recht ausschließlich „insoweit“ fortgelten lässt, als es um die Beurteilung des Versicherungsfalls (und die aus ihm folgenden materiellen Rechte und Pflichten) geht.**

Die sich aus Art. 12 I des Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts ergebende **grundsätzliche Geltung des neuen Rechts ab dem 01.01.2008** ist schließlich durch die Art. 1ff. EGVVG 2008 **nur aus Gründen des Bestandsschutzes und der Gewährung eines Anpassungszeitraums für Versicherer eingeschränkt worden.** Solche Gründe vermögen indessen die Fortgeltung des § 48 I VVG a.F. nicht zu rechtfertigen. Soweit ein Rechtsstreit zwischen einem Versicherungsnehmer und einem Versicherer **zum 01.01.2008 bereits anhängig** war, leistet **§ 261 III Nr. 2 ZPO** die nötige **Verlässlichkeit der einmal begründeten Zuständigkeit eines Gerichts.** Soweit noch kein Rechtsstreit anhängig ist, ist **nicht erkennbar**, aus welchen Gründen dem durch § 215 I VVG begünstigten Versicherungsnehmer und dem Versicherer **Vertrauensschutz** zustehen sollte.“(OLG Saarbrücken, aaO).

BGB **Hemmung der Verjährung im Mahnverfahren** **ZPO**
§ 204 I Nr. 3 **bei Teilbetrag mehrerer Einzelforderung Aufschlüsselung erforderlich**
(BGH, NJW 2009, 56, Urteil vom 21.10.2008 - XI ZR 466/07)

1. Zustellung eines Mahnbescheids, mit dem Teilbetrag aus mehreren Einzelforderungen geltend gemacht wird, hemmt Verjährung nicht, wenn genaue Aufschlüsselung der Einzelforderungen unterblieben ist und die Individualisierung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist im anschließenden Streitverfahren nachgeholt wird.
2. Die Individualisierung der Forderungen im Berufungsverfahren vermögen zwar zur Zulässigkeit der Teilklage zu führen, da er hierfür auf die mündliche Verhandlung im Berufungsverfahren ankommt. Ein nachträglicher Eintritt der Hemmung nach Ablauf der Verjährungsfrist kann hierin jedoch nicht gesehen werden.
3. Bleibt ein Angebot zu einer Ratenzahlungsvereinbarung unbeantwortet, ist hierin nicht die Aufnahme von Verhandlungen im Sinne des Hemmungstatbestandes des § 203 BGB zu sehen.

A. Grundlagenwissen: Hemmung der Verjährung

Während früher zwischen der Hemmung und der Unterbrechung der Verjährung unterschieden wurde (Hemmung: Zeit wird nicht mitgerechnet; Unterbrechung: Frist beginnt neu zu laufen) ist nunmehr grundsätzlich nur noch die Hemmung von Verjährungsfristen vorgesehen. Lediglich in § 212 BGB ist ein **Neubeginn der Verjährung** vorgesehen bei Anerkenntnis oder Vollstreckungshandlung.

- I. Bei Rechtsverfolgung wird die Verjährung **gem. § 204 I Nr. 1 BGB grundsätzlich erst mit Rechtshängigkeit** gehemmt, d.h. mit Zustellung der Klage an den Klagegegner. Ist Prozesskostenhilfe beantragt, so muss das Gericht aber erst über die Gewährung der Prozesskostenhilfe entscheiden, bevor die Klage zugestellt wird. Da hierbei einige Zeit verstreichen kann, sieht § 204 I Nr. 14 BGB vor, dass die Verjährung auch durch die Stellung eines Prozesskostenhilfeantrags gehemmt wird.
- II. Soweit die Parteien Verhandlungen über den Anspruch oder die anspruchsbegründenden Tatsachen führen, ist die Verjährung nach § 203 BGB gehemmt. Mit dieser Norm wollte der Gesetzgeber die **Verhandlungsbereitschaft der Parteien fördern**, damit Verhandlungen nicht – wie zuvor – bei drohendem Verjährungseintritt durch Klageerhebung abgebrochen werden müssen. Die Hemmung hält dabei so lange an, bis ein Teil die Fortführung der Verhandlungen verweigert.
- III. Verzichtet der Gläubiger vorübergehend auf die Geltendmachung seines Anspruchs, so sollen ihm hieraus im Hinblick auf die Verjährung keine Nachteile erwachsen. Für die Dauer des vereinbarten Leistungsverweigerungsrechts ist die Verjährung daher nach § 205 BGB gehemmt.
- IV. Die Berufung auf die Einrede der Verjährung kann rechtsmissbräuchlich sein. Hat eine Partei den Gegner im Vertrauen bestärkt, auch ohne Klage zum Recht zu kommen und ihn dadurch von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten, kann die spätere Erhebung der Verjährungseinrede unter Berücksichtigung aller Umstände nach § 242 BGB ein Verstoß gegen Treu und Glauben sein.

B. Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheides, wenn ein Teilbetrag mehrerer Einzelforderungen geltend gemacht wird (BGH NJW 2009, 56)

Fall: G verlangt von S aus abgetretenem Recht im Wege einer Teilklage die Rückzahlung zweier Darlehen. S erhebt die Einrede der Verjährung. S unterhielt bei der Rechtsvorgängerin der B, der S-AG zwei Konten zur Stamm-Nr. ..., die am 10.12.1999 mit 1.116,18 DM (Endziffer 00) und mit 680.373,18 DM (Endziffer 01) im Soll standen und von der S-AG mit Schreiben vom 10.12.1999 gekündigt wurden.

Mit Schreiben vom 29.03.2004 forderte B, die ein Inkassounternehmen betreibt, S erfolglos zur Zahlung einer Hauptforderung von 347.928,69 Euro nebst Verzugszinsen von 116.630,23 Euro und eines Bearbeitungsentgelts von 2.426 Euro auf. G behauptet, die S-AG habe ihr die Forderung am 29.03.2004 zur Einziehung abgetreten. G hat am 03.11.2004 gegen S den Erlass eines Mahnbescheids über einen Teilbetrag von 25.000 Euro beantragt. In dem Mahnbescheidsantrag ist der Anspruch mit „Darlehensrückzahlung gem. fällige Forderung gemäß Kündigung 134690/04/0/1 vom 10.12.1999 bis 02.11.2004“ bezeichnet; ferner enthielt der Antrag die Bemerkung, dass die Forderung „seit dem 11.11.2003 an den Antragsteller abgetreten bzw. auf ihn übergegangen (sei); früherer Gläubiger: S-AG“. Der Mahnbescheid ist G am 11.11.2004 zugestellt worden.

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil sie mangels Bestimmtheit des Klagegegenstandes unzulässig sei. Hiergegen hat G Berufung eingelegt. In der Berufungsbegründung vom 05.05.2006 und in der Berufungsverhandlung am 23.02.2007 hat sie ihr Klagebegehren dahin näher präzisiert, dass mit der Teilklage erstrangig die Forderung betreffend das Konto mit der Endziffer 00 und nachrangig die Hauptforderung betreffend das Konto mit der Endziffer 01 geltend gemacht werde. G hat sich auf die Verjährung des Anspruchs berufen. Zu Recht?

I. Zulässigkeit der Klage

Die Teilklage müsste zulässig sein.

1. Aktivlegitimation der G

Ob sich die Aktivlegitimation der G bereits aus der am 29.03.2004 erfolgten Abtretung ergibt, kann dahinstehen.

Dem stünde, anders als das BerGer. meint, nicht entgegen, dass G das Angebot der S-AG zum Abschluss eines Abtretungsvertrags nicht förmlich angenommen hat. Die Verlautbarung der Vertragsannahme kann auch in dem Tätigwerden der G, insbesondere in der Inanspruchnahme der S mit dem vorgerichtlichen Forderungsschreiben vom 29.03.2004, gesehen werden, weil eine ausdrückliche Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten und deren Zugang bei der S-AG gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich war (vgl. Senat, NJW 2004, 287 = WM 2003, 2327 [2328]).

Das BerGer. hat jedoch die Aktivlegitimation der G. zu Recht aus der Vollmacht vom 29.03.2004 hergeleitet. Deren Auslegung durch das BerGer. ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich die G auf die Vollmacht nicht ausdrücklich berufen hat. Da sie das diesbezügliche Vorbringen der S. nicht bestritten hat und das BerGer. in der Berufungsverhandlung die Aktivlegitimation der G auf die Vollmacht gestützt hat, ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass sich die G das Vorbringen der S zumindest hilfsweise stillschweigend zu Eigen gemacht hat.“ (BGH, aaO)

2. Individualisierung des Anspruchs

Die Individualisierung des Anspruchs ist zwar erst in der Berufungsinstanz erfolgt. Dies ist jedoch ausreichend, da es für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Klage auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt.

II. Begründetheit der Klage

Die Entstehung der geltend gemachten Forderung ist ebenso unstrittig wie der Umstand, dass die Forderung nicht erloschen ist. Fraglich ist jedoch, ob der Forderung die Einrede der Verjährung nach § 214 BGB entgegensteht.

1. Bestimmung der Verjährungsfrist

*„Der Rückzahlungsanspruch der B ist mit der Kündigung der Kredite gemäß § 609 Abs. 1 BGB a.F. im Dezember 1999 fällig geworden. Die Verjährungsfrist betrug **zunächst** gemäß § 195 BGB a.F. **dreißeig Jahre** und hätte somit im Dezember 2029 geendet. Mit dem Inkrafttreten des **Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes** gilt jedoch seit dem 01.01.2002 die **dreijährige Regelverjährung** des § 195 BGB, die gemäß Art. 229 § 6 I 1, IV 1 EGBGB ab dem 01.01.2002 zu berechnen ist und somit **am 31.12.2004 endete**.“ (BGH, aaO)*

2. Hemmung der Verjährung

Der Ablauf der Verjährungsfrist wird nach § 204 BGB durch Rechtsverfolgung gehemmt. Beim Mahnverfahren ist hierbei nach § 204 I Nr. 3 BGB die Zustellung des Mahnbescheides maßgeblich. Die Zustellung ist am 11.11.2004 erfolgt. Da die Verjährungsfrist am 31.12.2004 abließ, könnte hiermit Hemmung eingetreten sein.

a) Identität des Anspruchs

Die Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheides bei Übergang in ein Streitiges Verfahren setzt voraus, dass dort kein anderer prozessualer Anspruch als im Mahnverfahren geltend gemacht wird.

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird mit der Klage nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht. Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefasste eigenständige prozessuale Anspruch. Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. In diesem Sinn geht der Klagegrund über die Tatsachen, die die Tatbestandsmerkmale einer Rechtsgrundlage ausfüllen, hinaus. Zu ihm sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat (BGHZ 117, 1, 5 f.; Senatsurteil vom 8. Mai 2007 - XI ZR 278/06, WM 2007, 1241, 1242 m.w.N.).“ (BGH, aaO)

Danach liegt im Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem solchen aus abgetretenem Recht wie auch im umgekehrten Fall eines Übergangs von einem Anspruch aus abgetretenem Recht zu einem solchen aus eigenem Recht wegen der Änderung des dazu vorgetragenen Lebenssachverhalts grundsätzlich ein Wechsel des Streitgegenstandes im Sinne einer Klageänderung gemäß § 263 ZPO (BGH, Urteile vom 4. Mai 2005 - VIII ZR 93/04, NJW 2005, 2004, 2005 und vom 23. Juli 2008 - XII ZR 158/06, NJW 2008, 2922 Tz. 19).

Hingegen ändert sich der Streitgegenstand nicht, wenn bei einer stillen Sicherungszession der Zedent die abgetretene Forderung zunächst aufgrund der ihm eingeräumten Einziehungsermächtigung geltend macht und später aufgrund einer Rückabtretung des Sicherungsnehmers weiterverfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 1999 - VI ZR 101/98, WM 1999, 1065, 1066) oder wenn die Aktivlegitimation zunächst auf einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und später auf eine Abtretung gestützt wird (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2007 - XI ZR 278/06, WM 2007, 1241, 1242 Tz. 18).

„Nach diesen Grundsätzen hat sich der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht dadurch geändert, dass B den Anspruch gegen K zunächst auf eine Abtretung vom 11.11.2003, sodann auf eine Abtretung vom 29.03.2004 und schließlich - jedenfalls konkludent - auf die Einziehungsermächtigung vom 29.03.2004 gestützt hat. Stets hat sie unabhängig von der Begründung ihrer Aktivlegitimation den ursprünglich der S. AG zustehenden Darlehensrückzahlungsanspruch geltend gemacht.“ (BGH, aaO)

b) Hemmung nach § 204 I Nr. 3 BGB durch Zustellung des Mahnbescheides

Eine Hemmung der Verjährung ist nicht nach § 204 I Nr. 3 BGB i.V.m. § 167 ZPO eingetreten.

„Denn G hatte die Rückzahlungsansprüche in dem Mahnbescheidsantrag im Hinblick auf den geltend gemachten Teilbetrag nicht hinreichend individualisiert und konnte die fehlende Individualisierung auch nicht mehr nach Ablauf der Verjährungsfrist wirksam nachholen.“ (BGH, NJW 2009, 56)

aa) ausreichende Individualisierung des Anspruchs

Der von der Klägerin geltend gemachte Darlehensanspruch war in dem Mahnbescheidsantrag nicht ausreichend individualisiert.

„Dazu ist erforderlich, dass er durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will.“

Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab (st.Rspr.; BGHZ 172, 42, 55 Tz. 39; Senat, Urteile vom 3. Juni 2008 - XI ZR 353/07, WM 2008, 1298, 1299 Tz. 16 und vom 23. September 2008 - XI ZR 253/07, Umdruck S. 10 f. Tz. 18; BGH, Urteil vom 23. Januar 2008 - VIII ZR 46/07, NJW 2008, 1220 f. Tz. 13).

Diesen Anforderungen genügt der Mahnbescheid nicht. Zwar ergab sich daraus, dass gegen S eine Darlehensforderung geltend gemacht wurde. Für S war aber nicht erkennbar, auf welche Forderung aus den beiden Bankkonten mit den Endziffern 00 und 01 und in welcher Höhe die Klägerin den geltend gemachten Teilbetrag in Höhe von 25.000 € beziehen wollte. Ein auf der Grundlage des Mahnbescheids erlassener Vollstreckungsbescheid hätte daher keinen der materiellen Rechtskraft fähigen Inhalt gehabt.“ (BGH, aaO)

bb) keine Rückwirkung der Individualisierung im Berufungsverfahren

Die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheids ist auch nicht rückwirkend durch die im Berufungsrechtszug frühestens im Mai 2006 ordnungsgemäß nachgeholte Individualisierung eingetreten. Dies hätte erfordert, dass G - was hier nicht der Fall war - die geltend gemachten Ansprüche in nicht rechtsverjährter Zeit individualisiert hätte.

„Die nachträgliche Individualisierung des Klageanspruchs kann zwar die Zulässigkeit der Klage herbeiführen, hat aber für die Verjährung keine Rückwirkung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Hemmung der Verjährung im Falle des § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB auf den Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids an; eine rückwirkende Heilung durch eine nachträgliche Individualisierung der Klageforderung nach Ablauf der Verjährungsfrist kommt nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2008 - IX ZR 160/07, WM 2008, 1935, 1936 Tz. 16 m.w.N.).“ (BGH, aaO)

Dies gilt auch für den vorliegenden Fall der Geltendmachung eines Teilbetrages aus mehreren Einzelforderungen, wenn im Mahnbescheid eine genaue Aufschlüsselung des eingeforderten Betrages auf die Einzelforderungen unterblieben ist.

„Für eine Unterscheidung zwischen der Nachholung der fehlenden Aufteilung der Einzelforderungen und der Heilung sonstiger Individualisierungsmängel besteht kein sachlicher Grund. Ohne ausreichende Individualisierung der Einzelforderungen und genaue Aufteilung des geforderten Teilbetrages kann weder auf Grundlage des Mahnbescheides ein der materiellen Rechtskraft fähiger Vollstreckungstitel ergehen noch wird dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch ganz oder teilweise zur Wehr setzen will. Demgegenüber ist der Gläubiger, der sich die Vorteile des Mahnverfahrens zunutze machen will, ohne weiteres zu einer ausreichenden Individualisierung in der Lage.“

Soweit der Bundesgerichtshof zu § 209 II Nr. 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung entschieden hat, dass die Verjährung aller im Mahnbescheid ausreichend bezeichneten Einzelforderungen bis zur Höhe des geltend gemachten Teilbetrages unterbrochen werde und deshalb eine Nachholung der Aufschlüsselung der Einzelforderungen im weiteren Verlauf des Verfahrens jederzeit zulässig sei (vgl. Senatsurteil vom 17. Oktober 2000 - XI ZR 312/99, WM 2000, 2375, 2377 und BGH, Urteil vom 8. Mai 1996 - XII ZR 8/95, NJW 1996, 2152, 2153, jeweils m.w.N.), ist der erkennende Senat hieran nicht gebunden. Das Verjährungsrecht hat durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) eine grundlegende Neuregelung erfahren. Dabei sind unter anderem die Tatbestände der Verjährungsunterbrechung abgeschafft worden und an ihre Stelle solche der Hemmung und des Neubeginns der Verjährung getreten. Für die Auslegung des § 204 I Nr. 3 BGB ist daher die Rechtsprechung zu § 209 II Nr. 1 BGB a.F. nicht bindend, so dass auch eine Vorlage der Rechtsfrage an den Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 132 II 2 GVG nicht geboten ist.“ (BGH, aaO)

c) Hemmung nach § 203 BGB durch Verhandlungen

„Ein anderer Hemmungstatbestand - hier kommt nur Hemmung durch Verhandlungen gemäß § 203 BGB in Betracht - liegt nicht vor. Die Schreiben der G vom 29.03.2004 und 14.04.2004 enthielten zwar die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots für eine Ratenzahlungsvereinbarung, blieben aber von der S unbeantwortet, so dass hierin keine Verhandlungen i.S. des § 203 BGB gesehen werden können“ (BGH, aaO)

StPO
§ 202 S.1

**Richterliches Beratungsgeheimnis
Durchbrechung**

ProzR

(OLG Naumburg NJW 2008, 3585; Beschluss vom 06.10.2008 - 1 Ws 504/07)

1. Die **Pflicht zur Wahrung des Beratungsgeheimnisses** (§ 43 DRiG) ist **nicht absolut**.
2. Eine **Ausnahme von dem Grundsatz des Beratungsgeheimnisses** kann in einem Gerichtsverfahren zugelassen sein, wenn ein **überwiegendes Interesse an der Aufklärung eines schwerwiegenden Tatvorwurfs** – wie z.B. des Verbrechens der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) – besteht.
3. Eine **Aufgabe des Beratungsgeheimnisses** in einem **Ermittlungsverfahren** oder in **Verfahren bei Verwaltungsbehörden scheidet aus**.

Fall: Die Angekl. waren als Richter des Familiensenats des OLG Naumburg der sachlich zuständige Rechtsmittelsenat für eine einstweilige Anordnung, die das AG Wittenberg am 02.12.2004 in einem familienrechtlichen Umgangsverfahren erlassen hatte. In diesem Beschluss hatte das FamG - nach den Vorgaben eines Beschlusses des BVerfG (BVerfGE 111, 307 = NJW 04, 3407) - dem Kindesvater K den Umgang mit seinem nichtehelich geborenen leiblichen Sohn S gestattet und diesen ausgestaltet. Gegen die einstweilige Anordnung legten die Pflegeeltern, die - für das Kind S bestellte - Verfahrenspflegerin und das Jugendamt des Landkreises als Amtsvormund sofortige Beschwerde ein. Zudem hatte das Jugendamt am 26.11.2004 eine - gesetzlich nicht geregelte - „Untätigkeitsbeschwerde“ erhoben, die zeitgleich ebenfalls bei dem o.g. Senat anhängig gewesen ist. Obgleich den Angekl. auf Grund der vorangegangenen Entscheidungen des EGMR (NJW 04, 3397) und des BVerfG bewusst gewesen ist, dass wegen der Bindungswirkung einer Entscheidung des EGMR für innerstaatliche Gerichte jede Entscheidung, die im Ergebnis dazu führt, dass K seine Umgangsrechte mit seinem Sohn nicht wahrnehmen kann, diesen in seinen Rechten benachteiligen kann, setzten sie mit Beschluss vom 08.12.2004 zunächst die Vollziehung der einstweiligen Anordnung des amtsgerichtlichen Beschlusses vom 02.12.2004 bis zur Entscheidung über die eingelegten sofortigen Beschwerden wieder aus. Dies geschah, obwohl sie wussten, dass eine Beschwerde gegen den im schriftlichen Verfahren ergangenen Beschluss des AG Wittenberg vom 02.12.2004 gem. § 620c ZPO unzulässig war. Sie beschlossen dann - im Wege der Entscheidung über die Untätigkeitsbeschwerde - wiederum durch erneute Umgehung der Regelung des § 620c S. 2 ZPO am 20.12.2004, dass K - bis zu abschließender Entscheidung im Umgangsrechtsverfahren - keinen Umgang mit seinem Sohn mehr erhält. Die hierdurch den Bet. entstandenen Rechtsfolgen, die die Elternrechte des K einschränkten und die ausgeübten Erziehungsmöglichkeiten der Pflegeeltern stärkten, nahmen sie vorläufig und in Form des vorübergehenden Umgangausschlusses zumindest billigend in Kauf.

- I. **Grundsätzlich** kann Rechtsbeugung **auch durch einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften** begangen werden; dies gilt insbesondere dann, wenn der Richter durch sein Verhalten **nicht lediglich die abstrakte Gefahr einer falschen Entscheidung**, sondern die konkrete Gefahr eines unrechtmäßigen Vor- oder Nachteils für eine Partei schafft.

BGHSt 32, 357 = NJW 84, 2711 = NStZ 86, 27; BGHSt 38, 381 = NJW 93, 605 = NStZ 93, 540; BGHSt 42, 343 = NJW 97, 1452 = NStZ 97, 439; BGHSt 47, 105 = NJW 01, 3275 = NStZ 01, 651; BGHSt 42, 343 = NJW 97, 1452 = NStZ 97, 439

- II. Die Verurteilung eines Richters wegen Rechtsbeugung auf Grund der **Entscheidung eines Kollegialgerichts**, an der er als dessen Mitglied beteiligt gewesen ist, setzt die Feststellung voraus, dass er **für die von ihm als Unrecht erkannte, das Recht beugende Entscheidung gestimmt** hat.

1. Gemäß § 196 I GVG entscheidet das Gericht mit der **absoluten Mehrheit der Stimmen**, soweit das Gesetz nicht - etwa wie in § 349 II StPO oder § 119 I StVollzG - ein anderes bestimmt. Ein **überstimmter Richter** macht sich durch seine Mitwirkung am weiteren Verfahren **weder als Mittäter noch als Gehilfe strafbar** (h. M., vgl. *Fischer*, StGB, 55. Aufl., § 339 Rn 8).

Für eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung ist daher für jedes einzelne Mitglied eines Spruchkörpers der **Nachweis erforderlich**, dass er **für die inkriminierte Entscheidung gestimmt** hat (Kissel/Mayer, GVG, 4. Aufl., § 193 Rn 13).

2. Dieser Nachweis kann hier indes nicht geführt werden: Die allein bei der jeweiligen Beratung der Entscheidungen vom 08.12.2004 und vom 20.12.2004 anwesenden Angekl. haben im Ermittlungsverfahren jeweils erklärt, von ihrem Recht auf Aussagefreiheit

Gebrauch zu machen und nicht zur Sache auszusagen und sich darüber hinaus hinsichtlich des Beratungshergangs und Abstimmungsverhaltens im Rahmen der jeweiligen Beratungen auf das Beratungsgeheimnis (§ 43 DRiG) berufen.

- a) Allein der Umstand, dass die Beschlüsse vom 08. und 12.12.2004 die Unterschrift aller drei Angekl. tragen, ist kein Nachweis dafür, dass jeder der Angekl. mit seiner Unterschriftsleistung seine Zustimmung zum Inhalt des Beschlusses zum Ausdruck gebracht habe.

„Bereits das RG hat zur Bedeutung der Unterschrift des an der Beratung und Abstimmung des Kollegialgerichts beteiligten Richters ausgeführt, er bezeuge durch sie, dass die Urteilsgründe nach der Überzeugung der Mehrheit mit den Ergebnissen der Beratung übereinstimmen. Der überstimmte Richter darf daher seine Unterschrift nicht verweigern, er bezeugt mit ihr nur die Auffassung der Mehrheit (BGHSt 26, 92 = NJW 75, 885). Gleichfalls darf der überstimmte Vorsitzende die Gründe der Mehrheit und der Entscheidung bei der Verkündung nicht desavouieren (Seibert, MDR 57, 597). Gleiches gilt für den überstimmten Berichterstatter bei der Entscheidungsabfassung.

Auf Grund des von allen drei Angekl. unterschriebenen „klarstellenden Vermerk zur Entscheidung des Senats vom 20.12.2004“ vom 04.01.2005 kann der Nachweis ihres jeweiligen Abstimmungsverhaltens ebenfalls nicht geführt werden: Der Inhalt des Vermerks knüpft an die Entscheidungsgründe des vorgenannten Beschlusses an und ergänzt diese. An keiner Stelle der Ausführungen ist erkennbar, dass alle oder einzelne der unterzeichnenden Senatsmitglieder damit ihre persönliche Auffassung kundtun. Damit stellen sich die dortigen Ausführungen als ergänzende Wiedergabe des Ergebnisses der Beratung dar, weshalb folgerichtig wiederum alle daran beteiligten Richter ihre Unterschrift geleistet haben. Hätte mit dem Vermerk ein „geschlossenes Meinungsbild“ aller drei unterzeichnender Richter abgegeben werden sollen, hätte es nahe gelegen, dass dies etwa durch die Verwendung von Sätzen wie „Wir sind der Auffassung, dass ...“ auch klar benannt wird. Die geradezu auffällige Vermeidung von persönlichen Äußerungen in den detaillierten rechtlichen Ausführungen des Vermerks lässt sich jedenfalls nicht mit der Bewertung in Einklang bringen, hier habe von allen drei Angekl. - quasi als „Erwiderung“ auf den gegenteiligen Beschluss des BVerfG vom 28.12.2007 - ein Bekenntnis zur eigenen persönlichen Rechtsauffassung jedes Einzelnen abgelegt werden sollen.

Auch die Verwendung der Bezeichnung „Vermerk“ rechtfertigt kein anders Ergebnis: Entgegen der üblichen Bedeutung eines richterlichen Vermerks, mittels dessen dienstliche Feststellungen des Richters schriftlich fixiert und - insbesondere zur besseren späteren Nachvollziehbarkeit des Verfahrensverlaufs - zur Akten gereicht werden, betreffen die im Vermerk vom 04.01.2005 niedergelegten Ausführungen allein den bereits zwei Wochen zurückliegenden und in seiner Wirksamkeit durch das BVerfG vorläufig ausgesetzten Beschluss vom 20.12.2004. Die Ausführungen vom 04.01.2005 stellen sich als - wenn gleich als unübliche - Ergänzung des vorgenannten Beschlusses dar, weshalb sie auch folgerichtig lediglich formlos an die Verfahrensbeteiligten übersandt wurden.“ (OLG Naumburg aaO).

- b) Fraglich ist, ob der für eine Verurteilung der Angekl. erforderliche Nachweis durch eine Vernehmung der Richterin am LG R1 und Richterin am OLG R2, die zwar nicht an den dem Anklagevorwurf zu Grunde liegenden Beratungen teilgenommen, wohl aber an weiteren Beschlüssen des 14. Zivilsenats in der Familiensache des Kindes S neben den Angekl. mitgewirkt haben, geführt werden kann.

- aa) Der **Einvernahme der Richterinnen als Zeugen** könnte das **richterliche Beratungsgeheimnis entgegengestanden**: Zwar bestimmt § 43 DRiG nach seinem Wortlaut, dass der Richter über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung auch nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zu schweigen hat.

*„Beratung und Abstimmung sind **innere Angelegenheiten des Gerichts**, die dem Beratungsgeheimnis unterliegen. Deshalb darf grundsätzlich weder in den Urteilsgründen noch in sonstiger Weise erkennbar gemacht werden, ob Meinungsverschiedenheiten bestanden haben, welcher Art diese gegebenenfalls waren und mit welcher Stimmenmehrheit entschieden worden ist (vgl. BGH DRiZ 76, 319).“ (OLG Naumburg aaO).*

- bb) Die **Pflicht zur Wahrung des Beratungsgeheimnisses** ist jedoch **nicht absolut**.

- Die **Gesetzesbegründung** (BT-Dr 3/516, S. 47) hat ausdrücklich die **Durchbrechung des Grundsatzes des Beratungsgeheimnisses** unter anderem **in einem Strafverfahren wegen Rechtsbeugung** als **möglich** erachtet, indes gleichwohl keinen Anlass gesehen, „für diese und ähnliche, äußerst seltene Fälle Bestimmungen zu treffen“.
- Die **überwiegende Auffassung im Schrifttum** lässt für den Fall, dass dem bestimmte Interessen der Rechtspflege, nämlich der Einheit des Kollegiums

und der Autorität richterlicher Entscheidungen dienende Beratungsgeheimnis schutzwürdigere rechtliche Interessen anderer Art gegenüberstehen, eine Durchbrechung des grundsätzlich bestehenden Beratungsgeheimnisses zu. Dies gilt insbesondere für Strafverfahren, die Rechtsverletzungen bei Beratung und Abstimmung zum Gegenstand haben, wo es somit möglich sein könnte, den einzelnen Richter gerade wegen seiner Mitwirkung an einer Entscheidung persönlich zur Verantwortung zu ziehen. Das Beratungsgeheimnis würde sonst entweder ihm als Schutzschild dienen, sich der persönlichen Verantwortung zu entziehen, und dem Kollegialgericht eine nicht gerechtfertigte Vorzugsstellung vor dem Einzelrichter verschaffen, oder es würde umgekehrt ihm die Verteidigung und den als Zeugen angerufenen Kollegen die Entlastung unmöglich machen.

vgl. Fürst/Mühl/Arndt, DRiG, 1992, § 43 Rn 16 ff.; Schmidt-Räntsch, DRiG, 5. Aufl., § 43 Rn 10 ff.; Löwe/Rosenberg, StPO, 23. Aufl., § 43 DRiG Rn 21; Löwe/Rosenberg, 25. Aufl., § 193 GVG Rn 55 ff.; Kissel/Mayer, GVG, 4. Aufl., § 193 Rn 15 ff., jew. m.w.N.; a.A. KK-StPO/Diemer, 5. Aufl., § 193 GVG Rn 7

- Hier **rechtfertigt das überwiegende Interesse an der weiteren Aufklärung des Tatvorwurfs** des Verbrechens der Rechtsbeugung eine **Ausnahme vom Grundsatz des Beratungsgeheimnisses**.

„Dem in der Lit. (vgl. Schmidt-Räntsch, § 43 Rn 12) berechtigterweise erhobenen Einwand, das Beratungsgeheimnis dürfe nicht in einem Ermittlungsverfahren oder in Verfahren bei Verwaltungsbehörden preisgegeben werden, damit nicht Organe der Exekutive sich unter dem Vorwand eines Ermittlungs- oder Verwaltungsverfahrens von dem Hergang bei Beratung und Abstimmung Kenntnis verschaffen können, ist genügend Rechnung getragen worden.“ (OLG Naumburg aaO).

- cc) Die **im Schrifttum** für eine Aussagepflicht des Richters eintretende Auffassung (vgl. Schmidt-Räntsch, § 43 Rn 13 m.w.N.) leitet aus dem Umstand, dass anders als bei der Entbindung von der Amtsverschwiegenheit eine Befreiung von der Schweigepflicht gem. § 43 DRiG durch den Dienstvorgesetzten nicht möglich sei, da auch diesem gegenüber das Beratungsgeheimnis zu wahren sei, das Ergebnis her, die Entscheidung, ob und wie weit der Richter als Zeuge über den Hergang bei Beratung und Abstimmung aussagen soll, liege beim Prozessgericht.

„Dem wird aber mit Recht entgegengehalten, dass der Ausgangspunkt dieser Argumentation, dass nämlich das Beratungsgeheimnis auch gegenüber dem Dienstvorgesetzten gilt, gerade dagegen spricht, dass es zur Verfügung eines Dritten und damit auch eines anderen Gerichts stehen könnte. Und auch zur Entscheidung über die Entpflichtung von der neben dem Beratungsgeheimnis bestehenden allgemeinen Verschwiegenheitspflicht ist nicht das vernehmende Gericht, sondern der Dienstherr berufen. Da das Beratungsgeheimnis den Beratungsteilnehmern anvertraut ist, muss es den einzelnen Beratungsteilnehmern, in deren Interesse es im Übrigen ja auch besteht, überlassen bleiben, nach pflichtgemäßem Ermessen die Interessenabwägung im Einzelfall selbst vorzunehmen (vgl. KG NSTZ 91, 300 = JZ 91, 46; Fürst/Mühl/Arndt, § 43 Rn 20; Löwe/Rosenberg, 23. Aufl., § 43 DRiG Rn 24 f.; Löwe/Rosenberg, 25. Aufl., § 193 GVG Rn 58; Kohlhaas NJW 53, 403).

*Dem schließt sich der Senat an: Schließlich führt das Fehlen eines gesetzlich geregelten Zeugnisverweigerungsrechts für Beratungsteilnehmer nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn grundsätzlich entspricht der **materiell-rechtlichen Geheimhaltungspflicht** ein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht des Geheimnisträgers“ (OLG Naumburg, aaO).*

- dd) Die Vernehmungen der Richterinnen haben jedoch keine weiteren Erkenntnisse zu den Beratungen vor der Beschlussfassung am 30.03. bzw. 09.07.2004 erbracht (wird ausgeführt).

III. Ergebnis: Eine Verurteilung der Angekl. wegen Rechtsbeugung scheidet aus.

StPO
§§ 45 II 3, 44

**Wiedereinsetzung in Revisionsbegründungsfrist
nach Urteilszustellung nur an Angeklagten**

ProzR

(OLG München NJW 2008, 3797; Beschluss vom 27.10.2008 – 5 StRR 200/08)

Wird ein **Urteil**, gegen das der Verteidiger Rechtsmittel eingelegt hat, **nur an den Angeklagten zugestellt**, ohne dass der Verteidiger hiervon unterrichtet wurde, stellt das **Fehlen der Benachrichtigung** einen **Wiedereinsetzungsgrund** dar.

Fall: Das AG verurteilte den Angekl. am 12.09.2006 wegen versuchter Vergewaltigung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe. Die dagegen eingelegte Berufung des Angekl. verwarf das LG in Anwesenheit des Verteidigers am 14.05.2007 ohne Verhandlung zur Sache gem. § 329 I StPO. Das Urteil wurde dem Angekl. am 29.05.2007 zugestellt. Eine Benachrichtigung hiervon an den Verteidiger unterblieb. Mit Schriftsatz vom 21.05.2007, eingegangen am 25.05.2007, beantragte der Verteidiger des Angekl. Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Hauptverhandlung und legte gleichzeitig für den Fall der Verwerfung Revision ein. Das LG verwarf den Wiedereinsetzungsantrag als unbegründet. Die sofortige Beschwerde hat das OLG mit Beschluss vom 09.05.2008 als unbegründet verworfen.

Auf Grund der Verfügung des LG vom 28.07.2008 wurde das Urteil dem Verteidiger am 06.08.2008 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 08.08.2008 wiederholte der Verteidiger des Angekl. den Antrag auf Wiedereinsetzung und Einlegung der Revision mit einer ergänzten Begründung und gab am 05.09.2008 eine ausdrücklich als solche bezeichnete Revisionsbegründung ab, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügte. Er beanstandete insbesondere, das LG habe seine Pflicht zur Aufklärung verletzt.

Revisionsanträge und Revisionsbegründung des Verteidigers waren zwar verspätet gem. §§ 344 I u. II, 345 I StPO, dem Angekl. war jedoch von Amts wegen Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist zu gewähren, § 45 II 3 StPO i.V.m. § 44 StPO.

I. Die **Revision** ist durch den Schriftsatz vom 21.05.2007 zwar **rechtzeitig und formgerecht** eingelegt worden, § 341 StPO, jedoch enthält dieser Schriftsatz weder eine formelle noch eine materielle Revisionsrüge (§ 344 II StPO).

1. Allein aus dem Umstand der Revisionseinlegung lässt sich darauf schließen, dass der Angekl. die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung erstrebt, jedoch enthält der Schriftsatz lediglich eine Begründung des Wiedereinsetzungsantrags.
2. Die weiteren **Anträge und Begründungen** in den Schriftsätzen vom 08.08.2008 und 05.09.2008 sind **nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist** (§ 345 I StPO) eingegangen.

a) Die **Revisionsbegründungsfrist endet einen Monat nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels oder**, falls das Urteil zu dieser Zeit noch nicht zugestellt ist, **binnen eines Monats nach dessen Zustellung**.

„Da das Berufungsurteil in Abwesenheit des Angekl. erging, begann die Frist zur Einlegung der Revision mit der Zustellung des Urteils (§ 341 II StPO). Das Urteil wurde dem Angekl. laut Postzustellungsurkunde am 29.05.2007 zugestellt. Die Zustellung an den Angekl. setzte die Rechtsmittelfristen in Gang (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 145a Rn 6). Die Frist zur Einlegung der Revision von einer Woche (§ 341 I StPO) endete damit am 05.06.2007, die Frist zur Revisionsbegründung von einem Monat nach Ablauf der Einlegungsfrist (§ 345 I StPO) lief somit am 05.07.2007 aus. Die Schriftsätze vom 08.08.2008 und 05.09.2008 waren daher verspätet.“ (OLG München aaO).

b) Dem steht nicht entgegen, dass das Urteil entsprechend einer Verfügung des LG vom 28.07.2008 erneut, diesmal an den Verteidiger, zugestellt worden ist.

„Die weitere Zustellung wäre nur von Bedeutung, wenn die frühere Zustellung an den Betroffenen unwirksam gewesen wäre. Dies war jedoch nicht der Fall: Der gewählte wie der bestellte Verteidiger gelten nach § 145a I StPO als ermächtigt, Zustellungen für den Beschuldigten in Empfang zu nehmen. Dies beinhaltet aber **keine Verpflichtung der Behörde, die Zustellung an den Verteidiger zu bewirken** (Meyer-Goßner, § 145a Rn 6). Auch das Fehlen der Benachrichtigung an den Verteidiger gem. § 145a III 2 StPO macht die Zustellung nicht unwirksam (Meyer-Goßner, § 145a Rn 14). Die genannte Vorschrift über die Benachrichtigung ist eine **bloße Ordnungsvorschrift**.“ (OLG München aaO).

- c) Die Bestimmung des **§ 37 II StPO**, wonach bei Zustellungen an mehrere Empfangsberechtigte die Frist nach der letzten Zustellung berechnet werden muss, **greift hier nicht ein**.

„Ihre Anwendung setzt nämlich voraus, dass im Zeitpunkt der späteren Zustellung die durch die frühere Zustellung eröffnete Frist noch nicht abgelaufen ist (Meyer-Goßner, § 37 Rn 29). Daran fehlt es hier: Die durch die Zustellung an den Betroffenen in Lauf gesetzte Rechtsmittelfrist ist am 05.07.2007 abgelaufen. Sie konnte durch die am 06.08.2008 bewirkte Zustellung beim Verteidiger nicht mehr verlängert werden.“ (OLG München aaO).

- II. **Dem Verteidiger war jedoch von Amts wegen Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist zu gewähren**, denn die Frist zur Stellung der Revisionsanträge und Abgabe der Revisionsbegründung war nicht schuldhaft versäumt worden.

1. Da der Verteidiger bereits vor Zustellung des Urteils an den Angekl. Revision eingelegt hatte, konnte er gemäß den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (**RiStBV Nr. 154 I**) mit der Zustellung des Urteils an seine Person rechnen. Für den Fall einer von den Richtlinien abweichenden Zustellung durfte der Verteidiger darauf vertrauen, gem. **§ 145a III 2 StPO** hiervon unterrichtet zu werden und eine formlose Abschrift der Entscheidung zu erhalten.

*„Die Verfügung des LG vom 18.05.2007 über die Zustellung an den Angekl. enthält die Anordnung einer Mitteilung an den Verteidiger dagegen nicht. Da bei Beachtung der Vorschriften über die Benachrichtigungspflicht der Verteidiger von der Zustellung an den Betroffenen und damit vom Beginn der Begründungsfrist erfahren hätte, bestand für den Angekl. seinerseits kein Anlass, die an ihn bewirkte Zustellung des Urteils seinem Verteidiger zur Kenntnis zu bringen (BayObLGSt 75, 150 [152]). Das **Fehlen der Benachrichtigung** stellt einen **Wiedereinsetzungsgrund nach § 44 StPO** dar (Meyer-Goßner, § 145a Rn 14 u. § 44 Rn 17).“ (OLG München aaO).*

2. Die **Wiedereinsetzung** konnte auch **ohne Antrag von Amts** wegen gewährt werden, **§ 45 II 3 StPO**.

*„**Revisionsanträge und Revisionsbegründung** wurden bereits, wenn auch verspätet, **nachgeholt**. Das **fehlende Verschulden** des Betroffenen **an der Fristversäumung ist offensichtlich** und eine Glaubhaftmachung wegen Ersichtlichkeit aus der Akte überflüssig. Denn der Verteidiger hat nach Zustellung des Urteils an ihn die erforderlichen Anträge und Begründungen innerhalb eines Monats ab diesem Zeitpunkt eingereicht. Dass er dennoch nicht innerhalb der Frist des § 345 I StPO gehandelt hat, liegt an der unterbliebenen Mitteilung der Zustellung an den Angekl. durch das Gericht. Wiedereinsetzung von Amts wegen ist in der Regel, so auch hier, zu gewähren, wenn der Wiedereinsetzungsgrund in einem Verfahrensfehler des Gerichts liegt (Meyer-Goßner, § 45 Rn 12).“ (OLG München aaO).*

- III. Die **Verfahrensrüge** selbst entspricht auch den Anforderungen des **§ 344 II StPO**.

1. An die **Zulässigkeit einer Verfahrensrüge gegen ein Verwerfungsurteil** sind **grundsätzlich keine strengen Anforderungen** zu stellen, da der erste Zugang des Angekl. zum Gericht nicht über Gebühr erschwert werden soll.

Da das unentschuldigte Ausbleiben des Angekl. keine vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfende Voraussetzung für die Verwerfung des Einspruchs ist, muss der Bf. grundsätzlich die Verfahrenstatsachen so vollständig angeben, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, allein anhand dieses Vortrags die Schlüssigkeit des Verfahrensverstößes nachzuvollziehen (BayObLGSt 95, 202 = NStZ-RR 96, 148).

Bezugnahmen und Verweisungen auf Akten, Sitzungsprotokolle und andere Schriftstücke sind unzulässig (Meyer-Goßner, § 344 Rn 21). Hingegen bedarf es zur Geltendmachung der Verkennung des Rechtsbegriffs der genügenden Entschuldigung keiner Wiederholung der Urteilsfeststellungen in der Revisionsbegründung.

„Die Ausführungen des Revisionsführers werden diesen Anforderungen noch gerecht (wird ausgeführt)“ (OLG München aaO).

2. Die **Verfahrensrüge** ist auch **begründet**.

- a) **Mit der Revision** gegen ein Urteil nach § 329 StPO **kann** auf ordnungsgemäße Verfahrensrüge, abgesehen von der Frage einer ordnungsgemäßen Ladung, **nur überprüft werden, ob das Gericht seine Aufklärungspflicht verletzt** und daher seiner Entscheidung nicht alle in diesem Zeitpunkt erkennbaren Entschuldigungsgründe zu Grunde gelegt **hat oder** ob es die **Rechtsbegriffe des Ausbleibens oder genügenden Entschuldigung verkannt hat** (Meyer-Goßner, § 329 Rn 48).

- b) Die **Möglichkeit der Verwerfung der Berufung ohne Sachverhandlung** stützt sich auf die Vermutung, dass derjenige sein Rechtsmittel nicht weiterverfolgt wissen will, der ohne ausreichende Entschuldigung zur Verhandlung nicht erscheint. Sie dient dem Zweck, den Bf. daran zu hindern, die Sachentscheidung über seine Berufung dadurch zu verzögern, dass er sich der Verhandlung entzieht. Dabei ist aber eine enge Auslegung der Vorschrift des § 329 II StPO angebracht, um zu verhindern, dass der grundgesetzlich gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör verkürzt wird (BayObLGSt 88, 103).

Liegen **Anhaltspunkte für einen Entschuldigungsgrund** vor, sei es, dass er sich aus den Akten ergibt, vom Angekl. mitgeteilt worden ist oder das BerGer. auf andere Weise davon Kenntnis erlangt hat, **muss das Gericht prüfen**, ob er zutrifft (KK-StPO/Ruß, 5. Aufl., § 329 Rn 9). Das Gericht hat daher vor Erlass eines Verwerfungsurteils die Akten unter diesem Aspekt durchzusehen (KK-StPO/Ruß, § 329 Rn 8).

„Auf Grund der Tatsache, dass das Gericht den Angekl. mit zwei getrennten Ladungen zu zwei Hauptverhandlungsterminen geladen hatte, der Angekl. auf Grund seiner Alkoholerkrankung an einem Verlust an sozialer Kompetenz leidet und der Bedeutung der Sache für den Angekl., die sich aus der vom AG verhängten Freiheitsstrafe ersehen lässt, durfte sich das LG nicht damit begnügen festzustellen, dass der Angekl. sich nicht entschuldigt hat, sondern hätte im Wege des Freibeweises prüfen müssen, ob sein Nichterscheinen darauf beruht, dass er sein Rechtsmittel nicht weiter verfolgen will, oder auf einem angesichts seiner Erkrankung nicht vorwerfbaren Verständnisfehler beruht. Nachdem der Angekl. kein Telefon besitzt, wäre zum Beispiel eine polizeiliche Wohnungsnachschau zur Klärung möglich gewesen.

*Es ist nicht der **Zweck des § 329 I StPO, bloße Nachlässigkeit zu bestrafen**, die einem zur Mitwirkung am Verfahren bereiten Angekl. bei der Erfüllung seiner Pflicht zum Erscheinen unterlaufen ist (BayObLGSt 88, 103). Über den Regelfall hinaus, dass ein Angekl. auf Grund einer Nachlässigkeit bei Sitzungsbeginn lediglich nicht pünktlich anwesend ist, die Gründe hierfür zu Terminsbeginn mitgeteilt hatte und sein Erscheinen zur Verhandlung noch innerhalb angemessener Zeit möglich gewesen wäre, hat dies auch dann zu gelten, wenn der Angekl. ohne Entschuldigung gar nicht erscheint, aber auf Grund der Aktenlage Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er sich über die Notwendigkeit, zu einem bestimmten Termin zu erscheinen, insgesamt geirrt hat und dieser Irrtum nicht ausschließbar auf einer krankheitsbedingten Einschränkung seiner Fähigkeit, die Bedeutung mehrerer Ladungen zu verschiedenen Terminen zu verstehen, beruhen kann.*

Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Angekl. nicht mit seinem Verteidiger in Verbindung gesetzt und nachgefragt hat, da offen ist, ob der Angekl. krankheitsbedingt überhaupt Zweifel hatte, zu welchem Termin er kommen müsse, oder seine Fehleinschätzung nicht so weit ging, dass er sicher war, er müsse nur zum zweiten Hauptverhandlungstermin kommen, so dass aus seiner Sicht auch eine diesbezügliche Nachfrage beim Verteidiger nicht erforderlich war.“ (OLG München aaO).

VwGO
§ 80 V

Unmittelbare Ausführung polizeilicher Sicherstellung
Einstweiliger Rechtsschutz über § 80 V 3 VwGO
(VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 784, Beschluss vom 19.05.2008 - 8 B 557/08)

POR

8. Bei der unmittelbaren Ausführung einer polizeilichen Sicherstellung handelt es sich um einen Verwaltungsakt.
9. Der einstweilige Rechtsschutz gegen die unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Sicherstellung ist über § 80 V 3 VwGO zu suchen.
10. Soll eine Abschleppmaßnahme der zwangsweisen Entstempelung dienen, so reicht es aus, wenn den Beamten die Fahrzeugpapiere ausgehändigt und die Kennzeichen abgeschraubt oder vor Ort entstempelt werden. Eine Abschleppmaßnahme ist unverhältnismäßig.

A. Grundlagenwissen: Einstweiliger Rechtsschutz

I. Was ist einstweiliger Rechtsschutz?

Einstweiliger Rechtsschutz ist ein vorläufiger Rechtsschutz. Die entsprechenden Verfahren können also vor oder gleichzeitig mit den Klagen der VwGO eingeleitet werden, um bis zu deren Abschluss eine vorläufige Regelung hinsichtlich des Klagebegehrens zu erreichen.

Einstweiliger Rechtsschutz ist also auch ein reaktiver Rechtsschutz und vom vorbeugenden Rechtsschutz (z.B. vorbeugende Unterlassungsklage) zu trennen, der präventiv eingelegt wird.

Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes findet nur eine eingeschränkte gerichtliche Prüfung statt, man spricht deshalb auch von summarischer Prüfung. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die Rechtslage in einem Gutachten nur oberflächlich zu prüfen ist. Vielmehr bedeutet diese summarische Prüfung in der Praxis, dass das Gericht seiner Prüfung den Vortrag des Klägers zugrunde legt und allenfalls auf solche Beweismittel zurückgreift, die ihm bereits vorliegen (sog. präsente Beweismittel).

II. Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

Als wesentliche Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sieht die VwGO die Verfahren auf Wiederherstellung/Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach §§ 80 V, 80a VwGO vor und das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO.

1. Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung (§§ 80 V / 80a VwGO)

Widerspruch und Klage bei der **Anfechtungsklage** haben gem. § 80 I VwGO grundsätzlich aufschiebende Wirkung (sog. **Suspensiveffekt**). Die Betroffenen sind durch diesen Suspensiveffekt hinreichend geschützt, weil die Behörde in der Zwischenzeit den VA nicht vollziehen kann.

In den Fällen des § 80 II VwGO tritt dieser Suspensiveffekt aber nicht ein.

Damit die Betroffenen dennoch den Eintritt von Nachteilen durch die Vollziehung des VA verhindern können, besteht die Möglichkeit, den **Suspensiveffekt** durch das Gericht **anordnen** oder **wiederherstellen** zu lassen.

Merke: Der einstweilige Rechtsschutz nach § 80 V VwGO ist grundsätzlich einschlägig, wenn im Hauptsacheverfahren eine Anfechtungsklage zu erheben ist und entweder

- um den Suspensiveffekt gestritten wird, selbst wenn aufschiebende Wirkung eigentlich eintritt (sog. faktische Vollziehung)

- die vorläufige Aufhebung einer Vollziehung begehrt wird (§ 80 V 3 VwGO),

Anders, wenn etwas begehrt wird, das über den Suspensiveffekt hinausgeht oder trotz eingetretener Belastung eine Erweiterung des Rechtskreises begehrt wird (z.B. beim Streit um die Versetzung

2. Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO)

Bei den sonstigen Klagearten kommt grundsätzlich ein Schutz des Betroffenen über §§ 80 V, 80a VwGO von vornherein nicht in Betracht.

Einem Interesse des Betroffenen an der vorläufigen **Regelung eines Verhältnisses** oder **Sicherung des bestehenden Zustandes** kann dann nur die eine vorläufige Entscheidung des Gerichts entsprochen werden.

Das Verfahren nach § 123 VwGO kommt immer dann in Betracht, wenn §§ 80, 80a VwGO nicht eingreifen.

Merke: Das Verfahren nach § 123 VwGO ist daher gegenüber dem Verfahren nach §§ 80 V / 80a VwGO subsidiär.

3. Abgrenzung der Verfahrensarten

§§ 80, 80 a VwGO sind einschlägig, wenn der Betroffene sich gegen einen belastenden VA wendet, in der Hauptsache also die Anfechtungsklage richtige Klageart ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

Es sind allerdings einige Problemfälle zu beachten.

a) Allgemeinverfügungen, § 35 S. 2 VwVfG

Die an bestimmte Personen oder einen bestimmbaren Personenkreis gerichtete Allgemeinverfügung (sog. personale Allgemeinverfügung) stellt nur eine Bündelung von VA dar, die ansonsten auch mit der Anfechtungsklage anzufechten wären, so dass einstweiliger Rechtsschutz über § 80 V VwGO zu suchen ist. Allerdings muss der Antragsteller zum Kreis der Betroffenen gehören und in seinen Rechten verletzt sein können.

Bei dingliche Allgemeinverfügungen (z.B. Widmung) ist ohne weiteres das Verfahren nach § 80 V VwGO möglich (vgl. BVerwGE 64, 352).

b) VA mit Nebenbestimmungen

Die isolierte Anfechtungsklage und damit das Verfahren nach § 80 V VwGO sind ausgeschlossen,

- wenn das Gericht das behördliche Ermessen ausüben würde, ohne dass eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt oder
- eine modifizierende Auflage vorliegt, da hier ist gar keine Nebenbestimmung gegeben ist.

c) Antragsablehnung

Hier kommt im Normalfall eine Anfechtungsklage nicht in Betracht, sondern die Verpflichtungsklage ist einschlägig. Anders nur, wenn ausnahmsweise eine isolierte Anfechtungsklage möglich ist.

d) Faktische Vollziehung

Wird VA trotz Eintritt der aufschiebenden Wirkung von der Behörde vollzogen, so wäre § 80 V VwGO eigentlich nicht einschlägig, weil die aufschiebende Wirkung eingetreten ist und daher nicht angeordnet werden kann. Gleichwohl ist es unter dem Gesichtspunkt der Wahrung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) erforderlich, dem Betroffenen hier die Rechtsschutzmöglichkeit nach § 80 V VwGO einzuräumen.

B. einstweiliger Rechtsschutz gegen die unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Sicherstellung (VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 794)

Fall: A war in Zahlungsschwierigkeiten geraten und hatte seine Kraftfahrzeugssteuern nicht entrichtet. Daraufhin hatte der Landrat des Kreises X ihm den Betrieb des Fahrzeugs untersagt. Dem kam A nicht nach, das Fahrzeug war noch immer angemeldet und mit Kennzeichen versehen. Es wurde von ihm auch genutzt. Der Landrat des Kreises X veranlasste daraufhin die Sicherstellung des Fahrzeugs zum Zwecke der Entstempelung durch die sachlich und örtlich zuständige Polizei. Diese erschien vor dem Wohnhaus des A, vor dem das Fahrzeug abgestellt war und beauftragte einen Abschleppunternehmer. Durch die Ankunft der Polizei aufmerksam geworden, begab sich A vor die Tür und handigte den Polizeibeamten seine Zulassungspapiere aus. Er konnte die Polizeibeamten jedoch nicht von dem Abschleppen des Fahrzeugs abhalten. Auch auf Aufforderung des A hin wurde ihm das Fahrzeug nicht wieder ausgehändigt. Er beantragte daher den Erlass einer einstweiligen Anordnung dahingehen, ihm das Fahrzeug wieder zu überlassen.

I. Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist nach § 123 V VwGO nur statthaft, wenn einstweiliger Rechtsschutz über §§ 80 V, 80a VwGO nicht in Betracht kommt. Gegenüber diesen Verfahren ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung **subsidiär**.

Da hier kein Fall von Drittbeteiligung vorliegt, kommt allenfalls ein **Antrag nach § 80 V VwGO** in Betracht. Dies setzt voraus, dass in **der Hauptsache eine Anfechtungsklage** einschlägig ist und im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um den **Suspensiv-effekt** gestritten wird, der ohne gerichtlichen Beschluss nicht eintritt.

1. Anfechtungsklage als Hauptsacheverfahren

Die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO ist nur einschlägig, wenn A sich gegen einen belastenden Verwaltungsakt richtet. Fraglich ist daher, ob die unmittelbare Ausführung der Sicherstellung **einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG** darstellt. Ohne Zweifel handelt es sich um die Maßnahme einer Behörde in einem Einzelfall auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung. Fraglich ist jedoch, ob der Maßnahme **Regelungscharakter** zukommt oder wegen der unmittelbaren Ausführung von einem Realakt auszugehen ist, gegen die die Anfechtungsklage dann nicht möglich wäre. Bei der vollzogenen Sicherstellung handelt es sich jedoch um einen **Verwaltungsakt**, der **im Wege des Verwaltungszwangs umgehend durchgesetzt** wurde.

2. kein Suspensiv-effekt

Bei der unmittelbaren Ausführung handelt es sich um eine **Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung**, bei denen in allen Bundesländern der Wegfall des Suspensiv-effekts nach § 80 I 1 Nr. 3 VwGO angeordnet ist.

Vgl. § 8 AG VwGO NRW; § 12 LVwVG BadW; Art. 21a VwZVG Bay; § 4 I AG VwGO Bln; § 39 VwVG Bbg; Art. 11 AG VwGO HB; § 75 I 2 VwVG HH; § 16 AG VwGO Hess; § 99 I 2 SOG M-V; § 66 VwVG Nds und § 70 Abs. 1 VwVG i.V.m. § 64 Abs. 4 S. 1 SOG Nds; § 20 AG VwGO RPf; § 20 AG VwGO SL; § 11 VwVG Sachs; § 66 VwVG LSA; §§ 248 I 2, 322 I LVwG S-H; § 8 AG VwGO Thür.

3. Vollzug schon erfolgt

Da der Vollzug der Sicherstellung jedoch schon erfolgt ist, reicht es für Erfüllung des Rechtsschutzinteresses des A nicht aus, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs anzuordnen, vielmehr ist nach § 80 V 3 VwGO der **Vollzug wieder rückgängig zu machen**, indem ihm das Fahrzeug wieder überlassen wird.

*„Da es sich bei der **vollzogenen Sicherstellung um einen Verwaltungsakt handelt**, ist einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 V 3 VwGO zu gewähren und nicht durch eine in erster Instanz beantragte einstweilige Anordnung (§ 123 V VwGO). Der dazu erforderliche Widerspruch gegen die Sicherstellung ist unter Berücksichtigung des zuvor zwischen den Bet. per E-Mail geführten Schriftverkehrs spätestens in dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 28.01.2008 zu sehen.“ (VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 784)*

Der Antrag des A ist daher nach § 86 VwGO entsprechend auszulegen.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Aufhebung des Vollzugs ist begründet, wenn die **Voraussetzungen für eine unmittelbare Ausführung der Sicherstellung nicht vorlagen**, A also in der Hauptsache nach summarischer Prüfung Erfolg haben wird und ein **öffentliches Interesse** an der unmittelbaren Ausführung daher **fehlt**.

Beachte: Die unmittelbare Ausführung wird in einigen Bundesländern auch als Sofortvollzug bezeichnet.

1. Fehlen der Voraussetzungen der unmittelbaren Ausführung/des Sofortvollzugs

Die unmittelbare Ausführung/der Sofortvollzug ist nur zulässig, wenn eine **gegenwärtige Gefahr** besteht, deren Beseitigung die Einhaltung des Verfahrens, insbesondere im Hinblick auf eine an den Betroffenen ergehende Aufforderung nicht zulässt. Dies ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn dieser **nicht anwesend** ist und die Angelegenheit **keinen Aufschub duldet**. Im vorliegenden Fall war der Betroffene jedoch anwesend.

*„Die **offensichtliche Rechtswidrigkeit der Sicherstellung** ergibt sich zum einen daraus, dass sie im Wege unmittelbarer Ausführung vollzogen wurde, obgleich A zugegen war und **in der üblichen Weise als Störer hätte in Anspruch genommen werden können** (Hornmann, HessSOG, § 8 Rn. 5 m.w.N.). Zwar lässt sich die Tatsache der Anwesenheit des A am Vollziehungsort der völlig unzureichenden Dokumentation des Vorgangs durch die einschreitenden Bediensteten des Kreises X nicht entnehmen. Jedoch ergibt sich aus einer an A gerichtlichen E-Mail eines Sachbearbeiters der Straßenverkehrsbehörde vom 15.01.2008, dass A am 8.01.2008 seine Kfz-Kennzeichen vom Fahrzeug entfernt und seinen Fahrzeugschein beim Abschleppdienst abgeholt habe, um Zulassungsformalitäten abzustimmen. Dies setzt voraus, dass A den die Sicherstellung vollziehenden Bediensteten den Fahrzeugschein ausgehändigt hat und zum Zeitpunkt der Sicherstellung noch Kfz-Kennzeichen am Fahrzeug angebracht waren, was zugleich verdeutlicht, dass der Vorgang in den ‚Tatangaben‘ in einer ‚Übersicht über den Verfahrensablauf‘ vom 18. falsch dokumentiert worden ist. Dort heißt es: ‚Das angegebene Fahrzeug stand ohne Kennzeichen/Zulassung im öffentlichen Verkehrsraum‘. Beides entspricht offensichtlich nicht der Wahrheit, denn das Fahrzeug war damals noch mit Kennzeichen versehen und zum öffentlichen Straßenverkehr zugelassen, wenn auch in Widerspruch zu der vom Landrat des X-Kreises mit Bescheid vom 10.09.2007 verfügten, auf § 14 Kraftfahrzeugsteuergesetz gestützten Betriebsuntersagung wegen nicht entrichteter Kraftfahrzeugsteuern.“ (VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 794)*

2. Unverhältnismäßigkeit der Abschleppmaßnahme

Darüber hinaus darf eine Abschleppmaßnahme nur durchgeführt werden, wenn sie zur Durchsetzung der Entstempelung **geeignet** ist, es **kein milderer Mittel** gleicher Eignung gibt und sich als **angemessen** darstellt.

*„Die **offensichtliche Rechtswidrigkeit der Sicherstellung** des Kraftfahrzeugs des A am 04.01.2008 ergibt sich zum anderen daraus, dass die Maßnahme **eindeutig unverhältnismäßig** war. Denn sie diente nach der aus der Verhandlungsniederschrift über eine Abschleppmaßnahme vom „04.01.2007“ der **Sicherstellung und Entstempelung**, also der Vorbereitung einer Abmeldung von Amts wegen i.S.d. § 14 KraftfahrzeugsteuerG 2002 i.d.F. der Bekanntmachung vom 26. 9. 2002 (BGBl I, S. 3818), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. 8. 2007 (BGBl I, S. 1958), der übrigens zu der vom Landrat des X-Kreises verfügten Betriebsuntersagung gar nicht (mehr) ermächtigt.*

*Da A seinerzeit zugegen war und den Fahrzeugschein den einschreitenden Bediensteten offenbar bereits ausgehändigt hatte, wäre es zur Erledigung des Amtshilfeersuchens des Landrats des X-Kreises **ausreichend gewesen**, die am Fahrzeug angebrachten **Kennzeichen** entweder an Ort und Stelle zu **entstempeln** oder sie zu diesem Zweck **vom Fahrzeug zu entfernen** und sicherzustellen, sofern eine unbefugte Verwendung des Fahrzeugs durch A trotz seiner Stilllegung zu erwarten gewesen wäre. Die Sicherstellung des Fahrzeugs selbst war zu diesem Zweck nicht erforderlich und verletzte daher das Übermaßverbot.*

*Soweit im gerichtlichen Verfahren als weiteren Zweck der Sicherstellung die Verhinderung der Begehung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten mit dem sichergestellten Fahrzeuge **nachgeschoben** wurde, kann dem nicht gefolgt werden, weil nach dem Akteninhalt die Sicherstellung ausschließlich erfolgte, um dem Amtshilfeersuchen des Landrats des X-Kreises nachzukommen. Ob durch die Abmeldung des am Abstellort verbleibenden Fahrzeugs von Amts wegen straßenrechtlich eine unerlaubte Sondernutzung (vgl. § 17a HessStrG) verursacht worden wäre, kann dahinstehen, denn die **einschreitenden Bediensteten** haben sich **nicht auf diese Bestimmung bezogen** und nicht die danach erforderlichen Maßnahmen getroffen.“ (VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 794)*

Ergebnis: Der Landrat des Kreises X ist daher verpflichtet, die schon vollzogene Sicherstellung aufzuheben und A das Fahrzeug wieder auszuhändigen.

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 139 II

gerichtliche Hinweispflicht unschlüssige Klage

ZPO

(BGH NJW-RR 2008, 1649; Beschluss vom 12.03.2008 – IV ZR 330/06)

Ist zu dem von dem Berufungsgericht als **entscheidend angesehenen Streitpunkt in erster Instanz und in der Berufungsbegründung vorgetragen** worden und **hält das Berufungsgericht den Vortrag für unschlüssig**, ist es **gehalten**, in der mündlichen Verhandlung, in der der Berufungsbeklagte säumig ist, den **Berufungskläger vor Erlass eines unechten Versäumnisurteils auf die Unschlüssigkeit des Vorbringens hinzuweisen**.

„Es kann dahinstehen, ob das Gericht vor Erlass eines unechten Versäumnisurteils regelmäßig verpflichtet ist, auf Bedenken gegen die Schlüssigkeit des klägerischen Vortrags hinzuweisen (so Zöller/Herget, ZPO, 26. Aufl., § 331 Rn 15; MüKo-ZPO/Prütting, 4. Aufl., § 331 Rn 50; Pukall, in: Handkomm-ZPO, § 331 Rn 8).

Im vorliegenden Fall hatte die Kl. zu den näheren Umständen der Offenlegung von Vorschäden bei der Antragstellung bereits in erster Instanz vorgetragen. Diesen Vortrag hatte sie, nachdem das LG sie insoweit als beweisfällig angesehen hatte, im Berufungsrechtszug - unter erneutem Beweisantritt - ergänzt. Im Hinblick darauf, dass gem. § 539 II ZPO das zulässige tatsächliche Vorbringen der Klagepartei als zugestanden anzusehen, also der Entscheidung ohne weitere Beweisaufnahme zu Grunde zu legen ist, wenn der Berufungsbekl. nicht erscheint und daraufhin gegen ihn der Erlass eines Versäumnisurteils beantragt wird, konnte die Kl. darauf vertrauen, das BerGer. werde sie auf die fehlende Schlüssigkeit ihres Vortrags vor Erlass des unechten Versäumnisurteils hinweisen.“ (BGH aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 281 II 3

willkürlicher Verweisungsbeschluss Heilung

ProzR

(KG KGR 2008, 849; Beschluss vom 10.07.2008 – 2 AR 35/08)

Bei **Anwendung des § 281 II 3 ZPO** ist die **Willkürlichkeit des Verweisungsbeschlusses** jedenfalls dann **nicht als** durch das Einvernehmen des Bekl. mit dem Verweisungsantrag des Kl. **geheilt anzusehen**, wenn der anwaltlich vertretene **Bekl. lediglich erklärt hat, von „ihm aus stehe der Verweisung nichts entgegen“**.

- I. Nach **§ 281 II 3 ZPO** bewirkt der Verweisungsbeschluss im Grundsatz bindend die Unzuständigkeit des verweisenden Gerichtes und die Zuständigkeit des Gerichtes, an das verwiesen wird. Jedoch ist anerkannt, dass die **Bindungswirkung ausnahmsweise dann entfällt, wenn die Verweisung auf Willkür beruht** (vgl. nur BGH BGHR 03, 1305 = NJW 03, 3201; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 281 Rn 17 m.w.N.).

Dabei ist Willkür nicht allein deshalb anzunehmen, weil die Frage der Zuständigkeit unzutreffend beantwortet wurde. Die Grenze zwischen der fehlerhaften, gleichwohl aber bindenden, und der willkürlichen Entscheidung ist allerdings u.a. dann überschritten, wenn das verweisende Gericht eine Zuständigkeitsnorm in den Gründen des Verweisungsbeschlusses nicht erörtert und diese Norm eindeutig seine Zuständigkeit begründet (ständige Rspr. des KG, vgl. KG KGR 2008, 248; ähnlich KG KGR 00, 68; „Weicht das [Gericht] ... von der Gesetzeslage bzw. der ganz einhelligen Meinung in Rspr. und Schrifttum ab, ... muss es dies wenigstens ... begründet haben“; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 281 Rn 17 „Bindungswirkung kann ... fehlen, wenn [der] Beschluss ... nicht erkennen lässt, dass sich das Gericht mit einer einhellig gegenteiligen Rechtsansicht auseinander gesetzt hat“).

- II Soweit in **Rspr. und Lit.** erwogen wird, dass eine **willkürliche Verweisung unter Umständen** dann als **geheilt** anzusehen ist, wenn die **Verweisung im Einvernehmen beider Parteien erfolgte** (vgl. BGH NJW 03, 3201; BGH BGHR 03, 1305; BGH FamRZ 88, 943; KG KGR 2008, 248; OLG Koblenz OLGR Koblenz 97, 74 [75]; Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 281 Rn 44), bedarf es vorliegend keiner abschließenden Entscheidung, unter welcher Voraussetzung eine solche Heilung zu bejahen ist. Denn jedenfalls **kommt eine Heilung nur dann in Betracht, wenn die Erklärung des Bekl. zum Verweisungsantrag des Kl. als Zustimmung zu verstehen ist**.

„Maßstäblich für die Beantwortung der Frage, ob im Einzelfall eine Zustimmung vorliegt, ist die Überlegung, dass der einvernehmliche Verweisungsantrag nur deshalb als ausnahmsweise Rechtfertigung der willkürlichen rechtswidrigen Verweisung gelten kann, weil er einer – vom Prozessrecht grundsätzlich zugelassenen (§ 40 ZPO) – Gerichtsstandsvereinbarung nahe kommt.

Hiernach ist vorliegend eine Zustimmung des Bekl. zu verneinen: Denn der Bekl. hat lediglich erklärt, reine Verweisung „stehe nichts entgegen“. Zwischen der Nichterhebung von Einwendungen und der Zustimmung ist indessen zu unterscheiden. So ist anerkannt, dass das bloße Schweigen auf eine Erklärung grundsätzlich nicht als Zustimmung zu dieser Erklärung anzusehen ist (vgl. für viele Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, vor § 116 Rn 7 ff.).

Die Mitteilung, man erhebe keine Einwendungen gegen eine Erklärung, weist dabei größere Ähnlichkeit zu einem Schweigen als zu einer Zustimmung auf. Zwar kennt auch das Prozessrecht Regelungen, nach denen in bestimmten Fällen das Schweigen ausnahmsweise der Zustimmung gleichgesetzt wird (z.B. §§ 138 III, 267 ZPO) oder die Heilung eines Mangels bewirkt (z.B. §§ 39 S. 1, 295 I ZPO). Vorliegend sind jedoch keine dieser Ausnahmeregelungen einschlägig, so dass es bei dem genannten Grundsatz verbleibt. Dies muss um so mehr gelten, wenn – wie vorliegend – die Erklärung des Bekl. durch einen Rechtsanwalt abgegeben wurde, von dem angenommen werden kann, dass er üblicherweise zwischen einer Zustimmung und der bloßen Nichterhebung von Einwendungen sprachlich unterscheidet.“ (KG aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 321a**Gegenvorstellung
Zulässigkeit**

ZPO

(OLG Rostock OLG R 2009, 27; Beschluss vom 10.06.2008 – 1 U 138/08)

Eine **Gegenvorstellung** ist nur dann **zulässig**, wenn sie **innerhalb der 2-wöchigen Notfrist des § 321a ZPO** nach Zustellung der angegriffenen Entscheidung **eingelegt** wird.

- I. Die **Gegenvorstellung** ist nach Sondervorschriften (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., Grundz. § 567 Rn 6 a.E.) wie aber auch ganz allgemein (BGH BGHR 02, 431 = FamRZ 03, 92 = MDR 02, 901 = NJW 02, 1577; BVerwG NJW 01, 129) **einer Befristung zu ihrer Einlegung unterstellt** (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 567 Rn 7), wobei für diesen im Gesetz nicht vorgesehenen Rechtsbehelf eine gesetzlich vorgeschriebene **Einlegungsfrist** – selbstredend – **fehlt, aber gefordert** wird (vgl. Zöller/Gummer, ZPO, 26. Aufl., § 567 Rn 22 a.E.).
- II. Nach einer **im Vordringen befindlichen Auffassung**, muss es aus Gründen der Rechtssicherheit für die Verpflichtung des Gerichts, seine Entscheidung selbst zu korrigieren – und darin kristallisiert sich Sinn und Zweck der Gegenvorstellung–, eine zeitliche Grenze geben. Einzuhalten ist die **Notfrist des § 321a II 2 ZPO von zwei Wochen**.

vgl. nur BGH VersR 82, 598; BGH BGHRv02, 431 = FamRZ 03, 92 = MDR 02, 901 = NJW 02, 1577; Zöller/Vollkommer, § 567 Rn 22; Thomas/Putzo, Vorbem. § 567 Rn 13; BFH NJW 03, 909; OLG Frankfurt FamRZ 06, 964; OLG Dresden FamRZ 06, 717 = OLG R 06, 116 = MDR 06, 771 = NJW 06, 851; OLG Koblenz MDR 2008, 644; Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., Vorbem. § 567 Rn 15; MüKo-ZPO/Lipp, Vor § 567 Rn 13; zweifelnd Zöller/Gummer, § 567 Rn 22 a.E.; ablehnend BFH NJW 06, 861: nicht fristgebunden).

- III. **Dieser Meinung schließt sich nunmehr auch OLG Rostock aaO an.**

„Für die entsprechende Heranziehung dieser Vorschrift auf die Einlegungsfrist zur Gegenvorstellung spricht insbesondere, dass die **Gegenvorstellung aus einer analogen Anwendung von § 321a ZPO abgeleitet** wird (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, Vorbem. § 567 Rn 13, zu dieser Vergleichbarkeit [in Teilen] s. auch Zöller/Gummer, § 567 Rn 24) und es nahe liegend erscheint die besondere Regelung des § 321a ZPO auf das gesetzlich (bisher) nicht geregelte Institut der Gegenvorstellung – dort wo es vertretbar erscheint – zu übertragen. Würde von einer solchen Übertragung bzw. analogen Anwendung im Falle der Gegenvorstellung abgesehen, würde sich diese (allgemein zugebilligte) Möglichkeit, eine Überprüfung einer (vorgeblich fehlerhaften) Entscheidung noch in der Instanz durch das tätig gewordene Gericht zu erreichen, – was die Einhaltung der gebotenen Befristung angeht – als günstiger und für den Rügeführer vorteilhafter darstellen, als bei der gesetzlich festgelegten Gehörsrüge nach § 321a ZPO. Dafür aber findet sich kein sachlich gerechtfertigter Grund.“ (OLG Rostock aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 637**Feststellungsurteil
Inhalt**

ProzR

(BGH NJW 2009, 60; Urteil vom 25.09.2008 – VII ZR 204/07)

Ein **Urteil, mit dem dem Auftraggeber Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zugesprochen wird, enthält** regelmäßig die **Feststellung, dass der Auftragnehmer auch dazu verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten zu tragen**.

„Mit der Vorschussklage wird ein **einheitlicher Anspruch auf Ersatz der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten** geltend gemacht. Die Klage umfasst den Vorschussanspruch in der Höhe, in der er zur Beseitigung des Mangels sachlich erforderlich ist. Der **Vorschuss stellt aber nichts Endgültiges dar, sondern muss abgerechnet werden; ggf. kann eine Nachzahlung verlangt werden** (BGHZ 66, 138 = NJW 76, 956; BGHZ 66, 142 = NJW 76, 960; BGH NJW-RR 86, 1026 = BauR 86, 345 = ZfBR 86, 120; BGH NJW-RR 86, 1079 = BauR 86, 576 = ZfBR 86, 219). Die **Wirkung der Vorschussklage ist nicht auf den eingeklagten Betrag beschränkt**. Sie deckt vielmehr auch spätere Erhöhungen, gleichviel worauf sie zurückzuführen sind, ab, sofern sie denselben Mangel betreffen (BGH NJW-RR 89, 208 = BauR 89, 81; BGH NJW-RR 05, 1037 = NZBau 05, 514).

Aus diesem auch in die Zukunft gerichteten Wesen einer Vorschussklage folgt, dass ein **Vorschussurteil gleichzeitig auch Elemente eines Feststellungsurteils enthält. Dem Grunde nach wird die Verpflichtung des Auftragnehmers festgestellt, die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zu tragen, auch wenn das so im Tenor des Urteils keinen Ausdruck findet** (vgl. Kniffka, *ibr online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 3. 6. 2008, § 637 BGB Rdnr. 77). Diese Feststellung bezieht sich grundsätzlich nicht nur auf Nachforderungen in Form eines weiteren Vorschusses, sondern auch auf solche in Form von bei der Sanierung angefallenen, den gezahlten Vorschuss übersteigenden Selbstvornahmekosten. Bei dem **Kostenvorschuss** handelt es sich um einen **vorweggenommenen Ersatz der Selbstvornahmekosten nach § 633 III BGB a.F., § 637 I BGB, § 13 Nr. 5 II VOB/B** (vgl. BGH NJW 83, 2191 = BauR 83, 365 = ZfBR 83, 185; BGH BauR 89, 201 = ZfBR 89, 60). Auch bei einer Vorschussklage hat der Auftraggeber regelmäßig bereits den endgültigen Gesamtbetrag der Mängelbeseitigungskosten im Sinn, wenn auch auf einer nur vorläufigen Basis. Der Auftragnehmer seinerseits

muss so lange mit Nachforderungen rechnen, als die Kosten der Mängelbeseitigung nicht endgültig feststehen. Die Vorschussklage ist daher regelmäßig so zu verstehen, dass gleichzeitig die Nachschusspflicht des Auftragnehmers für den Fall festgestellt werden soll, dass der ausgeteilte Vorschuss nicht ausreicht (Kniffka, § 637 BGB Rn. 77; vgl. auch Handschumacher JurisPR-PrivBauR 6/2008 Anm. 6). Dementsprechend hat der Senat bereits entschieden, dass neben der Vorschussklage eine Feststellungsklage zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung entbehrlich ist (BGHZ 66, 138 = NJW 76, 956; BGH NJW-RR 86, 1026 = BauR 86, 345 = ZfBR 86, 210). Wird sie dennoch erhoben, hat sie lediglich klarstellende Funktion (BGH NJW-RR 89, 208 = BauR 89, 81).“ (BGH aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO **Beschwerde** ZPO
 §§ 627, 629d **zulässig bei Rechtsschein einer gerichtl. Entscheidung**
 (OLG Rostock OLGR 2008, 146; Beschluss vom 03.12.2007 – 10 UF 136/07)

Die **Beschwerde gegen einen noch nicht wirksam gewordenen Beschluss** ist **zulässig**, wenn dieser den **Rechtsschein einer bereits wirksamen Entscheidung erweckt**.

„Wie noch nicht existent gewordene **Scheinurteile** können auch Beschlüsse, die den Schein erwecken, aktuelle Rechtsverhältnisse zu regeln, mit „normalen“ Rechtsmitteln angegriffen werden. Denn es besteht ein **schutzwürdiges Interesse der betroffenen Partei**, den genannten Schein zu beseitigen (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 26. Aufl., vor § 511 Rn 26 u. § 517 Rn 2).“ (OLG Rostock aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO **vorläufig vollstreckbares Räumungsurteil** ZPO
 § 721 I 1 **Vollstreckungsfähigkeit**
 (KG KGR 2008, 811; Beschluss vom 20.03.2008 – 11 W 9/08)

Aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Räumungsurteil kann in der Regel bereits vor Eintritt der Rechtskraft vollstreckt werden.

I. Der **Zurückweisung eines Zwangsvollstreckungsauftrags steht nicht entgegen**, dass das Räumungsurteil wegen Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 V 1 ZPO **noch nicht rechtskräftig ist**.

vgl. allgemein Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 721 ZPO Rn 12; a.A. etwa LG Wuppertal WuM 96, 429; LG Essen WuM 92, 202; LG Hamburg WuM 87, 62

„Denn es ist **nicht einmal ansatzweise erkennbar**, dass für vorläufig vollstreckbar erklärte Räumungsurteile **andere Grundsätze gelten als im übrigen Recht für einen vorläufig vollstreckbaren Titel**. Auch die **Risiken und Nachteile**, die den Antragstellern als Räumungsschuldner durch eine unrechtmäßige Vollstreckung drohen, **deckt das Recht durch die allgemeinen Bestimmungen angemessen und auch ausreichend ab**. Zum einen ist der Gläubiger dann, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, nach § 717 II 1 ZPO zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Schuldner durch die Vollstreckung des Urteils entstanden ist. Zum anderen kann der Schuldner, der – wie hier – eine Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt hat, nach §§ 544 V 2, 719 II 1 ZPO beim Revisionsgericht beantragen, dass die Zwangsvollstreckung aus dem angegriffenen Titel einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht. Schließlich ist auf § 765a I 1 ZPO hinzuweisen.“ (KG aaO).

II. Die Rspr., dass es auf die Rechtskraft des Räumungsurteils ankommt und der Mieter sich erst mit Rechtskraft eines Räumungsurteils um Ersatzwohnraum kümmern muss, lässt jedoch eine **Ausnahme** zu: Auf die Rechtskraft kommt es allgemeiner Meinung nach nicht an, wenn die **Räumungspflicht auf der Hand liegt**. Dass ist dann der Fall, wenn der **Schuldner** von der **Erfolglosigkeit seiner Verteidigung** ausgehen muss (vgl. Lackmann in Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 721 ZPO Rn 6 m.w.N.), wenn er also mit hinreichender Sicherheit erkennen kann, dass seine Rechtsverteidigung ggü. der Wirksamkeit des Räumungsverlangens nicht Erfolg versprechend ist.

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GVG **Dienstvertrag** ProZR
 §§ 13, 17a **Abgrenzung von Zivil- und Arbeitsgerichtszuständigkeit**
 (OLG Düsseldorf OLGR 2008, 781; Beschluss vom 14.07.2008 – I-24 W 19/08)

Der **Rechtsweg zum ArbG** ist **nicht eröffnet**, wenn der **Dienstverpflichtete** nach dem von den Vertragspartnern vereinbarten und auch so praktizierten Inhalt des Dienstvertrages **seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann**.

I. Die **Gerichte für Arbeitsachen** sind u.a. **zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern (Arbeiter und Angestellte) und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis** und über das Nichtbestehen eines solchen Arbeitsverhältnisses, § 2 I Nr. 3a, b, § 5 I 1 ArbGG.

II. Für die Frage nach dem zulässigen Rechtsweg ist es deshalb geboten, das **Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters (Dienstnehmer) abzugrenzen**.

„Beide **Rechtsverhältnisse unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit**, in der sich der Dienstverpflichtete ggü. dem Vertragspartner befindet. Arbeitnehmer ist, wer seine Dienstleistung im Rahmen einer von dem Dienstberechtigten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation erweist sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem umfassenden Weisungsrecht seines Vertragspartners (vgl. § 106 GewO) unterliegt. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist deshalb namentlich der Mitarbeiter, der im Wesentlichen nicht frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB). Für die Abgrenzung maßgeblich sind die tatsächlichen Umstände, die die Beziehung prägen und nach denen diese in Wirklichkeit durchgeführt wird. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nämlich nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist die Vertragspraxis maßgebend (ständige höchstrichterl. Rechtsprechung z.B. BAG NZA-RR 2007, 424 m.w.N.).“ (KG aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 24, 338 Nr.3

Befangenheitsbesorgnis unsachlich spöttische Befragung

StPO

(KG NJW 2009, 96; Beschluss vom 10.07.2008 – (3) 1 Ss 354/07)

Die **unsachlich spöttische Befragung einer Entlastungszeugin**, die deren Aussagen auf eine Stufe mit überzeichneten und völlig unrealistischen Comicfiguren („Superman“) stellt, **lässt die gebotene Sachlichkeit vermissen**, gibt die Zeugin der Lächerlichkeit preis und **erweckt bei dem Angekl. aus verständiger Sicht die Besorgnis, der Richter habe sich schon ein abschließendes negatives Bild über den Wahrheitsgehalt der Zeugenaussage gemacht**.

- I. Danach kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen (§ 24 I u. II StPO). **Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters ist dann gegeben, wenn der Ablehnende bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Grund zu der Annahme hat, dass der abgelehnte Richter ihm gegenüber eine innere Haltung einnimmt, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen** kann. Nach Beschwerdegrundsätzen ist zu prüfen, ob auf Grund des Verhaltens des Vorsitzenden Richters ein derartiger Grund gegeben war. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Sicht des Angeklagten an. Maßgebend ist vielmehr, ob ein vernünftiger Angeklagter bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, dass bei dem abgelehnten Richter Umstände vorliegen, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen können (st. Rspr., s.u.a. BGHSt 23, 265 = NJW 70, 1558 m.w.N.).
- II. Die **beanstandeten Äußerungen und Verhaltensweisen** des abgelehnten Richters sind jedenfalls **in ihrer Gesamtheit geeignet, den Eindruck zu erwecken, das Gericht könnte sich ohne Rücksicht auf den weiteren Verlauf des Verfahrens vorbehaltlos und endgültig festgelegt haben**.

„Das ergibt sich in erster Linie aus den Äußerungen des Vorsitzenden gegenüber der Zeugin K. Zwar schließt das **Gebot sachlicher Befragung des Angekl und der Zeugen** auch Vorhalte in nachdrücklicher Form nicht aus (vgl. Meyer-Goßner, § 24 Rn 18 m. Nachw.). Gleiches gilt auch für nach der Sachlage noch verständliche Unmutsäußerungen oder überflüssige Bemerkungen. Die Besorgnis der Befangenheit kann sich jedoch aus **unsachlichen spöttischen Nachfragen** ergeben.

So liegt der Fall hier. Zu Unrecht hat das LG bei der Entscheidung über den Ablehnungsantrag die Grenze zu einer spöttischen Befragung der Zeugin als noch nicht überschritten angesehen. Zwar treffen die Ausführungen des LG zu, die verwendeten Sprachbilder des abgelehnten Richters seien als pointierter Ausdruck von Bedenken gegen die Plausibilität der Angaben der Zeugin zu verstehen. Eine Überzeichnung mit völlig unrealistischen Bildern und Vergleichen mag auch in der alltäglichen Argumentation geläufig sein. Die Benutzung derartiger Begriffe, die Aussagen von Zeugen auf eine Stufe mit überzeichneten und völlig unrealistischen Handlungen von Comicfiguren stellen, **lässt jedoch auch aus der Sicht eines verständigen Angeklagten die gebotene Sachlichkeit der Verhandlungsleitung durch den Vorsitzenden vermissen und gibt die Entlastungszeugin der Lächerlichkeit preis**, so dass für den Angekl. Anlass zu der Besorgnis bestand, der Richter habe sich schon ein abschließendes und zwar negatives Bild über den Wahrheitsgehalt der Zeugenaussage gemacht. Dies gilt umso mehr für die Äußerungen des Vorsitzenden im Zusammenhang mit dem Abstellen des Fahrzeugs auf dem Bürgersteig, weil die Zeugin diesbezüglich nicht etwa - wie bei der Frage nach dem Alkoholkonsum des Angekl. - eine unrealistische Aussage gemacht hat, die mit den sonstigen Beweismitteln nicht in Übereinstimmung zu bringen war, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht hat, sie könne sich nicht mehr erinnern, wer das Fahrzeug abgestellt habe. Auch und gerade unter der Prämisse, dass die Äußerungen des abgelehnten Richters nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern im Gesamtzusammenhang gewertet werden müssen, in dem sie gefallen sind (vgl. BGH NSTz 00, 325), liegt die Wortwahl des Vorsitzenden und das von ihm gebrauchte „Bild“ jenseits der Grenze dessen, was im Gerichtssaal angemessen und mit der Würde des Gerichts vereinbar ist, und ist geeignet, auch bei besonnenen Angeklagten Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Richters zu erwecken (vgl. BGH NJW 84, 1907 = NSTz 84, 420). Die gilt auch insoweit, als der Vorsitzende Zweifel an dem Wahrheitsgehalt dieser Aussage hatte und berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet war, die Zeugin deswegen nachdrücklich auf ihre Wahrheitspflicht hinzuweisen. Auch in diesem Zusammenhang sind die von dem Vorsitzenden gewählten Äußerungen nicht gerechtfertigt, sondern geeignet, die Zeugin und ihre Aussagen lächerlich zu machen.“ (KG aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 267 III 1**Strafurteil**
erforderliche Darstellung von Vorstrafen

StPO

(OLG Frankfurt NStZ-RR 2009, 23; Beschluss vom 02.09.2008 – 2 Ss 150/08)

Der Tatrichter muss, wenn er Vorstrafen zum Nachteil des Angekl. werten will, die Zeiten der Verurteilungen, die Tatzeiten sowie die Art und Höhe der erkannten Rechtsfolgen **im Einzelnen mitteilen**, wobei in der Regel auch Ausführungen zu den Sachverhalten, die den einzelnen Verurteilungen zu Grunde lagen, zu machen sind (vgl. *OLG Frankfurt a.M.* StV 89, 155; *OLG Köln* NStZ 03, 421; StV 96, 321).

I. Nach **OLG Frankfurt aaO.** soll **von einer genauen Darlegung der den Vorverurteilungen zu Grunde liegenden Sachverhalte** allenfalls dann **abgesehen** werden können, **wenn** in Fällen geringerer Bedeutung der Sachverhalt schon aus der Angabe der angewendeten Vorschriften hinreichend erkennbar wird (z.B. Fahren ohne Fahrerlaubnis) oder wenn etwa die Auflistung der Vorstrafen nur allgemein der Darlegung anderer Fälle der Missachtung strafrechtlicher Normen durch den Angekl. dient, also **ersichtlich in keiner Weise auf Art und Schwere früher begangener Straftaten abgestellt worden ist**.

II. **Diese Auffassung gib OLG Frankfurt aaO nunmehr auf.**

1. Die genannte Ansicht **überdehnt die Anforderungen, die der BGH** hinsichtlich der Darstellung der Vorbekanntungen eines Angekl. **an die Abfassung der Urteilsgründe stellt**, bei weitem und beruft sich dabei zu Unrecht auf dessen Rspr.

„Die hierzu zitierte Entscheidung BGH NStZ-RR 96, 266 (so z.B. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat], Beschl. v. 01.12.2003 – 1 Ss 307/03 und OLG Köln NStZ 03, 421 - dort zudem mit Fehlzitat NStZ 96, 266) enthält keine derartigen Ausführungen, erst recht nicht in der angenommenen Allgemeinheit und Reichweite. Gleiches gilt für BGHR StGB § 46 II Vorleben 25 (zit. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat] in Beschl. v. 20.01.2004 – 1 Ss 403/03 und v. 17.11.2003 – 1 Ss 285/03), sowie BGH in Urteil v. 06.03.1987 – 2 StR 37/87 - (zit. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat] StV 89, 155).

*Nach der Rspr. des BGH und des erkennenden Senats sollen sich die Urteilsgründe vielmehr auf das Wesentliche beschränken. Dies bedeutet für die Vorstrafen, dass sie nur in dem Umfang und in **denjenigen Einzelheiten** mitzuteilen sind, in denen sie für die **getroffene Entscheidung von Bedeutung** sind (st. Rspr., vgl. BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 13 und 16). Dies wiederum ist eine **Frage des jeweiligen Einzelfalles** (vgl. BGH in Beschluss v. 20.06.2001 - 3 StR 202/01). Sind - wie hier - nur **Zahl, Frequenz, Höhe, Einschlägigkeit und Verbüßung der Vorstrafen** für die Strafbemessung beachtlich, genügt es, die entsprechenden Tatsachen in das Urteil aufzunehmen. Der Mitteilung von Einzelheiten der Urteilsverhältnisse bedarf es dann nicht (BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 13 und 16). Vielmehr ist bei der Darstellung der Vorstrafen die Mitteilung der zu diesen jeweils getroffenen Feststellungen zur Sache sogar überflüssig, soweit sich aus diesen Tatsachen keine Folgerungen für die zu entscheidende Sache ergeben.“(OLG Frankfurt aaO).*

2. Die häufig zu beobachtende **Praxis**, entweder den **Bundeszentralregisterauszug in die Urteilsgründe hineinzukopieren und/oder** seitenslang im Wortlaut frühere Urteilsgründe **einzurücken oder vollständig wiederzugeben**, obwohl es auf deren genaue Feststellungen nicht ankommen kann, **ist verfehlt**.

*„Durch derartige Ausführungen unnötig aufgeblähte, umfangreiche Urteilsbegründungen laufen nicht nur dem Erfordernis der Schonung der knappen Rechtsprechungsressourcen zuwider, sondern bringen den Tatrichter zudem in die Gefahr, dass die die **Strafbemessung bestimmenden Umstände** i.S. des § 267 III 1 StPO aus dem Blick geraten und in den Hintergrund treten (BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 20 und § 267 Darstellung 1).“ (OLG Frankfurt aaO).*

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 299**Wiedereinsetzungsantrag**
Rechtzeitigkeit

StPO

(KG NStZ-RR 2009, 19; Beschluss vom 30.06.2008 – (4) 1 Ss 249/08)

Ein **Strafgefangener darf nicht darauf vertrauen, dass in der Haftanstalt an jedem Tag ein Urkundsbeamter zur Verfügung steht, um rechtzeitig ein Rechtsmittel einlegen zu können**. Gibt er erst am Tag vor Fristablauf einen Vormelder zur Vorführung zu dem Urkundsbeamten ab, hat er es zu vertreten, wenn die Frist versäumt wird.

*„Bei [einem solchen] Vorbringen ist nicht erkennbar, dass der Angekl. die Frist von einer Woche zur Einlegung der Revision ohne eigenes Verschulden versäumt hat: Der Angekl. ist ausweislich der Sitzungsniederschrift nach Erlass des Urteils belehrt worden, dass er das Rechtsmittel entweder zu Protokoll des Urkundsbeamten oder in einfacher Form schriftlich innerhalb einer Woche einlegen kann. Es wäre ihm daher - jedenfalls trägt er nichts anderes vor - ohne weiteres möglich gewesen, das **Rechtsmittel rechtzeitig schriftlich einzulegen**. Dass er stattdessen von der zeitaufwändigeren und letztlich das Fristversäumnis verursachenden Möglichkeit des § 299 StPO Gebrauch gemacht hat, stellt ein eigenes Verschulden des Angekl. dar, denn § 299 StPO lässt die Befugnis des Gefangenen, seine Erklärung anders als auf dem Weg des § 299 StPO abzugeben, unberührt.*

*Darüber hinaus darf ein Gefangener in Anbetracht des damit verbundenen organisatorischen Aufwandes bei der JVA nicht darauf vertrauen, dass ihm zu jeder Zeit und innerhalb kürzester Frist die Erklärung eines Rechtsmittels **zu Protokoll der Geschäftsstelle** des AG, in dessen Bezirk er untergebracht worden ist, ermöglicht werden kann. [Der Angekl.] hat es daher zu vertreten, dass sein Rechtsmittel nicht rechtzeitig eingelegt worden ist.“ (KG aaO).*

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BayVwVfG
Art. 41 I 1

Gebührenbescheid
zulässige Bekanntgabe ggü. Dritten

VwVfG

(BayVGH BayVBI 2009, 49; Beschluss vom 26.05.2008 – 8 ZB 06.2894)

Die **Bekanntgabe eines Gebührenbescheides** kann mit Wirkung für den Betroffenen auch gegenüber einem Dritten erfolgen.

„Nach Art. 10 Nr.2, Art. 13 I Nr.3b KAG i.V.m. § 122 I 1 AO ist ein Verwaltungsakte demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird.“

Grundlage der hier streitbefangenen Sondernutzungsgebühren ist die von der Bekl. erteilte Sondernutzungserlaubnis. In dem der Sondernutzungserlaubnis vorausgehenden „Antrag auf wegerechtliche Sondernutzungserlaubnis“ erscheinen sowohl der Kl. als auch die ausführende Baufirma gemeinsam als Ast. Hieraus folgt indessen nicht, dass die Gebührenbescheide jeweils beiden Ast. hätten bekannt gegeben werden müssen. Die Bekanntgabe konnte vielmehr allein der Baufirma gegenüber mit Wirkung auch für den Kl. erfolgen. Dies ergibt sich aus den mit dem Antrag auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis abgegebenen Erklärungen der beiden Ast. (wird ausgeführt)“ (BayVGH aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 68

Widerspruchsverfahren
Wegfall im baurechtlichen Verfahren

VwGO

(OVG NWVBI 2008, 470; Beschluss vom 25.08.2008 – 7 E 975/08)

Bei **Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden und Baugenehmigungsbehörden**, die vor dem **15.04.2007** dem jeweiligen Adressaten gegenüber **bekannt gegeben** worden sind, **bedarf** es abweichend von § 6 I AG VwGO NRW **nicht mehr der Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 VwGO**. Auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Entscheidung an Dritte kommt es hingegen nicht an.

„Ein davon abweichendes Verständnis von § 2 Nr.3 S.2 Bürokratieabbaugesetz I hätte zur Folge, dass in Baugenehmigungsverfahren bei Drittwidersprüchen der jeweilige Zeitpunkt der Bekanntgabe bestimmt, ob ein Widerspruchsverfahren noch statthaft ist. Für jeden Beteiligten müsste dies gesondert festgestellt werden. Mit den in der Begründung des Gesetzentwurfs des Bürokratieabbaugesetzes I angesprochenen Effizienzgesichtspunkten wäre dies schwerlich in Einklang zu bringen. Diesen dient vielmehr eine einheitliche Regelung für den Adressaten und den Dritten.“ (OVG NRW aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§§ 125 I 1, 101 II

Gehörsverletzung
Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

VwGO

(BVerwG NVwZ 2009, 59; Urteil vom 15.09.2008 – 1 C 12/08)

Wird im Urteilsverfahren trotz fehlenden Einverständnisses der Beteiligten ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung entschieden, so liegt hierin neben dem **Verstoß gegen § 101 I VwGO** auch eine **Gehörsverletzung i.S. des § 138 Nr. 3 VwGO**.

„Das BerGer. bedarf gem. § 125 I 1 i.V.m. § 101 II VwGO des Einverständnisses der Bet., wenn das Urteil ohne mündliche Verhandlung ergehen soll. Ein Verstoß gegen dieses Gebot verletzt zugleich den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 108 II VwGO), denn den Bet. wird die **Möglichkeit weiteren Vorbringens abgeschnitten** (BVerwG NVwZ-RR 98, 525).“ (BVerwG aaO).

- ZA 01/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 152a

außerordentliche Beschwerde
im Verwaltungsstreitverfahren nicht statthaft

VwGO

(OVG Hamburg NVwZ 2009, 62; Beschluss vom 02.10.2008 – 3 Bs 182/08)

Eine **außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit** ist in **Verwaltungsstreitverfahren nicht statthaft**.

- I. Nach einer **früher verbreiteten Ansicht** ließen die Prozessordnungen der einzelnen Gerichtsbarkeiten Raum für eine außerordentliche Beschwerde gegen nach dem Gesetz unanfechtbare Entscheidungen, wenn ein Verfahrensgrundrecht verletzt oder die Entscheidung aus sonstigen Gründen greifbar gesetzwidrig war.

vgl. BGHZ 121, 397 = NJW 93, 1865; BGHZ 119, 372 = NJW 93, 135; BVerwG, Buchholz 428 § 37 VermG Nr. 25 = VIZ 00, 342; BFH/BFH/NV 95, 791; vgl. OVG Hamburg NVwZ-RR 01, 612 = DVBI 01, 1225

Unter den vorgenannten Voraussetzungen sind außerordentliche Beschwerden auch gegen nach § 80 AsylVfG unanfechtbare Entscheidungen der Verwaltungsgerichte im Anwendungsbereich von § 34a AsylVfG als zulässig angesehen worden

vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 04.01.2000 - 2 B 453/99; VGH München NVwZ-Beil. 94, 4 = DVBI 94, 61; OVG Frankfurt/Oder, Beschluss v. 30.03.1994 – 4 B 7 /94

- II. Für die außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit ist nach der **gegenwärtigen Gesetzeslage** und nach der **Rspr. des BVerfG** kein Raum mehr.

„Nach der **Neuregelung des Beschwerderechts** durch das Zivilprozessreformgesetz hat der BGH nicht mehr an seiner Rspr. festgehalten, die bei greifbar gesetzwidrigen Entscheidungen in eng begrenzten Ausnahmefällen eine außerordentliche Beschwerde für zulässig gehalten hat (BGHZ 150, 133 = NJW 02, 1577). Maßgeblich dafür ist die Erwägung, dass der Gesetzgeber mit § 321a ZPO nunmehr eine Abhilfemöglichkeit für Verfahren vorgesehen hat, in denen eine Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung bislang nicht möglich war. Damit ist die Grundentscheidung getroffen, dass der Verfassungsverstoß der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Gericht behoben werden soll, das ihn begangen hat. Räumt das Gericht einen Verfassungsverstoß nicht aus, kommt allein die Anrufung des BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde in Betracht. Diese **Systementscheidung gilt auch für das Verwaltungsprozessrecht** und ist inzwischen für Fälle der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in § 152a VwGO geregelt. Auch nach der Rspr. des BVerfG ist damit für eine außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit kein Raum mehr (BVerfG NVwZ 05, 232; BVerfG BeckRS 07, 25998).

Die Auffassung, dass nach Inkrafttreten des Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vom 09.12.2004 (BGBl I, 2004, 3220) generell die Statthaftigkeit einer außerordentlichen Beschwerde (auch) in Fällen greifbarer Gesetzeswidrigkeit abzulehnen ist, vertreten ebenso der BFH (BFHE 211, 37 = NJW 06, 861) und das BSG (Beschluss v. 15.08.2005 – B 1 A 1/04). Dieser Judikatur hat sich das BeschwGer. angeschlossen (OVG Hamburg NordÖR 04, 583; OVG Hamburg NVwZ-RR 08, 852).

Eine im Wege richterlicher Rechtsfortbildung eröffnete außerordentliche Beschwerde widerspräche darüber hinaus den **verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit** (BVerfGE 107, 395 = NJW 03, 1924; BVerfG NJW 07, 2538). Das aus dem **Rechtsstaatsprinzip** abgeleitete **Gebot der Rechtsmittelklarheit steht** einer Zulassung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen, die den geschriebenen Verfahrensgesetzen nicht zu entnehmen sind, **entgegen**.“ (OVG Hamburg aaO).

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Reinking:** Leistungsort der Nacherfüllung im Kauf- und Werkvertragsrecht (NJW 2008, 3608)

Der **ursprüngliche Erfüllungsort** gilt mangels anderweitiger Vertragsabsprachen **auch für die Nacherfüllung beim Kauf- und Werkvertragsrecht**; hier sind beide Arten der Nacherfüllung zu erbringen. - Der **Belegenheitsort** tritt nur dann an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsorts, wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls wahrscheinlich ist, dass die Parteien einen anderen Ort vereinbart hätten; **erhöhte Transportbelastungen und Risiken**, die sich allein daraus ergeben, dass die Sache an einen anderen Ort als den ursprünglichen Erfüllungsort- oder Lieferort verbracht wurde, lassen einen solchen Rückschluss jedoch nicht zu.

2. **Armbrüster:** Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung (NJW 2009, 187)

Die Verfügbarkeit oder Existenz von Versicherungsschutz wirkt sich vielfältig auf die Haftung aus: Das **Trennungsprinzip** wird damit **durchbrochen oder zumindest relativiert**; dafür gibt es in den meisten Fällen gute Gründe. - Diesem austarierten System von Haftung und Versicherung wird bisweilen **grundsätzliche Kritik** entgegengebracht: So ist ein radikaler Wechsel angeregt worden, und zwar vor allem für den Kfz-Verkehr; die Kombination aus privater außervertraglicher Haftung und Privatversicherung solle zu Gunsten eines verschuldensunabhängigen kollektiven Entschädigungssystems nach dem Vorbild des gesetzlichen Unfallversicherungssystems aufgegeben werden. - In jüngerer Zeit sind diese Ansätze insbesondere für den Bereich medizinischer Behandlungsfehler aufgegriffen worden; sie haben jedoch nur ein verhaltenes Echo gefunden, und dies zu Recht, denn damit entfielen nämlich ein wichtiges Instrument zur Verhaltenssteuerung, da Anknüpfungspunkt und Bemessungsgrundlage für den Ersatz allein der Bedarf des Geschädigten und nicht mehr das Verhalten des Schädigers wäre; zudem müssten solche kollektiven Entschädigungssysteme - sollen sie finanzierbar sein - beim Anspruchsumfang restriktiv verfahren, etwa indem der Ersatz von Nichtvermögensschäden ausgeschlossen wird; der Geschädigte müsste dann parallel auch gegen den Schädiger vorgehen, etwa aus Vertragshaftung; das bewährte System von Haftung und Versicherung erweist sich daher gegenüber derartigen Konzepten nach Ansicht des Autors als vorzugswürdig.

3. **Altmeyden:** Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis (NJW 2008, 3601)

II. Strafrecht

1. **Trüg:** Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe? (NJW 2009, 196)

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2008, 3580 = ZA 11/08 S. 9.1**

2. **Lantermann:** Das Korruptionsbekämpfungsgesetz - Erfolgreich oder überflüssig? (ZRP 2009, 6)

Mit dem KorruptionsbG NW ist auf Landesebene ein Gesetz erlassen worden, mit dem der Korruption durchaus wirksam entgegengetreten werden kann; durch die Verabschiedung des Gesetzes erfolgte eine **zusätzliche Sensibilisierung der Verantwortlichen in der öffentlichen Verwaltung** und förderte die Erkenntnis, präventive Maßnahmen gegen Korruption zu etablieren. - Das nordrhein-westfälische Vergaberegister ist als ein wirksames Instrument gegen Korruption zu bezeichnen, wobei es effektiv eingesetzt und angewandt werden muss; der Schutz vor wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der am Vergabeverfahren beteiligten Bieter wird allerdings dann noch effektiver sein, sobald ein **Vergaberegister auf Bundesebene** existiert, auf das in der Folge alle öffentlichen Auftraggeber zentral zurückgreifen können und müssen. - Lediglich die **Anzeigespflicht gem. § 16 KorruptionsbG NW** hat sich auf Grund der bisherigen Erfahrungen bislang als **wenig effektiv** erwiesen; dies ist darauf zurückzuführen, dass die Gemeindeprüfanstalten bislang keine inhaltlichen Überprüfungen der getroffenen und gemeldeten Vergaben eingeleitet haben; unter der Voraussetzung, dass ausreichende unabhängige Überprüfungseinrichtungen für die Kontrolle von Vergabeentscheidungen vorhanden sind, kann daher auf die in § 16 KorruptionsbG NW verankerte Anzeigespflicht verzichtet werden.

3. **Korte:** Aus der Rspr. zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - 2007 (NStZ 2009, 18)

4. **Roth:** Aus der Rspr. zum StVollzG - Entscheidungen aus den Jahren 2007 und 2008 (NStZ 2008, 679)

5. **Werner:** „MoMiG“ – Auswirkungen auf das Strafrecht (KammerR Hamm Heft 5/08, 25)

III. öffentliches Recht

1. **Breyer:** Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten im Lichte der Grundrechte (MMR 2009, 14)

Pflichten zur Verhinderung oder Vorbeugung eines vorsätzlichen Verhaltens Dritter bedürfen in einem freiheitlichen Rechtsstaat **besonderer Rechtfertigung** und dürfen in keinem Fall unverhältnismäßig oder gleichheitswidrig in die Grundrechte rechtstreuer Nutzer eingreifen. - Eine Verurteilung wegen der Verletzung einer solchen Pflicht darf daher nicht auf Unterlassung der Rechtsverletzung, sondern nur auf **Erfüllung der Vorbeugepflicht** gerichtet sein. - **Pflichten eines Anbieters von Telemedien, fremde Inhalte auf Rechtsverletzungen zu überprüfen**, Inhalte zu durchsuchen oder sonst vorsätzlichen Rechtsverletzungen Dritter, von denen der Anbieter keine positive Kenntnis hat, vorzubeugen, **scheiden** neben grundsätzlichen Erwägungen auch wegen rechtlicher Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit oder unverhältnismäßig geringer Eignung **aus**.

2. **Meyerdierks:** Sind IP-Adressen personenbezogene Daten? (MMR 2009, 8)

Problemstellung: Die deutschen Datenschutzbehörden sind inzwischen einhellig der Ansicht, dass **IP-Adressen** in den Händen eines Webseitenbetreibers **in jedem Fall personenbezogene Daten i.S.d. § 3 I BDSG** sind und somit **dem Datenschutzrecht unterfallen**; auf der Grundlage dieser Ansicht gehen die Behörden dazu über, aufsichtsrechtliche Maßnahmen gegen deutsche Webseitenbetreiber zu ergreifen; auch anlässlich zweier sich widersprechender Urteile des AG Berlin (Urteil v. 27.03.2007 - 5 C 314/06) und des AG München (MMR 2008, 860 [in diesem Heft]), wird diese Frage wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung wieder intensiv diskutiert. – Nach Ansicht des Autors sprechen überzeugende Argumente dagegen, dass IP-Adressen in Serverlogs von Webseitenbetreibern personenbezogene Daten i.S.v. § 3 I BDSG sind: So können insbesondere die Schlüsseldaten, die ggf. bei einem Access-Provider vorliegen, für die Beurteilung der IP-Adressen in den Serverlogs der Webseitenbetreiber nicht herangezogen werden; gleiches gilt für Zugriffsmöglichkeiten von staatlichen Stellen und die neu geschaffenen Auskunftspflichten gegenüber Privaten. – Zudem würde ein Verständnis der Personenbeziehbarkeit i.S.d. § 3 I BDSG, welches Mittel und Kenntnisse Dritter mit berücksichtigt, dazu führen, dass der **Anwendungsbereich des BDSG dem Bestimmtheitsgebot nicht mehr genügt**; auch die Ausübung von Betroffenenrechten an IP-Adressen würde die Beteiligten vor nicht lösbare praktische Probleme stellen und hätte Folgen, die den Zielsetzungen des Datenschutzrechts widersprechen. - Schließlich besteht für die Behandlung von IP-Adressen in Serverlogs als personenbezogenes Datum auch **kein Schutzbedarf**, denn gegen die Zusammenführung mit den Schlüsseldaten des Access-Providers besteht auch so bereits umfangreicher Schutz aus dem BDSG, dem TKG, dem StGB und dem Zivilrecht.

3. **Weber:** Informationsfreiheitsgesetze und prozessuales Akteneinsichtsrecht (NVwZ 2008, 1284)

Sowohl die Informationsfreiheitsgesetze der Bundesländer als auch des Bundes räumen dem Einzelnen einen **umfangreichen Informationsanspruch gegenüber den öffentlichen Verwaltungen** ein, der insbesondere **durch Akteneinsicht realisiert** werden kann. Der Gewährung von Akteneinsicht stehen allerdings oftmals **berechtigte Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Behörden oder Dritter** entgegen. Der Schutz dieser Interessen, den die Informationsfreiheitsgesetze im Grundsatz gewährleisten, darf im Zuge eines Rechtsstreits nicht durch die Aktenvorlage nach § 99 VwGO und eine nachfolgende Einsicht in diese Akten durch Prozessbeteiligte bzw. ihre Bevollmächtigten gem. § 100 I VwGO ausgehebelt werden. - Die Regelungen der Informationsfreiheitsgesetze und das prozessuale Akteneinsichtsrecht nach §§ 99, 100 VwGO sind demnach in einen Ausgleich zu bringen, wobei die **Versagungstatbestände der Informationsfreiheitsgesetze als Spezialregelungen dem Prozessrecht der VwGO vorgehen** müssen. - Die Möglichkeit einer **Sperrklärung der Aufsichtsbehörde nach § 99 I 2 VwGO** für Informationen, die auf Grund eines Gesetzes geheim zu halten sind, erlaubt es, auch in den Informationsfreiheitsgesetzen eine Konkretisierung der Prozessnorm zu sehen; das der Aufsichtsbehörde nach den Regelungen der VwGO eingeräumte Ermessen im Hinblick auf die Abgabe einer solchen Sperrklärung ist im Falle des Vorliegens eines IFG-Versagungstatbestands daher regelmäßig reduziert. - Als **Alternative zur Gewährleistung der Geheimhaltungsinteressen** kommt die **Erstreckung des in-camera-Verfahrens auf das Hauptsachegericht** in Betracht; solange jedoch eine entsprechende Änderung der VwGO nicht erfolgt, muss es bei dem durch eine regelmäßig abzugebende Sperrklärung der Aufsichtsbehörde auslösbarem Zwischenverfahren zum Ausgleich von Informations- und Geheimhaltungsinteressen bleiben.

4. **Schmitz/Prell:** Verfahren über eine einheitliche Stelle - Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (NVwZ 2009, 1)
5. **Plewka/Klümpen-Neusel:** Die Entwicklung des Steuerrechts (NJW 2008, 3688)

IV. Richter / Staatsanwälte / Notare / Rechtsanwälte

1. **Deckenbrock:** Tätigkeitsverbote bei nichtanwaltlicher Vorbefassung (AnwBl 2009, 16)

Die **Regelung des § 43a IV BRAO erfasst nur Sachverhalte**, in denen der **Rechtsanwalt für beide Parteien anwaltlich tätig geworden** ist; im Falle einer berufsfremden Vorbefassung kommt eine Verwirklichung des § 43a IV BRAO nicht in Betracht, sondern nur die diese speziellen Konfliktslagen regelnden §§ 45, 46 BRAO; die **Verbotstatbestände des § 43a IB BRAO und der §§ 45, 46 BRAO stehen** somit nicht in einem Spezialitätsverhältnis zueinander, sondern vielmehr **gleichberechtigt nebeneinander**. – Die **Sozietätsklauseln der §§ 45 III, 46 III BRAO bedürfen** einer **restriktiven verfassungskonformen Auslegung**; diese führt dazu, dass das in § 43a IV BRAO, § 3 II BORA enthaltene Regelungssystem auf die §§ 45 III, 46 III BRAO zu übertragen ist; die in § 3 II 2 BORA enthaltene Ausnahme von einer sozietätsweiten Erstreckung eines Tätigkeitsverbots erfasst daher auch die Disqualifikationstatbestände der §§ 45, 46 BRAO.

2. **Bernau/Rau/Zschieschack:** Die Übernahme einer Betreuung – ein straf- und zivilrechtliches Haftungsrisiko? (NJW 2008, 3756)

3. **Stackmann:** Fehlervermeidung im Berufungsverfahren (NJW 2008, 3665)

4. **Grunewald:** Die Entwicklung der Rspr. zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2006 - 2008 (NJW 2008, 3621)

Aufbauschema

Inzidentprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen

Im Zusammenhang mit der verwaltungsprozessualen Anfechtungsklage kann die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsvorschrift erforderlich werden. Wichtig dabei ist, den richtigen Aufbau zu wählen und die Probleme im richtigen Kontext anzusprechen.

A. Zulässigkeit der Klage

- I. Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO
- II. Klageart gem. § 42 I VwGO
- III. Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO
- IV. Vorverfahren gem. § 68 ff. VwGO, sofern erforderlich
- V. Klagefrist gem. § 74 VwGO
- VI. richtiger Klagegegner gem. § 78 I Nr. 2 u.U. i.V.m. AGVwGO des jeweiligen Landes
Regelungen finden sich in § 8 II VwGG Bbg; § 14 II GOrgG MV; § 8 II AG VwGO Nds; § 5 II AG VwGO NW; § 17 II AG VwGO SL; § 8 II AG VwGO Sachs; § 6 II AG VwGO SH

B. Begründetheit der Klage, § 113 I 1 VwGO

I. Rechtswidrigkeit des VA

1. Ermächtigungsgrundlage (tauglich wenn wirksam)

a) formelle Verfassungsmäßigkeit

- aa) Gesetzgebungskompetenz, Art. 70 ff. GG
- bb) Gesetzgebungsverfahren
 - (1) Initiativrecht, Art. 76 GG
 - (2) Entschließung des Bundestages, Art. 76 GG, § 78 GOBT
 - (3) Zuleitung an den Bundesrat, Art. 77 GG
 - (4) Gegenzeichnung, Art. 82 I, 58 GG
 - (5) Ausfertigung u. Verkündung durch den Bundespräsidenten, Art. 82 I GG

b) materielle Verfassungsmäßigkeit (Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlage mit den Grundrechten)

- aa) Schutzbereich
 - (1) persönlicher Schutzbereich
 - (2) öffentlicher Schutzbereich
- bb) Eingriff in den Schutzbereich
- cc) Rechtfertigung des Eingriffs
 - (1) Beschränkbarkeit des Grundrechts
 - (a) Gesetzesvorbehalt
 - (b) verfassungsimmanente Schranken
 - (2) Verhältnismäßigkeit der Beschränkung
- dd) Zitiergebot
- ee) Bestimmtheitsgebot
- ff) Rückwirkungsverbot

2. formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

- a) Zuständigkeit
- b) Form
- c) Verfahren

3. materielle Rechtmäßigkeit

- a) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen
- b) Falls keine gebundene Entscheidung: **Ermessen**

Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte über die Wechselwirkungstheorie bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Ermessensausübung.

II. Rechtsverletzung

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung

WfG 16

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

Land: Baden-Württemberg	Prüfer (mit Titel usw.) Prof. Dr. H	Tag d. mündl. Prüfung 24.10.2008
----------------------------	--	-------------------------------------

Kandidat	K1	K2	K3	Verf.
Vornote	4,0	ca. 5,5	5,1	4,57
ÖffentlichesR	4	8	5	6
Zivilrecht	6	8	7	7
Strafrecht	3	7	6	8
WfG 16	4	8	3	6
Endnote	4,07	5,95	5,17	5,22

Zur Person:

Prof. Dr. H war in dieser Prüfung als Vorsitzender sehr umsichtig. Er bemühte sich, eine entspannte Atmosphäre zu schaffen und keine zu große Distanz zwischen Prüfern und Prüflingen aufkommen zu lassen.

Während der Prüfung las er in unseren Akten und unterhielt sich während der Prüfzeit mit anderen Prüfern.

Während seines (letzten) Prüfungsabschnitts stellte er leider keine eindeutigen Fragen, biss sich an einem Thema fest und bohrte sehr nach. Trotz chaotischer Prüfung und unbeantworteten Fragen folgten jedoch keine „Wutausbrüche“ - wie aus den Vorprotokollen befürchtet - aber Verärgerung, was sich auch in der sehr unterschiedlichen Notengebung widerspiegelte.

Zur Sache:

Hierzu ausführlich und strukturiert etwas zu Protokoll zu geben ist schwierig, da H eigentlich nur mit Völkerrecht beginnen wollte, dabei aber wegen der sehr schleppenden Prüfung hängen blieb. Abzubrechen und eine Überleitung zum Europarecht zu machen, kam für ihn leider nicht infrage.

Fall: Ein gekündigter Arbeitnehmer einer beliebigen internationalen Organisation mit Sitz in Darmstadt möchte sich gegen seine Kündigung wehren. Möglichkeiten?

Kandidat 2 stellte auf den Gründungsvertrag der Organisation ab. Prof. Dr. H wollte wissen, wo man etwas über einen solchen erfahren könne. Hier kam dann schon Verwirrung auf. Das Bundesgesetzblatt wurde angeführt, insbesondere die 2. Abteilung. Darin sind auch Vorschriften zum Beitritt weiterer Staaten und zu Änderungen des Vertrages zu finden.

Prof. Dr. H erweiterte sodann die **Aufgabenstellung:**

Im Vertrag der Organisation sind keine Regelungen über den Kündigungsschutz enthalten und innerstaatliche Immunität ist bestimmt.

Wir stellten fest, dass daher ein Vorgehen gegen die Organisation aus nationalem Recht ausscheidet. Es wurde weiter erörtert, welche Möglichkeiten es für eine Privatperson für Möglichkeiten gäbe, gegen die Bundesrepublik Deutschland oder einen beliebigen anderen Staat vorzugehen.

Dann ging es in einem zähen Ringen um weitere Vorgehensmöglichkeiten des Arbeitnehmers. Das IGH-Statut wurde vorgeschlagen, jedoch aufgrund des Statuts verworfen, da nur Staaten vor dem IGH klageberechtigt sind.

Als weitere Möglichkeit kamen wir auf die EMRK zu sprechen. Der Arbeitnehmer könnte ein Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK haben. Dies wurde erörtert und wohl anerkannt. Jedoch scheidet eine Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK aus, da diese den „hohen Vertragsparteien“ vorbehalten ist (Wortlaut).

Zum Ende der Prüfung kamen wir dann noch auf die Möglichkeit, Rechte aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union herzuleiten und auf ihre Geltung im Rahmen des Verfassungskonvents.

Prof Dr. H fragte uns nach der Bindung der Charta und den Rechten des Einzelnen.

Darauf erhielt er von den inzwischen vollständig verwirrten und geräderten Prüflingen glatt vier falsche Antworten. Richtig wäre gewesen, dass die Charta lediglich die Organe der Europäischen Union und die Mitgliedsstaaten bindet, soweit sie Gemeinschaftsrecht ausführen.

Damit war das Ende der Prüfung erreicht.

Während der gesamten Prüfungszeit hatte Prof. Dr. H allgemeine Verständnisfragen eingeworfen, z. B. zum Bundesgesetzblatt und den Fundstellen verschiedener Gesetze und Verträge, zur Möglichkeit, andere Staaten zu verklagen oder zu Art. 23 GG. Diese Fragen sollten uns wohl die Möglichkeit geben, noch ein paar Punkte einzufahren.

Viel Erfolg!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessor-Prüfung

Öffentliches Recht

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

Land: Hessen	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. S	Tag d. mündl. Prüfung 13.11.2008
-----------------	----------------------------------	-------------------------------------

Kandidaten	MK1	MK2	MK3	MK4	MK5	MK6
AV	14	11	12	13	8	11
Zivilrecht	14	13	14	14	8	11
Strafrecht	14	9	13	14	7	9
Ö-Recht	16	13	16	17	9	11
Endnote	10,18	8,04	9,93	10,55	5,56	7,54

Zur Person:

Dr. S ist ein äußerst sympathischer und freundlicher Prüfer. Schon im Vorgespräch nimmt er einem die Nervosität und redet einem gut zu. Und natürlich kommt auch der Satz: „Wir wollen nur abfragen, was Sie wissen und nicht, was Sie nicht wissen“. Bereits im Vorgespräch deutete er auch darauf hin, dass er sehr viel Wert darauf legt, dass die Aktenvorträge frei gehalten werden. Ihm sei es sehr viel lieber, wenn die Sätze nicht perfekt ausformuliert klingen, sondern dass man ganz „normal“ und frei redet, auch wenn dann mal der Satzbau am Ende nicht stimmt. So könne man auch als Prüfer viel mehr dem Inhalt des Aktenvortrags folgen. Er machte dabei deutlich, dass ein abgelesener Aktenvortrag bzw. ein Vortrag, bei dem man seine Notizen oft benutzen müsse, zu einem Notenabzug führen werde, denn schließlich sei es ein „Vortrag“ und keine „Vorlesung“.

Zuletzt merkte er an, dass man sich während der Prüfung nicht melden solle, sondern dass er schon darauf achten wird, dass alle gleichermaßen dran kommen werden.

Während der Prüfung hielt er stets die Reihenfolge von rechts nach links ein.

Zur Sache:

Zunächst erzählte S, dass er vor kurzem bei einer Gastvorlesung in der Universität Gießen zum Thema „Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland“ war. Er wollte wissen, was uns zu diesem Thema einfiel, und was wir uns unter diesem Thema vorstellen könnten.

Dann fragte er, ob der Grundrechtsschutz im Rahmen von Verwaltungsverfahren in den letzten Jahren wohl eher verstärkt oder verkürzt worden sei. In diesem Zusammenhang wurde erläutert, dass z.B. im gerichtlichen Verwaltungsprozess seit einigen Jahren Ermessenserwägungen der Verwaltung noch während des laufenden Gerichtsverfahrens nachgeschoben werden könnten (§ 114 VwGO), und dass dies zu einer Verkürzung des Grundrechtsschutzes führen würde. Er wollte an dieser Stelle Argumente hören, warum dies eine Verkürzung bedeuten würde. Darüber hinaus fragte er, ob wir weitere Gesetzesänderungen wüssten, bei denen das Verwaltungsverfahren beschleunigt wurde, und so zu einer Einschränkung der Rechte der Bürger geführt hätte.

Danach griff er zu dem berühmten Europarechtslehrbuch von Arndt, und die restliche Zeit ging es nur noch um Europarecht:

- Was für ein Zusammenschluss ist die EU?
- Was ist der Unterschied zwischen EU und EG?

- Hat die EU eine eigene Rechtspersönlichkeit?
- Was sind die Rechtsquellen des Europarechts?
- Was ist der Unterschied zwischen primärem und sekundärem Gemeinschaftsrecht?
- Was änderte sich seit dem Vertrag von Maastricht im Jahre 1993?
- Was ist die vierte und fünfte Säule des Europarechts?
(Antwort: GASP - Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik - und ZIJ - Zusammenarbeit Inneres und Justiz.)
- Wie kann die EU sicherstellen, dass alle Mitgliedsstaaten ihren Pflichten zur Umsetzung von Richtlinien nachkommen?
(Antwort: Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH mit der Möglichkeit der Auferlegung von finanziellen Sanktion bei Nichtbeachtung dieses Urteils.)
- Was macht die EU, wenn die Strafen dann vor dem Mitgliedsstaat nicht bezahlt werden?
(Antwort: Einbehaltung von finanziellen Zuwendungen an den entsprechenden Mitgliedsstaat.)
- Wie kann die Bundesregierung gegen ein Bundesland vorgehen, welches eine Richtlinie nicht rechtzeitig umsetzt, obwohl die Materie in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt?
- Wie könnte die Bundesregierung gegen dieses Bundesland vorgehen, wenn die BRD im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens Sanktionen auferlegt bekommt, weil ein Bundesland diese Richtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt hat? Könnte die BRD Schadensersatz gegen das Bundesland geltend machen? Greift insoweit § 839 BGB für legislatives Unrecht?
- Kann § 839 BGB überhaupt als Anspruchsgrundlage zwischen Trägern öffentlicher Gewalt herangezogen werden?

War alles halb so schlimm. Gefragt waren Argumente, und nicht allein erlerntes Wissen!

Viel Erfolg!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter
Stoff

Phantasie zeigen!

Was kostet das?

▪ Selbstabholer: 79,00 € (09:00 – 16:00 Uhr)

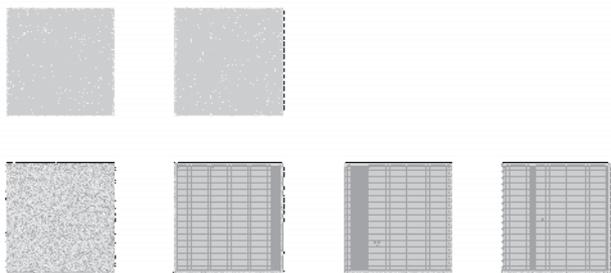
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)

▪ **Versendung: 84,00 € (inkl. Porto und Verpackungskosten)**

(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)

auf Wunsch Versendung als Eilbrief (Preise vgl. www.juridicus.de)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung



juridicus