



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

36. Jahrg.

August 2011

Heft 08

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Vertragliche Haftung für Nutzung eines fremden eBay-Kontos
- BGH:** Amtsanmaßung des falschen Feldjägers
- OVG Lüneburg:** Anspruch einer Partei auf Nutzung der Stadthalle
- OVG Münster:** Interessenkollision bei Kommunalaufsicht
- BGH:** Rückforderungsklage bei Nichtigkeit eines Prozessvergleichs
- LG Lüneburg:** Beschlagnahme bei von Privatdetektei verwendetem GPS-Sender
- VGH Mannheim:** Rechtsbehelfsfrist bei Anfechtung von Verkehrszeichen



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Das „Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz“	1
--	---

Brandaktuell

BGH: notarielle Vollstreckungsklausel für Zessionar der Grundschuld (Grundsatzentscheidung zu Voraussetzungen).....	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BAG: Personenbedingte Kündigung (längere Freiheitsstrafe des Arbeitnehmers).....	4
BGH: Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos (keine vertragliche Haftung des Kontoinhabers ggü. Dritten).....	8

Strafrecht

BGH: Amtsanmaßung („falscher“ Feldjäger).....	12
BGH: Raub / räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht)	15

öffentl. Recht

OVG Lüneburg: Anspruch einer Partei auf Nutzung der Stadthalle (kurzfristige Änderung der Benutzungsordnung).....	18
OVG Münster: Interessenkollision bei Kommunalaufsicht (Kommunalorgan und untere staatliche Verwaltungsbehörde).....	21

Kurzauslese I

BAG: Empfangsboten (Ehegatten).....	25
OLG Koblenz: Maklerhonoraranspruch (besteht unabhängig vom Vollzug des Grundstückskaufvertrags).....	27
BGH: Bandentat (Voraussetzungen).....	27
BGH: Erpressung (erzwungener Verzicht einer Prostituierten auf Entgeltzahlung).....	27
BGH: Betrug („Hausverlosung“ im Internet).....	29
BVerfG: Versammlungsrecht (als Gegendemonstration veranstaltete Zusammenkunft).....	29
OVG Münster: Dienstzeit (An- und Ausziehen einer Dienstuniform).....	31
VGH München: Rauchverbot (Geltungsbereich umfasst Diskothek).....	31
VGH München: Rauchverbot (Geltungsbereich umfasst Spielhalle).....	33

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (richterliche Fürsorgepflicht bei fehlgeleiteter Berufungsschrift).....	35
BGH: Geltendmachung der Nichtigkeit eines Prozessvergleichs (neue Klage bei Rückforderung von Leistungen möglich).....	38

Strafrecht

LG Lüneburg: Beschlagnahme
 (von Privatdetektei verwendeter GPS-Sender)..... 41

öffentl. Recht

BVerfG: Anspruch auf Prozesskostenhilfe
 (Waffengleichheit auch im sozialgerichtlichen Verfahren)..... 43

VGH Mannheim: Anfechtung von Verkehrszeichen
 (Beginn des Laufs der Rechtsbehelfsfrist)..... 48

Kurzauslese II

BAG: Rechtskraftwirkung
 (Kündigungsschutzklage) 51

BGH: Klage gegen GbR
 (Rechtskraftwirkung eines gegen Gesellschafter ergangenen Urteils)..... 51

OLG Saarbrücken: Beweisverwertungsverbot
 (Videoaufzeichnungen)..... 55

OLG Frankfurt a.M.: Wiedereinsetzungsantrag
 (Postlaufzeit bei Einschreibesendungen)..... 55

OLG Hamm: Blutprobeentnahme
 (Einwilligungsfähigkeit bei einer BAK oberhalb von 2 ‰)..... 55

OVG NRW: Anfechtungsklage
 (Umfang)..... 57

BVerwG: Normenkontrollantrag
 (Zulässigkeit nachträglich erhobener Einwendungen)..... 57

VGH München: Anhörungsrüge
 (schließt Änderungsverfahren nach § 80 VII 2 VwGO aus)..... 57

Weitere Schrifttumsnachweise 59

Übersicht: Darstellung des Prozessvergleichs im Urteil 63

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: Zivilrecht 64

Assessorprüfung: Strafrecht 65

Aus der Gesetzgebung

Das „Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz“

Das Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften v. 23.06.2011, In-Kraft-Treten am 01.07.2011 (BGBl I 2011, 1266).

I. Allgemeines

Schon **bisher** sah das Strafrecht eine **Pönalisierung der Zwangsheirat** vor, indem es insoweit von einem **besonders schweren Fall der Nötigung** ausging (§ 240 IV 2 Nr. 1 Alt.2 StGB). Nachdem die EU jedoch allein zwischen den Jahren 2002 und 2006 elf Richtlinien mit dem Ziel erlassen hat, Zwangsehen zu verhindern, sah sich der nationale Gesetzgeber veranlasst, diese besondere Form der Nötigung stärker als bisher als strafbares Unrecht zu kennzeichnen, weshalb **nunmehr ein eigener Straftatbestand geschaffen** wurde.

II. Die Neuregelung des § 237 I StGB

§ 237 StGB, der sich als Straftat gegen die persönliche Freiheit im 18. Abschnitt des Strafgesetzbuchs befindet, gliedert sich inhaltlich in vier Absätze.

1. Nötigung zur Eingehung der Ehe

Nach § 237 I StGB wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer einen Menschen **rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung** mit einem empfindlichen Übel **zur Eingehung der Ehe nötigt**.

Abs. 1 enthält insoweit den Grundtatbestand der Zwangsheirat, der den Einsatz von den aus § 240 I StGB **bekanntem Nötigungsmitteln voraussetzt**.

Die Tat ist **rechtswidrig**, wenn die **Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen** ist.

Die **gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft** wird vom Wortlaut des § 237 StGB **nicht erfasst** und wegen des im Strafrecht geltenden Analogieverbots auch nicht geschützt.

2. „Heiratsverschleppung“

Nach § 237 II StGB macht sich strafbar, wer zur Begehung einer Tat nach Abs. 1 den Menschen durch Gewalt, Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List in ein Gebiet **außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Gesetzes verbringt oder veranlasst, sich dorthin zu begeben, oder davon abhält, von dort zurückzukehren** (sog. „Heiratsverschleppung“ oder „Ferienverheiratung“). Die Vorschrift stellt somit in Anlehnung an den Tatbestand der Verschleppung gem. § 234a StGB solche Fälle unter Strafe, in denen dem Opfer der tatsächliche und rechtliche Schutz, der mit seinem Aufenthalt im Inland verbunden ist, mit dem Ziel entzogen wird, **unter Ausnutzung der Zwangslage oder Hilflosigkeit**, die mit dem Aufenthalt in diesem Gebiet verbunden ist, die **Eheschließung herbeizuführen**.

Durch die Formulierung „zur Begehung einer Tat nach Abs. 1“ wird der Charakter als bloßes **Gefährdungsdelikt** klargestellt, denn die **Eheschließung muss lediglich das Ziel des Täters sein**, während objektiv ein Handeln, das den schutzmindernden Aufenthalt im Ausland zur Folge hat, zur Erfüllung des Tatbestands bereits ausreicht; der **objektiv-tatbestandliche Erfolg** liegt allein entweder in dem **Verbringen des Opfers in ein Gebiet außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Strafgesetzbuchs** oder in der Veranlassung des Opfers, sich dorthin zu begeben, oder in der Motivation des Opfers, von dort zurückzukehren.

3. Versuch und minder schwerer Fall

§ 237 III StGB schließlich stellt bereits den Versuch der Zwangsheirat unter Strafe.

§ 237 IV StGB sieht für die minder schweren Fälle eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor.

In § 237 V StGB wird schließlich festgestellt, dass der bis zum Inkrafttreten von § 237 StGB als Regelbeispiel in den Gesetzeskatalog besonders schwere Fall der Nötigung gem. § 240 IV 2 StGB („oder zur Eingehung der Ehe“) gestrichen wird.

III. Änderungen der StPO

Durch die Einführung des § 237 StGB ist auch die **Regelung des § 397a StPO geändert** worden, denn die Zwangsverheiratung ist nun auch einer jener Fälle, in denen eine **Nebenklageberechtigung des Opfers** vorliegt und auf Antrag ein Rechtsanwalt als Beistand (Nebenklägervertreter) zu bestellen ist.

IV. Ausländerrechtliche Änderungen

Die die Verbesserung des Schutzes der Opfer von Zwangsheiraten ist schließlich auch dadurch erreicht worden, dass das **Aufenthaltsgesetz geändert** worden ist.

1. Verlängerung der Mindestbestandszeit der Ehe

Nach §§ 31 I 1 Nr. 1, 31 II 1 AufenthaltsgG **beträgt die Mindestbestandszeit**, in der die eheliche Lebensgemeinschaft rechtmäßig bestanden haben muss, um eine eigenständige Aufenthaltserlaubnis des Ehegatten im Falle der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu begründen, nunmehr nicht mehr mindestens zwei, sondern **drei Jahre**.

2. Wiederkehrrecht des Opfers einer Zwangsheirat

In § 37 IIa AufenthaltsgG ist ein **ausdrückliches Wiederkehrrecht des Opfers** einer Zwangsheirat eingeführt worden. Die gestufte Neuregelung erfasst sowohl die Fälle, in denen das Opfer in Deutschland zwangsverheiratet und anschließend ins Ausland verbracht und an der Rückkehr nach Deutschland gehindert wird, als auch die Fälle, in denen das Opfer im Ausland zwangsverheiratet und an der Rückkehr nach Deutschland gehindert wird.

Das Wiederkehrrecht gem. § 37 IIa 1 AufenthaltsgG ist dabei insbes. nicht mehr davon abhängig, dass der Ausländer seinen Lebensunterhalt sichern kann, sondern es wird darauf abgestellt, dass er auf Grund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in der Lage ist, sich in die deutschen Lebensverhältnisse (wieder) einfügen zu können.

Ein noch weitergehendes Wiederkehrrecht wird durch § 37 IIa 2 AufenthaltsgG denjenigen Opfern einer Zwangsheirat gewährt, die die Voraussetzungen des § 37 I Nr. 1 AufenthaltsgG erfüllen, die sich also vor ihrer Ausreise mindestens acht Jahre rechtmäßig in Deutschland aufhielten und hier sechs Jahre die Schule besuchten. Opfer einer Zwangsheirat, die unter diese Personengruppe fallen, können den Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis innerhalb von drei Monaten nach Wegfall der Zwangslage, jedoch auch noch bis zu zehn Jahre nach der Ausreise stellen.

3. Verlängerung des Aufenthaltstitels

Der Aufenthaltstitel nach § 51 I Nr. 6 u. 7 AufenthaltsgG erlischt regelmäßig bei einer Ausreise des Ausländers aus nicht nur vorübergehendem Grunde und wenn er nicht binnen sechs Monaten oder in einer von der Ausländerbehörde gesetzten Frist wieder einreist. Auch insoweit werden Opfer von Zwangsheirat jetzt privilegiert, indem **§ 51 IV AufenthaltsgG** ergänzt worden ist: Der **Aufenthaltstitel erlischt nämlich trotz Ausreise dann nicht, wenn der Ausländer**, der die Voraussetzungen des § 37 I Nr. 1 AufenthaltsgG (acht Jahre rechtmäßiger Aufenthalt in Deutschland und dortiger sechsjähriger Schulbesuch) erfüllt, **zur Eingehung der Ehe genötigt und von der Rückkehr nach Deutschland abgehalten wurde**, innerhalb von drei Monaten nach Wegfall der Zwangslage, spätestens jedoch innerhalb von zehn Jahren wieder einreist, § 51 IV AufenthaltsgG.

Brandaktuell

ZPO § 727 **notarielle Vollstreckungsklausel für Zessionar der Grundschuld** ZPO § 727

Grundsatzentscheidung zu Voraussetzungen (BGH in Pressemitteilung 130/2011 vom 19.07.2011; Beschluss vom 29.06.2011 – VII ZB 89/10)

Fall: In vielen Fällen werden Kredite von Banken dadurch abgesichert, dass der Kreditnehmer der finanzierenden Bank eine Grundschuld bestellt. Gleichzeitig unterwirft er sich wegen des Anspruchs aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung. Wird die Grundschuld an einen Dritten (Zessionar) abgetreten, kann nunmehr dieser aus dem Vollstreckungstitel (der Unterwerfungserklärung) wegen des Anspruchs aus der Grundschuld vorgehen, wenn der Notar im sogenannten Klauselerteilungsverfahren die Unterwerfungserklärung zu seinen Gunsten für vollstreckbar erklärt. Die Klausel wird vom Notar erteilt, wenn die Vollstreckungsvoraussetzungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind, §§ 727 I, 726 I ZPO. Fraglich ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen der der Notar die Vollstreckungsklausel an den Zessionar der Grundschuld erteilen darf.

I. Voraussetzungen für Erteilung einer Vollstreckungsklausel an den Zessionar einer Grundschuld bei Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung

„Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seiner Entscheidung vom 30.03.2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, Rn. 24, 34 ff.) die Auffassung vertreten, eine anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld formularmäßig durch den Schuldner erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld sei gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) dahin auszulegen, dass nur **Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld** tituliert seien (dem folgend BGH, Urteil vom 03.12.2010 - V ZR 200/09, veröffentlicht in juris, Rn. 22). Dies ergebe sich aus der zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner. Deshalb könne der **Zessionar** einer Sicherungsgrundschuld **aus einer Unterwerfungserklärung nur vorgehen**, wenn er in den **Sicherungsvertrag eintrete**. Die Prüfung, ob dies der Fall sei, sei dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten. Wer den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht beitrete, werde nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs im Sinne des § 727 I ZPO.“ (BGH aaO)

II. Erwerb der Grundschuld auf Veranlassung des Kreditnehmers

„Diese Entscheidung hat den Notaren vor allem in den häufigen Fällen Probleme bereitet, in denen der Zessionar die **Grundschuld auf Veranlassung des Kreditnehmers** - etwa wegen einer Neuvaluierung oder einer Umschuldung - erworben hat. Sie haben teilweise auch in diesen Fällen die Erteilung der Klausel verweigert, weil der Zessionar regelmäßig **nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden den Nachweis erbringen kann**, dass ein solcher Fall und nicht ein Fall vorliegt, in dem die Grundschuld ohne Veranlassung des Kreditnehmers abgetreten worden ist. Außerdem herrschte in der Notarpraxis und der Literatur seitdem Unsicherheit, wie in den übrigen Fällen der Nachweis des Beitritts zur Sicherungsvereinbarung mit der abtretenden Bank zu führen sei.“ (BGH aaO)

III. Grundsatzentscheidung des BGH

1. Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich **von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen**. Ist eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 I ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen **Bedingung**. Er kann sie nicht **allein aus einer Interessenabwägung** herleiten.
2. Dem Notar ist deshalb eine **Auslegung verwehrt**, die in einer notariellen Urkunde enthaltene **Unterwerfungserklärung** wegen Ansprüchen aus einer Grundschuld erstrecke sich **nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld**, wenn sie im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist.
3. Der Notar muss daher dem Zessionar einer Sicherungsgrundschuld die Klausel als Rechtsnachfolger ungeachtet der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133) erteilen, wenn die **Rechtsnachfolge** in die Ansprüche **durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen** ist.
4. Die **Einwendung**, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann der Schuldner nur mit der **Klage nach § 768 ZPO** geltend machen (abweichend von BGH, Versäumnisurteil vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133).“ (BGH aaO)

Entscheidungen materielles Recht

KSchG
§ 1

Personenbedingte Kündigung längere Freiheitsstrafe des Arbeitnehmers

BGB

(BAG in NZA 2011, 686; Urteil vom 25.11.2010 – 2 AZR 984/08)

1. Die **Arbeitsverhinderung** des Arbeitnehmers, die auf einer zu **verbüßenden Freiheitsstrafe** beruht, kann ein **personenbedingter Grund** zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses sein.
2. **Nicht jede Freiheitsstrafe** kann **ohne Rücksicht auf ihre Dauer** und ihre Auswirkungen zum Verlust des Arbeitsplatzes führen. Da der Arbeitgeber im Fall der haftbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers typischerweise von der Lohnzahlungspflicht befreit ist, hängt es von **Art und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen** ab, ob die Inhaftierung geeignet ist, eine Kündigung zu rechtfertigen.
3. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungszeitpunkt noch eine **Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren** zu verbüßen hat und ein Freigängerstatus oder seine vorzeitige Entlassung aus der Haft vor Ablauf von zwei Jahren nicht sicher zu erwarten steht, braucht der Arbeitgeber den Arbeitsplatz für ihn nicht frei zu halten. **Überbrückungsmaßnahmen** sind dem Arbeitgeber angesichts der Dauer der zu erwartenden Fehlzeit und in Anbetracht der vom Arbeitnehmer typischerweise zu vertretenden Arbeitsverhinderung **regelmäßig nicht zumutbar**.

Fall: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Der 1968 geborene, ledige Kl. war seit Januar 1989 bei der Bekl. als Lagerarbeiter im Ersatzteileversand tätig. Sein monatlicher Bruttoverdienst betrug zuletzt 3 346,65 Euro. Die Bekl. ist ein Unternehmen der Automobilindustrie. Sie beschäftigt regelmäßig weit mehr als zehn Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden. Am 09.02.2006 wurde der Kl. an seinem Arbeitsplatz durch Polizeibeamte vorläufig festgenommen, wobei auch sein Spind und sein Fahrzeug durchsucht wurden. Ab dem Folgetag erschien er wieder regelmäßig zur Arbeit. Am 24.05.2007 – einen Tag vor Beginn eines ihm bereits bewilligten Erholungsurlaubs – teilte der Kl. der Bekl. mit, er habe am 18.06.2007 eine Haftstrafe anzutreten. Kurz darauf legte er seine Ladung zum Strafantritt vor. Daraus ergab sich, dass gegen ihn am 15.12.2006 unter Einbeziehung einer vorhergehenden Verurteilung eine Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten verhängt worden war. Er gab an, die Ladung erst in der laufenden Woche erhalten zu haben und wegen Handels mit Betäubungsmitteln verurteilt worden zu sein. Der Aufforderung der Bekl., das strafgerichtliche Urteil vorzulegen, kam er nicht nach. Mit Schreiben vom 31.05.2007 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis nach Anhörung des Betriebsrats wegen „hoher und anhaltender Abwesenheitszeiten durch Freiheitsentzug“ ordentlich zum 31.12.2007.

Der Kl. hat Kündigungsschutzklage erhoben und geltend gemacht, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Mit haftbedingten Störungen des Betriebsablaufs sei bei einem Großbetrieb wie dem der Bekl. nicht zu rechnen gewesen. Dieser sei die Überbrückung seiner Abwesenheitszeit zumutbar gewesen. Zumindest die Interessenabwägung falle zu seinen Gunsten aus. Das Arbeitsverhältnis sei – unstreitig – beanstandungsfrei verlaufen. Seine Mitteilungspflichten habe er erfüllt. Erst Mitte April habe er von der Verwerfung seiner Revision gegen die Verurteilung erfahren. Zu diesem Zeitpunkt sei noch nicht absehbar gewesen, wann er mit dem Strafantritt habe rechnen müssen. Zur Vorlage des Strafurteils sei er nicht verpflichtet gewesen. Der Kl. hat zuletzt beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Bekl. vom 31.05.2007 nicht aufgelöst worden ist.

Die Bekl. hat die Auffassung vertreten, sie habe im Kündigungszeitpunkt davon ausgehen müssen, dass der Kl. für die Dauer der verhängten Haftstrafe nicht in der Lage sein würde, seine Arbeitspflicht zu erfüllen. Eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen liege bereits im Fehlen der Möglichkeit, den Kl. bei der Personaleinsatzplanung zu berücksichtigen. Im Übrigen seien Betriebsablaufstörungen – wie im Fall der Krankheit – indiziert. Dass bei der Straftat anders als bei Krankheit der Zeitpunkt der Rückkehr in den Betrieb annähernd fest stehe, sei unbeachtlich. Auch im Fall eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers sei eine Genesung nicht auszuschließen. Die Interessenabwägung führe zu keinem anderen Ergebnis. Der Kl. habe die Leistungsunmöglichkeit selbst verschuldet. Außerdem habe er sich vor Antritt der Haft nicht kooperativ verhalten. Mangels Kenntnis von den Gründen der Verurteilung sei es ihr nicht möglich gewesen zu prüfen, ob die Taten einen Bezug zum Arbeitsverhältnis gehabt hätten. Ist die Kündigung wirksam?

Der Bekl. beschäftigt in seinem Betrieb regelmäßig mehr als 10 Beschäftigte (§ 23 I 3 KSchG) und das Arbeitsverhältnis hat auch länger als 6 Monate bestanden (§ 1 I KSchG), so dass die Kündigung nur wirksam ist, wenn sie nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist.

Sozial ungerechtfertigt ist eine Kündigung nach § 1 II 1 KSchG, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Hier ist fraglich, ob die Verbüßung einer längeren Haftstrafe die Kündigung zu rechtfertigen vermag.

I. Haft als verhaltensbedingter Kündigungsgrund

Die Kündigung wegen der Verbüßung einer längeren Haftstrafe könnte als verhaltensbedingte Kündigung anzusehen sein.

„Eine Würdigung des Geschehens unter verhaltensbedingten Gründen ist nur veranlasst, wenn die der Verurteilung zu Grunde liegenden **Taten einen Bezug zum Arbeitsverhältnis** haben oder der Arbeitnehmer auf andere Weise **arbeitsvertragliche Pflichten**, insbesondere seine Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 II BGB) **verletzt** hat (vgl. Senat, NZA 2010, 220 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 60 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 77 Rn. 19 ff.). Auf einen solchen, im Verhalten des Kl. begründeten Kündigungssachverhalt beruft sich die Bekl. nicht. Sie stützt die Kündigung ausschließlich auf die **haftbedingten Abwesenheitszeiten** des Kl. Die geltend gemachten Versäumnisse bei der Unterrichtung über seine Freiheitsstrafe sollen ersichtlich nur unterstützend Berücksichtigung finden.“ (BAG aaO)

II. Haft als personenbedingter Kündigungsgrund

„Als personenbedingter Grund zur Kündigung kommen solche Umstände in Betracht, die auf einer **in den persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers** liegenden „Störquelle“ beruhen (BAG, AP BGB § 626 Nr. 212 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 22 Rn 27 m. w.N.). Dazu zählt – anknüpfend an Wertungen des Gesetzgebers in § 72 I Nr. 3 HGB a. F. – auch eine **Arbeitsverhinderung**, die auf einer **Straf- oder Untersuchungshaft beruht** (Senat, NZA 1995, 119 = NJW 1995, 1172 = AP KSchG 1969 § 1 Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 11 [zu II 1]; Senat, NZA 1985, 661 = NJW 1986, 342 = AP BGB § 626 Nr. 87 = EzA BGB § 626 n. F. Nr. 95 [zu II 1 b]). Diese Betrachtung lässt es zu, auf eine mögliche Resozialisierung des straffällig gewordenen Arbeitnehmers Bedacht zu nehmen.“ (BAG aaO)

Allerdings führt nicht jede Freiheitsstrafe ohne Rücksicht auf ihre Dauer und ihre Auswirkungen zum Verlust des Arbeitsplatzes (Senat, NZA 1985, 661 = NJW 1986, 342 = AP BGB § 626 Nr. 87).

„Voraussetzung einer – ordentlichen wie außerordentlichen – Kündigung wegen haftbedingter Arbeitsverhinderung ist, dass der Arbeitnehmer für eine **verhältnismäßig erhebliche Zeit** nicht in der Lage sein wird, seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen (Senat, RzK I 6 a Nr. 154 = BeckRS 1997, 30772496 [zu II 3]; BAGE 17, 186 = NJW 1966, 565 [zu III]). Die Nichterfüllung der Arbeitspflicht muss sich außerdem **nachteilig auf das Arbeitsverhältnis** auswirken. Da der Arbeitgeber im Fall der haftbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers typischerweise von der Lohnzahlungspflicht befreit ist (§§ 616 S. 1, 275 I, 326 I BGB), hängt es von der **Dauer sowie von Art und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen** ab, ob die Inhaftierung geeignet ist, einen Grund zur Kündigung abzugeben (Senat, RzK I 6 a Nr. 154 = BeckRS 1997, 30772496 [zu II 3]; Senat, NZA 1995, 777 = NJW 1995, 3007 = AP BGB § 626 Nr. 123 = EzA BGB § 626 n. F. Nr. 154 [zu II 3]).

Liegt eine **beachtliche Störung** vor, bedarf es der abschließenden, alle Umstände des Einzelfalls einbeziehenden Abwägung, ob es dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsteile **unzumutbar** war, das Arbeitsverhältnis bis zum Wegfall des Hinderungsgrundes fortzusetzen (Senat, NZA 1995, 119 = NJW 1995, 1172 = AP KSchG 1969 § 1 Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 11; BAG, NZA 1985, 661 = NJW 1986, 342 = AP BGB § 626 Nr. 87 = EzA BGB § 626 n. F. Nr. 95 [zu II 2 c]). Sowohl bei der Frage, ob von einer erheblichen Störung des Austauschverhältnisses auszugehen ist, als auch bei der Interessenabwägung ist im Fall einer Kündigung wegen Verbüßung einer Freiheitsstrafe zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer die **Arbeitsverhinderung in aller Regel zu vertreten** hat. Deshalb sind dem Arbeitgeber zur Überbrückung regelmäßig nicht die gleichen Anstrengungen und Belastungen zuzumuten wie etwa bei einer Krankheit (Senat, NZA 1995, 777 = NJW 1995, 3007).“ (BAG aaO)

III. Anwendung auf den Fall

Es kommt daher darauf an, ob im vorliegenden Fall die Verbüßung der Haft eine beachtliche Störung der betrieblichen Abläufe darstellt, deren Hinnahme dem Beklagten unzumutbar ist.

1. Zeitlicher Bezugszeitpunkt

„Maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung sind die **objektiven Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung**. Die tatsächliche Entwicklung nach Kündigungsausspruch kann nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zur Bestätigung oder Korrektur einer zuvor getroffenen Prognose herangezogen werden (Senat, NZA 2010, 1227 = NJW 2011, 167 Rn 52; BAGE 109, 40 = NZA 2004, 477 [zu B I 1 a]).“ (BAG aaO)

Im Kündigungszeitpunkt musste die Bekl. auf Grund der gegen den Kl. rechtskräftig verhängten Freiheitsstrafe damit rechnen, dass dieser für die Dauer von mehr als zwei Jah-

ren an seiner Arbeitsleistung verhindert wäre. Hinreichende Anhaltspunkte für eine Vollzugslockerung durch die Gewährung von Freigang (§ 11 StVollzG in der bis 31. 12. 2009 geltenden Fassung) lagen nicht vor.

„Die nach § 57 I StGB **grundsätzlich bestehende Möglichkeit**, eine mehr als zweijährige Freiheitsstrafe zur **Bewährung** auszusetzen, wenn der Arbeitnehmer zwei Drittel der verhängten Strafe verbüßt hat, war bei der anzustellenden **Prognose nicht zu Gunsten des Kl.** zu berücksichtigen. Nach § 57 I StGB ist wesentlicher Entscheidungsgesichtspunkt für die vorzeitige Haftentlassung unter anderem das **Verhalten der verurteilten Person im Vollzug** und nicht zuletzt ihre Einwilligung. Dies konnte von der Bekl. nicht vorausschauend für den Zeitpunkt beurteilt werden, zu dem die Strafvollstreckungsbehörde voraussichtlich über die vorzeitige Haftentlassung entscheiden würde. Statistische Werte sagen über die Entwicklung im konkreten Einzelfall nichts aus.“ (BAG aaO)

2. Anforderungen an die betrieblichen Auswirkungen

Fraglich ist, welche Anforderungen an die Darlegung der betrieblichen Auswirkungen zu stellen sind, wenn der Arbeitsgeber nachweisen will, dass ihm ein Festhalten am Arbeitsvertrag nicht zugemutet werden kann.

a) Allgemeine Grundsätze bei längerer Arbeitsverhinderung

„Der Senat geht generell von dem Grundsatz aus, der **weiteren Darlegung von Betriebsablaufstörungen bedürfte es nicht**, wenn der Arbeitnehmer auf Dauer an der Arbeitsleistung gehindert ist (BAGE 90, 230 = NZA 1999, 440 [zu II 1 und 2 d] m. w. Nachw.). Dem steht es im Fall langanhaltender Erkrankung gleich, wenn im Kündigungszeitpunkt die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss ist und mit ihr jedenfalls in absehbarer Zeit nicht gerechnet werden kann. Als **absehbare Zeit** ist dabei mit Blick auf die Regelungen zur sachgrundlosen Befristung (§ 14 II 1 TzBfG; § 1 I BeschFG a. F.) ein **Zeitraum von bis zu 24 Monaten** anzusehen. Eine solche Zeitspanne kann durch Einstellung einer Ersatzkraft in einem befristeten Arbeitsverhältnis bei geringen rechtlichen Risiken überbrückt werden (BAGE 91, 271 = NZA 1999, 978 = NJW 2000, 893 [zu II 3 a]; seither st. Rspr., bspw. BAGE 123, 234 = NZA 2008, 173 Rn. 27).“ (BAG aaO)

b) Anwendung dieser Grundsätze auf Freiheitsstrafen

Diese Grundsätze könnten auf die Falle rechtskräftig verhängter zeitiger Freiheitsstrafe zu übertragen sein. Dies kommt jedoch nicht in Betracht.

„Bei diesen ist der **Wegfall des Leistungshindernisses** im Kündigungszeitpunkt **nicht ungewiss**. Vielmehr steht grundsätzlich fest, für welchen Zeitraum der Arbeitnehmer längstens an der Erbringung seiner Arbeitsleistung verhindert sein wird. Tatsachen, aus denen sich im Streitfall etwas Anderes ergeben könnte, hat die Bekl. nicht substantiiert dargelegt.“ (BAG aaO)

c) Entwicklung von Maßstäben für die Unzumutbarkeit bei Freiheitsstrafen

„Der **Arbeitsvertrag** ist auf den **ständigen Austausch von Leistung und Gegenleistung** gerichtet. Die Verpflichtung des Arbeitnehmers geht dahin, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, damit dieser sie im Rahmen seiner arbeitsteiligen Betriebsorganisation sinnvoll einsetzen kann. Ist der **Arbeitnehmer** dazu nicht in der Lage, tritt hinsichtlich seiner Arbeitsleistung **Unmöglichkeit** ein, wenn – wie bei lang andauernder Arbeitsverhinderung die Regel – eine Nachleistung beiden Seiten nicht zugemutet werden kann (ErfK/Preis, 10. Aufl., § 611 BGB Rn. 676). Zugleich ist der Arbeitgeber gehindert, von seinem Weisungsrecht Gebrauch zu machen, und muss, wenn er seine bisherige Arbeitsorganisation unverändert aufrechterhalten will, für eine **anderweitige Erledigung der Arbeit sorgen**. Bereits darin liegt eine **Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen**.“ (BAG aaO)

Der Bekl. war es nicht zumutbar, zur Beseitigung dieser langfristigen Störung bloße Überbrückungsmaßnahmen zu ergreifen und dem Kl. den Arbeitsplatz bis zur Rückkehr aus der Haft freizuhalten.

„Zumindest dann, wenn im Kündigungszeitpunkt noch eine **Haftstrafe von mehr als zwei Jahren** zu verbüßen ist und eine Entlassung vor Ablauf von zwei Jahren nicht sicher zu erwarten steht, kann dem Arbeitgeber **regelmäßig nicht zugemutet** werden, lediglich Überbrückungsmaßnahmen zu ergreifen und auf eine dauerhafte **Neubesetzung des Arbeitsplatzes zu verzichten**. Dabei ist neben den angesprochenen Unwägbarkeiten zu berücksichtigen, dass dem Arbeitgeber die Möglichkeit zur Beschäftigung einer Aushilfskraft im sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis lediglich für einen Zeitraum von 24 Monaten eröffnet ist. Er kann deshalb bei längerer Haftzeit nicht damit rechnen, die Abwesenheit des Arbeitnehmers einigermaßen problemlos überbrücken zu können. Hinzu kommt, dass mit zunehmender Haftdauer die **Verwirklichung des Vertragszwecks in Frage gestellt** wird. Eine mehrjährige Abwesenheit des Arbeitnehmers geht typischerweise mit einer **Lockerung seiner Bindungen an den Betrieb** und die Belegschaft sowie dem **Verlust von Erfahrungswissen** einher, das aus der täglichen Routine resultiert. Dementsprechend muss der Arbeitgeber bei der Rückkehr eines langjährig inhaftierten Arbeitnehmers mit Einarbeitungsaufwand rechnen.“ (BAG aaO)

d) Relevanz des Resozialisierungsgedankens

Fraglich ist aber, ob nicht das Ziel, Straftäter nach Verbüßung ihrer Haft zu resozialisieren eine andere Betrachtungsweise erfordert.

*„Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, selbst bei mehrjähriger Haftstrafe bloße Überbrückungsmaßnahmen zu ergreifen, **besteht** auch nicht aus Gründen der Resozialisierung. Zwar ist bei **kurzzeitigen Inhaftierungen** oder in Fällen, in denen nach Ablauf der Kündigungsfrist **zeitnah eine Weiterbeschäftigung im offenen Vollzug** möglich ist, auf die entsprechenden Belange des Arbeitnehmers angemessen Rücksicht zu nehmen. Dies rechtfertigt es aber nicht, vom Arbeitgeber zu verlangen, den Arbeitsplatz für den inhaftierten Arbeitnehmer für voraussichtlich mehr als zwei Jahre frei zu halten und ihm die damit verbundenen Lasten aufzuerlegen. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstands, dass der **Gesetzgeber für die Fälle**, in denen er es für erforderlich erachtet, dem Arbeitnehmer den **Arbeitsplatz** bei persönlicher Leistungsverhinderung mit Rücksicht auf übergeordnete Interessen (Schutz von Ehe und Familie; Erfüllung staatsbürgerschaftlicher Pflichten) **zu sichern, ausdrückliche, eigenständige Regelungen** (bspw. §§ 15, 16 BEEG; §§ 3, 4 PflegeZG; § 1 ArbPISchG) getroffen hat. Die durchaus strengeren Anforderungen an eine Kündigung wegen lang anhaltender Erkrankung rechtfertigen sich daraus, dass eine Krankheit – anders als Freiheitsstrafe – für den Betroffenen in der Regel unvermeidbar war.“* (BAG aaO)

e) Einzelfallbezogene Interessenabwägung

Auch eine auf den Einzelfall bezogene Interessenabwägung führt nicht zu einem anderen Ergebnis.

*„Zwar ist zu Gunsten des Klägers **seine 18 Jahre lange, beanstandungsfrei gebliebene Beschäftigungszeit** zu berücksichtigen. Gleichwohl geht das Beendigungsinteresse der Bekl. vor. Der Kl. hat seinen **langen Ausfall selbst verschuldet** und es kommt hinzu, dass er die Bekl. sogar nach Erhalt der Ladung zum Haftantritt nicht unverzüglich unterrichtet, sondern damit bis zum Antritt seines Erholungsurlaubs zugewartet hat. Seine **Pflicht zur Rücksichtnahme** (§ 241 II BGB) hätte stattdessen geboten, der Bekl. spätestens bei der Ladung zum Haftantritt die Chance zu geben, sich auf die künftigen Gegebenheiten einzustellen.“* (BAG aaO)

3. Zwischenergebnis

Ein Kündigungsgrund nach § 1 II KSchG für eine personenbedingte Kündigung liegt vor.

IV. Sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen

„Ein anderer Unwirksamkeitsgrund liegt nicht vor. Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats hat der Kl. in der Berufungsinstanz nicht mehr in Zweifel gezogen, nachdem die Bekl. dazu erstinstanzlich im Einzelnen vorgebracht hatte. Die Einhaltung der für das Arbeitsverhältnis maßgebenden Kündigungsfrist steht zwischen den Parteien außer Streit. Sie ist ersichtlich auch gewahrt.“ (BAG aaO)

V. Ergebnis: Die Kündigung ist wirksam.

BGB
§§ 164, 177

Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos
keine vertragliche Haftung des Kontoinhabers ggü Dritten

BGB

(BGH in MMR 2011, 447; Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09)

1. Werden unter **Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos** auf den Abschluss eines Vertrags gerichtete Erklärungen abgegeben, liegt ein **Handeln unter fremdem Namen** vor, auf das die Regeln über die **Stellvertretung** sowie die Grundsätze der **Anscheins-** oder der **Duldungsvollmacht** entsprechend anzuwenden sind.
2. Für eine **Zurechnung** reicht es **nicht** bereits aus, dass der Kontoinhaber die **Zugangsdaten nicht hinreichend vor dem Zugriff** des Handelnden **geschützt** hat.
3. Eine von eBay gestellte und von jedem registrierten Nutzer akzeptierte Formalklausel, wonach Mitglieder **grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten haften**, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden, begründet **keine Haftung** des Kontoinhabers **gegenüber Auktionsteilnehmern**.

Fall: Die Bekl. unterhielt beim Internetauktionshaus eBay ein passwortgeschütztes Konto. Am 03.03.2008 wurde unter Nutzung dieses Zugangskontos eine komplette „VIP-Lounge/Bar/Bistro/Gastronomieeinrichtung“, die aus zahlreichen gebrauchten Einzelgegenständen bestand, mit einem Eingangsgebot von € 1,- zum Verkauf angeboten. Neun Tage vor Ablauf der Auktion gab der Kl. am 04.03.2008 unter seinem Nutzernamen ein Maximalgebot von € 1.000,- zum Kauf der Einrichtungsgegenstände ab. Einen Tag später wurde die Auktion vorzeitig durch die Rücknahme des Angebots beendet. Der Kl. war zu diesem Zeitpunkt der Höchstbietende. In den AGB von eBay, denen jedes registrierte Mitglied zustimmen muss, heißt es in § 2 Ziff. 9: „Mitglieder haften grds. für sämtliche Aktivitäten, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden.“

Zwischen den Parteien steht im Streit, ob das Angebot über den Verkauf von Einrichtungsgegenständen für den Gastronomiebedarf von der Bekl. oder – ohne deren Beteiligung und Wissen – von ihrem damaligen Verlobten und jetzigen Ehemann auf der Internetplattform von eBay eingestellt worden ist. Die Bekl. hatte die Zugangsdaten zwar nicht besonders gesichert aufbewahrt, diese jedoch ihrem Ehemann und damaligen Verlobten auch nicht ohne weiteres zugänglich gemacht. Vielmehr hat dieser die Daten in frei zugänglichen Unterlagen gesucht und gefunden.

Der Kl., der die Auffassung vertritt, wirksam mit der Bekl. einen Kaufvertrag abgeschlossen zu haben, macht – nach vergeblicher Zahlungsaufforderung – Schadensersatzansprüche i.H.v. € 32.820,- geltend, wobei er den Zeitwert der nicht gelieferten Gegenstände auf € 33.820,- beziffert und hiervon den von ihm gebotenen Kaufpreis von € 1.000,- in Abzug bringt. Besteht ein solcher Schadensersatzanspruch?

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung von 32.820,00 € gem. §§ 433 I, 280 I, II, 281 I BGB haben.

Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterbringung der geschuldeten Leistung setzt jedoch zunächst voraus, dass zwischen dem Kl. und der Bekl. überhaupt ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde.

I. Voraussetzungen für Vertragsabschluss über eBay

„Der Abschluss eines Kaufvertrags erfolgt auch in den Fällen, in denen über eine Internetplattform Gegenstände an den Höchstbietenden zum Verkauf angeboten werden, regelmäßig nach den Bestimmungen der §§ 145 ff. BGB (vgl. BGHZ 149, 129 ff. [= MMR 2002, 95 m. Anm. Spindler – ricardo.de]). Daher setzt das Zustandekommen eines Kaufvertrags zwischen den Parteien voraus, dass der Kl. als Höchstbietender entweder ein von der Bekl. selbst abgegebenes oder ihr jedenfalls zurechenbares Verkaufsangebot (wirksam) angenommen hat.“ (BGH aaO)

Es kommt demnach darauf an, ob die Bekl. selbst ein entsprechendes Angebot abgegeben hat oder ob sie sich jedenfalls ein von ihrem Ehemann über ihr eBay-Mitgliedskonto abgegebenes Angebot zurechnen lassen muss.

II. Eigenes Angebot der Bekl.

„Die Bekl. selbst hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Angebot über die Veräußerung einer Gastronomieeinrichtung auf die Internetplattform eBay eingestellt. Dies nimmt die Revision hin.“ (BGH aaO)

III. eigenes Angebot des Ehemannes der Bekl.

Es könnte auch ein eigenes Angebot des Ehemannes der Bekl. vorliegen mit der Folge, dass eine Zurechnung dann ausscheiden und der Ehemann in Anspruch genommen werden müsste. Der Ehemann der Bekl. ist jedenfalls nicht unter seinem eigenen Namen aufgetreten. Allerdings kommt auch beim dem Handeln unter fremdem Namen ein Eigengeschäft in Betracht.

„Zwar kann auch bei einem Handeln unter dem Namen einer anderen – existierenden – Person der Handelnde selbst berechtigt und verpflichtet sein, wenn sich das getätigte Geschäft aus der insoweit maßgeblichen Sicht der anderen Vertragspartei als Eigengeschäft des Handelnden darstellt, bei diesem also **keine Fehlvorstellung über die Identität des Handelnden** hervorgerufen wird (vgl. BGHZ 45, 193, 195 f.; BGH NJW-RR 1988, 814 unter 2 c; NJW-RR 2006, 701 Rn 12).“ (BGH aaO)

Einer solchen Fehlvorstellung ist der Kl. jedoch unterlegen.

„Denn der Ehemann der Bekl. hat den Willen, die Gastronomieeinrichtung **im eigenen Namen** zum Verkauf anzubieten, **nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht**. Er hat das Verkaufsangebot unter Nutzung des für die Bekl. eingerichteten passwortgeschützten Nutzerkontos und unter Verwendung ihres Mitgliedsnamens auf der Internetplattform eBay platziert. Aus **Sicht der potentiellen Käufer** war die **Bekl. Urheberin des Verkaufsangebots**. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus der im Angebotstext erfolgten Angabe der E-Mail-Adresse und der Mobilfunknummer des Ehemanns der Bekl. ableiten. Hieraus erschließt sich für einen Kaufinteressenten noch nicht, dass der Ehemann der Bekl. selbst als Verkäufer in Erscheinung trat. Denn für einen objektiven Empfänger erschöpft sich der Gehalt der gemachten Angaben in der **bloßen Mitteilung von Kontaktadressen und -daten**. Tragfähige Rückschlüsse auf die Identität des Verkäufers lassen diese Angaben nicht zu. Vielmehr sind insoweit für einen potentiellen Vertragspartner die auf der Internet-Plattform eBay **abrufbaren Angaben zur Person und Anschrift des Kontoinhabers ausschlaggebend** (vgl. auch OLG München NJW 2004, 1328 [= MMR 2004, 625]; LG Aachen CR 2007, 605, 606).“ (BGH aaO)

Ein Ausnahmefall, in dem das Handeln unter fremdem Namen gleichwohl als Eigengeschäft anzusehen ist, mit der Folge, dass eine Zurechnung an die Bekl. von vornherein ausscheidet, liegt demnach nicht vor.

IV. Zurechnung des Angebots durch den Ehemann an die Bekl.

Allerdings könnte die Einstellung des Angebots durch den Ehemann des Beklagten unter Ausnutzung ihrer Zugangsdaten der Bekl. zuzurechnen sein, da der Ehemann der Bekl. ein Fremdgeschäft für die Bekl. als Namensträgerin getätigt hat.

Der Ehemann der Bekl. hat ihren Mitgliedsnamen und ihre Zugangsdaten verwendet. Der Ehemann konnte sich diese Zugangsdaten verschaffen, weil die Bekl. diese gesichert und es dadurch ihrem Ehemann ermöglicht hat, die Daten in Erfahrung zu bringen.

„Wird bei der **Nutzung eines fremden Namens** beim Geschäftspartner der Anschein erweckt, es solle mit dem Namensträger ein Geschäft abgeschlossen werden, und wird dabei eine falsche Vorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen, finden die **Regeln über die Stellvertretung** (§§ 164 ff. BGB) und die hierzu entwickelten Grundsätze entsprechend Anwendung, **obwohl dem Handelnden ein Vertretungswille fehlte** ... Dies gilt auch für Geschäfte, die über das Internet abgewickelt werden (OLG München, aaO, S. 1328 f.; OLG Köln NJW 2006, 1676 [= MMR 2006, 321]; OLG Hamm NJW 2007, 611, 612 [= MMR 2007, 449]; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 164 Rn 10 f., § 172 Rn 18).

Eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die unter solchen Voraussetzungen unter dem Namen eines anderen abgegeben worden ist, verpflichtet den Namensträger daher regelmäßig nur dann, wenn sie

- in Ausübung einer bestehenden Vertretungsmacht erfolgt (§ 164 I 1 BGB analog ...) oder
- vom Namensinhaber nachträglich genehmigt worden ist (§ 177 I BGB analog) oder
- wenn die Grundsätze über die Anscheins- oder die Duldungsvollmacht eingreifen (vgl. OLG Hamm, aaO; OLG Köln, aaO, S. 1677; LG Bonn CR 2004, 218, 219 [= MMR 2004, 179]; MüKo-BGB/Schramm, 5. Aufl., § 164 Rn 44 m.w.N.; vgl. ferner Werner, K&R 2008, 554, sowie Herresthal, K&R 2008, 705, 706).“ (BGH aaO)

1. Vorliegen einer Vertretungsmacht / nachträgliche Genehmigung

„Nach den vom Berufungsgericht getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen hat die Bekl. ihren Ehemann **weder im Vorfeld zur Abgabe entsprechender Erklärungen bevollmächtigt noch dessen Verhalten nachträglich genehmigt**. Ihr sind daher die von ihrem Ehemann abgegebenen Erklärungen weder nach § 164 I 1 BGB analog noch nach § 177 I BGB analog zuzurechnen.“ (BGH aaO)

2. Duldungs- oder Anscheinsvollmacht

Allerdings könnte die Bekl. nach den Grundsätzen der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht für die unter Verwendung ihres passwortgeschützten Mitgliedskontos abgegebenen Erklärungen einzustehen haben.

a) Duldungsvollmacht

„Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene es **willentlich geschehen lässt**, dass ein **anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt**, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach **Treu und Glauben dahin versteht** und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen **bevollmächtigt** ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH NJW 2002, 2325 unter II 3 a bb (1); NJW-RR 2004, 1275 unter II 3 c bb (1); NJW 2007, 987 Rn 19; jew. m.w.N.).

Bei einem unter **Verwendung einer fremden Identität** getätigten Geschäft des Namensträgers finden diese Grundsätze mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass hierbei **auf dessen Verhalten abzustellen** ist. Einen solchen Duldungstatbestand hat die Bekl. jedoch nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt nicht geschaffen. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen hatte die Bekl. ihrem Ehemann die **Zugangsdaten** für ihr Mitgliedskonto bei eBay **nicht offen gelegt** und von dessen Vorgehen auch **keine Kenntnis**; vielmehr hat dieser das von ihr eingerichtete Mitgliedskonto während einer Ortsabwesenheit der Bekl. ohne deren Wissen und Einverständnis unter Verwendung der ihm zufällig gewordenen Zugangsdaten zum Verkauf des Gaststätteninventars genutzt.“ (BGH aaO)

Die Voraussetzungen für die Zurechnung der Erklärung zu der Bekl. nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht liegen daher nicht vor.

b) Anscheinsvollmacht

Die Bekl. könnte aber nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht für das Verhalten ihres Ehemannes haften.

aa) Voraussetzungen für die Annahme einer Anscheinsvollmacht

„Eine **Anscheinsvollmacht** ist dagegen gegeben, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber **bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können**, und wenn der Geschäftspartner annehmen durfte, der Vertretene kenne und billige das Handeln des Vertreters (st. Rspr.; vgl. BGH WM 1977, 1169 unter IV. m.w.N.; NJW 1998, 1854 unter II 2 a m.w.N.; BGHZ 166, 369 [= MMR 2006, 453 m. Anm. Mankowski] Rn 17). Allerdings greifen die Rechtsgrundsätze der Anscheinsvollmacht in der Regel nur dann ein, wenn das **Verhalten** des einen Teils, aus dem der Geschäftsgegner auf die Bevollmächtigung des Dritten glaubt schließen zu können, **von einer gewissen Dauer und Häufigkeit** ist. Bei einem mit einer **Identitätstäuschung** verbundenen Handeln unter fremdem Namen ist bei Anwendung dieser Grundsätze auf das **Verhalten des Namensträgers** abzustellen (vgl. etwa LG Bonn, aaO).“ (BGH aaO)

bb) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier erfüllt sind.

(1) Sorgfaltspflichtverletzung der Bekl.

„Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist der Bekl., die sich **zum Zeitpunkt der unbefugten Nutzung** ihres eBay-Mitgliedskontos bei ihrer Mutter in Hannover aufhielt, bereits nicht zum Vorwurf zu machen, sie hätte bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen und verhindern können, dass sich ihr Ehemann während ihrer Abwesenheit ihres eBay-Kontos bedienen würde. Hiergegen bringt die Revision nichts vor. Sie macht lediglich geltend, die Bekl. habe nach eigenem Vorbringen die **Zugangsdaten nicht hinreichend vor dem Zugriff ihres Ehemanns geschützt**. Der Umstand, dass sich der Ehemann der Bekl. von deren Zugangsdaten auf nicht näher bekannte Weise Kenntnis verschafft hat, besagt aber noch nicht, dass die Bekl. mit einer unbefugten Nutzung ihres Mitgliedskontos durch ihren Ehemann hätte rechnen müssen.“ (BGH aaO)

(2) Haftung wegen unzureichender Sicherung der Zugangsdaten

Allerdings könnte sich eine Haftung daraus ergeben, dass die Bekl. ihre Zugangsdaten nicht besonders gesichert aufgehoben hat.

„Zwar hat der **BGH** im Bereich des **gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts** eine **unsorgfältige Verwahrung der Kontaktdaten** eines eBay-Mitgliedskontos als **eigenständigen Zurechnungsgrund** für von einem Ehegatten unter Verwendung dieses Kontos begangene Urheberrechts- und/oder Markenrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstöße genügen lassen (BGH, aaO, Rn 16 ff. – Halzband; BGHZ 185, 330 [= MMR 2010, 565 m. Anm. Mantz] Rn 14 – Sommer unseres Lebens).

Diese für den **Bereich der deliktischen Haftung** entwickelten Grundsätze lassen sich jedoch nicht auf die Zurechnung einer unter unbefugter Nutzung eines Mitgliedskontos von einem Dritten abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung übertragen. Denn während im **Deliktsrecht** der **Schutz absoluter Rechte** Vorrang vor den Interessen des Schädigers genießt, ist bei der Abgabe von auf den Abschluss eines Vertrags gerichteten Erklärungen eine **Einstandspflicht** desjenigen, der eine unberechtigte Nutzung seines passwortgeschützten Mitgliedskontos ermöglicht hat, nur dann gerechtfertigt, wenn die berechtigten Interessen des **Geschäftspartners schutzwürdiger sind als seine eigenen Belange** (vgl. BGH, aaO., Rn 19 – Halzband). Dies ist nicht schon allein deswegen der Fall, weil der Kontoinhaber bei eBay ein passwortgeschütztes Mitgliedskonto eingerichtet und sich den Betreibern dieser Plattform zur Geheimhaltung der Zugangsdaten verpflichtet hat (a.A. Herresthal, aO, S. 708 f.).“ (BGH aaO)

Da es hier um einen Fall rechtsgeschäftlicher Haftung geht, kommt eine Zurechnung an die Bekl. demnach nur in Betracht, wenn die Interessen der Bietenden, also hier auch der Kl. schutzwürdiger sind, als die Belange der Inhaber von Mitgliedskonten, unter deren Verwendung dritte Personen **rechtsgeschäftliche Erklärungen unter fremdem Namen** abgeben.

*„Das Gesetz (vgl. §§ 164, 177, 179 BGB [analog]) weist das **Risiko einer fehlenden Vertretungsmacht** des Handelnden **dem Geschäftsgegner** und nicht demjenigen zu, in oder unter dessen Namen jemand als Vertreter oder scheinbarer Namensträger auftritt ... Eine Durchbrechung dieser Risikozuweisung ist nicht bereits dann gerechtfertigt, wenn der „Vertretene“ das Handeln des Dritten bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können ... Vielmehr ist in diesen Fällen für eine Zurechnung der von dem Dritten abgegebenen Erklärungen weiter zu fordern, dass der **Geschäftsgegner annehmen durfte, der „Vertretene“ kenne und billige das Verhalten des Dritten**. Nur unter dieser zusätzlichen Voraussetzung verdient ein vom „Vertretenen“ oder Namensträger möglicherweise schuldhaft mit verursachter Rechtschein im Rechtsverkehr in der Weise Schutz, dass das Handeln des Dritten dem „Vertretenen“ zugerechnet wird ... Ein solcher **Vertrauenstatbestand** lässt jedoch **nicht allein daraus ableiten**, dass den **Zugangsdaten** eines bei eBay registrierten Mitgliedskontos eine **Identifikationsfunktion** zukommt (OLG Köln, aaO.; OLG Hamm, aaO.; LG Bonn, aaO.; a.A. Herresthal, aaO, S. 707 ff.).“ (BGH aaO)*

(3) Vertrauenstatbestand

Zudem kommt eine Haftung nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht nur in Betracht, wenn schon im Vorfeld der fraglichen rechtsgeschäftlichen Handlung ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

*„Unabhängig davon scheidet eine Anscheinsvollmacht auch deswegen aus, weil der Ehemann der Bekl. deren **eBay-Zugang** nach den – von der Revision nicht angegriffenen – Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall **zum ersten Mal** genutzt hat. Es **fehlt** daher an einem von der Bekl. geschaffenen **Vertrauenstatbestand**, auf den sich der Kl. hätte stützen können Auf das Erfordernis einer gewissen **Häufigkeit oder Dauer** der unbefugten Verwendung ihres Mitgliedskontos kann nicht schon deswegen verzichtet werden, weil ... auch bei einem eBay-Account (vgl. zu den vielfältigen Möglichkeiten des Ausspähens und „Diebstahls“ von Zugangsdaten Borges, NJW 2005, 3313 ff.) nicht zuverlässig geschlossen werden, dass unter einem registrierten Mitgliedsnamen ausschließlich dessen tatsächlicher Inhaber auftritt (so auch OLG Hamm, aaO, S. 611; OLG Köln, aaO; LG Bonn, aaO; a.A. Herresthal, aaO, S. 708).“ (BGH aaO)*

V. Haftung der Bekl. aus § 2 Ziff. 9 der AGB von eBay

Eine Haftung der Bekl. könnte sich jedoch aus § 2 Ziff. 9 der AGB von eBay ergeben. Diese sehen vor, vor, dass Mitglieder grds. für „sämtliche Aktivitäten“ haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden.

*„Da diese AGB jedoch jeweils nur zwischen eBay und dem Inhaber eines Mitgliedskontos vereinbart sind, kommt ihnen **keine unmittelbare Geltung zwischen Anbieter und Bieter** zu. Sie können allenfalls für die Auslegung der vor ihrem Hintergrund erfolgten Erklärungen Bedeutung gewinnen. Die vom Ehemann der Bekl. unter ihrem Namen abgegebenen Erklärungen können aber der Bekl. nur über die vorliegend nicht eingreifenden Grundsätze der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht zugerechnet werden. Eine darüber hinausgehende Haftung könnte die Klausel nur dann begründen, wenn hierin zu Gunsten zukünftiger Vertragspartner ein **Vertrag zu Gunsten Dritter** nach § 328 BGB oder ein **Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte** zu sehen wäre (zum Meinungsstand vgl. Borges, aaO, S. 3315; vgl. ferner Herresthal, aaO, S. 709 f.). Ob dies der Fall ist, bedarf keiner Entscheidung. Denn eine solche in ihrem Umfang **unbegrenzte Haftungsverpflichtung** des Kontoinhabers ggü. beliebig vielen potenziellen Auktionsteilnehmern ginge weit über die Rechtsgrundsätze der Rechtsscheinhafthung hinaus und hielte **einer Inhaltskontrolle nach § 307 I 1 BGB** nicht stand, da sie bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung auch für die Fälle Geltung beanspruchen würde, in denen der Kontoinhaber die unbefugte Nutzung des Mitgliedskontos weder kannte noch diese hätte verhindern können (i.E. auch Borges, aaO, allerdings ohne AGB-rechtliche Anknüpfung). Die in § 2 Ziff. 9 der AGB von eBay vorgesehene Haftungsregelung kann daher allenfalls – ähnlich wie dies bei AGB der Herausgeber von EC-Karten der Fall ist (vgl. hierzu etwa BGHZ 160, 308, 312 [= MMR 2004, 812]) – eine **Einstandspflicht des Kontoinhabers ggü. dem Plattformbetreiber** für diesem entstandene Schäden begründen.“ (BGH aaO)*

§ 2 Ziff. 9 AGB von eBay begründen daher keine vertragliche Haftung der Bekl. gegenüber der Klägerin.

Ergebnis: Die Bekl. muss sich das Einstellen des Angebots durch ihren Ehemann nicht zu rechnen lassen. Sie haftet ggü. der Kl. nicht auf Schadensersatz.

(BGH in NJW 2011, 1979; Beschluss vom 15.03.2011 – 4 StR 40/11)

1. **Soldaten sind keine Amtsträger** im strafrechtlichen Sinne, denn die Ausübung militärischer Hoheitsbefugnisse und die Wahrnehmung militärischer Aufgaben sind regelmäßig nicht dem Begriff des öffentlichen Amtes i. S. des § 132 StGB zuzuordnen;
2. Handelt der **Täter** nicht nur unter Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Soldaten oder dem zivilen Personal der Bundeswehr, sondern **beansprucht** er zusätzlich „**Amtsbefugnisse**“ als **Feldjäger**, kommt eine **Strafbarkeit gem. § 132 Alt. 2 StGB** in Betracht.

Fall: Nachdem die Zeugin S in Gegenwart des Angekl. davon berichtet hatte, der Geschädigte habe sie während einer mit ihr geführten kurzen Beziehung sexuell missbraucht, fasste der Angekl., der ebenso wie seine anwesenden Freunde dieser Schilderung Glauben schenkte, den Plan, den Geschädigten gemeinsam mit einer zweiten Person zum Zwecke der Bestrafung aufzusuchen und ihn zu verprügeln. Zur Vorbereitung der Tat entwarf der Angekl. am Computer einen „Durchsuchungsbeschluss“, in dem – sinngemäß und in quasiamtlicher Diktion – die Durchsuchung der Wohnung des Geschädigten wegen des Verdachts verschiedener Straftaten, u. a. wegen „sexueller Belästigung“, „angeordnet“ wird. Das Schriftstück war mit einem aus dem Internet heruntergeladenen Bundeswehrkreuz versehen und mit dem vom Angekl. herrührenden handschriftlichen Namenszug „Hauptmann M“ versehen. Es enthielt am Ende ein wiederum aus dem Internet heruntergeladenes Bundeswehr-Kreuz, den Schriftzug „Bundeswehr“, einen Bundesadler sowie einen schwarz-rot-goldenen Farbstreifen mit den Worten „Bundesministerium der Verteidigung“. Der Angekl. fertigte zusätzlich ein weiteres Schriftstück, in dem die „Vollstreckung des Vollzugsbefehls“ erteilt und gegebenenfalls die „sofortige Festnahme“ des Geschädigten „gestattet“ wird. Dieses Schreiben endet mit dem handschriftlichen Namenszug „Oberst Sch“ und enthält ähnliche militärische und nationale Hoheitszeichen wie der „Durchsuchungsbeschluss“.

Sodann begaben sich der Angekl. und sein Mittäter, der frühere Mitangekl. P, in Begleitung mehrerer Freunde mit dem Pkw der Zeugin B, der Lebensgefährtin des Angekl., und einem weiteren Fahrzeug in die Nähe der Wohnung des Geschädigten. Entsprechend dem im Wesentlichen vom Angekl. ausgearbeiteten Plan legten er und P, obwohl beide der Bundeswehr nicht angehörten, „Feldjägeruniformen“ aus dem Besitz des Angekl. an. Der Angekl. streifte zusätzlich eine Armbinde mit den Buchstaben „MP“ (Militärpolizei) über einen Oberarm. Mit dem Pkw der Zeugin B, den sie zuvor mit von einem Schrottfahrzeug abmontierten Kennzeichen versehen hatten, rollten beide das letzte Wegstück im Leerlauf zum Wohnhaus des Geschädigten; ihre Begleiter blieben zurück. Ausgerüstet waren P und der Angekl. mit zwei vom Angekl. beschafften Gaspistolen, die sie in Halftern mit sich führten. Die Pistole des Angekl. war nicht geladen. Nachdem sich der Angekl. und P Zutritt zur Wohnung verschafft und festgestellt hatten, dass sich entgegen ihrer Erwartung nicht nur der Geschädigte, sondern drei weitere Personen in der Wohnung aufhielten, gaben sie ihren Plan auf, den Geschädigten zu verprügeln. Der Angekl. überreichte dem Geschädigten die beiden von ihm angefertigten Schriftstücke, P nahm die Waffe aus seinem Halfter und richtete sie auf den Geschädigten sowie zwei der Anwesenden. P lud die Pistole durch, wobei eine Patrone herausfiel, die er vom Boden aufhob und einsteckte, woraufhin er sich in die Küche begab, die Tür hinter sich schloss und den Raum lautstark durchsuchte. Der inzwischen verängstigte Geschädigte las die ihm überreichten Schreiben. Er hielt den Angekl. und P tatsächlich für Feldjäger der Bundeswehr und vermutete einen Zusammenhang zwischen deren Erscheinen und den auch ihm bekannten Vorwürfen der Zeugin S. Der Angekl. ließ den Geschädigten das zweite Schreiben unterzeichnen, notierte die Personalien der weiteren Anwesenden und fragte den Geschädigten, ob dieser Waffen oder Betäubungsmittel in Besitz habe. Daraufhin nahm er aus einer vom Geschädigten geöffneten Schublade ein Messer im Wert von etwa 10 € mit dem Bemerkten an sich, er müsse dieses „konfiszieren“. Außerdem steckte er eine Tüte mit Marihuana ein, die einem der Wohnungsinassen gehörte. Nach etwa 30 Minuten verließen er und P die Wohnung. Beide bestiegen den Pkw der Zeugin B, den der Angekl. die Straße hinauffuhr, wo die Zeugin B zustieg und das Steuer übernahm. Auf Bitten der Zeugin B gab der Angekl. das Marihuana an diese weiter; das „konfiszierte“ Messer, das P nicht haben wollte, warf der Angekl. etwa drei bis vier Wochen nach der Tat weg.

- I. Fraglich ist zunächst, ob der Angekl. den Tatbestand des **Raubes nach § 249 StGB** erfüllt hat.
 1. Grds. wird das **Tatbestandsmerkmal der Wegnahme** nach der Rspr. des BGH nicht **dadurch ausgeschlossen, dass der Täter** – wie im vorliegenden Fall der Angekl. – **durch die falsche Behauptung einer amtlichen Beschlagnahme die Herausgabe** einer fremden beweglichen Sache **fordert** und sie erreicht, selbst wenn das Opfer die

Wegnahme nicht nur duldet, sondern die Sache dem Täter auf dessen Verlangen aushändigt. In einem solchen Fall ist für einen eigenen, freien Willensentschluss des Opfers, das sich dem Zwang fügt, kein Raum (vgl. dazu BGHSt 18, 221 = NJW 1963, 1068 m. w. Nachw.).

2. Vorliegend **fehlt** es jedoch an der für den Tatbestand des Raubes i. S. des § 249 StGB **erforderlichen finalen Verknüpfung zwischen dem eingesetzten Nötigungsmittel und der Wegnahme** (vgl. dazu BGH NStZ 2003, 431 m. w. Nachw.).

Die Anwendung von Gewalt oder Drohung darf nicht nur gelegentlich der Entwendung einer fremden Sache erfolgen, sondern muss darauf gerichtet sein, den Gewahrsamsbruch durch Ausschaltung eines erwarteten oder geleisteten Widerstands zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern (BGH NStZ-RR 2002, 304; MüKo-StGB/Sander, § 249 Rn 24).

„Zwar trug der Angekl. die von ihm mitgeführte Waffe nicht nur offen in einem Holster am Oberschenkel, sondern hatte während der weiteren Tatausführung „fast ständig“ seine Hand auf die Waffe gelegt, woraus sich eine zumindest konkludente Drohung ergeben könnte, die Waffe nötigenfalls auch einzusetzen. Zu dem insoweit allein maßgeblichen Willen und der Vorstellung des Angekl. zum Zeitpunkt der Tatausführung (vgl. dazu BGHSt 18, 329 = NJW 1963, 1210; MüKo-StGB/Sander, § 249 Rn 24) verhalten sich die Urteilsgründe jedoch nicht.“ (BGH aaO)

- II. Zu prüfen ist weiter, ob sich der Angekl. wegen **schweren Raubes nach § 250 II StGB** strafbar gemacht hat.

Waffen i. S. des hier in Betracht kommenden § 250 II Nr. 1 StGB sind (**einsatzbereite**) **Gas- und Schreckschusswaffen** nur dann, wenn nach deren **Bauart der Explosionsdruck beim Abfeuern der Munition nach vorne durch den Lauf austritt**.

vgl. BGHSt 48, 197 = NJW 2003, 1677 = NStZ 2003, 606; BGH BeckRS 2011, 6584; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 244 Rn 7 m. w. Nachw.

*„Die dazu getroffenen Feststellungen erweisen sich als nicht ausreichend. Zwar steht der Umstand, dass der Angekl. selbst nur eine **ungeladene Gaspistole** verwendete, einer mittäterschaftlichen Zurechnung (§ 25 II StGB) hinsichtlich der von P eingesetzten, „geladenen“ Gaspistole nicht entgegen, zumal der Angekl. beide beschafft und den Tatplan im Wesentlichen selbst ausgearbeitet hatte. Zum **konkreten Ladezustand** und zur **Funktionsfähigkeit der Pistole** des P ist aber nichts weiter festgestellt.“ (BGH aaO)*

- III. Der Angekl. könnte sich weiterhin wegen **Amtsanmaßung nach § 132 StGB** strafbar gemacht haben.

1. Die **Tatmodalitäten** des § 132 StGB **setzen voraus**, dass

- der **Täter entweder als Inhaber eines öffentlichen Amtes auftritt und eine Handlung vornimmt, die den Anschein hoheitlichen Handelns erweckt** (§ 132 Alt. 1 StGB) oder dass
- er eine **Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf** (§ 132 Alt. 2 StGB; vgl. BGHSt 40, 8 = NJW 1994, 1228 = NStZ 1994, 179).

Dabei ist das **Tatbestandsmerkmal „öffentliches Amt“** nach den **Kriterien des Staats- und Verwaltungsrechts** zu bestimmen und sowohl im statusrechtlichen als auch im funktionellen Sinne zu verstehen.

zur Amtsträgereigenschaft BGHSt 31, 264 = NJW 1983, 2509 = NStZ 1984, 501; MüKo-StGB/Radtke, § 11 Rn 16 f.; MüKo-StGB/Hohmann, § 132 Rn 7

Die **Ausübung militärischer Hoheitsbefugnisse** und die **Wahrnehmung militärischer Aufgaben** sind deshalb regelmäßig **nicht dem Begriff des öffentlichen Amtes i. S. des § 132 StGB zuzuordnen; Soldaten sind keine Amtsträger** im strafrechtlichen Sinne (vgl. Satzger/Schmitt/Widmaier, § 11 Rn 18; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 11 Rn 16).

*„Dies ergibt sich – im **Umkehrschluss** – auch aus **§ 48 WStG**, durch den Soldaten der Bundeswehr lediglich für einen abschließenden Katalog von (Amts-)Delikten den Amtsträgern i. S. des § 11 I Nr. 2 StGB gleichgestellt werden. Bei der Anmaßung militärischer Befugnisse handelt es sich daher, soweit die Bundeswehr betroffen ist (anders im Fall der Anmaßung solcher Befugnisse von in Deutschland stationierten NATO-Truppen; vgl. dazu MüKo-StGB/Hohmann, § 132 Rn 9), grds. auch nicht um die Anmaßung eines öffentlichen Amtes i. S. dieser Strafvorschrift (Krauß, LK-StGB, § 132 Rn 12; Fischer, § 132 Rn 5). Während für Soldaten und für die bei der Bundeswehr beschäftigten Zivilpersonen i. S. von § 1 II WStG in solchen*

Fällen **ausschließlich** eine **Strafbarkeit nach § 38 WStG** in Betracht kommt, ist die **Anmaßung militärischer Befugnisse durch sonstige Zivilpersonen regelmäßig weder von § 132 StGB noch von § 38 WStG erfasst** (Krauß, LK-StGB, § 132 Rn 12; MüKo-StGB/Hohmann, § 132 Rn 9; Fischer, § 132 Rn 5; ebenso Satzger/Schmitt/Widmaier, § 132 Rn 5). *Danach hätte sich der Angekl. im vorliegenden Fall nach keiner der beiden Vorschriften strafbar gemacht.*“ (BGH aaO)

2. Handelt der Täter aber nicht nur unter Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Soldaten oder dem zivilen Personal der Bundeswehr, sondern **beansprucht er zusätzlich „Amtsbefugnisse“ als Feldjäger**, kommt eine **Strafbarkeit gem. § 132 Alt. 2 StGB** in Betracht.
 - a) Gem. § 1 I des Gesetzes über die Anwendung unmittelbaren Zwangs und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen (UZwGBw) sind **Soldaten der Bundeswehr**, denen **militärische Wach- oder Sicherheitsaufgaben übertragen** sind, **befugt**, in Erfüllung dieser Aufgaben **Personen anzuhalten, zu überprüfen, vorläufig festzunehmen und zu durchsuchen sowie Sachen sicherzustellen und zu beschlagnahmen und unmittelbaren Zwang gegen Personen und Sachen anzuwenden**. Den Soldaten mit Sicherheitsaufgaben i. S. dieses Gesetzes, zu denen auch die im Feldjägerdienst stehenden Soldaten der Bundeswehr gehören, werden damit **allgemeine polizeiliche Befugnisse auch gegenüber Privatpersonen** verliehen (vgl. BVerwGE 84, 247 = NJW 1990, 2076, zur Einrichtung eines militärischen Sicherheitsbereichs i. S. von § 2 II 2 UZwGBw durch Sperrung eines nichtmilitärischen Ortes; i. Erg. ebenso Fischer, § 132 Rn 5; vgl. dazu auch Heinen, Rechtsgrundlagen Feldjägerdienst, 9. Aufl. 2010, S. 14 ff.).
 - b) Die **Voraussetzungen des § 132 Alt. 2 StGB** liegen vor.
 - Wie in § 132 Alt. 1 StGB wird zunächst vorausgesetzt, dass sich das **Handeln des Täters nach außen als Wahrnehmung öffentlicher Funktionen darstellt** und **objektiv mit einer hoheitlichen Maßnahme verwechselt werden könnte** (BGHSt 40, 8 = NJW 1994, 1228 = NStZ 1994, 179; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 132 Rn 9).
 - Im Unterschied zu der ersten Tatmodalität wird der **Anschein hoheitlichen Handelns** in der zweiten Alternative aber **durch die Handlung selbst begründet**, nicht durch das Auftreten des Täters als Amtsträger. In Betracht kommen hier insbes. Eingriffe in die Rechte Einzelner, etwa eine Verhaftung, Durchsuchung oder Beschlagnahme (RGSt 59, 291; MüKo-StGB/Hohmann, § 132 Rn 18).

Im Hinblick auf den **Zweck der Strafvorschrift**, die das **Vertrauen der Allgemeinheit in die Autorität staatlichen Handelns** schützen soll, erfüllt eine solche oder eine ähnliche Handlung nur dann nicht den Tatbestand des § 132 Alt. 2 StGB, wenn sich das Verhalten des Täters so weit von den rechtlichen Vorgaben einer Amtshandlung entfernt, dass eine **Verwechslung ausgeschlossen** ist.

vgl. dazu OLG Stuttgart NStZ 2007, 527; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 132 Rn 10): Dabei ist auf die Sicht eines unbefangenen Beobachters abzustellen (vgl. BGHSt 40, 8 = NJW 1994, 1228 = NStZ 1994, 179; Krauß, LK-StGB, § 132 Rn 30

*„Danach ist die Verurteilung wegen Amtsanmaßung hier im Ergebnis zu Recht erfolgt: Der Angekl. hat mit seinem Mittäter **Handlungen** vorgenommen, die nur **in Ausübung hoheitlicher Funktionen** vorgenommen werden durften. Er hat unter **Vorlage zweier gefälschter Schriftstücke mit quasiamtlichem Inhalt** bei dem Geschädigten, der das Geschehen für authentisch hielt und beiden Tätern die Feldjäger-Eigenschaft glaubte, eine **„Durchsuchung“** sowie eine **„Beschlagnahme“** durchgeführt und ist dabei **in vorgetäuschter amtlicher Funktion** als Feldjäger aufgetreten, also als vermeintlicher Angehöriger der Polizei der Bundeswehr. Ungeachtet formaler Mängel der von ihm gefertigten Schriftstücke entfernte sich sein Vorgehen unter Berücksichtigung seine Uniformierung und seines einen amtlichen Anschein erweckenden Gesamtverhaltens nicht so weit von den rechtlichen Vorgaben einer Amtshandlung, dass eine Verwechslung vom Standpunkt eines unbefangenen Betrachters ausgeschlossen war.“* (BGH aaO)

StGB
§§ 250, 255**Raub / räuberische Erpressung**
Bereicherungsabsicht

StGB

(BGH in StV 2011, 412; Urteil vom 27.01.2011 – 4 StR 502/10)

1. Die für eine Verurteilung wegen Raubes erforderliche **Zueignungsabsicht fehlt, wenn** der Täter dem Mitglied eines rivalisierenden Motorradclubs die als Identifikationsmerkmal getragene „Kutte“ nur deshalb abnimmt, um **eigene „Präsenz“ zu zeigen** und gegen die Rivalen **„ein Zeichen zu setzen“**.
2. Für die Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung kann es ausreichen, wenn ein **Vermögenszuwachs in Form der Erlangung des Besitzes an einer Sache angestrebt** wird. Der **bloße Besitz ist** aber dann **kein Vermögensvorteil, wenn die Sache unmittelbar nach der Erlangung vernichtet werden soll**.

Fall: Am Abend des 26.06.2009 überfielen die Angekl. A und S, die den «Hells Angels» angehören, in Bad Kreuznach gemeinsam mit dem bislang flüchtigen B, ebenfalls Mitglied der «Hells Angels», das Mitglied der konkurrierenden Rockergruppe «Outlaws» O, um ihm, ggf. mit Gewalt und unter Einsatz eines Messers, die «Kutte» – die mit Aufnähern versehene Lederweste – abzunehmen und so ihren Machtanspruch zu demonstrieren. Nachdem sie den auf seinem Motorrad fahrenden O mit ihrem Pkw ausgebremst hatten, attackierten ihn der Angekl. A und B, wobei B – nicht vom Tatplan umfasst, aber für die Angekl. vorhersehbar – dem Opfer insgesamt sieben Messerstiche in den Oberkörper zufügte, an denen es kurze Zeit später verstarb. Die beiden Angreifer A und B nahmen dem Sterbenden die Kutte ab und entfernten sich zusammen mit dem Angekl. S, der das Fahrzeug geführt und in ihm gewartet hatte.

Welche Motivation dieser Wegnahme zugrunde lag, konnte nicht aufgeklärt werden, insbes. konnte nicht ausgeschlossen werden, dass der Tatplan von vorneherein vorsah, die Kutte "zu vernichten" bzw. "verschwinden" zu lassen, damit sie nicht in die Hände der Outlaws gelangt. Infolge der Messerstiche in die Seite und des dadurch eingetretenen Blutverlustes verstarb O am nächsten Tag.

Anm.: Geprüft werden soll hier allein der Strafvorwurf des besonders schweren Raubes (mit Todesfolge) und der besonders schweren räuberischen Erpressung (mit Todesfolge) sowie Täterschaft oder Teilnahme an der vorsätzlichen Tötung des O.

I. Zu prüfen ist zunächst, ob die Angekl. sich wegen **besonders schweren Raubes** (mit Todesfolge) oder **besonders schwerer räuberischer Erpressung** (mit Todesfolge) strafbar gemacht haben.

1. Ein **besonders schwerer Raub** (mit Todesfolge) **liegt nicht vor**.

- a) Täter - auch Mittäter - kann beim Raub nur sein, wer **bei der Wegnahme die Absicht hat**, sich oder einem Dritten die **fremde Sache rechtswidrig zuzueignen**. Hierfür genügt, dass der Täter die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers körperlich oder wirtschaftlich für sich oder den Dritten haben und sie der Substanz oder dem Sachwert nach seinem Vermögen oder dem des Dritten "einverleiben" oder zuführen will. Dagegen ist **nicht erforderlich, dass der Täter oder der Dritte die Sache auf Dauer behalten soll oder will** (BGH NJW 1985, 812 m. w. Nachw.).
- b) An der Voraussetzung, dass der **Wille des Täters auf eine Änderung des Bestandes seines Vermögens** oder das des Dritten gerichtet sein muss, **fehlt** es in Fällen, in denen er die **fremde Sache nur wegnimmt, um sie „zu zerstören“, „zu vernichten“, „preiszugeben“, „wegzuwerfen“, „beiseitezuschaffen“ oder „zu beschädigen“** (BGH NJW 1977, 1460; BGH NJW 1985, 812 jeweils m. w. Nachw.).

Der etwa auf Hass- und Rachegefühlen beruhende **Schädigungswille ist zur Begründung der Zueignungsabsicht ebenso wenig geeignet wie der Wille, den Eigentümer durch bloßen Sachentzug zu ärgern** (BGH NJW 1985, 812 m. w. Nachw.). In solchen Fällen genügt es auch nicht, dass der Täter was grds. ausreichen könnte (vgl. BGH NSTz 1981, 63) - für eine kurze Zeit den Besitz an der Sache erlangt.

- c) Hiervon ausgehend handelten die Angekl. und B in Bezug sowohl auf die Kutte von O als auch dessen Messer **ohne** die für eine Verurteilung wegen Raubes **erforderliche Zueignungsabsicht**.

„Zwar diente die Wegnahme der Kutte nach dem Tatplan "dem Ziel, diesem Outlaw im speziellen und den sich neuangesiedelten Outlaws im Allgemeinen gegenüber 'Präsenz zu zeigen' und ihnen klarzumachen, dass mit den in der Nähe angesiedelten Hells Angels stets zu rechnen ist". Eine über die Enteignung hinausgehende Zueignungsabsicht konnte die Strafkammer jedoch nicht feststellen. Vielmehr vermochte sie nicht auszuschließen, "dass der Tatplan von vornherein vorsah, die Kutte zu vernichten." Entsprechendes gilt für das O abgenommene Messer, das der Angekl. A und B sofort nach der Entwaffnung ihres Opfers wegwarfen.“ (BGH aaO)

2. Auch eine **besonders schwere räuberische Erpressung** (mit Todesfolge) **liegt nicht vor**.

- a) Nach der **BGH-Rspr.** kann eine (besonders schwere) räuberische Erpressung zwar auch derjenige begehen, der das Opfer mit Gewalt dazu zwingt, die Wegnahme einer Sache zu dulden (BGHSt 25, 224 m. w. Nachw.), eine **Verurteilung wegen Raubes** aber daran **scheitert**, dass die dafür **erforderliche Zueignungsabsicht nicht vorliegt bzw. nicht nachweisbar** ist (BGHSt 14, 386; BGH BGHR StGB § 255 Konkurrenzen 2; BGH NStZ-RR 1999, 103).

- b) Eine Verurteilung wegen räuberischer Erpressung erfordert jedoch die **Absicht, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern**.

- Diese **Tatbestandsvoraussetzung** des § 253 StGB **deckt sich inhaltlich mit der beim Betrug vorausgesetzten Bereicherungsabsicht** (BGH NJW 1988, 2623; BGH BGHR StGB § 253 Abs. 1 Bereicherungsabsicht 9). Sie setzt nach dem in der höchstrichterlichen Rspr. vertretenen wirtschaftlichen Vermögensbegriff deshalb voraus, dass der erstrebte Vorteil zu einer objektiv günstigeren Gestaltung der Vermögenslage für den Täter oder den Dritten führen soll (BGH BGHR StGB § 253 I Bereicherungsabsicht 9 m. w. Nachw.; ähnlich: BGH NStZ 1996, 39; BGH NStZ 2001, 534), also eine Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens angestrebt wird (BGH NJW 1988, 2623; BGH BGHR StGB § 253 I Bereicherungsabsicht 9 m. w. Nachw.).

- Als ein solcher **Vermögenszuwachs** kann auch die **Erlangung des Besitzes an einer Sache** angesehen werden und zwar selbst bei einem nur **vorübergehenden Besitzwechsel** (BGHSt 14, 386). Jedoch ist der **bloße Besitz** in der BGH-Rspr. nur in den Fällen als Vermögensvorteil anerkannt, in denen ihm ein **eigenständiger wirtschaftlicher Wert** zukommt (BGH BGHR StGB § 253 I Vermögenswert 2), was regelmäßig lediglich dann zu bejahen ist, wenn mit dem Besitz wirtschaftlich messbare Gebrauchsvorteile verbunden sind, die der Täter oder der Dritte nutzen will.

vgl. BGH BGHR StGB § 253 I Vermögenswert 1 mwN; zum Besitz an einem Kraftfahrzeug: BGHSt 14, 386; BGH BGHR StGB § 253 I Vermögensschaden 7; BGH NStZ 1996, 39; BGH NStZ-RR 1999, 103; ähnlich für den Betrug: BGH NStZ 2008, 627

- Dagegen **genügt** - wie beim Raub – **es nicht, wenn der Täter** zwar kurzzeitigen Besitz begründen will, die **Sache aber unmittelbar nach der Erlangung vernichtet** werden soll (BGH NStZ 2005, 155 m. w. Nachw.; Vogel, LK-StGB, 12. Aufl., § 253 Rn 29; Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 253 Rn 17).

Ebenso wenig reicht es aus, wenn der Täter den mit seiner Tat verbundenen **Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens** hinnimmt (BGH NJW 1988, 2623; ähnlich BGH BGHR StGB § 253 I Bereicherungsabsicht 1) und allein einen anderen als einen wirtschaftlichen Vorteil erstrebt.

- c) Auf dieser Grundlage **fehlt** es an einer **Bereicherungsabsicht** der Angekl. bzw. des B in Bezug auf die Kutte des O und dessen Messer.

„Denn das Landgericht vermochte nicht auszuschließen, dass der Tatplan von vornherein vorsah, die Kutte zu vernichten und das Messer sofort wegzuworfen.“ (BGH aaO)

- II. Fraglich ist weiterhin, ob eine Strafbarkeit der Angekl. A und S wegen **Täterschaft oder Teilnahme an der vorsätzlichen Tötung des O** in Betracht kommt.

Dies setzt zunächst das **Vorliegen eines Tötungsvorsatzes** voraus.

1. Das **Willenselement des bedingten Vorsatzes** ist bei Tötungsdelikten **nur dann gegeben, wenn der Täter den von ihm als möglich erkannten Eintritt des Todes billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen damit abfindet.**

Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn er mit der **als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft** - nicht nur vage - **darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten** (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2008, 93 m. w. Nachw.). Dabei genügt für eine vorsätzliche Tatbegehung, dass der Täter den **konkreten Erfolgseintritt akzeptiert und er sich innerlich mit ihm abgefunden hat** (vgl. BGH NStZ 2008, 451 m. w. Nachw.), mag er auch seinen Wünschen nicht entsprochen haben (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 372; ähnlich zum unerwünschten Erfolg bereits BGHSt 7, 363). Hatte der Täter dagegen begründeten Anlass darauf zu vertrauen und vertraute er darauf, es werde nicht zum Erfolgseintritt kommen, kann bedingter Vorsatz nicht angenommen werden (BGH NStZ 2008, 451).

2. Da beide Schuldformen im Grenzbereich eng beieinander liegen, ist bei der Prüfung, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat, eine **Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände geboten** (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2008, 93 m. w. Nachw.); sowohl das Wissens- als auch das Willenselement muss grds. in jedem Einzelfall geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (BGH NStZ 2007, 150; BGH NStZ 2009, 91).

Insbes. bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements ist es regelmäßig erforderlich, dass sich der Tatrichter **mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt** und seine **psychische Verfassung bei der Tatbegehung** sowie seine **Motivation** und die **zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände** – insbes. die **konkrete Angriffsweise** - mit **in Betracht zieht** (BGH NStZ-RR 2007, 267; BGH NStZ-RR 2009, 372). Dabei liegt zwar die Annahme einer Billigung des Todes des Opfers nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz erkannter Lebensgefährlichkeit durchführt (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2007, 150; BGH NStZ 2008, 93; BGH NStZ-RR 2009, 372 jeweils m. w. Nachw.). Allein aus dem Wissen um den möglichen Erfolgseintritt oder die Gefährlichkeit des Verhaltens kann aber nicht ohne Berücksichtigung etwaiger sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebender Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das Willenselement des Vorsatzes gegeben ist (vgl. BGH NStZ 2009, 91).

„Die Angekl. wussten, dass es zur Erlangung der symbolträchtigen Kutte zu einer möglicherweise auch harten körperlichen Auseinandersetzung mit dem gegnerischen Rocker“ und „auch zum Einsatz von Waffen und Werkzeugen - wie etwa Schlaghölzern, Reizgas, Schlagstöcken, Motocrosshandschuhen und evtl. auch Messern - kommen könnte“. Ihnen war „bewusst ..., dass derartige Aktionen ... ein hohes, unter Umständen auch tödliches, Gewaltpotential in sich tragen“ und ihr Handeln „aufgrund der Art der ggf. einzusetzenden Tatmittel auch den Tod des anzugreifenden Rockers nach sich ziehen könnte“.

Gleichwohl vermochte sich das LG nicht davon zu überzeugen, dass das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes gegeben ist. Denn die Angekl. vertrauten „im Hinblick auf ihre körperliche und auch zahlenmäßige Überlegenheit ... darauf, dass ein lebensgefährliches Ausmaß der Gewaltanwendung nicht notwendig sein werde“; auch war ihnen aus unterschiedlichen Gründen ein tödlicher Ausgang unerwünscht.“ (BGH aaO)

GG **Anspruch einer Partei auf Nutzung einer Stadthalle** GG
 Art. 3, 21, 38 **kurzfristige Änderung der Benutzungsordnung**

(OVG Lüneburg in DÖV 2011, 573; Beschluss vom 14.04.2011 – 10 ME 47/11)

Die kurzfristige **Änderung der Miet- und Benutzungsordnung** einer Stadthalle ist teilweise **unwirksam**, soweit sie - ohne eine Übergangsregelung, die bereits gestellte Überlassungsanträge von der Anwendung der Neuregelungen ausnimmt - **gezielt erfolgt** um den bereits gestellten Überlassungsantrag einer politischen Partei ablehnen zu können.

Fall: Der Antragsteller, der Landesverband ... der X., begehrt, die Antragsgegnerin, die Stadt N1., im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm einen Saal ihrer Stadthalle zum Zwecke der Durchführung seines Landesparteitags zu überlassen.

Die Stadthalle der Antragsgegnerin ist eine Mehrzweckhalle. Seit dem 01.01.2002 war ihr Betrieb durch eine als Satzung erlassene Miet- und Benutzungsordnung geregelt, die keine Einschränkungen hinsichtlich der Art der Veranstaltungen vorsah, für die sie angemietet werden konnte. Unter Nr. 8.1 enthält die Satzung eine Bestimmung, nach der auf Verlangen der Mieter zwei Wochen vor der Veranstaltung deren gesamten Verlauf mit dem Vermieter zu besprechen hat. Am 17./18.04.2010 wurde in der Stadthalle die Landesdelegiertenkonferenz der Partei „Bündnis 90/Die Grünen Niedersachsen“ ausgerichtet.

Am 08.06.2010 fand eine Sitzung des Verwaltungsvorstands der Antragsgegnerin statt. In dem über diese Sitzung erstellten Protokoll heißt es unter VII. Verschiedenes: „...Vor diesem Hintergrund erinnerte der BGM daran, dass die Satzung der Stadthalle ebenfalls geändert werden muss, damit radikalen Parteien der Zutritt zur Stadthalle verweigert werden kann.“

Mit einem am 03.03.2011 eingegangenen Schreiben vom 28.02.2011 beantragte der Antragsteller, ihm die Stadthalle der Antragsgegnerin für die Durchführung eines Landesparteitags am 17.04.2010 zur Verfügung zu stellen. Daneben benannte er mehrere Ausweichtermine (10.04./16.04./30.04./07.05./22.05.)

Am 09.03.2011 änderte der Rat der Antragsgegnerin die Nummer 2 der Miet- und Benutzungsordnung für die Stadthalle dergestalt, dass er den bisherigen die Vermietung betreffenden Bestimmungen (nunmehr Nr. 2.5 bis 2.7) unter der neuen Überschrift „2. Grundsätze für die Vermietung“ u. a. die folgenden Regelungen voranstellte:

„2.2 Eine Überlassung der Räume für Veranstaltungen von politischen Parteien, freien Wählergemeinschaften und ihnen nahe stehenden Organisationen zum Zwecke parteipolitischer, d. h. parteiorganisatorischer oder parteiinterner Veranstaltungen mit überörtlichem Bezug (z. B. Parteitage, Mitgliederversammlungen zur Aufstellung von Kandidaten für bevorstehende Wahlen, parteiinterne Veranstaltungen zu Parteiprogrammen usw.) wird ausgeschlossen.“

2.4 Eine Überlassung von Räumlichkeiten an Nutzer, die aufgrund ihrer Satzung oder ihrer Ziele nicht für die freiheitlich demokratische Grundordnung einstehen, erfolgt nicht.“

Diese Änderung trat am 12. März 2011 in Kraft.

Mit Bescheid vom 14.03.2011 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag des Antragstellers ab und führte aus, die beabsichtigte Veranstaltung halte sich nicht im Rahmen der aktuellen Miet- und Benutzungsordnung. Am 24.03.2011 hat der Antragsteller Klage erhoben und um den Erlass einer einstweiligen Anordnung nachgesucht. Die Antragsgegnerin hat geltend gemacht, dass von den seitens des Antragstellers begehrten Terminen der 17. und 30.04. sowie der 7. und 15.05. ausschieden, weil die Stadthalle dann bereits an andere Veranstalter vergeben sei. Besteht ein Anspruch auf Benutzung der Stadthalle am 17.04.2011?

Ein **Anspruch** des Antragstellers auf Nutzung der Stadthalle für den Parteitag könnte sich aus **§ 5 I 1 PartG i.V.m. Art. 3 I, III 1 GG** ergeben.

Grundsätzlich besteht ein **Anspruch auf Nutzung öffentlicher Einrichtungen**. Wenn ein Träger öffentlicher Gewalt den Parteien Einrichtungen zur Verfügung stellt oder andere öffentliche Leistungen gewährt, sollen nach § 5 I PartG **alle Parteien gleichbehandelt** werden. Fraglich ist hier aber schon, ob die Antragsgegnerin die Stadthalle überhaupt Parteien zur Verfügung stellt. Nach der neuen Benutzungsordnung jedenfalls ist die Nutzung der Stadthalle für Parteien ausgeschlossen. Insofern werden alle Parteien gleichbehandelt.

Ein Anspruch auf Nutzung einer öffentlichen Einrichtung besteht ohnehin nur **im Rahmen der Widmung**. Diese wird durch die Miet- und Benutzungsordnung der Stadthalle konkretisiert.

I. Wirksamkeit und Anwendbarkeit der neuen Miet- und Benutzungsordnung

1. Regelung der Nutzungsmöglichkeiten

*„Aufgrund ihres **Selbstverwaltungsrechts** nach Art. 28 II 1 GG steht es Gemeinden zwar **grundsätzlich frei**, ihre gemeindlichen Einrichtungen Parteien **zur Verfügung zu stellen** oder diese von deren **Nutzung auszuschließen** (Nds. OVG, Beschl. v. 28.02.2007 -10 ME 74/07 -, DVBl. 2007, 517, hier zitiert nach juris, Langtext Rn. 20, m.w.N.).“ (OVG Lüneburg aaO)*

2. Einschränkung der Regelungsbefugnis

Allerdings könnte die Ausübung ihres Selbstverwaltungsrechts durch Art. 3 GG i. V. m. Art. 21 und Art. 38 GG gewährleisteten **Grundsatz der Chancengleichheit politischer Parteien** eingeschränkt sein.

*„Das Grundgesetz gewährleistet durch Art. 3 GG in Verbindung mit Art. 21 und Art. 38 GG die Chancengleichheit der Parteien und sichert damit den **freien Wettbewerb der Parteien** und die Teilnahme an der politischen Willensbildung.*

*Die Chancengleichheit gilt nicht nur für den Bereich des Wahlrechts im engeren Sinne, sondern **im gesamten „Vorfeld“ der Wahlen** (BVerfG, Beschl. v. 07.03.2007 - 2 BvR 447/07 -, NdsVBl. 2007, 165 f., hier zitiert nach juris, Langtext Rn. 3). § 5 I PartG setzt diese verfassungsrechtlichen Vorgaben um, indem er bestimmt, dass bei der Gestattung der Nutzung öffentlicher Einrichtungen alle politischen Parteien gleich behandelt werden sollen. Das Recht auf Chancengleichheit der Parteien ist verletzt, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt die Nutzung einer öffentlichen Einrichtung einer Partei verweigert, obwohl er sie anderen Parteien einräumt oder eingeräumt hat. Dementsprechend ist eine **verfassungswidrige Ungleichbehandlung** zwar **grundsätzlich zu verneinen**, wenn die Nutzung einer öffentlichen Einrichtung zur Durchführung eines Parteitages durch die Widmung der Einrichtung **generell** und damit auch für andere Parteien **ausgeschlossen** ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.03.2007 - 2 BvR 447/07 -, aaO, Rn. 5).“ (OVG Lüneburg aaO)*

Ein Ausschluss aller Parteien von der Nutzung der Stadthalle durch Änderung der Miet- und Benutzungsordnung ist somit grundsätzlich rechtlich zulässig.

3. Rückwirkung der Regelung für bereits erfolgte Anmeldungen

Fraglich ist allerdings, ob eine solche Änderung der Miet- und Benutzungsordnung auch auf solche Nutzungsanfragen Anwendung finden kann, die schon vor der Änderung erfolgt waren.

*„Eine (künftig) für alle Parteien gleichermaßen geltende Beschränkung der Widmung schließt aber nicht ausnahmslos einen Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Chancengleichheit politischer Parteien aus. Denn im Falle einer **Änderung des Widmungszwecks** unterliegt auch der Vorgang der Widmungsänderung den zeitbezogenen Determinanten des **Willkürverbotes** (Gassner, Grenzen des Zulassungsanspruchs politischer Parteien zu kommunalen Einrichtungen, VerwA 85 [1995] 533 [539]), die sich aus Art. 3 I GG ergeben. Eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Chancengleichheit politischer Parteien ist dementsprechend anzunehmen, wenn und soweit durch **den Erlass einer die Widmung ändernden Norm** (hier der Änderungsatzung vom 09.03.2011) **gegen das Willkürverbot verstoßen** worden ist (vgl. Sächs. OVG, Beschl. v. 12.04.2001 - 3 BS 10/01 -, NVwZ 2002, 615 f., hier zitiert nach juris, Langtext Rn. 9).*

*Ein Fall objektiv willkürlicher Ungleichbehandlung kann insbesondere dann vorliegen, wenn seitens der betroffenen Partei ein **Antrag auf Überlassung** der gemeindlichen Einrichtung **bereits vorliegt** und sich die Gemeinde durch die Änderung der Zweckbestimmung dieser Einrichtung dem naheliegenden Verdacht aussetzt, die **Satzung** nicht aus einem anzuerkennenden allgemeinen Grund **geändert** zu haben, sondern nur, **um den Antrag ablehnen zu können**. In diesem Fall ist die Satzungsänderung, soweit sie sich Wirkung auch für den bereits gestellten Antrag beilegt, **wegen eines Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Willkürverbot teilweise unwirksam** und der gestellte Antrag daher noch nach den bisher geltenden Grundsätzen, und d. h. nach dem bisher geltenden Satzungsrecht und der auf seiner Grundlage gebildeten Verwaltungspraxis, zu verbescheiden (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.03.1969 - BVerwG VII C 49.67 -, BVerwGE 31, 368 [370]; VGH BW, Beschl. v. 11.05.1995 -1 S 1283/95 -, NVwZ- RR 1996, 681 ff., hier zitiert nach juris, Langtext Rn. 15; Sächs. OVG, Beschl. v. 12.04.2001 - 3 BS 10/01 -, aaO, Rn. 11; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.06.2010 - OVG 3 S 40.10 -, NVwZ-RR 2010, 765 f., hier zitiert nach juris, Langtext Rn. 9; Bay. VGH, Beschl. v. 17.02.2011 - 4 CE 11.287 -, juris, Langtext Rn. 23 ff.). Dies schafft entgegen den Befürchtungen der Antragsgegnerin keine Vergabepaxis, auf die sich dann wiederum andere Parteien, die nach dem Inkrafttreten der Rechtsänderung einen Überlassungsantrag stellen, unter Hinweis auf den Gleichheitssatz mit Erfolg berufen könnten. Denn werden **Anträge erst nach der Rechtsänderung** gestellt, fehlt der entscheidende Vergleichspunkt für die Annahme einer rechtlich erheblichen Ähnlichkeit mit Übergangsfällen wie dem vorliegenden.“ (OVG Lüneburg aaO)*

Das Willkürverbot verbietet es daher, die geänderten Bestimmungen der Miet- und Benutzungsordnung auf solche Fälle anzuwenden, bei denen schon vor der Änderung ein Antrag auf Überlassung der Stadthalle zur Nutzung gestellt wurde, wenn die Änderung erfolgt ist, um eine Grundlage für die Ablehnung des Antrags zu schaffen.

4. Widerlegung der Annahme einer willkürlichen Änderung

Die Anwendung der geänderten Miet- und Benutzungsordnung auf die Antragstellerin könnte aber möglich sein, wenn die Annahme einer willkürlichen von der Antragsgegnerin ausgeräumt werden kann.

„Der Senat ist allerdings **nicht** der Auffassung, dass **ausnahmslos** in allen Fällen, in denen der Widmungszweck einer öffentlichen Einrichtung durch Rechtssatz geändert wurde, diejenige politische Partei, die bereits vor dem Inkrafttreten der Rechtsänderung einen **Überlassungsantrag** gestellt hatte, eine Bescheidung dieses Antrags auf der Grundlage der **bisherigen Rechtslage** beanspruchen kann. Vielmehr muss sorgfältig nach den Umständen des Einzelfalls differenziert werden (vgl. Gassner, aaO, Seite 539 f.). Eine Gemeinde kann einen **naheliegenden Verdacht**, ihre Satzung nicht aus einem anzuerkennenden allgemeinen Grund geändert zu haben, sondern nur, um einen bereits gestellt Überlassungsantrag ablehnen zu können, **im Einzelfall entkräften** (a. A. wohl: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. 6. 2010 - OVG S 40.10 -, aaO, Rn. 9 ff.). Allerdings trifft sie selbst insoweit die **Darlegungs- und materielle Beweislast**.“ (OVG Lüneburg aaO)

Dies vermag der Antragsgegnerin im vorliegenden Fall jedoch nicht zu gelingen.

„Denn ihr Rechtsetzungsorgan, der Rat, ist **erstmalig nach dem Eingang des Überlassungsantrages** des Antragstellers konkret mit dem Plan, die Widmung der Stadthalle einzuschränken, befasst worden. Die nach dem Eingang des Überlassungsantrages **ungewöhnlich beschleunigte Durchführung** des zuvor nicht greifbar und nachhaltig betriebenen Rechtsetzungsverfahrens spricht ebenso dafür, dass die Satzungsänderung gezielt zu Ungunsten des Antragstellers vorgenommen wurde, wie die Aufnahme der neuen Bestimmung unter Nr. 2.4 der geänderten Miet- und Benutzungsordnung, wonach u. a. die Überlassung von Räumlichkeiten an Nutzer ausscheiden soll, die aufgrund ihrer Ziele nicht für die freiheitlich demokratische Grundordnung entstehen. Auch der Bürgermeister der Antragsgegnerin räumt in seiner „Eidesstattlichen Erklärung“ vom 11.04.2011 ein, dass die entscheidende Ratssitzung vom 9. März 2011 kurzfristig einberufen worden und letztlich eine **Reaktion auf den Antrag des Antragstellers** gewesen sei. Selbst wenn man die Berichterstattung in der Presse völlig unberücksichtigt lässt, spricht Überwiegendes dafür, dass die Antragsgegnerin mit der Versagung der ihr unbequemen Nutzung der Stadthalle für den beabsichtigten Landesparteitag zugleich ein **politisches Zeichen setzen wollte**. Aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Chancengleichheit politischer Parteien ergibt sich jedoch eine **Neutralitätsverpflichtung** der Träger öffentlicher Gewalt, die es nicht zulässt, die Vergabe öffentlicher Räumlichkeiten zum Teil des politischen Meinungskampfes zu machen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.06.2010 -OVG S 40.10 -, aaO, Rn. 9).“ (OVG Lüneburg aaO)

5. Zwischenergebnis

Die am 09.03.2011 beschlossene und am 12.03.2011 in Kraft getretene Änderung der Miet- und Benutzungsordnung für die Stadthalle N1. ist wegen eines Verstoßes gegen die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Chancengleichheit (Art. 3, 21 und 38 GG) politischer Parteien rechtswidrig und unwirksam, soweit sie ohne Übergangsregelung die Überlassung der Stadthalle an den Antragsteller ausschließt, der seinen Überlassungsantrag bereits am 03.03.2011 gestellt hatte. Für nach ihrem Inkrafttreten gestellte Überlassungsanträge politischer Parteien bleibt die neue Nr. 2. 2 der Miet- und Benutzungsordnung dagegen wirksam.

„Nach alledem muss für die Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs des Antragstellers auf Vergabe eines Saals der Stadthalle zur Durchführung seines Landesparteitags noch auf die vor dem Inkrafttreten der Änderungssatzung maßgebliche Rechtslage abgehoben werden. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass die Miet- und Benutzungsordnung alter Fassung einer Überlassung von Räumlichkeiten für einen Landesparteitag nicht entgegenstand. Außerdem hatte die Antragsgegnerin in Anwendung dieser Satzung mit der Zulassung einer entsprechenden Veranstaltung der Partei „Bündnis 90/Die Grünen Niedersachsen“ im April 2010 eine Vergabepaxis geübt, auf die sich der Antragsteller gemäß § 5 I 1 PartG i.V.m. Art. 3 I, III 1 GG mit Erfolg berufen kann.“ (OVG Lüneburg aaO)

II. Anspruch auf Nutzung am 17.04.2010

Nach den glaubhaften Angaben der Antragsgegnerin ist die Stadthalle zu den vorrangig erstrebten Terminen überwiegend bereits vergeben. Der Antragsteller kann nicht beanspruchen kann, dass ein Dritter zu seinen Gunsten zurücktritt.

„Es beruht zum anderen darauf, dass der Antragsteller **keinen strikten Anspruch** auf die Vergabe der Halle zu **einem bestimmten Termin** hat, sondern die Terminsgestaltung auf der Grundlage einer sachgerechten Abwägung vorzunehmen ist (vgl. März, Überlassen von Räumen durch Körperschaften des öffentlichen Rechts an Parteien oder politische Gruppierungen - Rechtssprechungsübersicht -, BayVBl. 1992, 97 [100]; Gassner, aaO., S. 542 ff.). Der Senat macht insoweit von dem ihm nach § 123 III VwGO i. V. m. § 938 ZPO eingeräumten Ermessen dahin Gebrauch, den Veranstaltungstag 22.05.2011 festzulegen, an dem im Einklang mit Nr. 8.1 der Miet- und Benutzungsordnung und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Gegendemonstrationen zu erwarten sind, noch hinreichend Zeit verbleibt, um die Durchführung der geplanten Veranstaltung organisatorisch und polizeilich angemessen vorzubereiten.“ (OVG Lüneburg aaO)

(OVG Münster in NwVBl. 2011, 269; Beschluss vom 01.03.2011 – 15 B 127/11)

1. Der Landrat darf als untere staatliche Verwaltungsbehörde eine allgemeine Aufsichtsmaßnahme nicht erlassen, wenn eine **Interessenkollision** i.S.d. § 59 II 1 KrO NRW besteht.
2. Darüber hat die Bezirksregierung als Aufsichtsbehörde durch **rechtsmittefähigen feststellen Verwaltungsakt** zu entscheiden.
3. Verneint die Bezirksregierung eine Interessenkollision und wird der darüber befindende Verwaltungsakt bestandskräftig, kann ein Rechtsmittel gegen die allgemeine Aufsichtsmaßnahme **nicht mehr auf eine vermeintliche Interessenkollision** des Landrates i.S.d. § 59 II 1 KrO NRW **gestützt** werden.

Fall Die Beteiligten stritten um eine kommunalaufsichtsrechtliche Verfügung des Landrats des S-Kreises vom 12.12.2010, mittels derer der Klägerin als kreisangehöriger Gemeinde unter Anordnung der sofortigen Vollziehung aufgegeben worden war, das in ihrem Gebiet aus privaten Hausalteln gesammelte Altpapier ab dem 01.01.2011 dem S-Kreis zu überlassen. Hiergegen hat die Klägerin vor dem zuständigen Verwaltungsgericht ohne Vorverfahren fristgerecht Klage gegen das Land Nordrhein-Westfalen erhoben. Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** vorliegt und die Streitigkeit nicht ausdrücklich einem anderen Rechtsweg zugewiesen ist.

Die Streitigkeit ist **öffentlich-rechtlich**, wenn sich das Klagebegehren nach öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen entscheidet. Solche liegen vor, wenn **ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet** wird. Hier klagt die Gemeinde gegen die kommunalaufsichtliche Verfügung des Landrats. Deren Rechtmäßigkeit richtet sich nach den Vorschriften der GO NRW und der KrO NRW. Diese Normen berechtigen und verpflichten ausschließlich die Träger der Kommunalverwaltung, so dass es sich um öffentliches Recht handelt und eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist.

Die Streitigkeit ist auch **nichtverfassungsrechtlicher Art** sein, da um einfachgesetzliche Normen, die nicht dem **Staatsverfassungsrecht** zuzurechnen sind, gestritten wird.

Des Weiteren fehlt auch eine ausdrückliche Zuweisung dieses Streites an ein anderes Gericht, so dass der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

2. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

Das Land Nordrhein-Westfalen ist als juristische Person des öffentlichen Rechts nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig.

3. Klageart

Für die Bestimmung der Klageart kommt es auf das **Begehren des Klägers** an, nämlich maßgebend darauf, ob sich sein Begehren auf die Aufhebung/den Erlass eines Verwaltungsaktes richtet oder ein schlicht-hoheitliches Handeln zum Gegenstand hat.

Hier geht es um die Anfechtung einer kommunalaufsichtlichen Verfügung. Fraglich ist, ob es sich hierbei um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG handelt. Problematisch ist hierbei das Merkmal der Außenwirkung.

Für die Frage derartiger Maßnahmen der Aufsichtsbehörde gegenüber einem Träger der Selbstverwaltung kommt es für die Frage der Außenwirkung darauf an, ob dieser in seinem Selbstverwaltungsrechts aus **Art. 28 II GG** betroffen ist. Zu dem Kernbereich

des geschützten **Selbstverwaltungsrechts** gehört aber auch die Regelung der eigenen Angelegenheiten der Gemeinden. Die Gemeinde steht der Aufsichtsbehörde hier also wie der Bürger dem Staat gegenüber, so dass **Außenwirkung** anzunehmen ist und damit ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG vorliegt. Richtige Klageart zum Vorgehen gegen die kommunalaufsichtliche Verfügung ist daher die **Anfechtungsklage** gem. § 42 I VwGO.

4. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Die Gemeinde muss auch gem. § 42 II VwGO klagebefugt sein, d.h. sie muss geltend machen, in eigenen Rechten verletzt zu sein, wobei eine solche Verletzung nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein darf. Dies ist nach der Adressatentheorie bei belastenden Verwaltungsakten ohne weiteres anzunehmen.

5. Erforderlichkeit eines Vorverfahrens

Grundsätzlich ist vor Erhebung der Verpflichtungsklage ein Vorverfahren durchzuführen, wie sich aus § 68 VwGO ergibt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn den Vorverfahren ausnahmsweise entbehrlich ist. Ein solcher Ausschluss ergibt sich aus § 68 I 2 VwGO i.V.m. § 126 GO, wonach bei **Anfechtung von Maßnahmen der Aufsichtsbehörden** ein **Vorverfahren entbehrlich** ist, wenn es sich um Aufsichtsmaßnahmen nach §§ 119 ff. GO handelt, was hier der Fall ist. Zudem ist das Vorverfahren nach § 6 I AG VwGO NW für Verwaltungsakte, die zwischen dem 01.11.2007 und dem 31.10.2012 ergehen, ohnehin ausgeschlossen. Es bedurfte daher keines Vorverfahrens.

II. Begründetheit der Klage

1. richtiger Klagegegner

Da der Landrat den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, stellt sich die Frage, ob das Land Nordrhein-Westfalen hier der richtige Klagegegner ist.

*„Zum 01.11.2011 ist der bis dahin geltende § 5 II 2 AG VwGO NRW entfallen (vgl. Art. 2 Nr. 28 des Gesetzes zur Modernisierung und Bereinigung von Justizgesetzen im Land Nordrhein-Westfalen, GV NRW S 30). Anfechtungsklagen und Rechtsschutzgesuche nach § 80 V 1 VwGO sind seitdem gegen die **Körperschaft** zu richten, **deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen** hat. Beklagter ist demnach hier das Land Nordrhein-Westfalen. Dieses ist in der vorliegenden Fallkonstellation der Rechtsträger des Landrats. Denn dieser hat die streitige Anordnung gemäß §§ 123 I, 120 I HS 1 GO NRW als untere staatliche Verwaltungsbehörde erlassen. Als solche ist der Landrat untere Landesbehörde (vgl. § 9 II LOG NRW), deren Rechtsträger das Land ist (vgl. §§ 1 I 1, 2 I LOG NRW); vgl. Brenner, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 78 Rn. 18; Meissner, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, 20. Ergänzungslieferung, München (Stand Mai 2010), § 78 Rn. 33 m.w.N.“ (OVG Münster aaO)*

2. Begründetheit der Klage

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die kommunalaufsichtliche Verfügung rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt.

a) Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die kommunalaufsichtliche Verfügung ist § 123 I GO NRW.

„Danach kann die Aufsichtsbehörde anordnen, dass die Gemeinde innerhalb einer bestimmten Frist das Erforderliche veranlasst, wenn sie die ihr kraft Gesetzes obliegenden Pflichten oder Aufgaben nicht erfüllt. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Rechtmäßigkeit einer derartigen Anordnung ist der Zeitpunkt, in der sie erlassen wird; vgl. OVG NRW, Beschluss vom 17.12.2008 - 15 B 1755/08 -, und Urteil vom 16. Juli 1991 - 15 A 2054/88 -, NWVBl. 1992, 58.“ (OVG Münster aaO)

b) formelle Rechtmäßigkeit

Der **Landrat** müsste für die Aufsicht über die Klägerin **zuständig** gewesen sein. Nach § 120 I GO führt die allgemeine Aufsicht über die kreisangehörigen Gemeinden der Landrat als untere staatliche Verwaltungsbehörde. Dies gilt aber nur, wenn nicht ein Fall des § 59 KrO NRW vorliegt, den § 120 I 2 GO NRW ausdrücklich unberührt lässt.

Da hier der Landrat als untere staatliche Verwaltungsbehörde im Rahmen der allgemeinen Kommunalaufsicht der Klägerin aufgegeben an, das Altpapier dem Kreis zu überlassen, könnte ein Interessenkonflikt gegeben sein, der sich aus der **Doppelfunktion des Landesrats** als untere staatliche Verwaltungsbehörde einerseits und als Organ des Kreises andererseits ergeben könnte. Hier könnte ein Fall des § 59 II 1 KrO NRW vorliegen.

*„Danach entscheidet die Aufsichtsbehörde dann anstelle des Landrates über eine nach § 59 I KrO NRW zu treffende Maßnahme der **allgemeinen Kommunalaufsicht** nach § 123 I GO NRW, wenn an der Entscheidung der **Kreis beteiligt** ist. Die Aufsichtsbehörde entscheidet auch darüber, ob ein solcher Fall vorliegt (vgl. zur Anwendbarkeit des § 59 II 1 KrO NRW auf alle Fälle des § 59 I 1 NRW: Held u. a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen II, 25. Ergänzungslieferung, Wiesbaden (Stand: Dezember 2010), § 59 KrO Anm. 4.1.“ (OVG Münster aaO)*

aa) Maßnahme im Rahmen der allgemeinen Kommunalaufsicht

*„Hier hat der Landrat als allgemeine Aufsichtsbehörde über die **kreisangehörigen** Gemeinden gehandelt. Denn die einzig in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen seiner angegriffenen Verfügung sind §§ 123 I, 120 I HS 1, 119 I GO NRW (vgl. bereits oben).“ (OVG Münster aaO)*

bb) Kreis als Beteiligter

Allerdings müsste der Kreis auch Beteiligter im Sinne von § 59 II 1 KrO NRW sein. Ob der Kreis Beteiligter ist, richtet sich danach, ob er Beteiligter nach § 13 VwVfG NRW sein kann. Sofern der Kreis nicht Verfahrenspartei gemäß § 13 I VwVfG NRW ist, kommt es nach § 13 II VwVfG NRW darauf an, ob seine rechtlichen Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können (Vgl. Held u. a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen II, 25. Ergänzungslieferung, Wiesbaden (Stand: Dezember 2010), § 59 KrO, Anm. 4.2 m.w.N.).

*„Dies ist hier offensichtlich der Fall, was sich bereits aus dem Tenor zu Ziffer 1 der angegriffenen Ordnungsverfügung ergibt. Danach soll die Klägerin das auf ihrem Gebiet aus privaten Haushalten eingesammelte Altpapier **gerade eben dem Beigeladenen** überlassen. Dadurch werden ersichtlich Rechte und Pflichten auch des Beigeladenen berührt. Eine **Interessenkollision** des Landrats, die § 59 II 1 KrO NRW zu vermeiden sucht, **liegt damit auf der Hand**.“ (OVG Münster aaO)*

cc) Ausschluss der Berufung auf die Interessenkollision

Möglicher Weise ist jedoch eine Berufung auf eine Interessenkollision nach § 59 II 2 KrO NRW ausgeschlossen.

*„Auf die Interessenkollision könnten sich die Klägerin und im Übrigen auch der Beigeladene allerdings nicht mehr berufen, wenn die **Bezirksregierung** als Aufsichtsbehörde gemäß § 59 II 2 KrO NRW **bestandskräftig darüber entschieden** hätte, dass **kein Kollisionsfall** vorliegt. Denn die Entscheidung der Bezirksregierung über die Frage der Interessenkollision ist ein **rechtsmittelfähiger feststellender Verwaltungsakt**. Ist dieser unanfechtbar, können sich die Beteiligten bei Anfechtung der eigentlichen Aufsichtsmaßnahme nicht mehr auf § 59 II 1 KrO NRW berufen; vgl. Held u. a., ebenda.“ (OVG Münster aaO)*

Fraglich ist daher, ob eine solche Entscheidung hier getroffen wurde.

*„Für eine bestandskräftige Entscheidung nach § 59 II 2 KrO NRW ist hier allerdings **nichts ersichtlich**. Der Beklagte trägt zwar vor, der Bezirksregierung E. sei der hier streitige Sachverhalt geschildert worden. Sie sei auch **um Stellungnahme gebeten** worden, ob sie eine Interessenkollision sehe. Dieses habe die Bezirksregierung E. indes verneint. Sie habe sich **nicht zu einer Entscheidung berufen gesehen**.“*

*Unter Berücksichtigung dieses Vortrags bleibt bereits **unklar**, ob die Bezirksregierung vorliegend überhaupt eine **rechtsförmige Entscheidung** im Sinne von § 59 II 2 KrO NRW getroffen hat. Vor allem ist weder vorgetragen (geschweige denn belegt) noch sonst ersichtlich, dass ein entsprechender Verwaltungsakt namentlich der **Klägerin gegenüber bekannt gegeben** worden ist. Das wäre aber gemäß § 43 I VwVfG NRW **Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen Entscheidung** der Klägerin gegenüber.“ (OVG Münster aaO)*

Der Landrat war demnach für den Erlass der Aufsichtsmaßnahme nicht zuständig. Die Entscheidung ist schon formell rechtswidrig. Die Klage ist demnach zulässig und begründet.

Kurzauslese I

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

BGB
§ 130 I

Empfangsboten Ehegatten

BGB

(BAG in DB 2011, 1696; Urteil vom 09.06.2011 – 6 AZR 687/09)

Nach der **Verkehrsanschauung** sind die **in einer gemeinsamen Wohnung lebenden Ehegatten füreinander grundsätzlich als Empfangsboten** anzusehen.

- I. Obwohl sich der **Begriff des Empfangsboten dem Gesetz nicht entnehmen lässt**, erkennt die Rspr. und die im Schrifttum **ganz h. M.** neben Empfangsvertretern (§ 164 III BGB) nicht nur rechtsgeschäftlich bestellte Empfangsboten an, sondern im Wege der **Rechtsfortbildung** grds. auch **Empfangsboten kraft Verkehrsanschauung**.

vgl. nur BGH NJW 1994, 2613; BSG NJW 2005, 1303; OLG Köln MDR 2006, 866; KR/Friedrich, 9. Aufl., § 4 KSchG Rn 106; APS/Ascheid/Hesse, 3. Aufl., § 4 KSchG Rn 64a und Rn 72; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, 8. Aufl., §§ 130 - 132 BGB Rn 14 und Rn 18; Thüsing/Laux/Lembke/Wiehe, KSchG, 2. Aufl., § 4 Rn 164; HaKo/Fiebig, 3. Aufl., Einleitung Rn 48; Stahlhake/Preis, 10. Aufl., Rn 130; Schwarze/Eylert/Schrader, KSchG, Einleitung Rn 42; ErfK/Müller-Glöße, 11. Aufl., § 620 BGB Rn 55; DFL/Löwisch, 3. Aufl., § 130 BGB Rn 4; MüKo-BGB/Einsele, 5. Aufl., § 130 Rn 25; Palandt/Ellenberger, 70. Aufl., § 130 Rn 9; Larenz/Wolf, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., § 26 Rn 41; Medicus, Allg. Teil des BGB, 10. Aufl., § 22 Rn 285 f.; Sandmann AcP 199 [1999], 455 ff.; Schwarz NJW 1994, 891; Jousen Jura 2003, 577; Herbert NZA 1994, 391; a. A. Staudinger/Singer/Benedict, 2004, § 130 Rn 58

Soweit Rspr. und Schrifttum dem Adressaten auf der Grundlage der Verkehrsanschauung Empfangsboten zuordnen, wird die **Empfangsbotenstellung aus der gesetzlichen Wertung in § 130 BGB abgeleitet**, aus der sich die Grundsätze für die Risikoverteilung beim Zugang von Willenserklärungen ergeben (BAG EzA BGB § 130 Nr. 7; Sandmann AcP 199 [1999], 455; Schwarz NJW 1994, 891).

1. Danach wird eine **angemessene Verteilung des Übermittlungsrisikos** erreicht, wenn der Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung angenommen wird, sobald diese so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis nehmen kann. Diese Formel ist auch Grundlage, wenn die Erklärung einem nach der Verkehrsanschauung als ermächtigt geltenden Empfangsboten übermittelt wird.
2. Ebenso wie der Adressat dafür Sorge zu tragen habe, dass er von Erklärungen, die in seinen Machtbereich gelangt sind, Kenntnis erhält, könne er sich nicht auf seine Unkenntnis berufen, wenn solche Erklärungen an Personen übergeben werden, die regelmäßig Kontakt zu seinem Machtbereich haben und auch aufgrund ihrer Reife und Fähigkeiten geeignet erscheinen, Erklärungen an ihn weiterzuleiten (MüKo-BGB/Einsele, 5. Aufl., § 130 Rn 25; Sandmann AcP 199 [1999], 455).
3. Allerdings ist der **Begriff des Machtbereichs des Empfängers nicht eindeutig**. Dies gilt auch dann, wenn unter Machtbereich der **gewöhnliche räumlich-gegenständliche Zugriffsbereich oder Lebensbereich des Empfängers** verstanden wird.

*„Denn die Eigenschaft, Empfangsbote sein zu können, hängt nicht nur von einer auf eine gewisse Dauer angelegten räumlichen Beziehung zum Adressaten ab, sondern darüber hinaus auch von einer **persönlichen oder vertraglichen Beziehung zum Adressaten** (Herbert NZA 1994, 391, 392; Jousen Jura 2003, 577, 578). Ob diese Beziehungen eng genug sind, damit eine Person nach der Verkehrsanschauung als Empfangsbote gilt, mag im Einzelfall zweifelhaft sein, zumal die Verkehrsanschauung einem ständigen Wandel unterliegt.“ (BAG aaO)*

- II. Wenn auch über die Kriterien und Details, die nach der Verkehrsanschauung die Empfangsbotenstellung begründen oder ausschließen, keine völlige Einigkeit besteht, decken sich doch Rspr. und der ganz überwiegende Teil des Schrifttums in einem gewissen **Kernbereich**: Danach werden **in einer gemeinsamen Wohnung lebende Ehegatten füreinander grds. als Empfangsboten angesehen** (BGH NJW 1994, 2613; Jousen Jura 2003, 577, 578; Sandmann AcP 199 [1999], 455; MüKo-BGB/Einsele, 5. Aufl., § 130 Rn 25; Herbert NZA 1994, 391). Diese **Verkehrsanschauung beruht auf der Lebenserfahrung**, dass in aller Regel ohne weiteres davon auszugehen ist, dass die für einen Ehepartner bestimmte Erklärung durch Aushändigung an den anderen so in dessen Macht- und Zugriffsbereich gelangt, dass er von der Erklärung Kenntnis nehmen kann (BGH aaO).

- II. Die Annahme, dass in einer gemeinsamen Wohnung lebende Ehegatten grds. füreinander Empfangsboten sind, **verstößt auch nicht gegen Art. 6 I GG**, denn **Ehegatten werden dadurch** gegenüber Lebenspartnern oder unverheiratet zusammen lebenden Partnern **nicht benachteiligt**.

„Das Argument trägt schon deshalb nicht, weil nach der Verkehrsanschauung auch die in der Wohnung des Empfängers lebenden erwachsenen Haushaltsmitglieder (MüKo-BGB/Einsele, 5. Aufl., § 130 Rn 25; Herbert NZA 1994, 391), insbes. Lebenspartner und Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, als Empfangsboten gelten (Jousen Jura 2003, 577, 578).“ (BAG aaO)

BGB
§ 652

Maklerhonoraranspruch
besteht unabhängig vom Vollzug des Grundstückkaufvertrags
(OLG Koblenz in MDR 2011, 777; Beschluss vom 04.03.2011 – 2 U 335/10)

BGB

Die **Entstehung des Maklerhonoraranspruchs** ist nicht davon abhängig, dass der **Grundstückkaufvertrag** auch tatsächlich **vollständig vollzogen**, insbes. der **Kaufpreis gezahlt** wird.

„Der **Abschluss des notariellen Kaufvertrages** beruhte **ursächlich auf der Vermittlungs- bzw. Nachweistätigkeit** des KI. Die **Entstehung des Maklerhonoraranspruchs** ist nicht davon abhängig, dass der **Grundstückkaufvertrag** auch **vollständig vollzogen**, insbes. der **Kaufpreis gezahlt** wird. Der **Makler nimmt nicht teil an denjenigen Risiken**, die aus der **Durchführung oder Erfüllung des Vertrages** folgen (BGHZ 66, 270; BGH WM 1974, 257; Bamberger/Roth/Kotzian-Marggraf, BeckOK, 18. Edition, Stand 01.05.2009, § 652 Rn 33). Ohne Belang ist, dass die **Bekl. und der Käufer** den Kaufvertrag **einvernehmlich aufgehoben** haben. Dies führt zwar zum **nachträglichen Wegfall des Kaufvertrages**, lässt aber die **Ansprüche** aus dem **Maklervertrag unberührt**, sofern im **Maklervertrag nicht anderes vereinbart** wurde (BGH NJW-RR 1993, 248; BGH NJW-RR 2002, 50; Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl., § 652 Rn 39; Bamberger/Roth/Kotzian-Marggraf aaO).“ (OLG Koblenz aaO)

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§§ 22, 244 I Nr. 2, 244a I

Bandentat
Voraussetzungen
(BGH in StV 2011, 410; Beschluss vom 01.02.2011 – 3 StR 432/10)

StGB

Voraussetzung für die Annahme einer **Bandentat nach §§ 244 I Nr. 2, 244a I StGB** ist neben der **Mitwirkung eines weiteren Bandenmitglieds**, dass die **Einzeltat Ausfluss der Bandenabrede** ist und nicht losgelöst davon **ausschließlich im eigenen Interesse** der unmittelbar an dem **Diebstahl beteiligten Bandenmitglieder** ausgeführt wird.

- I. Allein der Umstand, dass sich die Täter schon vor ihrer gemeinsam begangenen Tat mit Dritten zu einer Bande mit dem Zweck der Begehung von Einbruchsdiebstählen zusammengeschlossen hatten, führt nicht ohne weiteres dazu, dass alle nachfolgenden Einbruchstaten eines Bandenmitglieds als bandenmäßig begangen einzustufen sind; dies gilt auch dann, wenn an der jeweiligen Tat ein weiteres Bandenmitglied beteiligt war.

„Zwar kann nach **vorheriger Bandenabrede** eine von nur zwei Mitgliedern verübte Diebstahlstat als **Bandentat** zu qualifizieren sein; denn das für das Vorliegen einer Bande erforderliche dritte Mitglied muss nicht in die konkrete Tatbegehung eingebunden sein (BGH NSTZ 2006, 342). Voraussetzung für die Annahme einer **Bandentat** nach § 244 I Nr. 2, § 244a I StGB ist neben der **Mitwirkung eines weiteren Bandenmitglieds** aber, dass die **Einzeltat Ausfluss der Bandenabrede** ist und **nicht losgelöst davon ausschließlich im eigenen Interesse** der **unmittelbar an dem Diebstahl beteiligten Bandenmitglieder** ausgeführt wird.“ (BGH aaO)

- II. Eine **allgemeine**, im Rahmen der Bandenabrede erteilte **Unterstützungszusage**, z.B. bei Einbruchsdiebstählen erbeutete Tresore zu öffnen, **begründet nicht** ohne weiteres eine **Beteiligung an der ausgeführten Bandentat**.

„Denn die **Bandenabrede lässt die allgemeinen Regeln über die Tatbeteiligung unberührt**, mithin sind **Bandenmitgliedschaft und Beteiligung an Bandentaten unabhängig voneinander** zu beurteilen (BGH NSTZ-RR 2003, 265).

Denkbar ist aufgrund der im Vorfeld getätigten **allgemeinen Unterstützungszusage** zunächst eine **Strafbarkeit** wegen (psychischer) **Beihilfe**, sofern das **Versprechen die tatusführenden [Bandenmitglieder] psychisch in ihrem Einbruchsvorhaben bestärkte**, die **Tathandlung oder den Erfolgseintritt mindestens erleichterte oder förderte** und die **subjektiven Voraussetzungen der Beihilfe bei dem Angeklagten Sch. vorlagen**. Im Einzelfall können rein psychische **Unterstützungshandlungen** allerdings auch einen **mittäterschaftlichen Tatbeitrag** begründen (BGHSt 16, 12).“ (BGH aaO)

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 253

Erpressung
erzwungener Verzicht einer Prostituierten auf Entgeltzahlung
(BGH in NSTZ 2011, 278; Beschluss vom 18.01.2011 – 3 StR 467/10)

StGB

Eine **Prostituierte erwirbt** für die Vornahme sexueller Handlungen nach § 1 I ProstG **nur dann eine rechtswirksame Forderung**, wenn die **Leistung in Erwartung der Zahlung des zuvor vereinbarten Entgelts erbracht** worden ist. Demgemäß kommt die **Erpressung einer Prostituierten** in der Form, dass ihr der **Verzicht auf das vereinbarte Entgelt** abgenötigt wird, **erst dann** in Betracht, wenn die **abgesprochene sexuelle Handlung einvernehmlich vorgenommen** worden ist.

Der **abgepresste Verzicht auf Geltendmachung einer (Schadenersatz-) Forderung** für eine von vornherein erzwungene sexuelle Dienstleistung dürfte hingegen wegen der gemeinhin **fehlenden wirtschaftlichen Werthaltigkeit** dieses Anspruchs der Prostituierten **keine Erpressung** darstellen.

„Wird eine **Prostituierte zur Vornahme sexueller Handlungen gezwungen**, so erwachsen ihr hieraus, wie jedem Opfer einer **sexuellen Nötigung oder Vergewaltigung**, **Ansprüche auf Ersatz des ihr durch die Tat entstandenen materiellen und immateriellen Schadens** (§ 823 I, II 1 BGB i.V.m. § 177 StGB, §§ 249, 253 BGB). **Dienstvertragliche Ansprüche werden hierdurch nicht begründet**. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Täter zunächst das **Vertrauen der Prostituierten** dadurch erschleicht, dass er sich als **normaler Freier** ausgibt und **Zahlungsbereitschaft vortäuscht**.

Aus § 1 S. 1 ProstG ergibt sich nichts **Gegenteiliges**: Nach dieser **Bestimmung erwirbt eine Prostituierte nur dann eine rechtswirksame Forderung**, wenn die **sexuellen Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen** worden sind. Sie ist **Ausnahmsvorschrift zu § 138 I BGB** und bestimmt die **Wirksamkeit des Anspruchs der Prostituierten auf das vereinbarte Entgelt trotz Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts**. **Zur Anwendbarkeit weitergehender allgemeiner Regelungen des Dienstvertragsrechts**, wie § 612 I und II BGB, **führt die Vorschrift nicht**. Demgemäß kommt die **Erpressung einer Prostituierten** in der Form, dass ihr der **Verzicht auf das vereinbarte Entgelt** abgenötigt wird, **erst dann** in Betracht, wenn die **abgesprochene sexuelle Handlung einvernehmlich vorgenommen** worden ist.

Dies war hier ersichtlich nicht der Fall; denn die Geschädigte hat die Manipulationen am Geschlechtsteil des Angekl. nicht einvernehmlich in der Erwartung einer zugesagten Entlohnung vorgenommen, sondern wurde hierzu gegen ihren Willen gezwungen.“ (BGH aaO)

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Betrug** StGB
 § 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1 „Hausverlosung“ im Internet
 (BGH in NJW 2011, 1825; Beschluss vom 15.03.2011 – 1 StR 529/10)

Versichert der Veranstalter eines Gewinnspiels (hier: Quiz und anschließende Verlosung eines Wohnhauses als Hauptgewinn) auf seiner Internetseite die **rechtliche Zulässigkeit der Veranstaltung** und ist ihm bekannt, dass die **Rechtslage zumindest „unklar“** und daher mit einer aufsichtsbehördlichen Untersagung des Gewinnspiels zu rechnen ist, ist in der Versicherung eine **betrugsrelevante Täuschungshandlung** zu sehen (hier: mit der Folge irtumsbedingt geleisteter Spieleinsätze und dadurch bewirkter Vermögensschäden auf Seiten der Spielteilnehmer).

I. Durch die **wahrheitswidrigen Angaben** auf seiner Internetseite rief der Angekl. bei den Spielteilnehmern die **Fehlvorstellung** hervor, dass er die **Rechtslage bzgl. der Zulässigkeit des** von ihm angebotenen **Gewinnspiels abschließend geklärt** habe und dass seinem Vorhaben von Seiten der zuständigen Behörden **keine rechtlichen Bedenken** entgegenstünden.

„Eine solche Klärung der Rechtslage war vor Aufnahme des Spielbetriebs aber gerade nicht erfolgt. Auf Grund des vorangegangenen Schriftverkehrs mit den Behörden, die den Angekl. mehrfach auf ihre rechtlichen Zweifel an der Zulässigkeit des Gewinnspiels hingewiesen hatten, und der von ihm eingeholten Auskünfte von Rechtsanwälten, die die Rechtslage ebenfalls als „unklar“ bezeichnet und ein weiteres Vorgehen nur im Einvernehmen mit den Behörden angemahnt hatten, musste er vielmehr damit rechnen, dass ihm die weitere Durchführung seines Vorhabens einschließlich der Verlosung der von ihm als Hauptgewinn ausgelobten Immobilie umgehend untersagt werden wird, wie dies dann auch tatsächlich geschehen ist.“ (BGH aaO)

II. Im **Vertrauen auf diese Zusicherung** des Angekl. erbrachten die Teilnehmer ihre **Spieleinsätze** und erlitten insoweit auch einen **Vermögensschaden**.

„Die **Gegenleistung** des Angekl. **blieb infolge der drohenden Untersagung des Gewinnspiels hinter der vertraglich geschuldeten Leistung zurück**, denn der Angekl. war grds. weder willens noch in der Lage, den überwiegenden Teil der vereinnahmten Gelder, den er schon für eigene Zwecke verbraucht hatte, im Fall einer vorzeitigen zwangsweisen Einstellung des Spielbetriebs durch die Behörden an die Spielteilnehmer zurückzuzahlen (vgl. BGHSt 8, 289 = NJW 1956, 231). Dass er einen geringen Teil der Einsätze an einige der Spielteilnehmer – die ihm z. T. mit einer Strafanzeige gedroht hatten – zurückerstattet hat, steht dabei der Annahme eines Betrugsschadens nicht entgegen (BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330). Das LG hat die Teilrückzahlung zu Recht als bloße Schadenswiedergutmachung gewertet und bei der Strafzumessung berücksichtigt.“ (BGH aaO)

III. Schließlich ist auch der erforderliche **Vorsatz** zu bejahen.

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG **Versammlungsrecht** StGB
 Art. 8 **als Gegendemonstration veranstaltete Zusammenkunft**
 (BVerfG in BayVBl 2011, 368; Beschluss vom 10.12.2010 – 1 BvR 1402/06)

Die **Versammlungsfreiheit schützt Versammlungen und Aufzüge** – im Unterschied zu bloßen Ansammlungen oder Volksbelustigungen – als **Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung**. Dieser Schutz ist **nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens** bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen. Daher **gehört auch eine als Gegendemonstration veranstaltete Zusammenkunft dazu**, denn hierbei geht es darum, dass die Teilnehmer nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umgangs miteinander oder die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen.

„Das AG hat bei der Prüfung des **Versammlungscharakters der Zusammenkunft nicht berücksichtigt, dass diese inhaltlich auf das Versammlungsmotto der angemeldeten Demonstration bezogen war**. Der Bf. und die anderen Mitglieder der Gruppe wollten mit der Zusammenkunft „Gesicht zeigen“ und sich gegen die Aussage des von der angemeldeten Demonstration ausgerufenen Mottos stellen. Die Anwesenheit der von auswärts angereisten Gruppe zu diesem Zeitpunkt an diesem Ort war erkennbar **geprägt von dem Willen der Auseinandersetzung mit dem politischen Gegner**. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Gruppe, die auf Grund der kurz geschorenen Haare und der szenetypischen Aufmachung vom **objektiven Empfängerhorizont** aus betrachtet als dem rechtsradikalen Spektrum angehörend identifizierbar war und als solche von den Polizeikräften auch identifiziert wurde, in zeitlicher und örtlicher Nähe zu der ausdrücklich linksgerichteten – der zweite Teil des Mottos lautete: „Linke Freiräume schaffen“ – Versammlung postierte, nämlich an einer Straße entlang der Demonstrationsroute, kurz bevor sich die angemeldete Demonstration in Bewegung setzte.

Die Versagung der Versammlungseigenschaft kann das AG verfassungsrechtlich tragfähig nicht darauf stützen, dass nach dem Willen der Gruppe weder mit den Teilnehmern der angemeldeten Demonstration noch mit der Öffentlichkeit eine verbale Kommunikation stattfinden sollte: Ein **kollektiver Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung kann auch nonverbal, durch schlüssiges Verhalten** wie bspw. durch einen Schweigemarsch, geäußert werden. Die Gruppe wollte mit ihrer Zusammenkunft ein **Gegenbild zu der von der angemeldeten Demonstration propagierten Lebenswirklichkeit** entwerfen. Überdies lautete der erste Teil des Mottos der angemeldeten Demonstration „Keine schweigenden Provinzen“. Angesichts dieser Umstände hätte das AG sich damit auseinandersetzen müssen, dass der physischen Präsenz in einer die gegenteilige politische Ausrichtung zu erkennen gebenden Aufmachung gepaart mit dem Schweigen der Gruppe hier naheliegenderweise eine **eigenständige Aussage** zukommen kann. Sofern sich der von der Gruppe geleistete Beitrag zu der öffentlichen Meinungsbildung darin erschöpfte, Ablehnung gegenüber dem von der angemeldeten Demonstration proklamierten Versammlungsmotto zu bekunden, wäre dies unschädlich, da es **auf die Wertigkeit der geäußerten Meinung nicht ankommt**.“ (BVerfG aaO)

Dienstzeit
An- und Ausziehen einer Dienstuniform
(OVG Münster in NWVBI 2011, 226; Urteil vom 02.12.2010 – 6 A 1546/10)

Die **Zeit**, die für das **An- und Ablegen der Polizeiuniform in der Dienststelle** erforderlich ist, ist **keine Arbeitszeit i. S. v. § 1 AZVOPol**.

- I. Unmittelbare normative Anknüpfungspunkte für die Beantwortung der Frage, ob die Zeit, die für das An- und Ablegen der Polizeiuniform in der Dienststelle erforderlich ist, Arbeitszeit i. S. v. § 1 AZVOPol ist, fehlen. Das **Beamtengesetz** für das Land Nordrhein-Westfalen (vgl. §§ 78, 187 LBG NRW a. F. bzw. §§ 60, 111 LBG NRW) **regelt diese Frage nicht**. Die **AZVOPol** sieht lediglich vor, dass die **Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit grds. 41 Stunden in der Woche** beträgt (vgl. § 1 I HS 1 AZVOPol).
- II. **Mangels spezialgesetzlicher Regelung ist daher das beamtenrechtliche Dienst- und Treueverhältnis rechtlicher Ausgangspunkt für die Beantwortung der hier streitigen Frage**. Das Beamtenverhältnis ist dadurch geprägt, dass es als ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis (vgl. Art. 33 IV u. V GG) die Beteiligten wechselseitig und umfassend in Anspruch nimmt.

„Das Erfordernis einer Interessenbewertung kommt im Kern auch in der Rspr. des BVerwG, etwa zur Rufbereitschaft zum Ausdruck: Hiernach leistet ein Beamter Dienst, der auf die Arbeitszeit anzurechnen ist, wenn er Aufgaben des ihm übertragenen Amtes im konkret-funktionellen Sinne erfüllt oder eine ihm vorgegebene Tätigkeit verrichtet, die im Zusammenhang mit diesen Aufgaben steht und ihn in seiner Aufmerksamkeit und Dispositionsfreiheit so erheblich in Anspruch nimmt, dass sie der Erfüllung dieser Aufgaben gleich zu achten ist (vgl. BVerwG Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 17; BVerwG ZBR 1987, 275; BVerwG ZBR 1983, 126; BVerwG ZBR 1982, 247).

Für die nach diesen Maßgaben hier vorzunehmende Interessenbewertung sind insbes. folgende Aspekte von Relevanz:

Das An- und Ablegen der Polizeiuniform ist nicht nur der Interessensphäre des Dienstherrn, sondern auch der Interessensphäre des Beamten zuzuordnen. Er hat die Möglichkeit, die Uniform bereits zu Hause anzulegen und auf dem Weg zur Dienststelle zu tragen. Der Uniform tragende Beamte ist auch nicht verpflichtet, auf dem Weg zu bzw. von der Dienststelle die Pistole mitzuführen. Macht der Beamte von der Möglichkeit, die Uniform bereits zu Hause anzulegen, Gebrauch, erspart er sich das Anlegen der ansonsten üblichen Zivilbekleidung und damit eine Handlung, die allein seiner Interessensphäre zuzurechnen ist.

Diese Option verliert im Rahmen der Interessenbewertung nicht an Gewicht, weil der Dienstherr das Tragen der Uniform auf dem Weg zu und von der Dienststelle mit Blick darauf befürwortet, dass die Anzahl von uniformierten Beamten in der Öffentlichkeit und damit das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung steigt. Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang in Rechnung zu stellen, dass uniformierte Polizeivollzugsbeamte öffentliche Verkehrsmittel kostenfrei nutzen können.

Es ist den Beamten auch nicht unzumutbar, auf dem Weg zu und von der Dienststelle die Polizeiuniform zu tragen. Soweit der uniformierte Beamte, wenn er den Weg zu und von der Dienststelle mittels öffentlicher Verkehrsmittel zurücklegt, dort von Mitreisenden um Hilfe gebeten wird oder u. U. in Einsatzsituationen gerät, handelt es sich um Anforderungen, deren Erfüllung von einem Polizeivollzugsbeamten im Rahmen seines umfassenden Dienst- und Treueverhältnisses auch außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit erwartet werden kann.

Zudem greift das An- und Ablegen der Polizeiuniform vor Schichtbeginn bzw. nach Schichtende nur geringfügig in die individuelle Lebensführung des Beamten ein. Das alltägliche und gewohnheitsmäßige An- und Ablegen der Uniform beansprucht ihn nicht mehr als das An- und Ablegen von Zivilbekleidung und damit nur in geringem Maße.

Hat das beklagte Land die Zeit, die für das An- und Ablegen der Polizeiuniform erforderlich ist, nach dieser Interessenbewertung nicht als Arbeitszeit i. S. v. § 1 AZVOPol anzuerkennen, gilt dies auch dann, wenn der Beamte es vorzieht, die Uniform nicht zu Hause, sondern in der Dienststelle an- und abzulegen.“ (OVG Münster aaO)

- III. Dieses Ergebnis ist auch mit dem **Gebot der Gleichbehandlung aus Art. 3 I GG** vereinbar.

*„Dass das beklagte Land etwa Beamten, die im Rahmen ihres Wach- und Wechseldienstes Krad- oder Fahrradstreifen durchführen, zubilligt, die hierfür erforderliche Kleidung während der jeweiligen Schicht an- und abzulegen, steht dem nicht entgegen, weil es sich um Sachverhalte handelt, die mit dem diesem Klageverfahren zu Grunde liegenden Sachverhalt nicht vergleichbar sind. Für die Durchführung von Krad- und Fahrradstreifen ist es notwendig, **anstelle der üblichen Polizeiuniform eine besondere Sicherheits- und Schutzkleidung anzulegen**, die wegen ihrer spezifischen Funktionalität im Gegensatz zur Polizeiuniform für anderweitige Verrichtungen - nicht zuletzt für den Dienst in der Wache - im Wesentlichen ungeeignet ist.*

*Mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist es auch unerheblich, dass der Dienst eines nicht im Wach- und Wechseldienst tätigen Polizeivollzugsbeamten mit dem Betätigen des Zeiterfassungsgeräts **beim Betreten bzw. Verlassen des Dienstgebäudes beginnt bzw. endet** und das beklagte Land ihm zugesteht, die Uniform während des Dienstes an- und abzulegen: Die nicht im Wechseldienst tätigen Polizeivollzugsbeamten unterliegen **anderen Arbeitszeitregelungen**. U. a. ist ihre tägliche Arbeitszeit durch eine Pause von wenigstens einer halben Stunde zu unterbrechen. Diese Pause wird nicht auf die Arbeitszeit angerechnet (vgl. § 7 AZVOPol). Hingegen werden den Polizeivollzugsbeamten im Wach- und Wechseldienst Pausenzeiten während der Schicht zubilligt, die bei der Ermittlung der geleisteten bzw. zu leistenden Arbeitszeit zu ihren Gunsten unberücksichtigt bleiben. Dahinstehen kann vor diesem Hintergrund, ob das beklagte Land verpflichtet ist, den nicht im Wechseldienst tätigen Beamten zu gestatten, die Uniform während des Dienstes an- und abzulegen.“ (OVG Münster aaO)*

Das **Rauchverbot aus Art. 2 Nr. 8, Art. 3 I Bay GSG** (Bayerisches Gesundheitsschutzgesetz) **gilt auch in Diskotheken**.

I. Dies ergibt sich bereits aus der **Gesetzesbegründung**.

„Der bay. Gesetzgeber [fügte] mit dem Änderungsgesetz v. 27.07.2009 (GVBl S. 384) eigens eine Sondervorschrift für Diskotheken an, nach der das Rauchen in einem Nebenraum zulässig war (Art. 6 I 3 GSG a. F.; vgl. hierzu auch BayVerfGH BayVBl 2010, 658).

Ebenso ist der Gesetzesbegründung zum GSG, mit der das strikte Rauchverbot in Gaststätten eingeführt wurde, zweifelsfrei zu entnehmen, dass **unter den Begriff der Gaststätte i. S.v. Art. 2 Nr. 8 GSG auch Diskotheken fallen** (vgl. LT-Drs. 15/8603). Denn dort ist bereits in der Einleitung von „Gaststätten einschl. der Diskotheken“ die Rede und in der Begründung zum Entwurf von Art. 2 Nr. 8 GSG heißt es ausdrücklich: „Zu den Gaststätten i. S.d. GastG zählen alle Speise- und Schankwirtschaften einschl. der Betriebe des Reisegewerbes und der Diskotheken...“. Der bay. Gesetzgeber wollte somit die Diskotheken ersichtlich nicht vom strikten Rauchverbot gem. Art. 3 I GSG ausnehmen.“ (VGH München aaO)

II. Auch das **Argument**, bei einer Diskothek handele es sich um eine „echte geschlossene Gesellschaft“, **vermag nicht zu überzeugen**.

„Der Umstand, dass der Ast. nach seinem Vorbringen namentliche **Mitgliederlisten** führt, **Eingangskontrollen** existieren und die **Mitgliederzahl beschränkt** ist, führt nicht automatisch dazu, den Kundenkreis seines Lokals als echte geschlossene Gesellschaft zu qualifizieren. Denn abgesehen davon, dass dieser Begriff ohnehin nicht im Gesetz selbst, sondern nur in den Vollzugsbekanntmachungen auftaucht, sind hiermit **in erster Linie private Veranstaltungen im Familien- und Bekanntenkreis gemeint**, nicht aber Veranstaltungen in einem Teilnehmerkreis, der sich über den Besuch einer bestimmten Gaststätte oder Diskothek definiert. Obwohl er dies nachhaltig bestreitet, legt die vom Ast. dargestellte **Clubstruktur** letztlich die Annahme nahe, dass es sich hierbei im Wesentlichen um einen sog. **Raucherclub** handelt. **Diese Form von Gaststätten**, die sich zur Umgehung des mit dem GSG eingeführten Rauchverbots in der Gastronomie eingebürgert hatte, **wollte der bay. Gesetzgeber jedoch mit der Neufassung durch das GSG gerade verhindern**.“ (VGH München aaO)

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

Bay GSG

Rauchverbot

öffR

Art. 2 Nr. 8, 3 I

Geltungsbereich umfasst Spielhalle

(VGH München in BayVBl 2011, 471; Beschluss vom 10.02.2011 – 9 CE 10.3177)

Das **Rauchverbot** aus Art. 2 Nr. 8, Art. 3 I Bay GSG gilt auch in Spielhallen.

I. Sofern **in einer Spielhalle** – jedenfalls als Nebenzweck – eine **Gaststätte betrieben** wird, unterfällt sie bereits der **gaststättenspezifischen Regelung in Art. 2 Nr. 8 GSG**, wonach das Gesetz (ausnahmslos) auf Gaststätten i. S.d. GastG Anwendung findet. Auf die Frage der gaststättenrechtl. Erlaubnispflicht (§ 2 I GastG) oder Erlaubnisfreiheit (§ 2 II GastG) kommt es insoweit ebenso wenig an wie auf die konkrete gaststättenrechtl. Betriebsart.

II. Aber auch wenn kein derartiger gemischter Betrieb vorliegt, gilt für Spielhallen ein striktes Rauchverbot (vgl. Art. 3 I 1, Art. 6 I 2 GSG), weil sie zu den **Kultur- und Freizeiteinrichtungen i. S.d. Art. 2 Nr. 6 GSG** zählen.

„Kultur- und teilweise auch Freizeiteinrichtungen gehören in fast allen Bundesländern zu den von den landesrechtl. Nichtraucherschutzgesetzen erfassten Einrichtungen. Legal definiert werden sie dabei meist als **Einrichtungen, die der Bewahrung, Vermittlung, Aufführung und Ausstellung künstlerischer, unterhaltender, freizeitgestaltender oder historischer Inhalte oder Werke dienen**, unabhängig von ihrer Trägerschaft (vgl. § 2 Nr. 5 NiSchG NRW; § 3 III NRSRG Berlin). Als Beispiele für derartige Einrichtungen werden insbes. Theater, Kinos, Museen, Galerien, Spielbanken und Spielhallen genannt.

Diesem Verständnis entspricht auch der Begriff der Kultur- und Freizeiteinrichtungen in **Art. 2 Nr. 6 GSG**: Nach dessen Wortlaut sind Freizeiteinrichtungen „Einrichtungen, die ... der Freizeitgestaltung dienen, soweit sie öffentl. zugänglich sind“. Mit diesem weit gefassten Oberbegriff wollte der Gesetzgeber zusätzlich zu den in dieser Vorschrift genannten Kultureinrichtungen sonstige Einrichtungen erfassen, die über den kulturellen Bereich hinaus der Freizeitgestaltung dienen, wobei als Beispiel hierfür – wenn auch nur in den Gesetzesmaterialien – explizit Spielhallen genannt werden.

Auch die **Begründung zum Gesetzentwurf** der Staatsreg. zur Änd. des GSG v. 27.07.2009 zählt gewerbliche Spielhallen ersichtlich zu den Freizeiteinrichtungen i. S. d. Art. 2 Nr. 6 GSG (vgl. LT-Drs. 16/954 S. 4).

Nach all dem unterliegt es keinem Zweifel, dass Spielhallen – wie auch Spielbanken oder Spielcasinos – Freizeiteinrichtungen i. S.d. Art. 2 Nr. 6 GSG sind, auch wenn der in den Materialien genannte **gesetzgeberische Wille** weder in der beispielhaften („insbesondere“) Aufzählung der Kultur- und Freizeiteinrichtungen in Art. 2 Nr. 6 GSG noch im Wortlaut einer anderen Vorschrift des Gesetzes (wie z. B. in Sachsen und Thüringen, vgl. § 2 II Nr. 10 SächsNSG; § 2 Nr. 12 ThürNRSchutzG) zum Ausdruck kommt.“ (VGH München aaO)

III. Auch die **Argumentation**, wonach die Anwendbarkeit des GSG ausscheide, weil **Spielhallen als Vergnügungsstätten in allen maßgeblichen Rechtsgebieten** (Bauplanungsrecht, Gewerberecht, Abgabenrecht, Jugendschutzrecht) **gesondert behandelt** würden und daher mit den im Gesetz beispielhaft genannten Einrichtungen nicht vergleichbar seien, **ist nach VGH München aaO zurückzuweisen**, da insoweit bereits die **unterschiedliche Zielsetzung des GSG im Vergleich zu anderen rechtl. geregelten Bereichen** verkannt werde.

„**Spielhallen sind auf die Benutzung durch die Öffentlichkeit angelegt und angewiesen**. Sie sind damit **ihrem Wesen nach i. S.d. Art. 2 Nr. 6 GSG öffentlich zugänglich**. Die öffentliche Zugänglichkeit entfällt auch nicht dadurch, dass die Spielhalle unter dem Etikett eines sog. „Raucherclubs“ als nur Rauchern zugängl. Spielhalle betrieben wird und für die Mitgliedschaft in diesem Club sowie den Zutritt zur Spielhalle – der Form nach – bestimmte Anforderungen einzuhalten sind (vgl. insoweit z. B. Rundschreiben Nr. 12/2010 des Bay. Automatenverbandes v. 05.08.2010).

Schon die **Entstehungsgeschichte des Gesetzes** zeigt, dass das Erfordernis der öffentlichen Zugänglichkeit in Art. 2 Nr. 6 GSG nicht gleichzusetzen ist mit dem Begriff der „jedermann“ zugänglichen Kultur- und Freizeiteinrichtung. Der eigenständige Begriff „öffentlich zugänglich“ steht vielmehr – wie im allgemeinen Sprachgebrauch – im Gegensatz zu „privat“ oder „persönlich“, so dass auch Kultur- und Freizeiteinrichtungen, die zwar nicht jedermann, aber jedenfalls „bestimmten Personenkreisen“ zugänglich sind, vom Anwendungsbereich des GSG erfasst werden.“ (VGH München aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtZPO
§ 233**Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**
richterliche Fürsorgepflicht bei fehlgeleiteter Berufungsschrift
(BGH in NJW 2011, 2053; Beschluss vom 20.04.2011 - VII ZB 78/09)

ZPO

1. Kann der Vorsitzende des Berufungsgerichts anlässlich der Aktenvorlage zur Vornahme prozessleitender Verfügungen **ohne Weiteres und einwandfrei erkennen**, dass die **örtliche Zuständigkeit** des Berufungsgerichts **unter keinem Gesichtspunkt eröffnet** ist und veranlasst er gleichwohl nicht die noch rechtzeitig mögliche Einlegung der Berufung beim zuständigen Berufungsgericht, ist der **Anspruch** des Rechtsmittelführers **auf ein faires Verfahren verletzt**.
2. Ein Verschulden der Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten (§ 85 II ZPO) an der Fristversäumung wirkt sich dann nicht mehr aus, so dass der Partei Wiedereinsetzung zu gewähren ist.

Fall: Das der Klage überwiegend stattgebende Urteil des AG ist den Prozessbevollmächtigten der Bekl. am 05.11.2008 zugestellt worden. Der Berufungsschriftsatz vom 24.11.2008 ist am 25.11.2008 beim LG S. eingegangen. In der Berufungsschrift ist das in erster Instanz tätige AG C. dreimal namentlich genannt. Zudem ist das Ersturteil als Anlage beigefügt gewesen. Zuständig für Berufungen gegen Urteile des AG C. ist das LG T. Am 26.11.2008 wurden der Kl. Abschrift der Berufungsschrift erteilt und die Akten beim AG C. angefordert. An diesem Tag zeichnete der Vorsitzende Richter der Berufungskammer des LG S. das Aktenvorblatt und die Aktenanforderung beim AG C. ab. Nach Eingang der Vertretungsanzeige der Kl. wies der Vorsitzende der Berufungskammer am 02.12.2008 die Erteilung einer Abschrift an den Beklagtenvertreter an. Am 05.12.2008 lief die Berufungsfrist ab. Am 19.03.2009 wurden die Parteien vom LG S. auf dessen örtliche Unzuständigkeit hingewiesen. Daraufhin nahm die Bekl. ihre Berufung zum LG S. zurück, legte am 02.04.2009 Berufung beim LG T. ein und beantragte gleichzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist. Ist die Wiedereinsetzung zu gewähren?

I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten Fristen zur Begründung von Berufung (§ 520 II 1 ZPO), Revision (§ 551 II 2 ZPO) **Nichtzulassungsbeschwerde**, (§ 544 II ZPO), **Rechtsbeschwerde** (§ 575 II 1 ZPO) sowie der **Beschwerde nach § 621e ZPO** gestellt werden. Schließlich kann auch die Wiedereinsetzung in die **Wiedereinsetzungsfrist** des § 234 I ZPO beantragt werden.

Hier wurde Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist beantragt, die nach § 517 ZPO eine Notfrist ist, so dass der Antrag statthaft ist.

II. ordnungsgemäße Antragstellung

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

Dies alles ist mit Schriftsatz vom 02.04.2009 geschehen.

2. Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das **Hindernis** zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung **behoben** ist. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 234 III ZPO gar **nicht mehr** beantragt werden.

Geht es um die Frist zur **Begründung** der Berufung, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde, der Rechtsbeschwerde oder der Beschwerde nach §§ 621e, 629a II ZPO so ist eine **Frist von einem Monat** einzuhalten.

Da hier die Berufungseinlegungsfrist in Frage steht, musste der Wiedereinsetzungsantrag binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses gestellt werden. Die örtliche

Unzuständigkeit des Gerichts wurde durch Schriftsatz vom 19.03.2009 mitgeteilt, so dass die Zweiwochenfrist am 02.04.2009 ablief und der Wiedereinsetzungsantrag damit noch fristgerecht erfolgte.

3. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 237 ZPO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung** zuständig ist. Dies ist das LG T, da dieses auch über die Berufung zu entscheiden hat.

III. Rechtsschutzbedürfnis

Trotz Versäumung einer wiedereinsatzfähigen Frist kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis für einen Wiedereinsetzungsantrag fehlen, wenn die versäumte **Prozesshandlung überholt** ist oder die **Versäumung keine nachteiligen Folgen** für den Antragsteller hat. Dies ist hier nicht der Fall.

IV. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen über eine Wiedereinsetzung entscheiden. Hier ist die Berufungseinlegung zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt worden.

V. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

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

Grundsätzlich muss sich eine Partei nach § 85 II ZPO das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen.

1. Verschulden des Prozessbevollmächtigten

Fraglich ist, ob die Einreichung der Berufungsschrift beim örtlich unzuständigen Gericht ein Verschulden des Rechtsanwalts darstellt.

*„Rechtsfehlerfrei ist das BerGer. ... davon ausgegangen, dass die verspätete Einlegung der Berufung beim zuständigen RechtsmittelGer. auf einem **Verschulden der Prozessbevollmächtigten** der Bekl. beruhte. An einen mit der Berufungseinlegung betrauten Rechtsanwalt sind hinsichtlich der Ermittlung des zuständigen RechtsmittelGer. **hohe Sorgfaltsanforderungen** zu stellen (vgl. etwa BGH, WuM 2010, 592 [593] = BeckRS 2010, 17005 Rn 5). Denn die **Klärung der Rechtsmittelzuständigkeit** fällt in seinen Verantwortungsbereich. Er ist daher gehalten, die Rechtsmittelschrift und insbesondere die Rechtsmittelzuständigkeit des darin bezeichneten Gerichts selbst auf ihre Richtigkeit zu überprüfen (BGH, NJW-RR 2010, 1096 = NZM 2010, 445 Rn 12 m. w.N.).“* (BGH aaO)

Ein Anwaltsverschulden liegt daher vor, welches nach § 85 II ZPO der Partei zugerechnet wird.

2. Relevanz von Behandlungsfehlern des Gerichts

Das anwaltliche Verschulden könnte jedoch überholt sein, wenn die Fristversäumnis letztlich seine Ursache in einer fehlerhaften Sachbehandlung durch das Gericht hatte. Grundsätzlich kann die Ursächlichkeit im Hinblick auf das Verhalten des Gerichts nachträglich entfallen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerfGE 93, 99 [114 ff.] = NJW 1995, 3173 m. w. Nachw.; BGH, NJW 2005, 3776 [unter III 2 b aa] m. w.N.). Fraglich ist jedoch, ob dies hier deshalb anzunehmen ist, weil das Gericht, bei dem die Berufung fehlerhaft eingelegt wurde, nicht sofort auf seine örtliche Unzuständigkeit hingewiesen hatte.

a) Fürsorgepflicht des Gerichts bei falschem Rechtsmitteladressaten

*„Allerdings besteht anders als in Fällen, in denen fristgebundene Rechtsmittelschriftsätze irrtümlich bei dem im vorangegangenen Rechtszug mit der Sache bereits befassten Gericht eingereicht werden (vgl. dazu etwa BGH, MDR 2007, 1276 [1277] = BeckRS 2007, 12112 m. w. Nachw.), keine **generelle Fürsorgepflicht** des für die Rechtsmitteleinlegung unzuständigen RechtsmittelGer., **durch Hinweise o-***

der andere geeignete Maßnahmen eine **Fristversäumung** des Rechtsmittelführers zu **verhindern** (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1655 [1656]; NJW 2008, 1890 [1891] = NZM 2008, 440; jew. m. w.N.). Die Abgrenzung dessen, was im Rahmen einer **fairen Verfahrensgestaltung** an richterlicher Fürsorge von Verfassungs wegen geboten ist, kann sich nicht nur am Interesse der Rechtsuchenden an einer möglichst weitgehenden Verfahrenserleichterung orientieren, sondern muss auch berücksichtigen, dass **die Justiz im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit vor zusätzlicher Belastung geschützt** werden muss. Einer Partei und ihrem Prozessbevollmächtigten muss die Verantwortung für die Ermittlung des richtigen Adressaten fristgebundener Verfahrenserklärungen nicht allgemein abgenommen und auf unzuständige Gerichte verlagert werden (vgl. BVerfGE 93, 99 [114] = NJW 1995, 3173; BVerfG, NJW 2001, 1343; NJW 2006, 1579; BGH, NJW 2005, 3776 [3777]; NJW 2008, 1890 [1891] = NZM 2008, 440).“ (BGH aaO)

Es kommt also darauf an, ob die Erkenntnis der eigenen örtlichen Unzuständigkeit nur mit einem zusätzlichen Arbeitsaufwand erkennbar war.

„Etwas anders gilt allerdings dann, wenn die **Unzuständigkeit** des angerufenen Gerichts „ohne Weiteres“ bzw. „**leicht und einwandfrei**“ zu erkennen war und die nicht rechtzeitige Aufdeckung der nicht gegebenen Zuständigkeit auf einem **offenkundig nachlässigen Fehlverhalten des angerufenen Gerichts** beruht (vgl. BVerfG, NJW 2002, 3692 [3693]; NJW 2006, 1579). In diesen Fällen stellt es für die Funktionsfähigkeit des angerufenen Gerichts keine nennenswerte Belastung dar, einen **fehlgeleiteten Schriftsatz im Rahmen des üblichen Geschäftsgangs an das zuständige Gericht weiterzuleiten**. Geschieht dies nicht, geht die nachfolgende Fristversäumnis nicht zu Lasten des Rechtsuchenden (BVerfG, NJW 2006, 1579); das Verschulden des Prozessbevollmächtigten wirkt sich dann nicht mehr aus (vgl. BGH, NJW 2005, 3776 [3777] m. w.N.).“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob im vorliegenden Fall die eigene örtliche Unzuständigkeit ohne Mehraufwand erkennbar war und die spätere Erkenntnis nur auf einem offenkundig nachlässigen Fehlverhalten des angerufenen Gerichts beruht.

„Der Vorsitzende der Berufungskammer des LG S. war **mit einem Blick auf die Berufungsschrift vom 24.11.2008 und das als Anlage beigefügte Urteil des AG C. in der Lage zu erkennen**, dass die **Zuständigkeit seines Gerichts unter keinem denkbaren Gesichtspunkt** gegeben war. Anders als in den unterschiedlichen Fällen der Zuständigkeit mit Auslandsbezug nach § 119 I 1 lit. b GVG a. F. (vgl. BGH, NJW 2005, 3776; NJW 2011, 683; BVerfG, NJW 2006, 1579) war die **Zuständigkeitsprüfung auch nicht schwierig** oder nur mittels der Verfahrensakte zu ermitteln, sondern eindeutig allein auf Grund der Zuordnung des AG C. zum Gerichtsbezirk des LG T. vorzunehmen. Der Vorsitzende war am 25.11. und 02.12.2008 mit der Sache befasst und hat prozessleitende Verfügungen getroffen. Dabei musste ihm die offensichtliche örtliche Unzuständigkeit seines Gerichts **sofort und ohne weitere Prüfung ins Auge fallen**. Er war ohne Anstrengung und ohne nennenswerte Belastung sofort in der Lage, den fehlgeleiteten Berufungsschriftsatz an das zuständige LG T. weiterzuleiten oder den Prozessbevollmächtigten der Bekl. jedenfalls auf die fehlende örtliche Zuständigkeit des LG S. hinzuweisen. Da die Berufungsfrist erst am 05.12.2008 ablief, mithin zwischen dem Eingang der Berufungsschrift und der ersten Möglichkeit des Gerichts, die Unzuständigkeit zu bemerken und zu reagieren, ein **vergleichsweise langer Zeitraum von zehn Tagen lag**, hätten alle Maßnahmen zu einem rechtzeitigen Eingang beim zuständigen LG T. geführt. In diesem Fall geht die nachfolgende Fristversäumnung **nicht zu Lasten des Rechtsuchenden**; das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten wirkt sich dann nicht mehr kausal aus.“ (BGH aaO)

Das schuldhafte Verhalten des Prozessbevollmächtigten ist daher überholt und die Fristversäumnis unverschuldet. Es ist daher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

ZPO **Geltendmachung der Nichtigkeit eines Prozessvergleichs** ZPO
 § 794 I Nr. 1 **neue Klage bei Rückforderung von Leistungen möglich**
 (BGH in MDR 2011, 811; Versäumnisurteil vom 06.01.2011 - XII ZR 79/09)

Die Rückforderung von Leistungen, die auf Grund eines nichtigen Prozessvergleichs erbracht worden sind, kann jedenfalls dann **im Wege eines neuen Rechtsstreits** erfolgen, wenn das **Ursprungsverfahren**, in dem der Vergleich geschlossen worden ist, rechtskräftig beendet ist.

A. Grundlagenwissen: Der Prozessvergleich

I. Rechtsnatur des Prozessvergleichs

Die Rechtsnatur des Prozessvergleichs ist umstritten.

1. Prozessvergleich als reine Prozesshandlung

Eine Ansicht misst dem Prozessvergleich allein die Wirkung einer Prozesshandlung bei. Es wird daher nur ein Prozessvertrag geschlossen, der keine materiell-rechtlichen Wirkungen hat (vgl. Baumbach/Hartmann § 307 ZPO Anh. Rn. 3.).

2. Prozessvergleich als rein materiell-rechtlicher Vertrag

Nach dieser Auffassung ist der Prozessvergleich als nur materiell-rechtlicher Vertrag anzusehen, der dann Folgen für einen rechthängigen Prozess hat (vgl. Rosenberg Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 1961, § 128 I 1, III 1).

3. Prozessvergleich als Doppeltatbestand

Diese Ansicht geht davon aus, dass mit dem Abschluss eines Prozessvergleichs zwei eigenständige Tatbestände vorliegen. Zum einen eine Prozesshandlung und zum anderen der Abschluss eines materiell rechtlichen Vertrages. Die Wirksamkeit von Prozesshandlung und Vertrag sind nach dieser Ansicht gesondert zu prüfen. (vgl. Zeuner Anm. zu BAG AP ZPO § 794 Nr. 8 m. Nachw.; aus neuerer Zeit Wagner S. 43 ff.; MüKoZPO/Wolfsteiner § 794 Rn. 17 ff.).

4. Doppelnatur des Prozessvergleichs

Nach der h.M. liegt im Prozessvergleich ein Rechtstatbestand mit Doppelwirkung, auf der einen Seite steht die prozessbeendende Wirkung, auf der anderen Seite wird aber zugleich ein materiell-rechtlicher Vergleichsvertrag geschlossen. Die Wirksamkeit kann daher nur einheitlich geprüft werden. (vgl. BGH NJW 2000, 1942, 1943; BGH NJW 1988, 65; BAGE NJW 1983, 2212, 2213; BSG NJW 1989, 2565; VGH Mannheim NJW 1996, 1298f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht § 131 III 1 c; Staudinger/Marburger Rn. 91; Bamberger/Roth/Schwerdtfeger Rn. 71).

II. Fehlerfolgen

Fraglich ist, welche Folgen es hat, wenn der Vergleich aus materiell-rechtlichen Gründen nichtig ist. Zum einen liegt dann zweifelsohne kein Vergleichsvertrag i.S.d. § 779 BGB vor. Problematisch ist jedoch, welche **Konsequenzen dies für die sonst prozessbeendende Wirkung** des Vergleiches hat.

Als Vertrag über materiellrechtliche Beziehungen unterliegt der Prozessvergleich den Unwirksamkeitsgründen des materiellen Rechts (h.M.). Ist die materielle Streitbeilegung unwirksam, so fehlt es wegen seiner „Doppelnatur“ (s.o. unter II.; h.M.). Ob damit auch die prozessbeendende Wirkung entfällt, hängt davon ab, ob der Fehler den Vergleichsvertrag ex tunc oder nur ex nunc beseitigt.

1. Konsequenzen bei Fehlerwirkung ex tunc

Ist ein Vergleichsvertrag z.B. wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB von Anfang an nichtig oder aber wegen Anfechtung nach § 142 I BGB als von Anfang an nichtig anzusehen, so kann ein solcher Vertrag **keine prozessbeendende Wirkung** haben. Der **ursprüngliche Rechtsstreit wird** dann in dem Stand **fortgesetzt**, in dem er sich zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses befand.

2. Konsequenzen bei Fehlerwirkung ex nunc

Tritt die Unwirksamkeit eines Vergleichs, z.B. wegen der Ausübung eines gesetzlich vorgesehenen Rücktrittsrechts, nur ex nunc ein, so ist umstritten, welche Rechtsfolgen dies hat.

- a) Nach der **Auffassung des BGH** (vgl. BGH NJW 1955, 705; NJW 1966, 1658.) und des **BVerwG** (vgl. BVerwG, DÖV 1962, 323) bleibt es in diesen Fällen bei der prozessbeendenden Wirkung des Vergleichs. Die **Unwirksamkeitsgründe** müssen dann **in einem gesonderten Verfahren** geltend gemacht werden.
- b) Nach der Auffassung des **BAG** (vgl. BAG NJW 1956, 1215) und weiten Teilen der **Literatur** hingegen **entfallen** auch bei einer Unwirksamkeit, die nicht zurückwirkt, gleichwohl die **prozessualen Wirkungen des Prozessvergleichs** und das Verfahren ist im ursprünglichen Verfahrensstand fortzuführen.

B. Rückforderung von Überzahlungen bei nichtigem Prozessvergleich (BGH in MDR 2011, 811)

Fall: Der Kl. nimmt die Bekl. auf Rückzahlung von Trennungsunterhalt in Anspruch. Die Parteien waren miteinander verheiratet. Am 24.07.2003 schlossen sie vor dem FamG in einem über Trennungs- und Kindesunterhalt geführten Rechtsstreit (20 F 612/02) einen Vergleich. Dabei offenbarte die Bekl. nicht, dass sie außer Einkünften aus einer Halbtagsstätigkeit bereits seit April 2003 über weiteres Einkommen in Höhe von monatlich 400 Euro aus einer geringfügigen Beschäftigung verfügte. Nachdem der Kl. hiervon Kenntnis erlangt hatte, erklärte er die Anfechtung des Vergleichs wegen arglistiger Täuschung und machte den Sachverhalt im Rahmen einer bereits erhobenen Abänderungsklage geltend, mit der er erreichen wollte, dass ab Januar 2004 kein Trennungsunterhalt mehr geschuldet werde. Während das AG der Klage stattgab, hob das OLG das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung der Bekl. auf und wies die Klage als unzulässig ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Anfechtung des Kl. auch zur Unwirksamkeit des Vergleichs geführt habe, so dass dieser nicht Grundlage einer Abänderungsklage sein könne. Die Unwirksamkeit sei im Ausgangsverfahren geltend zu machen. In dem daraufhin fortgeführten Verfahren 20 F 612/02 wurde der Kl. im Juli 2007 verurteilt, Trennungsunterhalt bis einschließlich März 2003 zu zahlen; für die Zeit ab April 2003 wurde die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte wegen des ausgeurteilten Unterhalts teilweise Erfolg; die Berufung der Bekl. wurde zurückgewiesen. Im vorliegenden Rechtsstreit, der seit Ende Dezember 2005 anhängig ist, begehrt der Kl. die Rückzahlung des für die Zeit von April 2003 bis August 2004 in Höhe von monatlich 491 Euro gezahlten Unterhalts zuzüglich Zinsen und angefallener Vollstreckungskosten.

Fraglich ist, ob der Kl. die Rückforderung der aufgrund des nichtigen Prozessvergleichs überzahlten Beträge in einem neuen Prozess geltend machen kann oder ob er dies im Rahmen der Fortführung des Ursprungsprozesses hätte machen müssen.

I. Geltendmachung der Nichtigkeit einer Prozessvergleichs

„Der Prozessvergleich hat eine **Doppelnatur**: Er ist einerseits **Prozesshandlung**, deren Wirksamkeit sich nach den Grundsätzen des Verfahrensrechts bestimmt, und andererseits **privates Rechtsgeschäft**, für das die Regeln des materiellen Rechts gelten (h. M., vgl. etwa BGHZ 142, 253 = NJW 1999, 2903; Senat, NJW 1985, 1962 = FamRZ 1985, 166, jew. m. w. Nachw.). Da die **Prozesshandlung** nur die „Begleitform“ für einen **materiell-rechtlichen Vergleich** ist, **verliert** sie ihre **Wirksamkeit**, wenn der **materielle Vergleich** seinerseits **unwirksam** ist oder wird; dem Vergleich wird die verfahrensrechtliche Wirkung der Prozessbeendigung entzogen, wenn er aus sachlich-rechtlichen Gründen unwirksam ist.

Nach **ständiger Rechtsprechung** des BGH ist der Streit darüber, ob ein Prozessvergleich nichtig ist, deshalb in **Fortführung des Ursprungsverfahrens** auszutragen. Maßgeblich hierfür ist vor allem die Erwägung, dass ein **nichtiger Prozessvergleich nicht zur Beendigung des Ursprungsverfahrens geführt hat**; einer neuen Klage würde daher, jedenfalls soweit mit ihr das ursprüngliche Prozessziel bei unverändert gebliebenem Streitgegenstand weiterverfolgt werden soll, der **Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit** entgegenstehen (BGHZ 142, 253 = NJW 1999, 2903; BGHZ 87, 227 = NJW 1983, 2034, jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

Die Nichtigkeit des Prozessvergleiches muss daher durch die Fortführung des Ursprungsverfahrens geltend gemacht werden. Dies ist hier auch geschehen.

II. Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen im neuen Prozess

Fraglich ist jedoch, ob auch die Erstattung von Überzahlungen aufgrund des nichtigen Prozessvergleichs zwingend im Rahmen der Fortsetzung des Ursprungsprozesses geltend gemacht werden muss. Einer neuen Klage könnte insofern das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

„Das BerGer. hat ebenfalls richtig gesehen, dass der BGH in Fortführung dieser Rechtsprechungsgrundsätze das **Rechtsschutzbedürfnis** auch für eine neue Klage **verneint** hat, mit der die **Leistungen zurückgefordert** werden, die auf Grund eines nichtigen Vergleichs erbracht worden sind. Das soll jedenfalls dann gelten, wenn die Leistungen ausschließlich die durch den Vergleich auf eine neue Grundlage gestellte Klageforderung des Ursprungsverfahrens betreffen (BGHZ 142, 253 = NJW 1999, 2903). Zwar sei die **Rückforderung** der erbrachten Leistungen gegenüber der Ursprungsforderung ein **anderer Streitgegenstand**. Sie beruhe auf einem **anderen Klagegrund**, nämlich der behaupteten Unwirksamkeit des Prozessvergleichs. Dies bedeute jedoch, dass die Entscheidung in der Sache in gleicher Weise wie die Weiterverfolgung der ursprünglichen Klageforderung von der Wirksamkeit des Vergleichs abhängt. Deshalb würden die gegen ein **Rechtsschutzbedürfnis für eine neue Klage sprechenden Umstände** in vollem Umfang auch insoweit gelten.“ (BGH aaO)

Diese Entscheidung ist kontrovers diskutiert worden.

„Die Entscheidung hat **teilweise Zustimmung** gefunden (Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 794 Rn 15 a; Muielak/Lackmann, ZPO, 7. Aufl., § 794 Rn. 21; Erman/Terlau, BGB, 12. Aufl., § 779 Rn 31; i. Erg. zust. Becker-Eberhard, ZJP 113, 366 [372]), **teilweise** aber auch **Kritik** erfahren (Münzberg, JZ 2000, 422; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rn 61, 77; Staudinger/Marburger, BGB, Neubearb. 2009, § 779 Rn 116; Wolfsteiner, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 794 Rn. 74; Grunsky, LM § 794 I Nr. 11 ZPO Nr. 44; Heinrich, WuB VII A § 794 ZPO 1.00). Die Gegenansicht stellt im Wesentlichen darauf ab, dass der **Rückforderungsklage ein anderer Streitgegenstand** zu Grunde liege; der Anspruch könne deshalb auch außerhalb des Vorprozesses eingeklagt werden.“ (BGH aaO)

III. Anwendung auf den Fall

Grundsätzlich würde daher die Nichtigkeit des Vergleichs mit dem Erfordernis der Fortführung des Ausgangsverfahrens einen neuen Rechtsstreit über die Rückforderung überzahlter Beträge ausschließen. Dies gilt jedoch nur, wenn das fortgeführte Verfahren noch nicht rechtshängig abgeschlossen ist.

„Das – fortgeführte – Ausgangsverfahren ist durch Urteil des BerGer. vom 10.03.2008 rechtskräftig abgeschlossen, eine Rechtsverfolgung in jenem Verfahren mithin nicht mehr möglich. Das **Rechtsschutzbedürfnis** für eine neue Klage kann deshalb im Hinblick auf das Ausgangsverfahren **nicht mehr verneint** werden.“ (BGH aaO)

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Kl. die **prozessuale Situation**, in der nicht mehr auf das fehlende Rechtsschutzbedürfnis abgestellt werden kann, **in treuwidriger Weise erlangt** und deshalb das Recht, den Rückzahlungsanspruch einzuklagen, verwirkt hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall.

„Das BerGer. hat seine gegenteilige Ansicht damit begründet, die Notwendigkeit der Fortsetzung des Ursprungsverfahrens sei in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit Längerem geklärt. Zudem sei der Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung in dem Urteil vom 10.03.2008 nochmals deutlich gemacht worden. Wenn der Kl. hieraus gleichwohl **über zwei Jahre keine Konsequenzen** gezogen habe, so bleibe die ursprünglich wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässige Klage wegen **Verwirkung** unzulässig.“

Diese Erwägungen vermögen die **Annahme der Verwirkung** indessen nicht zu rechtfertigen. Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend gemacht hat, **obwohl** er dazu in der Lage gewesen wäre (**sog. Zeitmoment**) und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde (**sog. Umstandsmoment**; st. Rspr., vgl. etwa Senat, NJW 2008, 2254 = NZM 2008, 522 Rn 22 m. w.N.).

Die vom BerGer. gegebene **Begründung** betrifft **allein** das so genannte **Zeitmoment**. Dass die Bekl. aus dem zeitweisen Nichtbetreiben des vorliegenden Rechtsstreits **berechtigterweise den Schluss ziehen** konnte, der Bekl. werde den **Rechtsstreit nicht mehr aufnehmen** und sein Recht nicht mehr geltend machen, ist deshalb nicht festgestellt. Dafür ist auch sonst nichts ersichtlich. Wie die Revision zu Recht geltend gemacht hat, hat der Kl. das Verfahren, dessen Ruhen in der mündlichen Verhandlung vor dem FamG vom 06.07.2006 angeordnet worden war, mit Schriftsatz vom 31.12.2007 wieder aufgenommen und um Anberaumung eines Termins gebeten. Mit Verfügung vom 08.01.2008 wurde ihm daraufhin vom FamG der Hinweis erteilt, dass der Ausgang des Rechtsstreits bei dem OLG abgewartet werden sollte.

Der Kl. hat zu dem Hinweis mit Schriftsatz vom 15.01.2008 Stellung genommen und mitgeteilt, es würden keine Einwendungen erhoben, wenn das Gericht im April terminiere, und für den Fall, dass eine Entscheidung des OLG in der anderen Sache noch nicht vorliege, dieser Termin wieder aufgehoben und neuer Termin bestimmt werde.

Bei dieser Sachlage **durfte die Bekl. sich aber nicht darauf einrichten**, der Kl. werde den Klageanspruch nicht weiterverfolgen. Vielmehr musste ihr auf Grund des auch ihr zugegangenen gerichtlichen Hinweises und der Stellungnahme des Kl. hierzu bewusst sein, dass dieser **lediglich den Ausgang des Ursprungsverfahrens abwarten** würde.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Die Verfolgung des Anspruchs in einem neuen Rechtsstreit ist daher zulässig.

StPO
§§ 94, 98

Beschlagnahme von Privatdetektei verwendeter GPS-Sender

(LG Lüneburg in NJW 2011, 2225; Beschluss vom 28.03.2011 – 26 Qs 45/11)

StPO

Die **verdeckte Anbringung eines GPS-Senders an einem fremden Kfz** durch eine Detektei zur Erstellung eines Bewegungsprofils kann eine **Straftat nach §§ 44 I, 43 II Nr. 1 BDSG** darstellen. Der GPS-Sender kann daher in einem Ermittlungsverfahren beschlagnahmt werden.

Fall: Der Besch. betreibt eine Detektei und brachte im Auftrag eines Kunden eine versteckte GPS-Sende- und Empfangseinrichtung am Kfz der Zielperson an, die hiervon nichts wusste. Zweck war die Erstellung eines Bewegungsprofils der Zielperson, der damit zivilrechtliche Vertragsverstöße nachgewiesen werden sollten. Anlässlich eines Werkstatttermins für das Kfz der Zielperson wurde der GPS-Sender zufällig entdeckt.

Gegen die daraufhin im polizeilichen Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen das BDSG erfolgte Beschlagnahme des GPS-Senders erhob der Besch. Beschwerde.

Die **Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme** richtet sich nach **§ 94 StPO**.

- I. **Voraussetzung** dieser Vorschrift ist, dass der **beschlagnahmte Gegenstand als Beweismittel** für die Untersuchung in Betracht kommt. Hierfür ist es **ausreichend**, dass dem Gegenstand **potenzielle Beweisbedeutung** zukommt (vgl. BGH NStZ 1981, 93).

Es muss daher **lediglich die Möglichkeit bestehen, dass der Gegenstand zu Untersuchungszwecken verwendet werden kann** (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 94 Rn 6 m. w. Nachw.). Bei Vorliegen der potenziellen Beweisbedeutung ist der Gegenstand mit Blick auf das **Legalitätsprinzip** sicherzustellen (Meyer-Goßner aaO, § 94 Rn 6; Achenbach NJW 1976, 1068). An der **Beweisbedeutung** fehlt es nur dann, **wenn vorauszusehen ist, dass es zu keinem Verfahren kommen wird** (BGHSt 9, 351 = NJW 1956, 1805), insbes. im Fall des Vorliegens nicht behebbarer Verfahrenshindernisse.

- II. Die **Voraussetzungen des § 94 StPO** sind **vorliegend erfüllt**, denn der beschlagnahmte GPS-Sender nebst technischem Zubehör kommt als **Beweismittel in einem Ermittlungsverfahren wegen eines Verstoßes gegen §§ 43, 44 BDSG** gegen den Besch. in Betracht.

1. Das **Anbringen eines GPS-Senders an einem fremden Kraftfahrzeug ohne Einwilligung des Betroffenen** mit der Zielrichtung der **Überwachung dieses Fahrzeugs** durch **Erstellen eines Bewegungsprofils** begründet nach Auffassung des LG Lüneburg aaO den Anfangsverdacht einer **Straftat gem. § 44 I i. V. mit § 43 II Nr. 1 BDSG**.

- a) Sog. **GPS-Daten sind personenbezogene Daten i. S. des § 3 I BDSG**.

„Durch Auswertung der von GPS-Satelliten abgestrahlten und von entsprechenden Empfangsgeräten aufgezeichnete Daten ist jederzeit feststellbar, zu welchem Zeitpunkt sich das Empfangsgerät an welchem Ort befunden hat. So ist es möglich, ein vollständiges Bewegungsprofil des Empfangsgeräts zu erstellen. Zwar hat dieses zunächst einen nur mittelbaren Personenbezug. Dieser wird jedoch vollständig dadurch hergestellt, dass das Empfangsgerät an das Fahrzeug einer konkreten „Zielperson“ angebracht wird, dieser Person somit zumindest zugeordnet werden kann. Die vollständige Überwachung der Fahrzeugbewegungen und somit auch des Fahrzeugführers sind auch das erklärte Ziel des Besch. Dieser wirbt in seinem Flyer mit folgenden Angaben:

„Das System ermöglicht eine diskrete Beobachtung/Observierung von Fahrzeugen (...). Ein Fahrzeug kann auch bei dichtem Straßenverkehr und vor allem in der Nacht unbemerkt verfolgt werden (...). Am Ende steht eine lückenlose Dokumentation mit Ausdruck der Fahrtroute (...).“

Auch am Personenbezug lässt der Besch. mit seinen Angaben keinen Zweifel aufkommen: So soll das Verfahren u. a. der Feststellung von Arbeitgebern in Unterhaltssachen sowie beim Verdacht auf Missbrauch einer Krankschreibung zum Einsatz kommen. Die Ermittlung der Aufenthaltsorte des Fahrzeugs dient somit zweifelsfrei der Überwachung konkreter, einzelner Personen. Auch vorliegend ergibt sich aus dem bisherigen Ermittlungsstand, dass die Überwachung mit dem Ziel einer nachvollziehbaren Aufenthaltsbestimmung des Betroffenen geführt wurde.“ (LG Lüneburg aaO)

- b) Es erfolgt auch eine **Datenverarbeitung i. S. des § 43 II Nr. 1 BDSG**.

„Gem. § 3 IV BDSG fällt unter den Begriff des „Verarbeitens“ insbes. das Speichern personenbezogener Daten. Der Besch. wirbt in seinem Flyer insbes. damit, dass das System über eine sog. Blackbox verfüge, mit deren Hilfe die Daten gespeichert, ausgewertet und abgerufen werden können. Dass

dies auch im konkreten Fall so gehandhabt wurde, folgt aus den sichergestellten Daten im Beweismittelordner, die mehrere so genannte Bewegungsprofile des Betroffenen enthalten.“ (LG Lüneburg aaO)

- c) Es besteht weiterhin auch der Verdacht, dass die **Daten „unbefugt“ i. S. des § 43 II Nr. 1 BDSG verarbeitet** wurden.

- aa) Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der **Betroffene eingewilligt hat, § 4 I BDSG**.

„Dass bei der vorliegenden Fallkonstellation eine Einwilligung des Betroffenen als Rechtfertigungsgrundlage fernliegend ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Eine **mögliche Zulässigkeit der Datenspeicherung gem. § 32 I 2 BDSG kommt bereits deshalb nicht in Betracht**, weil weder zwischen Besch. und Betroffenen noch zwischen dem Auftraggeber des Besch. und dem Betroffenen nach dem derzeitigen Ermittlungsstand aktuell ein Arbeitsverhältnis besteht.“ (LG Lüneburg aaO)

- bb) Eine weitere mögliche **gesetzliche Rechtfertigung** könnte sich zudem **aus § 29 I BDSG** ergeben, der die geschäftsmäßige Datenspeicherung zum Zwecke der Übermittlung unter bestimmten Voraussetzungen zulässt.

„Eine **datenschutzrechtliche Rechtfertigung** aus dieser Vorschrift heraus scheidet nach Auffassung der Kammer jedoch bereits daran, dass Grund zur Annahme besteht, dass der Betr. ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung hat. Das **schutzwürdige Interesse** ergibt sich vorliegend bereits aus dem **verfassungsrechtlich garantierten Persönlichkeitsrecht des Betroffenen in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** (vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419). Es gewährt dem Betr. weitgehende Rechte über die Verwendung seiner persönlichen Daten, insbes. im sog. Kernbereich privater Lebensführung selbst über das Schicksal personenbezogener Daten zu entscheiden und so „Herr“ dieser Daten zu bleiben. Hierzu gehört auch die Frage, ob und mit welchem Ziel ein Fahrzeugführer sein Kraftfahrzeug bewegt. Zu dieser Frage hat das **BVerfG** zuletzt in seiner Entscheidung zur automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen eindeutig Stellung dahingehend bezogen, dass **auch staatlichen Stellen ein (verdachtsunabhängiger) Eingriff in diesen Kernbereich privater Lebensführung untersagt** ist (vgl. BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505). Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist jedoch nicht nur als klassisches Abwehrrecht des Bürgers gegenüber staatlichen Stellen zu verstehen, sondern entfaltet auch Wirkung zwischen Privaten, soweit in wesentliche Teile der Lebensgestaltung eines Betroffenen oder seine Persönlichkeit – so wie vorliegend – eingegriffen wird (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl., § 1 Rn 13 m. w. Nachw.).

Zwar ist auch das berechnete Interesse der verantwortlichen Stelle in die Abwägung einzubeziehen (vgl. Gola/Schomerus, § 29 Rn 10). Dieses Interesse in Gestalt der Gewinnerzielungsabsicht des Besch. durch das geschäftsmäßige Speichern und Auswerten persönlicher Daten Dritter zum Zwecke der Übermittlung an den jeweiligen Auftraggeber muss nach Auffassung der Kammer jedoch gegenüber dem Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung im Kernbereich privater Lebensführung zurückstehen.“ (LG Lüneburg aaO)

- cc) Insgesamt betrachtet erfolgte die Datenspeicherung daher mangels Rechtfertigung „unbefugt“ i. S. des § 43 II Nr. 1 BDSG.

2. **Ergebnis:** Im Ergebnis ist daher der Anfangsverdacht einer Straftat gegeben, der für die Begründung einer Beschlagnahme ausreichend ist.

GG

Anspruch auf Prozesskostenhilfe

GG

Art. 19 IV, 20 III

Waffengleichheit auch im sozialgerichtlichen Verfahren

(BVerfG in NJW 2011, 2039; Beschluss vom 24.03.2011 – 1 BvR 1737/10)

1. Das **sozialstaatliche Gleichheitsprinzip** gem. Art. 3 I i.V.m. 20 III GG gebietet eine weitgehende **Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten** bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes.
2. Dem Unbemittelten ist daher gem. § 73 a I 1 SGG i. V. mit § 121 II Alt. 1 ZPO auf seinen Antrag ein Rechtsanwalt dann beizuordnen, wenn die **Vertretung** durch einen Rechtsanwalt **erforderlich erscheint**.“
3. Entscheidend für die Frage nach der Erforderlichkeit ist, ob ein **Bemittelter** in der Lage des Unbemittelten **vernünftigerweise einen Rechtsanwalt** mit der Wahrnehmung seiner Interessen **beauftragt** hätte.
4. Davon ist regelmäßig dann auszugehen, wenn im Kenntnisstand und in den Fähigkeiten der Prozessparteien ein **deutliches Ungleichgewicht besteht**.
5. Im sozialgerichtlichen Verfahren ist zu berücksichtigen, dass dem Kläger **rechtskundige und prozesserfahrene Vertreter einer Behörde gegenüberstehen** In einem solchen Fall wird ein **vernünftiger Rechtsuchender regelmäßig einen Rechtsanwalt einschalten**.

A. Grundlagenwissen: Sozialstaatsprinzip und sozialstaatliches Gleichheitsprinzip**I. Herleitung**

Die BRD ist nach Art. 20 I GG ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Auch Art. 28 I GG bindet die BRD an die Grundsätze des sozialen Rechtsstaates.

II. Bedeutung des Sozialstaatsprinzips

Das Sozialstaatsprinzip bedeutet, dass der Staat nicht nur Freiheit und Eigentum sichert, sondern zwischen Freiheit und Gleichheit einen Ausgleich schafft. Hierbei sind die Erscheinungsformen sozialstaatlicher Instrumente so vielfältig, dass kein feststehender numerus clausus angenommen werden kann. Man kann lediglich einige Ausformungen des Sozialstaatsprinzips unterscheiden.

Darüber hinaus ist das Sozialstaatsprinzip von Bedeutung für die Auslegung von Gesetzen. Es enthält die Forderung nach sozialer Gerechtigkeit staatlicher Maßnahmen und gerechter Verteilung der Lasten. Es soll daher sichern:

- ein menschenwürdiges Dasein
- die freie Entfaltung der Persönlichkeit
- Schutz der Familie
- Erwerb des Lebensunterhalts durch frei gewählte Tätigkeit
- soziale Gerechtigkeit und Sicherheit
- Vorsorge gegen besondere Belastungen des Lebens und deren Ausgleich durch Sozialleistungen
- Gewährleistungen der EMRK

III. Ausformungen des Sozialstaatsprinzips

- | | |
|------------------------|--|
| • Kriegsopferfürsorge | • Sozialversicherung |
| • Sozialhilfe | • Arbeitsrecht einschl. Arbeitsschutzrecht |
| • Ausbildungsförderung | • Jugendhilfe |
| • Kindergeld | • Wohngeldrecht |

IV. Wirkungen des Sozialstaatsprinzips auf die Staatsgewalten

1. Gesetzgebung

Es ist eine hinreichende gesetzliche Grundlage zu schaffen für die Existenzsicherung aller Bürger und Vorsorge zu treffen zum Schutz der sozial Schwächeren.

2. Rechtsprechung

Bei der Auslegung von Gesetzen ist die sozial gerechtere Auslegungsvariante zu wählen.

3. Verwaltung

Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ausübung von Ermessen ist das Ziel der Sozialgerechtigkeit zu berücksichtigen.

V. Ansprüche aus dem Sozialstaatsprinzip

Grundsätzlich vermittelt das Sozialstaatsprinzip **keine unmittelbaren Ansprüche** gegen den Staat.

Ausnahmsweise gilt dann etwas anderes, wenn es um die **Sicherung des Existenzminimums** geht. Hier hat der Einzelne einen Anspruch gegen den Staat aus Art. 1 I, 2 II GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip.

Darüber hinaus kann sich aus dem Sozialstaatsprinzip aber auch ein **Teilhaberecht** ergeben, soweit den sozial Schwachen ohne staatliche Hilfe die **Verwirklichung ihrer Grundrechte** tatsächlich unmöglich ist. Hier muss der Staat unabhängig von dem sozialen Status für alle die grundsätzlich gleiche Möglichkeit der Grundrechtsverwirklichung schaffen

VI. Prinzip der sozialstaatlichen Gleichheit (Art. 20, 3 GG)

Der Staat ist auf der Grundlage des Sozialstaatsprinzips und unter Beachtung des Gleichheitssatzes verpflichtet, nicht nur rechtliche Gleichheit sicherzustellen, sondern auch **Chancengleichheit bei der tatsächlichen Rechtsausübung** zu ermöglichen.

Aus dem Prinzip der sozialstaatlichen Gleichheit ergibt sich ein Anspruch des Bürger, seine Rechte unabhängig von der sozialen Stellung geltend zu machen und Rechtsverletzungen vor den Gerichten prüfen zu lassen. Es soll sicherstellen, dass der gerichtliche **Rechtsschutz allen Bürgern unabhängig von ihrem Vermögen** gleichermaßen zusteht (vgl. BVerfGE 81, 347 [356]; 9, 124 [131]).

B. Anspruch auf Prozesskostenhilfe aus Gründen der Waffengleichheit auch im sozialgerichtlichen Verfahren (vgl. BVerfG in NJW 2011, 2039)

Fall: Die Verfassungsbeschwerde betrifft ein sozialgerichtliches Verfahren, wonach die Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung eines Rechtsanwalts mit der Begründung versagt wurde, die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit liege im Bagatellbereich.

Der Bf., der seit Januar 2005 Leistungen nach dem SGB II bezieht, wurde vom Grundsicherungsträger zwischen Januar 2006 und November 2008 zu insgesamt zehn Beratungsgesprächen eingeladen. Der Bf. nahm diese Termine wahr und beantragte am 05.11.2008 die Erstattung der ihm deswegen durch Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel entstandenen Fahrkosten in Höhe von insgesamt 42 Euro. Der Grundsicherungsträger lehnte den Antrag mit der Begründung ab, der Bf. habe die behaupteten Kosten nicht durch entsprechende Belege nachgewiesen.

Mit der beim SG erhobenen Klage, über die noch nicht entschieden ist, begehrt der Bf. unter Aufhebung des Verwaltungsakts vom 17.12.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. 6. 2009 die Verurteilung des Grundsicherungsträgers, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über seinen Antrag vom 5. 11. 2008 zu entscheiden. Den gleichzeitig gestellten Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung eines Rechtsanwalts lehnte das SG mit Beschluss vom 04.03.2010 ab. Das Gericht habe im Rahmen der Prüfung der Erfolgsaussichten und der Mutwilligkeit bei einer Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe auch darauf abzustellen, ob ein Bemittelter bei Betrachtung der Relation des Wertes der durchzusetzenden Klageforderung zum Kostenrisiko anwaltlichen Beistand in Anspruch genommen hätte. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das LSG mit Beschluss vom 10.06. 2010 zurück. In Anlegung des Maßstabs, der in der Entscheidung des BVerfG vom 17.02.1997 (NJW 1997, 2103) aufgestellt worden sei, sei die Bewilligung von Prozesskostenhilfe im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt. Im Übrigen bedürfe es dieser Hilfe nicht. Denn das Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit sei kos-

tenfrei. Soweit der beabsichtigten Rechtsverfolgung des Bf. eine hinreichende Erfolgsaussicht nicht abgesprochen werden könne, habe der Rechtsstreit eine wirtschaftliche Bedeutung im Bagatellbereich. Hiergegen erhebt der Bf. Verfassungsbeschwerde und rügt die Verletzung von Art. 3 I i.V.m. 20 III GG. Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

1. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG)

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **der Bürger als dem Staat gegenüberstehend** gegen eine staatliche Maßnahme wendet. Dies ist hier der Fall, da gegen ein Urteil vorgegangen wird.

2. Beschwerdegegenstand (Art 93 1 Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 1 BVerfGG)

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze). Hier wendet sich der Bf. gegen die für ihn nachteiligen sozialgerichtlichen Entscheidungen. Urteile sind ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

3. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 IV, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

a) Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach **nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Hier könnte durch die Ablehnung der Prozesskostenhilfe das sozialstaatliche Gleichheitsprinzip gem. Art. 3 I, i.V.m. 20 III GG verletzt sein.

b) Unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind.

aa) Selbstbetroffenheit

Diese immer dann ohne nähere Darlegung anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich an ihn selbst richtet. Hierbei muss eine Berufung auf eigene Grundrechte erfolgen. Ansonsten ist eine ausdrückliche Prüfung der Selbstbetroffenheit notwendig.

Da der Bf. hier gegen eine gerichtliche Entscheidung vorgeht, ist Selbstbetroffenheit ohne weiteres anzunehmen.

bb) Gegenwärtigkeit

Der Bf. muss **aktuell noch betroffen** sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus. Auch dies ist angesichts der gegen ihn ergangenen Entscheidungen ohne weiteres gegeben.

cc) unmittelbare Betroffenheit

Diese besteht bei Gesetzen nur, wenn zur Herbeiführung der Betroffenheit ein Umsetzungsakt nicht mehr erforderlich ist; ansonsten muss der Umsetzungsakt abgewartet werden, wenn dies nicht zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder nicht nachholbaren Dispositionen führt. Bei anderen Hoheitsakten besteht sie immer, also auch hier.

4. Frist, § 93 BVerfGG

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von einem Monat nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Von der Einhaltung dieser Frist kann ausgegangen werden.

5. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Etwas anderes gilt nach § 90 II 2 BVerfGG nur, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Der Bf. hat den Rechtsweg vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ausgeschöpft.

6. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Auch über die Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus ist die Verfassungsbeschwerde gegenüber einer Inzidentprüfung durch die Fachgerichte subsidiär, so dass dies auch bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, bei der kein Rechtsweg vorgesehen ist, gilt. (BVerfGE 78, 350 [355], BVerfGE 84, 90 [116]; BVerfG NJW 2003, 418; BVerfG, NVwZ 2004, 977). Dies gilt allerdings nicht für die mögliche Einlegung einer Dienstaufsichtsbeschwerde (vgl. BVerfG, MJW 2004, 2891). Dies spielt hier jedoch keine Rolle.

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die gerichtlichen Entscheidungen den Bf. in seinen Rechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. In Betracht kommt eine Verletzung des sich aus Art. 3 I i.V.m. 20 III GG ergebenden sozialstaatlichen Gleichheitsprinzips.

1. Bedeutung des sozialstaatlichen Gleichheitsprinzips bei der Bewilligung von Prozesskostenhilfe

„Art. 3 I in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgrundsatz, der in Art. 20 III GG allgemein niedergelegt ist und für den Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt in Art. 19 IV GG seinen besonderen Ausdruck findet, gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 81, 347 [356] = NJW 1991, 413; BVerfGE 122, 39 = NJW 2009, 209 [210]). Mit dem Institut der Prozesskostenhilfe ermöglicht der Gesetzgeber auch Unbemittelten einen weitgehend gleichen Zugang zu den Gerichten.“ (BVerfG aaO)

2. Erforderlichkeit einer Beiordnung auch vor den Sozialgerichten

Bei der Frage, ob für ein sozialgerichtliches Verfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen ist, könnte es aber darauf ankommen, dass für Verfahren vor den Sozialgerichten kein Anwaltszwang besteht und keine Gerichtskosten anfallen. Dies könnte dazu führen, dass das Gebot der Angleichung der Rechtsschutzsituation nur bedingt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erfordert.

„Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist hier jedoch insofern von Bedeutung, als der Unbemittelte durch die Beiordnung des Rechtsanwalts und dessen Befriedigung durch die Staatskasse von dessen Vergütungsansprüchen freigestellt wird (vgl. § 59 I 1 RVG). Dem Unbemittelten ist daher gem. § 73 a I 1 SGG i. V. mit § 121 II Alt. 1 ZPO auf seinen Antrag ein Rechtsanwalt dann beizuordnen, wenn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint.“

Den Rechtsbegriff der Erforderlichkeit, dessen Auslegung und Anwendung in erster Linie den Fachgerichten obliegt, haben SG und LSG in einer Weise ausgelegt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der in Art. 3 I i. V. mit Art. 20 III GG verbürgten Rechtsschutzgleichheit beruht (vgl. BVerfGE 81, 347 [358] = NJW 1991, 413 m. w.N.; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW-RR 2007, 1713 = NJW 2008, 430 L).

Die Erforderlichkeit i. S. des § 121 II ZPO beurteilt sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Sache sowie nach der Fähigkeit des Beteiligten, sich mündlich und schriftlich auszudrücken (vgl. BVerfGE 63, 380 [394] = NJW 1983, 1599). Entscheidend ist, ob ein Bemittelter in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte. Davon ist regelmäßig dann auszugehen, wenn im Kenntnisstand und in den Fähigkeiten der Prozessparteien ein deutliches Ungleichgewicht besteht (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten

Senats], NJW 1997, 2103; [3. Kammer des Ersten Senats], NJW-RR 2007, 1713 = NJW 2008, 430 L; [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 06.05.2009 – 1 BvR 439/08, BeckRS 2010, 52864.“ (BVerfG aaO)

3. Anwendung auf den Fall

Es stellt sich daher die Frage, ob es für die Entscheidung über die Erforderlichkeit und die Vergleichbarkeit mit der Entscheidung einer bemittelten Person allein den Vergleich zwischen der Höhe des Streitwertes und der entstehenden Rechtsanwaltskosten ankommt.

*„Beide Gerichte reduzieren die Frage, ob die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint, auf eine ausschließliche Beurteilung des **Verhältnisses von Streitwert und Kostenrisiko**. Beide lassen dabei außer Betracht, dass Bewertungsmaßstab für die Frage der Beiordnung eines Rechtsanwalts vornehmlich ist, ob die besonderen persönlichen Verhältnisse dazu führen, dass der Grundsatz der **Waffengleichheit zwischen den Parteien verletzt** ist (BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW-RR 2007, 1713 [1714]). Im Übrigen erscheint es keinesfalls fernliegend, dass ein Bemittelter auch verhältnismäßig hohe Rechtsanwaltskosten nicht scheut, wenn er mit einem **Obsiegen und der Erstattung seiner Aufwendungen** rechnet.*

*Die Ausführungen der Gerichte rechtfertigen auch nicht den Schluss, dass hinsichtlich Kenntnisstand und Fähigkeiten der Prozessparteien kein Ungleichgewicht besteht. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass dem Bf. **rechtskundige und prozesserfahrene Vertreter einer Behörde gegenüberstehen** (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 06.05.2009 – 1 BvR 439/08, BeckRS 2010, 52864). In einem solchen Fall wird ein **vernünftiger Rechtsuchender regelmäßig einen Rechtsanwalt einschalten**, wenn er nicht ausnahmsweise selbst über ausreichende Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um das Verfahren in jedem Stadium durch sachdienlichen Vortrag und Anträge effektiv fördern zu können (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 06.05.2009 – 1 BvR 439/08, BeckRS 2010, 52864). Ferner gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass rechtliche Kenntnisse und Fähigkeiten im vorliegenden Fall ausnahmsweise keine Relevanz haben.“ (BVerfG aaO)*

Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil im sozialgerichtlichen Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 103 SGG gilt und das Gericht daher von sich aus den Sachverhalt aufklären muss.

*„Die **Aufklärungs- und Beratungspflicht des Rechtsanwalts geht über die Reichweite der Amtsermittlungspflicht des Richters hinaus**. Insbesondere kann der Anwalt verpflichtet sein, auch solche tatsächlichen Ermittlungen anzuregen und zu fördern, die für den Richter auf Grund des Beteiligungsvorbringens nicht veranlasst sind. Allein durch den Amtsermittlungsgrundsatz wird daher die Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes nicht angeglichen (vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NZS 2002, 420; [3. Kammer des Ersten Senats], NJW-RR 2007, 1713 [1714]).*

Die angegriffenen Beschlüsse des SG und LSG beruhen auf dem Verfassungsverstoß. Es ist nicht auszuschließen, dass die Gerichte bei der erforderlichen Beachtung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe in der Sache zu einer anderen Entscheidung gelangt wären. Weiterhin steht nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit fest, dass der Bf. auch im Fall einer Zurückverweisung an das Ausgangsgericht im Ergebnis keinen Erfolg haben würde (vgl. BVerfGE 90, 22 [25 f.] = NJW 1994, 993).“ (BVerfG aaO)

Die Beiordnung eines Rechtsanwalts war daher erforderlich. Die Verweigerung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe verletzt den Bf. in seinem Grundrecht auf sozialstaatliche Gleichheit aus Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG.

III. Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet.

(VGH Mannheim in VBIBW 2011, 275: Urteil vom 10.02.2011 – 5 S 2285/09)

1. Ein Verkehrszeichen wird durch Aufstellen bekanntgegeben und damit auch gegenüber jedermann rechtlich verbindlich.
2. Da die öffentliche Bekanntgabe von Verkehrszeichen spezialgesetzlich geregelt ist, kann mit dem Aufstellen des Verkehrszeichens aber nicht auch ohne weiteres der Lauf der Rechtsbehelfsfrist in Gang gesetzt werden.
3. Das sich aus Art. 19 IV GG ergebende Gebot des effektiven Rechtsschutzes gebietet es, dass die Frist erst dann zu laufen beginnt, wenn sich der betreffende Verkehrsteilnehmer **erstmalig der Regelung des Verkehrszeichens gegenüber sieht**.
4. Das Verkehrsge- oder -verbot, das einem Verkehrsteilnehmer bei seinem **ersten Herannahen bekannt gemacht** wurde, **gilt** diesem gegenüber **fort**, solange Anordnung und Bekanntgabe aufrechterhalten bleiben. Kommt der Verkehrsteilnehmer erneut an diese Stelle, hat das Verkehrszeichen für ihn nur eine **erinnernde Funktion**.

Fall: Der Kläger wendet sich gegen Verkehrszeichen im Stadtgebiet der Beklagten, einmal gegen die straßenverkehrsrechtlich angeordnete Radwegbenutzungspflicht in der Karlsruherstraße (Zeichen 241 der StVO) und einmal gegen das Verkehrsverbot für Radfahrer an der Kreuzung Karlsruher Straße/Albgaustraße (Zeichen 254 StVO). Diese Verkehrszeichen sind 1991 von der Beklagten aufgestellt worden. Der Kläger legte am 21.07.2007 gegen die Radwegbenutzungspflicht Widerspruch ein. Am 30.07.2007 weitete er den ursprünglichen Widerspruch zum einen auf einen zusätzlichen Streckenabschnitt aus und zum anderen auch auf das Verkehrsverbot an der Kreuzung Karlsruher Straße/Albgaustraße. Mit Widerspruchsbescheid vom 17.04.2008 wurde der Widerspruch vom Regierungspräsidium Karlsruhe wegen Verfristung zurückgewiesen. Der Widerspruchsbescheid wurde dem Kläger am 24.04.2008 zugestellt. Am 16.05.2008 hat der Kläger Klage erhoben. Er ist der Auffassung, sein Widerspruch gegen die seit 16 Jahren aufgestellten Verkehrszeichen sei nicht verfristet, da die Frist für jeden Einzelnen mit der erstmaligen Betroffenheit durch das Verkehrszeichen zu laufen beginne und nicht schon für jedermann mit Aufstellung des Schildes. Er selbst habe die Verkehrszeichen am 30.12.2006 bzw. 30.07.2007 erstmalig bemerkt. War die Klage zulässig?

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Rechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Dies ist der Fall, wenn sich der Streit aufgrund öffentlicher Normen entscheiden lässt.

Im vorliegenden Fall streiten sich die Beteiligten um die Rechtmäßigkeit verkehrsrechtlicher Regelungen und damit um Maßnahmen des **Polizei- und Ordnungsrechts**, so dass diese Voraussetzungen erfüllt sind und der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage

Der Kläger wendet sich gegen die Verkehrszeichen, welche als Allgemeinverfügungen Verwaltungsakte nach § 35 S. 2 VwVfG sind. Da diese ihm etwas vorgeben, ihn also belasten, kann er diese mit der Anfechtungsklage nach § 42 I 1 1. Alt VwGO angreifen.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

*„Der Klage fehlt auch nicht die erforderliche Klagebefugnis (vgl. § 42 II VwGO). Bereits durch sein **einmaliges Befahren** der K2. Straße mit dem Fahrrad nach Norden war der Kläger Adressat des Verkehrsverbots geworden, wodurch er **in rechtlich beachtlicher Weise belastet** wurde. Insofern kommt zumindest eine Verletzung der allgemeinen Freiheitsgewährleistung nach Art. 2 I GG in Betracht (vgl. BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 - 3 C 15.03 -, Buchholz 310 § 42 II VwGO Nr. 19).“ (VGH Mannheim aaO)*

IV. ordnungsgemäßes Vorverfahren, § 68 VwGO

Der Kläger müsste ein **Vorverfahren** nach § 68 I VwGO **durchgeführt** haben. Er hat zwar Widerspruch eingelegt, über den auch ein Widerspruchsbescheid ergangen ist. Allerdings wurde der **Widerspruch wegen Verfristung als unzulässig abgelehnt**. Wird die Widerspruchsfrist versäumt und ergeht über den Widerspruch deshalb keine Sachentscheidung,

so wird der Verwaltungsakt unanfechtbar. Der form- und fristgerecht eingelegte Widerspruch ist Voraussetzung für die ordnungsgemäße Durchführung des Widerspruchsverfahrens und damit zugleich Sachurteilsvoraussetzung für die gerichtliche Entscheidung über eine anschließende Klage. Nicht nur die Zulässigkeit des Widerspruchs, sondern auch die **Zulässigkeit der Klage hängt von der Rechtzeitigkeit des Widerspruchs ab** (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.02.1987, 8 C 128.84, NVwZ 1988, VG Saarlouis: Urteil vom 25.03.2011 - 10 K 714/10; BeckRS 2011, 50961; Dolde/Porsch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Kommentar zur VwGO, Stand: Mai 2010, § 70 Rn. 2; Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 16. Auflage 2009, § 70 Rn. 6).

Die **Klage** ist daher **unzulässig**, wenn der Kläger die **Widerspruchsfrist versäumt** hat. Grundsätzlich beginnt die Widerspruchsfrist nach § 70 VwGO mit der Bekanntgabe des anzufechtenden Verwaltungsaktes zu laufen und beträgt einen Monat. Da hier jedoch ohnehin eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlt, kommt nur der Lauf der Jahresfrist nach §§ 70 II, 58 II VwGO in Betracht. Es kommt daher maßgeblich darauf an, wenn die Verkehrszeichen als bekanntgegeben gelten.

1. Bekanntgabe von Verkehrszeichen

*„Das **Verkehrsverbot** für Radfahrer bzw. Fahrräder (Zeichen 254), das wie andere Verkehrsverbote und -gebote ein Verwaltungsakt in Form einer **Allgemeinverfügung** im Sinne des § 35 S. 2 VwVfG ist (st. Rspr. seit BVerwG, Urt. v. 09.06.1967 - 7 C 18.66 -, BVerwGE 27, 181 [182] u. v. 13.12.1979 - 7 C 46.78 - BVerwGE 59, 221 [224]), wird gemäß § 43 I 1 VwVfG gegenüber demjenigen, für den es bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt **wirksam**, in dem es ihm bekannt gegeben wird.*

*Die **Bekanntgabe** erfolgt nach den bundesrechtlichen (Spezial-)Vorschriften der Straßenverkehrs-Ordnung **durch Aufstellen des Verkehrsschildes** (vgl. insbesondere §§ 39 I, 45 IV StVO). Sind Verkehrszeichen so aufgestellt oder angebracht, dass sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon „mit einem raschen und beiläufigen Blick“ erfassen kann (vgl. BGH, Urt. v. 08.04.1970 - III ZR 167/68 -, NJW 1970, 1126 f.), äußern sie ihre **Rechtswirkung gegenüber jedem** von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnimmt oder nicht (vgl. BVerwG, Urt. v. 11.12.1996 - 11 C 15.95 -, BVerwGE 102, 316 [318]).“ (VGH Mannheim aaO)*

Die angefochtenen Verkehrszeichen sind daher mit Wirkung auch gegenüber dem Kläger durch ihre Aufstellung bekanntgegeben worden.

2. Berechnung der Rechtsbehelfsfrist

Fraglich ist jedoch, ob dieser Zeitpunkt des Eintritts der Wirksamkeit auch für die Berechnung der Rechtsbehelfsfrist maßgeblich ist.

*„Dies bedeutet nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts indes nicht, dass die Anfechtungsfrist gegenüber jedermann bereits mit dem Aufstellen des Verkehrszeichens in Gang gesetzt würde. Diese **Frist** werde vielmehr **erst dann in Lauf gesetzt**, wenn sich der betreffende Verkehrsteilnehmer **erstmalig der Regelung des Verkehrszeichens gegenübersehe**.*

*Dass in seinem Urteil vom 11.12.1996 die Bekanntgabe nach den Vorschriften der Straßenverkehrs-Ordnung als eine besondere Form der öffentlichen Bekanntmachung bezeichnet werde, zwingt nicht zu dem Schluss, dass auch die Anfechtungsfrist für jedermann mit dem Aufstellen des Verkehrszeichens zu laufen beginne (vgl. BVerwG Urt. v. 23.09.2010 – 3 C 32.09 - NVwZ-RR 2011, 93; anders noch Senat, Beschl. v. 02.03.2009 - 5 S 3047/08 -, JZ 2009, 738; ebenso HessVG, Urt. v. 31.03.1999 - 2 UE 2346/96 -, NJW 1999, 2057; U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 7. A. 2008, § 41 Rn.139 ff.; Stelkens, NJW 2010, 1184). Denn es handele sich um **eine „besondere“ Form der öffentlichen Bekanntmachung**, die von der Wirkung anderer Formen öffentlicher Bekanntmachung durchaus abweichen könne. Dieser Auffassung schließt sich der Senat im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung nunmehr an.“ (VGH Mannheim aaO)*

3. mehrfaches Gegenübersehen

Für die Berechnung der Frist könnte es auch relevant sein, ob sich ein Verkehrsteilnehmer einem Verkehrsschild mehrfach genähert hat, so dass er auch mehrfach von dem Regelungsgehalt betroffen wurde.

*„Das Verkehrsge- oder -verbot, das einem Verkehrsteilnehmer bei seinem **ersten Herannahen bekannt gemacht** wurde, **gilt** diesem gegenüber **fort**, solange Anordnung und Bekanntgabe aufrechterhalten bleiben. Kommt der Verkehrsteilnehmer erneut an diese Stelle, hat das Verkehrszeichen für ihn nur eine **erinnernde Funktion**.*

Daraus, dass Verkehrszeichen gleichsam an die Stelle von Polizeivollzugsbeamten treten (vgl. BVerwG, Beschl. v. 07.11.1977 - 7 B 135.77 -, NJW 1978, 656), folgt nichts anderes. Trotz der Funktionsgleichheit und wechselseitigen Vertauschbarkeit einer Verkehrsregelung durch Verkehrszeichen einerseits und durch Polizeibeamte andererseits unterscheiden sie sich dadurch, dass **Verkehrszeichen die örtliche Verkehrssituation regelmäßig dauerhaft regeln** (vgl. bereits BVerwG, Urt. v. 13.12.1979, a. a. O., S. 225).“ (VGH Mannheim aaO)

Entgegen der Auffassung des Klägers hat die gemäß § 58 Abs. 2 VwGO einjährige Rechtsbehelfsfrist daher nicht erneut zu laufen begonnen, sollte er sich dem Verkehrsverbot ein weiteres Mal gegenübergesehen haben (vgl. BVerwG Urt. v. 23.09.2010 – 3 CD 32.09 - NVwZ-RR 2011, 93.).

4. Zwischenergebnis

„Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts war der hiergegen am 31.07.2007 erhobene **Widerspruch des Klägers nicht schon verfristet**. Die wegen Fehlens einer Rechtsmittelbelehrung **einjährige Widerspruchsfrist** (vgl. §§ 70 Abs. 1 Satz 1, 58 Abs. 2 VwGO) hatte gegenüber dem Kläger nicht schon mit dem Aufstellen dieses Verkehrszeichens, sondern erst **am 30.07.2007 zu laufen begonnen**, als der Kläger sich diesem nach eigenem Bekunden erstmals gegenüber sah. Dass er auf dieses tatsächlich bereits (viel) früher, nämlich bereits vor mehr als einem Jahr, getroffen wäre, lässt sich nicht feststellen.“ (VGH Mannheim aaO)

V. Einhaltung der Klagefrist, § 74 VwGO

Die Monatsfrist des § 74 VwGO für die Erhebung der Klage wurde eingehalten.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

„Der Klage fehlt im Hinblick darauf, dass der Kläger weiterhin seinen **Wohnsitz in K1** hat, ersichtlich auch nicht deshalb das erforderliche Rechtsschutzinteresse, weil **auszuschließen** wäre, dass er **jemals wieder mit der angefochtenen Verkehrsregelung konfrontiert** würde (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 21.08.2003, aaO).“ (VGH Mannheim aaO)

VII. sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen

Am Vorliegen der sonstigen Sachentscheidungsvoraussetzungen (Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit, Zuständigkeit des Gerichts, ordnungsgemäße Klageerhebung) bestehen keine Bedenken.

Ergebnis: Die Klage ist zulässig.

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 322

Rechtskraftwirkung Kündigungsschutzklage

ZPO

(BAG in NZA 2011, 804; Urteil vom 27.01.2011 – 2 AZR 826/09)

Einer **Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG** kann nur stattgegeben werden, wenn das **strittige Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht bereits auf Grund anderer Beendigungstatbestände aufgelöst** ist. Die **Rechtskraft eines Urteils**, mit dem die Klage gegen eine zu einem früheren Zeitpunkt wirkende Kündigung abgewiesen wurde, **schließt** gem. § 322 ZPO im Verhältnis der Parteien zueinander den Erfolg einer **Klage gegen eine danach zugegangene Kündigung aus**.

*„Der Bestand des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ist Voraussetzung für die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde (KR-Friedrich, 9. Aufl., § 4 KSchG Rn 255). Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage mit einem Antrag nach § 4 KSchG ist, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aus Anlass einer bestimmten Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin aufgelöst worden ist. Mit der **Rechtskraft eines Urteils im Kündigungsschutzprozess steht deshalb fest, ob im Zeitpunkt des Zugangs einer Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat oder nicht** (BAG NZA 2006, 491 = NJW 2006, 3661; KR-Friedrich, § 4 Rn 255). Die Rechtskraft schließt gem. § 322 ZPO im Verhältnis der Parteien zueinander eine hiervon abweichende gerichtliche Feststellung in einem späteren Verfahren aus (BAG NZA 2006, 491 = NJW 2006, 3661).“ (BAG aaO)*

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§§ 325, 736

Klage gegen GbR

ZPO

Rechtskraftwirkung eines gegen Gesellschafter ergangenen Urteils
(BGH in MDR 2011, 797 = NZG 2011, 662; Urteil vom 22.03.2011 – II ZR 249/09)

Nimmt ein Dritter in einem Rechtsstreit die Gesellschafter einer GbR aus ihrer persönlichen Haftung für eine Gesellschaftsschuld in Anspruch, entfaltet die **Rechtskraft eines in diesem Prozess ergangenen Urteils keine Wirkung in einem weiteren Prozess**, in dem er nunmehr den Anspruch gegen die Gesellschaft verfolgt. Dies gilt auch dann, wenn alle Gesellschafter am Vorprozess beteiligt waren.

- I. Die **Rechtskraft eines im Prozess gegen die Gesellschafter ergangenen Urteils erstreckt sich nach § 325 ZPO nicht auf die Gesellschaft**.

*„Nach dieser Vorschrift wirkt die **Rechtskraft eines Urteils grds. nur für und gegen die Parteien des Rechtsstreits**, in dem das Urteil ergangen ist. Die bekl. **Gesellschaft bürgerlichen Rechts war am Vorprozess nicht beteiligt**. Parteien des Vorprozesses waren vielmehr ihre vier Gesellschafter. **Bei der GbR und ihren Gesellschaftern handelt es sich nach der neueren Rspr. des Senats (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311) um verschiedene Rechtssubjekte**. Richtet sich eine Klage ausschließlich gegen die Gesellschafter einer GbR, sind nur diese und nicht auch die Gesellschaft am Verfahren beteiligt.“ (BGH aaO)*

- II. Allerdings kann sich die **Rechtskraft eines Urteils ausnahmsweise auch auf einen nicht am Verfahren beteiligten Dritten erstrecken**. Dies ist allerdings nicht schon dann der Fall, wenn es einem Dritten zumutbar ist, die rechtskräftige Entscheidung über ein vorgreifliches Rechtsverhältnis gegen sich gelten zu lassen (BGH NJW 1996, 395 = WM 1996, 184; NJW-RR 2005, 338 = NZG 2005, 180 = ZIP 2005, 121).

Eine **Durchbrechung des Grundsatzes**, dass ein Dritter an ein ohne seine Mitwirkung zu Stande gekommenes gerichtliches Erkenntnis grds. nicht gebunden sein soll, kommt nämlich **nur dann in Betracht, wenn dies im Einzelfall vom Gesetz ausdrücklich angeordnet oder zumindest nach dem Sinn einer Gesetzesvorschrift geboten** ist (BGH NJW 1996, 395 = WM 1996, 184).

Diese **Voraussetzung ist hier nicht erfüllt**: Weder § 129 I HGB noch § 736 ZPO kann entnommen werden, dass ein in einem Rechtsstreit mit einem Dritten gegen sämtliche Gesellschafter einer GbR ergangenes Urteil über deren persönliche Haftung für eine Gesellschaftsschuld für und gegen die nicht am Prozess beteiligte Gesellschaft Wirkung entfaltet, wenn der Anspruch nunmehr gegen die Gesellschaft verfolgt wird.

1. **§ 129 I HGB gilt sinngemäß zwar für die GbR** (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311; NJW-RR 2006, 1268 = NZG 2006, 459 = ZIP 2006, 994), **befasst sich jedoch nicht mit der hier zu entscheidenden Frage**, ob ein rechtskräftiges Urteil gegen alle Gesellschafter Wirkung für und gegen die Gesellschaft entfaltet.

*„Vielmehr **regelt sie umgekehrt Inhalt und Umfang der Bindungswirkung eines gegen die Gesellschaft ergangenen rechtskräftigen Urteils für und gegen die Gesellschafter**. Ein solches Urteil wirkt nach § 129 I HGB auch gegen die Gesellschafter, indem es ihnen die Einwendungen nimmt, die schon der Gesellschaft abgesprochen wurden (BGH NJW-RR 2006, 1268 = NZG 2006, 459 = ZIP 2006, 994). Ob man § 129 I HGB als Rechtskrafterstreckung (so z. B. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 325 Rn 35; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 129 Rn 7, § 128 Rn 43) oder als Einwendungsausschluss ähnlich wie § 767 II ZPO versteht (Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 129 Rn 11; offengelassen*

von BGH NJW-RR 2006, 1268 = NZG 2006, 459 = ZIP 2006, 994 Rn 15), ist ohne Bedeutung. Jedenfalls kann aus dieser Vorschrift nicht die Bindungswirkung eines im Prozess gegen alle Gesellschafter ergangenen rechtskräftigen Urteils für und gegen die Gesellschaft hergeleitet werden. § 129 I HGB ist **Ausdruck und Folge der in § 128 I HGB geregelten akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Schuld der Gesellschaft**. Die Gesellschaft haftet aber für die Schuld der Gesellschafter nicht akzessorisch. Aus diesem Grund bedarf es einer § 129 I HGB entsprechenden, die Bindungswirkung eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils gegenüber der Gesellschaft regelnden Bestimmung nicht.“ (BGH aaO)

2. Die **Rechtskraftwirkung eines Urteils gegen alle Gesellschafter einer GbR für und gegen die Gesellschaft lässt sich auch nicht auf § 736 ZPO stützen.**

- a) **§ 736 ZPO ordnet keine Rechtskrafterstreckung an**, sondern bestimmt, dass zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist.

„Zwar kann **eine über § 325 ZPO hinausgehende Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte auch dann** anzunehmen sein, **wenn sie nicht ausdrücklich angeordnet ist**; vielmehr genügt es, wenn sie nach dem Sinn einer Vorschrift geboten ist (BGH NJW 1996, 395 = WM 1996, 184).

Auch dies trifft für **§ 736 ZPO** jedoch nicht zu: Die Vorschrift ist mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts nicht überflüssig geworden; sie ist **so zu verstehen, dass** – anders als bei der OHG (§ 124 II HGB) – **zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nicht zwingend ein Titel gegen die Gesellschaft erforderlich ist**, sondern auch mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter, der im Hinblick auf ihre persönliche Mithaftung ergangen ist, in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden kann (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; BGH NJW 2008, 1378 = NZG 2008, 264; NJW 2004, 3632 = NZG 2004, 903).

[Hieraus] folgt aber nicht, dass die Rechtskraft eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils zugleich für und gegen die Gesellschaft wirkt: Lässt man unter Berufung auf § 736 ZPO aus dem gegen die einzelnen Gesellschafter ergangenen Titel die Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft zu, wird damit nach der Anerkennung der Parteifähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts zwar der Grundsatz durchbrochen, dass die Vollstreckung in das Vermögen eines **eigenständigen Rechtssubjekts** grds. einen Titel voraussetzt, dessen Gegenstand eine nach materiellem Recht bestehende Verpflichtung dieses Schuldners ist und ein Titel nur die Vollstreckung in das Vermögen des im Titel bezeichneten Schuldners eröffnen kann. Dies ist aber hinnehmbar, wenn Gegenstand der titulierten Verpflichtung eine Verbindlichkeit der Gesellschaft ist, für die die in Anspruch genommenen Gesellschafter haften, und alle Gesellschafter dem Vollstreckungszugriff unterworfen sind (BGH NJW 2008, 1378 = NZG 2008, 264).“ (BGH aaO)

- b) Für eine Rechtskrafterstreckung auf die Gesellschaft besteht zudem nicht deshalb ein unabweisbares Bedürfnis, weil ein Gläubiger wegen des **gestörten Gleichlaufs zwischen materieller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit** zum einen aus dem gegen alle Gesellschafter ergangenen stattgebenden Urteil in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann und ein zweites Mal aus einem ihm günstigen Urteil gegen die Gesellschaft.

„Die **Interessen der Gesellschaft werden nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn wegen derselben Gesellschaftsschuld unterschiedliche Titel ergehen können**. Der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Gesellschaftsvermögens kann ohne Weiteres dadurch begegnet werden, dass die Gesellschaft den **Erfüllungseinwand in dem gegen sie geführten Prozess erhebt oder mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend macht**.“ (BGH aaO)

- c) Gegen das von der Revisionserwidern befürwortete Verständnis des § 736 ZPO als Norm, die die Rechtskrafterstreckung eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils auf die parteifähige Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gebietet, spricht zudem, dass die **Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft entgegen dem Wortlaut des § 736 ZPO keinen in einem einheitlichen Verfahren gegen alle Gesellschafter erstrittenen Titel voraussetzt**.

BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 736 Rn 3; MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 718 Rn 55 m. w. Nachw.

„Genügen nach § 736 ZPO mehrere in getrennten Verfahren erwirkte Titel gegen alle Gesellschafter für eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, lässt sich eine Erstreckung der Rechtskraft auf die nicht am Prozess beteiligte Gesellschaft nicht mit der Begründung rechtfertigen, im Gesellschafterprozess sei eine das Verfahren (Art. 103 GG) und die Rechtskraft legitimierende Repräsentation der Gesellschaft durch ihre Gesellschafter gewährleistet. Selbst wenn die Klage gegen alle Gesellschafter gerichtet ist, werden die **Interessen der Gesellschaft nicht in jedem Fall notwendigerweise durch ihre Gesellschafter wahrgenommen**, weil die Interessen der Gesellschafter oder einzelner von ihnen durchaus auch gegenläufig sein können.“ (BGH aaO)

3. Schließlich ist die Erstreckung der Rechtskraft eines die Klage gegen alle Gesellschafter abweisenden Urteils auf die Gesellschaft nicht deshalb geboten, weil andernfalls ein der Klage stattgebendes Urteil in einem weiteren Prozess gegen die Gesellschaft nach § 129 I HGB analog wiederum gegen die einzelnen Gesellschafter wirken würde.

„Dies trifft nicht zu: Einer erneuten Inanspruchnahme der einzelnen Gesellschafter aus ihrer Mithaftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft steht die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils in dem gegen sie geführten Vorprozess entgegen. Dass das **Bestehen der Verbindlichkeit der Gesellschaft im Gesellschafts- und Gesellschafterprozess möglicherweise unterschiedlich beurteilt wird, ist – ebenso wie bei der OHG und der KG – hinzunehmen**, wenn in getrennten Prozessen zuerst die Gesellschafter und dann die Gesellschaft verklagt werden.“ (BGH aaO)

4. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Rechtskraft eines Urteils nur zwischen den Parteien des rechtskräftig entschiedenen Prozesses wirkt, ist auch nicht aus anderen Gründen gerechtfertigt.

„Zwar ist anerkannt, dass ein im Gesellschafterprozess ergangenes Urteil jedenfalls für die Gesellschaft bindend ist, wenn über die Grundlagen der Gesellschaft entschieden wurde (BGHZ 48, 175 = NJW 1967, 2159 für die OHG). Ein solcher **Sonderfall liegt hier aber nicht vor** (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

(OLG Saarbrücken in FamRZ 2011, 985; Beschluss vom 27.10.2010 – 9 UF 73/10)

Videoaufzeichnungen, die von einem Hausanwesen zur Klärung von Belästigungen angefertigt wurden, unterliegen nicht generell einem Beweisverwertungsverbot. Diese können vielmehr im Einzelfall nach einer umfassenden Abwägung der grundrechtsrelevanten Positionen des Abgebildeten und des Aufzeichnenden zur Glaubhaftmachung in einem einstweiligen Anordnungsverfahren zugelassen sein.

„Grds. kann niemand allgemein Schutz davor verlangen, außerhalb seines befriedeten Besitztums, insbes. auf öffentlichen Wegen, durch andere beobachtet zu werden. Andererseits muss der einzelne auch in diesem Bereich keineswegs generell dulden, dass jedermann von ihm Bildnisse, insbes. Filmaufnahmen mittels einer Videokamera, fertigt. Die spezialgesetzliche, der Gewährleistung des Rechts am eigenen Bild dienende Regelung des § 22 KUG gewährt keinen Schutz gegen die Herstellung von Abbildungen, sondern nur gegen ihre unzulässige Verbreitung oder öffentliche Zurschaustellung. Indes kann die Herstellung eines Bildnisses ohne Einwilligung des Abgebildeten einen unzulässigen Eingriff in dessen nach § 823 I BGB geschütztes allgemeines Persönlichkeitsrecht bedeuten. Dabei wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nicht nur im Fall einer „Bildniser-schleichung“ verletzt, indem etwa Abbildungen einer Person in deren privatem Bereich gefertigt werden in der Absicht, sie der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Vielmehr kann auch die Herstellung von Bildnissen einer Person, insbes. die Filmaufzeichnung mittels Videogerät, in der Öffentlichkeit zugänglichen Bereichen und ohne Verbreitungsabsicht einen unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen darstellen. Ob und in welchem Umfang bereits die Fertigung derartiger Bilder rechtswidrig und unzulässig ist oder aber vom Betroffenen hinzunehmen ist, kann nur unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und durch Vornahme einer unter Berücksichtigung aller rechtlich, insbes. auch verfassungsrechtlich geschützten Positionen der Beteiligten durchgeführten Güter- und Interessenabwägung ermittelt werden (BGH NJW 1995, 1955).“ (OLG Saarbrücken aaO)

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

(OLG Frankfurt a.M. in ZAP 2011, 719; Beschluss vom 07.12.2010 – 3 Ws 1142/10)

Bei **Übersendung eines Rechtsmittelschriftsatzes per Einschreiben** kann der Absender **nicht darauf vertrauen, dass sein Rechtsmittel bereits am Tage nach seiner Aufgabe beim Empfangsgericht eingehen wird.**

*„Es kann dahinstehen, ob der Absender einer normalen Postsendung bzw. eines Einwurf-Einschreibens darauf vertrauen kann, dass diese einen Tag nach Aufgabe bei der Post beim Empfangsgericht eingeht (so OLG Hamm NJW 2009, 2230; wohl auch – für normale Postsendungen – BGH NJW-RR 2004, 1217) oder ob er nach Maßgabe des § 270 S. 2 ZPO (OLG Stuttgart NStZ-RR 2010, 15) bzw. § 2 Nr. 3 PUDVL (OLG Stuttgart NStZ-RR 2010, 15; vgl. auch BVerfG NStZ 2004, 215; BVerfG NStZ-RR 2005, 176 – für normale Postsendungen) mit einer normalen Postlaufzeit von zwei Beförderungstagen rechnen muss. Denn der Angekl. hat vorgetragen, die Sendung per Einschreiben aufgegeben zu haben; auch der von ihm vorgelegte Einlieferungsbeleg weist diese Versendungsform aus. Diese Sendungen werden aber auf ihrem Weg vom Absender zum Empfänger **besonderen Kontrollen** unterzogen. Nicht nur diese sind **zeitaufwändig**. Auch die Auslieferung solcher Postsendungen am Bestimmungsort kann zu Verzögerungen führen, weil sie bspw. nach Schluss der Gerichtsstunden nicht in den Nachtbriefkasten eingeworfen werden können, sondern erst am nächsten Tag gegen Quittung auf der Briefannahmestelle des Gerichts abgeliefert werden müssen.*

Der Senat hat deshalb (NStZ-RR 2006, 142) ausgesprochen, dass ein Rechtsmittelführer nicht darauf vertrauen kann, dass sein Rechtsmittel bereits am Tag nach seiner Aufgabe beim Empfangsgericht eingehen werde. Hieran hält der Senat fest. Die genannte Rspr. des OLG Hamm und des BGH (vgl. auch NJW 1999, 2118; GA 1994, 75), die – wie dargestellt – nur normale Postsendungen bzw. Einwurf-Einschreiben betrifft, steht dem nicht entgegen.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

(OLG Hamm in ZAP 2011, 715; Beschluss vom 20.02.2011 – III-3RVs 104/10)

Auch beim Vorliegen einer alkoholischen Beeinflussung oberhalb von 2‰ BAK ist es möglich, dass der Beschuldigte den Sinn und die Tragweite der Einwilligung in die Blutprobenentnahme nach § 81 a StPO erkennt. Hierzu **bedarf** es jedoch einer **näheren Darlegung der insoweit relevanten Umstände**, etwa des Vorhandenseins von Ausfallerscheinungen, des vorangegangenen Trinkverhaltens, der Trinkgewohnheiten und ggf. weiterer Umstände, die Anhaltspunkte für die Beurteilung einer Beeinträchtigung der kognitiven Fähigkeiten des Beschuldigten aufgrund der gegebenen Alkoholisierung darstellen.

*„Eine **Einwilligung** müsste der Besch. **ausdrücklich und eindeutig aus freiem Entschluss erklärt** haben; erforderlich ist, dass der Besch. die **Sachlage und sein Weigerungsrecht kennt** (vgl. BGH NJW 1964, 1177). I. d. R. muss er darüber belehrt werden, denn eine wirksame Einwilligung setzt die Erkenntnis des Eingriffs sowie das Erkennen der Sachlage und damit die Erkenntnisfähigkeit für Art und Bedeutung des Eingriffs voraus (vgl. BGH aaO).*

*Der Besch. muss zudem zum Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligung in die Blutentnahme genügend **verstandesreif** sein, **um die Tragweite seiner Einwilligungserklärung zu erkennen** (Heinrich NZV 2010, 278 m. w. Nachw.). Erforderlich ist, dass der Betr. nach seiner Verstandesreife den **Sinn und die Tragweite der Einwilligung erkennt**. Zwar kann die **Einwilligungsfähigkeit** eines Besch. **aufgrund der Stärke des Alkoholeinflusses im Einzelfall zweifelhaft** sein. Hierfür **genügt aber nicht bereits jede alkoholische Beeinflussung**.*

Es erscheint durchaus möglich, dass auch bei alkoholischen Beeinflussungen über 2‰ der Betr. den Sinn und die Tragweite der Einwilligung erkennt. Hierzu bedarf es jedoch einer näheren Darlegung der insoweit relevanten Umstände, etwa des Vorhandenseins von Ausfallerscheinungen, des vorangegangenen Trinkverhaltens, der Trinkgewohnheiten und ggf. weiterer Umstände, die Anhaltspunkte für die Beurteilung einer Beeinträchtigung der kognitiven Fähigkeiten des Angeklagten aufgrund der gegebenen Alkoholisierung darstellen. Hinreichende Ausführungen hierzu lässt das angefochtene Urteil vermissen.“ (OLG Hamm aaO)

VerwKostG
§ 22 I

Anfechtungsklage
Umfang

VerwR

(OVG NRW in NZV 2011, 268; Beschluss vom 21.12.2010 – 8 B 1626/10)

Die (hier: gegen eine Fahrtenbuchauflage) erhobene **Anfechtungsklage richtet sich gem. § 22 I VerwKostG auch gegen die mit der Sachentscheidung verbundene Kostenentscheidung** (Festsetzung von Gebühren und Auslagen).

„Nach § 22 I VwKostG kann die Kostenentscheidung zusammen mit der Sachentscheidung oder selbstständig angefochten werden; der Rechtsbehelf gegen eine Sachentscheidung erstreckt sich auch auf die Kostenentscheidung. Dabei umfasst der Begriff der Kosten nach § 6a I StVG Gebühren und Auslagen. **Sinn des § 22 I VwKostG ist es, den Betr. davon zu entbinden, neben der Sachentscheidung die damit verbundene Kostenentscheidung ausdrücklich** – sei es in Form einer eigenständigen Klage, sei es in Gestalt eines weiteren, gesonderten Klageantrags – **anzugreifen. Die Verwaltungskostenentscheidung soll nicht in Bestandskraft erwachsen, solange nicht die Bestandskraft der Sachentscheidung eingetreten ist.**“ (OVG NRW aaO)

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 47 IIa

Normenkontrollantrag

VwGO

Zulässigkeit bei nachträglich erhobenen Einwendungen

(BVerwG in BayVBI 2011, 379 = ZfBR 2011, 152; Urteil vom 18.11.2010 – 4 CN 3.10)

Ein **Normenkontrollantrag** ist auch dann **nach § 47 Abs. 2a VwGO unzulässig, wenn der Ast. im Rahmen der öffentlichen Auslegung Einwendungen nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht hat**, die sich der planenden Gemeinde nach Lage der Dinge aufdrängen mussten.

- I. § 47 IIa VwGO unterscheidet seinem Wortlaut nach nicht danach, ob die Einwendungen Belange betreffen, die für die planende Stelle ohne Weiteres als abwägungserheblich ersichtlich sind, oder Belange, die erst dadurch ins Blickfeld rücken, dass sie im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung von den Betroffenen geltend gemacht werden.

„Der **Verzicht auf diese Differenzierung ist nach Sinn und Zweck der Norm beabsichtigt**: Die Regelung hat zum Ziel, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial hinzuzufügen und im Hinblick auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und den Verwaltungsgerichten zu **verhindern, dass sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden** (BTDrucks 16/2496 S. 18). Dieses Ziel ist nicht nur für den Fall relevant, dass abwägungsbeachtliche Belange erst aufgrund ihrer Geltendmachung durch Betroffene für die Gemeinde sichtbar werden. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass auch auf der Hand liegende Belange von der Gemeinde übersehen und nicht – wie geboten – in die Abwägung eingestellt werden. Mit der Forderung, dass solche Belange im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung ebenfalls geltend zu machen sind, will der Gesetzgeber eine lückenlose Zusammenstellung des Abwägungsmaterials gewährleisten und das öffentliche Interesse an der Vermeidung von – der Investitions- und Rechtssicherheit abträglichen – Abwägungsfehlern schützen (vgl. BTDrucks 16/2496 S. 11).

Auch hätte § 47 IIa VwGO keinen eigenständigen, über den bisherigen Rechtszustand hinausgehenden Regelungsgehalt, wenn er nur Einwendungen erfasste, mit denen für die Gemeinde nicht sichtbare, der Planung widerstreitende Belange geltend gemacht würden.“ (BVerwG aaO)

- II. Auch ist eine **Auslegung des § 47 IIa VwGO, die sämtliche Einwendungen einbeziehe, verfassungsrechtlich nicht unzulässig**.

„In der Rspr. des BVerwG ist geklärt, dass der **Ausschluss von Einwendungen, die in einem behördlichen Verfahren nicht oder verspätet erhoben worden sind, in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren sowohl im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) als auch im Hinblick auf die **Eigentumsgarantie** (Art. 14 I GG) – der Schutzbereich des Art. 103 I GG ist nicht betroffen – unbedenklich ist, wenn der Gesetzgeber damit ein legitimes Ziel verfolgt, die Obliegenheit zur Mitwirkung im behördlichen Verfahren für den betroffenen Bürger typischerweise erkennbar und nicht geeignet ist, den gerichtlichen Rechtsschutz zu vereiteln oder in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren. Das Ziel des § 47 IIa VwGO, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial zuzuführen und im Hinblick auf die grds. Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und den Verwaltungsgerichten zu verhindern, dass sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden, ist legitim.“ (BVerwG aaO)

- ZA 08/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 152a

Anhörungsrüge

VwGO

schließt Änderungsverfahren nach § 80 VII 2 VwGO aus

(VGH München in BayVBI 2011, 413; Beschluss vom 22.11.2010 – 1 CS 10.2629)

Für die **Geltendmachung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs** stellt die **Anhörungsrüge eine spezielle (Neu-) Regelung** dar, die **bei einstweiligen Rechtsschutzverfahren den Rückgriff auf das Änderungsverfahren nach § 80 VII 2 VwGO ausschließt**.

„Ein **Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf gegen eine Beschwerdeentscheidung ist nicht gegeben** (vgl. § 152 a I 1 Nr. 1 VwGO). Ein Änderungsantrag nach § 80 VII 2 VwGO stellt keinen solchen anderweitigen Rechtsbehelf dar (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Juli 2005, § 152a Rn 16; Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 152a Rn 9; a. A. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 152a Rn 15). Mit dem Rechtsinstitut der Anhörungsrüge hat der Gesetzgeber eine spezielle Regelung geschaffen, die die vom BVerfG für geboten gehaltene Anwendung des Änderungsverfahrens nach § 80 VII 2 VwGO bei einer geltend gemachten Verletzung des rechtlichen Gehörs entbehrlich macht (vgl. VGH BW NVwZ 2006, 219). Damit wird erreicht, dass die **Fristbindung der Anhörungsrüge nicht durch die Fortschreibung einer Konstruktion unterlaufen wird**, die ersichtlich nur gewählt wurde, weil es bis zum Inkrafttreten des § 152a VwGO keine andere Möglichkeit einer Korrektur auf fachgerichtlicher Ebene gab. Andernfalls ergäbe sich bei Anhörungsrügen gegen Beschwerdeentscheidungen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes auch die wenig sachgerechte Konsequenz, dass zunächst das Verwaltungsgericht als Gericht der Hauptsache darüber zu entscheiden hätte (vgl. § 80 VII 1 VwGO), ob der VerwGH das rechtliche Gehör verletzt hat.“ (VGH München aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Bitter/Alles:** Die Rspr. zum Aufschub des Verjährungsbeginns bei unklarer Rechtslage (NJW 2011, 2081)
2. **Althammer:** Verjährungshemmung durch unzulässige Klage des Rechtsnachfolgers (NJW 2011, 2172)

Problemstellung: Wird die **Anspruchsverjährung nur durch die Klage des materiell Berechtigten gehemmt? Steht es der Hemmungswirkung entgegen, wenn die Klage des materiell Berechtigten aus prozessualen Gründen unzulässig ist**, entweder weil die Prozessführungsbefugnis fehlt oder die Rechtshängigkeit eines anderen Verfahrens entgegensteht? - Soweit die materielle Berechtigung des Kl. feststeht, wird die **Verjährung nach § 204 I Nr. 1 BGB auch dann gehemmt, wenn die Klage wegen des Nichtvorliegens der Sachurteilsvoraussetzungen**, wie etwa für den Rechtsnachfolger im Falle von § 265 II ZPO, **durch Prozessurteil abzuweisen wäre**. - Die **Frage, ob dieser Argumentationsgang auch auf alle anderen materiell-rechtlichen, rechtsvermehrenden Wirkungen der Rechtshängigkeit (§ 262 ZPO) übertragbar ist**, wie die verschärfte Haftung i. S. von § 818 IV BGB oder nach § 989 BGB bzw. die gesetzliche Verzinsung nach § 291 BGB, **dürfte zu bejahen sein**, wenn zumindest die materielle Berechtigung des Kl. gegeben ist, weil die Schutzwürdigkeit des beklagten Schuldners hier keine andere ist als im Falle von § 204 I Nr. 1 BGB

3. **Große-Wilde:** Die Rspr. zum Erbrecht seit der Erbrechtsreform (MDR 2011, 769)
4. **Geißler:** Rechtsprechungsübersicht des BGH zum Mietrecht im Jahre 2010 (NJ 2011, 221)
5. **Pröpper:** Die Übernahme der Rechtsanwaltskosten durch den Arbeitgeber (NZA 2011, 837)

Wird in einem Aufhebungsvertrag vereinbart, dass der Arbeitgeber die Rechtsanwaltskosten des Arbeitnehmers trägt, kommen zwei Wege in Betracht: Zum einen **können dem Mandanten (Arbeitnehmer) die anwaltlichen Kosten in Rechnung gestellt werden**, welcher sie begleicht und zur Erstattung bei seinem (Noch-)Arbeitgeber zur Erstattung geltend macht; dann können sie zwar auch im Aufhebungsvertrag angesprochen werden, sollten aber eher in die Abfindung eingepreist werden; als zweiter und besserer Weg bietet sich hingegen eine Regelung an, wonach die **Abrechnung unmittelbar durch den Rechtsanwalt des Arbeitnehmers gegenüber dessen Arbeitgeber** erfolgt; insofern bedeutet eine unmittelbare Abrechnung und Kostenübernahme eine Abkürzung des Zahlungsweges und ist zu favorisieren. - Hinsichtlich der Konsequenzen ist in die Perspektive des Arbeitgebers einerseits und den Blickwinkel des Arbeitnehmers andererseits zu differenzieren, bezogen auf die Konsequenzen aus dieser Ausgestaltung einer unmittelbaren Übernahme der Rechtsanwaltskosten im Rahmen des Aufhebungsvertrags. - **Auswirkungen für den Arbeitgeber** bei Übernahme der Rechtsanwaltskosten: Die **Übernahme von Kosten durch den Arbeitgeber stellt i. d. R. Arbeitslohn dar**, denn die Kostenübernahmeregelung im Aufhebungsvertrag liegt nicht im eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers; bei der Übernahme der Rechtsanwaltskosten durch den Arbeitgeber handelt es sich für den Arbeitnehmer um einen geldwerten Vorteil und damit um Lohn i. S. des § 19 I 1 Nr. 1 EStG, so dass die Kostenübernahme gegenüber dessen Rechtsanwalt **lohnsteuerlich durch den Arbeitgeber erfasst** werden muss. - **Sozialversicherungsrechtliche Folgen:** Der Arbeitgeber ist im Arbeitsverhältnis für die Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags verantwortlich; dazu zählt auch die richtige Berechnung und Abführung der Beiträge, wobei Beitragsschuldner gegenüber der Sozialversicherungsträger allein der Arbeitgeber ist; den Beitragsanteil kann der Arbeitnehmer nur durch Lohnabzug geltend machen; ist der Arbeitnehmer bereits ausgeschieden, ist eine Geltendmachung des unrichtigerweise unterbliebenen Beitragsabzuges ggü. dem Arbeitnehmer grds. nicht mehr möglich; insofern gilt auch hier das lohnsteuerliche Ergebnis, wonach die **Kostenübernahme gegenüber dessen Rechtsanwalt hinsichtlich des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber sozialversicherungsrechtlich zu erfassen** ist. - **Umsatzsteuerrechtliche Folgen:** Erfolgt die Abrechnung unmittelbar ggü. dem Arbeitgeber, so ist die umsatzsteuerrechtliche Gestaltung wichtig; denn der Arbeitgeber ist bei einer unmittelbaren Abrechnung des Rechtsanwalts des Arbeitnehmers nicht zum Vorsteuerabzug aus der Rechnung über die Beratungsleistung, die ja nicht ihm gegenüber erfolgte, sondern dem Arbeitnehmer gegenüber erbracht worden ist, berechtigt; der Arbeitgeber, der die Rechtsanwaltskosten übernimmt, kann die **Rechtsanwaltskosten einschließlich der in Rechnung gestellter Umsatzsteuer als Betriebsausgaben nach § 4 IV EStG abziehen**; auf die Art der Aufwendung und deren Bezeichnung kommt es für den Betriebsausgabenabzug von Arbeitslohn nicht an, Voraussetzung ist nur die betriebliche Veranlassung beim Arbeitgeber, woran keine Zweifel bestehen.

6. **Schulz/Bergmann:** Rspr.-Übersicht zum Reiserecht 2010 bis 2011 (VUR 2011, 208)
7. **Greiner:** Zivilrechtliche Ansprüche im Strafverfahren – Das nicht anhängig gemachte Adhäsionsverfahren als Sperrwirkung für einen Zivilprozess? (ZRP 2011, 132)

II. Strafrecht

1. **Schumann:** Ist die Ausfuhr von Computerspielen mit NS-Symbolen strafbar? - Bemerkungen zu § 86a I Nr. 2 StGB (MMR 2011, 440)

§ 86a I Nr. 2 StGB enthält zwei Tatbestände: Die von Rspr. und Lit. entwickelten **Grundsätze zu den Schutzgütern und einer entsprechend restriktiven Auslegung des Tatbestands des § 86a I Nr. 1 StGB treffen bei Nr. 2 nur für den Tatbestand zu, der Vorbereitungshandlungen für geplante Inlandstaten nach Nr. 1 erfasst.** - Für den eigenständigen Gefährdungstatbestand im Fall beabsichtigter Verbreitung oder Verwendung tatbestandsmäßiger Kennzeichen im Ausland lässt sich als **Schutzgut** allein das **Ansehen Deutschlands im Ausland** feststellen; mit Rücksicht darauf ist der **Tatbestand** in anderer Weise **restriktiv auszulegen** als in dem geplanten Inlandstaten; **strafbar sind die Vorbereitungshandlungen nur, wenn** erstens der **Täter eine Verbreitung oder Verwendung beabsichtigt, die als Bekenntnis zu der durch die tatbestandsmäßigen Gegenstände symbolisierten Ideologie gedeutet werden kann oder für sie werben soll**, und zweitens die **Gegenstände zu diesem Zweck objektiv geeignet** sind.

2. **Stuttman:** Die Entziehung der Fahrerlaubnis wegen Cannabiskonsums (NJOZ 2011, 1113)

§ 3 I 1 StVG weist die Fahrerlaubnisbehörde an, die Fahrerlaubnis (zwingend) zu entziehen, wenn sich ihr Inhaber als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. - Geeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen ist gem. § 2 IV 1 StVG, wer die notwendigen körperlichen und geistigen Anforderungen erfüllt und nicht erheblich oder nicht wiederholt gegen verkehrsrechtliche Vorschriften oder gegen Strafgesetze verstoßen hat. - § 6 I Nr. 1c StVG ermächtigt das Bundesverkehrsministerium, mit Zustimmung des Bundesrates eine Rechtsverordnung zu erlassen über die Anforderungen an die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen, die Beurteilung der Eignung durch Gutachten sowie die Feststellung und Überprüfung der Eignung durch die Fahrerlaubnisbehörde nach § 2 I 1 Nr. 3 i.V.m. IV, VII, VIII StVG; mit der Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV) ist eine solche Rechtsverordnung erlassen worden; sie legt in § 46 I 2 FeVO fest, dass die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis wegen Eignungsmangels zu entziehen hat, wenn Erkrankungen oder Mängel nach den Anlagen 4, 5 oder 6 vorliegen oder erheblich oder wiederholt gegen verkehrsrechtliche Vorschriften oder Strafgesetze verstoßen wurde und dadurch die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen ausgeschlossen ist. - Wie sich der Genuss von Cannabis auf die Fahreignung auswirkt, ist in Nr. 9.2 der Anlage 4 zur FeVO für den Regelfall festgelegt: Die **regelmäßige Einnahme von Cannabis lässt die Fahreignung stets entfallen**; die **gelegentliche Einnahme von Cannabis lässt die Fahreignung nicht entfallen, wenn der Fahrerlaubnisinhaber zwischen Konsum und Fahren trennt und kein zusätzlicher Gebrauch von Alkohol oder anderen psychoaktiv wirkenden Stoffen, keine Störung der Persönlichkeit und kein Kontrollverlust vorliegen**; der **einmalige Cannabiskonsum wird in der Anlage 4 nicht aufgeführt**. - **Voraussetzung der Entziehung** ist, dass die **Nichteignung positiv festgestellt** wird, **Bedenken an der Kraftfahreignung genügen nicht** für die Entziehung der Fahrerlaubnis. - Regelmäßig nimmt Cannabis ein, wer diese Droge täglich oder nahezu täglich zu sich nimmt; gelegentlich nimmt Cannabis ein, wer das Rauschmittel öfter als einmal, in voneinander unabhängigen selbstständigen Konsumakten, die in einem hinreichenden Zusammenhang zueinander stehen, zu sich nimmt. - Die **Beweislast** für diese Tatbestandsmerkmale **trifft im Entziehungsverfahren ungeschmälert die Fahrerlaubnisbehörde**; der gelegentliche Konsum kann beim Einwand des Erstkonsums nachgewiesen werden durch einen aktenkundigen früheren Konsumakt, eigene Einlassungen des Fahrerlaubnisinhabers, letztere bisweilen nur in Verbindung mit dem THC-Wert oder durch den THC-COOH-Wert; versagen diese Möglichkeiten, muss die Behörde den Ausgang eines von ihr anzuordnenden Drogenscreenings abwarten, bevor sie die Fahrerlaubnis entziehen kann; ein nur einmalig nachgewiesener Konsum von Cannabis berechtigt dazu noch nicht.

III. öffentliches Recht

1. **Groth/Hohm:** Die Rspr. des BSG zum SGB II (NJW 2011, 2335)
2. **Troidl:** Das selbstständige Beweisverfahren am Verwaltungsgericht (NVwZ 2011, 780)

Das **selbstständige Beweisverfahren** ist von Gesetzes wegen **auch am VG zulässig**. - Das Ziel des Gesetzgebers, schon vor dem Prozess in der Hauptsache eine gütliche Einigung herbeizuführen, hat vor den Verwaltungsgerichten nicht weniger Berechtigung als vor den Zivilgerichten; dies bestätigt zum einen der zunehmende Trend zu Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, zum anderen der **Abbau von Sach- und Personalmitteln bei den Verwaltungsbehörden**, die schon deshalb gar nicht mehr in der Lage sind, in jedem Einzelfall die gebotene Aufklärung des Sachverhalts zu betreiben. - Wie die Auswertung der einschlägigen Gerichtsentscheidungen zeigt, steht dem die grds. **Amtsaufklärung** seitens der Behörde weder aus deren Sicht noch aus dem Blickwinkel des Bürgers oder des Gerichts entgegen. - Jedenfalls dann, wenn die Behörde den Sachverhalt dem Untersuchungsgrundsatz zuwider nicht (zutreffend) aufklärt, hat der Bürger ein rechtliches Interesse an der Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens; dabei kommt als zu Grunde liegender Anspruch vor allem ein solcher auf bauaufsichtliches Einschreiten oder aus dem Gebot der Rücksichtnahme in Betracht, ferner ein Folgenbeseitigungsanspruch.

3. **Beckmann:** Die Klassifizierung von Eingriffsnormen als Verwaltungsakt und Realakt (NVwZ 2011, 842)

Die Klassifizierung von Eingriffsnormen in die Handlungsformen Verwaltungsakt und Realakt lässt sich im Allgemeinen mit den **Faustformeln der Befehls- oder Ausführungsermächtigung** lösen: Liegt eine Befehlsermächtigung in einer Rechtsnorm vor, muss trotzdem im Einzelfall noch geprüft werden, ob es sich dabei tatsächlich um

eine abschließende, endgültige bzw. unmittelbare Regelung handelt; bei der Klassifizierung kann es rechtsdogmatisch nur ein Entweder- oder und kein Sowohl-als-auch geben. - Für den **Vollzug von vollstreckungsunfähigen sonstigen Verwaltungsakt-Arten i. S. von § 80 I 2 VwGO fehlt bis heute eine adäquate Regelung zu den allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts**; solange sind diese **allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen** aber hier **analog anzuwenden**. - **Realakte können sofort vollzogen werden**; wird vom Rechtsunterworfenen dabei Widerstand geleistet, ist eine mündliche Begleitverfügung nebst Zwangsmittellandrohung unter Beachtung des obigen Prozedere unter III Nr. 2 c - d zur Durchsetzung des Realaktes auszusprechen und diese dann mittels unmittelbaren Zwanges zu vollstrecken; die Ermächtigungsgrundlagen hierzu müssen nicht genannt werden, und es bedarf auch keiner Begründung, so dass diese Vorgehensweise effektiv und ohne großen Aufwand ist; der Sofortvollzug als Ultima Ratio bleibt unberührt. - Entgegen der Lit. deckt § 37 II 1 VwVfG mit dem Tatbestandsmerkmal „in anderer Weise“ nicht die obigen Realakte mit unterstellter gleichzeitiger Verwaltungsakt-Qualität.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Dahns**: Ein Blick zurück auf wichtige berufsrechtliche Entscheidungen des Jahres 2010 – Teil 1 (BRAK-Mitt. 2011, 106)
2. **Schlinker**: Haftung für Beratungsfehler nach Umwandlung einer Anwalts-GbR in eine LLP (NJW 2011, 2091)

Bei anwaltlichem Fehlverhalten eines Mitglieds einer Rechtsanwalts-GbR haftet neben der GbR jeder einzelne Gesellschafter der GbR gesamtschuldnerisch mit seinem gesamten Vermögen auf Schadensersatz gegenüber dem Mandanten; ist die **Sozietät als Partnerschaftsgesellschaft** organisiert, **besteht neben der Haftung der Partnerschaftsgesellschaft** immerhin noch eine **persönliche Verantwortung der das Mandat betreuenden Partner**; organisiert sich die Kanzlei in der **Rechtsform der LLP**, so **trägt der handelnde Rechtsanwalt keine persönliche Verantwortung** gegenüber dem Mandanten für fahrlässiges Fehlverhalten, denn für Vertragsverletzungen im Rahmen des Mandatsverhältnisses **haftet allein die LLP mit dem Gesellschaftsvermögen**. - Allerdings müssen auch **nach der Umwandlung der Rechtsanwalts-GbR in eine Rechtsanwalts-LLP durch Anteilsübertragung alle bisherigen Gesellschafter der GbR persönlich und gesamtschuldnerisch in vollem Umfang für schuldhaftige Pflichtverletzungen des Anwaltsvertrags eintreten** und einen auf anwaltlicher Fehlberatung beruhenden Schaden des Mandanten ausgleichen, sofern die schuldhaftige Pflichtverletzung zeitlich vor der Anteilsübertragung begangen wurde. - In der Vergangenheit hat die Rspr. es für die persönliche Inanspruchnahme eines ehemaligen Sozietätsmitglieds sogar genügen lassen, dass der Vertrag mit dem Mandanten vor dem Ausscheiden aus der Gesellschaft geschlossen wurde, auch wenn die Pflichtverletzung (bei Fortbestand des Vertrags) erst nach seinem Ausscheiden begangen wurde; diese Folge dürfte sich durch einen neuen Mandatsvertrag zwischen der LLP und dem Mandanten vermeiden lassen. - Die **persönliche Schadensersatzpflicht beruht auf der gesetzlich angeordneten Nachhaftung unterschiedlicher Gesellschafter auf die Dauer von fünf Jahren**; eine Haftung der GbR kommt dagegen mangels Existenz nicht mehr in Betracht.

3. **Obarowski**: Die Vergleichsklausel in der Rechtsschutzversicherung und ihre Bedeutung für die anwaltliche Praxis (NJW 2011, 2014)

Bei rechtsschutzversicherten Mandanten ist im Falle einer gütlichen Erledigung darauf zu achten, dass eine Kostenregelung erfolgt, die dem Verhältnis des Obsiegens zum Unterliegen entspricht; andernfalls drohen dem Mandanten **Leistungseinschränkungen** und der **Anwalt läuft Gefahr, wegen Schlechterfüllung des Mandatsvertrags seinen Gebührenanspruch zu verlieren**. - Die Vergleichsklausel ist unverzichtbar, um die Versicherten-gemeinschaft nicht mit Kosten zu belasten, die normalerweise der Gegner tragen müsste. - Die Klausel ist zwar nicht intransparent, allerdings nach den Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers auszulegen; dies bedeutet z. B., dass Fälle des schlichten Nachgebens einer Partei nicht in den Anwendungsbereich der Klausel gehören. – Grds. will die Klausel **unnötigen Kostenzugeständnissen des Versicherungsnehmers begegnen**; sie hat aber nicht zur Voraussetzung, dass der Gegner tatsächlich zur Kostenerstattung verpflichtet ist; einer Pflicht zur Prüfung der materiell-rechtlichen Situation ist der Versicherer aus Praktikabilitätsgründen entoben, es **entscheidet allein das Erfolgsverhältnis i. S. einer objektiv gebotenen Kostenverteilung**. - Auch nach der Fassung des § 5 III b ARB 94/2010 sind **alle Verfahrenskosten zu berücksichtigen, nicht nur die Einigungsgebühr**. - Auch bei Vergleichsabschlüssen ist über „Risiken und Nebenwirkungen“ zu beraten; hier kommt dem Rechtsanwalt im Dreiecksverhältnis Versicherer – Versicherungsnehmer (Mandant) – Rechtsanwalt eine zentrale Rolle zu: Im Rahmen seiner **allgemeinen Belehrungspflichten** hat er den Mandanten **über Handlungsalternativen und mögliche Kostenrisiken aufzuklären**; ratsam ist auch eine rechtzeitige Abstimmung mit dem Versicherer.

4. **Vergo**: Verteidigungsrelevante Aspekte rund um den Richtervorbehalt aus § 81 a II StPO bei Drogen- und Trunkenheitsfahrten (SVR 2011, 201)
5. **Fromm**: Gnadenanträge bei Entziehung der Fahrerlaubnis und Fahrverbot (NZV 2011, 329)

Ist der Beschuldigte in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren zu einer Freiheits- oder Geldstrafe verurteilt worden und hat das Gericht daneben die Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB entzogen oder ein Fahrverbot gem. § 44 StGB angeordnet, so können als letzter Ausweg auch im Verkehrsstrafrecht Gnadenanträge durch den Betr. oder seinen Verteidiger gestellt werden, wenn das Urteil – ggf. nach erfolgloser Einlegung von Rechtsmitteln – zwi-

schenzeitlich rechtskräftig ist; hierdurch kann u.a. der Wegfall des Fahrverbots erreicht werden; dasselbe gilt auch für das Ordnungswidrigkeiten, wenn der Betr. im Bußgeldverfahren zu einer Geldbuße mit Fahrverbot gem. § 25 I 1 StVG verurteilt wurde. - **Gnadenerweise haben Ausnahmecharakter und dienen insbes. dazu, Unbilligkeiten bei nachträglich bekannt gewordenen oder eingetretenen allgemeinen oder persönlichen Umständen auszugleichen.** - Die Gnadenbehörden haben die Befugnis, bei der Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB Sperrfristen zur Wiedererteilung der Fahrerlaubnis bis zu zwei Jahren sowie Fahrverbote nach § 44 StGB oder § 25 I 1 StGB, auf die durch gerichtliche Entscheidung erkannt worden ist, aufzuheben oder zu verkürzen. - Eine Gnadenentscheidung fällt i. d. Regel positiv aus, wenn die **Vollstreckung der Führerscheinmaßnahme zu erheblichen und außergewöhnlichen Nachteilen führen würde**; in diesem Zusammenhang kann der Rechtsanwalt auf die Rspr. der OLG zum Wegfall des Fahrverbots wegen der damit verbundenen besonderen Härte zurückgreifen; danach ist wegen des mit Verfassungsrang ausgestatteten rechtsstaatlichen Übermaßverbots von einem Fahrverbot oder einer Entziehung der Fahrerlaubnis abzusehen, wenn infolge der Führerscheinmaßnahme die **konkrete Gefahr eines Arbeitsplatz- oder Existenzverlustes droht**; bei neuen Gesichtspunkten, die noch nicht im Rahmen der Verteidigung vor Rechtskraft vom Richter in seine Entscheidung einbezogen werden konnten, erscheint ein Gnadenantrag durchaus empfehlenswert. - Problematisch ist jedoch, dass Gnadenanträge oft sehr spät bearbeitet werden, so dass sich oft die Problematik nach Beginn der Fahrverbotsfrist erledigt hat; daher sollte **ausdrücklich beantragt werden, die Vollstreckung bis zur Entscheidung über das Gnadengesuch vorläufig einzustellen.** - Für Gnadengesuche fällt die **Gebühr nach Nr. 4303 V - RVG** an; hierfür **ist seitens der Rechtsschutzversicherung stets Deckungszusage zu erteilen**, es sei denn es liegt ein Vorsatzdelikt vor. - Die nicht erfolgreiche Gnadenentscheidung kann mit der Beschwerde angegriffen werden.

Darstellung des Prozessvergleichs im Urteil

1. Tatbestand

Der Vergleichsschluss und die näheren Umstände sind vor dem streitigen Klägervorbringen darzustellen. Die Behauptungen und Ansichten der Parteien zur Frage des Vergleichsschlusses sind vor den Ausführungen zu eigentlichen Streitgegenstand darzustellen.

Bestreitet z.B. der Kläger die Wirksamkeit des Vergleichs, sollte der Tatbestand wie folgt aufgebaut werden:

- a) Einleitung
- b) Unstreitiges zur Klage
- c) Prozessgeschichte zum Vergleich
- d) Streitiger Klägervortrag
 - aa) zum Vergleich
 - bb) Streitiger Klägervortrag zur Klage
- f) Prozessgeschichte zu den Anträgen (soweit erforderlich)
- g) Antrag des Klägers
 - aa) zum Vergleich
 - bb) zur Klage
- h) Antrag des Beklagten zur Klage
- i) Streitiger Beklagtenvortrag
 - aa) zum Vergleich
 - bb) zur Klage
- j) Sonstige Prozessgeschichte

2. Entscheidungsgründe

Für die Darstellung der Entscheidungsgründe kommt es, anders als beim Tatbestand, allerdings darauf an, ob ein prozessbeendender Vergleich vom Gericht angenommen wird oder nicht.

a) prozessbeendender Vergleich liegt vor

aa) Auslegung der Anträge (falls erforderlich)

- (1) Nichtvorliegen einer Klageänderung
- (2) Nichtvorliegen einer Feststellungsklage
- (3) Antrag auf Fortführung des ursprünglichen Verfahrens

bb) Wirksamkeit des Prozessvergleichs

- (1) Prozessuale Voraussetzungen
- (2) Materielle Voraussetzungen

cc) Nebenentscheidungen

- (1) Kosten
- (2) Vollstreckbarkeit

b) prozessbeendender Vergleich liegt nicht vor

aa) zum Vergleich

(1) Auslegung der Anträge (falls erforderlich)

- (a) Nichtvorliegen einer Klageänderung
- (b) Nichtvorliegen einer Feststellungsklage
- (c) Antrag auf Fortführung des ursprünglichen Verfahrens

(2) Wirksamkeit des Prozessvergleichs

- (a) Prozessuale Voraussetzungen
- (b) Materielle Voraussetzungen

bb) zur Zulässigkeit der Klage

- (1) Prozessvoraussetzungen/allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen
- (2) Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

cc) Hauptforderungen

dd) Nebenforderungen

ee) Nebenentscheidungen

- (1) Kosten
- (2) Vollstreckbarkeit

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Zivilrecht

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

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) G	Tag d. mündl. Prüfung 05.07.2011
--------------	------------------------------	-------------------------------------

Zur Person:

G ist ein netter und ruhiger Prüfer, der sich um eine angenehme Prüfungssituation bemühte. Seine Fragen waren zwar schwer, aber durchaus machbar. Seine Benotung dagegen war sehr knauserig.

Zur Prüfung:

G stellte folgenden Fall:

Die drei Zahnärzte A, B und C haben eine Gemeinschaftspraxis. Die Praxis ist in keinem Register eingetragen. C rechnet gegenüber der Krankenkasse 150.000,00 € für Leistungen ab, die er jedoch nicht erbracht hat. Die Krankenkasse will die zu Unrecht gezahlten Beträge nunmehr zurückfordern. An wen muss/kann sie sich wenden?

Zunächst ging es darum, dass es sich bei der Gemeinschaftspraxis um eine GbR handeln könnte. Wir sprachen dann über die Gesellschaftsformen OHG, KG und Partnerschaftsgesellschaft und kamen dann auf die im vorliegenden Fall bestehende GbR zurück.

Dann ging es um die Voraussetzungen und Eigenschaften der GbR: Gesellschaftsvertrag, Teilrechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit nach § 128 HGB analog, Haftung nach § 31 BGB analog.

Anschließend stellten wir fest, dass die Krankenkasse einen Anspruch aus § 823 BGB gegen die GbR hat. Es wurden sodann die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen geprüft.

Nun ging es G darum, wen die Krankenkasse verklagen soll, also Gesellschafter oder die GbR? Wir sollten die Parteifähigkeit und Prozessfähigkeit der GbR sowie die weiteren Prozessvoraussetzungen prüfen (vgl. zur Partei- und Prozessfähigkeit einer GbR grundlegend BGH NJW 2001, 1056)

Danach G wollte wissen, ob A, B, C und die GbR Gesamtschuldner seien.

Anschließend stellte er Fragen zur Streitgenossenschaft (vgl. hierzu OLG Dresden NZI 2007, 128: Keine notwendige Streitgenossenschaft der GbR-Gesellschafter).

Zum Schluss fragte er noch danach, ob sich A und B das Verhalten des C zurechnen lassen müssen und wie eine Haftungsverteilung aussehen könnte (zu den Grundsätzen des Innenausgleichs unter GbR-Gesellschaftern vgl. BGH NJW-RR 2008, 256 = ZIP 2007, 2313).

Hinweis: Der hier von G geprüfte Sachverhalt war einer kurz zuvor veröffentlichten Entscheidung des BGH zur Alleinhaftung beim Gesamtschuldner-Innenausgleich unter GbR-Gesellschaftern nachgebildet.

Viel Erfolg!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Strafrecht

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

Land: Rh-Pf	Prüfer (mit Titel usw.) M	Tag d. mündl. Prüfung 27.06.2011
-----------------------	-------------------------------------	--

Zur Person:

M ist ein sympathischer Prüfer, der in angenehm ruhigen Tempo durch seine Prüfung leitete. Auch während der anderen Prüfungsteile war er zu einem aufmunternden Lächeln bereit. Er gab jedem Prüfling Zeit, eigene Aspekte zur Falllösung zu entwickeln. Es war im späteren Prüfungsverlauf auch möglich, anstelle eines Mitkandidaten Fragen zu beantworten. Die Notengebung war angemessen.

Zur Sache:

M stellte folgenden Fall:

A braucht Geld. Gemeinsam mit B beschließt er deshalb, in einer Tankstelle Geld zu erbeuten. A hat einen großen Schraubenzieher bei sich, B einen Meißel. A und B begeben sich in die Tankstelle des K. A drückt dem K den Schraubenzieher in den Rücken und verlangt das Geld heraus. K gelingt es, den „stillen Alarm“ auszulösen. A steckt 100 € ein und packt Tabakwaren in Plastiksäcke. Bevor A und B die Tankstelle verlassen können, erscheint die alarmierte Polizei und nimmt beide fest.

Zunächst fragte M nach möglichen Tatbeständen.

Geprüft wurden §§ 242 I, 244 I Nr. 1a Alt.2 StGB sowie §§ 249 I, 250 I Nr. 1a Alt.2, II Nr. 1 Alt. 2 StGB, jeweils im Versuch.

Erörtert wurde die Frage der vollendeten Wegnahme. Mit dem normativen Gewahrsamsbegriff lag eine vollendete Wegnahme bzgl. des eingesteckten Geldes und versuchte Wegnahme hinsichtlich der Tabakwaren in den Plastiksäcken vor.

Dann wurde das Problem des gefährlichen Werkzeugs bei § 244 I Nr. 1a Alt.2 und § 250 I Nr. 1a und II StGB erörtert. Zu nennen war die notwendige abstrakte Gefährlichkeit des Werkzeuges bei §§ 244 I Nr. 1a und § 250 I Nr. 1a StGB im Gegensatz zur konkreten Gefährlichkeit bei § 250 II Nr. 1a StGB. Im Ergebnis war die abstrakte Gefährlichkeit des großen Schraubenziehers zu bejahen. M besprach sodann mit uns eine relativ aktuelle Entscheidung des BGH zu dieser Frage („Taschenmesser-Urteil“).

Dann entwickelte M den Fall weiter:

Das LG geht von einem Versuch nach § 250 I Nr. 1a StGB aus und schreibt in seinen Urteilsgründen, die Strafe werde nach § 250 III StGB gemildert.

Wie kann der Verteidiger das A das Urteil angreifen?

Zusammen mit der Sachlage prüft das Revisionsgericht auch die Strafzumessung. Hier war (wohl) darauf abzustellen, dass das LG sich nicht mit der Möglichkeit der Strafmilderung nach § 23 III StGB auseinandergesetzt, sondern allein § 250 III StGB angeführt hatte.

Dann folgende Variante:

Das LG führt in seinen Urteilsgründen innerhalb der Ausführungen zur Strafzumessung an, straf erhöhend sei der Umstand zu werten, dass A bei der Tat wegen Mitnahme des Schraubenziehers besonders gefährlich vorgegangen sei.

Hier war das Verbot der Doppelverwertung nach § 46 III StGB zu nennen.

Nun sollte angenommen werden, dass laut Protokoll über die Hauptverhandlung der Anklagesatz nicht verlesen worden sei. Der Verteidiger legt Revision ein. Jetzt möchte das Gericht nachträglich in das Protokoll die Verlesung des Anklagesatzes einfügen.

Erörtert wurde die Entscheidung des BGH zur nachträglichen Protokollberichtigung und das Verbot der sog. Rügeverkümmern.

Abschließend wollte M wissen, wie das Verhalten des B im Ausgangsfall strafrechtlich zu würdigen sei.

Zu problematisieren war die Mittäterschaft von A und B. B, der seinen Meißel nur bei sich geführt, nicht verwendet hatte, war das Verwenden des Schraubenziehers durch A zuzurechnen, da es sich um keinen Exzess gehandelt hatte.

Dann war die Prüfung zu Ende. Viel Glück für Eure eigene Prüfung!!!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

