



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA) Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

34. Jahrg.

November 2009

Heft 11

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Kaufrecht bei Werklieferungsvertrag zwischen Unternehmern
- BGH:** Widerrufsbelehrung bei verbundenen Geschäften
- BVerfG:** Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB
- BVerwG:** Anforderungen an ein Vereinsverbot
- KG:** Vollstreckungsbescheidsantrag per Fax
- OLG Hamm:** Richtervorbehalt - Eildienst zur Nachtzeit
- BayVGH:** Mündlicher VA und schriftliche Bestätigung



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

Erbrechtsreform	1
-----------------------	---

Brandaktuell

EGMR: Kruzifixe in Klassenzimmern (Verletzung der Glaubens- und Religionsfreiheit)	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Werklieferungsvertrag zwischen Unternehmern (Anwendung von Kaufrecht)	4
BGH: verbundene Geschäfte (Anforderungen an Widerrufsbelehrung)	8

Strafrecht

OLG Stuttgart: Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs (Schraubendreher)	12
BVerfG: Vermögensnachteil (§ 266 StGB ist verfassungsgemäß)	16

öffentl. Recht

BVerwG: Anforderungen an ein Vereinsverbot („Heimattreue Deutsche Jugend“)	21
EuGH: Zulassungsvoraussetzungen für Apotheken (Gemeinschaftsrechtskonformität)	26

Kurzauslese I

BGH: Nachbesserungsfrist (Aufforderung zur umgehenden Mangelbeseitigung)	29
BGH: Gesamtschuldnerausgleich (Verjährung der Ausgleichsansprüche)	29
BAG: Klagefrist (Kündigung durch Nichtberechtigten)	31
BAG: Eigenkündigung des Arbeitnehmers (Geltendmachung der Unwirksamkeit ist treuwidrig)	33
OLG Naumburg: Handelsregistereintrag (auch mit Adresszusatz „c/o“ zulässig)	33
OLG München: uneidliche Falschaussage (dramatisiert-ausgeschmückte Sachverhaltsdarstellung)	35
OLG Brandenburg: Trunkenheit im Verkehr (BAK und Vorsatz)	35
BAG: Schutz des Rechts am gesprochenen Wort (auch für jur. Person)	37
BVerwG: Eigentumsrecht i.S.d. Art. 14 I 1 GG (Besitzrecht des Pächters)	37
OVG Lüneburg: Täuschungsversuch (fehlende Kenntlichmachung eines Zitats)	37

Entscheidungen Verfahrensrecht**Zivilrecht**

KG:	Vollstreckungsbescheidsantrag per Fax (Wahrung der 6-Monatsfrist)	39
OLG Koblenz:	Nichtexistenz einer Partei (Parteiwechsel in der Berufung)	42

Strafrecht

OLG Hamm:	Richtervorbehalt (Gewährleistung des richterl. Eildienstes auch zur Nachtzeit)	45
-----------	---	----

öffentl. Recht

BayVGH:	mündlicher VA und schriftliche Bestätigung (ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung)	49
OVG Bautzen:	Wiedereinsetzung bei Fehlern des Gerichts (Maßstab für Verschulden des Prozessbevollmächtigten)	52

Kurzauslese II

OLG München:	Gerichtsstandsvereinbarung (prozessuale Wirkung)	55
BFH:	Gegenvorstellung (statthaft gegen PKH-Entscheidung)	55
BGH:	Beweisantrag (erforderliche Individualisierung eines Zeugen)	57
OLG Karlsruhe:	Berichtigungsbeschluss (richterl. Zuständigkeit)	57
OLG Hamm:	Anwesenheitsrecht des Betroffenen (Verzicht durch Verteidiger)	57
OLG Schleswig:	Rechtsweg (Übertragung hoheitlicher Aufgaben)	59
OVG Münster :	Normenkontrollantrag einer Behörde (Rechtsschutzinteresse)	59
VGH Mannheim:	Vollstreckungsverfahren (unzulässige Einwendungen gegen Grundverwaltungsakt)	61
VGH Mannheim:	Berufungsbegründung (Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens ist nicht ausreichend)	61
StGH BW:	Organstreitverfahren (Untätigkeit des Gesetzgebers als tauglicher Verfahrensgegenstand)	61

Weitere Schrifttumsnachweise	63
---	----

Prüfungsschema: Das subjektiv-öffentliche Recht	67
--	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: Zivilrecht	68
Assessorprüfung: Strafrecht	70

Aus der Gesetzgebung

Die Erbrechtsreform

Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.09.2009, In-Kraft-Treten am 01.01.2010 (BGBl I, S. 3142)

I. Ziel des Gesetzes

Motiv für die geplante Reform des Erbrechts sind die gesellschaftlichen Veränderungen der letzten Jahre; insbesondere die zunehmende Anzahl von Ehescheidungen und von unverheiratet zusammenlebenden Paaren sowie Patchworkfamilien. Insofern enthielt das bisher geltende Recht keine zeitgemäßen Regelungen. Die gesetzliche Neuregelung soll daher dem Spannungsfeld zwischen den beiden verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Testierfreiheit des Erblassers auf der einen und der Mindestbeteiligung der Abkömmlinge am Nachlass auf der anderen Seite gerecht werden.

II. Die wichtigsten Punkte der Reform

1. Modernisierung der Pflichtteilsentziehungsgründe

Ein wesentliches Anliegen der Reform ist die Stärkung der Testierfreiheit des Erblassers, also seines Rechts, durch Verfügung von Todes wegen über seinen Nachlass zu bestimmen. Dementsprechend sollen die Gründe erweitert bzw. vereinfacht werden, die den Erblasser berechtigen, den Pflichtteil zu entziehen:

- Die Entziehungsgründe sollen vereinheitlicht werden, indem sie künftig für Abkömmlinge, Eltern und Ehegatten oder Lebenspartner gleichermaßen Anwendung finden.
- Künftig sollen alle Personen geschützt werden, die dem Erblasser einem Ehegatten, Lebenspartner oder Kindern vergleichbar nahe stehen, z. B. Stief- und Pflegekinder. Eine Pflichtteilsentziehung soll auch dann möglich sein, wenn der Pflichtteilsberechtigte diesen Personen nach dem Leben trachtet oder sie körperlich schwer misshandelt. Nach derzeitiger Gesetzeslage ist dies nur bei entsprechenden Vorfällen gegenüber dem Erblasser, seinem Ehegatten, Lebenspartner oder seinen Kindern möglich.
- Der Entziehungsgrund des „ehrlösen und unsittlichen Lebenswandels“ soll entfallen; stattdessen soll künftig eine rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mind. einem Jahr ohne Bewährung zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen, wenn es dem Erblassers unzumutbar ist, dem Verurteilten seinen Pflichtteil zu belassen. Gleiches soll bei Straftaten gelten, die im Zustand der Schuldunfähigkeit begangen wurden.

2. Erweiterung der Stundungsgründe

Besteht das Vermögen des Erblassers im Wesentlichen aus einem Eigenheim oder einem Unternehmen, müssen die Erben diese Vermögenswerte oft nach dem Tod des Erblassers verkaufen, um den Pflichtteil auszahlen zu können. Dieses Problem kann im Wege der bereits geltenden Stundungsregelung, die jedoch bislang sehr eng ausgestaltet war und nur dem pflichtteilsberechtigten Erben (insbes. Abkömmling, Ehegatte) zustand, gelöst werden. Mit der Reform soll die Stundung nunmehr unter erleichterten Voraussetzungen und für jeden Erben durchsetzbar sein.

3. Gleitende Ausschlussfrist für den Pflichtteilergänzungsanspruch

Die Ausschlussfrist für Pflichtteilergänzungsansprüche soll flexibler werden: Ein Pflichtteilergänzungsanspruch konnte für den Pflichtteilsberechtigten bisherigem dann bestehen, wenn der Erblasser Vermögenswerte an eine dritte Person verschenkte und dadurch den Nachlass verringerte. Schenkungen wurden dabei in voller Höhe berücksichtigt, wenn sie bis zu zehn Jahre vor dem Erbfall durchgeführt worden waren. Das bedeutete: Verstirbt der Erblasser auch nur einen Tag vor Ablauf dieser Frist, wird der Pflichtteilsberechtigte für die Berechnung seines Anspruchs so gestellt, als gehöre die Schenkung noch zum Nachlass.

Die Reform sieht vor, dass die Schenkung für die Pflichtteilsberechnung graduell immer weniger Berücksichtigung findet, je länger sie zurück liegt: Eine Schenkung im ersten Jahr vor dem Erbfall würde demnach voll in die Berechnung des Nachlasses einbezogen, im zweiten Jahr jedoch nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10 usw.. Damit wird sowohl dem Erben als auch dem Beschenkten mehr Planungssicherheit eingeräumt.

4. Bessere Honorierung von Pflegeleistungen beim Erbausgleich

Auch außerhalb des Pflichtteilsrechts soll das Erbrecht vereinfacht und modernisiert werden. Ein wichtiger Punkt ist dabei die bessere Berücksichtigung von Pflegeleistungen bei der Erbauseinandersetzung: Zwei Drittel aller Pflegebedürftigen werden zu Hause versorgt, über die finanzielle Seite wird dabei selten gesprochen. Trifft der Erblasser in seinem Testament keine Ausgleichsregelung, geht der pflegende Angehörige oftmals leer aus. Erbrechtliche Ausgleichsansprüche gibt es nur für einen Abkömmling, der unter Verzicht auf berufliches Einkommen den Erblasser über längere Zeit gepflegt hat. Künftig soll jeder gesetzliche Erbe einen Ausgleich für Pflegeleistungen erhalten und zwar unabhängig davon, ob er für die Pflegeleistungen auf ein eigenes berufliches Einkommen verzichtet hat. Die Bewertung der Leistungen soll sich an der gesetzlichen Pflegeversicherung orientieren.

5. Änderungen im Verjährungsrecht

Mit dem Gesetz wird zudem die Verjährung von familien- und erbrechtlichen Ansprüchen an die Verjährungsvorschriften des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes von 2001 angepasst, die eine Regelverjährung von drei Jahren vorsehen. Dagegen unterliegen die familien- und erbrechtlichen Ansprüche bislang noch einer Sonderverjährung von 30 Jahren, von denen das Gesetz jedoch zahlreiche Ausnahmen macht. Dies führt zu Wertungswidersprüchen in der Praxis und bereitet Schwierigkeiten bei der Abwicklung der betroffenen Rechtsverhältnisse.

Brandaktuell

EMRK
Art. 9

Kruzifixe in Klassenzimmern Verletzung der Glaubens- und Religionsfreiheit

EMRK

(EGMR, becklink 292522; Entscheidung vom 03.11.2009, Az.: 30814/06)

Fall: Geklagt hatte eine Mutter, deren damals 11 und 13 Jahre alten Kinder 2001/2002 eine staatliche Schule in Italien besuchten. In dieser Schule hingen in allen Klassenzimmern Kreuze, somit auch in denen, in denen die Kinder der Klägerin unterrichtet wurden. Die Klägerin meint, dass dies gegen das Neutralitätsgebot des Staates in religiösen Dingen verstößt. Dies teilte sie auch der Schule mit. Dabei berief sie sich auf ein Urteil des italienischen Kassationsgerichts, wonach Kreuze in Wahllokalen gegen das staatliche Neutralitätsgebot verstoßen. Die Schule weigerte sich, die Kreuze abzuhängen. Hiergegen zog die Klägerin vor die italienischen Verwaltungsgerichte. Schließlich landete die Sache vor dem italienischen Verfassungsgericht.

Dort berief sich die italienische Regierung darauf, dass das Kreuz nicht nur ein religiöses Symbol sei. Vielmehr stehe es als «Flagge» der katholischen Kirche als der einzigen Religion, die in der italienischen Verfassung erwähnt sei, zugleich auch für den italienischen Staat. Weil sich das Verfassungsgericht nicht für zuständig hielt, entschied letztlich das höchste italienische Verwaltungsgericht. Dieses wies die Klage ab. Das Kreuz, so die Begründung, sei ein Symbol der Geschichte und Identität des Landes.

Somit zog die Klägerin vor den EGMR. Dort berief sie sich zum einen auf Art. 2 des Protokolls Nr. 1 der EMRK. Die Kreuze in den staatlichen Schulen verstießen gegen ihr Recht, ihre Kinder entsprechend ihren religiösen und philosophischen Überzeugungen zu erziehen. Zum anderen führte die Klägerin Art. 9 der EMRK an. Die Kreuze verletzen die Religions- und Glaubensfreiheit.

I. Kruzifix als religiöses Symbol

Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass die in den Klassenräumen hängenden und nicht zu übersehenden Kreuze von Schülern aller Altersklassen **leicht als religiöses Zeichen zu erkennen** seien. Dies könne für Schüler, die katholisch seien, zwar unterstützend wirken, aber ebenso Schüler anderer Glaubensrichtungen oder ohne Glauben stören. Das gelte vor allem für Schüler, die religiösen Minderheiten angehörten. Die **Freiheit, an keine Religion zu glauben, verbiete Symbole, die für einen Glauben oder eine Religion stünden.**

II. Neutralitätspflicht des Staates

Das gelte umso mehr, wenn es der **Staat** sei, der **mit einem solchen Symbol einen Glauben zum Ausdruck** bringe. Denn dann befinde sich der einzelne in einer **Situation**, der er **nicht** oder nur unter unverhältnismäßigen Anstrengungen oder Opfern **aus dem Weg gehen** könne.

III. kein Nutzen für pluralistische Erziehung

Vor allem im Zusammenhang mit öffentlicher Erziehung, deren Ziel es sei, bei den Schülern kritisches Denkvermögen zu fördern, müsse der Staat **in religiösen Dingen neutral bleiben**. Der Ansicht, dass ein Symbol wie das Kreuz, das vernünftigerweise nur mit dem katholischen Glauben in Verbindung gebracht werden könne, einer pluralistischen Erziehung diene, erteilte der EGMR eine Absage.

IV. Ergebnis:

Der EGMR meint, dass die Kreuze zum einen gegen das **Recht der Eltern** verstoßen, ihre Kinder ihren Überzeugungen entsprechend zu erziehen. Zum anderen sei auch die **Freiheit der Kinder** verletzt, zu glauben oder dies nicht zu tun. Art. 2 des Protokolls Nr. 1 der EMRK in Verbindung mit Art. 9 EMRK seien verletzt

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 651

Werklieferungsvertrag zwischen Unternehmern Anwendung von Kaufrecht

KaufR

(BGH in NJW 2009, 2877; Urteil vom 23.07. 2009 - VII ZR 151/08)

1. Für die Auslegung des Begriffs der beweglichen Sache in § 651 BGB kommt es **nicht auf nationale sachenrechtlichen Maßstäbe**, sondern auf den natürlichen Sprachgebrauch an.
2. Für die Frage der Beweglichkeit, kommt es nicht auf den Verwendungszweck, sondern allein darauf an, ob die Sachen im **Zeitpunkt der Lieferung beweglich** sind.
3. Verträge, die allein die **Lieferung von herzustellenden Bau- oder Anlagenteilen** zum Gegenstand haben, sind gem. § 651 BGB nach **Kaufrecht** zu beurteilen.
4. Vor dem Hintergrund des **eindeutigen gesetzgeberischen Willens** und der Vorgaben der Verbraucherschutzrichtlinie kommt insofern eine **teleologische Reduktion** des § 651 BGB **nicht in Betracht**.
5. § 651 BGB gilt nicht nur für Verbraucherverträge, sondern **auch für Verträge zwischen Unternehmern**, da der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsreform nicht nur die Verbraucherschutzrichtlinie umsetzen, sondern auch das **Recht der Werklieferung umfassend neu regeln** wollte.

A. Grundlagenwissen: Kaufvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Werklieferungsvertrag

I. Kaufvertrag, § 433 BGB

Der Kaufvertrag ist ein **Austauschvertrag**, bei welchem sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer eine schon vorhandene **Sache gegen ein Entgelt zu übereignen**.

II. Dienstvertrag, § 611 BGB

Beim Dienstvertrag schuldet der Dienstverpflichtete dem Dienstherrn das **Bemühen um einen Arbeitserfolg**, für dessen Eintritt grundsätzlich der Dienstherr das Risiko trägt. Der Dienstverpflichtete kann daher ein Entgelt auch ohne Herbeiführung des Erfolges verlangen.

III. Werkvertrag, § 631 BGB

Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer die **Herbeiführung eines bestimmten Erfolges an einer Sache des Bestellers** gegen Entgelt. Das Risiko der Herbeiführung des Erfolges trägt dabei der Unternehmer.

IV. Werklieferungsvertrag, § 651 BGB

Beim Werklieferungsvertrag schuldet der Unternehmer dem Besteller die **Herstellung einer noch nicht vorhandenen Sache** aus von ihm zu beschaffenden Materialien. Es findet nach § 651 S. 1 BGB **grundsätzlich Kaufrecht Anwendung**, wobei die Modifizierungen des § 651 S. 2 und 3 BGB zu berücksichtigen sind.

B. Abgrenzung Werkvertrag und Werklieferungsvertrag (BGH NJW 2009, 2877)

Fall: Die Kl. verlangt von der Bekl. Nacherfüllung aus einem Vertrag, in dem sich die Bekl. verpflichtete, die für die Errichtung einer Siloanlage benötigten Bauteile herzustellen und zu liefern.

Die Kl. hatte für einen Auftraggeber in Russland eine Siloanlage zur Einlagerung von Graspellets zu erstellen und auf einem von diesem zu errichtenden Fundament zu montieren. Die Siloanlage besteht aus 14 unmittelbar nebeneinander befindlichen Boxen, die jeweils 6 Meter hoch, 20 Meter lang und 5 Meter breit sind. Die Boxen sind jeweils durch eine Dammwand voneinander getrennt, die aus mehreren Stützen, zwischen denen Trapezbleche montiert sind, bestehen. Die für die Er-

stellung der Siloanlage erforderlichen Teile und Materialien bestellte die Kl. am 02.03.2004 einschließlich einer prüffähigen Statik bei der Bekl. Diese stellte die Teile (u.a. Dammwände, Stützen und Zugstangen) her und lieferte sie an die Kl. aus. Die Anlage wurde von der Kl. in Russland errichtet. Zwischen den Parteien steht inzwischen nach Einholung eines Gutachtens im selbstständigen Beweisverfahren außer Streit, dass die von der Bekl. gelieferten Silozellen eine zu geringe Blechdicke aufweisen und deshalb nicht hinreichend beulsicher sind.

Der Bekl. ist der Auffassung, dass auf das Vertragsverhältnis der Parteien entweder unmittelbar oder über § 651 BGB Kaufrecht anzuwenden und daher der Anspruch der Kl. wegen Verstoßes gegen die Untersuchungs- und Rügepflicht gem. §§ 377, 381 II HGB ausgeschlossen sei. Das Berufungsgericht hatte der Klage unter Anwendung von Werkvertragsrecht stattgegeben.

Wird die Revision Erfolg haben?

Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 651, 437 Nr. 1, 439 BGB haben.

Nach § 651 BGB finden auf einen Vertrag, der die **Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen** zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

Soweit es sich dabei um nicht vertretbare Sachen handelt, ordnet § 651 S. 3 BGB die Anwendung der §§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB mit der Maßgabe an, dass an die Stelle der Abnahme der nach §§ 446, 447 BGB maßgebliche Zeitpunkt des Gefahrübergangs tritt. Werkvertragsrecht tritt insoweit also nur ergänzend neben das Kaufrecht und nicht verdrängend an dessen Stelle.

Ein **Vertrag** wurde zwischen den Parteien unzweifelhaft geschlossen. Auch geht es darum, dass die Bekl. **Sachen** gem. § 90 BGB liefern sollte, die noch von ihr herzustellen waren. Fraglich ist jedoch, ob es sich um **bewegliche Sachen** handelt. Dies hängt davon ab, ob der Begriff der beweglichen Sache in § 651 BGB nach nationalen sachenrechtlichen Maßstäben zu beurteilen ist oder nach dem natürlichen Sprachgebrauch.

I. keine Bewertung nach nationalem Sachenrecht

*„Der Senat muss **nicht entscheiden**, ob der Begriff der beweglichen Sache i.S. des § 651 S. 1 BGB nach **sachenrechtlichen Kriterien des nationalen Rechts zu ermitteln** ist.*

*Dagegen werden besonders im Hinblick auf die **Errichtung von Bauwerken**, die als Scheinbestandteile von Grundstücken zu bewerten sind, **Bedenken erhoben**. Daher könnte einer **Auslegung** der Vorzug zu geben sein, die sich am natürlichen Sprachgebrauch unter **Berücksichtigung tatsächlicher Abgrenzungskriterien** orientiert.*

*Für eine sich **am natürlichen Sprachgebrauch orientierende Betrachtung** spricht, dass mit § 651 BGB auch die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) umgesetzt werden sollte (Begr. des GE, BT-Dr 14/6040, S. 268).*

*Verbrauchsgüter im Sinne dieser Richtlinie sind **bewegliche körperliche Gegenstände** mit Ausnahme von bestimmten, näher bezeichneten Gütern, Art. 1 II lit. b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. **Anhaltspunkte** dafür, dass der autonom auszulegende Begriff des beweglichen körperlichen Gegenstands nach **Kriterien des nationalen deutschen Sachenrechts zu beurteilen** ist, sind **nicht ersichtlich** (vgl. Messerschmidt/Leidig, in: Messerschmidt/Voit, § 651 Rn 17; Thode, NZBau 2002, 360 [362]; Voit, BauR 2009, 369 [370]; Sienz, BauR 2002, 181 [191]; Preussner, BauR 2002, 231 [241]; Konopka/Acker, BauR 2004, 251 [253]; Nitschke, BauR 2004, 1340 [1341]; Leistner, JA 2007, 81 [82]; Metzger, AcP 204 [2004] 231 [245, 254]).“ (BGH aaO)*

II. Auslegung nach natürlichem Sprachgebrauch

Bei einer am natürlichen Sprachgebrauch orientierten Auslegung schuldet die Bekl. die Lieferung von Anlagenteilen, so dass sie keine feste Verbindung mit einem Grundstück herzustellen hatte.

*„Der **Einordnung als bewegliche** Sache i.S. des § 651 BGB steht **nicht entgegen**, dass die Anlagenteile dazu bestimmt waren, **zu einer Anlage zusammengesetzt** und dann auf einem **Grundstück fest installiert** zu werden. **Maßgeblich** ist, ob die Sachen im **Zeitpunkt der Lieferung beweglich** sind (Schumann, ZGS 2005, 250 [251] m.w.N.; Rudolph, Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gem. § 651, S. 82ff.).*

*Verträge, die allein die **Lieferung von herzustellenden Bau- oder Anlagenteilen** zum Gegenstand haben, sind gem. § 651 BGB nach **Kaufrecht** zu beurteilen (Dauner-Lieb/Langen-Raab,*

SchuldR Teilband 2, § 651 Rn 14; Messerschmidt/Leidig, in: Messerschmidt/Voit, § 651 Rn 28; Leupertz, BauR 2006, 1648; Voit, BauR 2009, 369 [370].“ (BGH aaO)

Fraglich ist jedoch, ob dann etwas **anderes** zu gelten hat, wenn die zu liefernden Teile zum **Einbau in Bauwerke** bestimmt sind (so etwa (Mankowski, MDR 2003, 854 [856]; Schudnagies, NJW 2002, 396 [398]; Ulbrich/Ulbrich, in: Festschr.f. Thode, 2005, S. 149, 157).

„Für eine solche, sich **an der Zweckbestimmung** der beweglichen Sache **orientierende Einschränkung** ergeben sich **weder nach nationalem deutschem Recht noch aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Anhaltspunkte** (Rudolph, S. 82ff.).

Unmaßgeblich ist, dass die **Rechtsprechung des BGH nach altem Recht** Verträge über die Lieferung von unvertretbaren Sachen, die erkennbar für ein Bauwerk bestimmt waren, nach Werkvertragsrecht beurteilt hat (BGH, NJW 1980, 2081 = BauR 1980, 355). Denn die Einordnung als Werkvertrag beruhte auf der Anwendung des nicht mehr maßgeblichen, **durch die Neufassung des § 651 BGB überholten Rechts**. Ebenfalls ohne jede Bedeutung ist entgegen der Auffassung der Revision, dass diese Verträge und auch solche Verträge, bei denen ein Handwerker Werkleistungen an beweglichen Sachen erbrachte, die - wie ihm bekannt war - in ein bestimmtes Bauwerk eingebaut werden sollten, als Verträge über Arbeiten „bei Bauwerken“ i.S. des § 638 BGB a.F. angesehen wurden (BGH, NJW 1980, 2081, 355; BGHZ 72, 206 [209], BGH NJW-RR 1990, 1108 = BauR 1990, 603 [604]; ZfBR 1990, 222). Es ist zwar richtig, dass dabei die sachenrechtliche Zuordnung nach altem Recht keine Rolle spielte, sondern allein auf die Zweckbestimmung der Leistung abgestellt wurde. Das lässt jedoch keinerlei Rückschlüsse auf die Frage zu, unter welchen Voraussetzungen bewegliche Sachen i.S. des § 651 BGB anzunehmen sind.“ (BGH aaO)

III. keine teleologische Reduktion des § 651 BGB bei Verträgen im Zusammenhang mit der Errichtung von Bauwerken

Allerdings hat die **Anknüpfung an den Begriff der beweglichen Sache in der Literatur erhebliche Kritik erfahren**, soweit sie sich auf Verträge im Zusammenhang mit der Errichtung von Bauwerken auswirkt.

„Dem **Gesetzgeber**, der die Änderung des § 651 BGB auch mit der durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vorgenommenen Angleichung von Werk- und Kaufvertragsrecht begründet hat (BT-Dr 14/6040, S. 268), wird **vorgeworfen**, er habe **nicht sämtliche Aspekte** bei der Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag **berücksichtigt** (Thode, NZBau 2002, 360 [361f.]; Mankowski, MDR 2004, 854, Schudnagies, NJW 2002, 396 [398]; Ott, MDR 2002, 361 [363]; Leistner, JA 2007, 81; Konopka/Acker, BauR 2004, 251; Sienz, BauR 2002, 181 [190f.]). Diese Kritik vermag nichts daran zu ändern, dass der **Wille des Gesetzgebers eindeutig** dahin geht, diejenigen Werklieferungsverträge, die nach altem Recht noch dem Werkvertragsrecht unterstellt waren, nunmehr als Kaufverträge einzuordnen, was auch mit einer Angleichung an das UN-Kaufrecht begründet worden ist (BT-Dr 14/6040, S. 268). Dieser Wille ist durch die **unmissverständliche Formulierung des Gesetzes** ausreichend zum Ausdruck gekommen.

Eine **teleologische Reduktion** des § 651 BGB, die die Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, die für den Einbau in ein Bauwerk vorgesehen sind, von seinem Geltungsbereich ausnimmt, ist **schon deshalb nicht veranlasst**, weil das **mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren** wäre. Es ist nicht erkennbar und wird auch von keiner Seite geltend gemacht, dass Verträge über die Lieferung von Bauteilen vom Geltungsbereich dieser Richtlinie im Hinblick darauf ausgenommen sein sollten, dass die Teile später in ein Bauwerk eingefügt werden (Rudolph, S. 68, 84).“ (BGH aaO)

IV. keine Unanwendbarkeit des § 651 BGB bei Verträgen zwischen Unternehmern

„**Kaufrecht** ist auf **sämtliche Verträge** mit einer **Verpflichtung zur Lieferung** herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden (BT-Dr 14/6040, S. 268), also **auch auf solche Verträge zwischen Unternehmern**.

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts sollte **nicht nur die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** umgesetzt werden. Vielmehr hat der Gesetzgeber einen Mangel der alten Rechtslage beseitigen wollen, den er in der Unterscheidung zwischen der Herstellung und Lieferung von vertretbaren und unvertretbaren Sachen mit einer unübersichtlichen Verweisung auf einzelne Vorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechts gesehen hat. Der Gesetzgeber wollte eine **starke Vereinfachung des Rechts über die Werklieferung**, die für sämtliche Verträge der in § 651 BGB bezeichneten Art gelten soll (BT-Dr 14/6040, S. 267f.).

Dem Gesetz kann **keine Beschränkung** derart entnommen werden, dass lediglich Verträge über die **Lieferung von typischen Massengütern** oder **zum Verbrauch bestimmten Gütern** erfasst sein sollten (so aber Erman/Schwenker, BGB, 12. Aufl., § 651 Rn 5). Der Wortlaut des § 651 BGB und die dargestellten Motive geben dafür nichts her.

Die **Beschränkung** lässt sich auch **nicht aus einer autonomen Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entnehmen**, die für die Auslegung des Gesetzes bei einer Lieferung an einen Verbraucher zu berücksichtigen wäre. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie findet allerdings nur auf Verträge Anwendung, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter an Verbraucher zum Gegenstand haben. Daraus ergibt sich jedoch ausweislich der Richtlinie keine Einschränkung der dargestellten Art. Denn Verbrauchsgüter sind gem. Art. 1 II lit. b der Richtlinie bewegliche körperliche Gegenstände mit Ausnahme der dort benannten Gegenstände. Eine weitere Einschränkung enthält die Legaldefinition der Richtlinie nicht. Insbesondere liegt **kein Anhaltspunkt** dafür vor, dass die **schwierige Abgrenzung von typischen Massengeschäften oder zum Verbrauch bestimmten Gütern von anderen Gütern** in irgendeiner Weise **durch die Richtlinie eröffnet** sein sollte. Auch nach Sinn und Zweck der Richtlinie ist eine Einschränkung auf typische Massengüter oder zum Verbrauch bestimmte Güter nicht veranlasst. Denn die Vereinheitlichung des Verbraucherschutzes mit den damit verbundenen Schutzgarantien der Richtlinie ist bei allen Verbrauchergeschäften geboten.“ (BGH aaO)

V. keine Unanwendbarkeit des § 651 BGB wegen zusätzlicher Leistungen

Fraglich ist, ob § 651 BGB vielleicht deshalb unanwendbar ist, weil der Vertrag zwischen Unternehmern über die Lieferung eines herzustellenden typischen Investitionsguts andere zusätzliche wesentliche Leistungen enthalte, zu denen etwa **Planungs-, Konstruktions-, Integrations- und Anpassungsleistungen** gezählt werden. Dabei sind vor allem Leistungen im Zusammenhang mit der **Lieferung von in den Produktionsprozess einzupassenden Maschinen oder Industrieanlagen oder Projektverträge** im Mittelpunkt der Diskussion.

vgl. Leistner, JA 2007, 81 [88]; Metzger, AcP 204 (2004), 231 [232f.]; Schumann, ZGS 2005, 250; Voit, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 651 Rn 12; Lapp, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 651 Rn 1

Seien diese Leistungen für den Gesamterfolg des Vertrags **von wesentlicher Bedeutung**, bildeten sie den **Schwerpunkt des Vertrags** (MüKo/Busche, 5. Aufl., § 651 Rn 31) oder gäben ihm das Gepräge (Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 651 Rn 4), so sei **Werkvertragsrecht anwendbar**. Werkvertragsrecht sei auch dann anwendbar, wenn ein Prototyp einer Maschine entwickelt werde, weil die dafür erforderliche geistige Leistung den Schwerpunkt des Vertrags bilde, während die Maschine selbst nur das Substrat dieser Leistung sei (Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2008, § 651 Rn 8, 16; Palandt/Sprau, § 651 Rn 4).

„Der Senat muss nicht entscheiden, ob in den dargestellten Fällen § 651 BGB nicht anwendbar ist. Denn **ein solcher Fall liegt** entgegen der Auffassung des BerGer. **nicht vor**.

Allerdings geht auch der Senat davon aus, dass die Bekl. im vom BerGer. festgestellten Umfang **Planungsleistungen übernommen** hat. Jedoch sind die Leistungen der Bekl. **nicht von solchem Gewicht**, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts gerechtfertigt wäre. Das BerGer. **verkennt die Bedeutung der Planungsleistung im Anwendungsbereich des § 651 BGB**. Danach können solche Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrags stehenden Lieferung herzustellender Anlagenteile anzusehen sind, der Beurteilung des Vertrags nach den Vorschriften über den Kauf regelmäßig nicht entgegenstehen. **Wäre es anders, würde die Vorschrift des § 651 BGB weitgehend leerlaufen, denn jeder Herstellung geht eine gewisse Planungsleistung voraus** (Messerschmidt/Leidig, in: Messerschmidt/Voit, § 651 Rn. 49; Motzke, in: Bauträger-, Bau- und Maklervertrag in der Praxis der Wohnungsunternehmen und Immobilienverwaltungen, S. 22).

Eine **Ausnahme** kann deshalb allenfalls dann gelten, wenn die **Planungsleistung** so **dominiert**, dass sie den **Schwerpunkt des Vertrags** bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn es bei der Beauftragung im Wesentlichen um die **allgemein planerische Lösung eines konstruktiven Problems** geht. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

Die von der Bekl. zu **liefernde prüffähige Statik** sollte als Grundlage für die von dem Kunden der Kl. auszuführenden **Erd- und Betonarbeiten** dienen. Für die Bekl. war sie dazu bestimmt, **ausreichend dimensionierte Bauteile aus ihrem Sortiment** für die von der Kl. an deren Abnehmer zu liefernde Siloanlage zusammenzustellen. Schwerpunkt des Vertrags war damit **nicht eine allgemein planerisch und konstruktiv zu ermittelnde Problemlösung für die Lagerung von Graspellets**, sondern die Lieferung ausreichend dimensionierter Bauteile zur Erstellung einer den Anforderungen der Kl. entsprechenden Siloanlage.“ (BGH aaO)

VI. Ergebnis: Auf das Vertragsverhältnis ist über § 651 BGB das Kaufrecht anwendbar. Da das Berufungsgericht das Entgegenstehen von §§ 377, 378 HGB nicht geprüft hatte, wird die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils zurückverwiesen.

BGB

verbundene Geschäfte

BGB

§ 355 II 1, 358, 495

Anforderungen an Widerrufsbelehrung

(BGH in NJW 2009, 3020; Urteil vom 23.06.2009 - XI ZR 156/08)

1. Wird ein **Formular nach dem Muster** gemäß Anlage 2 zu § 14 I BGB-InfoV verwendet, so wird davon ausgegangen, dass die Widerrufsbelehrung den gesetzlichen Anforderungen entspricht.
2. Der mit dem Widerrufsrecht bezweckte Schutz des Verbrauchers erfordert eine **umfassende, unmissverständliche und für den Verbraucher eindeutige Belehrung**.
3. Für den Verbraucher muss **unmissverständlich** deutlich werden, dass durch einen wirksamen **Widerruf des finanzierten Vertrags** auch die **Bindung** des Verbrauchers **an den Darlehensvertrag entfällt**.
4. Das **Deutlichkeitsgebot** des § 355 II BGB **verbietet** eine **Aufteilung der Belehrungspflichten** zwischen den Unternehmern der verbundenen Geschäfte.
5. Es kommt bei fehlerhafter Belehrung **nicht auf die Kausalität im Einzelfall** an.

Fall: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Darlehensvertrags, den B mit der klagenden Bank zur Finanzierung einer Immobilienfondsbeteiligung geschlossen hat.

B, ein damals 31 Jahre alter IT-Systembetreuer, wurde im November 2003 von einem Vermittler geworben, sich über eine Treuhänderin wirtschaftlich an der I-KG (im Folgenden: Fondsgesellschaft) mit einem Anteil von 20.000 Euro zuzüglich 5% Agio zu beteiligen. Zur Finanzierung des Fondsbeitritts schloss B - geworben durch denselben Vermittler - mit K am 27./30.12.2003 einen Darlehensvertrag über einen Nettokreditbetrag von 21.000 Euro zu einem anfänglichen effektiven Jahreszins von 6,5% mit einer Zinsfestschreibung bis zum 30.12.2010. Als Kreditsicherheiten sah der Darlehensvertrag, der den Gesamtbetrag der Zahlungen nur bis zum Ende der Zinsbindung angab, die Verpfändung des treuhänderisch gehaltenen Fondsanteils und die Abtretung des laufenden Arbeitseinkommens sowie der Ansprüche aus zwei Lebensversicherungen vor. Der Weisung des B folgend zahlte K den Darlehensbetrag direkt an die Treuhänderin zur Tilgung der Beitragsschuld der Fondsbeteiligung aus. Dem Darlehensvertrag war eine von B gesondert unterschriebene Widerrufsbelehrung beigelegt. Diese lautet auszugsweise wie folgt:

„Ich bin darüber belehrt worden, dass ich meine auf den Abschluss dieses Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung binnen zwei Wochen widerrufen kann, sofern dieses Recht nicht nach Satz 3 ausgeschlossen ist. Widerrufe ich diesen Verbraucherdarlehensvertrag, so bin ich auch an meine auf den Abschluss des verbundenen Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden. Steht mir für den verbundenen Vertrag ein gesetzliches Widerrufsrecht zu, so ist mein Recht zum Widerruf dieses Verbraucherdarlehensvertrags ausgeschlossen. Erkläre ich dennoch den Widerruf dieses Verbraucherdarlehensvertrags gegenüber der Bank, so gilt dies als Widerruf des verbundenen Vertrags gegenüber dem Unternehmen.“

Mit Anwaltsschreiben vom 09.08.2007 ließ B den Darlehensvertrag und die von ihm erteilte Einzugsermächtigung mit der Begründung widerrufen, die Widerrufsbelehrung sei fehlerhaft. K ist dem entgegen getreten und begehrt mit der Klage die Feststellung, dass der Darlehensvertrag wirksam ist mit der Maßgabe, dass - im Hinblick auf die fehlende Gesamtbetragsangabe - nur der gesetzliche Zinssatz in Höhe von 4% p.a. geschuldet wird.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn zwischen den Parteien ein wirksamer Darlehensvertrag abgeschlossen wurde.

I. **wirksamer Abschluss eines Darlehensvertrages**

Eine **Einigung** zwischen K und B liegt vor. Grundsätzlich unterliegt der Darlehensvertrag keinen besonderen Formvorschriften.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn es sich hier um ein **Verbraucherdarlehen** nach § 491 BGB handelt. In diesem Fall sieht § 492 I 1 BGB nämlich ein Schriftformerfordernis vor. Dazu muss B **Verbraucher** i.S.d. § 13 BGB und K **Unternehmer** i.S.d. § 14 BGB sein. Hieran bestehen keine Zweifel. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Verbraucherdarlehen ist auch nicht nach § 491 II BGB ausgeschlossen, da das Darlehen 200 € übersteigt (§ 491 II Nr. 1 BGB), nicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossen wurde (§ 491 II Nr. 2 BGB) und auch nicht der Förderung des Wohnungswesens o.ä. dient (§ 491 II Nr. 3 BGB).

Damit sind die Regelungen über das Verbraucherdarlehen anwendbar und die Schriftform des § 492 I 1 BGB muss eingehalten werden. Hierbei müssen die **nach § 492 I 5 BGB erforderlichen Angaben enthalten** sein. Dies ist nach dem Sachverhalt bis auf die Angabe des Gesamtbetrages der Fall.

Der Verstoß gegen die Pflichtangaben nach § 492 I 5 Nr. 1-6 BGB führt nach § 494 I BGB grundsätzlich zur Nichtigkeit des Vertrages, soweit der Darlehensnehmer das Darlehen nicht in Anspruch nimmt.

II. Wirksamwerden des Vertrages durch Inanspruchnahme des Darlehens

B hat das Darlehen jedoch abgerufen, so dass der Darlehensvertrag ungeachtet des Mangels nach § 492 II 1 BGB wirksam geworden ist, allerdings mit der Maßgabe, nach § 492 II 2 BGB nur der gesetzliche Zinssatz geschuldet wird, der hier auch nur noch geltend gemacht wird.

III. wirksamer Widerruf der Einigungserklärung durch B

B könnte seine Einigungserklärung jedoch nach §§ 495 I, 355 BGB wirksam widerrufen haben.

1. Widerrufsfrist

Der Widerruf hat nach § 355 I BGB **innerhalb von 2 Wochen** zu erfolgen, wobei die Absendung maßgeblich ist. Diese **Widerrufsfrist beginnt** nach § 355 II BGB beginnt mit dem Zeitpunkt, zu welchem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete **Belehrung über sein Widerrufsrecht**, die ihm **entsprechend den Erfordernissen** des eingesetzten Kommunikationsmittels seine Rechte deutlich macht, in Textform mitgeteilt worden ist, die auch Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und einen Hinweis auf den Fristbeginn und die Regelung des § 355 I 2 BGB enthält. Allerdings erlischt das Widerrufsrecht nach § 355 III 1 BGB grundsätzlich spätestens 6 Monate nach Vertragsschluss. Etwas anderes gilt nur nach § 355 III 3 BGB dann, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist.

Da hier sogar mehrere Jahre verstrichen sind, kommt ein wirksamer Widerruf des B nur in Betracht, wenn die ihm erteilte Belehrung fehlerhaft war.

2. Widerrufsbelehrung

Die dem B erteilte Widerrufsbelehrung könnte schon allein deshalb fehlerhaft sein, weil es sich um ein verbundene Geschäft nach § 358 III BGB handelt, bei dem sich die Widerrufsbelehrung gem. § 358 V BGB auch darauf beziehen muss, dass bei Widerruf des finanzierten Vertrages auch keine Bindung mehr an den Finanzierungsvertrag besteht (§ 358 I BGB) und bei Widerruf des Finanzierungsvertrages auch keine Bindung mehr an den verbundenen Vertrag besteht.

a) Vorliegen eines verbundenen Geschäfts, § 358 III BGB

Ein solches ist anzunehmen, wenn das **Darlehen der Finanzierung des anderen Vertrags dient** und die Verträge eine **wirtschaftliche Einheit** bilden, was nach § 358 III 2 BGB anzunehmen ist, wenn bei Finanzierung durch einen Dritten dieser sich bei der **Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages der Mitwirkung des Unternehmers**, und damit des Vertragspartners des Verbrauchers aus dem zu finanzierenden Geschäft, bedient. Dies ist hier der Fall.

b) kein Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 358 II 2 BGB

Das Widerrufsrecht nach § 495 I, 355 I BGB ist auch nicht nach § 358 II 2 BGB ausgeschlossen.

c) fehlerhafte Widerrufsbelehrung

aa) keine Verwendung eines Formulars nach § 14 I BGB-InfoV

Wird ein Formular nach dem Muster gemäß Anlage 2 zu § 14 I BGB-InfoV verwendet, so wird davon ausgegangen, dass die Belehrung den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Dies ist hier jedoch nicht geschehen.

*„Der Wortlaut der von K erteilten Belehrung **stimmt weder mit der ursprünglichen Fassung der BGB-InfoV gemäß Verordnung vom 05.08.2002 (BGBl I, 3002) überein noch mit der geänderten Fassung gemäß Verordnung vom 04.03.2008 (BGBl I, 292).** Daher kann K schon aus diesem Grund aus der BGB-InfoV keine ihr günstigen Rechtsfolgen ableiten (BGHZ 172, 58 = NJW 2007, 1946 = NZBau 2007, 440 Rn 12; BGH, WM 2009, 832 = BeckRS 2009, 11371 Rn 13).“* (BGH aaO)

bb) Vorgaben der §§ 355, 358 V, 358 II 2 BGB

*„Es kann offenbleiben, **von wem** (Darlehensgeber, Unternehmer) und **in welchem Umfang** im Einzelnen der Verbraucher über die Rechtsfolgen des § 358 II 2 BGB zu informieren ist und ob K im konkreten Fall zu einer solchen Belehrung verpflichtet war.*

*Da sie eine **entsprechende Belehrung erteilt hat**, musste diese **jedenfalls ordnungsgemäß** sein, um dem Schutzzweck der §§ 355, 358 BGB Rechnung zu tragen. Der mit dem Widerrufsrecht bezweckte Schutz des Verbrauchers erfordert eine **umfassende, unmissverständliche und für den Verbraucher eindeutige Belehrung**. Der Verbraucher soll dadurch nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben (BGH, NJW-RR 2009, 709 = WM 2009, 350 Rn 14; WM 2009, 932 = BeckRS 2009, 11371 Rn 14, jew. m.w.N.). Dies kommt im nunmehr einheitlich geregelten Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen darin zum Ausdruck, dass § 355 II 1 BGB eine Gestaltung der Belehrung verlangt, die dem **Verbraucher seine Rechte deutlich macht** (BGH, NJW 2002, 3396 = WM 2002, 1989 [1991]).“* (BGH aaO)

cc) Nichteinhaltung dieser Vorgaben

Nach der **gesetzlichen Regelung des § 358 BGB** ist der Verbraucher bei der Verbindung des Verbraucherdarlehensvertrags mit einem anderen Vertrag durch den **wirksamen Widerruf des einen verbundenen Vertrags auch nicht an den anderen Vertrag gebunden**; hierbei kommt einem hinsichtlich des finanzierten Geschäfts bestehenden Widerrufsrecht zwar Vorrang zu; durch dessen wirksame Ausübung wird aber auch die Bindung des Verbrauchers an den Darlehensvertrag beseitigt (§§ 358 II 2, 358 I BGB). Die einem Verbraucher erteilte **Widerrufsbelehrung**, die ihm seine Rechte verdeutlichen soll, darf daher jedenfalls **kein Missverständnis** dahin wecken, der Verbraucher bleibe bei einem wirksamem Widerruf des finanzierten Geschäfts entgegen §§ 358 I, 358 II 2 BGB **an den Darlehensvertrag gebunden**. Dieses Fehlverständnis legt jedoch die von K verwendete Widerrufsbelehrung nahe.

*„Sie belehrt den Verbraucher - wie das BerGer. und auch das OLG Hamm, das über eine wortgleiche Belehrung zu entscheiden hatte (OLG Hamm, Urt. v. 25. 8. 2008 - 31 U 59/08, Rn. 3, 29ff.), zutreffend ausgeführt haben - **nicht unmissverständlich** darüber, dass durch einen **wirksamen Widerruf des finanzierten Vertrags** auch die **Bindung des Verbrauchers an den Darlehensvertrag entfällt**. Vielmehr entsteht dort in der konkreten Ausgestaltung der Belehrung und aus dem Zusammenspiel der einzelnen Sätze aus Sicht eines **unbefangenen durchschnittlichen Verbrauchers**, auf den abzustellen ist (BGH, NJW-RR 2009, 709 = WM 2009, 350 Rn 16; WM 2009, 932 = BeckRS 2009, 11371 Rn 16, jew. m.w.N.), der **unzutreffende Eindruck**, er könne sich **in bestimmten Fällen** ausschließlich von den Bindungen des finanzierten Geschäfts, **nicht aber von den Bindungen des Darlehensvertrags lösen**, da sein Widerrufsrecht in Bezug auf den Darlehensvertrag wegen des nach der gesetzlichen Regelung vorrangigen Widerrufs in Bezug auf das finanzierte Geschäft ausgeschlossen sei.*

Diese Gestaltung der Widerrufsbelehrung ist damit zumindest missverständlich und demgemäß geeignet, den Verbraucher von der Ausübung seines Widerrufsrechts insgesamt abzuhalten.“ (BGH aaO)

dd) Deutlichkeitsgebot verbietet Pflichtenteilung der Unternehmer

Die Belehrung könnte aber gleichwohl wirksam sein, wenn § 358 V BGB eine „**Pflichtenteilung**“ der Unternehmer in dem Sinne vorsehe, dass allein der **Vertragspartner des Verbundgeschäfts** über die **Erstreckungswirkung** des § 358 I BGB und der **Darlehensgeber** - wie geschehen - über den **Ausschluss des § 495 BGB** zu belehren habe.

„Eine solche Pflichtenteilung ist mit dem Schutzzweck der gem. §§ 355 II, 358 V BGB qualifizierten Widerrufsbelehrung nicht zu vereinbaren; die streitgegenständliche Widerrufsbelehrung belegt vielmehr, dass die von der Revision befürwortete ‚Pflichtenteilung‘ für den Verbraucher unübersichtliche und missverständliche Belehrungen zur Folge hätte, die durch die Regelungen der §§ 355, 358 BGB vermieden werden sollen.“ (BGH aaO)

Dem **Deutlichkeitsgebot** des § 355 II BGB entsprechend muss die Belehrung nicht nur **inhaltlich richtig und vollständig** sein, sondern dem Verbraucher die **Rechtslage auch unübersehbar zur Kenntnis** bringen. Diesen Anforderungen ist bereits dann nicht Genüge getan, wenn sich innerhalb einer einheitlichen Vertragsurkunde die Belehrung aus dem übrigen Vertragstext drucktechnisch nicht deutlich heraushebt (Matsuch, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 355 Rn 49; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 355 Rn 16; so schon die gefestigte Rspr. zu § 1b AbzG, § 2 HWiG a.F., § 7 VerbrKrG a.F.: BGHZ 126, 56 [60] = NJW 1994, 1800; BGH, NJW 1996, 1964 = WM 1996, 1149 [1150]; NJW-RR 2005, 180 = NZM 2005, 33 = WM 2004, 2491 [2493]).

„Erst recht unvereinbar mit dem Deutlichkeitsgebot ist es danach, wenn eine Belehrung, die erst in der Gesamtschau eine unmissverständliche und lückenlose Information ergibt, auf die Urkunden zweier Verträge aufgespalten wird (vgl. Habersack, in: MünchKomm, § 358 Rn 70; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2004, § 358 Rn 59; a.A. Bülow/Artz, VerbraucherkreditR, 6. Aufl., § 495 Rn 274). Dies wird besonders deutlich, wenn - wie hier - der Abschluss des Darlehensvertrags dem des finanzierten Geschäfts in einem zeitlichen Abstand von mehreren Wochen nachfolgt. Selbst wenn der Darlehensnehmer - anders als hier der Bekl. - bei Abschluss des finanzierten Geschäfts auf die Rechtsfolge des § 358 I BGB hingewiesen wird, so ist diese Belehrung von vornherein mit dem mit zunehmendem zeitlichen Abstand immer größer werdenden Risiko behaftet, dass sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrags bereits in Vergessenheit geraten ist (vgl. BGH, NJW 2002, 3396 = WM 2002, 1989 [1992]).“ (BGH aaO)

ee) Einzelfallkausalität nicht erforderlich

Für den Lauf der Widerrufsfrist kommt es auch nicht auf die Fehlerhaftigkeit der Widerrufsbelehrung im Einzelfall an. Insbesondere ist es keineswegs unerheblich, wenn das Finanzierungsinstitut **missverständlich über** die Rechtsfolgen eines gegenüber dem Unternehmer **im konkreten Fall nicht bestehenden Widerrufsrechts informiert** hat.

*„Entscheidend ist vielmehr, ob die erteilte Belehrung durch ihre missverständliche Fassung - wie hier - **objektiv geeignet** ist, den Verbraucher von der **Ausübung** seines gegen den Darlehensvertrag gerichteten **Widerrufsrechts abzuhalten**. Nach § 355 III 3 BGB erlischt dieses Widerrufsrecht nur, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Belehrung übermittelt hat, die **allen Anforderungen des Gesetzes entspricht** (Palandt/Grüneberg, § 355 Rn 12, 22). Nur dann wird der Verbraucher - dem Schutzzweck des Widerrufsrechts entsprechend (BGH, NJW-RR 2009, 709 = WM 2009, 350 Rn 14; WM 2009, 932 = BeckRS 2009, 11371 Rn 14, jew. m.w.N.) - in die Lage versetzt, zu entscheiden, ob er sein Widerrufsrecht ausüben will.*

*Eine **Belehrung**, die wie die von K verwendete, diesen Anforderungen - gerade auch bezogen auf den Darlehensvertrag - **objektiv nicht entspricht**, ist daher **nicht geeignet**, zum **Wegfall des diesbezüglichen Widerrufsrechts** zu führen (§§ 355 II 1, 355 III 3 BGB).“* (BGH aaO)

IV. Ergebnis: Dies hat zur Folge, dass B ein Widerrufsrecht nach § 495 BGB Zustand, von diesem auch weiter Gebrauch machen und seine Darlehensvertragserklärung wirksam widerrufen konnte, so dass die Klage unbegründet ist.

StGB
§ 244 I Nr.1a

**Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs
Schraubendreher**

StGB

(OLG Stuttgart in NJW 2009, 2756; Urteil vom 05.05.2009 – 4 Ss 144/09)

Ein **Einbruchswerkzeug (Schraubendreher)** ist nur dann ein „**anderes gefährliches Werkzeug**“ i.S. des § 244 I Nr. 1a StGB, wenn es **objektiv** dazu **geeignet** ist, eine **erhebliche Körperverletzung herbeizuführen**. Insoweit muss sein **Gebrauch drohen**.

Fall: Der alkoholisierte Angekl. hebelte mit einem mindestens 20 cm langen Schraubendreher die Eingangstüren der Gaststätte „B.“ in R. auf und betrat diese sodann. Aus einer unverschlossenen Thekenschublade entnahm er einen Bedienungsgeldbeutel sowie ein Mäppchen mit diversen Berechtigungskarten im Gesamtwert von etwa 60 €. Als er vor dem Lokal feststellte, dass sich darin kein Geld befand, warf er beide Gegenstände in ein nahe gelegenes Gebüsch. Einen oder zwei Tage darauf hebelte er wiederum alkoholisiert die Eingangstüre der nicht mehr betriebenen Gaststätte „E.“ in R. und im Lokal selbst mit einem mindestens 20 cm langen Schraubendreher einen der Firma K gehörenden Geldspielautomaten auf. Dieser war jedoch leer, so dass der Angekl. die Gaststätte wieder verließ. Einige Tage später hebelte der erneut alkoholisierte Angekl. ein Fenster der Gaststätte „B.“ in R. auf und kletterte durch dieses in das Lokal. Dort brach er einen Geldspielautomaten auf und entnahm drei Röhren mit Wechselgeld im Wert von 246 €. Anschließend verließ er das Lokal mit dem Münzgeld, um es in den Folgetagen in Scheine zu wechseln und zu verbrauchen. Dabei führte er einen Schraubendreher bei sich.

Der Angekl. könnte sich wegen **Diebstahls mit Waffen nach § 244 I Nr. 1a StGB** strafbar gemacht haben, indem er bei Ausübung der Tat ein „anderes gefährliches Werkzeug“ i.S. des § 244 I Nr. 1a StGB mitgeführt hat.

Zu prüfen ist damit, ob es sich bei einem **Schraubendreher** um ein solches „anderes gefährliches Werkzeug“ handelt.

I. Die **Auslegung des Merkmals** „anderes gefährliches Werkzeug“ in § 244 I Nr. 1a StGB ist **umstritten**.

1. **Einigkeit herrscht** bei Bestimmung der Gegenstände, die als Tatwerkzeug in Betracht kommen, **nur insoweit, als sie mindestens objektiv gefährlich**, d.h. auf Grund ihrer objektiven Beschaffenheit geeignet **sein müssen**, bei entsprechender Verwendung erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

*„Verneint man die **Notwendigkeit einschränkender Kriterien**, sind kaum noch Fälle denkbar, in denen Einbruchswerkzeuge wie Schraubendreher oder Brecheisen nicht geeignet wären, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Dies hätte zur Folge, dass ein tatbildtypisches Verhalten i.S. des § 243 I 2 Nr. 1 StGB regelmäßig die Tat nach § 244 I Nr. 1a StGB qualifizieren und zu einem höheren Strafraum führen würde. Dies kann nicht sinnvoll sein. Deshalb **bedarf es zusätzlicher Kriterien, um § 244 I Nr. 1a StGB von § 243 I 2 Nr. 1 StGB abzugrenzen.**“ (OLG Stuttgart aaO)*

2. Obergerichtlich wurde die Frage, soweit ersichtlich, nicht entschieden. Auch das die **Rspr. des BGH steht einer einschränkenden Auslegung** des § 244 I Nr. 1a StGB **nicht entgegen**.

Der BGH hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem der Angekl. ein klappbares Taschenmesser mit einer längeren Klinge bei sich geführt hatte. Er entfernte in einem Lebensmittelmarkt mit dem Messer die Sicherungsetiketten von Whiskyflaschen und verließ das Geschäft, ohne zu bezahlen. Das Messer wollte er auf keinen Fall gegen Menschen einsetzen. Der BGH bejahte einen Diebstahl mit Waffen gem. § 244 I Nr. 1a StGB, weil ein Taschenmesser grds. ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 244 I Nr. 1a StGB sei; dies gelte unabhängig davon, ob der Dieb es allgemein für den Einsatz von Menschen vorgesehen habe. Da der Widerspruch zwischen der Formulierung des § 244 I Nr. 1a StGB einerseits und dem Auslegungshinweis des Gesetzgebers (der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ sei § 224 I Nr. 2 StGB zu entnehmen) andererseits systematisch nicht auflösbar sei, habe er ausdrücklich davon abgesehen, über die Beantwortung der präzisierten, dem konkreten Sachverhalt angepassten Rechtsfrage hinaus den Versuch zu unternehmen, das Tatbestandsmerkmal „anderes gefährliches Werkzeug“ i.S. des § 244 I Nr. 1a StGB allgemeingültig zu definieren. Der BGH gibt der Bestimmung des gefährlichen Werkzeugs allein anhand objektiver Kriterien zwar den Vorzug, weist aber gleichzeitig auf die dadurch schwierige Abgrenzung des Diebstahls mit Waffen (§ 244 I Nr. 1a StGB) von dem Einbruchsdiebstahl (§ 243 I 2 Nr. 1 StGB) im Hin-

blick auf die bei Letzterem regelmäßig verwendeten Einbruchswerkzeuge hin. Mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik sei eine umfassende sachgerechte Lösung für alle denkbaren Einzelfälle nicht zu erreichen. Bis zu der wünschenswerten gesetzlichen Neuregelung bedürfe es deshalb für besondere Sachverhaltsvarianten, soweit nach den anerkannten Auslegungskriterien möglich, weiterer Präzisierungen des Tatbestands durch die Rspr.

3. In der **Lit.** ist die Entscheidung des BGH überwiegend nicht auf Zustimmung gestoßen: Die Autoren gelangen zu dem Ergebnis, dass sich mit der Entscheidung der Streit um die Auslegung des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ nicht erledigt habe und de lege lata nicht zu befrieden sei (Jahn JuS 2008, 835; Krüger JA 2009, 190). Sie **fordern** vorrangig eine **Neuregelung durch den Gesetzgeber**, bis dahin wenigstens klare oder praktikable Leitlinien für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals durch den BGH (Kasiske, Höchstrichterl. Rspr. z. StrafR [HRRS] 2008, Nr. 648; Mitsch NJW 2008, 2865; ähnl. Foth NStZ 2009, 93).

*„Die **Gesetzesmaterialien helfen nicht weiter**: Der Gesetzgeber hat ausweislich des Berichts des Rechtsausschusses (BT-Dr 13/9064, S. 18) den Begriff des anderen gefährlichen Werkzeugs dem Straftatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 2 StGB entnommen und zur Auslegung auf die hierzu insbesondere von der Rspr. entwickelten Grundsätze verwiesen. Da bei § 224 I Nr. 2 StGB die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen werden muss, versteht die Rspr. hierunter ein solches, welches nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach Art seiner Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen. Somit wird die Frage, ob ein Werkzeug gefährlich ist, nach Maßgabe der Verletzung beurteilt, die der Täter durch den Einsatz verursacht hat oder verursachen wollte. **Auf die abstrakte Gefährlichkeit kommt es danach für § 224 I Nr. 2 StGB nicht an** (Fischer, StGB, 56. Aufl., § 224 Rn 9). Ob dies auch für § 244 I Nr. 1a StGB gilt, ist zweifelhaft, denn diese Bestimmung stellt nach ihrem Wortlaut das „Beisichführen“ einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs unter Strafe. Die Art der Verwendung im Einzelfall, an der die Gefährlichkeit gemessen werden könnte, ist unerheblich.“ (OLG Stuttgart aaO)*

4. In der **Vergangenheit** wurde von einem **Teil der Rspr.** für Werkzeuge, die als Gebrauchsgegenstand nicht allgemein zur Verletzung von Personen bestimmt sind, sondern jederzeit sozialadäquat von jedermann mit sich geführt werden können, ein subjektives Element gefordert, nach dem der Täter generell und unabhängig vom Einzelfall den Gegenstand zur Verwendung gegen Menschen bestimmt haben muss, ohne dass es der in § 244 I Nr. 1b StGB vorausgesetzten konkreten Verwendungsabsicht bedarf.

OLG Braunschweig NJW 2002, 1735; OLG Frankfurt a.M. StV 2002, 145; StraFo 2006, 467 = BeckRS 2007, 04704

5. In der **Lit.** wird zum Teil ein ähnlicher Ansatz gewählt: Eine subjektive Lösung sei erforderlich, weil eine rein objektive Bestimmung des Werkzeugs unmöglich sei. Diese wird darin gesehen, dass der Täter zumindest generell den Willen haben müsse, das Werkzeug auch zu Verletzungs- oder Bedrohungs Zwecken einzusetzen (Küper JZ 1999, 187).

Andere Autoren fordern, dass der Täter das Werkzeug einer ggf. gefährlichen Verwendung gewidmet (Rengier, StrafR BT I, 9. Aufl., § 4 Rn 25) oder einen inneren Verwendungsvorbehalt gefasst habe, bei dessen Umsetzung sich das Werkzeug als gefährlich erweise (Wessels/Hillenkamp, StrafR BT/2, 31. Aufl., § 4 Rn 262b ff.).

6. Der **BGH** hat ausgeführt, **die genannten Auffassungen**, die sich weniger in der Sache als in den Begrifflichkeiten unterscheiden würden, **seien mit dem Wortlaut des § 244 I Nr. 1a StGB nicht in Einklang zu bringen**, weil diese Bestimmung gerade kein über den Vorsatz hinausgehendes subjektives Element enthalte. Insbesondere lasse sich weder eine generell gefasste noch eine konkrete Absicht, das Werkzeug als Nötigungsmittel einzusetzen, entnehmen. Eine derartige Gebrauchsabsicht lasse sich auch nicht in die Tathandlung des Beisichführens hineininterpretieren (so aber OLG Celle StV 2005, 336 = BeckRS 2008, 09945; OLG München NStZ-RR 2006, 342 = BeckRS 2006, 06212; OLG Schleswig NStZ 2004, 212). Vielmehr habe der Gesetzgeber Fallgestaltungen mit einer während der Tat erhöhten, abstrakt-objektiven Gefährlichkeit erfassen wollen, die

sich aus dem Mitsichführen des Werkzeugs ableite, weil in diesen Fällen die latente Gefahr des Einsatzes als Nötigungsmittel bestehe.

7. Das **überwiegende Schrifttum** bemüht sich ebenfalls um objektive Kriterien, die mit dem Wortlaut des Gesetzes am ehesten vereinbar seien und dem Willen des Gesetzgebers, auf die abstrakte Gefährlichkeit mitgeführter Gegenstände abzustellen, entsprächen:
- Zum Teil wird gefordert, den Begriff auf solche Gegenstände zu begrenzen, deren „Beisichführen“ wegen ihrer Gefährlichkeit erlaubnispflichtig sei (Lesch JA 1999, 34).
„Allerdings entspricht diese Auslegung weder dem gesetzgeberischen Willen, da er § 244 I Nr. 1a StGB im Wesentlichen auf den Waffenbegriff des Waffengesetzes beschränkt, noch gibt der Wortlaut Anlass zu einer solchen Auslegung.“ (OLG Stuttgart aaO)
 - Die wohl überwiegende Meinung stellt auf eine waffenähnliche oder waffenersetzende abstrakte Gefährlichkeit ab, weil der Wortlaut des § 244 I Nr. 1a StGB die Waffe als herausgehobenes Beispiel für andere gefährliche Werkzeuge bezeichne. Diese sei anzunehmen, wenn ein Gegenstand seiner Art nach ein erhebliches Verletzungspotenzial aufweise, ohne im technischen Sinne zur Verletzung von Menschen bestimmt zu sein, wie bei Messern oder Knüppeln. Bei an sich neutralen Gegenständen komme es auf die Sicht eines objektiven Betrachters in der konkreten Tatsituation an. Unabhängig von der Verwendungsabsicht sei ein solcher Gegenstand gefährlich, wenn er aus dessen Blickwinkel (allein) waffenvertretende Funktion habe (Fischer, § 244 Rdnr. 23 m.w. Nachw.).
8. Zur Frage der Abgrenzung von § 244 I Nr. 1a StGB zu § 243 I 2 Nr. 1 StGB werden in der Lit. von den Befürwortern der „**Waffenersatztheorie**“ folgende Meinungen vertreten:
- Die Einordnung als gefährliches Werkzeug dränge sich insbesondere dann auf, wenn der Gegenstand nach den Umständen der Tat keine dem Gewahrsamsbruch dienende Funktion habe (Fischer, § 244 Rn 24).
 - Einen ähnlichen Ansatz vertritt Schmitz (MüKo-StGB/Schmitz, § 244 Rn 14-16): Danach ist ein Werkzeug gefährlich, wenn seine Mitnahme in der konkreten Situation nicht anders verstanden werden kann, als dass es als Waffenersatz dienen soll. Keine gefährlichen Werkzeuge seien solche, die der Täter zur Ausführung des Diebstahls einsetzen wolle. Sofern es sich bei den mitgeführten Gegenständen in der Regel um Tatwerkzeuge handele, müsse sich für die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs aus den konkreten Umständen ergeben, dass es nicht ausschließlich um den Aufbruch gehen sollte. Stets tatbestandsmäßig sei die Mitnahme solcher Gegenstände, die entweder nicht sozialüblich oder in der konkreten Situation nicht zu erwarten sei (zust. Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 244 Rn 5).
 - Jäger (JuS 2000, 651) hebt darauf ab, dass sich die Bestimmung des betreffenden Werkzeugs als verletzungsg geeignetes Gewalt- und Drohmittel gewissermaßen aus sich selbst heraus ergeben müsse, wenn das gefährliche Werkzeug deliktstypisch mitgeführt werde.
 - Kindhäuser (StGB, 2. Aufl., § 244 Rn 14-16) stellt auf die konkreten Tatumstände ab und fordert, es müsse für einen objektiven Beobachter naheliegen, dass der Täter den waffenähnlichen Gegenstand als verletzungsg geeignetes Nötigungsmittel bei sich führe. Entscheidend sei, dass potenzielle Opfer vor einer Situation geschützt werden sollten, in der die Ausstattung des Täters mit einem waffenähnlichen Gegenstand nicht nur die Sicherheit ihres Eigentums, sondern auch ihre körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen würde.

9. **OLG Stuttgart aaO** hält es im **Grundsatz** für tragfähig, als **objektiven Ausgangspunkt auf die konkrete Situation abzustellen**.

„Jedoch ist unklar, wann einem solchen Gegenstand auch unter Berücksichtigung der konkreten Tatumstände und der genannten Kriterien aus Sicht des objektiven Beobachters eine waffenersetzende Funktion zukommt:

*Wenn ein **deliktstypisch mitgeführter Gegenstand** zu einem Ausschluss der Gefährlichkeitsvermutung führt und andere Umstände hinzukommen müssen, diese wieder zu begründen, wirft dies die Frage auf, welche zuverlässigen Kriterien dieser Prüfung zu Grunde gelegt werden können. Gegen diese Lösungsansätze wird deshalb zu Recht eingewandt, dass die objektive Eignung eines Gegenstands das bei Waffen geltende Gefährlichkeitskriterium der Zweckbestimmung zur Verletzung auch dann nicht ersetzen kann, wenn begrenzend auf die „generelle“, „typische“, „erfahrungsgemäße“ oder „evidente“ Benutzung Bezug genommen wird (Hörnle Jura 1998, 169; Schlothauer/Sättle StV 1998, 505). Einen Maßstab dafür, welche dieser Gegenstände typischerweise in „Bedrängungssituationen“ zweckentfremdet eingesetzt werden sollen und welche nicht, findet man schwerlich, weil eine solche Betrachtung zu vagen Vermutungen und diffusen Spekulationen mit der Gefahr gegenteiliger Ergebnisse bei gleichen Sachverhalten führt (Küper JZ 1999, 187).*

*Vergleicht man mit Blick auf das Kriterium der Waffenersatzfunktion den abstrakt objektiven Gefährlichkeitsgrad einer einsatzbereiten Waffe mit dem eines Schraubendrehers, so liegt bei Letzterem eine **Gleichwertigkeit auf Grund der fehlenden Verletzungsbestimmung** nur dann vor, wenn sein Einsatz gegen das Tatopfer droht. Eine solche Äquivalenz besteht dagegen nicht, wenn mit dem Schraubendreher nur ein Fenster aufgebrochen oder er gar nicht benutzt werden soll. Damit erlangt die innere Haltung des Täters Bedeutung.*

*Unter Berücksichtigung der vorrangig an objektiven Kriterien ausgerichteten Vorgaben des Gesetzgebers und des BGH sowie dem Erfordernis möglichst eindeutiger, restriktiver Abgrenzungskriterien ist der Senat der Auffassung, dass **das Beisichführen eines Werkzeugs gefährlich ist, wenn es nach den konkreten Umständen geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung herbeizuführen**. Insoweit muss sein **Gebrauch drohen**. Ob dies der Fall ist, ist anhand der jeweiligen **Tatumstände**, wozu die Art des Werkzeugs und des Beisichführens sowie die innere Haltung des Täters zur Verwendung des Werkzeugs zählen, festzustellen (vgl. Hardtung StV 2004, 399; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 244 Rn 3).*

*Der Senat verkennt nicht, dass auf diese Weise über das (scheinbar) objektive Merkmal der konkreten Tatumstände mit dem Abstellen auf den drohenden Gebrauch in der konkreten Situation ein **subjektives Gefährlichkeitskriterium maßgebliche Bedeutung** erlangt. Die Ablehnung jeglicher subjektiver Einschränkung greift jedoch zumindest in den Fällen der vorliegenden Art zu kurz, denn die Einstufung als gefährlich enthält ein subjektives Element, wenn der Gegenstand an sich harmlos oder jedenfalls gefahrenneutral ist (vgl. Foth NSTZ 2009, 93; Küper JZ 1999, 187; so wohl auch Lackner/Kühl, § 244 Rn 3).“ (OLG Stuttgart aaO)*

II. **Ergebnis:** Da sich unter Zugrundelegung der genannten Kriterien weder Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Angekl. den Gegenstand wenigstens notfalls als Nötigungsmittel einsetzen wollte noch sich aus den Umständen des Diebstahls und der Art des Werkzeugs etwas anderes ergibt, ist eine **waffenersetzende Funktion des Schraubendrehers nicht gegeben**.

Der Angekl. hat daher in allen drei Fällen kein anderes gefährliches Werkzeug i.S. von § 244 I Nr. 1a StGB bei sich geführt.

StGB
§ 266 I

Vermögensnachteil
§ 266 StGB ist verfassungsgemäß

StGB

(BVerfG in NJW 2009, 2370; Beschluss vom 10.03.2009 – 2 BvR 1980/07)

1. Die **Auslegung des Nachteilsbegriffs** dahin, dass auch die sog. schadensgleiche Vermögensgefährdung als Nachteil i.S. von § 266 I StGB anzusehen ist, ist **mit dem Bestimmtheitsgebot grds. zu vereinbaren**.
2. Die **Abgrenzungen**, welche die Rspr. zur Bestimmung der schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt hat, sind **bei der Anwendung des § 266 StGB stets strikt zu beachten**, um einer **weiteren Aufweichung der Konturen des Nachteilsbegriffs entgegenzuwirken**.

Fall: Der Angekl. beurkundete am 19.11.1999 einen Kaufvertrag über ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 3 Mio. DM. Der Kaufpreis sollte auf ein Notaranderkonto des Angekl. überwiesen werden. Die Kosten des Vertrags und seiner Durchführung sowie die anfallende Grunderwerbsteuer sollte der Käufer tragen. Zur Finanzierung des Kaufpreises nahm der Käufer ein Darlehen über 2,7 Mio. DM auf, das laut Darlehensvertrag durch eine erstrangige Grundschuld an dem Grundstück gesichert werden sollte. Die Grundschuldbestellung zu Gunsten der Darlehensgeberin beurkundete der Angekl. ebenfalls am 19.11.1999. Mit Schreiben vom 16.12.1999 erteilte die Darlehensgeberin dem Angekl. einen Treuhandauftrag. Darin hieß es, die Darlehensvaluta werde dem Angekl. zu treuen Händen auf dessen Notaranderkonto überwiesen. Über diesen Betrag dürfe der Angekl. nur verfügen, wenn

„1. Sie den Antrag auf Eintragung des für uns bestellten Grundpfandrechts nach Maßgabe der Bewilligung in der oben genannten Urkunde unter Hinweis darauf, dass der Darlehensnehmer Kostenschuldner ist, beim zuständigen Grundbuchamt zur bedungenen Rangstelle gestellt haben, und zwar auch in unserem Namen;

2. die Kosten gezahlt sind/für sie Sicherheit geleistet ist/Gebührenbefreiung vorliegt ...“

Der Angekl. nahm den Treuhandauftrag an. Der Darlehensbetrag ging am 17.12.1999 auf seinem Notaranderkonto ein. An diesem Tag beantragte der Angekl. beim Grundbuchamt die Umschreibung des Grundeigentums und die Eintragung der Grundschuld. Am 21.12.1999 stellte eine Mitarbeiterin des Angekl. durch Nachfrage beim Grundbuchamt fest, dass der Eintragungsantrag vom 17.12.1999 dort eingegangen war und keine weiteren Anträge vorlagen. Daraufhin zahlte der Angekl. die Darlehensvaluta aus. Er wusste, dass zu diesem Zeitpunkt die Kosten für die Eintragung der Grundschuld noch nicht gezahlt waren und auch weder Sicherheit für die Kosten geleistet war noch eine Gebührenbefreiung vorlag. Bewusst wahrheitswidrig teilte der Angekl. unter dem 22.12.1999 der Darlehensgeberin mit, er habe über den Darlehensvertrag bestimmungsgemäß verfügt und sämtliche Treuhandaufgaben seien erfüllt. Das Grundbuchamt teilte dem Angekl. mit Zwischenverfügung vom 21.01.2000 mit, dass die Eintragung des Eigentumswechsels unter anderem an der fehlenden Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts scheitere. Am 05.06.2000 wies das Grundbuchamt den Eintragungsantrag aus diesem Grunde zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde zurückgewiesen. Der im Verbund gestellte Antrag auf Eintragung der Grundschuld hatte sich damit erledigt.

Mit Schreiben vom 01.08.2001 stellte der Angekl. einen neuen Antrag auf Eigentumsumschreibung und Eintragung der Grundschuld. Nachdem die Eintragungskosten vom Käufer nicht gezahlt worden waren, wurde dieser Antrag am 05.11.2001 zurückgewiesen. Mit Schreiben vom 08.11.2002 widerrief die Rechtsnachfolgerin der Darlehensgeberin den Treuhandauftrag und forderte die Darlehensvaluta zurück. Am 03.12.2002 überwies der Angekl. die Gerichtskosten von seinem Geschäftskonto und beantragte erneut die Eintragung der Grundschuld sowie die Eigentumsumschreibung. Nachdem der Angekl. auch die Kosten für die Löschung voreingetragener Grundpfandrechte aus eigenen Mitteln gezahlt hatte, wurde am 07.03.2003 die Grundschuld eingetragen und das Eigentum auf den Käufer umgeschrieben. Die Rechtsnachfolgerin der Darlehensgeberin teilte nachfolgend mit, sie habe die Kredite des Käufers fällig gestellt; ihre Forderung bezüglich des hier betroffenen Objekts belaufe sich auf 1858508,70 € zzgl. Zinsen und Kosten. Das Grundstück wurde später für 423.001 € zwangsversteigert.

Der Angekl. könnte den Tatbestand der **Untreue nach § 266 I StGB** erfüllt haben. Dann müsste **die durch den Treuhandauftrag eingeräumten Vermögensverfügungsbefugnis dadurch missbraucht** worden sein, **dass** der Angekl. am 21.12.1999 die **Darlehensvaluta** von seinem Notaranderkonto **ausgezahlt** habe, **obwohl** eine der **Auflagen aus dem Treuhandauftrag nicht erfüllt** gewesen ist.

I. **Bedenken** bestehen hier dahingehend, dass die **Strafvorschrift des § 266 I StGB gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG verstoßen könnte**, soweit darin das Tatbestandsmerkmal des Zufügens eines (Vermögens-)Nachteils verwendet wird.

1. **Art. 103 II GG** gewährleistet, dass eine **Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde**. Dies verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen

vgl. BVerfGE 75, 329 = NJW 1987, 3175; BVerfGE 78, 374 = NJW 1990, 1714; BVerfGE 105, 135 = NJW 2002, 1779

*„Das Grundgesetz will auf diese Weise sicherstellen, dass jedermann sein Verhalten auf die Strafrechtslage eigenverantwortlich einrichten kann und keine unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen befürchten muss (vgl. BVerfGE 64, 369; BVerfGE 85, 69 = NJW 1992, 890; BVerfGE 95, 96 = NJW 1997, 929). Art. 103 II GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet (vgl. BVerfGE 105, 135 = NJW 2002, 1779). Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen ist, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit deskriptiven, exakt erfassbaren Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben (vgl. BVerfGE 48, 48 = NJW 1978, 1423). **Generalklauseln oder unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht sind nicht von vornherein verfassungsrechtlich zu beanstanden**. Gegen ihre Verwendung bestehen jedenfalls dann keine durchgreifenden Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes und durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs, oder auf Grund einer gefestigten Rspr. eine **zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm** gewinnen lässt, so dass der Einzelne die Möglichkeit hat, den durch die Strafnorm geschützten Wert sowie das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die **staatliche Reaktion vorauszusehen** (vgl. BVerfGE 45, 363 = NJW 1977, 1815; BVerfGE 48, 48 = NJW 1978, 1423; BVerfGE 86, 288 = NJW 1992, 2947).“* (BVerfG aaO)

2. Daran gemessen ist das Tatbestandsmerkmal des „Nachteils“ noch hinreichend bestimmt. Die **Rspr. erhält ausreichende Vorgaben für die** ihr anvertraute **Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals** und ist im Übrigen bemüht, den sehr weiten Tatbestand der Untreue weiter einzugrenzen.

a) Der **„Nachteil“** für das betroffene Vermögen ist ein **weiter Begriff, der jedoch einen allgemein verständlichen Bedeutungsgehalt hat**.

*„Seinem **umgangssprachlichen Wortsinn** nach ist der „Nachteil“ ein „Schaden, Verlust, ungünstige Lage“ (Wahrig, Dt. Wörterb., 2001, S. 903) oder „etwas, was sich für jemanden gegenüber einem anderen negativ auswirkt, ihn beeinträchtigt, ihm schadet“ (Duden, Dt. Universalwörterb., 5. Aufl. [2003], S. 1120). Bereits nach dem von Jacob und Wilhelm Grimm begonnenen Deutschen Wörterbuch war die übliche Bedeutung von Nachteil „ein als Minderung, Verschlechterung erscheinendes Übel, überhaupt Schaden, Verlust, Abbruch, Beeinträchtigung“ (Bd. 7, 1889 [Nachdruck 1984], Sp. 184).“* (BVerfG aaO)

b) Dieser umgangssprachliche Wortsinn stimmt überein mit der **Auslegung des Begriffs des Nachteils im StGB**: Die h.M. in Rspr. und Lit. versteht unter dem Nachteil **eine durch die Tathandlung verursachte Vermögensminderung**. Der Vermögensnachteil ist durch einen Vergleich des Vermögens, das der Geschädigte vor der Untreuehandlung hatte, mit dem Vermögen, über das er infolge der Untreuehandlung verfügt, festzustellen.

vgl. BGHSt 15, 342 = NJW 1961, 685; BGH NJW 1975, 1234; BGHSt 26, 111 = NJW 1975, 1232; MüKo-StGB/Dierlamm, 2006, § 266 Rn 178; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn 40

Zum **Vermögen** gehört dabei nach der hierfür maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise **alles, was in Geldwert messbar ist**. Bleibt danach der Vermögensstand nach der treuwidrigen Handlung hinter dem ursprünglichen Vermögensstand zurück, so liegt ein Vermögensnachteil i.S. des § 266 StGB vor.

vgl. BGH NJW 1975, 1234; BGHSt 26, 111 = NJW 1975, 1232

- c) Eine **vergleichbare Auslegung** erfährt der Begriff des (Vermögens-) Schadens im **Betrugstatbestand des § 263 StGB**: Das Strafrecht folgt der Überschneidung im Wortsinn der Begriffe „Nachteil“ und „Schaden“. Nach allg. Meinung entspricht der Begriff des Nachteils in § 266 StGB dem des Schadens in § 263 StGB.

vgl. BGHSt 15, 342 = NJW 1961, 685; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn 17; Schönemann, in: LK-StGB, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn 132; Schönke/Schröder, § 266 Rn 39; ebenso für den Vermögensnachteil in § 253 StGB: BGHSt 34, 394 = NJW 1987, 3144

„Der Vermögensnachteil in § 266 I und § 253 I StGB (Erpressung) sowie der Vermögensschaden in § 263 I und § 263a I StGB (Computerbetrug) sind die überlieferten und durch eine jahrzehntelange Rspr. präzisierten Begriffe für den tatbestandlichen Erfolg der Vermögensdelikte. Bereits der Untreuetatbestand in § 266 I des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 (RGBl I, 127) enthielt das Tatbestandsmerkmal des Handelns oder Verfügens „zum Nachteile“ des Auftraggebers oder der Personen oder Sachen, die der Aufsicht des Täters anvertraut sind, sowie das „Benachteiligen“ der Personen, deren Geschäfte der Täter zu besorgen hat. Die Neufassung des Tatbestands durch das Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.05.1933 (RGBl I, 295) gab der Tathandlung ihren heutigen Inhalt, behielt jedoch das Zufügen eines Nachteils als Taterfolg bei.

Die Rspr. erhält damit noch ausreichende Vorgaben für die ihr anvertraute Auslegung des Merkmals des Vermögensnachteils. Der Gesetzgeber hat hier angesichts der Notwendigkeit, den tatbestandlichen Erfolg in einer Weise zu umschreiben, die alle nach dem Normzweck strafwürdigen Folgen des ungetreuen Handelns erfasst und zudem zukunfts offen für neue wirtschaftliche Zusammenhänge bleibt, einen weiteren Begriff gewählt. Für den einzelnen Bürger ist dabei jedenfalls das Risiko einer Strafbarkeit noch ausreichend deutlich erkennbar.“ (BVerfG aaO)

3. Die Anwendung des Untreuetatbestands verstößt nicht gegen das **Bestimmtheitsgebot**: Die Auffassung, das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils i.S. von § 266 I StGB sei im vorliegenden Sachverhalt erfüllt, überschreitet nicht die nach Art. 103 II GG zu wahren Grenzen zulässiger richterlicher Auslegung.

„Für die Rspr. folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie (vgl. BVerfGK 4, 261 = NJW 2005, 2140). Dabei ist Analogie nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen. Ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht (vgl. BVerfGE 71, 108 = NJW 1986, 1671). Der mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (vgl. BVerfGE 71, 108 = NJW 1986, 1671; BVerfGE 87, 209 = NJW 1993, 1457; BVerfGE 92, 1 = NJW 1995, 1141). Damit wird jede Auslegung einer Strafbestimmung ausgeschlossen, die den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm erweitert und damit Verhaltensweisen in die Strafbarkeit einbezieht, die die Tatbestandsmerkmale der Norm nach deren möglichem Wortsinn nicht erfüllen (vgl. BVerfGE 85, 69 = NJW 1992, 890).“ (BVerfG aaO)

- II. Die von der Rspr. bislang vorgenommene **Auslegung des Nachteilsbegriffs** ist mit dem **Bestimmtheitsgebot grds. zu vereinbaren**.

1. Nach **st. Rspr. des BGH** kann ein Nachteil i.S. des § 266 I StGB auch dann vorliegen, wenn Vermögenswerte konkret gefährdet sind, so dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage eingetreten ist.

vgl. BGHSt 44, 376 = NJW 1999, 1489; BGHSt 48, 354 = NJW 2003, 3717; BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760; „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ oder „Gefährdungsschaden“

Die Auslegung des Nachteilsbegriffs in der Weise, dass auch die schadensgleiche Vermögensgefährdung erfasst wird, wurde aus der Rspr. zum Schaden im Betrugstatbestand des § 263 StGB übernommen. Dort wurde zuerst nach der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein Vermögensschaden nicht nur im tatsächlichen Verlust eines Vermögenswertes, sondern schon in der konkreten Gefährdung vermögenswerter Positionen gesehen. Der Gefährdungsschaden wird dem endgültigen Schaden in § 266 I wie in § 263 StGB grds. gleichgestellt.

vgl. BVerfG NJW 1998, 2589; BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760; BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760

2. Das **RG** entschied schon im Jahr 1887, dass auch eine Vermögensgefährdung als ein Schaden i.S. von § 263 oder als ein Nachteil nach § 266 zu qualifizieren ist, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits gegenwärtig den Vermögenswert vermindert.

vgl. RGSt 16, 1 zu § 263 RStGB; RGSt 16, 77 zu § 266 RStGB

3. **Art. 103 II GG steht einer zu weiten Auslegung** des Nachteilsbegriffs in § 266 I StGB **entgegen**. Die Abgrenzungen, welche die Rspr. zur Bestimmung der schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt hat, halten die Auslegung jedoch grds. noch im zulässigen Rahmen (a.A. Bernsmann GA 2007, 219). Diese **Abgrenzungen** sind jedoch bei der Anwendung des § 266 StGB **stets strikt zu beachten, um einer weiteren Aufweichung der Konturen des Nachteilsbegriffs entgegenzuwirken**.

„Da Art. 103 II GG sicherstellen soll, dass die abstrakt-generellen Voraussetzungen der Strafbarkeit durch den Gesetzgeber bestimmt werden, muss bei der Auslegung von § 266 I StGB beachtet werden, dass es sich nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Untreuetatbestands um ein Verletzungsdelikt, nicht um ein Gefährdungsdelikt handelt, und der Tatbestand keine Versuchsstrafbarkeit enthält. Eine zu weite Einbeziehung von Gefährdungslagen als Vermögensnachteil könnte zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Versuchsbereich führen, die der Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen hat (vgl. Riemann, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 157; Saliger HRRS 2006, 10; Bernsmann GA 2007, 219; MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn 186; zu diesen Bedenken vgl. auch BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760). Die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit für den Untreuetatbestand wurde zuletzt im Jahr 1998 abgelehnt; eine entsprechende im Entwurf für das 6. Strafrechtsreformgesetz vorgesehene Änderung von § 266 II StGB (vgl. BT-Dr 13/8587, S. 43) wurde nicht in das Gesetz übernommen. Obwohl eine ausgedehnte Vollendungsstrafbarkeit als solche kein Problem der Normbestimmtheit sein muss (vgl. BVerfG 9, 169 = NJW 2007, 1193), hängt doch die Annahme eines (vollendeten) Nachteils im Rahmen des § 266 I StGB und damit überhaupt die Feststellung eines strafbaren Verhaltens von der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals ab, die ihrerseits strikt an Art. 103 II GG zu messen ist. Da der Tatbestand der Untreue im Gegensatz zum Betrug nicht das einschränkende subjektive Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht enthält, bewegt sich gerade bei der Anwendung des Nachteilsbegriffs auf Vermögensgefährdungen die Auslegung an den äußersten noch zulässigen Grenzen (vgl. zu diesbezüglichen Bedenken BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760).“ (BVerfG aaO)

4. Die Rspr. hat entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben Kriterien zur Abgrenzung zwischen einer bloß abstrakten Gefährdungslage und einer konkreten, schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt, um zu bestimmen, wann eine Gefahrensituation eine solche Intensität erreicht hat, dass sie einer endgültigen Vermögenseinbuße gleichgestellt werden kann. Die **erforderliche „Konkretheit“ der Gefahr** wird in **mehrerer Hinsicht präzisiert**:

- In **zeitlicher Hinsicht** muss mit dem alsbaldigen Eintritt eines entsprechenden endgültigen Schaden zu rechnen sein.

vgl. BGHSt 40, 287 = NJW 1995, 603; vgl. auch MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn 199

- Ein weiteres Kriterium setzt an der **Vermeidemacht des potenziell Geschädigten** an: Es muss eine vom Berechtigten nicht mehr zu kontrollierende und nur noch im Belieben des Täters stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts bestehen (vgl. BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760; vgl. auch Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn 146). Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung kann auch nur dann bejaht werden, wenn die sie begründenden Tatsachen feststehen, nicht aber schon dann, wenn sie nur wahrscheinlich oder gar möglicherweise vorliegen (vgl. BGH, StV 1995, 24 - zu § 263 StGB; vgl. dazu auch MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn 196).

- Zudem soll der weitgesteckte Rahmen des äußeren Tatbestands des § 266 StGB eine besonders **sorgfältige Feststellung des inneren Tatbestands erforderlich** machen. Das soll vor allem gelten, wenn lediglich bedingter Vorsatz in Betracht kommt oder der Täter nicht eigennützig gehandelt hat.

vgl. BGHSt 3, 23 = NJW 1952, 943; BGH wistra 2003, 463 = BeckRS 2003, 07814; BGH NJW 1975, 1234; BGHSt 26, 111 = NJW 1975, 1232; BGH NJW 1983, 461; BGHSt 47, 295 = NJW 2002, 2801; BGH wistra 2003, 463 = BeckRS 2003, 07814

III. Die **Annahme eines Vermögensnachteils in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begegnet** im vorliegenden Fall **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.**

*„Der Eintritt eines Nachteils durch die Auszahlung eines noch ungesicherten Darlehensbetrags erfüllt auch bei der gebotenen restriktiven Auslegung der schadensgleichen Vermögensgefährdung die Voraussetzungen eines Vermögensnachteils, zumal der **Marktwert einer ungesicherten (Darlehens-) Forderung deutlich niedriger liegt als der einer gesicherten.***

Wenn ein Notar unter Verletzung des Treuhandauftrags der Darlehensgeberin ein Darlehen auszahlt, obwohl die Bedingung der Sicherstellung einer erstrangigen Grundschild noch nicht erfüllt ist, besteht der Schaden der Darlehensgeberin darin, dass sie nur eine ungesicherte und damit in ihrem Wert zweifelhafte Darlehensforderung erhält (vgl. zur entsprechenden zivilrechtlichen Beurteilung BGH NJW 1987, 3201). Für die Annahme einer vollwertigen Sicherheit, wie sie im vorliegenden Fall nach den Bedingungen des Treuhandauftrags die Ansprüche der Darlehensgeberin sichern sollte, wäre eine eintragungsbe-reite erstrangige Grundschild erforderlich gewesen, deren Eintragung an der geforderten Rangstelle nur noch das Tätigwerden des Grundbuchamts voraussetzt. Nach § 17 GBO wirkte der vor Auszahlung des Darlehensbetrags vom Notaranderkonto gestellte Antrag auf Eintragung der Grundschild zwar rangwah-rend, da ein früher gestellter Eintragungsantrag erst erledigt sein muss, bevor eine später beantragte Eintragung erfolgen darf. Nachdem der vom Angekl. gestellte Antrag auf Eintragung der erstrangigen Grundschild aber erledigt worden war, indem er mit dem im Verbund gestellten Antrag auf Eigentums-umschreibung zurückgewiesen wurde (vgl. § 16 II GBO), hatte die Darlehensgeberin endgültig einen Darlehensbetrag ohne dingliche Sicherung aus der Hand gegeben. Der Weg wäre für andere Anträge auf Grundschild eintragung frei gewesen, etwa auch im Wege der Zwangsvollstreckung durch weitere Gläubiger, welche die erste Rangstelle für die Darlehensgeberin blockiert hätten. Die Auszahlung des Darlehens vor Sicherstellung aller Eintragungsvoraussetzungen für die Grundschild gefährdete damit das Vermögen der Darlehensgeberin in einer Weise, die zeitnah und unmittelbar in einen endgültigen Vermögensverlust umschlagen konnte. Die Darlehensgeberin hatte mit der pflichtwidrigen Auszahlung des Darlehens keinen Zugriff mehr auf diesen Vermögenswert. Die Erfüllung der Voraussetzungen für die Eintragung der Grundschild lag nicht in ihrer Hand.“ (BVerfG aaO)

IV. Darüber hinaus ist hier zu prüfen, ob **Vorsatz** bzgl. der Herbeiführung eines Vermögensnachteils gegeben ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob an den bedingten Vorsatz im Fall einer schadensgleichen Vermögensgefährdung weitergehende Anforderungen in der Weise zu stellen sind, dass der Täter die konkrete Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss (so BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760; a.A. BGH NJW 2008, 2451).

„Eine solche einschränkende Rechtsauslegung kann gerade dem Bestimmtheitsfordernis aus Art. 103 II GG Rechnung tragen.

*Im vorliegenden Fall hat der Angekl. auch bzgl. der **Herbeiführung eines Vermögensnachteils mit direktem, nicht nur bedingtem Vorsatz** gehandelt: Der **Vermögensnachteil** besteht darin, dass der **ungesicherte Darlehensrückzahlungsanspruch wirtschaftlich weniger wert ist als ein Anspruch, der durch eine eintragungsreife Grundschild gesichert ist.** Der Angekl. zahlte den Darlehensbetrag in dem Wissen aus, dass die Kosten für die Eintragung der Grundschild nicht gezahlt waren und die Eintragung daher ungewiss war. Die **Vermögenseinbuße** trat als **effektiver Nachteil bereits mit Auszahlung des noch ungesicherten Darlehens ein, die mit Wissen und Wollen des Angekl. erfolgte.** Dies lässt den Schluss zu, dass der Angekl. mit direktem Vorsatz („dolus directus II. Grades“) gehandelt hat.“ (BVerfG aaO)*

GG

Anforderungen an ein Vereinsverbot

POR

Art. 9 II

„Heimattreue Deutsche Jugend“

VereinsG

(BVerwG in NVwZ-RR 2009, 803; Beschluss vom 11. 8. 2009 - 6 VR 2/09)

§§ 3 I, 8 I, 9 I

1. Eine Vereinigung ist nach § 3 I 1 Alt. 2 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 2 GG verboten, wenn sie sich **gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet**.
Zu dieser Ordnung gehört nach der Rechtsprechung des BVerwG vor allem
 - die **Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten** sowie
 - das **demokratische Prinzip** mit der Verantwortlichkeit der Regierung,
 - das **Mehrparteienprinzip** und
 - das **Recht auf verfassungsmäßige Bildung** und Ausübung einer **Opposition**
2. Die Vereinigung muss ihre verfassungsfeindlichen Ziele auch **kämpferisch-aggressiv** verwirklichen wollen. Dazu genügt, dass sie die verfassungsmäßige Ordnung fortlaufend untergraben will; sie muss ihre Ziele **nicht durch Gewaltanwendung** oder sonstige Rechtsverletzungen zu verwirklichen suchen
3. Dies ist ohne Weiteres dann zu bejahen, wenn eine Vereinigung in **Programm, Vorstellungswelt** und **Gesamtstil** eine **Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus** aufweist.
4. Dies ist der Fall, wenn eine Vereinigung sich zur **NSDAP** und zu deren maßgeblichen **Funktionsträgern bekennt** und die **demokratische Staatsform verächtlich** macht, eine mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 III GG unvereinbare **Rassenlehre** propagiert und eine entsprechende Überwindung der verfassungsmäßigen Ordnung anstrebt.

Fall: Der Ast. ist ein im Jahr 1990 gegründeter eingetragener Verein mit Sitz in P. Seinen jetzigen Namen führt er seit dem Jahr 2001. Nach § 3 seiner Satzung sieht er seinen Zweck in der Förderung der geistigen, charakterlichen und körperlichen Entwicklung der männlichen und weiblichen Jugend, des Jugendsports und der Jugendbildung. Er will danach die Jugend zu dem Nächsten hilfreichen, der Heimat und dem Vaterland treuen und dem Gedanken der Völkerverständigung aufgeschlossenen Staatsbürgern heranbilden und gibt ein Bekenntnis zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland ab. Der Ast. führt Jugendlager, Jugendfahrten sowie Sport- und Bildungsveranstaltungen durch. Er gibt u.a. die Vereinszeitschrift „Funkenflug“ heraus, die vierteljährlich mit einer Auflage von 600 Exemplaren erscheint. Das Bundesministerium des Innern (BMI) stellte ohne vorherige Anhörung des Ast. durch Verfügung vom 09.03.2009 fest, dass der Ast. sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richte und nach Zweck und Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufe. Er wurde verboten und aufgelöst. Ferner wurde verboten, Ersatzorganisationen für den Ast. zu bilden, bestehende Organisationen als Ersatzorganisationen fortzuführen und Kennzeichen des Ast. zu verwenden. Das Vermögen des Ast. sowie näher typisierte Sachen und Forderungen Dritter wurden beschlagnahmt und eingezogen. Mit Ausnahme der Einziehungsanordnungen wurde die Verfügung für sofort vollziehbar erklärt. Der Ast. hat Anfechtungsklage gegen die Verbotsverfügung erhoben. Er beantragt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage.

Wird der Antrag Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit des Antrags

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

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

3. Auch für das Verfahren nach § 80 V VwGO ist wegen der im Hintergrund stehen Anfechtungsklage eine **Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO** erforderlich, die jedoch – da der Ast. Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist und insofern jedenfalls in Art. 2 I GG verletzt sein kann – nach der **Adressatentheorie** ohne weiteres gegeben ist.
4. Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsgesetzen **gegen die Behörde** zu stellen, welche den **sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen** ist.
5. Zuständig ist nach § 80 V VwGO das **Gericht der Hauptsache**. Der Gericht der Hauptsache bei Klagen, die gegen Vereinsverbote des Bundesinnenministeriums gerichtet sind, ist nach § 50 I Nr. 2 VwGO das **Bundesverwaltungsgericht**, so dass dieses auch für den Antrag nach § 80 V VwGO zuständig ist.
6. Der Ast. muss auch ein **schutzwürdiges Interesse** an dem Verfahren haben. Da er bereits Klage eingereicht hat, die jedoch keine aufschiebende Wirkung entfaltet und kein vorheriger Antrag an das Bundesinnenministerium auf Aussetzung der Vollziehung erforderlich war, ist dies anzunehmen.

Der Antrag des Ast. ist daher zulässig.

II. Begründetheit

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

1. **Rechtsgrundlage** für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (AOsV) ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.
2. **formelle Rechtswidrigkeit der AOsV**
 - a) **Zuständig** für die AOsV ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier hat das Bundesinnenministerium als Erlassbehörde und damit als zuständige Behörde gehandelt.
 - b) **Form**
Nach § 80 III 1 VwGO ist die AOsV schriftlich zu begründen, wobei die Begründung nicht nur formelhaft sein darf und über die Begründung für den Erlass des für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsaktes hinausgehen muss. Dies ist hier berücksichtigt worden.
 - c) **Verfahren**
Ob es vor Erlass einer AOsV einer Anhörung nach § 28 VwVfG darf, weil es sich bei der AOsV um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG handelt oder weil wegen einer vergleichbaren belastenden Tendenz zumindest eine analoge Anwendung geboten ist, kann dahinstehen, da auch zu der Verbotsverfügung als Grund-VA keine Anhörung erfolgt ist und daher deren Entbehrlichkeit in diesem Zusammenhang zu prüfen ist.
3. **materielle Rechtswidrigkeit der AOsV**
Für die materielle Prüfung der AOsV kommt es darauf an, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aufschubinteresse des Ast. überwiegt, wobei das öffentliche Vollzugsinteresse über das öffentliche Erlassinteresse hinausgehen muss, dass ohnehin an jedem Verwaltungsakt besteht.
 - a) **Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung**

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

aa) formelle Rechtswidrigkeit der Verbotsverfügung

(1) Zuständigkeit

Für das Vereinsverbot nach § 3 I VereinsG ist nach § 3 II Nr. 2 VereinsG das **Bundesinnenministerium** zuständig, da sich die Organisation oder **Tätigkeit des Vereins über das Gebiet eines Landes** hinaus erstreckt.

(2) Form

Die Verbotsverbot muss nach § 3 IV 1 VereinsG **schriftlich** abgefasst, **begründet, zugestellt** und nach Maßgabe des § 3 IV 2 VereinsG bekannt gemacht werden. Diese Voraussetzungen wurden erfüllt.

(3) Verfahren

Da es sich bei der Verbotsverfügung im einen belastenden Verwaltungsakt handelt, ist nach § 28 I VwVfG **grundsätzlich** eine **Anhörung** erforderlich, die hier jedoch nicht erfolgt ist. Sie könnte aber nach § 28 II VwVfG **entbehrlich** gewesen sein.

Nach **§ 28 II Nr. 1 VwVfG** ist eine Anhörung entbehrlich, wenn nach den Umständen des Einzelfalls eine sofortige Entscheidung wegen **Gefahr im Verzug** oder **im öffentlichen Interesse notwendig** erscheint. Es genügt, dass die Verbotsbehörde unter diesen Gesichtspunkten auf Grund der ihr bekannt gewordenen Tatsachen eine sofortige Entscheidung für notwendig halten durfte

„Diese Voraussetzungen waren hier erfüllt, denn das Bundesministerium des Innern hat nach der Begründung der Verfügung von einer Anhörung des Ast. Nachvollziehbar deshalb abgesehen, weil es den mit einer Anhörung verbundenen ‚Ankündigungseffekt‘ vermeiden und dem Ast. so keine Gelegenheit bieten wollte, seine Infrastruktur, sein Vermögen und verbotsrelevante Unterlagen dem behördlichen Zugriff zu entziehen. Dieses Bestreben, der Verbotsverfügung eine möglichst große Wirksamkeit zu geben, ging entgegen dem Einwand des Ast. nicht ins Leere, obwohl bereits vor Erlass der streitigen Verfügung ein Verbot in der Öffentlichkeit gefordert worden war und Durchsuchungen und Beschlagnahmen stattgefunden hatten. Die Ag. verweist zu Recht darauf, dass diesen Erörterungen und Maßnahmen nicht der gleiche ‚Ankündigungseffekt‘ zukam, wie ihn eine Anhörung im Rahmen des konkreten Verbotsverfahrens gehabt hätte.“ (BVerwG aaO)

Die Verbotsverfügung ist daher nicht formell rechtswidrig.

bb) materielle Rechtswidrigkeit der Verbotsverfügung

Die Verbotsverfügung könnte aber materiell rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 VereinsG nicht vorliegen.

(1) Voraussetzungen eines Verbots nach § 3 I 1 Alt. 2 VereinsG

Eine Vereinigung ist nach § 3 I 1 Alt. 2 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 2 GG verboten, wenn sie sich **gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet**.

Zu dieser Ordnung gehört nach der Rechtsprechung des BVerwG vor allem

- die **Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten** sowie
- das **demokratische Prinzip** mit der Verantwortlichkeit der Regierung,
- das **Mehrparteienprinzip** und
- das **Recht auf verfassungsmäßige Bildung** und Ausübung einer **Opposition**

vgl. BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 8 S. 7; Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 22 S. 57 = NVwZ 1997, 66; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 30 S. 4 = NVwZ-RR 2000, 70

Ein Vereinsverbot ist **nicht schon gerechtfertigt**, wenn diese die **verfassungsmäßige Ordnung lediglich ablehnt** und ihr andere Grundsätze entgegenstellt. Sie muss ihre **verfassungsfeindlichen Ziele auch kämpferisch-aggressiv verwirklichen** wollen.

„Dazu genügt, dass sie die **verfassungsmäßige Ordnung fortlaufend untergraben** will; sie muss ihre Ziele nicht durch Gewaltanwendung oder sonstige Rechtsverletzungen zu verwirklichen suchen (BVerwGE 61, 218 [220] = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 6 S. 51f.). Eine zum Verbot führende **Zielrichtung** gegen die verfassungsmäßige Ordnung ist ohne weiteres dann **zu bejahen**, wenn eine **Vereinigung in Programm, Vorstellungswelt und Gesamtstil eine Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus aufweist**. Dieser vom BVerfG (BVerfGE 2, 1 [70] = NJW 1952, 1407) anlässlich des Verbotes der Sozialistischen Reichspartei zu Art. 21 II GG entwickelte Grundsatz gilt in gleicher Weise für ein Vereinsverbot, weil jedenfalls eine die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erstrebende Zielrichtung i.S. des Art. 21 II GG auch gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtet ist. Wenn eine Vereinigung sich **zur NSDAP** und zu deren **maßgeblichen Funktionsträgern bekennt** und die **demokratische Staatsform verächtlich macht**, eine mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 III GG unvereinbare **Rassenlehre propagiert** und eine entsprechende **Überwindung der verfassungsmäßigen Ordnung anstrebt**, richtet sie sich gegen die elementaren Verfassungsgrundsätze und erfüllt damit den Verbotstatbestand (BVerwG, NVwZ 1997, 66; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 28 S. 122).

Die **Ziele einer Vereinigung** lassen sich dabei in der Regel weniger ihrer **Satzung** und ihrem **Programm**, sondern eher ihrem **Auftreten in der Öffentlichkeit**, ihren **Publikationen** sowie den **Äußerungen** und der **Grundeinstellung ihrer Funktionsträger** entnehmen (vgl. BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 8 S. 7; Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 22 S. 57 = NVwZ 1997, 66; BVerwG, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 30 S. 4 = NVwZ-RR 2000, 70). Da Vereinigungen etwaige verfassungsfeindliche Bestrebungen erfahrungsgemäß zu verheimlichen suchen, wird sich der **Verbotstatbestand** in der Regel **nur aus dem Gesamtbild** ergeben, das sich aus einzelnen Äußerungen und Verhaltensweisen zusammenfügt. Der Umstand, dass diese Äußerungen und Verhaltensweisen gegebenenfalls einer mehr oder weniger großen Zahl unverfänglicher Sachverhalte scheinbar untergeordnet sind, besagt allein nichts über ihre Aussagekraft (im gleichen Sinn für Art. 21 II GG: BVerfGE 2, 1 [70] = NJW 1952, 1407).“ (BVerwG aaO)

(2) Vorliegen der Voraussetzungen

„Nach diesen Maßstäben bietet das dem beschließenden Senat vorliegende Beweismaterial hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sich der Ast. gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet, weil er nach seiner Programmatik, seiner Vorstellungswelt und seinem Gesamtstil eine **Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus**, insbesondere mit der früheren **Hitlerjugend** als einer Teilorganisation der NSDAP aufweist. Das Bundesministerium des Innern hat danach die in der **Satzung** des Ast. enthaltenen Bekenntnisse zu gemeinnütziger Jugendarbeit, zum Gedanken der Völkerverständigung und zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zu Recht als **bloße Fassade** bewertet.“

Es gibt eine Vielzahl von Belegen dafür, dass der Ast. die freiheitlich demokratische **Grundordnung des Grundgesetzes ablehnt** und diffamiert und diese **durch ein so genannte neues Reich ablösen** will. In diesem Bestreben orientiert er sich entgegen seinen Beteuerungen im gerichtlichen Verfahren nicht an einem Reichsgedanken mit dem durch das BVerfG umschriebenen, auf die nationale Einheit und die gleichberechtigte Stellung Deutschlands in der europäischen Staatengemeinschaft bezogenen Inhalt, sondern an den **Prinzipien der nationalsozialistischen Herrschaft** während des so genannte Dritten Reiches.“ (BVerwG aaO)

(a) Ausmaß der Äußerungen

„Die Äußerungen **gehen über eine zulässige Kritik** an Phänomenen eines allgemeinen Werteverfalls **hinaus** und offenbaren eine **gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Haltung** (vgl. zu der insoweit vorzunehmenden Abgrenzung: BVerwGE 114, 258 [285f.] = Buchholz 236.1 § 8 SG Nr. 3 S. 19 = NJW 2002, 980 = NVwZ 2002, 611 L).“ (BVerwG aaO)

(b) Verbundenheit mit Hitlerjugend

„Entsprechend seiner der Wiedererrichtung der nationalsozialistischen Herrschaft verhafteten Vorstellungswelt propagiert der Ast. eine **Vorbildfunktion des Nationalsozialismus und seiner Organisationen**. Besonders verbunden fühlt sich der Ast. der früheren Hitlerjugend, in deren Nachfolge er sich sieht.“ (BVerwG aaO)

(c) Verehrung nationalsozialistischer Funktionsträger

„Der Ast. bekennt sich weiter zu maßgeblichen Repräsentanten des Nationalsozialismus und will eine positive Erinnerung an diese vermitteln. Dabei werden Anklänge an den **nationalsozialistischen Helden- und Märtyrerkult** vernehmbar.“ (BVerwG aaO)

(d) Rassismus und Antisemitismus

„Seine Übereinstimmung mit dem Nationalsozialismus bringt der Ast. auch dadurch zum Ausdruck, dass er nationalsozialistisch geprägte Begriffe übernimmt. Der Ast. ist ferner **stark rassistisch** ausgerichtet sowie der so genannte **Blut-und-Boden-Ideologie** und der **Rassenlehre** der Nationalsozialisten verhaftet. Er propagiert überdies **antisemitische Thesen**.“ (BVerwG aaO)

(e) Kämpferisch-aggressive Haltung

„Der Ast. nimmt schließlich eine kämpferisch-aggressive Haltung **gegenüber der verfassungsmäßigen** Ordnung ein. Dies kommt in der bereits zitierten Äußerung des Vereinsvorsitzenden zum Ausdruck, in der er die Mitglieder dazu auffordert, sich als **„Kämpfer von fanatischer Besessenheit und zäher Ausdauer“** zu erweisen. In einer weiteren, bereits zitierten Textdatei fügt er hinzu: **„Es ist Krieg gegen Deutschland, Krieg gegen unser Volk. ... Und diesen Krieg möchte ich ganz gerne gewinnen.“** (BVerwG aaO)

(3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

„Die **Verbotsverfügung** weist nach summarischer Prüfung auch **sonst keine rechtlichen** Mängel auf. Insbesondere wahrt sie den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**. Die weiteren in der Verfügung getroffenen und mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehenen Regelungen (Auflösung, Verbot der Bildung von Ersatzorganisationen, Kennzeichenverbot, Beschlagnahme des Vereinsvermögens) finden ihre Rechtsgrundlage in §§ 3 I 1 Halbs. 2 und S. 2 Nr. 1, 8 I und 9 I 1 VereinsG. Die Klage des Ast. wird **auch insoweit voraussichtlich keinen Erfolg haben**.“ (BVerwG aaO)

b) Interessenabwägung

Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage ist auch nicht auf Grund einer weiteren Abwägung der widerstreitenden Interessen der Bet. geboten.

„Die mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung für den Ast. verbundene **Beschränkung**, seine Vereinstätigkeit bis zur Entscheidung der Hauptsache nicht fortsetzen zu dürfen, hat **besonderes Gewicht**. Diesem Nachteil stehen die Gefahren gegenüber, die für die Allgemeinheit bei Fortsetzung der Vereinstätigkeit bestehen, wenn sich im gerichtlichen Hauptsacheverfahren die in der Verbotsverfügung getroffene Einschätzung endgültig als zutreffend erweist, dass der Ast. sich **gegen die verfassungsmäßige Ordnung** richtet. Diese **Gefahren sind höher zu gewichten als** die für den Ast. mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung einhergehenden **Belastungen**. Sie rechtfertigen auch die **Annahme der besonderen Dringlichkeit der Vollziehung der Verfügung** (vgl. auch: BVerfGE 80, 244 [254f.] = NJW 1990, 37).“ (BVerwG aaO)

III. Ergebnis: Der Antrag wird keinen Erfolg haben..

EG

Zulassungsvoraussetzungen für Apotheken

EuR

Art. 43, 48

Gemeinschaftsrechtskonformität

(EuGH in BayVBl. 2009, 624; Urteil vom 19.05.2009 – RS. C171/07 u. C-172/07)

Die Art. 43 EG und 48 EG stehen einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen, die Personen, die keine Apotheker sind, den Besitz und den Betrieb von Apotheken verwehrt.

Fall: Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung der Art. 43 EG und 48 EG sowie der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Diese Ersuchen ergehen im Rahmen zweier Rechtsstreitigkeiten, in denen sich die Apothekerkammer des Saarlandes, auf der einen Seite sowie das Saarland und das Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales auf der anderen Seite gegenüberstehen und in denen es um eine nationale Regelung geht, nach der nur Apotheker Inhaber und Betreiber von Apotheken sein können.

Die DocMorris NV (im Folgenden: DocMorris) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in den Niederlanden, die unter anderem ein Versandunternehmen für Arzneimittel betreibt. Mit Bescheid vom 29.06.2006 erteilte ihr das Ministerium mit Wirkung vom 01.07.2006 die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken mit der Maßgabe, einen Apotheker für die persönliche Leitung der betreffenden Apotheke unter eigener Verantwortung einzustellen (im Folgenden: Bescheid v. 29.06.2006). Am 02. und am 18.08.2006 erhoben die Kl. der Ausgangsverfahren beim VG Saarlouis Klage gegen den Bescheid vom 29.06.2006. Die Kl. brachten in diesen Klagen vor, dass dieser Bescheid gegen das ApoG verstoße, da er das „Fremdbesitzverbot“, nämlich den Grundsatz, dass nur Apotheker Eigentümer und Betreiber von Apotheken sein dürften, wie er sich aus § 2 I Nr. 3 in Verbindung mit den §§ 7 und 8 ApoG ergebe (im Folgenden: Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern), verletze. Das von DocMorris unterstützte Ministerium machte geltend, dass der Bescheid vom 29.06.2006 rechtmäßig sei, weil es gezwungen gewesen sei, die betreffenden Bestimmungen des ApoG unangewendet zu lassen, weil sie Art. 43 EG verletzen, der die Niederlassungsfreiheit garantiere. Eine Kapitalgesellschaft, die rechtmäßig in einem Mitgliedstaat eine Apotheke betreibt, habe nämlich keinen Zutritt zum deutschen Apothekenmarkt. Eine solche Beschränkung sei aber zur Erreichung des legitimen Ziels des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung nicht erforderlich. Unter diesen Umständen hat das VG Saarlouis beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof seine, in den beiden Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 wortgleich gefassten Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Das vorliegende Gericht möchte wissen, ob die Art. 43 EG und 48 EG einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, die Personen, die keine Apotheker sind, den Besitz und den Betrieb von Apotheken verwehrt.

Das Gemeinschaftsrecht lässt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und insbesondere für den Erlass von Vorschriften zur Organisation von Diensten im Gesundheitswesen wie der öffentlichen Apotheken unberührt. Jedoch müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Bestimmungen des Vertrags über die **Verkehrsfreiheiten** einschließlich der **Niederlassungsfreiheit** beachten.

„Diese Bestimmungen untersagen es den Mitgliedstaaten, ungerechtfertigte Beschränkungen der Ausübung dieser Freiheiten im Bereich der Gesundheitsversorgung einzuführen oder beizubehalten (vgl. in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 16. 5. 2006 - C-372/04, Slg. 2006, I-4325 = BeckRS 2006, 70372 Rn 92 u. 146 - Watts, u. v. 10. 3. 2009 - C-169/07, Slg. 2009, I-0000 = EuZW 2009, 298 Rn 29 - Hartlauer).“ (EuGH aaO)

Bei der Prüfung, ob das genannte Gebot beachtet worden ist, ist zu berücksichtigen, dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die **Gesundheit** und das **Leben** von Menschen den **höchsten Rang** einnehmen und dass es **Sache der Mitgliedstaaten** ist, zu bestimmen, auf welchem **Niveau** sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll.

*„Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein **Wertungsspielraum** zuzuerkennen (vgl. in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 11.12.2003 NJW 2004, 131 Rn 103 - Deutscher Apothekerverband, Urt. v. 11.09.2008 - C-141/07, Slg. 2008, I-0000 = EuZW 2008, 601 = NJW 2008, 3693 Rn 51 - Kommission/Deutschland, und Urt. Hartlauer, Rn 30. Weder die **Richtlinie 2005/36/EG** noch eine andere Maßnahme zur Durchführung der im Vertrag gewährleisteten Verkehrsfreiheiten Bedingungen für die Aufnahme der Tätigkeiten des Apothekers vorsieht, die den **Kreis der Personen klarstellen** würden, die zum **Betrieb einer Apotheke berechtigt** sind. Folglich ist die **nationale Regelung allein anhand der Bestimmungen des Vertrags zu prüfen.**“ (EuGH aaO)*

Die Regelung, die für Personen gilt, die mit dem Einzelhandelsvertrieb von Arzneimitteln betraut sind, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheidet.

„Während in manchen Mitgliedstaaten nur selbstständige Apotheker Inhaber und Betreiber von Apotheken sein können, lassen es andere Mitgliedstaaten zu, dass Personen, die keine selbstständigen Apotheker sind, Eigentümer einer Apotheke sind, wobei sie aber deren Führung angestellten Apothekern anvertrauen.“ (EuGH aaO)

I. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, Art. 43 EG

Nach **ständiger Rechtsprechung** steht Art. 43 EG jeder nationalen Maßnahme entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, aber geeignet ist, die **Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Gemeinschaftsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen** (vgl. u.a. EuGH, Ur. V. 31.03.1993 – C-19/92, Slg. 1993, I-1663 = NJW 1994, 1465 Rn 32 – Kraus, u. v. 14.10.2004 – C-299/02, Slg. 2004, I-9761 = BeckRS 2004, 78085 Rn 15 – Kommission/Niederlande).

„Eine **Beschränkung** i.S. von Art. 43 EG liegt insbesondere in einer **Regelung**, die die Niederlassung eines Wirtschaftsteilnehmers eines anderen Mitgliedstaats im Aufnahmemitgliedstaat von der vorherigen **Erteilung einer Erlaubnis abhängig macht und die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit bestimmten Wirtschaftsteilnehmern vorbehält**, die zuvor festgelegten Anforderungen entsprechen, deren Einhaltung Voraussetzung für die Erteilung dieser Erlaubnis ist. Eine derartige Regelung hält Wirtschaftsteilnehmer anderer Mitgliedstaaten davon ab, im Aufnahmemitgliedstaat ihren Tätigkeiten mittels einer Betriebsstätte nachzugehen, oder hindert sie sogar daran (vgl. in diesem Sinne Ur. Hartlauer, Rn 34, 35 u. 38).“ (EuGH aaO)

Die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern stellt eine derartige Beschränkung dar, weil sie den Betrieb von Apotheken Apothekern vorbehält und die übrigen Wirtschaftsteilnehmer von der Aufnahme dieser selbstständigen Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat ausschließt.

II. Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar sind, können durch **zwingende Gründe des Allgemeininteresses** gerechtfertigt sein, sofern sie **geeignet** sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels **erforderlich** ist (vgl. Ur. Hartlauer, Rn. 44).

1. Keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

„In den Ausgangsverfahren ist erstens festzustellen, dass die fragliche nationale Regelung ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit Anwendung findet.“ (EuGH aaO)

2. Gesundheitsschutz als Allgemeininteresse

„Der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gehört zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die Beschränkungen der vom Vertrag gewährleisteten Verkehrsfreiheiten wie der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können (vgl. u.a. Ur. Hartlauer, Rn 46).

Im Einzelnen lassen sich Beschränkungen der genannten Verkehrsfreiheiten mit dem Ziel rechtfertigen, eine **sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen** (vgl. in diesem Sinne Ur. Deutscher Apothekerverband, Rn 106, u. v. 11.09.2008, Kommission/Deutschland, Rn 47).“ (EuGH aaO)

3. Geeignetheit zur Zielerreichung

„Hierbei muss der Mitgliedstaat, wenn eine Ungewissheit hinsichtlich des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit bleibt, **Schutzmaßnahmen** treffen können, **ohne warten zu müssen**, bis der **Beweis** für das **tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht** ist. Außerdem kann der Mitgliedstaat diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, wozu im Einzelnen eine Gefahr für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehört, weitestmöglich verringern (vgl. in diesem Sinne EuGH, Ur. v. 05.06.2007 - C-170/04, Slg. 2007, I-4071 = EuZW 2007, 401 Rn 49 - Rosengren u.a.).

In diesem Zusammenhang ist der **ganz besondere Charakter der Arzneimittel** zu betonen, deren therapeutische Wirkungen sie substantiell von den übrigen Waren unterscheiden (vgl. in diesem Sinne EuGH, Ur. v. 21.03.1991 - C-369/88, Slg. 1991, I-1487 = LMRR 1991, 9 Rn 54 - Delattre).

Auf Grund dieser therapeutischen Wirkungen können Arzneimittel, wenn sie ohne Not oder falsch eingenommen werden, der Gesundheit schweren Schaden zufügen, ohne dass der Patient sich dessen bei ihrer Verabreichung bewusst sein kann.

Eine **übermäßige Einnahme** oder **falsche Verwendung** von Arzneimitteln führt außerdem zu einer **Verschwendung finanzieller Mittel**, die umso schädlicher ist, als der Pharmabereich erhebliche Kosten verursacht und wachsenden Bedürfnissen entsprechen muss, während die finanziellen Mittel, die für die Gesundheitspflege bereitgestellt werden können, unabhängig von der Art und Weise der Finanzierung nicht unbegrenzt sind (vgl. entspr. für die Krankenhausversorgung EuGH, Urt. v. 13.05.2003 - C-385/99, Slg. 2003, I-4509 = EuZW 2003, 466 = NJW 2003, 2298 Rn 80 - Müller-Fauré und van Riet, sowie Urt. Watts, Rn 109).

In Anbetracht der Gefahren für die **Gesundheit der Bevölkerung** und das finanzielle **Gleichgewicht der Sozialversicherungssysteme** können die Mitgliedstaaten die mit dem Einzelhandelsvertrieb der Arzneimittel betrauten Personen, unter anderem was die Modalitäten ihrer Vermarktung und das Gewinnstreben anbelangt, strengen Anforderungen unterwerfen. Insbesondere können sie den **Verkauf von Arzneimitteln** im Einzelhandel grundsätzlich **Apothekern vorbehalten** wegen der Garantien, die diese bieten müssen, und der Informationen, die sie den Verbrauchern geben können müssen (vgl. in diesem Sinne Urt. Delattre, Rn. 56).

Nach alledem ist festzustellen, dass die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung geeignet ist, die Erreichung des Ziels zu gewährleisten, eine **sichere und qualitativ hochwertige Versorgung** der Bevölkerung mit Arzneimitteln und somit den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung **sicherzustellen**.“ (EuGH aaO)

4. Erforderlichkeit der Regelung zur Zielerreichung

Es ist zu prüfen, ob die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht über dasjenige hinausgeht, was zur Erreichung des genannten Ziels erforderlich ist, ob es also keine die von Art. 43 EG garantierte Freiheit weniger beschränkenden Maßnahmen gibt, die es erlauben würden, dieses Ziel ebenso wirksam zu erreichen.

a) Pflicht zur Anwesenheit eines Apothekers

„Hierzu haben die Kommission und DocMorris beim Gerichtshof geltend gemacht, dass sich der genannte Zweck durch **weniger beschränkende Maßnahmen** wie die Verpflichtung zur **Anwesenheit eines Apothekers** in der Apotheke, zum Abschluss einer Versicherung oder ein System angemessener Kontrollen und wirksamer Maßregeln erreichen lasse.

Jedoch kann im Hinblick auf den den Mitgliedstaaten überlassenen Wertungsspielraum ein Mitgliedstaat der Ansicht sein, dass die Gefahr besteht, dass in der Praxis gegen die Rechtsvorschriften zur **Sicherstellung der beruflichen Unabhängigkeit der Apotheker** verstoßen wird, weil das Interesse eines Nichtapothekers an der **Erzielung von Gewinnen nicht** entsprechend dem der selbstständigen Apotheker **gemäßigt** würde und die **Unterstellung** von Apothekern **als Angestellte** unter einen Betreiber es für sie **schwierig** machen könnte, sich den von diesem Betreiber erteilten **Anweisungen zu widersetzen**.“ (EuGH aaO)

b) Haftpflichtversicherung

„Außerdem lassen sich entgegen dem Vorbringen von DocMorris und der Kommission die Gefahren für die Unabhängigkeit des Apothekerberufs auch nicht ebenso wirksam dadurch ausräumen, dass eine Pflicht zum Abschluss einer Versicherung wie der zivilen Haftpflichtversicherung auferlegt wird. Eine solche Maßnahme würde zwar dem Patienten erlauben, für einen etwa erlittenen Schaden einen finanziellen Ausgleich zu erhalten, doch würde sie im Nachhinein greifen und wäre weniger wirksam als die genannte Regel, da sie in keiner Weise den betreffenden Betreiber davon abhalten würde, auf die angestellten Apotheker Einfluss auszuüben.“ (EuGH aaO)

Demnach ist **nicht erwiesen**, dass eine **andere Maßnahme**, die die von Art. 43 EG garantierte Freiheit **weniger beschränkt** als die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern, es erlauben würde, ebenso wirksam das sich aus der Anwendung dieser Regel ergebende Niveau der **Sicherheit und Qualität der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln** sicherzustellen.

III. Ergebnis:

„Folglich erweist sich die in den Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung als geeignet, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und geht nicht über dasjenige hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Die aus dieser Regelung folgenden Beschränkungen lassen sich daher durch dieses Ziel rechtfertigen.“ (EuGH aaO)

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

Nachbesserungsfrist

BGB

§§ 280, 281 I

Aufforderung zur umgehenden Mangelbeseitigung

(BGH in NJW 2009, 3153; Versäumnisurteil vom 12.08.2009 – VIII ZR 254/08)

Für eine wirksame Fristsetzung gem. § 281 I BGB genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es dabei nicht.

- I. Zwar verlangt die **überwiegende Meinung in der Lit.** für eine Fristsetzung gem. § 281 I BGB die **Bestimmung eines konkreten Zeitraums**, entweder durch **Mitteilung eines bestimmten Termins**, zu dem die Frist abläuft, oder **durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten**, die dem Schuldner für die Leistung eingeräumt werden. Nach dieser Auffassung genügt die Aufforderung zur „sofortigen“ bzw. „unverzüglichen“ oder - wie hier - „umgehenden“ Leistung nicht. Teilweise wird dies damit begründet, dass nach dem Wegfall der nach früherem Recht vorgesehenen Ablehnungsandrohung allein die Fristsetzung die Warnfunktion gegenüber dem Schuldner erfülle und an sie deshalb strenge Anforderungen zu stellen seien.

MüKo-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 323 Rn 68; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 281 Rn 9; Soergel/Gsell, BGB, 13. Aufl., § 323 Rn 80

- II. Demgegenüber vertritt ein **weiterer Teil der Lit.** die Auffassung, auch eine Aufforderung zur unverzüglichen Leistung könne ausreichen, zumindest in Fällen besonderer Dringlichkeit.

Staudinger/Otto, BGB, Neubearb. 2004, § 281 Rn B 62 und § 323 Rn B 59; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 281 Rn 16; Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl., § 281 Rn 6; vgl. auch MüKo-BGB/Ernst, § 323 Rn 74

- III. **BGH aaO** schließt sich nunmehr der Auffassung an, wonach es für eine wirksame Fristsetzung gem. § 281 I BGB genügt, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; die Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins ist dabei nicht erforderlich.

„Auszugehen ist vom **Wortlaut des Gesetzes**: Dem Begriff der Fristsetzung lässt sich nicht entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein muss oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben ist. Eine in dieser Weise **bestimmte Frist verlangt § 281 I BGB** - anders als § 286 II Nr. 1, 2 BGB für den Verzugsseintritt ohne Mahnung - **nicht**. Vielmehr kann die Dauer einer Frist grds. auch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet werden; dies ist insbesondere bei rechtsgeschäftlichen Fristen häufig der Fall (MüKo-BGB/Grothe, § 186 Rn 4). **Nach allg. Meinung ist eine Frist ein Zeitraum, der bestimmt oder bestimmbar ist** (RGZ 120, 355; Palandt/Heinrichs, § 186 BGB Rn 3; Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., Vorb. § 186 Rn 1; Bamberger/Roth, § 186 Rn 2; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 186 Rn 3). Mit der **Aufforderung, die Leistung oder die Nacherfüllung „in angemessener Zeit“, „umgehend“ oder „so schnell wie möglich“ zu bewirken, wird eine zeitliche Grenze gesetzt, die auf Grund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist.**

Auch der **Zweck der Fristsetzung** gem. § 281 I BGB erfordert es nicht, dass der Gläubiger für die Nacherfüllung einen bestimmten Zeitraum oder einen genauen (End-)Termin angibt: **Dem Schuldner soll mit der Fristsetzung vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt ist.** Dieser Zweck wird bereits durch die Aufforderung, innerhalb „angemessener Frist“, „unverzüglich“ oder - wie hier - „umgehend“ zu leisten, hinreichend erfüllt. Zwar besteht für den Schuldner dann die **Ungewissheit, welcher genaue Zeitraum ihm für die Leistung bzw. Nacherfüllung zur Verfügung steht.** Diese **Ungewissheit besteht aber in vielen Fällen auch bei Angabe einer bestimmten Frist**, nämlich immer dann, wenn die vom Gläubiger gesetzte Frist zu kurz ist. Eine **solche Fristsetzung ist nach der Rspr. des BGH nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang**, die ggf. vom Gericht in einem späteren Prozess festgestellt wird (BGH NJW 1985, 2640). Diese - zu § 326 BGB a.F. ergangene - Rspr. wollte der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform ausdrücklich unberührt lassen (BT-Dr 14/6040, S. 138). Nach den **Gesetzesmaterialien** sollte die Fristsetzung im Übrigen auch nicht zu einer Hürde werden, an der der Käufer aus formalen Gründen scheitern (BT-Dr 14/6040, S. 185). Für eine Fristsetzung nach § 281 I BGB genügt es deshalb, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung steht.“ (BGH aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

Gesamtschuldnerausgleich

BGB

§ 426 I

Verjährung der Ausgleichsansprüche

(BGH in WM 2009, 1854; Urteil vom 09.07.2009 – VII ZR 109/08)

Der **Ausgleichsanspruch des Gesamtschuldners**, der den Gläubigeranspruch erfüllt hat, **wird grds. nicht davon berührt, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den anderen Gesamtschuldner verjährt ist.**

„Der **Ausgleichspflichtige** ist **nicht** wie hinsichtlich des nach § 426 II BGB übergegangenen Anspruchs **berechtigt, dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner alle Einreden entgegenzuhalten, die sich aus dessen Verhältnis zum Gläubiger ergeben** (a.A. Stamm BauR 2004, 240). Indem das Gesetz in § 426 I BGB einen selbstständigen Ausgleichsanspruch schafft, gewährt es dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner eine Rechtsposition, die er allein durch die Überleitung des Gläubigeranspruchs nach § 426 II BGB nicht erhielte. Diese **Begünstigung würde dem Anspruchsberechtigten wieder genommen, wenn der Anspruch denselben Beschränkungen unterläge wie der übergeleitete Gläubigeranspruch**.

Die **Verjährung** des gegen den Bekl. gerichteten **Gläubigeranspruchs kann nicht zum Nachteil des ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners wirken**. Dieser ist an der Rechtsbeziehung zwischen dem Gläubiger und dem weiteren Gesamtschuldner nicht beteiligt. Die Disposition, die der Gläubiger innerhalb dieses Rechtsverhältnisses durch (bewusstes oder unbewusstes) Verjährenlassen seiner Forderung gegenüber dem einen Gesamtschuldner trifft, kann nicht das Innenverhältnis der Gesamtschuldner zum Nachteil des anderen gestalten (vgl. MüKo-BGB/Bydlinsky, 5. Aufl., § 426 Rn 58; BGHZ 58, 216; Kniffka BauR 2005, 274).

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dem Gläubiger, dessen Forderung gegen einen Gesamtschuldner schon vor der Leistung des anderen Gesamtschuldners verjährt sei, stehe deswegen unter Umständen gegen den anderen Gesamtschuldner nur ein reduzierter Anspruch zu (OLG Koblenz, Urteil vom 16.01.2008 - 1 U 1753/05, zitiert nach Juris; Staudinger/Noack, § 426 Rn 10; Weise BauR 1992, 685; Esser/Schmidt, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 39 III 2 a; Keuk JZ 1972, 528). Dem Ausgleichsberechtigten könnte dann entgegengehalten werden, er habe (ganz oder teilweise) auf eine nicht bestehende Schuld geleistet und müsse insoweit den Gläubiger auf Rückzahlung in Anspruch nehmen.

Ob dies aufgrund besonderer Umstände der Fall sein kann, bedarf keiner Entscheidung. Umstände, die eine Reduzierung des Gläubigeranspruchs rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

Der **Gläubiger** kann nach § 421 S. 1 BGB die **Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder teilweise verlangen**. Die **Regelung trägt seinem Interesse Rechnung, nicht dadurch beeinträchtigt zu werden, dass mehrere Beteiligte auf der Schuldnerseite stehen** (Glöckner BauR 2005, 251). Macht er von seinem Recht Gebrauch, nur gegen einen von mehreren Gesamtschuldnern vorzugehen, und verjährt infolge seiner Untätigkeit gegenüber dem anderen Gesamtschuldner seine gegen diesen bestehende Forderung, kann ihm dies grds. nicht zum Nachteil gereichen. Allenfalls wenn sich das **Verhalten des Gläubigers als rechtsmissbräuchlich** darstellt, könnte eine Wirkung für den Anspruch gegen den anderen Gesamtschuldner bejaht werden. **Allein das Verstreichenlassen der Verjährungsfrist, sei es wissentlich, aus Unkenntnis oder aus mangelnder Sorgfalt, genügt hierfür nicht**. Andernfalls wäre der Gläubiger gehalten, gegen jeden Gesamtschuldner verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen, wovon ihn die Vorschriften über die Gesamtschuld, insbesondere § 425 BGB, gerade freistellen.“ (BGH aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

KSChG
§ 4 S.1

Klagefrist Kündigung durch Nichtberechtigten

ArbR

(BAG in NZA 2009, 1146 = BB 2009, 2150; Urteil vom 26.03.2009 – 2 AZR 403/07)

Die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSChG findet nur auf eine dem Arbeitgeber zurechenbare Kündigung Anwendung. Kündigt ein vollmachtloser Vertreter oder ein Nichtberechtigter das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers, so liegt keine Kündigung des Arbeitgebers i.S. von § 4 S. 1 KSChG vor; in einem solchen Falle kann die dreiwöchige Klagefrist frühestens mit Zugang der Genehmigung zu laufen beginnen.

I. In der Lit. wird ganz überwiegend die Auffassung vertreten, die dreiwöchige Klagefrist finde trotz des zunächst eindeutig erscheinenden Wortlauts nicht auf sämtliche Unwirksamkeitsgründe Anwendung; insbesondere bei einer Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht sei die dreiwöchige Klagefrist nicht anzuwenden.

APS/Ascheid/Hesse, 3. Aufl., § 4 KSChG Rn 10c; ErfK/Kiel, 9. Aufl., § 4 KSChG Rn 6; KR-Friedrich, 8. Aufl., § 13 KSChG Rn 290a; MüKo-ArbR/Hergenröder, 5. Aufl., § 4 KSChG Rn 11; HWK/Quecke, 3. Aufl., § 4 KSChG Rn 7; Bender/Schmidt NZA 2004, 358; Hanau ZIP 2004, 1169; Fornasier/Werner NJW 2007, 2729; Raab RdA 2004, 321; a.A. KDZ/Zwanziger, KSChR, 7. Aufl., § 4 KSChG Rn 9; Bader/Bram/Dörner/Kriebel, KSChG, Stand: Dezember 2006, § 4 Rn 26

Dies gelte auch bei einer Kündigung durch den „falschen“ Arbeitgeber oder bei einer Kündigung (ohne vorherige Einwilligung) durch einen Nichtberechtigten. Zur Begründung wird unter anderem, darauf verwiesen, die dreiwöchige Klagefrist diene dem Schutz des Arbeitgebers und setze daher eine dem Arbeitgeber zurechenbare Kündigung voraus.

Bender/Schmidt NZA 2004, 358; MüKo-ArbR/Hergenröder, § 4 KSChG Rn 11; KR-Friedrich, § 13 KSChG Rn 287e; Fornasier/Werner NJW 2007, 2729

II. Dem folgt BAG aaO.

„Zwar ist der Wortlaut von § 4 S. 1 KSChG nicht eindeutig und einer Auslegung zugänglich: § 4 S. 1 KSChG formuliert, die Rechtswirksamkeit der Kündigung aus „sonstigen Gründen“ müsse innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist geltend gemacht werden. Angaben darüber, ob bzw. inwiefern die gerichtlich anzugreifende Kündigung dem Arbeitgeber zurechenbar sein muss, enthält die Vorschrift nicht ausdrücklich.

Bei einer ohne Vollmacht oder von einem Nichtberechtigten erklärten Kündigung liegt jedoch keine Kündigung des Arbeitgebers vor. Eine ohne Billigung (Vollmacht) des Arbeitgebers ausgesprochene Kündigung ist dem Arbeitgeber erst durch eine (nachträglich) erteilte Genehmigung zurechenbar. Die dreiwöchige Klagefrist kann deshalb frühestens mit Zugang der Genehmigung zu laufen beginnen (so auch: KR-Friedrich, § 13 KSChG Rn 289; HWK/Quecke, § 4 KSChG Rn 7; Raab RdA 2004, 321; Bender/Schmidt NZA 2004, 358; Hanau ZIP 2004, 1169; Ulrici DB 2004, 250).

Auch der Gesetzeszweck von § 4 S. 1 KSChG spricht dafür, die dreiwöchige Klagefrist nur bei einer dem Arbeitgeber zurechenbaren Kündigung anlaufen zu lassen: Die Erweiterung der dreiwöchigen Klagefrist auf „sonstige Unwirksamkeitsgründe“ erfolgte im Interesse einer raschen Klärung der Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht (BR-Dr 421/03, S. 11 und 19). Die dreiwöchige Klagefrist und die daraus resultierende Rechtssicherheit sollte vor allem dem Schutz des Arbeitgebers dienen. Er soll nach Ablauf der drei Wochen darauf vertrauen dürfen, dass „seine“ Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat (APS/Ascheid/Hesse, § 4 KSChG Rn 10c). Dieser Gesetzeszweck ginge ins Leere, wäre die Klagefrist auch auf Kündigungen anwendbar, die dem Arbeitgeber wegen eines

der Kündigungserklärung selbst anhaftenden Mangels überhaupt nicht zugerechnet werden können (APS/Ascheid/Hesse, § 4 KSchG Rn 10c; ErfK/Kiel, § 4 KSchG Rn 6; MüKo-ArbR/Hergenröder, § 4 KSchG Rn 1; Fornasier/Werner NJW 2007, 2729; Bender/Schmidt NZA 2004, 358).

Schließlich würde die Anwendbarkeit der dreiwöchigen Klagefrist auf eine dem Arbeitgeber nicht zurechenbare Kündigung zu einem nicht gerechtfertigten Eingriff in die Privatautonomie führen (vgl.: Ulrici DB 2004, 250; Raab RdA 2004, 321). Der Arbeitgeber hätte bei einer von ihm gegebenenfalls überhaupt nicht gewollten Kündigung keine Möglichkeit, die Wirksamkeitsfiktion gem. § 7 KSchG zu verhindern. Er wäre in einem solchen Fall darauf angewiesen, dass die (unberechtigterweise) ausgesprochene Kündigung auch vom Arbeitnehmer nicht akzeptiert und klageweise angegriffen wird.“ (BAG aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

Eigenkündigung des Arbeitnehmers

BGB

§§ 626, 242, 623

Geltendmachung der Unwirksamkeit ist treuwidrig

(BAG in DB 2009, 1880; Urteil vom 12.03.2009 – 2 AZR 894/07)

Die **Geltendmachung der Unwirksamkeit einer schriftlich erklärten fristlosen Eigenkündigung** durch den Arbeitnehmer **ist regelmäßig treuwidrig**.

„Mit der Frage, ob ein Arbeitnehmer, der sich auf die Unwirksamkeit der zuvor von ihm selbst ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung beruft, treuwidrig verhält, hat der Senat sich wiederholt befasst. Er hat sie überwiegend bejaht (vgl. BAG BeckRS 2003, 30370804; BAG NZA 1998, 420 = NJW 1998, 1659; ebenso: KR-Fischermeier, 8. Aufl., § 626 BGB Rn 463; APS/Dörner, 3. Aufl., § 626 BGB Rn 396; Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger/Däubler, KSchR, 7. Aufl., § 626 BGB Rn 197). Allerdings hat er dem Arbeitnehmer ein solches Vorgehen nicht generell und schlechthin als Treueverstoß angelastet (BAG NZA 2004, 512 = NJOZ 2003, 2491), sondern stets auf die Umstände des Einzelfalls Bedacht genommen. Dabei stand der Gesichtspunkt im Mittelpunkt, ob der Kündigungserklärung eine erkennbar ernsthafte und endgültige Lösungsabsicht zu Grunde lag (so BAG NZA 2004, 512 = NJOZ 2003, 2491; BAGE 87, 200 = NZA 1998, 420 = NJW 1998, 1659). Dieser **Gesichtspunkt des Schutzes vor Übereilung** ist allerdings nach Einführung der zwingenden gesetzlichen Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigungserklärungen durch § 623 BGB **nur noch eingeschränkt tragfähig** (vgl. KR-Fischermeier, 8. Aufl., § 626 BGB Rn 463). Jedenfalls spricht eine schriftlich ohne jedes Drängen des Arbeitgebers abgegebene Kündigungserklärung regelmäßig für eine **ernsthafte und endgültige Lösungsabsicht**. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer schriftlich erklärten Eigenkündigung ist daher regelmäßig treuwidrig.

Zu berücksichtigen ist auch der **Sinn des § 626 I BGB**: Wenn das Gesetz die Wirksamkeit der außerordentlichen und fristlosen Kündigung an das Vorliegen eines wichtigen Grundes knüpft, so geschieht das nicht, um dem Kündigenden die Möglichkeit zu eröffnen, seine einmal bekundete Lösungsabsicht im Lichte später gewonnener Erkenntnisse nach Gutdünken rückgängig machen zu können und damit den **Vertragspartner** gewissermaßen zum **Spielball seiner Entschlüsse** zu machen. Vielmehr **soll - gerade im Gegenteil - der Vertragspartner vor einem ihn plötzlich treffenden unberechtigten Vertragsbruch geschützt werden**. Er soll darauf vertrauen dürfen, dass sein Kontrahent den Vertrag einhält und sich im Dauerschuldverhältnis nur nach Maßgabe der gesetzlichen Fristen davon löst, solange ein wichtiger Grund nicht vorliegt. Damit werden seine im Vertrauen auf Vertragserfüllung getätigten wirtschaftlichen Dispositionen geschützt. Bedenkt man diese **Zielrichtung der gesetzlichen Vorschrift**, so liegt es auch deshalb nahe, es regelmäßig allein dem Kündigungsempfänger zu überlassen, ob er die unberechtigte fristlose Kündigung seines Vertragspartners hinnimmt oder ob er ihre Unwirksamkeit - gegebenenfalls gerichtlich - geltend macht. Entschließt er sich, eine mit ernsthaftem Lösungswillen ausgesprochene fristlose Kündigung gegen sich gelten zu lassen, so liegt darin grds. eine hinzunehmende schutzwürdige Disposition. Insbesondere entstände anderenfalls ein **Wertungswiderspruch**: Während der Arbeitgeber bei von ihm selbst schriftlich erklärten unwirksamen außerordentlichen Kündigungen auf Grund der Klagefrist des § 4 KSchG i.V. mit der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG nach Ablauf weniger Wochen sicher sein kann, ob er damit rechnen muss, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht wird, hätte er, wie der vorliegende Fall zeigt, bei Arbeitnehmerkündigungen unter Umständen noch Monate später Forderungen zu gewärtigen.“ (BAG aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GmbHG

Handelsregistereintrag

GesellschaftsR

§ 8 IV Nr.1

auch mit Adresszusatz „c/o“ zulässig

(OLG Naumburg in DB 2009, 1698 = NZG 2009, 956; Beschluss vom 08.05.2009 – 5 Wx 4/09)

Der **Verpflichtung zur Angabe der Geschäftsanschrift** ist auch dann Genüge getan, wenn der **Zusatz „c/o“** verwendet wird.

„Die Pflicht zur Anmeldung der Geschäftsanschrift dient dem **Gläubigerschutz**. Sie soll sicherstellen, dass die Gläubiger dem Handelsregister eine Anschrift entnehmen können, unter der zuverlässig wirksame Zustellungen an die Gesellschaft erfolgen können (BT-Dr 16/6140, S. 35). Dies setzt zum einen voraus, dass an dem bezeichneten Ort Zustellungen, insbesondere auch Ersatzzustellungen an die Gesellschaft möglich sind, etwa weil sich dort ihr Geschäftsraum befindet (§§ 170 I, 178 I Nr. 2 ZPO). Ggf. kann es auch ausreichen, wenn dort ein gesetzlicher Vertreter oder ein Zustellungsbevollmächtigter wohnt (§§ 170 I, 171, 178 Nr. 1 oder 3 ZPO). Ferner muss die Anschrift richtig und so gefasst sein, dass sie es zuverlässig ermöglicht, den Zustellungsort aufzufinden. Letzteres wird im Allgemeinen durch die Bezeichnung der Gemeinde, der Straße und der Hausnummer erreicht (Wicke, GmbHG, § 8 Rn 17).

Die Betr. ist nach ihrem Vorbringen in dem in ihrer Anschrift genannten Anwesen „ansässig“. Sofern sie damit sagen will, dass sie dort einen Geschäftsraum unterhält, hat sie **einen als Zustellungsadresse geeigneten Ort bezeichnet**. Das Anwesen ist bereits anhand der Angabe „... Sch.“ zuverlässig zu finden. Deshalb hätte es möglicherweise genügt, sich auf diesen Teil der Anschrift zu beschränken.

Indes steht es der Betr. frei, in ihre Anschrift auch den vom RegisterGer. beanstandeten Zusatz aufzunehmen: Dieser **Zusatz verdunkelt den Zustellungsort nicht, sondern enthält eine zusätzliche Beschreibung, die sein Auffinden erleichtert**. Die Abkürzung „c/o“ steht für den englischen Begriff „care of“ und hat im Deutschen die Bedeutung „bei“ oder „im Hause“. Sofern Zustellungen an die Betr. im Hause der S-GmbH möglich sein sollten, führt dieser Zusatz lediglich zur weiteren Konkretisierung der Anschrift.“ (OLG Naumburg aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 153 I

uneidliche Falschaussage
dramatisiert-ausgeschmückte Sachverhaltsdarstellung
 (OLG München in NJW 2009, 3043; Beschluss vom 04.03.2009 – 5 StR 38/09)

StGB

Wer einen im Kern zutreffenden Sachverhalt zur Anzeige bringt, diesen dann aber vor Gericht als Zeuge mit Übertreibungen ausschmückt, ohne dass sich hierdurch die rechtliche Qualifikation des Sachverhalts ändert, kann sich wegen **uneidlicher Falschaussage nach § 153 I StGB**, nicht aber wegen falscher Verdächtigung nach § 164 I StGB strafbar machen.

„Nach § 164 I StGB wird bestraft, wer einen anderen bei einer Behörde oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger oder militärischen Vorgesetzten oder öffentlich wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat in der Absicht verdächtigt, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fort dauern zu lassen. ...

Nach h.M. kommen als **Tathandlungen** einer falschen Verdächtigung **nur solche falschen Verdächtigungen in Betracht, die den wesentlichen Kern des den Behörden unterbreiteten Sachverhaltsmaterials betreffen** (Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., § 164 Rn 7; Ruß, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 164 Rn 11; MüKo-StGB/Zopfs, 2005, § 164 Rn 35). Das unwahr unterbreitete Tatsachenmaterial muss sich darauf beziehen, ein behördliches Vorgehen herbeizuführen, das auf eine Sanktion gerichtet ist (MüKo-StGB/Zopfs, § 164 Rn 34). **Übertreibungen, Ausschmückungen, Entstellungen und andere Unrichtigkeiten**, die für das Maß der Schuld und für die Strafzumessung Bedeutung haben, **sind nach § 164 I StGB jedoch nur dann tatbestandsrelevant, wenn damit eine Qualifikation eines Tatbestands vorgetäuscht oder der Anschein erweckt wird, dass mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrfach verletzt worden ist** (RGSt 27, 229; RGSt 28, 390; Dallinger MDR 1956, 270; BayObLGSt 1952, 274; BayObLGSt 1955, 225; Ruß, in: LK-StGB, § 164 Rn 11 m.v. Nachw.; MüKo-StGB/Zopfs, § 164 Rn 36). Dies kann auch dann der Fall sein, wenn die unwahren Erweiterungen eines wahren Kernsachverhalts zu einer **Charakterveränderung der wirklich begangenen Tat** führen, sich nunmehr der Kernsachverhalt in der Hauptsache als falsch oder sich in seinem wesentlichen Inhalt als falsch erweist (RGSt 13, 12; RGSt 15, 391; MüKo-StGB/Zopfs, § 164 Rn 35; LK-StGB/Ruß, § 164 Rn 11).

Diese zu § 164 I StGB entwickelten Grundsätze greifen hier nicht ein: Denn § 153 I StGB schützt die **wahrheitsgemäße Tatsachenfeststellung im gerichtlichen Beweisverfahren** (MüKo-StGB/Müller, Vorb. §§ 153ff. Rn 7), die die Grundlage des (Straf-)Urteils bildet. Da das Strafurteil sich aber im Falle eines Schuldspruchs auch mit den für die Bemessung der Strafe erforderlichen Tatsachen beschäftigen muss, erstreckt sich die Wahrheitspflicht auf diese tatsächlichen Umstände. Wenn ein Zeuge wahrheitswidrig entgegen seinem eigenen Erlebnisbild die Begleitumstände oder die Folgen einer Straftat durch tatsächliche Ausschmückungen dramatisiert, können diese Auswirkungen auf die Höhe der zu verhängenden Strafe haben.“ (OLG München aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 316

Trunkenheit im Verkehr
BAK und Vorsatz
 (OLG Brandenburg in MDR 2009, 1221; Beschluss vom 10.06.2009 – 2 Ss 17/09)

StGB

Bei der **Trunkenheit im Verkehr** kann die **Annahme einer vorsätzlichen Tat nicht allein auf die Höhe der Blutalkoholkonzentration gestützt** werden.

„[Die Vorinstanz] hat die Annahme einer vorsätzlichen Tat allein auf die Höhe der Blutalkoholkonzentration des Angekl. bei der Trunkenheitsfahrt gestützt. Dies ist nicht möglich. **Aus der Blutalkoholkonzentration allein kann nicht ohne Hinzutreten weiterer Umstände auf vorsätzliches Handeln geschlossen werden** (BGH DAR 1996, 175; VRS 65, 359; OLG Hamm BA 44, 317; OLG Frankfurt NJW 96, 1358; OLG Karlsruhe NZV 99, 301; OLG Köln DAR 99, 88; OLG Naumburg BA 01, 457; OLG Saarbrücken StraFo 01, 203; OLG Zweibrücken ZfS 01, 334; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 316 Rn 46; a. A. wohl OLG Koblenz StraFo 01, 220, das einem hohen Alkoholisierungsgrad eine Indizwirkung zuspricht, die bei Nichtvorliegen entlastender Umstände für die Verurteilung wegen einer Vorsatztat genügen soll). **Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass derjenige, der in erheblichen Mengen Alkohol getrunken hat, seine Fahruntüchtigkeit erkennt.** Mit steigender Alkoholisierung verringert sich auch die Erkenntnis- und Kritikfähigkeit, so dass die Fähigkeit, die eigene Fahruntüchtigkeit zu erkennen, in einer zwar den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründenden, jedoch den Vorsatz ausschließenden Weise beeinträchtigt sein kann. Um auf eine vorsätzliche Begehungsweise schließen zu können, müssen **weitere darauf hinweisende Umstände** hinzutreten. Dabei kommt es auf die vom Tatgericht näher festzustellende **Erkenntnisfähigkeit des Fahrzeugführers bei Fahrtantritt** an. Erforderlich ist die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Täterpersönlichkeit, des Trinkverlaufs wie auch dessen Zusammenhang mit dem Fahrtantritt sowie das Verhalten des Täters während und nach der Fahrt.“ (OLG Brandenburg aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG
Art. 1 I, 2 I

Schutz des Rechts am gesprochenen Wort
auch für jur. Person
 (BAG in DB 2009, 1936; Urteil vom 23.04.2009 – 6 AZR 189/08)

GG

Der **Schutz des Rechts am gesprochenen Wort** als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts **kommt auch juristischen Personen des Privatrechts zugute.**

„Das folgt aus einer **grundrechtsgeleiteten Auslegung** dieses Rechts. **Juristische Personen bedienen sich ebenso wie natürliche Personen der Telekommunikationsmittel** und befinden sich deshalb in einer **vergleichbaren grundrechtstypischen Gefährdungslage.**

Der Anwendung des Rechts am gesprochenen Wort auf juristische Personen steht nicht entgegen, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht seinem Ursprung nach ein die freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleistendes Individualrecht ist, das seine Grundlage insoweit auch in dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) findet. Denn es geht nur um das Recht am gesprochenen Wort als einer Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. **Der Schutz dieses Rechts hängt**

nicht von einem besonderen personalen Kommunikationsinhalt ab. Es soll gesichert sein, dass sich die Betroffenen in der Kommunikation eigenbestimmt und situationsangemessen verhalten können. Insofern ist auch eine juristische Person, die durch natürliche Personen kommuniziert, einer grundrechtstypischen Gefährdungslage ausgesetzt. Seine verfassungsrechtliche Grundlage findet dieser grundrechtliche Schutz nicht in dem Menschenwürdegehalt des Art. 1 I GG, sondern allein in Art. 2 I GG (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619).“ (BAG aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG

Eigentumsrecht i.S.d. Art. 14 I 1 GG

öffR

Art. 14 I 1

Besitzrecht des Pächters

(BVerwG in BayVBI 2009, 437 = NVwZ 2009, 1047; Urteil vom 29.01.2009 – 9 C 3/08)

Das Besitzrecht des Pächters ist Eigentum i.S. des Art. 14 I 1 GG.

„Unter den Schutz der Eigentumsgarantie im Bereich des Privatrechts fallen grds. alle vermögenswerten Rechte, die ihrem Inhaber von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf (BVerfGE 89, 1 = NJW 1993, 2035 m.w. Nachw.). Diese Voraussetzung erfüllt das Besitzrecht des Pächters, das durch Schutzrechte gegenüber jedermann abgesichert ist und dem Rechtsträger einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich verschafft, den er zum eigenen Vorteil ausnutzen kann. Der Anerkennung des Pachtbesitzes als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum steht auch nicht entgegen, dass die Verfügungsbefugnis des Pächters weitgehend eingeschränkt ist (BVerwGE 105, 178 = NVwZ 1998, 504; vgl. auch BVerfGE 89, 1 = NJW 1993, 2035, zum Besitzrecht des Mieters).“ (BVerwG aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

PVO-Lehr II

Täuschungsversuch

PrüfR

§ 17 I 1

fehlende Kenntlichmachung eines Zitats

(OVG Lüneburg in NJW 2009, 2394; Beschluss vom 18.05.2009 – 2 ME 96/09)

Die wortwörtliche oder geringfügig umformulierte Übernahme kompletter Textpassagen aus einer früheren Hausarbeit in eine im Rahmen der Zweiten Staatsprüfung zu fertigende Hausarbeit, ohne kenntlich zu machen, dass es sich insofern um Zitate und die Übernahme fremder Formulierungen handelt, stellt einen Täuschungsversuch dar, der die Note „ungenügend“ rechtfertigt.

„Der Ast. hat die Prüfer damit über die Tatsache getäuscht, dass die vorgelegte Hausarbeit insoweit nicht auf einer selbstständigen Arbeit beruht. Er hat mithin den Eindruck zu erwecken versucht, die Ausführungen stammten von ihm selbst mit der Folge, dass dies sein Prüfungsergebnis hätte beeinflussen können. Die eigenständige Bearbeitung stellt aber das wesensbestimmende Grundmerkmal einer Hausarbeit in einem Zweiten Staatsexamen dar. Nach § 13 I 1 PVO-Lehr II soll der Prüfling in der Hausarbeit nachweisen, dass er ein abgegrenztes Thema aus der Schulpraxis zu durchdenken und zu gestalten vermag. Aus der Gegenüberstellung mit der in § 13 II 1 PVO-Lehr II erwähnten Möglichkeit von Gruppenarbeiten ergibt sich, dass es sich hierbei um eine vollständig eigenständige individuelle Leistung handeln muss. Hieran fehlt es. Diese Einschätzung ist auch im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass im Hinblick auf eine fehlende weitere Prüfungsmöglichkeit ein strenger Überprüfungsmaßstab in Ansatz zu bringen ist.

Die Vorgehensweise des Ast. lässt den Schluss zu, dass er die fremden Passagen aus der Hausarbeit aus dem Jahre 1991 bewusst wiederholt und planmäßig als eigenständige wissenschaftliche Arbeit ausgewiesen hat. Daher handelte der Ast. vorsätzlich, zumindest aber mit bedingtem Vorsatz. Er nahm billigend in Kauf, dass die Prüfer über die Urheberschaft der betreffenden Textstellen getäuscht und insoweit die Leistung als seine eigenständige Leistung anerkennen und bewerten würden. Die gezielte Verschleierungsabsicht ergibt sich im Übrigen hinreichend deutlich schon daraus, dass der Ast. zahlreiche komplette Textpassagen in Einzelheiten offenbar gezielt umformuliert und zum Teil umgestellt sowie Synonyme verwendet hat.

Der von dem Ast. beabsichtigten Irrtumserregung bei den Prüfern über die Urheberschaft der Formulierungen kann auch nicht mit dem Einwand begegnet werden, die frühere Hausarbeit aus dem Jahre 1991 sei den Prüfern ohnehin bekannt gewesen. Der Vorwurf, der dem Ast. zu machen ist, geht dahin, fremde Gedanken und Formulierungen übernommen zu haben, ohne dies offen zu legen und kenntlich zu machen. In einem derartigen Fall der verdeckten Verwendung einer bereits erstellten gleichen oder ähnlichen Prüfungsarbeit in unzulässiger Weise liegt eine Täuschung mit der Absicht einer Irrtumserregung vor. Denn der Prüfling gibt die Gedanken und Folgerungen des anderen schlicht als seine eigenen aus, um hieraus Vorteile zu ziehen und seine Prüfungschancen unberechtigt zu verbessern (Niehues, PrüfungsR, 4. Aufl. 2004, Rn 450). Hierbei ist es unerheblich, ob der Prüfer Kenntnis von dem fremden Werk hat, so dass die Täuschung leicht „aufzuffliegen“ droht. In einem derartigen Fall läge gegebenenfalls ein „untauglicher Versuch“ vor, der indes prüfungsrechtlich nicht anders zu behandeln ist als ein „tauglicher(er)“ Versuch.“ (OVG Lüneburg aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§§ 701, 703c

Vollstreckungsbescheidsantrag per Fax
Wahrung der 6-Monatsfrist

ZPO

(KG in MDR 2009, 1063, Beschluss vom 25. 6. 2009 - 8 W 56/09)

1. Gegen die **Ablehnung** des Erlasses eines **Vollstreckungsbescheides** ist die **sofortige Beschwerde** nach § 11 I RPfIG i.V.m. § 567 I Nr. 2 ZPO statthaft.
2. Der **Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides** muss nach § 701 S. 1 ZPO **innerhalb von 6 Monaten** nach Zustellung des Mahnbescheides gestellt werden, sonst entfällt seine Wirkung.
3. Die **Beantragung** eines Vollstreckungsbescheides **per Telefax** ist wegen § 703c II ZPO **formunwirksam**.
4. Dieser **Formmangel** ist jedoch auch noch nach Fristablauf **behebbar**, so dass der **nach Fristablauf erfolgende formwirksame Antrag gleichwohl noch rechtzeitig** ist.
5. Der Wegfall der Wirkungen des Mahnbescheides bei **Ablehnung des Erlasses eines Vollstreckungsbescheides** nach § 701 S. 1 ZPO setzt die **Rechtskraft der getroffenen Entscheidung** voraus.

Fall: Auf Antrag der A hat das AG am 14.08.2008 einen Mahnbescheid wegen einer Mietforderung erlassen, der B am 23.08.2008 zugestellt worden ist. A hat am 23.02.2009 vorab per Fax den Erlass eines Vollstreckungsbescheids gegen B beantragt, wobei sie als Faxvorlage den dafür vorgesehenen und ausgefüllten Vordruck verwendet hat. Sie hat das Original des Vordrucks per Post an das AG geschickt, wo es am 24.02.2009 eingegangen ist.

Das AG hat den Antrag auf Erlass des Vollstreckungsbescheids gem. § 701 ZPO maschinell zurückgewiesen und per einfacher Post zugesandt. Hiergegen hat A sofortige Beschwerde eingelegt.

Wird diese Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zuständig für die Beschwerdeentscheidung ist das übergeordnete Gericht, vgl. § 72 GVG. Hierbei handelt es sich um das **Landgericht**, da das Mahngericht grundsätzlich das Amtsgericht ist (vgl. § 689 I 1 ZPO).

2. Statthaftigkeit

Die sofortige Beschwerde ist gem. § 11 I RPfIG i.V.m. § 567 I Nr. 2 ZPO statthaft gegen die Ablehnung des Erlasses eines Vollstreckungsbescheides (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl. [2009], § 699 Rn 18).

3. Beschwerdebefugnis

Eine Beschwerdebefugnis besteht ohne weiteres bei Vorliegen einer **formellen Beschwer**. Der Beschwerdeführer ist **formell beschwert**, wenn das Gericht seinen Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides zurückweist.

4. Form und Frist

Die sofortige Beschwerde kann entweder schriftlich (§ 569 II ZPO) oder aber zur Niederschrift der Geschäftsstelle (§ 569 III Nr. 1 ZPO) beim Amtsgericht, welches entschieden hat (sog. **iudex a quo**) oder aber beim Beschwerdegericht (sog. **iudex ad quem**) innerhalb einer **Notfrist von zwei Wochen** ab Zustellung der Entscheidung erhoben werden (vgl. § 569 I ZPO). Obwohl hier nach § 329 III ZPO die Ablehnung des Erlasses eines Vollstreckungsbescheides hätte zugestellt

werden müssen, fehlt diese Zustellung, so dass auch die Beschwerdefrist noch gar nicht zu laufen begonnen hat. Im Verfahren ist die Naturalpartei grundsätzlich postulationsfähig (vgl. §§ 569 III, 78 V ZPO).

Die sofortige Beschwerde ist zulässig.

II. Begründetheit

Die sofortige Beschwerde ist begründet, wenn die Ablehnung des Erlasses eines Vollstreckungsbescheides zu Unrecht erfolgt ist. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen für den Erlass des Vollstreckungsbescheides vorlagen.

1. ordnungsgemäßer Antrag nach § 699 ZPO

Der Erlass eines Vollstreckungsbescheides muss nach § 699 I 1 ZPO beantragt werden.

- a) Da bundesweit Formulare nach § 703c I ZPO eingeführt wurden, muss der Antrag auf dem **vorgeschriebenen Vordruck** erfolgen. Ein solcher Antrag ist erfolgt.
- b) Der Antrag darf gem. § 699 I 2 ZPO jedoch **nicht vor Ablauf von 2 Wochen nach Zustellung des Mahnbescheides** (sog. Widerspruchsfrist; vgl. § 692 I Nr. 3 ZPO) beantragt werden. Hier waren bereits mehrere Monate vergangen.
- c) Der Antrag auf Erlass des Vollstreckungsbescheides nach § 699 I 2 ZPO zudem die **Erklärung** zu enthalten, **ob und welche Zahlungen** auf den Mahnbescheid geleistet worden sind. Soweit es sich nicht um eine maschinelle Bearbeitung handelt, muss der Antragsteller nach § 699 III 2 ZPO zudem die bisher entstandenen **Verfahrenskosten errechnen und in den Antrag aufnehmen**. Soweit der Antragssteller die Zustellung des Mahnbescheides selbst veranlassen möchte, muss er dies nach § 699 IV ZPO ebenfalls beantragen. Auch diese Anforderungen wurden erfüllt.

2. Einhaltung der Frist des § 701 S. 1 ZPO

Zudem dürfen auch die **Wirkungen des Mahnbescheides** noch **nicht nach § 701 S. 1 ZPO entfallen** sein.

Nach Zustellung des Mahnbescheides an den Antragsgegner, hat der Antragsteller **6 Monate** Zeit, den Erlass des Vollstreckungsbescheides zu beantragen. Nach Ablauf dieser Frist **entfallen die Wirkungen des Mahnbescheides**. Der Antragsteller muss daher einen neuen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides stellen und es kann **kein Vollstreckungsbescheid mehr auf der Grundlage des alten Mahnbescheides** erlassen werden.

Fraglich ist, ob hier eine **fristgerechte Beantragung** des Vollstreckungsbescheides vorliegt. Die Frist ist nach §§ 222 I ZPO i.V.m. § 188 II BGB am 23.02.2009 abgelaufen. Bis zu diesem Zeitpunkt lag jedoch der Antrag auf Erlass des Mahnbescheides **nur vorab per Fax** vor, das **Original** ist jedoch **erst nach Fristablauf** eingegangen.

a) Unwirksame Antragstellung per Telefax

Zwar können Anträge an das Gericht grundsätzlich auch fristwährend per Telefax eingereicht werden. Etwas anderes könnte sich jedoch für den Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides aus § 703c II ZPO ergeben. Danach müssen für die Antragstellung die eingeführten Formulare verwendet werden.

„Das AG hat zutreffend erkannt, dass ein Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids, der per Telefax eingereicht wird, wegen Verstoßes gegen § 703c II ZPO formunwirksam ist (vgl. BGH, NJW-RR 2001, 1320 [1323]; OLG Stuttgart, OLG-Report 2000, 297 [299]; Zöller/Vollkommer, § 703c Rn 8; Voit, in: Musielak, ZPO, 6. Aufl. [2008], § 703c Rn 2).“ (KG aaO)

Die Antragstellung per Telefax ist daher zunächst unwirksam und vermag die Frist des § 701 ZPO nicht zu wahren.

b) **Behebbarkeit des Formmangels**

Dieser Formmangel könnte jedoch behebbar sein.

*„Ist ein **mangelhafter Antrag fristgerecht** gestellt worden, treten die Folgen des § 701 S. 1 ZPO jedenfalls dann nicht ein, wenn der **Mangel behebbar** ist, auch wenn die **Behebung - wie hier - erst nach Fristablauf** erfolgt (vgl. LG Bonn, Beschl. v. 5. 12. 2007 - 6 T 381/07, BeckRS 2007, 65474; LG Frankfurt a.M., Rpfleger 1970, 100; Schüler, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. [2007], § 701 Rn. 2; a.A. LG Frankfurt a. M., Rpfleger 1982, 295). § 701 S. 1 ZPO setzt nach seinem Wortlaut gerade nicht voraus, dass der Antrag in jeder Hinsicht wirksam ist.*

*Auch aus dem **Zusammenhang der Vorschriften** über das Mahnverfahren ergibt sich nichts anderes. In § 691 I 2 ZPO ist geregelt, dass der Ast. vor der Zurückweisung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids anzuhören ist, um ihm **Gelegenheit zu geben, behebbare Mängel des Antrags zu beseitigen**.*

*Dieser Grundsatz gilt **auch** für den **Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids** (vgl. Zöller/Vollkommer, § 699 ZPO Rn 12 a.E.; Voit, in: Musielak, § 699 Rn 5). Auch Verstöße gegen § 703c II ZPO sind behebbar (vgl. BGH, NJW-RR 2001, 1320 [1323]). Es wäre aber widersinnig und widerspräche dem Sinn und Zweck der genannten Vorschriften, einerseits **Formmängel als behebbar anzusehen** und deshalb vom MahnGer. entsprechende Hinweise zu verlangen, **andererseits aber die Behebung von Mängeln als verfristet zurückzuweisen**.“ (KG aaO)*

3. **Wegfall der Wirkungen des Mahnbescheides nach § 701 S. 2 ZPO**

Die Voraussetzungen des § 701 S. 2 ZPO liegen ebenfalls nicht vor.

„Das AG hat den Antrag der A zwar zurückgewiesen. § 701 S. 2 ZPO ist aber nur einschlägig, wenn die Zurückweisung rechtskräftig ist (vgl. Zöller/Vollkommer, § 701 ZPO Rn 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. [2009], § 701 Rn 4; Voit, in: Musielak, § 701 Rn 3; Schüler, in: MünchKomm-ZPO, § 701 Rn 4).“ (KG aaO)

III. Ergebnis: Die Voraussetzungen für den Erlass des Vollstreckungsbescheides liegen daher vor und die sofortige Beschwerde ist begründet.

ZPO
§§ 50, 91 ff, 533

**Nichtexistenz einer Partei
Parteiwechsel in der Berufung**

ZPO

(OLG Koblenz in OLGR 2009, 759, 1169; Urteil vom 08.05.2009 – 10 U 1439/08)

1. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung **kann nur von einer existenten Partei** beantragt werden.
2. Eine **Gesellschaft besteht** trotz Registerlöschung dann **fort**, wenn noch **verwertbares Vermögen** besteht und ein **Liquidator** für die Liquidationsgesellschaft **bestellt** wurde.
3. **Überträgt** eine Gesellschaft vor Lösung **ihr gesamtes Vermögen** auf eine Gesellschaft mit anderem Namen, so liegt keine **Namensänderung, sondern eine Rechtsnachfolge** vor.
4. In diesem Fall kommt **keine Änderung der Parteibezeichnung** in Betracht, vielmehr müssen die **Voraussetzungen für einen Parteiwechsel** vorliegen.
5. Ein **Parteiwechsel ist eine Klageänderung**, die im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen des § 533 BGB zulässig ist.

A. Grundlagenwissen: Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

I. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen

1. Existenz der Partei, §§ 239, 246, 619 ZPO
2. Parteifähigkeit, §§ 50, 56 ZPO
3. Prozessfähigkeit und gesetzliche Vertretung, §§ 51, 57 ZPO
4. Prozessführungsbefugnis, §§ 51, 56 ZPO
5. Postulationsfähigkeit, §§ 78, 79 ZPO

II. Zuständiges Gericht :

- §§ 937, 943, 802 ZPO (Gericht der Hauptsache)
- § 944 ZPO (in dringenden Fällen Vorsitzender)
- § 942 ZPO (in dringenden Fällen Gericht am Ort der belegenen Sache)

III. Statthaftigkeit

= anderer Anspruch als beim Arrest

1. Sicherungsverfügung, § 935 ZPO

= Sicherung der Vollstreckung bei Individualansprüchen

2. Regelungsverfügung, § 940 ZPO

= Regelung eines Rechtsverhältnisses

3. Leistungsverfügung, § 940 ZPO (nicht ausdrücklich geregelt)

IV. ordnungsgemäßer Antrag, §§ 936, 920 I ZPO.

Beachte: § 920 III, 78 V ZPO

V. Rechtshängigkeit der Hauptsache steht nicht entgegen, § 261 ZPO

VI. Rechtsschutzbedürfnis

VII. keine Vorwegnahme der Hauptsache

bei Leistungsverfügung: nicht für Vergangenheit / zeitliche Beschränkung auf die Zukunft (6 Monate) / notwendiger Bedarf

B. Nichtexistenz einer Partei (OLG Koblenz, OLG 2009, 759)

Fall: V hat im August 2008 im Wege der einstweiligen Verfügung Besitzschutzansprüche gegen B als Eigentümerin geltend gemacht. Das LG hat die einstweilige Verfügung erlassen und weiterhin das angefochtene Urteil aufrechterhalten. Hiergegen hat B Berufung eingelegt.

Im Berufungsverfahren hat B dargelegt und dies durch Vorlage einer beglaubigten Übersetzung eines Auszugs aus dem Handels- und Geschäftsregister der Geschäftsstelle des Handelsgerichts von Paris belegt, dass die V bereits am 05.01.2007 ihre Geschäftstätigkeit beendet hat und am 12.04.2007 gelöscht wurde. V behauptet, dies sei ihrer Geschäftsführerin nicht bekannt gewesen. Zudem trägt sie vor, sie habe mit Verschmelzungsvertrages vom 30.03.2007 ihr gesamtes Vermögen auf die B.A. GmbH übertragen. Daher sei die B.A. GmbH Rechtsnachfolgerin geworden und daher Partei des Rechtsstreits.

Ist die einstweilige Verfügung zu Recht ergangen?

I. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

Der Antrag setzt voraus, dass der Antragsteller **parteifähig** ist. Bei juristischen Personen und solchen, die ihnen – wie eine Handelsgesellschaft – gleichgestellt sind, ist hierzu Voraussetzung, dass die **Person überhaupt existiert**.

Die V war zunächst im Handelsregister eingetragen und hatte auch ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen. Sie ist dann aber nach Beendigung der Geschäftstätigkeit im Januar 2007 im April 2007 gelöscht worden. Möglicher Weise war sie daher im August 2008 bei Beantragung der einstweiligen Verfügung schon nicht mehr existent und daher auch nicht parteifähig.

1. Berücksichtigungsfähigkeit im Berufungsverfahren

Fraglich ist zunächst, ob diese Fragen im Berufungsverfahren überhaupt noch berücksichtigt werden können. B könnte mit ihrem Vortrag gem. §§ 530, 531 II ZPO als verspätet ausgeschlossen sein. Ein Ausschluss kommt jedoch nur hinsichtlich solcher Fragen in Betracht, bezüglich derer den Parteien die Darlegungslast obliegt.

*„Die Vorlage dieser Übersetzung ist entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin nicht verspätet, da die **Parteifähigkeit in jedem Stadium** des Verfahrens **von Amts wegen zu prüfen** ist. Soweit die Verfügungsklägerin behauptet, dies sei ihrer Geschäftsführerin nicht bekannt gewesen, ist dies nicht glaubhaft. Zumindest die Einstellung des Geschäftsbetriebes kann ohne deren Wissen nicht erfolgt sein.“* (OLG Koblenz aaO)

2. Nichtexistenz durch Registerlösung

Desweiteren ist zu prüfen, ob V nach der Lösung im April 2007 tatsächlich als nichtexistent zu behandeln ist.

„Zwar ist es richtig, dass eine Gesellschaft trotz Löschung im Handelsregister fortbesteht, wenn noch verwertbares Vermögen vorhanden ist. In diesem Fall ist sie auch weiterhin parteifähig. Allerdings wird sie nicht ohne weiteres durch den bisherigen Geschäftsführer vertreten. Es muss vielmehr eine Liquidation durchgeführt und ein Liquidator bestellt werden. Dass diese Voraussetzungen hinsichtlich der Verfügungsklägerin vorliegen, ist nicht ersichtlich und wird auch von ihr nicht schlüssig vorgetragen. Im Gegenteil ergibt sich aus ihrem eigenen Vortrag bezüglich des behaupteten Verschmelzungsvertrages, dass mit Vertrag vom 30.03.2007 die Verfügungsklägerin ihr gesamtes Vermögen auf die B. A. GmbH übertragen haben soll.“ (OLG Koblenz aaO)

3. Fortführung des Rechtsstreits durch die B.A. GmbH

Möglicherweise kann jedoch die B.A. GmbH den Rechtsstreit für die V fortführen.

a) Änderung der Parteibezeichnung

Die V könnte nur ihren Namen geändert haben. In einem solchen Fall könnte lediglich der Name der V in der einstweiligen Verfügung nachträglich geändert werden.

„Eine Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung unter Änderung der Parteibezeichnung, wie von der Verfügungsklägerin gewünscht, kommt nicht in Betracht. Aus ihrem diesbezüglichen Sachvortrag ergibt sich, dass nicht lediglich eine Änderung des Namens

der Verfügungsklägerin vorgenommen wurde. Sie selbst behauptet, dass die B. A. GmbH im Jahr 2007 Rechtsnachfolgerin der Verfügungsklägerin wurde. Die Rechtsnachfolge ist jedoch kein Fall der Änderung der Parteibezeichnung, sondern würde einen Parteiwechsel voraussetzen.“ (OLG Koblenz aaO)

b) Vorliegen der Voraussetzungen für einen Parteiwechsel

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für einen Parteiwechsel vorliegen.

„Ein solcher ist als Klageänderung zu behandeln und im Berufungsverfahren gem. § 533 ZPO nur zulässig, wenn entweder der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält. Die Beklagte hat nicht eingewilligt. Die entsprechende Änderung ist auch nicht sachdienlich. Die behaupteten Übertragungsvorgänge und insbesondere ihre Wirksamkeit können aus den vorgelegten Unterlagen nicht zweifelsfrei nachvollzogen werden. Eine weitergehende Aufklärung des Sachverhalts kann im Verfahren der einstweiligen Verfügung nicht vorgenommen werden. Demgegenüber ist die Sache ohne Zulasung des von der Verfügungsklägerin gewünschten Parteiwechsels entscheidungsreif.“ (OLG Koblenz aaO)

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist daher von einer nicht parteifähigen Person gestellt worden und daher unzulässig.

II. Ergebnis:

Der Erlass der einstweiligen Verfügung war rechtsfehlerhaft, so dass diese im Berufungsverfahren aufzuheben ist,

StPO

Richtervorbehalt

StPO

§ 105 I 1

Gewährleistung des richterl. Eildienstes zur Nachtzeit

(OLG Hamm in NJW 2009, 3109; Urteil vom 18.08.2009 – 3 Ss 293/08)

1. Ein **richterlicher Bereitschaftsdienst auch für die Nachtzeit** (§ 104 III StPO) ist jedenfalls dann einzurichten, **wenn** in den in Frage stehenden Zeiträumen einem Richtervorbehalt unterliegende **Ermittlungsmaßnahmen nicht nur ausnahmsweise anfallen**.
2. Insbesondere unter Berücksichtigung des besonderen Gewichts des verfassungsrechtlich angeordneten Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen **führt** dessen **Verletzung** durch die Justizverwaltung **zu einem Verwertungsverbot**.

Fall: Der Angekl. wurde am 13.04.2007 um 1:01 Uhr in einer dunklen Ecke in unmittelbarer Nähe einer Asylbewerberunterkunft von Polizeibeamten der Kreispolizeibehörde N. kontrolliert. Der Angekl., der seinem Hobby entsprechend ein Nachtsichtgerät bzw. einen Restlichtverstärker auf dem Kopf trug, war in Begleitung seiner Freundin, der Zeugin C. Bei der Überprüfung der Personalien wurde bei dem Angekl. ein starker Cannabisgeruch festgestellt. In seinem Rucksack wurden durch die Polizeibeamten ein Etui mit Marihuana, zwei Klemmverschlussstüten mit Marihuana, 13 weitere Klemmtüten ohne Inhalt sowie zwei Tüten mit Hanfsamen vorgefunden und sichergestellt. Polizeikommissar T ordnete nach Rücksprache mit der Leitdienststelle, die Kontakt zum Eildienstdezernenten der StA aufgenommen hatte, auf Grund von „Gefahr im Verzug“ die Durchsuchung des Zimmers, welches der Angekl. in der Wohnung seiner Eltern bewohnt, an. Der amtsgerichtliche Eildienst war zum Zeitpunkt dieser Anordnung um 1 Uhr bereits beendet und ein solcher ist zur fraglichen Uhrzeit auch - was hinlänglich bekannt ist - im LG-Bezirk B. nicht eingerichtet.

Im Zimmer des Angekl. wurden schließlich eine Platte Haschisch, mehrere einzeln verpackte Haschischbrocken, drei Tüten mit Marihuana, eine größere Anzahl leerer Verpackungseinheiten mit Betäubungsmittelanhaftungen sowie eine Feinwaage aufgefunden und sichergestellt. Insgesamt aufgefunden wurden im Rucksack und im Zimmer des Angekl. 90,77 g Haschisch.

Der Angekl. macht geltend, dass es im LG-Bezirk B., der einer der größten LG-Bezirke im Bereich des OLG H. darstelle und zu dem zehn Amtsgerichte gehörten, erforderlich sei, dass zu jeder Tages- und Nachtzeit ein Bereitschaftsrichter erreichbar sei. Der Umstand, dass zur Tatzeit gegen 1 Uhr morgens ein richterlicher Eildienst überhaupt nicht vorhanden gewesen sei, stelle einen organisatorischen Mangel dar, der zu Rechtswidrigkeit der durchgeführten Zimmerdurchsuchung führe und eine Nichtverwertbarkeit der dabei sichergestellten Gegenstände nach sich ziehen müsse.

Die Durchsuchung des Zimmers des Angekl. ist unter **Verstoß gegen den Richtervorbehalt gem. Art. 13 II GG, § 105 I 1 StPO** erfolgt und daher rechtswidrig.

- I. Eine **Durchsuchung greift schwerwiegend in die durch Art. 13 I GG grundrechtlich geschützte persönliche Lebenssphäre ein**. Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 II HS 1 GG die **Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält**. Der Richtervorbehalt zielt auf eine **vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz** ab. Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können.

Art. 13 GG verpflichtet alle staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der **Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung** praktisch wirksam wird. **Defiziten der Wirksamkeit** müssen sowohl die Gerichte - die einzelnen Ermittlungsrichter ebenso wie die für die Bestellung der Ermittlungsrichter und die Geschäftsverteilung zuständigen Präsidien (§ 21e I 1 GVG) - als auch die Strafverfolgungsbehörden **entgegenwirken**. Zudem sind die für die Organisation der Gerichte und für die Rechtsstellung der dort tätigen Ermittlungsrichter zuständigen Organe der Länder und des Bundes aus Art. 13 GG gehalten, die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle zu schaffen (BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382 m.w. Nachw.).

- II. Aus der **Regelzuständigkeit des Richters gem. Art. 13 II GG** folgt die **verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters**, auch durch die Einrichtung eines Not- oder Eildienstes, **zu sichern** (vgl. BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NSTZ 2001, 382; BVerfG NJW 2004, 1442). Dies **gilt grds. auch für die Nachtzeit** i.S. des § 104 III StPO, wenn dies zur Wahrung der Regelzuständigkeit erforderlich ist.
- III. Dies **bedeutet jedoch nicht, dass auch zur Nachtzeit** i.S. des § 104 III StPO **unabhängig vom konkreten Bedarf stets ein richterlicher Eildienst zur Verfügung stehen müsste** (vgl. BVerfG, NJW 2004, 1442; BVerfGE 105, 239 = NJW 2002, 3161 unter Hinweis auf BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NSTZ 2001, 382). Vielmehr ist ein nächtlicher Bereitschaftsdienst des Ermittlungsrichters von Verfassungs wegen erst dann gefordert, wenn hierfür ein **praktischer Bedarf** besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht (BVerfG NJW 2004, 1442).

Einen solchen **Ausnahmefall** hat das **BVerfG** in der vorgenannten Entscheidung für das Land Brandenburg angenommen, in dem es landesweit zwischen den Monaten September und Januar nur vereinzelt und in dem darauf folgenden Halbjahr nur zu einer weiteren nächtlichen Durchsuchung gekommen ist. Als notwendig i. S. der vorgenannten Entscheidungen des BVerfG ist die Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Eildienst jedenfalls dann anzusehen, wenn anderenfalls die Regelzuständigkeit des Richters für die Anordnung von Maßnahmen, für die der Richtervorbehalt gilt, nicht mehr gewahrt ist.

„Dies trifft auf den LG-Bezirk B. zur Tatzeit zu: Wie gerichtsbekannt ist, wurde und wird der richterliche Bereitschaftsdienst für den gesamten LG-Bezirk B. nach § 22c GVG i.V. mit § 2 der Verordnung über die Zusammenfassung von Geschäften des Bereitschaftsdienstes bei den Amtsgerichten des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23.09.2003 durch das AG B. wahrgenommen, und zwar an allen Tagen für den Zeitraum von 6 Uhr morgens bis abends um 21 Uhr. Um die Erforderlichkeit der Einrichtung eines darüber hinausgehenden nächtlichen Bereitschaftsdienstes zu überprüfen, hat der Senat beim Justizministerium des Landes NRW, beim Polizeipräsidium C. und bei den Kreispolizeibehörden H., N. und I. um Auskunft über die Anzahl von Wohnungsdurchsuchungen sowie sonstiger Maßnahmen, für die der Richtervorbehalt gilt, und die zur Nachtzeit während der Jahre 2006 bzw. 2007 bis 2008 durchgeführt worden sind, gebeten (wird ausgeführt).

*In dem hier maßgeblichen Jahr 2007 ist von einer Anzahl von ca. **900 bis sogar zu 1000 Fällen** auszugehen, für die der Richtervorbehalt galt. Unter Berücksichtigung dieses Zahlenmaterials bestand und besteht - für das Jahr 2008 ergeben sich nur für die Bezirke des Polizeipräsidioms C. und der Kreispolizeibehörde H. allein an Blutprobenanordnungen 942 Fälle (= 2,58 Fälle pro Tag) - unzweifelhaft eine Notwendigkeit für die Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes auch zur Nachtzeit i.S. des § 104 III StPO im LG-Bezirk B. Der Umstand, dass sich das verwendete Zahlenmaterial nur auf angeordnete Blutentnahmen, nicht aber speziell auf Wohnungsdurchsuchungen bezieht, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Denn insoweit findet auch nach dem Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters keine Differenzierung nach der Art der Maßnahme statt. Vielmehr ist dieser für sämtliche unter den Richtervorbehalt fallende Maßnahmen im Ermittlungsverfahren zuständig. Dies gilt auch für den den Bereitschaftsdienst wahrnehmenden Richter des AG B., der nach dem Geschäftsverteilungsplan des LG B. für den Bereitschaftsdienst im LG-Bezirk B. während der Dauer dieses Dienstes für die Vornahme (aller) unaufschiebbaren Amtshandlungen zuständig ist.“ (OLG Hamm aaO).*

- IV. Der **Verstoß gegen den Richtervorbehalt** gem. Art. 13 II GG, § 105 I 1 StPO **führt hier zu einem Verwertungsverbot**.

1. Die **Frage**, unter welchen Voraussetzungen bei Missachtung des sich aus Art. 13 II GG, § 105 I 1 StPO ergebenden Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot hinsichtlich der bei der Wohnungsdurchsuchung aufgefundenen Beweismittel anzunehmen ist, ist **gesetzlich nicht geregelt**. Ein **allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot** nach sich zieht, **ist dem Strafverfahrensrecht fremd**.

BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NSTZ 2007, 601; BGHSt 44, 243 = NJW 1999, 959

2. Die Frage, ob ein Verwertungsverbot eingreift, beurteilt sich nach inzwischen gefestigter Rspr. jeweils nach den **Umständen des Einzelfalls**, insbesondere nach der **Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes**. Hierüber ist unter **Abwägung der widerstreitenden Interessen** zu entscheiden.
- a) Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, eines der **wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts** einschränkt, nämlich den **Grundsatz, dass das Gericht die**

Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des in Frage stehenden Verfahrensverstößes. Dieses wird seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt.

BVerfG NJW 2008, 3053; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 243 = BeckRS 2009, 10370 m.w. Nachw.

- b) Für Fälle **fehlerhafter Wohnungsdurchsuchungen** wird in der Rspr. ein **Verwertungsverbot** weitgehend anerkannt, **falls der Richtervorbehalt bewusst umgangen** worden ist. In der BGH-Rspr. wird bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder bei Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers ein Verwertungsverbot für notwendig gehalten:

BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601 m.w. Nachw.; BGH BGHR StPO § 105 I Durchsuchung 4

*„Bei der hier vorzunehmenden **Abwägung** auf der Grundlage der vorgenannten Kriterien ist zu berücksichtigen, dass auf Grund des von den Polizeibeamten bei dem Angekl. festgestellten starken Haschischgeruchs, der im Rucksack vorgefundenen Drogen und insbesondere auf Grund der Menge des ebenfalls dort entdeckten Verpackungsmaterials der **begründete Verdacht** des Handelns mit Betäubungsmitteln gem. § 29 I Nr. 1 BtMG und infolgedessen nach kriminalistischer Erfahrung eine **hohe Auffindungswahrscheinlichkeit** in Bezug auf Drogen bestand (vgl. BGH NJW 2007, 2567 = NStZ-RR 2007, 242). Dem durch das Betäubungsmittelstrafrecht geschützte Rechtsgut, nämlich die Gesundheit sowohl des Einzelnen wie auch der Bevölkerung im Ganzen vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu bewahren, sowie dessen weiterer Zielsetzung, das soziale Zusammenleben in einer Weise zu gestalten, die es von sozialschädlichen Wirkungen des Umgangs mit Drogen freihält (vgl. BVerfG NJW 2004, 3620), kommen ein erhebliches Gewicht zu, auch wenn der Verdacht des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln sich auf sog. „weiche Drogen“ bezog. Zudem sollte die Durchsuchung nicht nur der Auffindung von Beweismitteln dienen, sondern mit ihr wurde ersichtlich auch der Zweck verfolgt, etwaige vorgefundene Betäubungsmittel sicherzustellen, bevor sie in den Verkehr gelangen und eine schädigende Wirkung erzeugen könnten. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass davon auszugehen ist, dass eine **richterliche Durchsuchungsanordnung bei Erreichen eines Eildienststrichters erwirkt** worden wäre. Es lagen nämlich nicht nur die Voraussetzungen des § 102 StPO für eine Wohnungsdurchsuchung bei einem Tatverdächtigen vor, sondern auch die Voraussetzungen für eine Durchsuchung zur Nachtzeit gem. § 104 I StPO. Im Falle der Freilassung des auf frischer Tat betroffenen Angekl. bestand nämlich die **Gefahr eines drohenden Beweisverlustes** durch die Vernichtung etwaiger in der Wohnung befindlicher Drogen. Bei einer Abwägung gegen 1 Uhr morgens zwischen einer Festnahme des Angekl. bis 6 Uhr morgens oder einer Anordnung der Durchsuchung zur Nachtzeit beinhaltete die letztere Maßnahme einen geringeren Eingriff in die Rechte des Angekl.*

*Zu berücksichtigen ist schließlich, dass der Polizeibeamte T als Ermittlungsperson der **StA grundsätzlich**, wenn auch nur nachrangig, nämlich **bei Gefahr im Verzug, zur Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung befugt** war, und dass damit der **Verstoß gegen den Richtervorbehalt etwas geringer wiegt** als es der Fall gewesen wäre, wenn ihm als Polizeibeamter gesetzlich keinerlei Anordnungscompetenz zugestanden hätte.*

Andererseits ist aber die besondere Bedeutung des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen zu bedenken, die dem Umstand Rechnung trägt, dass eine Durchsuchung gravierend in die durch Art. 13 I GG grundrechtlich geschützte Unverletzlichkeit der Wohnung eingreift. Das angenommene Verwertungsverbot beruht maßgebend auf einer fehlerhaften Missachtung des Richtervorbehalts durch die Justizverwaltung. Sie ist ihrer aus Art. 13 GG resultierenden Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (vgl. BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382), allenfalls bruchstückhaft nachgekommen und hat aus diesem Grunde die Notwendigkeit eines richterlichen Eildienstes auch für die Nachtzeit im LG-Bezirk Bielefeld nicht erkannt und demgemäß dessen Einrichtung versäumt.“ (OLG Hamm aaO).

- c) Die **Notwendigkeit der Einrichtung eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes** hätte durch die Justizverwaltung unschwer festgestellt werden können.

„So hätten bei den Staatsanwaltschaften bzw. über diese bei den Polizeibehörden **Erhebungen über die Anzahl von Wohnungsdurchsuchungen, Blutprobenentnahmen und sonstiger unter den Richtervorbehalt fallender Maßnahmen**, die zur Nachtzeit in Nordrhein-Westfalen, insbesondere im LG-Bezirk B. angefallen sind, durchgeführt und ausgewertet werden können.

Nach der Rspr. des BVerfG ist ein nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst einzurichten, sobald nächtliche Maßnahmen, für deren Anordnung der Richtervorbehalt gilt, nicht nur im Ausnahmefall anfallen. Angesichts dessen hätte durch die Justizverwaltung in regelmäßigen Abständen kontrolliert werden müssen, ob ein solcher Eildienst im Bezirk des LG B. erforderlich ist. Dies ist aber seit 2004 nicht geschehen, obwohl das damals verwendete Zahlenmaterial unzureichend und ergänzungsbedürftig war und aktuelles Zahlenmaterial jedenfalls in Bezug auf zur Nachtzeit angefallene Blutentnahmen unschwer über die Polizei oder die Staatsanwaltschaften hätte besorgt werden können. Eine einmalige Überprüfung im Jahre 2004 reichte angesichts der Bedeutung des Richtervorbehalts nicht aus und kommt seiner Missachtung gleich. Wie der Senat bereits ausgeführt hat (NSTZ-RR 2009, 243 = BeckRS 2009, 10370), handelt es sich bei der Entwicklung der Rspr. zum Richtervorbehalt nicht mehr um eine ganz junge Entwicklung. Vielmehr ist die Bedeutung, die das BVerfG dem Richtervorbehalt grds. beimisst, mindestens mit der Entscheidung vom 20.02.2001 (BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NSTZ 2001, 382) deutlich geworden. Angesichts dessen kann der geschilderte, sich nunmehr bereits über mehrere Jahre erstreckende Umgang der Justizverwaltung mit dem Richtervorbehalt nicht nur als ein einmaliges Versagen in der Organisation der Justizverwaltung eingestuft werden, sondern ist als eine grobe Fehlbeurteilung und nicht mehr vertretbare Missachtung der Bedeutung des Richtervorbehalts anzusehen, die zu der schwerwiegenden Folge führte, dass die zur Wahrung des Richtervorbehalts auf jeden Fall im Jahre 2007 objektiv erforderliche Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes unterblieb.“ (OLG Hamm aaO).

3. Insbesondere auch unter **Berücksichtigung des besonderen Gewichts des verfassungsrechtlich angeordneten Richtervorbehalts** bei Wohnungsdurchsuchungen **führt dessen gröbliche Verletzung durch die Justizverwaltung zu einem Verwertungsverbot.**

„Angesichts der sich **über mehrere Jahre erstreckenden Untätigkeit der Justizverwaltung** trotz Kenntnis der Rspr. des BVerfG zur Bedeutung des Richtervorbehalts und der Tatsache, dass ein richterlicher Eildienst zur Nachtzeit im LG-Bezirk B. spätestens im Jahre 2006, wahrscheinlich aber bereits im Jahre 2005 hätte errichtet werden müssen - bis dahin wäre es der Justizverwaltung problemlos möglich gewesen, die erforderlichen Erhebungen durchzuführen und daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen -, konnte auch nicht mehr von einem Verwertungsverbot abgesehen und stattdessen zunächst eine angemessene Übergangsfrist zur Einrichtung des erforderlichen nächtlichen Bereitschaftsdienstes abgewartet werden.“ (OLG Hamm aaO).

VwVfG
§ 37**mündlicher VA und schriftliche Bestätigung
ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung**

VwVfG

(BayVGH in BayVBl. 2009, 603; Beschluss vom 25.04.2009 – 7 ZB 07.2331)

1. Weder die **Bewertung einer Einzelleistung** noch die **Bewertung eines Prüfungsabschnittes** der Zweiten Juristischen Staatsprüfung haben Regelungscharakter nach § 35 S. 1 VwVfG. Sie können daher nicht Gegenstand gesonderter Klagen sein.
2. Nur die **Vergabe der Gesamprüfungsnote** hat Regelungscharakter und stellt daher einen **Verwaltungsakt** nach § 35 S. 1 VwVfG dar.
3. Dieser Verwaltungsakt wird mit **Verkündung der Gesamprüfungsnote** im Anschluss an die mündliche Prüfung **mündlich bekannt gegeben**. Das anschließende Schreiben stellt nur die schriftliche Bestätigung nach § 37 II 2 VwVfG dar.
4. Eine **versäumte Rechtsbehelfsbelehrung** kann nachgeholt werden. Die Klagefrist läuft dann ab Bekanntgabe der Belehrung.

Fall: K nahm im Termin 2005/2 an der Zweiten Juristischen Staatsprüfung teil.

Mit Schreiben vom 05.04.2006 wurde ihm mitgeteilt, dass er den schriftlichen Teil der Zweiten Juristischen Staatsprüfung bestanden habe. Die Bewertung seiner schriftlichen Prüfungsarbeiten ergebe eine Gesamtnote von 9,22 (voll befriedigend). Nach Ablegung der mündlichen Prüfung am 22.05.2006 wurde ihm mit Schreiben vom selben Tag das Zeugnis über die Zweite Juristische Staatsprüfung übersandt; dem Schreiben war eine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt, in der auf die Möglichkeit der Klageerhebung innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe „dieses Bescheides“ hingewiesen wurde.

Mit Schriftsatz vom 26.05.2006 erhob K Einwendungen gegen die Bewertung der Aufgabe 10, die mit Schreiben des Landesjustizprüfungsamts vom 20.06.2006 zurückgewiesen wurden. Hiergegen reicht K am 10.04.2007 Klage ein mit dem Antrag, B zu verpflichten, die Aufgabe 10 der Zweiten Juristischen Staatsprüfung 2005/2 neu zu bewerten, hilfsweise die schriftliche Gesamtnote jener Prüfung neu festzustellen, hilfsweise die Prüfungsgesamtnote neu festzustellen.

Ist die Klage zulässig

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

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I VwGO in allen **öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art** eröffnet, für die kein besonderer Rechtsweg vorgesehen ist. Da hier nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten und daher keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt, kommt es nach der **modifizierten Subjektstheorie** allein darauf an, ob die streitentscheidenden Normen einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten. Hier sind die Normen der JAPO des Landes Bayern streitentscheidend, welche die Prüfungsbehörde berechtigen und verpflichten, für die Leistungen in der zweiten juristischen Staatsprüfung Noten zu vergeben, so dass die Streitigkeit auch öffentlich-rechtlich ist. An der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I VwGO bestehen daher keine Bedenken.

II. Statthaftigkeit der Klageart

K hat hier eine **Verpflichtungsklage in Form einer Bescheidungsklage** erhoben, mit der im Falle des Erfolges aufgrund der **Kassationswirkung** der Verpflichtungsklage auch der angefochtene Bescheid aufgehoben wird. Die Verpflichtungsklage nach § 42 I 2. Alt. VwGO ist statthaft, wenn K die Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsaktes geltend macht.

1. K begehrt hier **zunächst die Aufhebung der Bewertung der Aufgabe 10** der Zweiten Juristischen Staatsprüfung 2005/2 nebst Neubescheidung. Hierbei handelt es sich jedoch nur dann um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, wenn eine Regelung getroffen, also eine **Rechtsfolge verbindlich gesetzt** wird.

„Nach **ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** (grundlegend Urteil vom 16.03.1994 NVwZ-RR 1994, 582 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 329; vom 22.06.1994 BVerwGE 96, 126/128; zuletzt vom 25.03.2003 DVBl 2003, 871) sind Mitteilungen der Prüfungsbehörde an den Prüfling über die **Bewertung einzelner Prüfungsleistungen** im Allgemeinen **keine angreifbaren Verwaltungsakte**, da die Einzelnoten, die dem Prüfling im Verlauf des Prüfungsverfahrens erteilt werden, regelmäßig keine selbstständige rechtliche Bedeutung haben, sondern lediglich als **Grundlage der behördlichen Entscheidung** über das Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfung sowie über die erzielte Gesamtnote dienen.“ (BayVGh aaO)

Der Hauptantrag des K ist daher **unstatthaft** und demnach unzulässig.

2. Hilfsweise begehrt K die **Neufeststellung der schriftlichen Gesamtnote**. Auch hierbei handelt es sich jedoch um die Bewertung eines einzelnen Abschnitts der Gesamtprüfung, die für sich keinen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt.

„Eine Regelungswirkung nur im Hinblick auf den schriftlichen Prüfungsteil könnte allenfalls dann bejaht werden, wenn das **Ergebnis der schriftlichen Prüfung eine selbstständige rechtliche Bedeutung** bei der Entscheidung über die Bewerbung eines bayerischen Prüfungsteilnehmers im öffentlichen Dienst eines anderen Bundeslandes hätte. Das ist jedoch **nicht der Fall**, da allein mit der Entscheidung über die Ernennung eine rechtlich verbindliche Regelung getroffen wird. Dabei erweisen sich die **Gesamtnoten der schriftlichen und der mündlichen Prüfung** nur als **tatsächliche Grundlagen für die Entscheidung über die Ernennung**. Eine Regelungswirkung kommt weder dem Ergebnis der schriftlichen noch demjenigen der mündlichen Prüfung für sich gesehen zu.“ (BayVGh aaO)

Auch diesbezüglich ist die Klage **unstatthaft** und somit unzulässig.

3. Schließlich begehrt K die **Neufeststellung der Prüfungsgesamtnote**. Erst diese Feststellung hat den für die Annahme eines Verwaltungsaktes nach § 35 S. 1 VwVfG erforderlichen Regelungscharakter, so dass die Verpflichtungsklage in Form der **Beschiedungsklage** insofern **statthaft** ist.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

K ist klagebefugt, wenn er geltend machen kann, in seinen **subjektiv-öffentlichen Rechten** verletzt zu sein, eine solche Rechtsverletzung also nicht **von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** ist. Nach dem Vortrag des K ist eine fehlerhafte Bewertung der 10 Aufgabe nicht auszuschließen, so dass auch die Gesamtnote fehlerhaft sein könnte. Da ein Prüfling jedoch einen, sich letztlich aus Art. 12 GG ergebenden **subjektiv-öffentlichen Anspruch auf eine ordnungsgemäße Prüfungsbewertung** hat, ist die Klagebefugnis des K gegeben.

IV. Vorverfahren, § 68 VwGO

Vor Erhebung einer Verpflichtungsklage ist nach § 68 II VwGO grundsätzlich die Durchführung eines Vorverfahrens erforderlich. Allerdings werden die Prüfungen zum Zweiten Juristischen Staatsexamen in Bayern nach § 6 I JAPO von einem dem Justizministerium angegliederten Justizprüfungsamt abgenommen, so dass nach § 68 I Nr. 1 VwGO die Durchführung des Vorverfahrens entbehrlich ist.

andere Bundesländer:

Hier kommt es darauf an, ob § 68 I Nr. 1 VwGO je nach Organisation der Prüfung einschlägig ist. Anderenfalls müssen die landesrechtlichen Prüfungsregelungen herangezogen werden, die teilweise die Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens regeln.

V. Klagefrist, § 74 VwGO

Die Verpflichtungsklage muss binnen eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides oder – falls ein Widerspruchsverfahren nicht erforderlich ist – innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden. Da hier unmittelbar die Klage einzureichen ist, läuft eine Klagefrist von einem Monat ab Bekanntgabe des Verwaltungsaktes.

1. Berechnung der Klagefrist

Das Ergebnis der zweiten Staatsprüfung wurde K am 22.05.2006 zunächst mündlich und dann mit Schreiben vom selben Tag nochmals schriftlich mitgeteilt.

Fraglich ist, welche Mitteilung die Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG für einen Verwaltungsakt erfüllt.

*„Dem Kläger ist insoweit zwar zuzugeben, dass der **Übersendung des Prüfungszeugnisses im Schreiben des Landesjustizprüfungsamtes vom 22.05.2006 keine Regelungswirkung und damit keine Verwaltungsaktsqualität** zukommt.*

*Vielmehr ist die **mündliche Eröffnung des Prüfungsgesamtergebnisses** durch den Vorsitzenden der Prüfungskommission im Anschluss an die mündliche Prüfung (§ 55 Abs. 2 Satz 1 JAPO in der hier gemäß § 73 Abs. 1 Sätze 1 und 2 JAPO vom 13.10.2003 (GVBl S. 758) maßgeblichen Fassung vom 16.04.1993 (GVBl S. 335, geändert durch Verordnung vom 23.06.2000, GVBl S. 401) als **rechtsverbindliche Prüfungsentscheidung** und damit als **mündlich erlassener Verwaltungsakt** (Art. 35 S. 1, Art. 37 II 1 BayVwVfG) anzusehen (siehe zum Ganzen Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rn 704 f.). Das **anschließende Schreiben** des Landesjustizprüfungsamtes vom 22. Mai 2006 ist deshalb lediglich eine (von Amts wegen vorgenommene) Bestätigung **des bereits mündlich bekannt gegebenen Verwaltungsakts im Sinne von Art. 37 II 1 BayVwVfG.**“ (BayVGH aaO)*

Die Bekanntgabe erfolgte daher am 22.05.2006, so dass die Klagefrist nach § 74 I 2 VwGO bis zum 22.06.2006 lief, so dass die Klageerhebung am 10.04.2007 als verspätet angesehen werden müsste.

2. Verlängerung der Klage nach § 58 II 1 VwGO

Die Klagefrist könnte sich jedoch nach § 58 II 1 VwGO von einem Monat auf ein Jahr verlängert haben. K wurde eine Belehrung erst mit der schriftlichen Bestätigung des Ergebnisses der mündlichen Prüfung erteilt und zwar dahingehend, dass die Klagefrist von einem Monat ab Bekanntgabe „dieses Bescheides“ läuft.

a) Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung

Dem Verwaltungsakt vom 22.05.2006, welcher mündlich erlassen wurde, war keine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt. Diese erfolgte erst mit der schriftlichen Bestätigung des Prüfungsergebnisses. Fraglich ist, ob hierin eine Heilung des Belehrungsmangels gesehen werden kann.

*„Da bei der Bekanntgabe des Gesamtprüfungsergebnisses im Anschluss an die mündliche Prüfung keine **Rechtsbehelfsbelehrung** erfolgt, diese aber entgegen der Auffassung des Klägers **jederzeit nachgeholt werden kann** (s. nur Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, Rn 41 zu § 37, Rn 12 zu § 42), konnte sie dem Schreiben vom 22. Mai 2006 ohne weiteres hinzugefügt werden (Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., Rn. 41 zu § 37).“ (BayVGH aaO)*

b) Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung

Die mit der schriftlichen Bestätigung erfolgte Belehrung könnte jedoch unrichtig gewesen sein und aus diesem Grund zu einer Verlängerung der Frist auf ein Jahr nach § 58 I 1 VwGO führen. Die **nachgeholt Rechtsbehelfsbelehrung** verweist nicht auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Gesamtergebnisses am 22.05.2006 als demjenigen der Bekanntgabe des Bescheides, sondern auf die **Bekanntgabe der schriftlichen Bestätigung**, die jedoch grundsätzlich nicht Bekanntgabe im Sinne des § 74 I 1 VwGO ist.

Allerdings fehlte dem mündlich ergangenen Verwaltungsakt die **Rechtsbehelfsbelehrung**. Wird diese **nachgeholt**, kann die **Klagefrist** dann aber auch **erst ab diesem Zeitpunkt** laufen.

*„Entgegen den Ausführungen des Klägers stellt die Rechtsbehelfsbelehrung im Hinblick auf den Beginn der Klagefrist **zu Recht nicht auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses im Anschluss an die mündliche Prüfung ab, sondern auf die **Bekanntgabe dieses ‚Bescheides‘, also des Schreibens des Landesjustizprüfungsamtes vom 22.05.2006.****“ (BayVGH aaO)*

Dies hatte zur Folge, dass die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO mit Zugang des Schreibens vom 22.05.2006 zu laufen begann und somit bei Klageerhebung bereits abgelaufen war. Auch der 2. Hilfsantrag ist daher, hier wegen Verfristung, unzulässig.

VI. Ergebnis: Die Klage des K ist unzulässig.

VwGO
§ 60 I**Wiedereinsetzung bei Fehlern des Gerichts
Maßstab für Verschulden des Prozessbevollmächtigten**

VwGO

(OVG Bautzen in NJW 2009, 3385 = BeckRS 2009, 35905.;
Beschluss vom 11.06.2009 - 5 A 254/08)

1. Beruht eine Fristversäumung maßgeblich auf einem **Fehler des Gerichts**, sind die Anforderungen an eine Wiedereinsetzung mit **besonderer Fairness** zu handhaben.
2. Vorherige **Fehler der Prozessbeteiligten** können **durch den Fehler des Gerichtes überholt** werden, so dass die Fristversäumung dennoch als unverschuldet anzusehen ist.
3. Ein **Rechtsanwalt** ist im Rahmen einer effizient organisierten Fristenkontrolle nicht **dazu verpflichtet, stattgegebene Fristverlängerungen** durch das Gericht einer **intensiven Plausibilitätskontrolle** zu unterziehen, wenn das gerichtliche Schreiben weder widersprüchlich noch offenkundig unzutreffend erscheint.

A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 60 VwGO**I. Zulässigkeit eines Wiedereinsetzungsantrags**

Bevor das Gericht sich mit der Frage der Wiedereinsetzung inhaltlich beschäftigt, muss es zunächst die Frage klären, ob der Wiedereinsetzungsantrag überhaupt zulässig ist.

1. Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen

Ein Wiedereinsetzungsantrag setzt wie jede andere Prozesshandlung das Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen, insbesondere **Beteiligtenfähigkeit, Prozessfähigkeit** und **Postulationsfähigkeit**, voraus.

2. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nach § 60 VwGO nicht bei jedem Fristversäumnis statthaft. Er kann nur gestellt werden, wenn es um eine **gesetzliche Frist** geht. Nicht erfasst sind daher materielle Ausschlussfristen (z.B. Antragsfrist für Beihilfe), richterliche Fristen und vereinbarte Fristen. Darüber hinaus ist der Wiedereinsetzungsantrag nur statthaft, wenn auch tatsächlich nach den obigen Maßstäben eine **Fristversäumnis festgestellt** werden kann.

3. ordnungsgemäße Antragstellung

Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 60 II 1 1. HS VwGO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 60 III VwGO außer in Fällen höherer Gewalt gar **nicht mehr** beantragt werden.

Geht es um die Frist zur **Begründung** der Berufung, des Berufungszulassungsantrags, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde oder der Beschwerde so ist nach § 60 II 1 2. HS VwGO eine **Frist von einem Monat** einzuhalten.

Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 60 IV VwGO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die versäumte Rechtshandlung** zuständig ist.

5. Rechtsschutzbedürfnis

Trotz Versäumung einer wiedereinsetzungsfähigen Frist kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis für einen Wiedereinsetzungsantrag fehlen,

wenn die versäumte **Rechtshandlung überholt** ist oder die **Versäumung keine nachteiligen Folgen** für den Antragsteller hat.

II. Nachholung der Rechtshandlung

Die versäumte Rechtshandlung muss nach § 60 II 3 VwGO **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 Wiedereinsetzung gewähren.

III. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn jemand **ohne sein Verschulden gehindert** war, die **Rechtshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch nach § 60 II 2 VwGO glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

Hierbei kommen sowohl **Hinderungsgründe des Beteiligten selbst** als auch das ihm über § 173 VwGO i.V.m. § 51 II ZPO zurechenbare Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder das nach § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO zurechenbare Verschulden des Prozessbevollmächtigten in Betracht.

Anders als beim Sorgfaltsmaßstab für den Beteiligten selbst besteht bei der Bestimmung der von einem Rechtsanwalt zu beachtenden Sorgfalt Einigkeit darüber, dass ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** anzulegen ist, der **hoch zu stecken** ist

Das Fristversäumnis kann auch auf solchen Gründen beruhen, auf die der Beteiligte oder sein Vertreter keinen Einfluss haben (z.B. **Nichteinhaltung der üblichen Postlaufzeiten, mangelnde Funktionstüchtigkeit des Empfangsfaxgerätes des Gerichts**).

Ist ein verschuldeter Fehler feststellbar, so kommt eine Wiedereinsetzung gleichwohl dann in Betracht, wenn der **Fehler nicht ursächlich für die Fristversäumnis** war. (vgl. BGH VersR 1993, 77; BGH VersR 1991, 123). Ein Fehler ist dann ursächlich, wenn ohne ihn die Frist nach dem **gewöhnlichen Verlauf nicht versäumt** worden wäre (vgl. BGH VersR 1974, 1001).

B. Wiedereinsetzung bei Fehlern des Gerichts (OVG Bautzen, NJW 2009, 3385)

Fall: K verklagt B vor dem Verwaltungsgericht auf Erteilung einer Baugenehmigung. Die Klage wird abgewiesen und K beauftragt Rechtsanwalt R, hiergegen vorzugehen. Das erstinstanzliche Urteil wird am 16.04.2008 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 14.05.2008 beantragt R für K die Zulassung der Berufung. Am 29.05.2008 beantragte er sodann beim OVG, die Frist für die Begründung aus urlaubsbedingten Gründen bis zum 28.07.2008 zu verlängern. Diesem Antrag gab der Senatsvorsitzende mit Schreiben vom 05.06.2008 statt. Dies führte zu einer kanzleiinternen Neueintragung der Frist für die Begründung des Zulassungsantrages auf den 28.07.2008 in den Akten, innerhalb derer die Begründung dann auch tatsächlich beim Gericht eingereicht wurde.

Nunmehr weist der Berichterstatter der zuständigen Kammer R darauf hin, dass die Begründung verspätet eingegangen und der Antrag daher als unzulässig zurückzuweisen sei. Die Verlängerung der Frist zur Begründung des Berufungszulassungsantrags sei unwirksam, da gesetzlich nicht vorgesehen. Daraufhin beantragt R die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, auf die Verlängerung der Frist durch das VG vertraut zu haben und daher unverschuldet an der Einhaltung der Frist gehindert gewesen zu sein.

Wird das OVG der K vertreten durch R Wiedereinsetzung gewähren?

Die Voraussetzungen für Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags (vgl. oben unter A.) liegen ohne weiteres vor, fraglich ist allein, ob der Wiedereinsetzungsantrag begründet ist.

*„Nach § 60 I VwGO wird auf Antrag Wiedereinsetzung in eine versäumte gesetzliche Frist gewährt, wenn die **Fristversäumnung unverschuldet** war. Verschulden liegt vor, wenn der Beteiligte hinsichtlich der Wahrung der Frist diejenige **Sorgfalt außer Acht** lässt, die für einen gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Prozessführenden im Hinblick auf die*

Fristwahrung geboten ist und ihm nach den gesamten Umständen des Falles **zuzumuten** war. **Mangelnde Rechtskenntnis entschuldigt eine Fristversäumnis grundsätzlich nicht** (BVerwG, Urt. v. 18.04.1997, NJW 1997, 2966-2970).

Die **Anforderungen** an die Sorgfaltspflicht dürfen allerdings angesichts der Bedeutung der Wiedereinsetzung für den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz der Betroffenen **nicht überspannt** werden (BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.11.1994, NJW 1995, 711). **Beruhet eine Fristversäumnung auf Fehlern des Gerichts**, sind die Anforderungen an eine Wiedereinsetzung **mit besonderer Fairness zu handhaben**. Aus Fehlern des Gerichts dürfen daher keine Verfahrensnachteile für die Beteiligten abgeleitet werden (BVerfG NJW 2008, 2167).“ (OVG Bautzen aaO)

I. Vorliegen eines verschuldeten Fehlers des R

Fraglich ist daher, worin der Fehler des R bestand, wo doch auf seinen Antrag hin die Verlängerung der Begründungsfrist für den Berufungszulassungsantrag gewährt wurde.

„Zunächst ist festzustellen, dass die Prozessbevollmächtigten der Beklagten, deren Verschulden der Beklagten gemäß § 173 S. 1 VwGO i. V. m. § 85 II ZPO 2 zuzurechnen ist, die anwaltlichen Sorgfaltspflichten verletzt haben. Denn die **anwaltliche Sorgfaltspflicht** ist bereits dann **verletzt**, wenn die in der zutreffenden Rechtsbehelfsbelehrung des erstinstanzlichen Urteils enthaltenen Angaben nicht beachtet wurden und ein **Begründungsschriftsatz nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehen Frist bei Gericht eingereicht** wird (vgl. z. B. Schmidt in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 60 Rn. 7).

So liegt es hier, da mit anwaltlichem Schriftsatz vom 29.05.2008 eine Verlängerung der - hier gar nicht laufenden - Berufungsbegründungsfrist begehrt wurde. Im Gegensatz zu der gemäß § 124a III 3 VwGO **verlängerbaren Berufungsbegründungsfrist** kann die hier tatsächlich einschlägig gewesene **Frist zur Begründung eines Antrages auf Zulassung der Berufung** nach § 124a IV VwGO nicht verlängert werden, was einem Rechtsanwalt bekannt sein muss.“ (OVG Bautzen aaO)

R hat damit mit der nicht fristgerechten Einreichung des Begründungsschriftsatzes und seinem Antrag auf Verlängerung einer nicht verlängerbaren Frist seine anwaltliche Sorgfaltspflicht schuldhaft verletzt.

II. Kausalität dieses Verschuldens

Dieses Verschulden des R könnte jedoch hinter dem Fehler des Gerichts, welches im eine rechtlich nicht zulässige Fristverlängerung gewähren wollte, zurücktreten.

„Durch diesen Fehler des Gerichts ist ersichtlich ein zwar durch den Fehler der „**falschen Antragstellung**“ **veranlasster**, aber sodann von diesem Fehler **unabhängiger**, **verselbstständiger Kausalverlauf** ausgelöst worden, der für die Fristversäumnung ursächlich geworden ist. Das gerichtliche Schreiben vom 05.06.2008 **bestätigte** R gleichsam die **konkrete Vorgehensweise** in Bezug auf die in dem Verfahren laufende **Frist** als zutreffend und begründete damit zugleich die **Erwartungshaltung**, **keine prozessualen Nachteile** durch ein Zuwarten bis zum 28.07.2008 zu erleiden.

Der **gerichtliche Fehler** entfaltete hier demnach **so schwerwiegende** Auswirkungen auf die Prozessführung, dass **früheres fahrlässiges Verhalten** der Beteiligten **nicht mehr als kausal für die Fristversäumnung** angesehen werden kann. Der Verursachungsbeitrag der Prozessbevollmächtigten der Beklagten tritt zurück, weil das **gerichtliche Versehen** ein **schutzwürdiges Vertrauen der B** begründet hat, welches die Fristversäumnung als unverschuldet erscheinen lässt

Versehen, die in der **Sphäre des Gerichts** liegen, dürfen indessen nicht über die Begründung besonderer Prüfungspflichten auf den rechtsschutzsuchenden Bürger abgewälzt werden (BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.11.1994, NJW 1995, 711). Nach Auffassung des Senats würde die anwaltliche Sorgfaltspflicht vorliegend überspannt, wenn von dem Rechtsanwalt, der eine ablaufende Frist erkannt und hierfür mit ausreichendem zeitlichem Vorlauf eine Fristverlängerung beantragt hat, zusätzlich verlangt würde, die **positive Reaktion des Gerichts** erneut daraufhin zu überprüfen, ob er die Verlängerung der „richtigen“ Frist beantragt hatte und eine eventuelle Verwechslung der Frist oder ein Rechtsirrtum durch ihn selbst **nicht zu einem zusätzlichen Irrtum des Gerichts** geführt haben könnte. Denn damit legte man den Prozessbevollmächtigten der Beklagten zugleich die Verpflichtung auf, neben der hier offensichtlich hinreichend effizient organisierten kanzleiinternen Fristenkontrolle eine **intensive Plausibilitätskontrolle für gerichtliche Schreiben durchzuführen**. Dies geht ersichtlich zu weit.“ (OVG Bautzen aaO)

III. Ergebnis: Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet.

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
§ 29 II

Gerichtsstandsvereinbarung prozessuale Wirkung

ZPO

(OLG München in MDR 2009, 1062; Beschluss vom 15.07.2009 – 31 AR 341/09)

Eine **materiell-rechtliche Vereinbarung über den Leistungsort entfaltet** nach Maßgabe des § 29 II ZPO **keine prozessuale Wirkung**.

I. Die **Frage**, ob eine materiell-rechtliche Vereinbarung über den Leistungsort im Hinblick auf § 29 II ZPO zugleich prozessuale Wirkung entfalten kann, **ist umstritten**.

- Zum einen wird diese Frage **vereinzelt bejaht**;
vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl. § 29 Rn 26 m. w. N.; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Auflage, § 29 Rn 33 ff.; 58
- **überwiegend jedoch verneint**;
vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 29. Aufl., § 29 Rn 5; Musielak/Heinrichs, ZPO, 6. Aufl., § 29 Rn 42; HK-ZPO/Kayser, 2. Aufl., § 29 Rn 9; MüKo-ZPO/Patzina, 3. Aufl., § 29 Rn 101

II. **OLG München aaO folgt der letztgenannten Auffassung**.

„Zweck des § 29 II ZPO ist es in Ergänzung des § 38 ZPO generell Gerichtsstandsvereinbarungen unter Nichtkaufleuten zu vermeiden. Intention des Gesetzgebers ist es nämlich, einen rechtlich Unkundigen bzw. geschäftlich ungewandten Schuldner davor zu schützen, dass ihm ein für ihn ungünstiger Gerichtsstand aufgedrängt wird (Musiak/Heinrichs aaO, § 29 Rn 2). Der durch die Einführung der Vorschrift bezweckte Schutz könnte aber unterlaufen werden, sofern materiell-rechtlichen Erfüllungsortvereinbarungen eine prozessuale Wirkung beigemessen wird (HK-ZPO/Kayser aaO, Rn 9). Nur dadurch, dass der ansonsten materiell-rechtlich wirksamen Leistungsortvereinbarung in prozessualer Hinsicht eine gerichtsstandsbegründende Funktion abgesprochen wird, kann der in §§ 29 II, 38 ZPO angestrebte Gesetzeszweck in vollem Umfang erreicht werden (Musiak/Heinrichs aaO, § 29 Rn 42) und zugleich verhindert werden, dass zur Umgehung der §§ 29 Abs. 2, 38 ZPO bewusst materielle Vereinbarungen über den Leistungsort gem. § 269 I 1 Alt. 1 BGB abgeschlossen werden.“ (OLG München aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 114

Gegenvorstellung statthaft gegen PKH-Entscheidung

ZPO

(BFH in FamRZ 2009, 1829; Beschluss vom 01.07.2009 – V S 10/07)

Eine **Gegenvorstellung ist (auch) gegen einen nicht in materielle Rechtskraft erwachsenden ablehnenden PKH-Beschluss statthaft**.

I. **Ursprünglich vertrat der BFH die Auffassung**, eine „Gegenvorstellung“ **gegen einen ablehnenden PKH-Beschluss sei unzulässig**, weil die gesetzlich nicht geregelte Gegenvorstellung die Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht erfülle, wonach Rechtsbehelfe „in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt und in ihren Voraussetzungen für die Bürger erkennbar sein müssen“ (BFHE 219, 27 = BStBl II 2008, 60 = NJW 2008, 543 unter Hinweis u.a. auf BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924).

Daraus folge, dass eine Gegenvorstellung generell und damit auch gegen einen Beschluss über einen Antrag auf Pkh nicht statthaft sei. Denn die Frage, ob ein Rechtsbehelf (hier die Gegenvorstellung) den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht genüge und deshalb nicht statthaft sei, dürfe nicht davon abhängen, ob die angegriffene Entscheidung in materielle Rechtskraft erwachse oder nicht.

II. **Diese Auffassung hält BFH aaO nach dem Beschluss des BVerfG NJW 2009, 829 nicht mehr aufrecht**.

Das BVerfG aaO hat u. a. ausgeführt, dass eine Gegenvorstellung gegen gerichtliche Entscheidungen nicht von Verfassungen wegen unzulässig sei und dass die Gegenvorstellung den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit genüge; soweit die Rspr. der Fachgerichte die Gegenvorstellung als statthaft behandle, führe dies nicht zu einer Beeinträchtigung der Interessen der Rechtsuchenden, vielmehr werde im Gegenteil der Schutz ihrer Rechte erweitert, wenn das Fachgericht nach der maßgebenden gesetzlichen Regelung zu einer Abänderung seiner vorangegangenen Entscheidung befugt sei und ihm die Gegenvorstellung Anlass zu einer dahingehenden Prüfung gebe. BVerfG aaO hat ferner betont, dass die Gerichte bei der sachlichen Entscheidung über eine Gegenvorstellung von der Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Regelungen namentlich des Verfahrensrechts nicht befreit sind, die Lösung des hier zu Tage tretenden Konflikts zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit in erster Linie dem Gesetzgeber übertragen ist und insoweit sich die Gerichte mithin nicht von der maßgeblichen gesetzlichen Regelung lösen können, was insbesondere für gerichtliche Entscheidungen gelte, die ungeachtet etwaiger Rechtsfehler nach dem jeweiligen Verfahrensrecht in Rechtskraft erwachsen und deshalb weder mit ordentlichen Rechtsbehelfen angegriffen noch vom erkennenden Gericht selbst abgeändert werden können.

*„Die Ausführungen des BVerfG NJW 2009, 829 dürften dahingehend zu verstehen sein, dass es **ausgeschlossen** ist, **gesetzlich geregelte Bindungen des Gerichts an seine eigenen Entscheidungen**, wie sie sich insbesondere aus*

der Rechtskraft der Entscheidung auch zu Gunsten des anderen Verfahrensbeteiligten ergeben, **ohne gegenläufige gesetzliche Grundlage mit Hilfe einer Gegenvorstellung zu übergehen.**

Anderes dürfte dagegen gelten - so versteht der Senat die Ausführungen des BVerfG NJW 2009, 829 -, wenn das Fachgericht nach der maßgebenden gesetzlichen Regelung zu einer Abänderung seiner vorangegangenen Entscheidung befugt ist und ihm die Gegenvorstellung Anlass zu einer dahingehenden Prüfung gibt.

Deshalb gibt der Senat seine Ansicht auf, die Frage der Statthaftigkeit einer Gegenvorstellung dürfe nicht davon abhängen, ob die angegriffene Entscheidung in materielle Rechtskraft erwachse oder nicht (wie hier die ablehnende Entscheidung über einen PKH-Antrag).“ (BFH aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 244 III, VI

Beweisantrag erforderliche Individualisierung eines Zeugen

StPO

(BGH in NSTz 2009, 649; Beschluss vom 28.05.2009 – 5 StR 191/09)

Wird in einem Beweisantrag ein **Zeuge**, dessen Anhörung begehrt wird, **lediglich mit Vor- und Nachnamen benannt, ist dies für die Individualisierung** des Zeugen als Beweismittel **grds. nicht ausreichend**; es bedarf vielmehr der **Angabe der genauen ladungsfähigen Anschrift** des Zeugen.

„Inwieweit und ggf. unter welchen Voraussetzungen auch andere Arten der Individualisierung des Zeugen zur formgerechten Beweismittelbezeichnung ausreichen können, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung (vgl. dazu BGHSt 40, 3, 5ff.; Basdorf in FS Widmaier, 2008, S. 51, 60f.): Es fehlt hier an jedem weiteren Individualisierungsansatz. **Alle Individualisierungsfakten zur Beweismittelbezeichnung sind grds. in dem in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrag zu bezeichnen.** Dies mag im Einzelfall entbehrlich sein, wenn sie dem Tatgericht eindeutig bekannt sind, beispielsweise wenn der benannte Zeuge mit ladungsfähiger Anschrift in der Anklageschrift bezeichnet ist, wenn das Gericht ihn in dem Verfahren zuvor bereits geladen hat oder wenn es sich um eine Person handelt, die sich, wie prozessbekannt ist, unter derselben Adresse eines Prozessbeteiligten oder eines bereits vernommenen bzw. geladenen Zeugen aufhält.

Dazu, dass es sich so verhalten hat, muss dann aber gem. § 344 II 2 StPO bei einer Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechts zum Beleg, dass überhaupt ein formgerechter Beweisantrag gestellt worden ist, gegenüber dem RevGer. vollständig vorgetragen werden (vgl. BGHR StPO § 244 VI Beweisantrag 40). Auch daran fehlt es hier völlig.“ (BGH aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 267

Berichtigungsbeschluss richterl. Zuständigkeit

StPO

(OLG Karlsruhe in NSTz 2009, 587; Urteil vom 20.05.2008 – 2 Ss 37/08)

Eine **gerichtliche Entscheidung** kann **nur von den Richtern nachträglich berichtigt werden, die auch bei der Ausgangsentscheidung mitgewirkt haben.** Ein Berichtigungsbeschluss, der hiergegen verstößt, entfaltet keine Wirkungen.

„Ein **Berichtigungsbeschluss** wird nämlich **Bestandteil der Ausgangsentscheidung** (LR-Gollwitzer, 25. Aufl., § 268 Rn 55).

Neben diesem **formalen Aspekt** spricht gegen die Zulässigkeit der Beteiligung von Richtern, die nicht die Ausgangsentscheidung getroffen haben, der **Zweck der Berichtigung: Sie soll dem ursprünglich Beschlossenen besseren Ausdruck verleihen**, wenn dies in der Entscheidungsformel oder in der schriftlichen Begründung einer Entscheidung ungenau oder unrichtig wiedergegeben ist (LR-Gollwitzer aaO, § 268 Rn 42). Was ursprünglich gewollt und beschlossen worden ist, können originär nur diejenigen Richter wissen, die an der Ausgangsentscheidung mitgewirkt haben. Nur bei Richteridentität ist auch gewährleistet, dass die Entscheidung wirklich nur berichtigt wird und nicht eine - unzulässige - sachliche Änderung enthält.“ (OLG Karlsruhe aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

OWiG
§ 73 II

Anwesenheitsrecht des Betroffenen Verzicht durch Verteidiger

OWiG

(OLG Hamm in NSTz-RR 2009, 353; Beschluss vom 19.11.2008 – 4 Ss OWi 553/08)

Der **Verteidiger bedarf** zur Stellung eines Antrags auf Entbindung des Betroffenen von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung **einer über die Verteidigungsvollmacht hinausgehenden besonderen Vertretungsvollmacht.**

„Dies ist für den **vergleichbaren Fall des § 233 I 1 StPO** allgemein anerkannt (BGHSt 12, 367; BGHSt 25, 281; Tolksdorf in KK, 5. Aufl., § 233 Rn 1; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 233 Rn 5), wobei weitgehend die allgemeine Vollmacht, den Angekl. in dessen Abwesenheit vertreten zu dürfen, für ausreichend erachtet wird (vgl. nur Tolksdorf aaO; Meyer-Goßner aaO; Schlüchter in SK-StPO, 12. Lfg., § 233 Rn 8, jeweils m. w. N.; enger: RGSt 54, 210; RGSt 64, 239; OLG Düsseldorf NJW 1960, 1921 f.; OLG Schleswig SchIHA 1964, 70 f).

Für den Bereich des § 73 II OWiG kann nichts anderes gelten: Denn in beiden Fällen läuft der Entbindungsantrag auf eine Minderung der Rechtsstellung des Angekl. bzw. Betroffenen hinaus. Die Entscheidung, mit der die Entbindung von der Anwesenheitspflicht angeordnet wird, ermöglicht nämlich die Durchführung einer Hauptverhandlung zur Sache in seiner Abwesenheit - hier: gem. § 74 I OWiG - und berührt damit sein Anwesenheitsrecht. Wird der Entpflichtungsantrag von dem Verteidiger ohne ausreichende Vertretungsvollmacht gestellt, kann die Durchführung der Hauptverhandlung ohne den Betroffenen den **absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO** (i. V. m. § 79 III 1 OWiG) begründen (vgl. schon RGSt 54, 210; Senge in KK-OwiG, § 74 Rn 53; zu § 234 StPO: Tolksdorf in KK, § 234 Rn 22). Die Antragstellung enthält demnach eine **Verfügung über ein Recht des Angekl. bzw. Betroffenen, dessen Ausübung ihm selbst vorbehalten ist** und nicht ohne weiteres auch dem rechtlich selbstständig neben ihm stehenden Verteidiger zukommt.“ (OLG Hamm aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GVG
§ 13**Rechtsweg**
Übertragung hoheitlicher Aufgaben

GVG

(OLG Schleswig in MDR 2009, 1129; Beschluss vom 09.06.2009 – 16 W 61/09)

Hat die Agentur für Arbeit einen Dritten mit der Arbeitsvermittlung nach § 37 SGB III beauftragt, ist für Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.I. **§ 35 I SGB III** in der vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2007 gültigen Fassung **begründet eine öffentliche Aufgabe der Agentur für Arbeit.**

Danach hat diese Ausbildungssuchenden, Arbeitssuchenden und Arbeitgebern Ausbildungsvermittlung und Arbeitsvermittlung (Vermittlung) anzubieten. Die Vermittlung umfasst alle Tätigkeiten, die darauf gerichtet sind, Ausbildungssuchenden mit Arbeitgebern zur Begründung eines Ausbildungsverhältnisses und Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammenzuführen. Die Agentur für Arbeit stellt sicher, dass Arbeitslose und Ausbildungssuchende, deren berufliche Eingliederung voraussichtlich erschwert ist, eine verstärkte vermittlerische Unterstützung erhalten.

II. Gem. **§ 37 SGB III** in der vom 01.01.2004 bis zum 31.12.2008 gültigen Fassung **kann die Agentur für Arbeit zu ihrer Unterstützung Dritte mit der Vermittlung oder mit Teilaufgaben der Vermittlung beauftragen.**

Dies gilt insbesondere dann, wenn dadurch die berufliche Eingliederung erleichtert werden kann. Die Agentur für Arbeit kann den beauftragten Dritten Ausbildungssuchende und Arbeitssuchende zuweisen, wenn diese der Zuweisung nicht aus wichtigem Grund widersprechen. Gem. § 37 III SGB III kann für die Vermittlungstätigkeit des Dritten eine Vergütung vereinbart werden, wobei eine Pauschalierung zulässig ist.

III. Die **Beauftragung des Dritten** mit der Arbeitsvermittlung **steht damit zwar im Zusammenhang mit der der Agentur für Arbeit obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgabe nach § 35 SGB III. Allein aus der gesetzlichen Verpflichtung der Agentur für Arbeit** (Ausbildungsvermittlung und Arbeitsvermittlung) **lässt sich aber noch nicht auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der vertraglichen Beziehungen schließen.**

„Insbesondere sind die **Rechtsbeziehungen** zwischen den Adressaten der Vermittlungsbemühungen und der Bekl. einerseits und den Parteien des streitgegenständlichen Vertrages andererseits **getrennt zu beurteilen. Entscheidend ist, ob Normen des öffentlichen Rechts für den Abschluss und die Durchführung des zwischen der Bekl. und der Insolvenzschuldnerin geschlossenen Vertrages derart maßgebend sind, dass auf die hoheitliche Natur des Rechtsverhältnisses geschlossen werden muss.**

Die einschlägigen Regelungen des Sozialgesetzbuches geben keinen hinreichenden Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses zwischen der Bekl. und der Insolvenzschuldnerin. § 37 SGB III begründet die Berechtigung der Bekl., zu ihrer Unterstützung Dritte mit der Vermittlung oder mit Teilaufgaben der Vermittlung zu beauftragen, für die Rechtsnatur des Verhältnisses zu diesem Dritten ergibt sich daraus nichts. Insbesondere **folgt daraus nicht, dass die Bekl. mit der Beauftragung eines Dritten ihre öffentlichen Aufgaben an diesen komplett überträgt; denn allein die Beklagte ist befugt, dem beauftragten Dritten Ausbildungssuchende und Arbeitssuchende zuzuweisen (§ 37 I 3 SGB III). Nach alledem bestimmt sich das Rechtsverhältnis nach den Regelungen des streitgegenständlichen Vertrages, die allein privatrechtlichen Charakter haben. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Verweisungen auf Teile des Sozialgesetzbuches in §§ 5 II, 6 I, 7 I, 10 und 15 II des Vertrages. Mit den dort in Bezug genommenen Normen wird das Vertragsverhältnis ausgestaltet, ohne ihm einen öffentlich-rechtlichen Charakter zu geben.**“ (OLG Schleswig aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 47 II 1**Normenkontrollantrag einer Behörde**
Rechtsschutzinteresse

VwGO

(OVG Münster in NWVBI 2009, 435; Urteil vom 17.04.2009 – 7 D 102/07)

Der Normenkontrollantrag einer Behörde ist nur zulässig, wenn die Behörde ein aus ihrer Aufgabenstellung resultierendes Interesse an der Überprüfung der objektiven Rechtslage besitzt; ein solches Interesse besteht bereits dann, wenn die Behörde die angegriffene Norm bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beachten hat.

„Die Antragsbefugnis von Behörden gilt nach dem **Wortlaut des § 47 II 1 VwGO** uneingeschränkt. Insbesondere müssen Behörden im Unterschied zu natürlichen und juristischen Personen zur Darlegung ihrer **Antragsbefugnis nicht geltend machen**, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Es ist allerdings in der Rspr. geklärt, dass der Normenkontrollantrag einer Behörde nur zulässig ist, wenn die Behörde ein aus ihrer Aufgabenstellung resultierendes Interesse an der Überprüfung der objektiven Rechtslage besitzt. Ein solches Interesse besteht bereits dann, wenn die Behörde die streitige Norm bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beachten hat (vgl. BVerwGE 81, 307 = NVwZ 1989, 654; BVerwG, NVwZ 1990, 57 = BRS 49 Nr. 40; VGH Kassel, Beschl. v. 22.07.1999 - 4 N 1598/93 = BRS 62 Nr. 53; VGH Mannheim, NVwZ 1999, 1249; VGH München, Urt. v. 16. 11. 1992 - 14 N 91.2258 = BRS 55 Nr. 19; OVG Schleswig, NordÖR 2004, 488 = BeckRS 2005, 25850).

Zur Frage, wann eine Behörde eine Vorschrift in diesem Sinne zu beachten hat, hat das BVerwG (BVerwG, NVwZ 1990, 57) im Fall einer höheren Verwaltungsbehörde, die einen Bebauungsplan „in unterschiedlicher Weise“ anzuwenden hatte, ausgeführt, sie habe deshalb ein berechtigtes **Interesse an der Klärung der objektiven Rechtslage, weil sich diese auf ihr Aufgabengebiet auswirken könne und regelmäßig auswirken werde.** Die höhere Verwaltungsbehörde sei jedoch nicht befugt, die Nichtigkeit eines Bebauungsplans durch Bescheid gegenüber der Gemeinde festzustellen. In seinem oben zitierten Beschluss vom 15. 3. 1989 (BVerwGE 81, 307 = NVwZ 1990, 564) hat das BVerwG zur Antragsbefugnis (und zum Rechtsschutzinteresse) ferner ausgeführt, sie sei gegeben, wenn die Behörde mit der Ausführung der von ihr beanstandeten Norm befasst ist, ohne selbst über die Norm verfügen, insbesondere sie aufheben oder ändern zu können. Unter der „Ausführung“ einer Norm ist jedoch nicht nur deren unmittelbare Umsetzung etwa in der Form des Erlasses eines auf der Norm beruhenden Verwaltungsakts gemeint; vielmehr geht es um rechtliche Bindungen, die die Norm für die Behörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben entfaltet.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 123**Vollstreckungsverfahren**
unzulässige Einwendungen gegen Grundverwaltungsakt

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2009, 397; Beschluss vom 09.06.2009 – 9 S 830/09)

Einwendungen gegen die materiell-rechtliche Richtigkeit eines bestandskräftigen Grundverwaltungsakts sind im Vollstreckungsverfahren grds. ausgeschlossen. Hierfür steht nur der **Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens** zur Verfügung, der mit einem Eilrechtsschutzantrag nach § 123 VwGO abgesichert werden kann.

„Der Ast. hat keine nach Eintritt der Bestandskraft eingetretenen Vollstreckungshindernisse geltend gemacht, seine Einwendungen richten sich vielmehr gegen die der drohenden Zwangsvollstreckung zugrunde liegenden Beitragsbescheide. Die damit begehrte **Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Grundbescheide findet nach Eintritt der Bestandskraft indes grundsätzlich nicht mehr statt.** Für Angriffe gegen die materiell-rechtliche Richtigkeit der Beitragsbescheide steht vielmehr nur der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens zur Verfügung. Dieser ist in der Hauptsache durch Verpflichtungsklage zu verfolgen, so dass vorläufiger Rechtsschutz gem. § 123 V VwGO im Wege der einstweiligen Anordnung nachzusuchen ist. Gleiches gilt für die begehrte Herabsetzung der Beitragspflicht aus Billigkeitsgründen.“ (VGH Mannheim aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 124 III 4**Berufungsbegründung**
Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens ist nicht ausreichend

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2009, 359; Beschluss vom 02.02.2009 – 2 S 2415/07)

Soweit die **Berufung nicht auf neue Tatsachen oder Erkenntnisse gestützt** wird, verlangt § 124 a III 4 VwGO, dass der **Berufungsführer sich in der Begründung seiner Berufung mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung inhaltlich auseinandersetzt.** Die bloße **Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens reicht dafür nicht aus.**

„Die durch das 6. Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG) eingeführte **Begründungspflicht orientiert sich an der entsprechenden Regelung für die Berufung im Zivilprozess** (seinerzeit § 519 III ZPO, jetzt § 520 III ZPO) und verfolgt wie diese den **Zweck, eine Zusammenfassung und Beschränkung des Rechtsstoffs in der Berufung zu erreichen und das Berufungsverfahren dadurch zu straffen und zu beschleunigen** (BVerwG NVwZ 2000, 67; BVerwGE 107, 117). Die Begründung muss deshalb zum einen erkennen lassen, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art das angefochtene Urteil nach Ansicht des Berufungsklägers unrichtig ist, und zum anderen im Einzelnen angeben, aus welchen Gründen er die tatsächliche und rechtliche Würdigung des vorinstanzlichen Urteils in den angegebenen Punkten für unrichtig hält. Soweit die Berufung nicht auf neue Tatsachen oder Erkenntnisse gestützt wird, ist mithin eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung erforderlich. Die pauschale Bezugnahme auf das Vorbringen in der ersten Instanz reicht dafür nicht aus (st. Rspr. des BGH, vgl. u. a. NJW 1997, 1787; NJW 1994, 1481; NJW 1990, 2628). Das Gleiche gilt für die bloße Wiederholung dieses Vortrags (BAG NJW 2005, 1884; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 124 a Rn 56; Eyermann, 12. Aufl., 124 a Rn 29; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 124 a Rn 49; Seibert, Nomos Komm. zur VwGO, § 124 a Rn 337; VGH BW NVwZ-RR 2002, 472).“ (VGH Mannheim aaO)

- ZA 11/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGHG
§ 45 I**Organstreitverfahren**
Untätigkeit des Gesetzgebers als tauglicher Verfahrensgegenstand

öffR

(StGH BW in VBIBW 2009, 339; Urteil vom 09.03.2009 – GR 1/08)

Tauglicher Gegenstand eines Organstreits kann auch eine Unterlassung des Gesetzgebers sein. Eine **Untätigkeit steht einem positiven Tun** auch insoweit **nur dann gleich, wenn eine - verfassungsrechtlich begründete - Rechtspflicht zum Handeln besteht.**

„Antragsgegenstand im Organstreit kann nur eine Handlung oder Unterlassung des Antragsgegners sein. Der **Organstreit zielt folglich auf eine Verhaltens-, nicht aber auf eine Normenkontrolle.** Deswegen kann auch gegenüber dem Gesetzgeber nicht die Verfassungswidrigkeit eines durch eine Norm geschaffenen Rechtszustands geltend gemacht werden. Als rechtserhebliche Handlung kommt insoweit der Erlass eines Gesetzes in Betracht (so schon StGH BWVBl 1960, 122; vgl. auch BVerfGE 118, 277 m. w. N.). Tauglicher Gegenstand eines Organstreits kann aber auch eine Unterlassung des Gesetzgebers sein. In der Rspr. des BVerfG ist diese Frage bislang offen gelassen worden (vgl. BVerfGE 92, 80; zuletzt BVerfGE 120, 82). Von Landesverfassungsgerichten wird sie demgegenüber bejaht (vgl. etwa VerfGH NRW OVG 44, 301 und OVG 49, 268; LVerfG MV NordÖR 2001, 64; siehe auch Thür. VerfGH ThürVBl 2006, 229, jeweils zu wahlrechtlichen Vorschriften).

Grundsätzliche Bedenken gegen die Einbeziehung des gesetzgeberischen Unterlassens in den Kreis der möglichen Verfahrensgegenstände im Organstreit bestehen nicht (vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 64 Rn 37 f.): Eine **Untätigkeit steht einem positiven Tun** auch hier indessen **nur dann gleich, wenn eine - verfassungsrechtlich begründete - Rechtspflicht zum Handeln besteht** (BVerfGE 96, 264; 103, 81). Dies ist insbesondere dann zu erwägen, wenn den Gesetzgeber von Verfassungs wegen i. S. einer Nachbesserungspflicht die Pflicht zur Anpassung der Rechtslage an geänderte tatsächliche Verhältnisse oder neue bzw. klargestellte rechtliche Vorgaben trifft.“ (StGH BW aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Wagner:** Der Regressanspruch des Unternehmer gegen seinen Zulieferer im Falle eines Produktrückrufs (BB 2009, 2050)

Problemstellung: Bestehen zwischen Hersteller und Verwender sowie zwischen Verwender und Zulieferer **keine unmittelbaren vertraglichen Gewährleistungsansprüche**, **stellt sich für den Hersteller die Frage, ob und in wieweit er die ihm entstehenden Kosten für die Durchführung des Rückrufs** von seinem Zulieferer **ersetzt verlangen kann**. - Grundlage für diesen Regressanspruch sind die **§§ 677, 679, 683, 670 (GoA) BGB**. - Für die **Reichweite** des Regressanspruchs ist **maßgeblich, welche Handlungen von Zulieferer und Hersteller** im Interesse einer möglichst effektiven Gefahrenabwehr **geboten sind**; der **BGH** hat in seinem „**Pflegebetten**“-Urteil hierzu entschieden, dass es **im Regelfall genügt**, wenn eine **hinreichende Warnung vor den bekannten Nutzungsgefahren** ausgesprochen wird; nur in Ausnahmefällen kann darüber hinaus die Verpflichtung bestehen, das gefährliche Produkt aus dem Verkehr zu ziehen; eine Reparatur oder ein Austausch des fehlerhaften Produkts ist grds. nicht geboten und kommt nur dann in Betracht, wenn dies die einzige Möglichkeit ist, die Gefahr effektiv zu beseitigen und das Integritätsinteresse zu schützen. - Diese für den Hersteller auf den ersten Blick günstige **Entscheidung des BGH ist für viele Hersteller tatsächlich nachteilig**, da diese ihren Kunden häufig unabhängig vom Bestehen einer gesetzlichen Verpflichtung hierzu „aus Kulanz“ eine kostenfreie Reparatur oder Ersatzlieferung der fehlerhaften Produkte anbieten möchten; die **Kosten für solche freiwilligen Zusatzleistungen kann der Hersteller zukünftig von seinem Zulieferer nicht mehr ersetzt verlangen**, da diese weder vom Gesamtschuldnerausgleich erfasst werden noch ein fremdes Geschäft i. S. der GoA darstellen; in der Praxis wird daher zukünftig die Frage an Bedeutung gewinnen, in wieweit eine vorabvertragliche Regelung dieser Kostentragung in Rahmenlieferverträgen zwischen Hersteller und Zulieferer möglich ist.

2. **Hesse:** Verdeckte Innenprovision und Offenbarungspflicht beim Anlagevermittlungs- und Anlageberatungsvertrag (MDR 2009, 1197)

Problemstellung: Während Anlageberater den Anlagesuchenden nicht eindeutig im Prospekt angegebene Innenprovisionen unabhängig von deren Höhe offenbaren müssen, besteht eine entsprechende **Verpflichtung für Anlagevermittler nur für den Fall, dass prospektgestützte Anlagen in geschlossenen (Immobilien-) Fonds vermittelt werden und die Höhe der gezahlten Innenprovision 15 % des Kapitalanlagebetrages übersteigt**. – Es bleibt abzuwarten, ob zukünftig von der Rspr. bei der Anlagevermittlung von Wertpapieren aufgrund der **am 01.11.2007 in Kraft getretenen Regelung des § 31d WpHG** weitergehende Informationspflichten anerkannt werden. - Die im **Verschweigen einer offenbarungspflichtigen Innenprovision** liegende **Pflichtverletzung** erfolgt regelmäßig schuldhaft; der Nachweis eines aufgrund **Rechtsirrtums** nicht schuldhaften Verhaltens dürfte sowohl im Falle der Anlagevermittlung als auch der Anlageberatung ausgeschlossen sein; bei der Anlageberatung gilt dies aufgrund einer eindeutigen und seit langem geklärten Rechtslage regelmäßig auch für den Versuch, einen durch Rechtsirrtum bedingten Vorsatzausschluss zu beweisen; dagegen scheint es in Fällen der Anlagevermittlung angesichts der bis zur Entscheidung des BGH vom 12.2.2004 umstrittenen Rechtslage nicht ausgeschlossen, dass sich ein Vermittler für vor diesem Zeitpunkt liegende Vermittlungsfälle mit Erfolg auf einen vorsatzausschließenden Rechtsirrtum berufen kann.

3. **Beckschulze:** Internet und E-Mail Einsatz am Arbeitsplatz (DB 2009, 2103)

Zur **Vorratsdatenspeicherung** ist ein **Arbeitgeber** auch dann **nicht verpflichtet**, wenn die Arbeitnehmer Internet- und E-Mail privat nutzen dürfen; eine Archivierung der E-Mails nach gesetzlichen Vorschriften (HGB, AO) ist auch bei privater Nutzung ohne ausdrückliche Regelung gestattet, denn das **Fernmeldegeheimnis (§ 88 TKG) schützt nur die laufende Telekommunikation**, nicht aber auf dem PC gespeicherte E-Mails. - Mit der **BAG-Entscheidung zur Videoüberwachung** richtet sich die **Zulässigkeit jeglicher Mitarbeiterkontrolle** (Internet, E-Mail, Kontodatenabgleich und GPS- oder Handyortung) **nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**; § 32 BDSG bildet nur die bisherige Rechtslage ab; **Mitbestimmungsverstöße nach § 87 BetrVG begründen nach der Rspr. des BAG kein Beweisverwertungsverbot**; das BAG hat Gewerkschaftswerbung per E-Mail an betriebliche E-Mail-Adressen auch dann gestattet, wenn die private Nutzung verboten ist, es sei denn, dass diese zu nennenswerten Betriebsablaufstörungen oder wirtschaftlichen Belastungen führt.

4. **Wetzling/Habel:** Die Beanstandung der Arbeitsleistung und die leistungsbedingte Kündigung (BB 2009, 1638)

Die **leistungsbedingte Kündigung** ist ein **Unterfall der personenbedingten Kündigung**, sie **verlangt jedoch eine vorausgehende einschlägige Abmahnung**; der Arbeitgeber sollte daher, bevor eine Kündigung wegen Leistungsmängel in Erwägung gezogen wird, ein **eindeutiges Anforderungsprofil** der Stelle des Mitarbeiters erstellen, wenn möglich mit ihm gemeinsam. - Leistungsmängel sind häufig das Ergebnis unklarer funktionaler Erwartungen; Anforderungsprofile sind in der Regel dynamisch und ändern sich häufig mit den Marktanforderungen; sie sind nicht mit Stellenbeschreibungen gleichzusetzen; auf der Grundlage des Anforderungsprofils ist bei Leistungsbeanstandungen zunächst ein **eingehendes Kritikgespräch** zu führen; Sofern das Kritikgespräch und/oder die Durchführung von Trainingsmaßnahmen unproduktiv verlaufen, ist eine **Abmahnung** auszusprechen, **bevor die Kündigung erwogen wird**. - Die **leistungsbedingte Abmahnung bedingt** im Gegensatz zur verhaltensbedingten Abmahnung **keinen Schuldvorwurf**; **entscheidend sind** nicht mehr hinzunehmende **betrieblichen Störungen**, die von den Leistungsmängeln des Mitarbeiters ausgehen und durch **zumutbare Trainingsmaßnahmen** weder aufgehoben noch im erforderlichen Umfang reduziert werden können. - In der Abmahnung sind die **Mängel der Leistung konkret anzuführen**, ebenso **bisherige Bemühungen und Versuche, die Mängel zu beseitigen oder einzugrenzen** und die **Warnung, eine (Änderungs-) Kündigung werde in Betracht gezogen, sofern die Mängel fortbestehen**. Die erforderliche **Umlernzeit** ist zugunsten des Mitarbeiters zu **berücksichtigen**.

5. **Gehlhaar**: Unmöglichkeit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Erlöschen des Arbeitgebers – oder: Gleichwohlgewährung bis zur Rente! (DB 2009, 1762)

Der **Bestand eines Arbeitsverhältnis** wird allein durch die **Liquidation und ggf. anschließende (verfrühte) Löschung des Arbeitgebers nicht berührt**, insbes. kommt eine Beendigung aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage in diesem Fall nicht in Betracht; ggf. kann der Arbeitnehmer den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses auch nach erfolgter Löschung gerichtlich feststellen lassen; der Arbeitgeber bleibt insoweit unverändert parteifähig. - **Wesentliche Bedeutung hat der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses** weniger in unmittelbar wirtschaftlicher als in **sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht**: So kann der Arbeitnehmer nicht nur im Rahmen der sog. „**Gleichwohlgewährung**“ **gem. § 143 III SGB III** Arbeitslosengeld beantragen; vielmehr dauert während des Bezugs der Gleichwohlgewährung mit dem Fortbestand seines Arbeits- auch sein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zum Arbeitgeber fort mit der Folge, dass er bereits nach Ablauf eines Jahres die Anwartschaftszeit gem. § 123 SGB III erneut erfüllt und damit einen neuen (6-monatigen) Anspruch auf Arbeitslosengeld erwirbt; da eine zeitliche Begrenzung nicht vorgesehen ist, könnte der Arbeitnehmer deshalb (mit jeweils halbjährlicher Unterbrechung) Arbeitslosengeld ggf. sogar bis zum Eintritt ins Rentenalter beziehen. – Es bleibt abzuwarten, wie die Arbeitsagenturen im Einzelfall auf eine solche wiederholte Geltendmachung von Arbeitslosengeld reagieren werden; dies insbes. in Anbetracht des Umstands, dass es hierzu bislang **keinerlei ober- und höchstrichterliche Rspr.** gibt; ggf. wird daher zumindest ein Arbeitnehmer den Weg durch die Instanzen auf sich nehmen müssen; bis dahin ist aus anwaltlicher Sicht allen betroffenen Arbeitnehmern jedoch zu raten, ihre Arbeitsverhältnisse keinesfalls – etwa aufgrund rückständiger Lohnzahlungen – vorzeitig von sich aus zu kündigen; eine solche Kündigung könnte nämlich – insbes. bei länger andauernder Arbeitslosigkeit – zu beträchtlichen finanziellen Einbußen beim Bezug von Arbeitslosengeld führen.

6. **Scherer**: Neuregelung für Grundstücksgeschäfte mit einer GbR – Rückschritt auf dem Weg zur Rechtsfähigkeit der GbR (NJW 2009, 3063)

Problemstellung: Durch das am 18.06.2009 verabschiedete und mit seinen wesentlichen Bestimmungen am 01.10. 2009 in Kraft getretene **Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften** - ERVGBG (BGBl I, 2713) **wird die neuere BGH-Rspr.**, wonach die GbR selbst Trägerin des Gesellschafts-, mithin auch ihres Immobilienvermögens ist und sie deshalb auch selbst als Berechtigte ins Grundbuch einzutragen sei, **wieder grundlegend in Frage gestellt**; hieraus ergeben sich **für die Praxis erhebliche Probleme** insbesondere in Klageverfahren. - **Bei jeder Klage einer GbR sollte zusätzlich der gesamte aktuelle Gesellschafterbestand in der Klageschrift aufgeführt werden** und für den Fall, dass dieser aktuelle Gesellschafterbestand nicht in das Rubrum des Titels übernommen wird, sollte **gem. § 319 I ZPO auf Rubrumsberichtigung** hingewirkt werden. - Es ist darauf zu achten, dass das Rubrum des Titels auch die Änderungen im Gesellschafterbestand, die während des Prozesses stattgefunden haben, nachvollzieht. - Bei jedem **Antrag auf Eintragung eines Rechts für eine GbR im Grundbuch** muss ebenso der aktuelle Gesellschafterbestand aufgeführt werden; **gleiches gilt** bei einem **Antrag auf Immobilienzwangsvollstreckung** im Wege der Eintragung einer Zwangshypothek.

7. **Brudermüller**: Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 2008 (NJW 2009, 3079)

II. Strafrecht

1. **Schulz**: Die Strafbarkeit des Scheidungsanwalts nach § 356 StGB (AnwBl 2009, 748)

Der **forensisch tätige Familienrechtler** sollte in Anbetracht der **bestehenden rechtlichen Risiken** die sog. **einverständliche Scheidung aus seinem Repertoire juristischer Begrifflichkeiten eliminieren**,

denn § 356 StGB sieht als strafrechtliche Sanktionen nur die Freiheitsstrafe mit einem Strafrahmen von drei Monaten bis fünf Jahren vor. - Im **anwaltsgerichtlichen Verfahren** ist bei Parteiverrat als **Maßnahme gem. § 114 I Nr. 5 BRAO** von den Anwaltsgerichten auch schon der **Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft** verhängt worden. - Die durch die **indifferente Rspr. zu § 356 StGB**, insbes. zu dem **relativ schwer bestimmbareren Tatbestandsmerkmal des pflichtwidrigen Dienens**, bestehende Rechtsunsicherheit und die damit verbundenen Risiken, wird man **auch durch strafrechtspräventive Beratung kaum reduzieren** können; der Rechtsanwalt sollte deshalb jeden Anschein des Tätigwerdens für beide Ehegatten vermeiden und schon gemeinsame Besprechungen ablehnen.

2. **Roxin**: Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (StV 2009, 544)
Bespr. der Entsch. **BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 1137 = ZA 03/2008, S.9.1**
3. **Schmidt**: Die Entwicklung des Betäubungsmittelstrafrechts bis Mitte 2009 (NJW 2009, 2999)

III. öffentliches Recht

1. **Eiermann/Steffens**: Bekämpfung der Ambrosia-Pflanze: Zuständigkeiten und Befugnisse (VBIBW Heft 11/2009, S. 422)
Zuständig für die Bekämpfung der Ambrosia-Pflanze **sind die Polizei- und Ordnungsbehörden**; in Baden-Württemberg sind konkret die **Gemeinden als Ortpolizeibehörden** und damit der **Bürgermeister** zuständig. - Die **Ambrosia-Pflanze** ist **als Gesundheitsgefahr einzustufen**; ob und in welchen Maße die Ortpolizeibehörden dagegen vorgehen, obliegt ihrem pflichtgemäßen Ermessen; **private Grundstückseigentümer/Pächter/Mieter** können dabei **als Zustandsstörer in Anspruch genommen** werden; zweckmäßig ist, dass die Gemeinden fachlichen Rat der Landratsämter und der LUBW in Anspruch nehmen.
2. **Rhein/ Zitzen**: Neutralitätspflicht von gemeindlichen Organen – zur Zulässigkeit von Werbemaßnahmen von Bezirksvorstehern und Oberbürgermeistern (NWVBI. 2009, 345)
Der **Bezirksvorsteher** (und Ortsvorsteher) ist als **gemeindliches Organ** sowohl an die **Neutralitätspflicht** als auch an das **Sachlichkeitsgebot** gebunden. - Wirbt der Bezirksvertreter für eine Partei, so ist er an das Neutralitätsgebot auch außerhalb des Wahlkampfes gebunden; er kann bei Werbeanzeigen für seine Partei nicht auf dienstliche Elemente (Kontaktadressen, E-Mail) zurückgreifen; i. d. R. dürfte jedoch keine Verletzung des Neutralitätsgebots vorliegen, **wenn der Bezirksvorsteher sich (lediglich) in seiner Funktion in Verbindung mit Hinweisen auf seine Partei bezeichnet, kann die alleinige Verwendung der Bezeichnung „Bezirksvorsteher“ in der Anzeige regelmäßig nicht dazu führen, dass der Eindruck entsteht, die werbende Partei und die Gemeindeverwaltung seien identisch.**
3. **Wesseler/Kamp**: Die Neuorganisation der Polizei in Nordrhein-Westfalen (NWVBI 2009, 374)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Johnigk**: Die Neuregelung der verwaltungsrechtlichen Anwaltssachen (BRAKMitt. 2009, 214)
2. **Fölsch**: Die aktuelle Rechtslage zur Anrechnung der anwaltlichen Geschäftsgebühr (MDR 2009, 1137)
3. **Nickel**: Die Entwicklung der PKH-Rspr. bis Mitte 2009 (MDR 2009, 1145)
4. **Ullrich**: Der Rechtsanwalt als Weisungsempfänger bei Schriftsatzentwürfen des eigenen Mandanten (MDR 2009, 1017)
Der **Rechtsanwalt behält i. d. R. seine Freiheit in der Schriftsatzgestaltung auch dann, wenn der Mandant ihm Schriftsatzentwürfe liefert; im Falle einer Weisung, d. h. durch einseitige empfangsbefähigte Willenserklärung des Mandanten getroffene verbindliche Festlegung des Rechtsanwalts auf ein bestimmtes Verhalten, ist der Rechtsanwalt allerdings grds. zur unveränderten Weiterleitung des Mandantenentwurfs verpflichtet**; selbst eine erhaltene **Weisung befreit den Anwalt aber nicht von der Pflicht, die Rechtslage umfassend zu prüfen und** nötigenfalls den **Mandanten zu warnen**, bevor ein Schriftsatz abgesendet wird; in bestimmten Konstellationen muss der Anwalt sogar von der Weisung des Mandanten abweichen.
5. **Schlünder**: Die Vollstreckung nach dem FamG (FamRZ 2009, 1637)

6. **Stackmann:** Probleme mit der Fiktion – Die Feststellung der Kausalität von Beratungsfehlern (NJW 2009, 3265)

Beratungsfehler können **in den unterschiedlichsten Konstellationen** geschehen: Es muss zwischen Fällen, in denen die **fehlerhafte Beratung in Bezug auf eine konkret zu treffende Entscheidung** geschuldet ist, und solchen unterschieden werden, in denen eine **allgemeine Beratung erst dazu führt, dass die später getroffene Entscheidung ins Auge gefasst wird**. - In den Fällen, in denen eine Beratung im Hinblick auf eine konkret zu treffende Entscheidung geschuldet ist, hat der in Anspruch genommene Berater die **Tatsachen darzulegen und ggf. auch zu beweisen, aus denen sich der Schluss ziehen lässt, dass die fehlerhafte Beratung keinen Einfluss auf die getroffene Entscheidung hatte**; dies ist schon bei einem **Entscheidungskonflikt** nicht der Fall; dagegen kommt bei der allgemeinen Beratung die Annahme eines **Anscheinsbeweises für die Kausalität nur dann** in Betracht, **wenn der nachgewiesene Sachverhalt - ausnahmsweise - den Schluss zulässt, dass typischerweise zwischen der gepflogenen Beratung und der getroffenen Entscheidung ein Zusammenhang besteht**, weil eine bestimmte Entscheidung des zutreffend informierten Beratenen zu erwarten gewesen wäre.

Das subjektiv-öffentliche Recht

Relevanz

Im Rahmen des § 42 II VwGO muss der Kläger geltend machen können, durch die Maßnahme der öffentlichen Verwaltung in seinen Rechten verletzt zu sein. Eine solche Rechtsverletzung ist bereits dann ausgeschlossen, wenn die Rechtsnormen, auf deren Verletzung sich der Kläger beruft, nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen sind. Es ist daher erforderlich, dass diese Normen auch dem Kläger Schutz vermitteln. Solche Schutznormen nennt man subjektiv-öffentliche Rechte

Definition

Ein subjektiv-öffentliches Recht liegt vor, wenn die öffentlich-rechtliche Rechtsnorm, auf deren Verletzung der Kläger sich beruft, zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist (vgl. BVerwGE 2, 203; Kopp, VwGO, § 42 Rn. 48 m.w.N.).

Voraussetzungen eines subjektiv-öffentlichen Rechts

Ist der Schutz von Individualinteressen feststellbar, kommt es darauf an, ob der Kläger auch zum Kreis der geschützten Personen gehört. Dies ist eine Frage der drittschützenden Wirkung solcher Normen.

Es kommt in diesem Zusammenhang auf folgende Fragen an:

- **Schutz von Individualinteressen,**
- **Art des geschützten Interesses,**
- **Art der geschützten Verletzung,**
- **geschützter Personenkreis.**

Nur wenn also eine Norm überhaupt Individualinteressen dient, das vom Kläger als verletzt gerügte Rechtsgut von diesem Schutzbereich auch gerade in der Art der vermeintlichen Verletzung umfasst ist und der Kläger zum Kreis der geschützten Personen gehört, steht ihm ein subjektiv-öffentliches Recht zu, dessen mögliche Verletzung ihn zu einer Klage berechtigt.

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: Saarland	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. K	Tag d. mündl. Prüfung 18.03.2009
--------------------------	---	--

Zur Person:

Dr. K war als Prüfer weder sonderlich unangenehm noch ragte er im Vergleich zu den anderen beiden Prüfern heraus. Ein ordentlicher Prüfer, der einen zwar gelegentlich etwas in der Luft hängen lässt, weil man nicht weiß, ob man noch dran ist oder sich auf dem richtigen Weg befindet, einem dann aber doch in die richtige Richtung lenkt und schwächeren Kandidaten etwas unter die Arme greift. Niemand, vor dem man Panik haben müsste. Er nimmt die Prüflinge der Reihe nach dran und neigt nicht dazu, wahllos zwischen ihnen hin und her zu springen.

Zur Prüfung:

Zu Beginn wollte Dr. K wissen, welche Gesetze sich im Bereich des Zivilrechts in letzter Zeit geändert hätten; es schadet also nicht, sich darüber vor der Prüfung einen Überblick zu verschaffen.

Danach schilderte er folgenden Fall:

M schließt am 22.06.1999 einen Mietvertrag mit der V-GmbH über eine Lagerhalle, dieser endet am 30.06.2004. §2 des Mietvertrages enthält die Option für den M, dass sich der Mietvertrag verlängert, wenn dieser bis spätestens 6 Monate vor Ablauf des Mietvertrages diese Option zieht.

M fasst am 31.12.2003, einem Mittwoch, ein Schreiben, in dem er besagtes Optionsrecht ausübt. Dieser Brief wird von einem Boten des M am gleichen Tag um 15:50 Uhr in den Briefkasten der V-GmbH eingeworfen. Auf den Briefbögen der V-GmbH werden die Geschäftszeiten wie folgt angegeben: Montag bis Donnerstag, 14-17 Uhr.

Am 01.07.04 verlangt die V-GmbH nun die Räumung der Lagerhalle, da sie der Meinung ist, der Brief des M sei nicht rechtzeitig eingetroffen.

Es sollte zunächst erläutert werden, welches Gericht zuständig ist (AG) und wie der Fall zum BGH gelangen konnte: Berufung zum LG, Revision zum BGH, sowie die Voraussetzungen für eine Zulässigkeit der Revision gegeben sind (§543 ZPO).

Danach galt es, die richtige Anspruchsgrundlage für das Räumungsverlangen der V zu finden: § 546 BGB, die Rückgabepflicht des Mieters bei Ablauf des Mietvertrages.

Das Hauptproblem des Falles lag nun darin, zum einen herauszufinden, wann die 6-Monatsfrist zu laufen beginnt und wann sie endet. Nach einigem unsicheren Hin und Her kamen wir dann darauf, dass die Frist in dem Moment zu laufen beginnt, in dem der Brief zugeht. Die 6-Monatsfrist wird also nach §§ 187 I, 188 II BGB berechnet.

Fraglich war nun der Zeitpunkt des Zugangs (die allgemeinen Voraussetzungen - wann eine verkörperte WE unter Abwesenden zugeht, sollten bekannt sein - wurden von uns noch einmal erläutert, § 130 BGB): Zwar ging der Brief zu den angegebenen Geschäftszeiten der V-GmbH zu, jedoch war es der 31.12.2003 (Sylvester), womit sich die Frage stellte, ob für diesen Tag eine Ausnahme gilt.

Nach einigen Argumentationsversuchen unsererseits, u. a. damit, dass Sylvester kein Feiertag i.S.v. § 192 BGB sei und auch keine Ausnahme bei den Angaben zu den Geschäftszeiten angegeben waren (der Brief unserer Meinung nach also am 31.12.2003 sehr wohl zugegangen sei) löste Dr. K auf, in dem er uns mitteilte, dass der BGH, der diesen Fall entschieden hatte, zu dem Ergebnis gekommen war, dass für den 31.12.2003 wohl eine

Ausnahme gilt, was den Zugang betrifft. Der Brief war somit nicht am 31.12.2003 zugegangen, sondern erst am 02.01.2004 (der 01.01.2004 ist ein Feiertag i.S.v. § 192 BGB!). Da die 6-Monatsfrist nach §§ 187 I, 188 II BGB somit nicht mehr bis zum 30.06.2004 eingehalten werden konnte, hat M seine Option auf Verlängerung des Mietvertrages nicht rechtzeitig gezogen. Der Anspruch der V aus § 546 BGB war begründet (ebenso wie der Anspruch aus § 985 BGB).

Damit war die Prüfung dann beendet!

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: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) OStA K.	Tag d. mündl. Prüfung 06.10.2009
----------------------	--	---

Zur Person:

Ich kann mich hier den Vorprotokollen nicht anschließen, mir ist zumindest nicht aufgefallen, dass K unfreundlich oder grimmig geguckt hat. Während der Prüfung wollte er gerne bestimmte Begriffe hören und bohrte dabei nach, bis sie genannt wurden. Er gab den Kandidaten dabei Hinweise und so die Chance, eine falsche Antwort zu berichtigen. Dass kann andererseits dazu führen, dass man sich verunsichern lässt, selbst wenn man auf den richtigen Weg war. Insgesamt empfand ich die Notengebung in der kompletten Kommission als überaus wohlwollend.

Zur Prüfung:

K stellte folgenden Fall:

A (Frau) steht um 20:15 an einer Straßenbahnhaltestelle und beobachtet, wie B (junger Mann) an einem Geldwechselautomaten manipuliert. Er steckt einen 50 €-Schein hinein, zieht diesen dann wieder heraus und steckt das gewechselte Geld ein.

Wir prüften § 263 StGB (-), die Maschine kann sich nicht irren; § 263a StGB (-), da Ablauf des Automaten ordnungsgemäß in Gang gesetzt; § 265a StGB (-) da kein entgeltlicher Automat; § 242 StGB (+), hier kam es K insbesondere auf den gelockerten Gewahrsam an.

Dann ging der Fall weiter:

A macht ein Foto von B. Dieser sieht das, zieht eine Sturmhaube über und läuft bedrohlich auf A zu. Dabei hat er seine Beute in einen Beutel in der Hand. Da die A Selbstverteidigung kann, gelingt es ihr, den B zu Boden zu werfen. Während der Rangelei wirft der B seine Beute weg, zieht ein Pfefferspray, sprüht es der A in die Augen und flieht. A kann kurzzeitig nichts mehr sehen, trägt aber keine dauerhaften Schäden davon.

Wir prüften zunächst § 252 StGB (+), indem B bedrohlich auf A zulief, dann § 250 I Nr. 1a StGB (+), I NR 1 b (-), II Nr. 1 (-) da keine Beutesicherungsabsicht.

Dann kamen wir zu § 223 I StGB (+) lehnten kurz die Notwehr nach § 32 StGB ab, da A nach § 127 StPO gerechtfertigt war. Dann § 224 I Nr. 1 und 2 StGB (beide+).

K führte den Fall dann fort:

Die hier herbeigerufene Polizistin P erkennt auf dem Foto der A den polizeibekanntem B. Der zuständige StA ruft dann um 20:57 Uhr beim Richter an, um einen Durchsuchungsbefehl zu beantragen. Der Richter sagt, es sei schon 21:03 Uhr, sein Eildienst somit beendet und außerdem habe er keine Schreibkraft mehr zur Verfügung, deshalb könne der Durchsuchungsbefehl noch bis zum nächsten Morgen warten. Der StA nimmt daher Gefahr im Verzug an und erlässt ohne richterliche Anordnung einen Durchsuchungsbefehl. Obwohl B der Durchsuchung widerspricht, werden ein mit Tesafilm manipulierter 50 €-Schein sowie Pfefferspray in seiner Wohnung sichergestellt. Es ging nun darum, ob B überführt werden könne.

§§ 102, 105 StPO: Problem war hier, dass der Richter keine Sachentscheidung getroffen hatte, sondern einfach keine Lust mehr hatte. Der B wird dann am 17.07.2007 in Anwesenheit vom LG verurteilt und erhält eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung.

Welche Rechtsmittel kann er einlegen?: Revision § 333 StPO

Kann er auch Sprungrevision einlegen: Nein, da dass Urteil vom LG ist (§§ 335, 311 StPO)

B legt am selben Tag Revision ein. Diese wird am 18.07.2007 unterzeichnet. Am 14.09.2007 gelangt das Urteil zu den Akten und wurde am 01.10.2007 zugestellt. Es war nur der § 338 VII StPO zu nennen.

Dann ging es noch kurz um die Möglichkeit der Wiedereinsetzung, wenn die Rechtsanwaltsgehilfin einen Fehler macht und deshalb eine Frist nicht gewahrt wird. Es ging darum, dass es in der StPO keine dem § 85 ZPO vergleichbare Norm gibt.

Das war es schon. Hört sich viel an, wurde aber überwiegend nun sehr oberflächlich geprüft und war deshalb gut machbar. Ich wünsche Euch viel Erfolg, dem K mit Sicherheit nicht im Wege steht

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

