



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

35. Jahrg.

Dezember 2010

Heft 12

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Aufklärungspflichtverletzung als Anfechtungsgrund bei Mietvertrag
- BGH:** Untreue durch Verletzung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten
- VGH München:** Sondernutzungserlaubnis zum Spendensammeln
- OVG Bln/Bdg:** Voraussetzungen für ein Vereinsverbot
- BGH:** Rechtsprechungsänderung zum Gerichtsstand der Drittwiderklage
- BGH:** Zeugnisverweigerungsrecht eines Geistlichen
- BVerfG:** Inzidentprüfung bei Rechtsschutz gegen Kostenbescheid



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Änderung des AtG.....	1
-----------------------	---

Brandaktuell

BGH: Erleichterte Vermieterkündigung (nicht bei Eigennutzung einer weiteren Wohneinheit).....	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Anfechtung eines Mietvertrages (Aufklärungspflicht des Mieters über Warensortiment).....	4
BGH: Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag (Rückabwicklungsansprüche nach Vertragsvollzug).....	8

Strafrecht

BVerfG: Untreuetatbestand (§ 266 StGB ist verfassungsgemäß).....	11
BGH: Untreue (Verletzung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten)	15

öffentl. Recht

VGH München: Sondernutzungserlaubnis zum Spendensammeln (Versagung nicht aus Gründen des Verbraucherschutzes).....	19
OVG Bln/Bbg: Voraussetzungen für ein Vereinsverbot (Bestrebungen gegen die verfassungsmäßige Ordnung)	23

Kurzauslese I

AG Bln-Sch`berg: Verjährungsfrist (Bereicherungsanspruch).....	27
BGH: "Fachhandwerkerklausel" (unangemessene Benachteiligung des Mieters).....	27
AG Hannover: Verbrauchsgüterkauf (Verkauf eines Gebrauchtwagens durch einen Unternehmer).....	29
BGH: nachbarschaftlicher Abwehranspruch (Videoüberwachung).....	29
BGH: Diebstahl (unbefugtes Öffnen mit ordnungsgemäßigem Schlüssel).....	29
OLG Köln: schwere räuberische Erpressung (dicker Ast ist keine Scheinwaffe).....	31
BGH: besonders schwerer Raub (Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals nach Tatvollendung).....	31
BVerwG: Staatshaftung (keine Anwendung des Art. 34 S. 2 auf Private).....	31
VG Berlin: Videoüberwachung einer Versammlung (Rechtswidrigkeit).....	33
VG Saarlouis: Bestandsschutz (20jährige Nutzung eines ungenehmigten Gebäudes).....	33
OVG NW: Frauenförderung bei Qualifikationsgleichstand (zulässig).....	35

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

OLG Hamm:	Zustellung gegen Empfangsbekanntnis (Äußerung des Willens zur Annahme des Schriftstücks).....	37
BGH:	Gerichtsstand der Drittwiderklage (Änderung der Rechtsprechung).....	41

Strafrecht

BGH:	Zeugnisverweigerungsrecht (yezidischer Geistlicher).....	45
------	---	----

öffentl. Recht

BVerfG:	Rechtsschutz gegen Kostenbescheid (Inzidentprüfung der zugrundeliegenden Ingewahrsamnahme).....	48
BVerwG:	Ermittlung des Klagebegehrens (Rechtsschutz bei falscher Auslegung des Klageantrags)	52

Kurzauslese II

BGH:	Parteiunfähigkeit (Zulässigkeit der Berufung).....	55
BGH:	gerichtliche Vertretung einer GbR (Heilung eines Vertretungsmangels).....	55
OVG Münster:	Rechtsmittelfrist (Zustellung durch Empfangsbekanntnis).....	57
KG:	negativer Kompetenzkonflikt (allgem. Strafkammer / Wirtschaftsstrafkammer).....	57
OVG Lüneburg:	Erkennungsdienstliche Behandlung (nicht bei Verdacht des Verstoßes gegen § 29 BtMG).....	57
BVerfG:	Durchsuchungsanordnung (Tatverdacht als Eingriffsvoraussetzung).....	59
KG Berlin:	Datenschutz (Aktenvernichtung nach Verfahrenseinstellung).....	59
OVG Münster:	Rücknahmefrist für Verwaltungsakt (Fristbeginn).....	59
OVG Lüneburg:	Klagerücknahmeerklärung (unwiderruflich)	61
BVerwG:	Urteilsberichtigung (Fristenlauf für Rechtsmittel)	61
OVG Münster:	Beiladungsantrag (keine Entscheidung während einer Verfahrensunterbrechung).....	61

Weitere Schrifttumsnachweise	63
---	----

Übersicht: Aufbau des Aktenvortrags.....	67
---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	öffentl. Recht	68
Assessorprüfung:	Zivilrecht	70

Aus der Gesetzgebung

Änderungen des Atomgesetzes

A. Das 11. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes

11. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes (11. AtÄndG) v. 08.12.2010, In-Kraft-Treten am 14.12.2010 (BGBl I, S. 1814)

I. Allgemeines

Das 11. AtÄndG bezweckt die **Verlängerung der Laufzeiten der 17 Kernkraftwerke** in der BRD **um durchschnittlich zwölf Jahre**, um die Kernenergie als Brückentechnologie so lange zu nutzen, bis sie durch erneuerbare Energien verlässlich ersetzt werden kann. Insoweit tritt eine Änderung gegenüber der Atomgesetznovelle 2002 ein, die den Atomausstieg allgemein seinerzeit anstrebte.

Durch die Änderungsnovelle des Jahres 2002 wurde seinerzeit die Reststrommengenbegrenzung erstmals in das AtG eingeführt. Die zuvor unbeschränkt geltenden Berechtigungen zum Leistungsbetrieb erlöschen seit Einfügung des § 7 ATG I 1 i. V. mit Anl. 3 Sp. 2 AtG, sobald die jeweils aufgeführte – oder die sich auf Grund von Übertragungen nach § 7 I b AtG ergebende – Elektrizitätsmenge produziert ist. Mit dieser Regelung sollte der Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie realisiert werden. Diese Gesetzesänderung erfolgte ausdrücklich ohne Zustimmung des Bundesrates.

An der prinzipiellen Zielsetzung eines Ausstiegs bzw. einer Beendigung der friedlichen Nutzung der Kernenergie **ändert das 11. AtÄndG im Prinzip nichts**, da die Laufzeiten der Kernkraftwerke lediglich und durchschnittlich um zwölf Jahre verlängert werden.

Daneben wird vor dem Hintergrund des energiepolitischen Gesamtkonzepts und zur Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens der Bund alleiniger Freistellungsverpflichteter.

Mit dem Gesetz zur Laufzeitverlängerung erfolgt **keine Übertragung neuer Aufgaben**, die materiellen Vorgaben des AtG für die Wahrnehmung der den Ländern obliegenden Vollzugsaufgaben bleiben unverändert. Das gilt insbes. für die maßgebliche materielle Bestimmung des § 7 II Nr. 3 AtG, wonach eine Genehmigung nur erteilt wird, wenn ausreichend Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist. Die Bestimmung ist entwicklungs offen formuliert und ermöglicht so bereits in ihrer geltenden Fassung die Berücksichtigung der Weiterentwicklung des technischen Entwicklungsstandes entsprechend dem Gebot dynamischen Grundrechtsschutzes. Hieran hat auch das Ausstiegsgesetz ungeachtet seiner neuen Zielsetzung der Gewährleistung einer geordneten Beendigung der Kernenergienutzung nichts geändert.

II. Die Neuregelungen im Überblick

- **Laufzeiten:** Die sieben bis 1980 ans Netz gegangenen Meiler sollen nun acht Jahre mehr bekommen, die zehn übrigen 14 Jahre mehr. Die im Schnitt 12 Jahre längeren Laufzeiten dürften sich im Einzelfall um einige Jahre nach hinten verschieben, je nach Drosselung, Stillstand und Übertragung von Reststrommengen.
- **Zahlungen:** Bis 2016 sollen die Atomkraftwerk-Betreiber eine Kernbrennstoffsteuer von jährlich 2,3 Milliarden € zahlen. Ein neuer Ökoenergie-Fonds soll zudem den Ausbau der erneuerbaren Energien beschleunigen. Bis 2016 sollen die Konzerne hier 1,4 Milliarden € einzahlen. Ab 2017, wenn die Steuer ausgelaufen ist, sollen sie langfristig bis zu 15 Milliarden € aus ihren Laufzeit-Gewinnen für den Fonds abgeben.

- **Endlager:** Nach einer 10jährigen Unterbrechung wird der Salzstock in Gorleben wieder erkundet. Bis zu einer ersten Vorentscheidung über die Eignung als Endlager für hoch radioaktiven Atommüll dürfte es bis mindestens 2017 dauern. Als letzte Möglichkeit soll es auch Enteignungen geben, wenn einzelne Grundstücksbesitzer nicht verkaufen wollen. Sie haben auch die Rechte über das darunter liegende Salz.

B. Das 11. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes

12. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes (11. AtÄndG) v. 08.12.2010, In-Kraft-Treten am 27.12.2010 (BGBl I, S. 1817)

I. Allgemeines

Das 12. AtÄndG dient der **Umsetzung der Richtlinie 2009/71/EURATOM** vom 25.06.2009. Diese dient der **Schaffung eines europäischen Gemeinschaftsrahmens** zur Aufrechterhaltung und zur Förderung der kontinuierlichen **Verbesserung der nuklearen Sicherheit kerntechnischer Anlagen**.

II. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

Die in der Richtlinie 2009/71/EURATOM enthaltenen materiellen Pflichten von Inhabern einer Genehmigung für kerntechnische Anlagen werden in das AtG übernommen.

Hinsichtlich der **Sicherheitsvorkehrungen** ist dafür zu sorgen, dass diese entsprechend dem „fortschreitenden“ Stand von Wissenschaft und Technik verwirklicht werden, soweit diese geeignet und angemessen sind, einen nicht nur geringfügigen Beitrag zur weiteren Vorsorge gegen Risiken für die Allgemeinheit zu leisten, § 7d.

Auf der Grundlage der alle zehn Jahre durchzuführenden Sicherheitsüberprüfungen ist „die nukleare Sicherheit der Anlagen kontinuierlich zu verbessern“, § 19a.

Das für die kerntechnische Sicherheit und den Strahlenschutz zuständige **Bundesministerium** führt künftig zudem mindestens alle zehn Jahre eine **Selbstbewertung** durch und beteiligt hierbei internationale Experten zwecks Überprüfung des Gesetzes-, Vollzugs- und Organisationsrahmens, § 24b.

Des Weiteren werden in den §§ 9d – 9f. AtG **enteignungsrechtliche Regelungen** (wieder) eingeführt, um den Zugriff auf private Rechte Dritter vornehmen zu können, sofern diese im Rahmen der in § 9a III AtG vorgegebenen öffentlichen Aufgabe, Anlagen zur Endlagerung radioaktiver Abfälle einzurichten, erforderlich sind. Diese Bestimmungen der §§ 9d – 9f. AtG wurden seinerzeit über die Änderungsnovelle aus dem Jahre 2002 gestrichen. Jetzt sollen diese Regelungen bzw. diese Enteignungsermächtigungen wieder in das Atomgesetz aufgenommen werden, um vor allem nach Ablauf des Moratoriums zur Erkundung des Salzstocks Gorleben die notwendigen Maßnahmen für die Endlagerung zu sichern bzw. zu ermöglichen.

Außerdem betrifft das 12. AtÄndG Pflichten von Inhabern von Kernanlagen zur **Bereitstellung einer angemessenen personellen und finanziellen Ausstattung** sowie einer **kontinuierlichen Aus- und Fortbildung** des für die nukleare Sicherheit zuständigen Personals.

Brandaktuell

BGB
§ 573a

Erleichterte Vermieterkündigung nicht bei Eigennutzung einer weiteren Wohneinheit

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 219/2010– Urteil vom 17.11. 2010 – VIII ZR 90/10)

Fall: Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung der Klägerin in Friedberg. Der Mietvertrag wurde im Jahr 2004 noch mit dem Voreigentümer des Hauses geschlossen, in dessen Obergeschoss sich die Wohnung der Beklagten befindet. Zu diesem Zeitpunkt war neben der Wohnung im Erdgeschoss auch eine Einliegerwohnung im Kellergeschoss des Hauses, bestehend aus einem Wohn-/Schlafraum mit Küchenzeile und Bad, an Dritte vermietet. Als die Klägerin das Haus im Jahr 2006 erwarb, bestand das Mietverhältnis über die Kellerräume nicht mehr. Die Klägerin bezog zusammen mit ihrem Ehemann die Wohnung im Erdgeschoss und nutzt die Räumlichkeiten im Keller als zusätzliche Räume (Besucherzimmer, Bügel- und Arbeitszimmer).

Die Klägerin kündigte das Mietverhältnis gestützt auf § 573a I BGB. Zu Recht?

Eine ordentliche Kündigung des Vermieters kann erfolgen, wenn er ein **berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses** hat. Ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses liegt insbesondere vor, wenn

1. der Mieter seine **vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt** hat,
2. der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt (**Eigenbedarfskündigung**) oder
3. der Vermieter durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses **an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks gehindert** und dadurch **erhebliche Nachteile** erleiden würde.

Ein Mietverhältnis über eine Wohnung in einem vom Vermieter selbst bewohnten Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen kann der Vermieter nach § 573a I BGB kündigen, ohne dass es eines berechtigten Interesses im Sinne des § 573 bedarf. Die Kündigungsfrist verlängert sich in diesem Fall um drei Monate.

Fraglich ist hier, ob hier die Voraussetzungen des § 573a I BGB vorliegen.

*„Für die Beurteilung, ob in einem Gebäude mehr als zwei Wohnungen vorhanden sind, ist die **Verkehrsanschauung** maßgebend. Unter einer **Wohnung** wird gemeinhin ein **selbständiger, räumlich und wirtschaftlich abgegrenzter Bereich** verstanden, **der eine eigenständige Haushaltsführung** ermöglicht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllen die Räumlichkeiten im Keller des Wohnhauses der Klägerin diese Anforderungen, denn neben einem 42 qm großen Wohn-/Schlafraum verfügen sie über eine Küchenzeile und ein Tageslichtbad mit Toilette.*

*Die Tatsache der Existenz von **drei Wohnungen** in dem Wohnhaus der Klägerin hat sich **nicht dadurch geändert**, dass die Klägerin die im Keller befindlichen Räume in ihren Wohnbereich integriert hat, indem sie die **Einliegerwohnung** seit dem Erwerb des Hauses im Jahr 2006 **als Besucher-, Bügel- und Arbeitszimmer** nutzt. Denn durch diese Erweiterung des Wohnbereichs der Klägerin hat sich der einmal gegebene **Wohnungsbestand nicht reduziert**. Das Berufungsgericht hat sich zur Begründung seiner abweichenden Auffassung zu Unrecht auf das Senatsurteil vom 25. Juni 2008 (VIII ZR 307/07) gestützt. Die in dieser Entscheidung vom Senat gebilligte **trichterliche Beurteilung**, die Aufteilung einander ergänzender Räume auf zwei Stockwerke hindere nicht die Annahme einer (einzigen) Wohnung, beruhte auf anderen tatsächlichen Gegebenheiten. Die betreffenden Räume im Dachgeschoss jenes Gebäudes stellen – anders als die Einliegerwohnung im Haus der Klägerin – **keine eigenständige Wohnung** dar.“ (BGH aaO)*

Da die Einliegerwohnung vom Einzug der Beklagten bis zum Ausspruch der Kündigung eine eigenständige Wohnung war, waren die Voraussetzungen einer erleichterten Kündigung nach § 573a I BGB zu keiner Zeit erfüllt.

*„Daher bedurfte die in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum **umstrittene Frage**, ob es hinsichtlich des Wohnungsbestandes auf den Zeitpunkt des **Beginns des Mietverhältnisses** oder den **Zeitpunkt der Kündigung** ankommt, keiner Entscheidung.“ (BGH aaO)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Anfechtung eines Mietvertrages

BGB

§§ 535, 123

Aufklärungspflicht des Mieters über Warensortiment

(BGH in NJW 2010, 3362; Urteil vom 11.08.2010 – XII ZR 192/08)

1. Die Geltendmachung eines Räumungsanspruchs in eigenem Namen durch eine Hausverwaltung nach Abtretung durch den Eigentümer ist im Rahmen einer **gewillkürten Prozesstandschaft** zulässig.
2. Es besteht keine allgemeine Aufklärungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die für den Vertragspartner von Bedeutung sein könnten. Grundsätzlich muss sich jeder Verhandlungspartner die **für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen** auf eigene Kosten und eigenes Risiko **selbst beschaffen**. Er muss allerdings nicht nach Umständen suchen, für die er keinen Anhaltspunkt hat.
3. Der Mieter ist aber verpflichtet, den Vermieter vor Abschluss eines Gewerberaummietvertrags **über außergewöhnliche Umstände aufzuklären**, mit denen der Vermieter nicht rechnen kann und die offensichtlich für diesen **von erheblicher Bedeutung** sind.

Fall: Mit Vertrag vom 01.06.2007 vermietete die C-KG, vertreten durch die Kl. als Hausverwaltung, an den Bekl. in dem von Friedensreich Hundertwasser entworfenen Geschäftshaus in Magdeburg ein Ladengeschäft zum Verkauf von Textilien und Sortimenten im Outdoorbereich. Bestandteil des Vertrags war eine als Anlage 5 beigefügte Sortimentsliste vom 23.05.2007, die allgemeine Angaben zu dem beabsichtigten Bekleidungsangebot enthält, ohne eine Marke zu nennen. Der Bekl. beabsichtigte, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke „Thor Steinar“ zu verkaufen, die von der M-GmbH, deren Geschäftsführer der Bekl. war, vertrieben wird. Diese Marke wird in der Öffentlichkeit in einen ausschließlichen Bezug zur rechtsradikalen Szene gesetzt. Nachdem die Kl. von dem beabsichtigten Angebot der Marke „Thor Steinar“ erfahren hatte, versuchte sie, den Bekl. zu einem Verzicht auf die Eröffnung des Ladens oder auf den Vertrieb des Warensortiments der Marke „Thor Steinar“ zu bewegen. Am 27.07.2007, dem Tag der Eröffnung des Ladens, unterzeichnete der Bekl. auf Wunsch der Kl. eine Erklärung zum Mietvertrag, in der er versicherte, dass von seinem Gewerbe keine verfassungsrechtlich relevanten Aktivitäten ausgingen und er auch keine rechts- oder linksextremistische Parteien oder Gruppierungen finanziell unterstütze und unterstützen werde. Diese Erklärung wurde auch von dem Vertreter der Kl. unterzeichnet. Mit Schreiben vom 27.07.2007 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag aus wichtigem Grund. Sie wiederholte die Kündigung unter dem 02.08.2007 und erklärte darüber hinaus die Anfechtung des Mietvertrags wegen arglistiger Täuschung. Die Vermieterin hat ihre Ansprüche auf Räumung und Herausgabe des Mietobjekts an die Kl. abgetreten. Hat die Kl. gegen den Bekl. einen Räumungsanspruch?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe des Mietobjektes haben. Ein solcher Anspruch kann sich – da der Räumungsanspruch vorrangig auf die Anfechtung des Mietvertrages gestützt wird – aus §§ 985, 986 BGB erheben.

I. Geltendmachung des Räumungsanspruchs durch die Klägerin

Der Anspruch auf Räumung steht jedoch nach § 985 BGB grundsätzlich nur dem Eigentümer zu. Eigentümerin des Objektes ist jedoch die C-KG und nicht die Kl. Soweit ihr der Anspruch auf Räumung und Herausgabe des Mietobjektes nach § 398 BGB abgetreten wurde, ist fraglich, ob die Abtretung wirksam ist. Grundsätzlich kann der **Herausgabeanspruch des § 985 BGB nicht isoliert übertragen** werden und soll sich immer in der Hand des Eigentümers befinden. Es könnte allerdings ein Fall **gewillkürter Prozesstandschaft** vorliegen, bei der die Kl. ein **fremdes Recht in eigenem Namen** geltend machen und Leistung an sich verlangen kann. Die gewillkürte Prozesstandschaft ist jedoch nach der Rechtsprechung des BGH nur zulässig, wenn der Prozessführende vom Rechtsinhaber zu dieser Art der **Prozessführung ermächtigt** ist und ein **rechtliches Interesse** an ihr hat (BGHZ 78, 1 [4]) = NJW 1980, 2461 m.w.N.; BGH, NJW 1985, 1826). Der Anspruch der Vermieterin auf Räumung ist insofern abtretbar und kann durch einen Dritten, der wie hier als **Hausverwaltung** ein **eigenes rechtliches Interesse** an der Geltendmachung hat, auch mit dem Ziel der Herausgabe an sich geltend gemacht werden (vgl. BGH Urteil vom 12.07.1985 V ZR 56/84 zit. nach juris).

II. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

Da die C-KG Eigentümerin und der Bekl. Besitzer ist, kann der Kl. die Herausgabe des Mietobjektes verlangen, wenn der Bekl. kein Recht zum Besitz hat. Ein solches Besitzrecht könnte sich jedoch aus dem Mietvertrag ergeben.

Ein Mietvertrag wurde zunächst abgeschlossen, fraglich ist jedoch, ob dieser wirksam angefochten werden konnte.

1. Zulässigkeit der Anfechtung

Der Anfechtung unterliegen grundsätzlich Willenserklärungen, zu der auch die Erklärungen zum Abschluss eines Mietvertrages gehören. Die Anfechtung ist daher zulässig.

2. Anfechtungsgrund

Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, kann die Erklärung gem. § 123 I 1. Fall BGB anfechten.

a) Täuschungshandlung

Täuschung ist jedes Verhalten, durch welches eine unrichtige Vorstellung hervorgerufen, bestärkt oder aufrechterhalten wird. Dieses Verhalten kann in einem Tun oder Verschweigen entscheidungserheblicher Umstände bestehen, im zweiten Fall jedoch nur bei einer Rechtspflicht zur Aufklärung.

Der Bekl. könnte die Vermieterin dadurch arglistig getäuscht hat, dass er sie vor Vertragsschluss nicht über seine Absicht, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke „Thor Steinar“ zu verkaufen, aufgeklärt hat. Dann müsste aber eine solche Aufklärungspflicht bestehen.

aa) keine allgemeine Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen

„Zwar besteht bei Vertragsverhandlungen keine allgemeine Rechtspflicht, den anderen Teil über alle Einzelheiten und Umstände aufzuklären, die dessen Willensentscheidung beeinflussen könnten (Staudinger/Singer/v. Finckenstein, BGB, Neubearb. 2004, § 123 Rn 10; MüKo-Kramer, 5. Aufl., § 123 Rn 16–18; vgl. zum Kaufvertrag: BGH, NJW 1983, 2493 [2494]; NJW 2001, 3331 [3332]). Vielmehr ist grundsätzlich jeder Verhandlungspartner für sein rechtsgeschäftliches Handeln selbst verantwortlich und muss sich deshalb die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen (BGH, NJW 1989, 763 [764] mwN).“ (BGH aaO)

bb) Aufklärungspflicht bei besonderen Umständen

„Allerdings besteht nach der Rechtsprechung eine Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen auch ohne Nachfrage dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind (RGZ 111, 233 [234]; vgl. zur Aufklärungspflicht des Vermieters Senat, NJW 2000, 1714 [1718] = NZM 2000, 492; NJW 2004, 2674 = NZM 2004, 619; BGHZ 168, 168 = NJW 2006, 2618 [2619]; NJW-RR 2007, 298 = NZM 2007, 144; zur Aufklärungspflicht des Verkäufers BGH, NJW 2001, 3331; NJW-RR 2008, 258 = NZM 2008, 136 Rn 20; Staudinger/Singer/v. Finckenstein, § 123 Rn 11; MüKo-Kramer, § 123 Rn 16–18). Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können (BGH, NJW-RR 1991, 439; NJW 1990, 975; zu Kaufverträgen). Eine Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung kann auch dann vorliegen, wenn sie geeignet ist, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.“ (BGH aaO)

Die Aufklärung über eine solche Tatsache kann der Vertragspartner redlicherweise aber nur verlangen, wenn er im Rahmen seiner Eigenverantwortung nicht gehalten ist, sich selbst über diese Tatsache zu informieren (vgl. Staudinger/Singer/v. Finckenstein, § 123 Rn 17 mwN).

„In der Gewerberaummieta obliegt es grundsätzlich dem Vermieter, sich selbst über die Gefahren und Risiken zu informieren, die allgemein für ihn mit dem Abschluss eines Mietvertrags verbunden sind. Er muss allerdings nicht nach Umständen forschen, für die er keinen Anhaltspunkt hat und die so außergewöhnlich sind, dass er mit ihnen nicht rechnen kann. Er ist deshalb auch nicht gehalten, Internetrecherchen zum Auffinden solcher etwaiger außergewöhnlicher Umstände durchzuführen.“

Für die Frage, ob und in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht besteht, kommt es danach wesentlich auf die Umstände des Einzelfalls an.“ (BGH aaO)

cc) Anwendung auf den Fall

Das Mietobjekt lag in dem von dem Künstler Friedensreich Hundertwasser entworfenen, im Zentrum von Magdeburg gelegenen so genannten „Hundertwasserhaus“, das mit einer Gesamtmietfläche von 7000 m² von der Vermieterin als Geschäftshaus konzipiert war und auf Grund seiner besonderen Gestaltung eine Attraktion für Touristen und Kunden sein sollte.

*„Nach den revisionsrechtlich nicht angreifbaren Feststellungen des BerGer. wurde **dieses Ziel** durch den von dem Bekl. geplanten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“, die unstreitig in der öffentlichen Meinung ausschließlich der rechtsradikalen Szene zugeordnet werden, **gefährdet**. Denn der Verkauf solcher Waren kann zur Folge haben, dass das Hundertwasserhaus in den Ruf gerät, **Anziehungsort für rechtsradikale Käuferschichten** zu sein und damit ein Ort, an dem – auch auf Grund von Demonstrationen – **gewaltsame Auseinandersetzungen zu erwarten** sind. Diese, das gesamte Anwesen treffende mögliche **rufschädigende Wirkung** ist geeignet, Kunden und Touristen fernzuhalten und damit andere Mieter im Anwesen zu einer Minderung oder Beendigung des Mietvertrags zu veranlassen und potenzielle Mieter von dem Abschluss eines Mietvertrags abzuhalten. Der Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ kann deshalb der Vermieterin **erheblichen wirtschaftlichen Schaden zufügen**.*

*Darüber hinaus ist die Vermietung von Räumen zum Verkauf von Waren, die in der öffentlichen Meinung ausschließlich der rechtsradikalen Szene zugeordnet werden, geeignet, den **Vermieter in der öffentlichen Meinung in die Nähe zu rechtsradikalem Gedankengut zu stellen** und sich auch deshalb geschäftsschädigend für ihn auszuwirken.*

Im Hinblick auf diese möglichen gravierenden Auswirkungen war der beabsichtigte Verkauf von Waren dieser Marke für die Vermieterin von erheblicher Bedeutung.“ (BGH aaO)

Die Vermieterin durfte darüber auch redlicherweise eine Aufklärung erwarten.

*„Sie konnte **ohne einen Hinweis auf die Marke nicht erkennen**, dass der Bekl. in den Mieträumen Waren verkaufen wollte, die nahezu ausschließlich rechtsradikalen Kreisen zugeordnet werden. Sie hatte auch keine Veranlassung, dies anzunehmen. Denn bei dem Verkauf solcher Waren handelt es sich um einen **außergewöhnlichen Umstand**, mit dem sie nicht rechnen musste. Darüber hinaus bestand für sie auf Grund der verharmlosenden Angaben des Bekl. zum Sortiment kein Anlass zu einer Nachfrage.“ (BGH aaO)*

Der Bekl. war deshalb nach Treu und Glauben und den Grundsätzen eines redlichen Geschäftsverhaltens verpflichtet, die Vermieterin über den beabsichtigten Verkauf von nahezu ausschließlich Waren der Marke „Thor Steinar“ zu informieren. In dem Unterlassen liegt daher eine Täuschungshandlung.

b) Irrtum

Aufgrund der Täuschungshandlung müsste sich die Vermieterin in einem Irrtum befunden haben.

*„Im Hinblick auf diese dem Bekl. bekannten Umstände musste es sich ihm **aufdrängen**, dass sich die Vermieterin insoweit über die Waren, die er zum Verkauf anbieten wollte, **im Irrtum befand**, und dass der beabsichtigte Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ für deren Entscheidung, den Mietvertrag abzuschließen, von erheblicher Bedeutung war.“ (BGH aaO)*

c) Widerrechtlichkeit der Täuschungshandlung

Die Täuschungshandlung war auch **widerrechtlich**. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Bekl. über sein Sortiment hätte schweigen dürfen.

d) Arglist des Täuschenden

Arglist erfordert einen **Täuschungswillen**. Der Täuschende muss in dem Bewusstsein tätig geworden sein oder damit rechnen, dass der Getäuschte durch die Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird, die dieser ohne die Täuschung überhaupt nicht oder nicht mit dem erklärten Inhalt abgegeben hätte. Es ist nicht erforderlich, dass der Täuschende dem anderen einen Vermögensschaden zufügen will.

*„Zu Recht hat das BerGer. auch die **subjektiven Voraussetzungen** für eine arglistige Täuschung durch unterlassene Aufklärung bejaht. Nach seinen Feststellungen **wusste der Bekl.**, dass die **Marke „Thor Steinar“** in der öffentlichen Meinung **rechtsradikalen Kreisen zugeordnet** wird und dass zum*

Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags, zumindest in Fußballstadien von W., ein **Verbot für das Tragen von „Thor Steinar“** bestand. Ihm war deshalb bewusst, dass der Verkauf von Waren dieser Marke in dem von Friedensreich Hundertwasser gestalteten großen Geschäftshaus geeignet war, erhebliche wirtschaftliche Nachteile für die Vermieterin zu verursachen. Daraus ergibt sich, dass er **zumindest billigend in Kauf genommen** hat, dass die Vermieterin den Mietvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie vor Vertragsschluss Kenntnis von dem beabsichtigten Verkauf der Marke „Thor Steinar“ gehabt hätte.“ (BGH aaO)

Der Bekl. hat demnach auch arglistig gehandelt.

5. Kausalität

Die Täuschung muss für die Abgabe der Willenserklärung **ursächlich** geworden sein. Das ist der Fall, wenn der Getäuschte die Willenserklärung ohne die Täuschung überhaupt nicht, mit einem anderen Inhalt oder zu einem anderen Zeitpunkt abgegeben hätte. Die Täuschungshandlung muss in zurechenbarer Weise einen Irrtum beim Getäuschten hervorrufen, wobei jeder Motivirrtum genügt. Dieser Irrtum muss seinerseits die WE des Getäuschten zumindest mitbestimmt haben (= doppelte Kausalität).

„Wie ausgeführt, handelte es sich bei dem beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ um einen Umstand, der **angesichts der drohenden wirtschaftlichen Auswirkungen** für die Vermieterin **von erheblicher Bedeutung** war. Diese Annahme wird zusätzlich gestützt durch das Verhalten der Vermieterin nach Kenntniserlangung von diesem Umstand. Sie hat nämlich noch am Tag der Eröffnung des Ladens durch den Bekl. am 27.07.2007 versucht, sich von dem Mietvertrag zu lösen.“ (BGH aaO)

Die erforderliche Kausalität der Täuschung und des entstandenen Irrtums für die Abgabe der Willenserklärung liegt folglich vor.

3. Anfechtungserklärung/Anfechtungsgegner § 143 BGB

Die Anfechtungserklärung gem. § 143 I BGB muss grundsätzlich der Vertretene abgeben, da ihn die Rechtsfolgen der vom Vertreter abgegebenen Willenserklärung treffen. Hier hat die Vermieterin als Vertretene die Anfechtungserklärung gegenüber dem Bekl. als Vertragspartner und damit nach § 143 I BGB gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner abgegeben.

4. Anfechtungsfrist

Die Anfechtungsfrist bei einer widerrechtlichen Täuschung beträgt gem. § 124 I BGB ein Jahr. Diese wurde eingehalten.

5. kein Ausschluss der Anfechtung

Der anfechtbare Mietvertrag könnte jedoch durch die geschlossene Vereinbarung vom 27.07.2007 bestätigt worden sein.

„Rechtsfehlerfrei geht das BerGer. davon aus, dass eine hier allein in Betracht kommende **konkludente Bestätigung** des anfechtbaren Vertrags nur vorliegt, wenn das Verhalten des Anfechtungsberechtigten **eindeutig Ausdruck eines Bestätigungswillens** ist und jede andere, den Umständen nach einigermaßen verständliche Deutung ausscheidet (Senat, NJW-RR 1992, 779 [780]; BGHZ 110, 220 [222] = NJW 1990, 1106). Das BerGer. hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ebenso wie das LG die Zeu- genaussagen dahin gewürdigt, dass **weder aus der schriftlichen Erklärung des Bekl. vom 27.07.2007 noch aus den mündlichen Besprechungen an diesem Tag noch aus der Überreichung eines Hundertwasserbildes** anlässlich der Geschäftseröffnung auf eine Bestätigung des Mietvertrags durch die Vermieterin geschlossen werden kann. Die Beweiswürdigung des BerGer. ist umfassend und in sich widerspruchsfrei. Sie verstößt auch nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze.“ (BGH aaO)

Die Anfechtung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Mietvertrag zum Zeitpunkt der Anfechtung bereits in Vollzug gesetzt war.

„Eine auf Abschluss eines Mietvertrags gerichtete Willenserklärung kann auch nach Überlassung der Mietsache wegen arglistiger Täuschung angefochten werden (Senat, BGHZ 178, 16 Rn 34f. = NJW 2009, 1266 = NZM 2008, 886).“ (BGH aaO)

Ergebnis: Der Mietvertrag konnte wirksam angefochten werden, so dass der Bekl. kein Recht zum Besitz hat und ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB besteht.

BGB
§§ 323,446

Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag

Rückabwicklungsansprüche nach Vertragsvollzug

(BGH in NJOZ 2010, 2217; Urteil vom 25.06.2010 – V ZR 151/09)

BGB

1. Kommen **mehrere Möglichkeiten des Rechtsschutzes** in Betracht, steht die Auswahl zwischen ihnen grundsätzlich im Ermessen des Gläubigers; das **Rechtsschutzinteresse** für eine Klage kann ihm nur dann abgesprochen werden, wenn die anderen Möglichkeiten **schneller, billiger, vergleichbar sicher und wirkungsvoll** sowie ohne zusätzliche Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zum Ziel führen.
2. Die **Verpflichtung zur Rückgewähr** empfangener Leistungen nach einem Rücktritt hat keine dingliche Wirkung hinsichtlich der erbrachten Leistungen; wenn die Leistung in einer Übereignung bestanden hat, ist deshalb neben der (tatsächlichen) Rückgabe des übereigneten Gegenstands eine **Rückübereignung nötig**.

Fall: Mit notariellem Vertrag vom 18.08.2006 verkaufte die Kl. ein Hausgrundstück zum Preis von 130 000 Euro an den Bekl. Hiervon waren 30 000 Euro einen Monat nach Vertragsschluss fällig; die übrigen 100 000 Euro sollten in monatlichen Teilzahlungen von 833 Euro beginnend ab dem 01.10.2006 gezahlt werden. Die Auffassung wurde erklärt und eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Zugleich war vereinbart worden, dass der Bekl. die Löschung der Auflassungsvormerkung für den Fall bewilligt, dass die Eigentumsumschreibung erfolgt ist. Im Dezember 2007 erfolgte die Umschreibung des Eigentums auf den Bekl. Der Bekl., der auf dem Grundstück wohnt, leistete keine Zahlungen auf den Kaufpreis. Die Kl. erklärte deshalb im Februar 2007 nach erfolgter Nachfristsetzung wirksam den Rücktritt von dem Kaufvertrag.

Mit der Klage verlangt die Kl. von dem Bekl., das Hausgrundstück geräumt an sie herauszugeben, die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen sowie seine Zustimmung zu erteilen, dass das „Grundbuch hinsichtlich der zu seinen Gunsten vorgenommenen Eigentumseintragung berichtigt und diese Eigentumseintragung gelöscht wird, so dass die Kl. als Eigentümerin eingetragen wird“.

Das LG hat ein entsprechendes Versäumnisurteil erlassen und den Einspruch des Bekl. zurückgewiesen. Die Berufung des Bekl. ist erfolglos geblieben (OLG Köln, BeckRS 2010, 4587). Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kl. beantragte, verfolgte er seinen Klageabweisungsantrag weiter. Hat die zulässige Revision Erfolg?

Die zulässige Revision wird Erfolg haben, wenn sie begründet ist, das Berufungsurteil also fehlerhaft ist.

I. Zulässigkeit der Klagen

Die Kl. macht zum einen Antrag auf Bewilligung der Löschung der zugunsten des Bekl. eingetragenen Auflassungsvormerkung geltend. Allerdings war eine **Bewilligung der Löschung** der Auflassungsvormerkung bereits **im Kaufvertrag** erklärt worden. Insofern könnte es der Kl. an einem **Rechtsschutzbedürfnis** für die klageweise Geltendmachung des Löschungsbewilligungsanspruchs fehlen.

*„Kommen **mehrere Möglichkeiten des Rechtsschutzes** in Betracht, steht die Auswahl zwischen ihnen grundsätzlich im Ermessen des Gläubigers. Das Rechtsschutzinteresse für das **gewählte Mittel** kann ihm **nur dann abgesprochen** werden, wenn die andere Möglichkeit **schneller, billiger, vergleichbar sicher und wirkungsvoll** sowie ohne zusätzliche Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zum Ziel führt (vgl. BGH, NJW 1994, 1351 [1352]; NJW 1998, 1636 [1637]). Eine solche Alternative stellt die Möglichkeit, die **Löschung der Auflassungsvormerkung** auf der Grundlage der in dem **Kaufvertrag enthaltenen Bewilligung** zu betreiben, hier nicht dar. Zum einen kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Grundbuchamt die vorhandene Löschungsbewilligung beanstanden würde, weil sie **erkennbar für einen anderen Zweck**, nämlich für den Fall der Erfüllung des Auflassungsanspruchs, erteilt worden ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine solche Beanstandung zulässig wäre; maßgeblich ist, dass die Kl. **nicht damit rechnen** kann, bei Verwendung der bestehenden Löschungsbewilligung **ohne Schwierigkeiten zu ihrem Ziel zu gelangen**. Zum anderen muss sich die Kl. auch deshalb nicht auf diesen Weg verweisen lassen, weil er **nicht mit einer Entlastung des ProzessGer. verbunden** ist, denn dieses muss sie zur Durchsetzung der Herausgabe- und Rückübertragungsansprüche der Kl. ohnehin in Anspruch nehmen.“ (BGH aaO)*

Die von den Vertragsparteien in dem Kaufvertrag im Zusammenhang mit der Regelung über die Eigentumsumschreibung beantragte und bewilligte Löschung der Auflassungsvormerkung hindert die Kl. daher nicht, den Bekl. klageweise auf Abgabe einer Löschungsbewilligung in Anspruch zu nehmen.

II. Begründetheit der Klagen

1. Antrag auf Herausgabe des Grundstücks

Ein **wirksamer Rücktritt** führt nach § 346 I BGB dazu, dass die **einander gewährten Leistungen zurückzugewähren** sind. Soweit dem Bekl. also im Rahmen des eines des Kaufvertrages der Besitz an der Kaufsache eingeräumt wurde, besteht grundsätzlich auch ein Anspruch auf Rückübertragung des Besitzes durch Herausgabe. Allerdings wurde das Grundstück auch schon an den Beklagten übereignet. Fraglich ist daher, ob – unabhängig von einem Anspruch auf Rücküberweisung – auch **nur der Herausgabeanspruch** bei einem bereits vollzogenen Kaufvertrag geltend gemacht werden kann.

*„Dem Anspruch aus § 346 I BGB steht **nicht entgegen**, dass der **Bekl. noch Eigentümer** des Grundstücks ist. Da er auch diese Rechtsposition nach der genannten Vorschrift der Erbengemeinschaft zurückgewähren muss, **setzt sich der schuldrechtliche Herausgabeanspruch gegen die dingliche Rechtsposition** durch. Die von der Revision für ihre Auffassung angeführte Entscheidung des RG (RGZ 141, 259) ist nicht einschlägig. Sie betrifft die Frage, ob ein Verkäufer, der noch Eigentümer des verkauften Grundstücks ist, nach einem Rücktritt von dem Vertrag den Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks nicht nur auf die Vorschrift des § 346 BGB, sondern daneben auch auf sein Eigentumsrecht und damit auf § 985 BGB stützen kann. Darum geht es hier nicht.“ (BGH aaO)*

2. Antrag auf Löschungsbewilligung

*„Zutreffend nimmt das BerGer. ferner an, dass die Erbengemeinschaft auf Grund des Rücktritts vom Vertrag die **Löschung der Auffassungsvormerkung** verlangen kann – und zwar sowohl **nach § 346 I BGB**, als auch **nach § 894 BGB**, da der gesicherte Auffassungsanspruch und damit die Vormerkung erloschen ist (vgl. Staudinger/Kaiser, BGB, 2004, § 346 Rn 70).“ (BGH aaO)*

3. Antrag auf Grundbuchberichtigung

Anspruchsgrundlage für den Grundbuchberichtigungsanspruch ist § 894 BGB. Es ist ein dinglicher Anspruch, der voraussetzt, dass das Grundbuch falsch ist, also die **Grundbuchlage von der wirklichen Rechtslage abweicht**.

Als Eigentümer ist der Bekl. in das Grundbuch eingetragen. Diese Eintragung ist nur dann fehlerhaft und kann einen Grundbuchberichtigungsanspruch begründen, wenn der Beklagte nicht Eigentümer ist.

a) ursprüngliche Rechtslage

Ursprünglich war die Kl. Eigentümerin des Grundstücks

b) Rechtslage nach Vollzug des Kaufvertrages

Nach Einigung in Form der Auflassung nach § 925 BGB und Eintragung in das Grundbuch ist das Eigentum nach § 873 I BGB auf den Bekl. übergegangen.

c) Rechtslage nach wirksamem Rücktritt

Fraglich ist, ob der Rücktritt vom Vertrag dazu geführt hat, dass die Kl. nun wieder Eigentümerin und das Grundbuch daher fehlerhaft ist.

*„Die in § 346 I BGB angeordnete Verpflichtung, im Fall eines **Rücktritts** die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, **verändert nur den schuldrechtlichen Vertrag**, hat also **keine dingliche Wirkung** hinsichtlich der erbrachten Leistungen. Wenn die Leistung in einer Übereignung bestanden hat, ist neben der (tatsächlichen) Rückgabe des übereigneten Gegenstandes eine **Rücküberweisung nötig** (Staudinger/Kaiser, § 346 Rn 68 u. 70; Medicus, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., § 346 Rn 3). Ist der Rückgewährschuldner, wie hier der Bekl., als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, muss der **Rückgewährläubiger** ihn deshalb auf **Rückauflassung des Grundstücks** und auf **Bewilligung der Eigentumsumschreibung** in Anspruch nehmen (vgl. Senat, BGHZ 97, 264 [265] = NJW 1986, 2245; NJW 2009, 3155 [3157] Rn 22).*

*Der von der Kl. geltend gemachte **Grundbuchberichtigungsanspruch** (§ 894 BGB) kommt demgegenüber nur in Betracht, wenn das Grundbuch die bestehende dingliche Rechtslage nicht richtig wiedergibt (Senat, BeckRS 2005, 13491 = BGH-Report 2006, 147). Ein bloß **schuldrechtlicher Anspruch auf Herstellung des einzutragenden Zustands**, wie er nach § 346 I BGB besteht, führt indes nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs (vgl. Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl., § 894 Rn 5; MüKo-Kohler, 5. Aufl., § 894 Rn 5). Mithin gibt das **Grundbuch** die **dingliche Rechtslage** hier **zutreffend** wieder.“ (BGH aaO)*

Die Voraussetzungen für einen Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB liegen nicht vor.

4. Umdeutung in einen Antrag auf Rückübereignung

Möglicher Weise kann jedoch der Antrag auf Grundbuchberichtigung in einen Antrag auf Rückübereignung umgedeutet werden.

*„Der Bekl. hat in seinem Schriftsatz vom 12.05.2009 – zutreffend – darauf **hingewiesen**, dass der geltend gemachte Anspruch auf **Grundbuchberichtigung unbegründet** sei, weil das Grundbuch die dingliche Rechtslage richtig wiedergebe. Da die Kl. dies **nicht zum Anlass genommen hat**, ihren **Antrag zu ändern** oder ihr Klageziel klarzustellen, sondern im Schriftsatz vom 03.06.2009 – im Gegenteil – darauf **beharrt hat**, das **Grundbuch sei hinsichtlich der Eigentümerstellung des Bekl. unrichtig**, ist anzunehmen, dass der Klageantrag in den Tatsacheninstanzen bis zuletzt bewusst auf die Berichtigung des Grundbuchs gerichtet war.“ (BGH aaO)*

Eine Umdeutung des ausdrücklich und wiederholt gestellten Antrags auf Grundbuchberichtigung in einen Antrag auf Rückübereignung kommt daher nicht in Betracht.

5. keine Zurückverweisung

Fraglich ist, ob der BGH die Sache nicht zur Entscheidung an die Vorinstanz zurückverweisen muss. Eine solche Pflicht wäre dann anzunehmen, wenn die Berufungsinstanz die Kl. im Rahmen seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO darauf hätte hinweisen müssen, dass der Antrag fehlerhaft gestellt ist.

*„Der Senat hat in der Sache **selbst zu entscheiden**, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer **Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes** erfolgt und nach Letzterem die **Sache zur Endentscheidung reif** ist (§ 563 III ZPO). Eine Zurückverweisung der Sache ist nicht deshalb angezeigt, weil die Kl. vorbringt, sie hätte die Verurteilung des Bekl. zur Rückauffassung beantragt, wenn in der Berufungsinstanz ein entsprechender Hinweis gem. § 139 ZPO erteilt worden wäre. Der **unterbliebene Hinweis stelle keinen Verfahrensverstoß** dar, denn für das BerGer. bestand **auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung kein Anlass**, auf eine geänderte Antragstellung hinzuwirken.“*

*Angesichts des von dem Bekl. in der Berufungsinstanz erhobenen **Einwands gegen die Begründetheit eines Grundbuchberichtigungsanspruchs** stellt der Aufhebungsgrund auch **keinen neuen** und deshalb zur Zurückverweisung der Sache führenden **rechtlichen Gesichtspunkt** dar (vgl. dazu Senat, NJW 1999, 1329 [1330]; DtZ 1995, 100 = WM 1995, 404 [405]; MüKo-Wenzel, 3. Aufl., § 563 ZPO Rn 21). Vielmehr ist die Klage im Umfang der Aufhebung des Berufungsurteils abzuweisen.“ (BGH aaO)*

Dem steht nicht entgegen, dass der Bekl. **einerseits zur Herausgabe des Grundstücks** verurteilt ist, **andererseits** aber (zunächst) dessen **Eigentümer** bleibt.

*„Ebenso, wie ein Rücktrittsgläubiger nicht gehindert ist, den Rückgewähranspruch des § 346 I BGB nur hinsichtlich einzelner Teile der erbrachten Leistung auszuüben, kann der **Rückgewährschuldner zur bloßen Herausgabe** des empfangenen Gegenstands verurteilt werden. Unzulässig wären nur einander widersprechende Entscheidungen über mehrere aus § 346 I BGB folgende Einzelansprüche innerhalb desselben Rechtsstreits, insbesondere im Verhältnis von Teil- und Schlussurteil (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 301 Rn. 2 u. 7 mwN). Ein solcher Widerspruch liegt hier aber nicht vor, da sich die Abweisung der Klage nicht auf die Verpflichtung des Bekl. bezieht, das Grundstück zurückzuübereignen, sondern den davon zu unterscheidenden Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) betrifft, welcher sich aus § 346 I BGB gerade nicht herleiten lässt.“ (BGH aaO)*

Ergebnis: Der BGH wird das Urteil hinsichtlich des Grundbuchberichtigungsanspruchs aufheben und die Klage abweisen. Um Übrigen wird die Revision keinen Erfolg haben.

StGB
§ 266 I

Untreuetatbestand

§ 266 StGB ist verfassungsgemäß
(BVerfG in NSTZ 2010, 626; Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR2559/08, 105/09, 491/09)

StGB

Der **Untreuetatbestand** des § 266 I StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG zu vereinbaren und damit **verfassungsgemäß**.

Fall: Die Bf. wurden jeweils wegen Untreue zu Freiheitsstrafen verurteilt.

Der Bf. zu I, leitender Angestellter einer international tätigen Aktiengesellschaft, hatte schwarze, dem Gesamtvorstand unbekannt und unter Deckbezeichnungen geführte Konten verwaltet, aus denen Bestechungsgelder für ausländische Amtsträger bestritten wurden. Der Schuldspruch beruht auf der Erwägung, der Bf. habe gegen seine Vermögensbetreuungspflicht verstoßen, indem er seiner Arbeitgeberin bislang unbekannt Vermögenswerte nicht offenbart habe. Durch die Absicht, die Gelder zwar eigenmächtig, letztlich aber im Interesse der Treugeberin zu verwenden, werde der in dem Entzug der Vermögenswerte liegende Schaden nicht kompensiert.

Der Bf. zu II, Vorstand einer Betriebskrankenkasse, hatte 2 Bediensteten über Jahre hinweg übersetzte Prämien gewährt, die zu einer Verdoppelung der bereits vergleichsweise hohen Gehälter führten. Die Gewährung eines dauerhaften 2. Gehalts habe der regulären Vergütungspraxis widersprochen und hätte deshalb eine Entscheidung des Verwaltungsrats erfordert.

Gegenstand des Ausgangsverfahrens gegen die Bf. zu III ist die Bewilligung eines später notleidend gewordenen Millionenkredits durch eine Berliner Bank an ein Immobilienunternehmen. Den Bf. wurde zur Last gelegt, den Kredit ohne korrekte Bonitätsprüfung und unter Umgehung von bankinternen Kontrollmechanismen ausgefolgt zu haben. Infolgedessen sei eine schadensgleiche Vermögensgefährdung eingetreten, die das LG mit dem nicht durch Grundpfandrechte abgesicherten Anteil von rund 3 Mio. DM veranschlagt hatte. Der BGH hat die dieser Berechnung zu Grunde liegende Annahme, der nicht abgesicherte Rückzahlungsanspruch sei wirtschaftlich wertlos gewesen, zwar beanstandet, ist indessen davon ausgegangen, dass sich die fehlerhafte Berechnung nicht zum Nachteil der Beschwerdeführer ausgewirkt habe.

- I. Für den Gesetzgeber enthält Art. 103 II GG in seiner Funktion als **Bestimmtheitsgebot** die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 75, 329).
 1. Die **allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze**, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen (vgl. BVerfGE 101, 1; 108, 282) und dass er Rechtsvorschriften so genau fassen muss, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (**Grundsatz der Normenklarheit**; vgl. BVerfGE 93, 213), gelten danach für den besonders grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts besonders strikt. Das Bestimmtheitsgebot verlangt daher, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht (vgl. BVerfGE 48, 56; 92, 1).
 2. Soweit es nach der BVerfG-Rspr. in Grenzfällen ausnahmsweise genügt, wenn lediglich das **Risiko einer Bestrafung erkennbar** ist (vgl. BVerfGE 48, 56; 92, 1), trägt dies der **Unvermeidbarkeit von Randunschärfen** Rechnung. Verfassungsrechtliche Bedenken, die die Weite eines Tatbestands (-merkmals) bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können zudem durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine gefestigte höchstrichterl. Rspr., entkräftet werden (vgl. BVerfGE 26, 41; 87, 209; 92, 1). Allein die Tatsache, dass ein Gesetz bei extensiver, den möglichen Wortlaut ausschöpfender Auslegung auch Fälle erfassen würde, die der parlamentarische Gesetzgeber nicht bestrafen wollte, macht das Gesetz nicht verfassungswidrig, wenn und soweit eine restriktive, präzisierende Auslegung möglich ist (vgl. BVerfGE 87, 399).
 3. Art. 103 II GG enthält zudem **Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente**: Die Gerichte dürfen nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen

lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 II GG entfernen (vgl. BVerfGE 71, 108; 87, 209; 92, 1). Andererseits ist die Rspr. gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot).

Besondere Bedeutung hat diese Pflicht bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat. Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 26, 41; 45, 363), trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken. Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes (vgl. dazu BVerfGE 74, 129; 122, 248) hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen.

II. Nach diesen Maßstäben ist der **Untreuetatbestand** in seiner geltenden Fassung **mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG** noch **zu vereinbaren**.

1. Im Falle des Nachteilsmerkmals muss die **Auslegung den gesetzgeberischen Willen beachten**, dieses Merkmal als selbstständiges neben dem der Pflichtverletzung zu statuieren; sie darf daher dieses Tatbestandsmerkmal nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen, d.h., es in diesem Merkmal aufgehen lassen (zu dieser Gefahr vgl. Saliger ZStW 112, 610; ders. HRRS 2006, 10). Deswegen und um das **Vollendungserfordernis** zu wahren, sind eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Nachteils geboten. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen – etwa bei einem ohne Weiteres greifbaren Mindestschaden – abgesehen, werden die Strafgerichte den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen müssen.
2. Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, **wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen**. So kann z.B. die **Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken** nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war.
3. **Fraglich ist jedoch, ob** bei der Feststellung eines Vermögensnachteils auf **die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens zurückgegriffen werden kann**.

Diese **dogmatische Konstruktion** ist unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots zwar nicht grds. zu beanstanden, doch müssen die bereits dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung des Untreuetatbestands (hier: des Nachteilsmerkmals) auch fallbezogen gewahrt bleiben.

- a) Mit der **Gleichsetzung von Schaden und Gefährdung** (unter bestimmten Umständen und in gewissem Umfang) tragen Rspr. und Lit. der Tatsache Rechnung, dass sich in einem marktorientierten Wirtschaftssystem die Preise über den Mechanismus von Angebot und Nachfrage bilden und dass sich daher auch die Zukunftserwartungen der Marktteilnehmer auf den erzielbaren Preis und damit den Wert von Gegenständen auswirken.

Dem entsprechend geht der BGH davon aus, dass sich in **Fällen der Kreditvergabe** ein Gefährdungsschaden bereits aus der **Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs gegenüber der ausgereichten oder auszureichenden Darlehensvaluta** ergeben kann (vgl. BGHSt 47, 147; Schmitt BKR 2006, 125; Hellmann ZIS 2007, 433).

„Diese Auffassung liegt auch der Schadensermittlung im vorliegenden Fall zu Grunde: Ihr lässt sich nicht das von den Bf. (ähnlich Klötzer/Schilling StraFo 2008, 303) für absurd gehaltene Ergebnis entgegenhalten, dass sich tatsächlich in höherem Maße als erwartet erfolgende Rückzahlungen nicht mehr schadensmindernd auswirken; eine unvorhersehbare glückliche nachträgliche Entwicklung ist nicht geeignet, die wirtschaftliche Minderwertigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt – die sich, soweit erkannt, bei einer Veräußerung der betreffenden Vermögenswerte voll auswirken würde – nachträglich zu beseitigen.“ (BVerfG aaO)

- b) Auch wenn mithin keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Anwendung der dogmatischen Figur des Gefährdungsschadens auf den Untreuetatbestand – auch und gerade in Fällen der Kreditvergabe – bestehen, so ist doch festzustellen, dass damit die **Gefahr einer Überdehnung des Tatbestands** in erhöhtem Maße verbunden ist.

*„Bewertung und Wertberichtigung von Forderungen gehören zum kaufmännischen Alltag (vgl. BGH NStZ 2009, 330; Nack StraFo 2008, 277). Gleichwohl können sie im Einzelfall – insbes. in den Fällen der Kreditvergabe – komplexe wirtschaftliche Analysen erfordern. Der niedrigere „beizulegende Wert“ i.S.d. § 253 IV HGB ist bei Forderungen regelmäßig nicht auf einen Markt- oder Börsenpreis zurückführbar, sondern ergibt sich aus der Einbringlichkeit der Forderung am Bilanzstichtag (vgl. Wimmer/Kusterer DStR 2006, 2046). Zu ermitteln ist also der Barwert der voraussichtlich erzielbaren künftigen Zins- und Tilgungszahlungen (vgl. Fischer/Sittmann-Haury IRZ 2006, 217; v. Heynitz/Jörg BC 2003, 97) unter Berücksichtigung der Bonität des Kreditnehmers und der Rendite des Kredits (vgl. Schneider BB 1995, 2155) sowie aller Umstände, die den Forderungseingang zweifelhaft erscheinen lassen (vgl. Ellrott/Ring, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 6. Aufl., § 253 HGB Rn 569). Auch **verwertbare Sicherheiten und etwaige Rückgriffsmöglichkeiten sind bei der Bestimmung des Ausfallrisikos zu berücksichtigen**. Die Bankpraxis ist gehalten, Arbeitsanweisungen zu erstellen, die dokumentieren, anhand welcher Kriterien Einzelwertberichtigungen zu erfolgen haben; die von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht festgelegten Mindestanforderungen an das Risikomanagement der Kreditinstitute sehen vor, dass die Institute bspw. im Wege eines institutsinternen Forderungsbewertungsverfahrens Kriterien festzulegen haben, auf deren Grundlage unter Beachtung der angewandten Rechnungslegungsnormen Wertberichtigungen, Abschreibungen und Rückstellungen für das Kreditgeschäft zu bilden sind.“ (BVerfG aaO)*

- c) Demgegenüber hält die Rspr. in den Fällen des Gefährdungsschadens eine konkrete Feststellung der Schadenshöhe nach anerkannten Bewertungsmaßstäben nicht durchweg für erforderlich, sondern geht verbreitet davon aus, dass ein **Gefährdungsschaden bei Durchführung von Risikogeschäften** wie der Kreditvergabe dann vorliegen soll, wenn
- „**Geschäfte** betrieben werden, die von dem Gebot kaufmännischer Sorgfalt **weit abweichen**, indem einer aufs Äußerste gesteigerten Verlustgefahr nur eine höchst zweifelhafte Aussicht auf einen günstigen Verlauf gegenübersteht, durch die der Beschuldigte wie beim Glücksspiel, alles auf eine Karte setzt“ (vgl. RGSt 61, 211; 66, 255; Nack NJW 1980, 1599) oder wenn
 - der Täter „nach Art eines Spielers bewusst und **entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt** eine aufs äußerste gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erlangen“ – wobei sich eine eindeutige, allgemeine, für jeden Einzelfall gültige Bewertungsregel kaum festlegen lasse (vgl. BGH NJW 1975, 1234).

Liegen diese Kriterien vor, dann wird die Forderung mit ihrem Nominalbetrag als Vermögensnachteil in Form einer Vermögensgefährdung eingestuft, die wegen des hohen Ausfallrisikos schadensgleich ist.

Bei der Strafzumessung wird aber auf den „echten“ Schaden abgestellt, indem schuld mindernd bewertet wird, dass „nur“ ein Gefährdungsschaden vorgelegen hat (vgl. Nack StraFo 2008, 277). Zu Gunsten des Verzichts auf eine Quantifizierung des Gefährdungsschadens werden die mit einer Bewertung verbundenen praktischen Schwierigkeiten angeführt, die auch durch den Einsatz von Sachverständigen nicht ohne Weiteres zu bewältigen seien.

- d) Der **Verzicht auf eine eigenständige Ermittlung des Nachteils**, wozu angesichts der Schwierigkeiten der Beurteilung bei Kreditvergaben i. d. Regel die Konkretisierung des Schadens der Höhe nach anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens gehört, **begegnet** nach BVerfG aaO jedoch **durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken**.

*„Er ist geeignet, die **eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Nachteilsmerkmals zu unterlaufen**, indem an die Stelle der vom Gesetzgeber gewollten wirtschaftlichen Betrachtung eine **weitgehend normativ geprägte Betrachtungsweise** tritt, wie die zitierten Formeln der Rspr. (weite Abweichung von den Geboten kaufmännischer Sorgfalt, Handeln nach Art eines Spielers) zeigen. Ein eigenständiger, über das Merkmal der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht hinausgehender Gehalt des Nachteilsmerkmals ist bei solcher Auslegung nicht mehr zu erkennen; es findet eine „Verschleifung“*

der Tatbestandsmerkmale entgegen der **gesetzgeberischen Intentionen** statt (vgl. MüKo-StGB/Dierlamm, 2006, § 266 Rn 6).

Damit wird die Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Versuchsstrafbarkeit unterlaufen: Erst die konkrete wirtschaftliche Auswirkung macht eine zukünftige Verlustgefahr zu einem gegenwärtigen Schaden. Wird auf die nachvollziehbare, in der Regel zahlenmäßig zu belegende Ermittlung und Benennung des („Gefährdungs“-)Schadens verzichtet, besteht die **Gefahr einer allgemeinen und undifferenzierten Gleichsetzung von (zukünftiger) Verlustgefahr und (gegenwärtigem) Schaden** (vgl. Otto JZ1985, 69 und JZ 1993, 652; Aldenhoff/Kuhn ZIP 2004, 103). Nur eine nachvollziehbare Darlegung und Ermittlung des Schadens auch in seinem Ausmaß kann verhindern, dass eine Bestrafung wegen (vollendeter) Untreue auch dann erfolgt, wenn **Verlustwahrscheinlichkeiten** so diffus sind oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss, wenn auch möglich bleibt (vgl. Dierlamm NStZ 1997, 534; Ransiek ZStW 1004, 634). Dem entsprechend sind sowohl im Schrifttum als auch in der Rspr. des BGH bereits Bedenken geäußert worden, dass die Übertragung des ursprünglich für die Bestimmung des Vermögensschadens in Sonderfällen des Betrugs entwickelten Begriffs der schadensgleichen Vermögensgefährdung auf die Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 266 I StGB im Ergebnis zu einer Ausweitung des ohnehin schon äußerst weiten Tatbestands der Untreue in Richtung auf ein bloßes Gefährdungsdelikt führen könne (vgl. MüKo-StGB/Dierlamm aaO, § 266 Rn 186, 195; Fischer, 57. Aufl., § 266 Rn 159 mwN; SK-StGB-Samson/Günther, § 266 Rn 45; BGHSt 51, 100).“ (BVerfG aaO)

- III. **Ergebnis:** Um eine derartige **verfassungswidrige Überdehnung des Untreuetatbestands** in den Fällen des Gefährdungsschadens zu vermeiden, ist es nach BVerfG aaO notwendig – aber auch ausreichend –, die dargelegten **Maßgaben für die präzisierende und restriktive Auslegung des Nachteilsmerkmals strikt zu beachten**. Danach sind auch Gefährdungsschäden von den Gerichten in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise festzustellen. Anerkannte Bewertungsverfahren und -maßstäbe sind zu berücksichtigen; soweit komplexe wirtschaftliche Analysen vorzunehmen sind, wird die Hinzuziehung eines Sachverständigen erforderlich sein. Die im Falle der hier vorzunehmenden Bewertung unvermeidlich verbleibenden Prognose- und Beurteilungsspielräume sind durch vorsichtige Schätzung auszufüllen, im Zweifel muss freigesprochen werden.

StGB
§ 266

Untreue

Verletzung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten (BGH in NJW 2010, 3458; Urteil vom 27.08.2010 – 2 StR 111/09)

StGB

Der **Geschäftsführer einer GmbH** kann sich **wegen Untreue strafbar** machen, **wenn** er unter Verstoß gegen § 43 I GmbHG und unter Verletzung von Buchführungsvorschriften eine **schwarze Kasse im Ausland einrichtet**.

Fall: Der Angekl. T, ehemaliger Geschäftsführer von zwei Tochtergesellschaften des Trienekens-Konzerns (im Folgenden: T-GmbH), an dem seit 1989 neben der Familie Trienekens in etwa gleichem Umfang auch ein Unternehmen der RWE-Gruppe beteiligt war, veranlasste auf Weisung Trienekens verdeckte Zahlungen auf Scheinrechnungen in einer Gesamthöhe von über 9 Mio. DM in eine «schwarze Kasse». Diese war ein außerhalb der Buchhaltung des Konzerns geführtes Konto zur Finanzierung „nützlicher Aufwendungen“. Solche Aufwendungen sollten dazu dienen, sowohl im Inlands-, vornehmlich aber im Auslandsgeschäft bei Entscheidungsträgern eine „politische Grundbereitschaft“ herzustellen. So leistete T aus dieser Kasse eine Zahlung in Höhe von 1,5 Mio. DM an den Lokalpolitiker, der u. a. deswegen inzwischen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt worden ist, außerdem eine Zahlung in Höhe von 1,1 Mio. DM an zwei unbekannt gebliebene Personen in Nordspanien, um dort „Türen zu öffnen“. Über die Verwendung der Gelder entschied ausschließlich T persönlich, ohne jemand anderen darüber zu informieren.

Für die Errichtung und Unterhaltung der Kasse bediente T sich einer Briefkastenfirma in der Schweiz. Nicht alle Gesellschafter waren über die „schwarze Kasse“ informiert, vielmehr verschleierte T gegenüber den verantwortlichen Organen der zum RWE-Konzern gehörenden Mitgesellschafterin die wahren Hintergründe der Zahlungen.

T könnte sich wegen **Untreue nach § 266 StGB** strafbar gemacht haben.

I. Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht

„T war als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer bzw. alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied der T-GmbH zur Wahrung deren Vermögensinteressen verpflichtet.“ (BGH aaO)

II. Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht

Der Untreuevorwurf ist an die Weisungen des T geknüpft, Vermögensbestandteile der Treugeberin mittels fingierter Geschäftsvorfälle und inhaltlich unrichtiger Buchungsvorgänge aus der Buchhaltung des Unternehmens auszusondern und in eine im Ausland verdeckt geführte Kasse zu transferieren.

1. Die Verletzung der T obliegenden **qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht** lag nicht in der Eigenmächtigkeit der durch ihn betriebenen Mittelverlagerung i. S. einer **Verletzung gesellschaftsrechtlicher Kompetenzvorschriften**.

„T war als Mitglied des zur Geschäftsführung der Gesellschaft berufenen Organs hinsichtlich seiner Entscheidungen über den Einsatz und die Koordinierung von Unternehmensressourcen nicht in der Weise beschränkt, dass er eine Zustimmung der (Mit-)Gesellschafter hätte einholen müssen. Eine Pflicht zur Vorlage ergab sich weder aus den gesellschaftsvertraglichen Grundlagen oder der Beschlusslage der Geschäftsorgane, noch erreichten die Zahlungen an die S-AG im Vergleich zum Gesamtumsatz der T-Gruppe einen solchen Umfang, dass eine Vorlagepflicht unter dem Gesichtspunkt eines tiefgreifenden Eingriffs in Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Gesellschafter in Betracht gekommen wäre (BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703; BGHZ 159, 30 = NJW 2004, 1860 = NZG 2004, 571). Bei der Einrichtung und Verwendung eines Bankkontos für bestimmte Geschäftsvorfälle handelt es sich, soweit diese sich innerhalb des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands halten und die Grundsätze der Unternehmenspolitik unberührt lassen (BGH NJW 1991, 1681; Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 35 Rn 30), zunächst typischerweise um eine Maßnahme der laufenden Geschäftsführung (so auch Rönnau, Festschr. f. Tiedemann, S. 713), die grds. in den originären Zuständigkeitsbereich des geschäftsführenden Geschäftsorgans fällt (vgl. auch BGHSt 28, 371 = NJW 1980, 406).“ (BGH aaO)

2. T verletzte seine Treuepflicht aber dadurch, dass er **entgegen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns** (§ 43 I GmbHG) sowie unter **Verstoß gegen das handelsrechtliche Gebot der Vollständigkeit und Richtigkeit der Buchführung** (§ 239 II HGB) Vermögensgegenstände durch inhaltlich falsche Buchungsvorgänge aus der Buchhaltung aussonderte, um unter gezielter Umgehung der gesellschaftsinternen Kontrollen und seiner Rechenschaftspflichten über Vermögensbestandteile der Treugeberin nach Maßgabe eigener Zwecksetzung verfügen zu können.
 - a) Die **Sorgfaltsgeneralklauseln** des Gesellschaftsrechts sind als **Anknüpfungspunkt zur Bestimmung einer Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 I StGB** geeignet, weil durch fallgruppenspezifische Konkretisierung die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall gesichert ist (vgl. BVerfG NJW 2010, 3209).

„Die Sorgfaltspflichten der § 43 I GmbHG umfassen nach allgemeiner Auffassung zum einen die Pflicht, für die Legalität des Handelns der Gesellschaft, insbes. auch für die Erfüllung der ihr aufgetragenen **buchführungs- und steuerrechtlichen Pflichten** Sorge zu tragen (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43 Rn 8). Verstöße gegen die **Legalitätspflicht** können auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lägen in deren Interesse (Lutter/Hommelhoff, § 43 Rn 9; Baumbach/Hueck, 19. Aufl., § 43 Rn 22). Die – sei es auch profitable – Pflichtverletzung liegt nicht im Handlungsspielraum des geschäftsführenden Organs; die Bindung an gesetzliche Vorschriften hat vielmehr Vorrang (vgl. Rönna, Festschr. f. Tiedemann, S. 713). Zum anderen begründet der Pflichtenmaßstab des § 43 I GmbHG auch die **Pflicht zur Loyalität gegenüber den übrigen Geschäftsorganen**. Dies bedeutet insbesondere, dass das Geschäftsleitungsorgan durch Information und Beratung dafür zu sorgen hat, dass die anderen Organe die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen können (Lutter/Hommelhoff, § 43 Rn 10).“ (BGH aaO)

- b) Die **Einrichtung und Unterhaltung einer „Kriegskasse“ im Ausland** verletzte in gravierender Weise die von T zu beachtende Sorgfalt in beiderlei Hinsicht: Er verschleierte die von ihm vorgenommenen Vermögensverschiebungen durch das Auslassen tatsächlicher und Hinzufügen fingierter Vorfälle in den Geschäftsbüchern nicht nur zur Täuschung des Finanzamts, sondern auch um Abweichungen gegenüber den unter Beteiligung der Mitgesellschafterin aufgestellten Jahreswirtschaftsplänen zu verhindern, den Scheincharakter der Rechnungen gegen kritische Fragen und Kontrollen von Organvertretern der Mitgesellschafterin abzusichern und die Speisung seiner „Kriegskasse“ zu ermöglichen.

„**Damit unterlief T gleichzeitig die der Mitgesellschafterin von Gesetzes wegen eingeräumten Minderheitsrechte**, insbes. das Recht auf Einberufung der Gesellschafter- bzw. der Hauptversammlung nach § 50 GmbHG das **Recht auf Auskunftserteilung und Einsicht in die Bücher und Schriften** nach § 51a GmbHG.“ (BGH aaO)

- c) Zugleich verletzte T damit die ihm nach § 41 GmbHG obliegende **Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Buchführung der Muttergesellschaft zu sorgen**, was auch die **Konzernbuchhaltung** für die zum Konsolidierungskreis des T-Konzerns gehörenden Tochterunternehmen einschloss (§ 290 HGB).

„Die **Buchführungsvorschriften** beinhalten eine Konkretisierung der Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben des jeweiligen Organs und des ihm durch die Generalklauseln auferlegten Sorgfaltsmaßstabs (Hopt/Wiedemann, § 91 Rn 1).

Zwar wird der Charakter der dem geschäftsführenden Organ einer Kapitalgesellschaft auferlegten handelsrechtlichen Buchführungspflicht als Vermögensbetreuungspflicht verschiedentlich mit der Begründung in Abrede gestellt, sie diene nicht dem Schutz des Vermögensträgers selbst, sondern allein dem öffentlichen Interesse am Schutz seiner Gläubiger (vgl. etwa Brammsen wistra 2009, 85). Dies trifft aber jedenfalls für gravierende Verstöße, wie sie bewusste Nicht- und Falschbuchungen zur Verschleierung der Führung „schwarzer Kassen“ durch Organe einer Kapitalgesellschaft darstellen, nicht zu (so auch Rönna, Festschr. f. Tiedemann, S. 713; ders. StV 2009, 246; Knauer NSTz 2009, 151; Satzger NSTz 2009, 297). Derartige Vorgänge stellen **Verletzungen auch der Vermögensinteressen der betroffenen Gesellschaft selbst** dar. Zweck der gesetzlichen Vorgaben über die Rechnungslegung bei Kapitalgesellschaften ist es zumindest auch, neben den Gläubigern ebenso die Gesellschafter als materielle Inhaber des Gesellschaftsvermögens und die mit der Wahrung ihrer Interessen betrauten Kontrollorgane der Gesellschaft über deren Vermögensstand und finanzielle Lage zu informieren. Ihnen eröffnet sich im Regelfall allein über die Geschäftsbücher die Möglichkeit, den Stand des Gesellschaftsvermögens zu ermitteln, die Mittelverwendung durch den Geschäftsführer bzw. den Vorstand zu kontrollieren und sich ergebende Ersatzansprüche gegen diese geltend zu machen (Lutter/Hommelhoff, Vorb. § 41 Rn 28). Dementsprechend sieht die Rspr. in einer **unordentlichen Buchführung** dann eine **pflichtwidrige Untreuehandlung**, wenn der Treugeber **keine Übersicht über seine Rechte und Pflichten**, mithin über seinen Vermögensstand zu gewinnen vermag, so dass er verhindert ist, Ansprüche geltend zu machen, weil er sie nicht erkennt (vgl. schon BGH bei Holtz MDR 1956, 121; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 266 Rn 73). Es geht hier auch nicht lediglich um den Fall der Verbuchung von Zahlungen auf Rechnungen mit falscher Leistungsbezeichnung, die den Vermögensstand der Treugeberin nicht unmittelbar betrafen; vielmehr standen den Zahlungen nicht anders zu bezeichnende, sondern **keine Gegenleistungen** der S-AG gegenüber.“ (BGH aaO)

3. An einer **wirksamen Einwilligung der Treugeberin**, welche eine Pflichtwidrigkeit möglicherweise hätte ausschließen können (vgl. BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89 = NSTz 2009, 95), **fehlte es**.

- a) Da die **Pflichtwidrigkeit des Handelns** Merkmal des Untreuetatbestands ist, schließt das Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus.

BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = NSTz 2006, 214 = NZG 2006, 141; BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89 = NSTz 2009, 95

Bei **juristischen Personen** tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen **oberstes Willensorgan** für die Regelung der inneren Angelegenheiten (vgl. BGHSt 9, 203 = NJW 1956, 1326). Eine erklärte Einwilligung ist nur dann unwirksam, wenn sie gesetzwidrig oder erschlichen ist, auf sonstigen Willensmängeln beruht oder – wie bei der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz einer juristischen Person – ihrerseits pflichtwidrig ist (Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn 21; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 266 Rn 90).

- b) **Oberstes Willensorgan der GmbH** ist die **Gesamtheit ihrer Gesellschafter** (BGHSt 9, 203 = NJW 1956, 1326).

„Dies ergibt sich insbes. aus deren Befugnis zur Erteilung von Weisungen gegenüber den Geschäftsführern gem. § 37 I GmbHG und zu Abänderungen des Gesellschaftsvertrags gem. § 53 I GmbHG (Wolff, Münchener Hdb. d. GesellschaftsR, 3. Aufl., Bd. 3, § 36 Rn 3; Lutter/Hommelhoff, § 45 Rn 4; Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 45 Rn 5; anders Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl., § 45 Rn 4: Organstellung nicht der Gesamtheit der Gesellschafter, sondern der Gesellschafterversammlung).

Ein die Pflichtwidrigkeit i.S. des § 266 StGB ausschließendes Einverständnis der Gesellschafter kommt auch dann in Betracht, wenn die Vermögensverfügung des Geschäftsführers unter Verstoß gegen Buchführungsvorschriften erfolgt (BGHSt 35, 333 = NJW 1989, 112; Rönnau, Festschr. f. Tiedemann, S. 713; anders noch BGHSt 34, 379 = NJW 1988, 1397).“ (BGH aaO)

- c) Nach der **neueren BGH-Rspr.** kommt jedoch **nur dem Einverständnis sämtlicher Gesellschafter** einer Kapitalgesellschaft oder einem (Mehrheits-)Beschluss des die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentierenden Gesellschaftsorgans **tatbestandsausschließende Wirkung** zu.

so BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214 = NZG 2006, 141 betr. die Aktiengesellschaft; noch enger Krekeler/Werner, Unternehmer u. Strafrecht, 2006: stets Einverständnis aller Gesellschafter erforderlich

*„Ob nur Mehrheitsentscheidungen der Gesellschafter tatbestandsausschließende Wirkung beigemessen werden kann, die im Wege eines förmlichen Beschlusses herbeigeführt worden sind (krit. Ransiek NJW 2006, 814; MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn 136), oder ob tatbestandsausschließende Wirkung auch solchen Mehrheitsentscheidungen zukommt, die nicht unter Einhaltung der Formalien der §§ 47ff. GmbHG getroffen worden sind, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Voraussetzung der Erteilung eines **tatbestandsausschließenden Einverständnisses durch eine Gesellschaftermehrheit** ist jedenfalls stets die **inhaltliche Befassung** auch der Minderheitsgesellschafter mit der Frage der **Billigung der betreffenden Pflichtwidrigkeit**. Dies folgt daraus, dass Träger des rechtlich geschützten Vermögensinteresses die GmbH selbst ist, nicht ihre einzelnen Gesellschafter. Von einer Willensbildung ihres obersten Willensorgans und von einem mehrheitlichen Konsens in der Sache (Schramm, Untreue u. Konsens, 2005, S. 125) kann aber nur die Rede sein, wenn die Gesamtheit der Gesellschafter mit der in Rede stehenden Fragestellung überhaupt befasst worden ist, nicht dagegen, wenn die fragliche Pflichtwidrigkeit, wie hier, vor der Minderheitsgesellschafterin bzw. deren willensbildenden Organen planmäßig verschleiert worden ist. Anderenfalls würden die Minderheitsrechte der uninformiert bleibenden Mitgesellschafterin, etwa auf Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 50 GmbHG sowie auf Auskunftserteilung und Einsicht in die Bücher und Schriften nach § 51a GmbHG, und ihre Befugnis zur Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit von Mehrheitsentscheidungen unterlaufen. Soweit es den Tatzeitraum betrifft, innerhalb dessen die Treugeberin als GmbH verfasst war, hat das LG eine Kenntnis der Minderheitsgesellschafterin RWE von den Vermögensverschiebungen auf der Grundlage seiner rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zutreffend verneint.“ (BGH aaO)*

III. Vorliegen eines Vermögensschadens

Durch die pflichtwidrigen Handlungen entstanden der Treugeberin **Vermögensnachteile** i.S. von § 266 I StGB.

Denn nicht nur hinsichtlich des beträchtlichen Teils der Zahlungen, die als Provisionen und Honorare für die an der Einrichtung und Verwendung der schwarzen Kasse Beteiligten abgeflossen sind, ist ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten. Vielmehr liegt in der gesamten Höhe des an die S-AG überwiesenen Betrags nicht nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung, sondern bereits ein endgültiger Vermögensschaden.

1. Der **BGH** (BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89 = NStZ 2009, 95) hat an seiner Auffassung nicht festgehalten, das „bloße“ Führen einer verdeckten Kasse sei lediglich als schadensgleiche Vermögensgefährdung anzusehen (so noch BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 = NStZ 2007, 583). Vielmehr hat er die **Führung einer solchen Kasse** durch einen leitenden Angestellten einer Aktiengesellschaft ohne Kenntnis des Vorstands und unter

Verstoß gegen dessen ausdrückliche Richtlinien bereits als **endgültigen Vermögensschaden der Treugeberin** bewertet.

*„Bei pflichtwidriger Wegnahme, Entziehung, Vorenthaltung oder Verheimlichung von Vermögensteilen durch einen Arbeitnehmer kann der Eintritt eines Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass der Täter beabsichtigt, die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch „letztlich“ ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Die **Bestimmung über die Verwendung des eigenen Vermögens obliegt dem Vermögensinhaber**, im Fall einer Kapitalgesellschaft deren zuständigen Organen (BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89 = NStZ 2009, 95).“ (BGH aaO)*

2. Diese rechtliche Würdigung ist auf die Einrichtung und Führung einer verdeckten Kasse durch den alleinvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer bzw. AG-Vorstand, also das eigentlich für die Vermögensverwaltung des Treugebers zuständige Organ, zwar nicht ohne Weiteres übertragbar. Die Würdigung der durch T veranlassten Vermögensverschiebungen als endgültiger Schaden beruht hier jedoch auf der **konkreten Ausgestaltung der verdeckten Kasse**.

*„T veranlasste die Einzahlung der auf seine Initiative verschobenen Geldmittel auf ein ausländisches Bankkonto einer ausländischen juristischen Person, die ausschließlich durch ihren ausländischen Alleingesellschafter, den Immobilienmakler H, beherrscht wurde. Als **nach außen hin wirtschaftlich Berechtigten** schob er den „Lobbyisten“ S vor. Ein eigener zivilrechtlicher Auszahlungsanspruch der T-GmbH/AG oder eines von ihr beherrschten Unternehmens gegen die kontoführende Bank bestand damit nicht; die Treugeberin hätte allenfalls gegen T persönlich oder dessen an der Einrichtung der schwarzen Kasse beteiligten Helfer vorgehen können (vgl. BVerfG NJW 2010, 3209). Die Gelder waren unter **Aufbau einer vorgetäuschten Geschäftsfassade** aus dem Vermögensbestand der T-Gruppe herausgelöst und tauchten weder in der Haupt- noch in einer inoffiziellen Nebenbuchhaltung auf. Ihr **Verbleib und ihre Verwendung wurden von keiner Unternehmenseinheit** der T-Gruppe überwacht. Die Kontrolle über die Verwaltung lag vielmehr ausschließlich bei T persönlich. Soweit die Gelder nicht ohnehin zur Deckung der Kosten für die Einrichtung und Aufrechterhaltung der verdeckten Kasse selbst dienten, war auch im Zuge ihrer späteren Verwendung weder ein Rückfluss in den Vermögensbestand des Unternehmens noch eine Entscheidung oder Kontrollmöglichkeit durch dessen Organe oder untergeordnete Einheiten vorgesehen. Sie wurden vielmehr in bar abgehoben und durch Boten an T überbracht, der über ihre weitere Verwendung persönlich unter bewusstem Ausschluss der Kontrolle und Aufsicht durch die Gesellschaftsorgane entschied. Eine Sicherung gegen eigenmächtige Zugriffe der zur Unterhaltung der schwarzen Kasse oder zum Transport der Bargelder eingesetzten Personen (H, E, S) bestand nicht, ebenso wenig Vorkehrungen für den Fall des unerwarteten Ausfalls zumindest einiger dieser Personen oder von T selbst oder zum Schutz vor Zugriffen von Gläubigern der S-AG. Dem entspricht, dass T seit Längerem die ordnungsgemäße Verwaltung und Abrechnung durch H bezweifelte und dass auch persönliche Nachforschungen seines Rechtsanwalts im Februar 2002 in der Schweiz nach dem verbliebenen Geld ohne Erfolg blieben. I. Ü. hätte der Versuch einer gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen gegen die S-AG, H persönlich oder einen anderen am Betrieb der schwarzen Kasse Beteiligten zwangsläufig eine strafrechtliche Verfolgung nach sich gezogen.*

Bei dieser Sachlage waren die ausgegliederten Vermögenswerte bereits zur Zeit ihrer Überführung in die schwarze Kasse nicht nur i. S. einer Vermögensgefährdung in ihrem wirtschaftlichen Wert gemindert (vgl. zu diesem Begriff des Gefährdungsschadens zuletzt grundlegend BVerfG NJW 2010, 3209; s. auch Schönke/Schröder, § 266 Rn 45c) sie waren vielmehr dem Zugriff der Treugeberin bereits endgültig entzogen.“ (BGH aaO)

3. Die mögliche **Absicht T's**, den nach Abzug der Kosten verbleibenden Teil der **Gelder** bei späterer Gelegenheit **im Interesse der Treugeberin zu verwenden**, insbes. um durch verdeckte Zahlungen Geschäftsabschlüsse für sie zu akquirieren und ihr so mittelbar zu einem Vermögensvorteil zu verhelfen, ist **für die Bewertung als Untreue ohne Belang**.

„Das Erlangen von durch spätere Geschäfte letztlich erzielten Vermögensvorteilen durch die Treugeberin kann den bereits eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigen, sondern allenfalls eine Schadenswiedergutmachung darstellen (vgl. BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89 = NStZ 2009, 95).

Infolge der Erstattung der Zahlungen an die Tochtergesellschaften bzw. der Minderung des Gewinnabführungsanspruchs gegen die I-GmbH für das jeweilige Geschäftsjahr ist der Schaden, wie von T und auch den Angekl. von Anfang an beabsichtigt, in allen Fällen bei der Treugeberin, also der von T geführten Muttergesellschaft, eingetreten.“ (BGH aaO)

- IV. Am **Vorsatz** T's bestehen weder hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit noch hinsichtlich des so verstandenen (endgültigen) Vermögensschadens Zweifel, wie nicht nur seine Verschleierungshandlungen gegenüber der Mitgesellschafterin, sondern auch die spätere, von ihm widerstandslos hingenommene Festlegung eines pauschalen Abschlags auf den Preis der Gesellschaftsanteile im Zuge der Übernahme durch die RWE belegen.
- V. **Ergebnis:** T hat sich durch das Einrichten der „schwarzen Kassen“ wegen Untreue nach § 266 StGB strafbar gemacht.

BayStrWG
Art. 14, 18

Sondernutzungserlaubnis zum Spendensammeln
Versagung nicht aus Gründen des Verbraucherschutzes

POR

(VGH München in NVwZ-RR 2010, 830; Urteil vom 22.06.2010 - 8 BV 10.182)

1. Eine **Sondernutzungserlaubnis** ist erforderlich für die über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung der Straße.
2. Der **Gemeingebrauch** umfasst die Nutzung im Rahmen der Widmung. Hierzu gehört auch der **kommunikative Verkehr**.
3. Das **Spendensammeln** unterfällt diesem nicht und ist daher als **Sondernutzung** anzusehen.
4. Die Sondernutzungserlaubnis kann **nur aus straßenrechtlichen Gründen versagt** und auch nur aus diesen Gründen mit Nebenbestimmungen versehen werden.
5. Ein **Nachschieben von Gründen** im gerichtlichen Verfahren ist **nach Erledigung des Verwaltungsaktes nicht mehr möglich**.

Fall: Die Parteien streiten um ein straßenrechtliches Verbot des Spendensammelns und der Mitgliederwerbung. Der Kl. ist ein eingetragener Tierschutzverein, der durch einen Informationsstand in der Fußgängerzone der Bekl. am 13. und 14.08.2009 über den richtigen Umgang mit Tieren aufklären und für sein Anliegen der Rettung in Not geratener Tiere werben wollte. Mit Bescheid vom 20.07.2009 erteilte die Bekl. dem Kl. die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für den Informationsstand mit folgender Auflage: „*Es wird nicht erlaubt, Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften abzuschließen sowie Spenden einzusammeln.*“ Für den Fall des Zuwiderhandelns gegen diese für sofort vollziehbar erklärte Auflage wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 500 Euro angedroht. Zur Begründung führte die Behörde aus, dass die Sondernutzungserlaubnis nur zur Information der Bevölkerung erteilt würde. Nach allgemeiner Praxis würde für Informations- und Werbeveranstaltungen mit geschäftsanbahnender Tätigkeit keine Sondernutzungserlaubnis erteilt. Den Belangen des Vereins werde dadurch Genüge getan, dass er die Bevölkerung von seiner Tätigkeit überzeugen und Hinweise für eine individuelle Unterstützung geben könne. Es würden jedoch auch die Belange der vorbeigehenden Menschen berücksichtigt, die nach einer Information frei und in Ruhe wählen sollten, ob und wie eine mögliche Unterstützung infrage komme. Voreiligen Abschlüssen ohne ausreichende Prüfungsmöglichkeit der erhaltenen Informationen solle damit Einhalt geboten werden. Der Kl. nahm auf Grund dieser Auflagen von der Durchführung der Informationsveranstaltung Abstand. Mit der am 12.08.2009 erhobenen Klage hat der Kl. die Rechtswidrigkeit der Teilversagung betreffend das Sammeln von Spenden und den Abschluss von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften beantragt. Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

Fraglich ist, welches hier die statthafte Klageart ist.

„Das von der Bekl. erlassene Verbot des Spendensammelns erschöpft sich nicht in einer Teilversagung der beantragten Sondernutzungserlaubnis. Die Bekl. hat in Nr. 3 ihres Bescheides **nicht lediglich** den **Antrag** auf Erlaubnis bestimmter Tätigkeiten teilweise **abgelehnt**, sondern **zusätzlich** ein **ausdrückliches Verbot ausgesprochen**. Sie hat das Verbot der Spendensammelns und des Abschlusses von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften für sofort vollziehbar erklärt und für den Fall des Zuwiderhandelns ein Zwangsgeld angedroht. Sie hat also i.S. des Art. 36 II Nr. 4 BayVwVfG ein **Unterlassen vorgeschrieben**, so dass von einer **selbstständigen Auflage auszugehen** ist. Da mit dieser Auflage zugleich der beantragte Genehmigungsinhalt modifiziert worden ist, liegt wohl eine so genannte **modifizierende Auflage** vor (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 671 = GewA 2000, 301; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl. [2010], § 36 Rn 35f.). Jedenfalls hat sich diese **Nebenbestimmung** spätestens mit dem Ablauf des genehmigten Veranstaltungstermins am 14.08.2009 **erledigt**, so dass danach die **Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft geworden** ist. Selbst wenn man der Auffassung zuneigt, dass bei modifizierenden Auflagen keine isolierte Anfechtungsklage, sondern nur eine **Verpflichtungsklage** erhoben werden kann (vgl. Kopp/Ramsauer, § 36 Rn 63), ist es im Fall der Erledigung – jedenfalls bei **unveränderter Sach- und Rechtslage** – möglich, die Fortsetzungsfeststellungsklage auf den Antrag zu beschränken, dass der **erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen** ist (BVerwG, ZUM 2000, 79 = DVBl 2000, 120). Der Kl. hat, weil er bei künftigen Veranstaltungen mit der gleichen Auflage rechnen muss, unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr auch ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Überprüfung dieser Auflage.“ (VGH München aaO)

Die Klage ist somit als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig.

II. Begründetheit der Klage.

Die Klage ist begründet, wenn die umstrittene Auflage rechtswidrig war. Nach Art. 18 BayStrWG bedarf die **über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung einer Straße** einer Erlaubnis. Als im Ermessen der Behörde stehende Entscheidung kann sie nach Art. 36 II BayVwVfG auch mit einer **Nebenbestimmung** versehen werden. Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der Entscheidung bestehen nicht, das Teilverbot könnte aber materiell rechtswidrig gewesen sein.

1. Notwendigkeit einer Sondernutzungserlaubnis

Nach Art. 18 BayStrWG bedarf eine Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus der Sondernutzungserlaubnis. Der grundsätzlich jedermann zustehende Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen erstreckt sich nach Art. 14 I 1 BayStrWG auf die **Benutzung der Straße im Rahmen ihrer Widmung** für den Verkehr. Es ist jedoch kein Gemeingebrauch, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt (Art. 14 I 2 BayStrWG).

*„Bei zentralen innerörtlichen Straßen und Plätzen umfasst das Recht zum Gemeingebrauch zwar **nicht nur den Fortbewegungsverkehr**, sondern **auch** den so genannten **kommunikativen Verkehr**. Denn diese Straßen und Plätze sind nicht nur zur reinen Fortbewegung von Menschen und Sachen bestimmt, sondern dienen traditionell auch dem **Austausch von Meinungen in Wort und Schrift** (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, 238; Wiget, in: Zeitler, BayStrWG, Art. 14 Rn 39). Daher hat der VGH München bspw. auch das unentgeltliche Verteilen von Zeitschriften ohne Hilfsmittel als gemeingebrauchlichen kommunikativen Verkehr anerkannt (VGH München, NVwZ-RR 1997, 258 = BayVBl 1996, 665; ebenso: OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1996, 247f.; OVG Bremen, GewA 1997, 285f.).“ (VGH München aaO)*

a) Spendensammeln nicht traditionell freie Straßennutzung

*„Diese Tätigkeiten **bedurften** bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Aufhebung des BaySammlungsgesetzes (v. 10.12.2007, GVBl S. 902) am 01.01.2008 einer speziellen sammlungsrechtlichen Erlaubnis und können schon deswegen **nicht als traditionell freie und gemeingebrauchliche Straßennutzungen** angesehen werden.“ (VGH München aaO)*

b) vordergründig finanzielle Aspekte

*„Darüber hinaus steht beim Spendensammeln der **kommunikative Aspekt nicht im Vordergrund**. Vielmehr hat ähnlich wie bei gewerblichen Tätigkeiten der finanzielle Aspekt ein Übergewicht, auch wenn es um die Finanzierung gemeinnütziger Projekte geht.“ (VGH München aaO)*

c) intensivere Straßennutzung

*„Des Weiteren ist die **Benutzung der Straße** – speziell wenn wie hier die Spendensammlung an einem ortsfesten Informationstisch stattfindet – **erheblich intensiver** als das noch zum Gemeingebrauch zählende Verteilen von Flugblättern im fließenden Verkehr (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1996, 244f.; VG Düsseldorf, BeckRS 2009, 31736).“ (VGH München aaO)*

d) kein Gemeingebrauch wegen Grundrecht auf Vereinsfreiheit

*„Schließlich muss der Abschluss von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften auch nicht deswegen als gemeingebrauchlich angesehen werden, weil bei Vereinen die Mitgliederwerbung von dem **Grundrecht auf Vereinsfreiheit** geschützt ist. Zwar verbietet Art. 9 I GG staatliche Beeinträchtigungen der Vereine bei der Mitgliederwerbung. Dieses Abwehrrecht gibt den Vereinen aber **keine weitergehenden Teilhaberechte an öffentlichen Sachen** als privaten Einzelpersonen. Die Sammlung von Spenden durch gemeinnützige Vereine auf öffentlichen Straßen ist daher den gleichen Bestimmungen unterworfen wie eine entsprechende Tätigkeit von Einzelpersonen (vgl. BVerwGE 88, 9 [12] = NJW 1991, 2037). Dies gilt auch für den der Spendensammlung vergleichbaren Abschluss von Fördermitgliedschaften und Tierpatenschaften. Soweit daher das Spendensammeln von Einzelpersonen **straßenrechtlich einer Sondernutzungserlaubnis bedarf**, gilt dies auch für Vereine.“ (VGH München aaO)*

Die von dem Kl. geplante Aktion stellte daher eine Sondernutzung dar und war erlaubnispflichtig.

2. Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 36 II BayVwVfG für eine Nebenbestimmung

Liegt somit eine straßenrechtliche Sondernutzung vor, so steht die Erteilung der Erlaubnis im **pflichtgemäßen Ermessen** der Behörde. Die Straßenbaubehörde kann Sondernutzungen in stets widerruflicher Weise ganz oder teilweise zulassen und sie kann nach Art. 36 II BayVwVfG die Erlaubnis mit Nebenbestimmungen versehen. Insbesondere

kann sie dem Begünstigten durch **Auflagen** nach Art. 36 II Nr. 4 BayVwVfG ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorschreiben.

a) Voraussetzungen für den Erlass von Auflagen

„Allerdings muss sich die Behörde bei der Ausübung des Ermessens nach Art. 40 BayVwVfG am **Zweck der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage** orientieren. Daher darf sie sich bei der Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder bei der Anordnung von Auflagen, auch wenn diese „modifizierend“ sind, **regelmäßig nur an Gründen orientieren**, die einen **sachlichen Bezug zur Straße** haben. Zu diesen Gründen zählen vorrangig die in Art. 18 II BayStrWG ausdrücklich genannten **Belange der Straßenbaulast** und der **Sicherheit und Leichtigkeit** des Verkehrs.

Daneben können aber auch **Belange des Straßen- und Stadtbilds** und der **Ausgleich gegenläufiger Interessen** verschiedener Straßennutzer in der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2004, 879 = BayVBl 2004, 336 ff.; BeckRS 2010, 48420 = BayVBl 2010, 306 f.; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, 837).

Hingegen können Auflagen in einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis **nicht auf immissionsschutz-, umwelt- oder sicherheitsrechtliche Überlegungen** oder auf sonstige mit der Straßennutzung nicht in Zusammenhang stehende öffentliche Belange gestützt werden (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2004, 879 = BayVBl 2004, 336ff.; NVwZ-RR 2004, 886 = BayVBl 2004, 533; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 679). Diese öffentlichen Interessen müssen von den dafür zuständigen Verwaltungsbehörden mit den in den einschlägigen Fachgesetzen zur Verfügung gestellten Mitteln verfolgt werden. Die **straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis ist nicht dazu bestimmt, als zusätzliches Eingriffsinstrument für andere öffentliche Zwecke** zu dienen. Daher sind Auflagen in einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis ermessensfehlerhaft, wenn deren Begründung den erforderlichen Bezug zur Straße vermissen lässt.“ (VGH München aaO)

b) Prüfungsvorgaben für das Gericht bei der Kontrolle von Ermessensentscheidungen

Wird Klage gegen einen Ermessensverwaltungsakt erhoben, sind die Verwaltungsgerichte nach § 114 S. 1 VwGO darauf beschränkt zu überprüfen, ob die von der Verwaltung getroffene Ermessensentscheidung fehlerhaft gewesen ist. Dabei sind für die verwaltungsgerichtliche Überprüfung grundsätzlich die in dem Bescheid zum Ausdruck kommenden Ermessenserwägungen maßgeblich.

„Die Bescheidsgründe sind **so auszulegen**, wie sie von dem Betroffenen des Bescheids nach den ihm bekannten Umständen **unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstanden werden müssen** (BVerwG, NJW-RR 1995, 73 [75]). Eine auf mehrere Gründe gestützte Ermessensentscheidung ist grundsätzlich auch dann rechtmäßig, wenn nur einer der angeführten Gründe sie trägt, es sei denn, dass nach dem Willen der Behörde nur alle Gründe zusammen die Entscheidung rechtfertigen sollen (BVerwGE 62, 215 [222]). Zudem erlaubt das Gesetz in § 114 S. 2 VwGO die **nachträgliche Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren**. Die nachträgliche Ergänzung der Ermessensentscheidung ist aber nicht mehr möglich, wenn sich der Verwaltungsakt zwischenzeitlich erledigt hat. Denn die **Ermessensergänzung setzt notwendigerweise einen noch wirksamen Verwaltungsakt** voraus (Art. 43 BayVwVfG), auf den sie sich beziehen kann (vgl. OVG Münster, NVwZ 2001, 1424; Eyermann/Rennert, VwGO, § 114 Rn. 86).“ (VGH München aaO)

c) Anwendung auf den Fall

(1) Sicherheits- und Verbraucherschutzergänzungen

Die Bekl. hat die umstrittene Auflage im Wesentlichen damit begründet, dass die Passanten vor **übereilten Vermögensverfügungen geschützt** werden sollen. Der Sofortvollzug ist sogar ausschließlich darauf gestützt worden, dass angesichts einer sammlungsrechtlichen Verbotsverfügung gegen den Kl. in Rheinland-Pfalz erhebliche Zweifel an der seriösen Mittelverwendung bestünden.

„Damit hat die Bekl. ihre Auflage auf **reine Sicherheits- und Verbraucherschutzergänzungen** gestützt, die keinen konkreten Bezug zum Straßenrecht haben. Hinzu kommt, dass die Bekl. die Entscheidung des Gesetzgebers, das Bayerische Sammlungsgesetz abzuschaffen, nicht berücksichtigt hat. Der Bayerische Landtag ist sich bei der Aufhebung des Gesetzes darüber im Klaren gewesen, dass mit dem Bayerischen Sammlungsgesetz ein gewisser Schutz der Verbraucher vor dem Missbrauch ihrer Gebefreudigkeit zu unlauteren Zwecken verbunden war. Er hat jedoch den damit verbundenen Verwaltungsaufwand nicht mehr für gerechtfertigt gehalten. Eine staatliche Regulierung der Straßensammlungen sei nicht erforderlich, weil es **selten um höhere und nie um existenzgefährdende finanzielle Belastungen** gehe. Es sei Sache der Bürger, eigenverantwortlich zu entscheiden, ob und wem sie eine Spende geben wollten. Im Übrigen blieben der zivilrechtliche Verbraucherschutz durch Widerrufsregeln und der straf- und sicherheitsrechtliche Schutz bei betrügerischem Verhalten bestehen. Die **Mittelverwendung bei gemeinnützigen Vereinen** – insbesondere die 10%-Grenze für Verwaltungskosten – werde weiterhin **durch die**

Finanzbehörden kontrolliert (vgl. LT-Dr 15/8371 amtl. Begr. S. 4). Deshalb entspricht es nicht dem Willen des Gesetzgebers, wenn eine Kommune die **früher im sammlungsrechtlichen Erlaubnisverfahren zu prüfenden Gesichtspunkte nunmehr im Rahmen der straßenrechtlichen Sondernutzungsgenehmigungen prüft** und Verbote aus Gründen des Verbraucherschutzes ausspricht.“ (VGH München aaO)

Die im Bescheid der Bekl. vom 20.07.2009 enthaltene sammlungsrechtliche Argumentation war daher ermessensfehlerhaft.

(2) Verweis auf generelle Verwaltungspraxis

Soweit in der Bescheidsbegründung in einem Nebensatz zusätzlich auf die allgemeine Praxis der Bekl. hingewiesen wird, keine Sondernutzungserlaubnisse für Informations- und Werbeveranstaltungen mit geschäftsanbahnender Tätigkeit zu erteilen, kann dies nicht als selbstständig tragende zweite Begründung angesehen werden.

„Aus der für die Auslegung des Bescheids maßgeblichen **Sicht des Bescheidsempfängers** wird damit nur zum Ausdruck gebracht, dass die Bekl. den Kl. **nicht anders behandelt als vergleichbare Vereine** und Veranstalter. Die generelle Verwaltungspraxis wird in dem Bescheid aber nicht ausdrücklich auf Gründe gestützt, die einen Bezug zur Straße haben. Vielmehr entsteht der Eindruck, dass die Bekl. **auch in anderen Fällen aus Gründen des Verbraucherschutzes Spendensammlungen und Straßengeschäfte verbietet**.“ (VGH München aaO)

Da der Ermessensfehler nicht geheilt worden ist, blieb der Bescheid rechtswidrig.

(3) Nachholen straßenrechtliche Begründung im Gerichtsverfahren

„Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Bekl. ihre Entscheidungspraxis im nachfolgenden Gerichtsverfahren mit Schreiben vom 30.09.2009 erläutert und dabei den erforderlichen Bezug zur Straße hergestellt hat. Denn zu diesem Zeitpunkt hatte sich das Verbot für die Veranstaltung vom 13. und 14. 8. 2009 bereits erledigt, so dass ein Nachschieben von Gründen i.S. des § 114 S. 2 VwGO nicht mehr möglich war.

Im Übrigen wird auch die von der Bekl. nachgeschobene straßenrechtliche Begründung für ein generelles Verbot von Spendensammlungen, Tierpatenschaften und Fördermitgliedschaften den Anforderungen des Art. 18 I 2 BayStrWG nicht gerecht.

„Es trifft zwar zu, dass bei **abstrakt-typisierender Betrachtungsweise** durch den Abschluss von Verträgen und durch das Sammeln von Spenden der **Straßenraum intensiver in Anspruch genommen** wird als durch den üblichen Fußgängerverkehr. Diese abstrakt-typisierende Feststellung rechtfertigt es, solche geschäftsanbahnenden Tätigkeiten unter einen straßenrechtlichen Erlaubnisvorbehalt zu stellen und **einer behördlichen Prüfung zu unterziehen** (vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 1306 [1308]). Hingegen genügt der Verweis auf die eine **Sondernutzung begründenden Umstände** nicht, um die Ablehnung der Sondernutzungserlaubnis zu rechtfertigen. Denn Art. 18 I BayStrWG enthält **kein generelles Verbot von Sondernutzungen**, sondern überlässt es dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde, im Einzelfall über die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis zu entscheiden. Es liegt auch kein intendiertes Ermessen in dem Sinne vor, dass die Behörde nach dem Willen des Gesetzgebers in der Regel Sondernutzungserlaubnisse ablehnen müsste. Die Behörde muss vielmehr **im konkreten Einzelfall die für und gegen eine Sondernutzungserlaubnis sprechenden Gesichtspunkte prüfen, gewichten und abwägen** (vgl. BVerfG, NJW 1997, 406f. = NZV 1996, 468 = NVwZ 1997, 272 L).

Eine solche den konkreten Einzelfall in den Blick nehmende Betrachtungsweise ist auch in der nachgeschobenen Begründung nicht zu erkennen.

„Denn dem Umstand, dass mit **geschäftsanbahnenden und einnahmeerzielenden Tätigkeiten** eine stärkere Belastung der Straße verbunden ist, kommt **nicht generell solches Gewicht** zu, dass stets von einer **unvertretbaren Behinderung des Verkehrs** ausgegangen werden müsste.

Hingegen kann eine Kommune **aus Gründen der Straßen- und Ortsbildes** den gewerblichen Straßenhandel und vergleichbare geschäftsanbahnende Betätigungen an bestimmten zentralen Straßen und Plätzen oder in bestimmten Teilen der Fußgängerzone generell verbieten oder beschränken. Hingegen überzeugt die Annahme des VG nicht, dass diese städtebaulichen oder straßengestalterischen Gründe ein generelles und ausnahmsloses Verbot geschäftsanbahnender Tätigkeiten für das gesamte Stadtgebiet rechtfertigen können. Vielmehr bedarf auch das Vorliegen solcher Versagungsgründe der von der Bekl. unterlassenen **konkreten Prüfung im Einzelfall**.“ (VGH München aaO)

Ergebnis: Das Feststellungsbegehren in Bezug auf das Verbot des Spendensammelns und des Abschlusses von Fördermitgliedschaften ist begründet.

VereinsG
§§ 3, 9

Voraussetzungen für ein Vereinsverbot
Bestrebungen gegen die verfassungsmäßige Ordnung
(OVG Bln/Bbg in NVwZ-RR 2010, 886; Urteil vom 10.06.2010 - 1 A 4/09)

POR

1. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört vor vor allem die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten **Menschenrechten** sowie das **demokratische Prinzip**.
2. Eine verfassungsfeindliche Zielsetzung setzt voraus, dass diese **kämpferisch-aggressiv** verwirklichen werden soll. Dazu genügt, dass die **verfassungsmäßige Ordnung fortlaufend untergraben** will; werden soll, ohne dass es auf eine Gewaltanwendung oder sonstige Rechtsverletzungen ankommt.
3. 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.
4. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist bereits auf der Tatbestandsseite des § 3 I VereinsG bei der Prüfung der Voraussetzungen eines Verbotsgrundes Rechnung zu tragen, so dass die Behörde **in der Regel nicht gehalten ist**, auf der **Rechtsfolgenseite** der Norm **Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit und zum Ermessen anzustellen**,

Fall: Die Kl. ist ein seit dem 01.10.2008 bestehender ein Verein im Sinne des Vereinsgesetzes, die zum Stand 31.08.2009 nachweislich über 21 Mitglieder verfügte und zu 11 weiteren Personen Kontakte unterhielt. Ihre erkennbare Organisation und Tätigkeit beschränkte sich auf das Gebiet des Landes B. Der Bekl., der Berliner Innensenator, stellte mit Bescheid vom 02.11.2009 fest, dass die Kl. sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richte und nach Zweck und Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufe. Sie wurde verboten und aufgelöst. Ferner wurde verboten, Ersatzorganisationen für die Kl. zu bilden oder bestehende Organisationen als Ersatzorganisationen fortzuführen sowie Kennzeichen der Kl. für die Dauer der Vollziehbarkeit des Verbots öffentlich, in einer Versammlung oder in den Schriften, Ton- und Bildträgern, Abbildungen oder Darstellungen, die verbreitet oder zur Verbreitung bestimmt seien, zu verwenden. Das Vermögen der Kl. wurde beschlagnahmt und eingezogen. Das Verbot wurde auf Art. 9 II GG und § 3 I VereinsG gestützt. Wird die Klage Erfolg haben?

A. Zulässigkeit der Klage

Gegen ein Vereinsverbot und damit zusammenhängende Entscheidungen nach § 3 I VereinsG ist ohne Weiteres der **Verwaltungsrechtsweg** nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Es handelt sich um belastende Verwaltungsakte, so dass die **Anfechtungsklage** nach § 42 I Alt. 1 VwGO die statthafte Klageart ist, für die die Kl. als Adressatin auch ohne weiteres nach § 42 II VwGO **klagebefugt** ist. Ein Vorverfahren war nach § 68 I 2 Nr. 1 VwGO entbehrlich, da mit dem Innensenator eine **oberste Landesbehörde** gehandelt hat. Von der Einhaltung der Klagefrist ist auszugehen. Die Klage ist nach § 48 II VwGO unmittelbar beim **OVG als erstinstanzlich zuständigem Gericht** zu erheben.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn das Vereinsverbot rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt. Das Verbot ist rechtswidrig, wenn eine Ermächtigungsgrundlage fehlt, die formellen Voraussetzungen fehlen oder die materiellen Vorgaben nicht eingehalten wurden.

I. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage ist § 3 I 1 des VereinsG i.V. mit Art. 9 II GG. Danach darf ein Verein bzw. eine Vereinigung erst dann als verboten behandelt werden, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, dass seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder dass er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet.

II. formelle Rechtswidrigkeit

1. Zuständigkeit

Der Berliner Innensenator müsste die zuständige Verbotsbehörde sein. Verbotsbehörde ist nach § 3 II VereinsG die oberste Landesbehörde oder die nach Landes-

recht zuständige Behörde für Vereine und Teilvereine, deren erkennbare Organisation und Tätigkeit sich auf das Gebiet eines Landes beschränken, anderenfalls der Bundesminister des Innern für Vereine und Teilvereine, deren Organisation oder Tätigkeit sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt.

„Durch das **Merkmal der Erkennbarkeit** wird im Hinblick auf die besondere Gefahrenlage ein **rasches Einschreiten** auf Grund klarer – negative oder positive Kompetenzkonflikte von vornherein ausschließender Zuständigkeiten **gewährleistet** (vgl. BVerwG, NJW 1989, 993) und zudem verhindert, dass ein von einer obersten Landesbehörde ausgesprochenes Vereinsverbot wegen Unzuständigkeit der Verbotsbehörde aufgehoben wird, wenn der Verein für die Verbotsbehörde nicht erkennbar auch in einem anderen Land organisiert oder tätig war, da **im Einzelfall oftmals schwer zu erkennen** ist, ob sich Organisation oder Tätigkeit eines Vereins über das Gebiet eines Landes hinaus erstrecken (vgl. BT-Dr IV/2145, S. 2 zu § 3 II Nr. 1). Im Hinblick auf das Merkmal „**Tätigkeit**“ ist die Zuständigkeit des Bundesministers des Innern nach der Rechtsprechung des BVerwG lediglich gegeben, wenn die Vereinigung **über das Gebiet eines Bundeslandes hinaus durch nicht ganz unbedeutende Tätigkeiten** anhaltend in Erscheinung tritt, auch wenn diese für sich genommen nicht den Verbotstatbestand erfüllen (BVerwGE 134, 275 = NVwZ 2010, 446 Rn 12; BVerwG, NJW 1989, 993), während ganz unbedeutende oder vereinzelte Tätigkeiten über das Gebiet eines Bundeslandes hinaus die Zuständigkeit der obersten Landesbehörde nicht berühren (BVerwG, NJW 2001, 1663).

Ausgehend von diesen Grundsätzen war vorliegend der Bekl. zuständige Verbotsbehörde, weil nach den Feststellungen des Senats unter Zugrundelegung der eingeholten behördlichen Auskünfte und der Angaben der Zeugen E in der mündlichen Verhandlung sowohl die erkennbare Organisation als auch eine Tätigkeit der Kl. sich im maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der Verbotsverfügung im November 2009 auf das Land B. beschränkten.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Der Innensenator des Landes Berlin war daher für das Vereinsverbot zuständig

2. Form

Die Verbotsverfügung ist schriftlich ergangen und begründet worden, so dass alle Vorgaben der §§ 37, 39 VwVfG eingehalten wurden.

3. Verfahren

Fraglich ist, ob nicht vor Ausspruch des Vereinsverbots eine Anhörung nach § 28 VwVfG erforderlich war. Dies ist bei belastenden Entscheidungen wie der angefochtenen grundsätzlich der Fall. Die Anhörung könnte aber nach § 28 II Nr. 1 VwVfG entbehrlich gewesen sein.

„Nach der **ständigen Rechtsprechung des BVerwG** zum Vereinsrecht genügt es, dass die Verbotsbehörde auf Grund der ihr bekannt gewordenen Tatsachen gem. § 28 II Nr. 1 VwVfG eine **sofortige Entscheidung für notwendig halten darf**, weil sie die mit einer Anhörung verbundene Unterrichtung der zu verbietenden Organisation über den bevorstehenden Eingriff vermeiden und ihr so **keine Gelegenheit bieten** will, ihre Infrastruktur und ihr Vermögen **dem behördlichen Zugriff zu entziehen** (BVerwGE 134, 275 = NVwZ 2010, 446 Rn 13).

Nach diesen Maßstäben durfte der Bekl. von einer Anhörung absehen, da eine sofortige Entscheidung im öffentlichen Interesse gem. § 28 II Nr. 1 VwVfG notwendig war. Zutreffend hat er ausgeführt, dass der mit der Verbotsfeststellung gleichzeitig bezweckte Erfolg einer **Sicherstellung des Vereinsvermögens** durch die mit einer Anhörung verbundene Unterrichtung der Kl. über den bevorstehenden Eingriff gefährdet worden wäre, da wegen des damit verbundenen „**Ankündigungseffekts**“ zu befürchten gewesen sei, dass in diesem Fall die Infrastruktur und das Vermögen der Kl. sowie weitere verbotsrelevante Unterlagen dem Zugriff der Verbotsbehörde entzogen worden wären.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Die Entscheidung ist demnach nicht formell rechtswidrig.

III. materielle Rechtswidrigkeit

Die Entscheidung ist materiell rechtswidrig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Vereinsverbot nach § 3 VereinsG nicht vorliegen oder der Bekl. ermessensfehlerhaft gehandelt hat.

1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Ein Verein darf als verboten (Artikel 9 II GG) behandelt werden, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, dass seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder dass er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet.

Die Kl. könnte sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten, so dass der Verbotgrund nach § 3 I 1 Alt. 2 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 2 GG in Betracht kommt.

a) Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung

„Zu der durch den Verbotstatbestand geschützten verfassungsmäßigen Ordnung gehören 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 (BVerwG, NVwZ-RR 2009, 803; BVerwGE 134, 275 = NVwZ 2010, 446 Rn 44; BVerwGE 74, 176 = NJW 1986, 2654 = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 8 S. 7; BVerwG, Beschl. v. 25. 3. 1993 – 1 ER 301/ 92, in: Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 14 S. 36; BVerwG, NJW 1995, 2505; NVwZ 1997, 66 = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 22 S. 57; BVerwG, BeckRS 1998, 30432915 = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 28 S. 122; NVwZ-RR 2000, 70).“ (OVG Bln/Bbg aaO)

b) Begriff des sich Richtens gegen die verfassungsmäßige Ordnung

Das Verbot einer Vereinigung 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] = NJW 1981, 1796 = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 6 S. 51f.; BVerwGE 74, 176 = NJW 1986, 2654; BVerwG, NJW 1995, 2505; NVwZ-RR 2000, 70). 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 **bekannt** 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, Beschl. v. 25. 3. 1993 – 1 ER 301/92, in: Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 14 S. 36; BVerwG, NJW 1995, 2505; NVwZ 1997, 66; BVerwG, BeckRS 1998, 30432915 = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 28 S. 122; NVwZ-RR 2000, 70).“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Die gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Ziele einer Vereinigung lassen sich wiederum 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 (BVerwGE 74, 176 = NJW 1986, 2654; BVerwG, Beschl. v. 25. 3. 1993 – 1 ER 301/92, in: Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 14 S. 36f.; BVerwG, NJW 1995, 2505; NVwZ 1997, 66; 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 Belege gegebenenfalls einer mehr oder weniger großen Zahl unverfänglicher Sachverhalte scheinbar untergeordnet sind, besagt allein nichts über ihre Aussagekraft (BVerwG, NVwZ-RR 2000, 70; im gleichen Sinn für Art. 21 II GG: BVerfGE 2, 1 [70] = NJW 1952, 1407).

Ausgehend von diesen Grundsätzen nimmt der Bekl. zu Recht an, dass die Kl. in Programm, Vorstellungswelt und Gesamtziel eine **Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus** aufweist. [wird ausgeführt].“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Die Kl. nimmt auch ungeachtet ihrer bisher erkennbar nur auf B. konzentrierten und noch in der Gründungsphase befindliche Tätigkeit und Organisation eine **kämpferisch-aggressive Haltung** gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung ein.

„Das Ziel der **fortlaufenden Untergrabung der verfassungsmäßigen Ordnung** lässt sich dem Wunsch entnehmen, dass die Bundesrepublik Deutschland untergehen und an deren Stelle eine

dem „nationalen Sozialismus“ verpflichtete Herrschaft treten möge. Das **öffentliche Auftreten in Uniformen** ähnlich wie die SA wirkt für Außenstehende **einschüchternd und bedrohlich**. Die Parole „Nieder mit der roten Pest“ legt nahe, wie die Mitglieder der Kl. mit dem politischen Gegner verfahren wollen.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

c) Einhaltung der Vorgaben von Art. 11 EMRK

Richtet sich danach die Kl. gegen die verfassungsmäßige Ordnung, steht die Verbotsverfügung auch mit Art. 11 EMRK in Einklang, denn sie ist aus den angeführten Gründen zugleich zum Schutz der inneren Sicherheit erforderlich und hält sich demnach im Rahmen der der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 II EMRK gesetzten Schranken.

Die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Vereinsverbot liegen damit vor.

2. ordnungsgemäße Betätigung des Ermessens

Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ermächtigt die Verbotsbehörde zu einem Vereinsverbot. Sie könnte jedoch verpflichtet sein, zudem ihr Ermessen ordnungsgemäß auszuüben, insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten, gegen das hier deshalb verstoßen worden sein könnte, weil es sich bei der Kl. um eine Kleinstgruppierung im Gründungsstadium gehandelt hat.

*„Falls die Voraussetzungen eines Verbotgrundes – wie hier – vorliegen, ist die Behörde **in der Regel nicht gehalten**, auf der **Rechtsfolgenseite** der Norm des § 3 I VereinsG **Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit des Verbots und zum Ermessen anzustellen**, da dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits auf der Tatbestandsseite der Norm bei der Prüfung der Voraussetzungen eines Verbotgrundes Rechnung zu tragen ist (BVerwGE 134, 275 = NVwZ 2010, 446 Rn 85 bis 87). Das **BVerwG** hat in der genannten Entscheidung **offen gelassen**, ob die Behörde bei Vorliegen eines Verbotgrundes immerhin über ein **Ermessen** dahin verfügt, dass sie aus besonderen Gründen, etwa **wegen Bedeutungslosigkeit** eines Vereins, **vom Erlass einer Verbotsverfügung absehen** kann. Derart bedeutungslos ist die Kl. im Hinblick auf die Anzahl ihrer Mitglieder und ihre diversen Aufrufe und Aktivitäten jedoch nicht. Wie im Übrigen einem Pressebericht der B. vom 26.06.2009 zu entnehmen ist, handelt es sich bei ihr um die am schnellsten wachsende Gruppe innerhalb der rechtsextremistischen Szene in B. Im Hinblick darauf kann es nicht beanstandet werden, wenn die Verbotsbehörde bereits frühzeitig nach Feststellung der den Verbotstatbestand begründenden Umstände eingeschritten ist.“ (OVG Bln/Bbg aaO)*

Es liegt daher kein Ermessensfehler vor, die Verbotsverfügung ist materiell rechtmäßig.

3. Rechtmäßigkeit der weiteren Entscheidungen

„Die in der Verbotsverfügung neben dem Vereinsverbot enthaltenen weiteren Entscheidungen, nämlich Auflösung der Kl., Verbot der Bildung von Ersatzorganisationen, Kennzeichenverbot, Beschlagnahme und Einziehung des Vereinsvermögens, finden ihre Rechtsgrundlage in §§ 3 I 1 Halbs. 2 und S. 2 Nr. 1, 8 I und 9 I 1 VereinsG.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Ergebnis: Die getroffenen Entscheidungen sind folglich sowohl formell als auch materiell rechtmäßig. Die Anfechtungsklage ist unbegründet.

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

§§ 195, 548 II, 818 II

Verjährungsfrist Bereicherungsanspruch

BGB

(AG Berlin-Schöneberg in NJW 2010, 3523; Urteil vom 16.04.2010 – 17b C 206/09)

Der **Bereicherungsanspruch des Mieters**, der aus Aufwendungen auf die Mietsache – hier: Ausführen von Schönheitsreparaturen, zu denen sich der Mieter infolge unwirksamer Abwälzungsklausel und kraft „Vorabnahmeprotokolls“ verpflichtet glaubt – folgt, **unterliegt der kurzen mietrechtlichen Verjährung** nach § 548 II BGB.

*„Denn Sinn und Zweck der Norm des § 548 BGB ist es, durch eine kurze Verjährungsfrist eine rasche Auseinandersetzung der Mietparteien nach Beendigung des Mietverhältnisses bzw. Rückgabe der Mietsache hinsichtlich eventuell bestehender Ansprüche wegen des Zustands des Mietobjekts zu erreichen (vgl. BGHZ 162, 30 = NJW 2005, 739 = NZM 2005, 176). Die Norm des § 548 BGB wird grds. weit ausgelegt. (vgl. Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 548 Rn 29). Die **kurze Verjährung greift daher nicht nur bei Veränderungen und Verschlechterungen** der zum Gebrauch überlassenen Sache auf der Grundlage vertraglicher Ansprüche, **sondern auch bei konkurrierenden Ansprüchen aus demselben Sachverhalt** (s. bereits BGH NJW 1974, 743).*

*Gefolgert wird dies aus dem Sinn und Zweck der Norm, welche eine **möglichst rasche und abschließende Bereinigung der gegenseitigen Ansprüche aus einem beendeten Mietverhältnis** herbeiführen soll. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Ansprüche betreffend die Durchführung von Schönheitsreparaturen. Denn sichere Feststellungen zum bestehenden bzw. geschuldeten Zustand der Dekoration bei Beendigung des Mietverhältnisses sind umso schwerer, je mehr Zeit nach der Rückgabe der Mietsache vergangen ist. Daher sind als Aufwendungen i.S. des § 548 II BGB nicht nur solche nach den §§ 536a, 539 BGB anzusehen, sondern alle Aufwendungen, die der Mietsache zugute kommen (vgl. Schmidt-Futterer, § 548 Rn 62 m. Nachw. z. Rspr.). Demzufolge sind auch Schönheitsreparaturen als Aufwendungen auf die Mietsache i. S. der Norm anzusehen.*

Die kurze Verjährungsfrist des § 548 II BGB gilt daher auch für den bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Wertersatz gem. § 818 II BGB, und zwar in direkter Anwendung der Norm, da die Durchführung von Schönheitsreparaturen als Aufwendungen i. S. der Norm anzusehen sind.“ (AG Berlin-Schöneberg aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

§§ 305 c, 307

„Fachhandwerkerklausel“ unangemessene Benachteiligung des Mieters

BGB

(BGH in WuM 2010, 476 = NJW 2101, 2877; Urteil vom 09.06.2010 – VIII ZR 294/09)

Eine in **Formularmietverträgen** über Wohnraum enthaltene **Klausel**, wonach es dem Mieter obliegt, die **Schönheitsreparaturen „ausführen zu lassen“**, **benachteiligt den Mieter unangemessen** und ist deshalb unwirksam.

- I. Es entspricht **verbreiteter Auffassung in der Rspr. und im Schrifttum**, dass Fachhandwerkerklauseln in Formularmietverträgen über Wohnraum einen Mieter unangemessen benachteiligen und deshalb unwirksam sind, wenn sie dem Mieter die Möglichkeit der kostensparenden Eigenleistung nehmen, weil eine solche Klausel über das hinausgehe, was der Vermieter nach § 535 BGB ansonsten selbst schulden würde. Denn ohne eine Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter sei der Vermieter lediglich zur fachgerechten Ausführung in mittlerer Art und Güte (§ 243 I BGB) verpflichtet, wozu es bei Schönheitsreparaturen nicht zwingend der Ausführung durch Fachhandwerker bedürfe. Außerdem könne der Vermieter nur ein Interesse an einer fachgerechten Ausführung haben. Diesem Interesse werde auch durch die Ausführung der Arbeiten durch einen Laien genügt, wenn dies fachgerecht geschehe. Hierzu seien viele Mieter (oder deren Verwandte oder Bekannte) durchaus selbst in der Lage.

OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1422; LG Köln WuM 1991, 87; Sternel, MietR aktuell, 4. Aufl., IX Rn 55; Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung u. Rückbau, 3. Aufl., I Rn 32; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 535 Rn 101; MüKo-BGB/Häublein, 5. Aufl., § 535 Rn 124; Hannemann/Wiegner, Münchener AnwaltsHdb. MietR, 3. Aufl., Rn 151; Staudinger/Emmerich, BGB, 2006, § 535 Rn 111 m.w.N.

- II. Der **BGH** hat bislang die Frage offen lassen können, ob die in Rspr. und Schrifttum erhobenen Bedenken gegen die Wirksamkeit des formularmäßigen Ausschlusses von Eigenleistungen des Mieters durchgreifen (BGHZ 105, 71 = NJW 1988, 2790). Er **bejaht diese Frage nunmehr**.

*„Nach der **gesetzl. Regelung** (§ 535 I BGB) ist die **Durchführung von Schönheitsreparaturen an sich zwar Teil der Instandhaltungspflicht des Vermieters**. Gleichwohl hält der Senat auch vor dem Hintergrund von § 307 II Nr. 1 BGB eine **formularvertragliche Überwälzung entsprechender Vornahmepflichten auf den Mieter in st. Rspr. für grds. zulässig** (NZM 2007, 921 = NJW 2007, 3776 m.w.N.). Diese Billigung trägt insbes. dem Umstand Rechnung, dass sich eine **vertragliche Überwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter seit Langem als Verkehrssitte** herausgebildet hat und die Vertragsparteien eines Wohnraummietvertrags es deshalb als selbstverständlich ansehen, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen übernimmt (BGH NJW 2004, 2961 = NZM 2004, 734 = WuM 2004, 529 m.w.N.). Zudem tragen Schönheitsreparaturen nicht nur dem Interesse des Mieters an einer gebrauchsfähigen Mietsache, sondern auch seinem nicht selten noch darüber*

hinausgehenden Interesse an einem entsprechenden äußeren Erscheinungsbild der Mietsache Rechnung und kommen ihm als demjenigen, dem der Gebrauch der Mietsache zusteht, dadurch in besonderer Weise zugute (vgl. BGHZ 111, 301 = NJW 1990, 2376).

Allerdings hat der Senat zugleich darauf hingewiesen, dass die zur Verkehrssitte gewordene Praxis einer Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter auch dadurch geprägt ist, dass der Mieter die ihm übertragenen **Schönheitsreparaturen in Eigenleistung** ausführen kann (BGH NJW 2004, 2961 = NZM 2004, 734 = WuM 2004, 529). Dieser Gesichtspunkt ist für die Beurteilung der Angemessenheit nicht zuletzt deshalb bedeutsam, weil auf diese Weise die übernommenen Pflichten für den Mieter überschaubar und in ihren **wirtschaftlichen Auswirkungen vorauskalkulierbar** werden und er **durch Ansparen Vorsorge treffen** sowie sich durch Eigenleistungen Kosten ersparen kann (BGHZ 105, 71 = NJW 1988, 2790). Wird deshalb dem Mieter die Möglichkeit einer Vornahme der Schönheitsreparaturen in Eigenleistung genommen, verliert die Überwälzung dieser Arbeiten am Maßstab des § 307 II Nr. 1 BGB ihre innere Rechtfertigung. Das gilt umso mehr, als Schönheitsreparaturen ihrer Natur nach nicht zwingend die Ausführung durch eine Fachfirma bedingen und deshalb auch ein Vermieter nicht verpflichtet wäre, im Rahmen seiner Instandhaltungspflichten die Schönheitsreparaturen durch Vergabe an Dritte ausführen zu lassen, sondern nur ein bestimmtes Arbeitsergebnis, nämlich eine **fachgerechte Ausführung in mittlerer Art und Güte** (§ 243 I BGB), schuldet (vgl. BGHZ 105, 71 = NJW 1988, 2790; BGH NJW 2004, 3042 = NZM 2004, 615).“ (BGH aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 474

Verbrauchsgüterkauf

BGB

Verkauf eines Gebrauchtwagens durch einen Unternehmer
(AG Hannover in ZAP 2010, 1153; Urteil vom 05.02.2010 – 526 C 12623/09)

Beim **Verkauf eines Gebrauchtwagens durch einen Unternehmer** handelt es sich nicht um einen **Verbrauchsgüterkauf** i. S. der §§ 474 ff BGB, bei dem ein **Haftungsausschluss nicht zulässig** ist.

„Allein der Umstand, dass ein Unternehmer einen Gebrauchtwagen verkauft, begründet für sich allein gesehen noch keinen Verbrauchsgüterkauf i. S. von § 474 I BGB. **Erforderlich ist außerdem eine kausale Verknüpfung zwischen der unternehmerischen Tätigkeit als solcher und dem in Rede stehenden Geschäft.** Davon ist vorliegend nicht auszugehen, da der Bekl. nicht gewerblich mit Fahrzeugen handelt, sondern ein Bistro betreibt. Es würde zu weit gehen, jedem Unternehmer, alleine weil er gewerblich tätig ist, für jede Art von Geschäft die strengere Haftung nach den Grundsätzen über den Verbrauchsgüterkauf aufzuerlegen.“ (AG Hannover aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 1004

nachbarschaftlicher Abwehranspruch Videoüberwachung

BGB

(BGH in ZMR 2010, 668; Urteil vom 08.12.2009 – VI ZR 284/09)

Bei der **Installation von Überwachungskameras auf einem privaten Grundstück** kann das **Persönlichkeitsrecht** eines vermeintlich überwachten **Nachbarn schon auf Grund einer Verdachtsituation beeinträchtigt** sein. Allein die **hypothetische Möglichkeit einer Überwachung reicht** dazu jedoch nicht aus.

„Ein Unterlassungsanspruch kann auch bestehen, wenn Dritte eine **Überwachung durch Überwachungskameras objektiv ernsthaft befürchten** müssen („Überwachungsdruck“, vgl. dazu etwa LG Bonn NJW-RR 2005, 1067 = NZM 2005, 339; LG Darmstadt NZM 2000, 360). In der Rspr. wird allerdings ein Anspruch auf Unterlassung des Betriebs solcher Videokameras, die auf das Nachbargrundstück lediglich ausrichtbar sind, verneint, wenn der Nachbar die Anfertigung von Aufnahmen lediglich befürchtet und die Kameras nur mit erheblichem und äußerlich wahrnehmbarem Aufwand, also nicht etwa nur durch das Betätigen einer Steuerungsanlage, auf sein Grundstück gerichtet werden können (vgl. LG Bielefeld NJW-RR 2008, 327; LG Itzehoe NJW-RR 1999, 1394).

Nach Ansicht des erkennenden Senats kommt es insoweit auf die Umstände des Einzelfalls an. Die **Befürchtung, durch vorhandene Überwachungsgeräte überwacht zu werden, ist dann gerechtfertigt, wenn sie auf Grund konkreter Umstände als nachvollziehbar und verständlich** erscheint, etwa im Hinblick auf einen **eskalierenden Nachbarstreit** (vgl. OLG Köln NJW 2009, 1827 = NZM 2009, 600) oder auf Grund **objektiv Verdacht erregender Umstände**. Liegen solche Umstände vor, kann das Persönlichkeitsrecht des (vermeintlich) Überwachten schon auf Grund der Verdachtsituation beeinträchtigt sein. Allein die **hypothetische Möglichkeit einer Überwachung** durch Videokameras und ähnliche Überwachungsgeräte **beeinträchtigt** hingegen das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** derjenigen, die dadurch betroffen sein könnten, **nicht**. Deshalb ist die Installation einer Überwachungsanlage auf einem privaten Grundstück nicht rechtswidrig, wenn objektiv feststeht, dass dadurch öffentliche und fremde private Flächen nicht erfasst werden, wenn eine solche Erfassung nur durch eine äußerlich wahrnehmbare technische Veränderung der Anlage möglich ist und wenn auch sonst Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden. Insoweit kommt etwa die Beeinträchtigung der Rechte von Mietern in einem privaten Miethaus (vgl. dazu etwa KG NZM 2009, 736 = WuM 2008, 663; LG Darmstadt NZM 2000, 360; Horst NZM 2000, 937), von Betroffenen in einer Wohnungseigentumsanlage (vgl. KG NJW 2002, 2798 = NZM 2002, 702; OLG Karlsruhe NJW 2002, 2799 = NZM 2002, 703; Huff NZM 2002, 89 u. NZM 2002, 688), aber auch von Grundstücksnachbarn in Betracht.“ (BGH aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 243 I 2 Nr. 2

Diebstahl

StGB

unbefugtes Öffnen mit ordnungsgemäßigem Schlüssel
(BGH in NJW 2010, 3175; Urteil vom 08.12.2009 – VI ZR 284/09)

Der Täter stiehlt auch dann eine **durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache**, wenn er als **Unberechtigter** den **ordnungsgemäß** dafür **vorgesehenen Schlüssel verwendet**.

„Dies entspricht dem **Wortlaut und dem Zweck des § 243 I 2 Nr. 2 StGB**. Dient das Behältnis nach seiner erkennbaren Zweckbestimmung wenigstens unter anderem auch zur Sicherung der darin aufbewahrten Sache gegen Diebstahl, wie es bei einem Tresor idealtypisch der Fall ist, dann ist das verschlossene Behältnis ein **Spezialfall einer Schutzvorrichtung** i. S. der Vorschrift. Das Regelbeispiel setzt voraus, dass das Behältnis verschlossen ist. Weitere Sicherungen, etwa durch Wegschließen des Schlüssels,

sind danach zu seiner Erfüllung nicht mehr erforderlich. Der **Täter muss** – sofern er nicht sogar die Sache mitsamt dem Behältnis stiehlt – die **Sicherung überwinden**, wobei es aber nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt (vgl. BT-Dr IV/650, S. 403; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 243 Rn 17). § 243 I 2 Nr. 2 StGB betont nämlich die besondere Sicherung des Diebstahlsobjekts, während § 243 I 2 Nr. 1 StGB besondere Arten der Tatausführung bei einer allgemeinen Sicherung des Gegenstands hervorhebt; auf eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das Überwinden der Sicherung hinaus kommt es dagegen bei § 243 I 2 Nr. 2 StGB nicht an (vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 1988, 3028). Daher scheidet die Anwendung des Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall des Diebstahls wegen der Wegnahme einer Sache aus einem verschlossenen Behältnis auch dann nicht aus, wenn der Verschluss mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel geöffnet wird. Allenfalls dann, wenn der Benutzer des Schlüssels zu dessen Verwendung befugt ist, könnte für ihn die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlsicherung entfallen (vgl. OLG Hamm NJW 1982, 777 = JR 1982, 119; MüKo-StGB/Schmitz, 2003, § 243 Rn 35). Jedenfalls wenn ein **Unbefugter den Schlüssel an sich nimmt und er damit das Behältnis öffnet, überwindet er die Diebstahlsicherung**, die sich aus dem Verschlusszustand des Behältnisses ergibt (vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 48; Fischer, § 243 Rn 17; Vogel, LK-StGB, 12. Aufl., § 243 Rn 32).“ (BGH aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 250 I

**schwere räuberische Erpressung
dicker Ast ist keine Scheinwaffe**

StGB

(OLG Köln in StV 2010, 636; Beschluss vom 15.12.2009 – 83 Ss 87/09)

Ein **dicker Ast** stellt **keine Scheinwaffe i. S. d. § 250 I Nr. 1b StGB** dar.

„Scheinwaffen, d. h. Gegenstände, die **objektiv ungefährlich** sind und deren **Verwendungstauglichkeit lediglich vorgetäuscht** wird, sind vom Begriff des „Werkzeugs“ i. S. d. § 250 I Nr. 1b StGB nicht umfasst, wenn sie nach ihrem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich und deshalb nicht geeignet sind, mit ihnen - etwa durch Schlagen, Stoßen, Stechen oder in ähnlicher Weise - auf den Körper eines anderen in erheblicher Weise einzuwirken. Die **Einschüchterung** muss maßgeblich **durch den Gegenstand selbst und nicht durch Täuschung über dessen Eigenschaft als Waffe begründet** sein (BGH NStZ 2007, 332). Ist er schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich, so fehlt es an einer objektiven Scheinwirkung und die Täuschung steht so sehr im Vordergrund seiner Anwendung, dass die **Qualifizierung als Werkzeug i. S. d. Bestimmung verfehlt** wäre (BGHSt 38, 116 - „Plastikrohr“ -; BGH NStZ 1997, 184 - „Labello“ -).“ (OLG Köln aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 250 II Nr. 1

**besonders schwerer Raub
Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals nach Tatvollendung**
(BGH in StV 2010, 629; Beschluss vom 25.02.2010 – 5 StR 542/09)

StGB

Setzt der Täter, vom Opfer wahrgenommen, **nach Vollendung, aber noch vor Beendigung** der Raubtat **eine Waffe** oder ein anderes gefährliches Werkzeug **mit dem Ziel weiterer Wegnahme ein**, so **genügt dies für ein Verwenden "bei der Tat"** i. S. des § 250 II Nr. 1 StGB auch dann, wenn die angestrebte weitere Wegnahme nicht vollendet wird.

I. Die Vorschrift des § 250 II Nr. 1 StGB verlangt die **Verwendung des gefährlichen Werkzeugs „bei der Tat“**.

Es entspricht dabei st. Rspr., dass eine Verwirklichung der Qualifikationstatbestände des § 250 II Nr. 1 und 3a StGB auch noch in der Phase zwischen der – hier gegebenen (vgl. BGHSt 26, 24) – Vollendung und der Beendigung der Raubtat möglich ist (BGHSt 52, 376; 53, 234; BGH NStZ-RR 2008, 342 jew. m.w.N.). Allerdings muss **das den Qualifikationstatbestand erfüllende Handeln** noch **von Zueignungsabsicht** (in Fällen der räuberischen Erpressung von Bereicherungsabsicht) **getragen** sein, was auch dann anzunehmen ist, wenn es auf Beutesicherung abzielt.

vgl. BGHSt 53, 234 m.w.N.; BGH NStZ-RR 2008, 342; vgl. zu § 250 I Nr. 1a StGB auch Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 250 Rn 10 f.

II. Gleiches gilt, wenn der Täter **im Rahmen eines noch nicht abgeschlossenen einheitlichen Tatgeschehens** zur Intensivierung seiner Drohung und zugleich seines Angriffs auf die von §§ 249 ff. StGB mitgeschützten Vermögensrechte ein gegebenenfalls von ihm zuvor nur mitgeführtes gefährliches Werkzeug tatsächlich einsetzt und damit den Qualifikationstatbestand vollständig erfüllt.

„Dann sind – ungeachtet einer weiteren vollendeten Wegnahmehandlung – „bei der Tat“ die **spezifischen Gefahren der Werkzeugverwendung eingetreten**, vor denen der Gesetzgeber mit der höheren Strafdrohung des § 250 II Nr. 1 StGB schützen will. Die Aufspaltung der Tat in einen vollendeten schweren Raub und einen damit ideal konkurrierenden Versuch eines besonders schweren Raubes erschiene vor diesem Hintergrund gekünstelt. Eine solche Betrachtungsweise wäre überdies geeignet, **sachlich nicht gerechtfertigte Zufallsergebnisse zu produzieren**.“ (BGH aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG
Art. 34 S. 2

**Staatshaftung
keine Anwendung des Art. 34 S. 2 GG auf Private**
(BVerwG in DÖV 2010, 1027; Urteil vom 26.08.2010 – 3 C 25/09)

GG

Art. 34 S. 2 GG findet auf Private keine Anwendung; dies gilt selbst dann, wenn sie als Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinne hoheitlich tätig werden.

„Insofern **bleibt der Anwendungsbereich des Art. 34 S. 2 GG hinter demjenigen des Art. 34 S. 1 GG zurück**. Das ist nicht erst das **Ergebnis einer teleologischen Reduktion**; vielmehr besteht hier - anders als bei Art. 34 S. 1 GG - **kein Anlass, die an sich nur für öffentliche Bedienstete gedachte Vorschrift auf hoheitlich tätige Private zu erstrecken**.“

Der Verfassungsgeber hatte bei Erlass des Art. 34 GG **nur den öffentlichen Dienst im Auge**. Insofern schließt die Vorschrift an Art. 33 IV 4 GG an. Im Parlamentarischen Rat wurde lediglich erörtert, dass die mittelbare Staatshaftung nicht nur für Amtspflichtverletzungen von Beamten im staatsrechtlichen Sinne eingreifen müsse, sondern - über den Wortlaut von § 839 BGB hinaus - auch für solche von nichtbeamteten Angehörigen des öffentlichen Dienstes; hierüber bestand Einigkeit (vgl. JöR 1 n.F., S. 329). Die **Frage der Staatshaftung für Private wurde hingegen nicht erwogen**.“ (BVerwG aaO)

I. Es entspricht mittlerweile **allg. Ansicht**, die **Anwendung des Art. 34 S. 1 GG auf Beliehene zu erstrecken**.

„Auch ein Beliehener handelt i. S. dieser Vorschrift als „jemand“ „in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes“, nämlich in Wahrnehmung der ihm übertragenen öffentlichen Aufgabe unter Einsatz hoheitlicher Befugnisse (BGHZ 161, 6; st. Rspr., vgl. BGHZ 49, 108; BGHZ 122, 85 und BGHZ 147, 169; allgemeine Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 12 ff.; MüKo-BGB/Papier, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, Rn. 130 m.w.N.). Die Erstreckung findet ihren Grund in der Erwägung, dass es für den Geschädigten keinen Unterschied machen dürfe, ob der Schaden durch hoheitliches Handeln eines öffentlichen Bediensteten oder eines beliehenen Privaten verursacht wird; in beiden Fällen soll ihm die Überleitung der Einstandspflicht auf den Staat eine genügende Haftungsgrundlage sichern (vgl. statt aller nur Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 114).“ (BVerwG aaO)

II. Die **Interessen des Geschädigten erfordern es auch nicht, den Rückgriff des Staates gegen den Amtsträger zu beschränken**.

„Art. 34 S. 2 GG, der diese Beschränkung vorsieht, liegt vielmehr ein anderer - doppelter - Zweck zugrunde: Zum einen soll die **Entschlussfreude des Amtsträgers gestärkt** und damit die **Effektivität des hoheitlichen Staatshandelns gefördert**, zum anderen der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinen Bediensteten Rechnung getragen werden (von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 34 GG Rn. 125; von Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 34 GG Rn 37; Umbach/Clemens, MAK-GG, 2002, Art. 34 GG Rn 150; jew. m.w.N.). Erst das regelhafte - nicht nur in Ausnahmefällen gegebene - Zusammentreffen beider Zwecke trägt die Entscheidung des Verfassungsgebers, die **Möglichkeit des Rückgriffs gegen den Amtsträger auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken** und hiervon auch keine Ausnahme zuzulassen. Das aber schließt die Ausdehnung der Vorschrift auf private Amtsträger aus. Es liegt auf der Hand, dass jedenfalls der Gesichtspunkt der Fürsorge ganz auf die eigenen Bediensteten des Staates zielt, über die Beamten im staatsrechtlichen Sinne hinaus auch auf die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, dass er aber für Private außerhalb des öffentlichen Dienstes, auch wenn sie hoheitlich tätig werden, nicht oder doch nur in Ausnahmefällen **besonderer Schutzbedürftigkeit** - etwa zugunsten von Schülerlotsen oder Aufsichtsschülern - greift.“ (BVerwG aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VersG
§ 12a I 1

Videoüberwachung einer Versammlung
Rechtswidrigkeit

öffR

(VG Berlin in NVwZ 2010, 1442; Urteil vom 05.07.2010 – 1 K 905/09)

Die **Beobachtung einer Versammlung** mittels eines Video-Wagens der Polizei und die Übertragung der so gewonnenen Bilder in Echtzeit im sog. „Kamera-Monitor-Prinzip“ – **ohne Einverständnis der Teilnehmer** – stellt einen **Eingriff in deren Grundrecht auf Versammlungsfreiheit** (Art. 8 GG) sowie einen **Eingriff in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung** dar und bedarf daher zu seiner Rechtfertigung einer gesetzlichen Grundlage, aus der nachvollziehbar und klar der Umfang der Beschränkungen erkennbar ist.

„Von der im Zuge der **Föderalismusreform** auf die Länder übergegangenen Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht (vgl. das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.08.2006) hat das Land in Berlin bisher keinen Gebrauch gemacht.

Als **Rechtsgrundlage** für die Videobeobachtung der Versammlung kommt somit lediglich **§ 12a I 1 VersG i.V.m. § 19a VersG** in Betracht. Danach darf die Polizei Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen nur anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Nach § 12a I 2 VersG dürfen die Maßnahmen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, da zum Zeitpunkt des Aufzuges keine tatsächlichen Anhaltspunkte erkennbar waren, dass **von den Versammlungsteilnehmern erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung** ausgingen. Eine **Gefahrenprognose** im Vorfeld des Aufzuges, welche ein polizeiliches Eingreifen erforderlich gemacht hätte, ist nicht ersichtlich, darüber hinaus war die Beobachtung des Aufzuges durch die Polizei nicht auf Gefahrenabwehr gerichtet (wird ausgeführt).

Andere Rechtsgrundlagen für das polizeiliche Handeln **sind nicht ersichtlich**: Der Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht des Landes in Berlin zur Einschränkung der Versammlungsfreiheit ist nicht möglich (BVerfG NVwZ 2005, 80; BVerwGE 82, 34 = NVwZ 1989, 872 = NJW 1989, 2411; VGH Mannheim NVwZ 1998, 761 = DVBl 1998, 837). Ein Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht wäre lediglich zum Schutz der Versammlung oder als milderer Mittel gegenüber einer tatbestandlich zulässigen Auflösung möglich. Diese Fälle liegen indes nicht vor.“ (VG Berlin aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

SaarlBauO
§ 60 I

Bestandsschutz

BauR

20jährige Nutzung eines ungenehmigten Gebäudes

(VG Saarlouis in NVwZ-RR 2010, 915; Beschluss vom 02.07.2010 – 5 L 491/10)

Bei einer **mehr als 20 Jahre ohne die erforderliche Baugenehmigung unbeanstandet durchgeführten Nutzung eines Gebäudes** bedarf es einer **besonderen Begründung**, warum eine sofortige Unterbindung der Nutzung erforderlich ist. Der bloße Hinweis auf das mit der Baugenehmigungspflicht verbundene Verbot der ungenehmigten Nutzung und die Gefahr der Verfestigung der unzulässigen Nutzung reichen in diesem Fall nicht aus.

„Wenn aber eine Nutzung bereits seit über 20 Jahre unbeanstandet besteht, ist es **nicht nachvollziehbar, dass es des Sofortvollzuges bedarf, um die Baugenehmigungspflicht durchzusetzen**. Daher kann im vorliegenden Fall wegen der der Ag. seit langem bekannten langjährige Nutzung des Gebäudes zu Dauerwohnzwecken **ausnahmsweise nicht davon ausgegangen werden, dass der**

Normalfall vorliegt, in dem der bloße Verweis auf die gebotene kurzfristig wirksame Unterbindung einer bislang formal rechtswidrigen baulichen Nutzung als ausreichend anzusehen ist.“ (VG Saarlouis aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BeamtStG
§ 9

**Frauenförderung bei Qualifikationsgleichstand
zulässig**

BeamtenR

(OVG NW in DÖV 2010, 1028; Beschluss vom 26.08.2010 – 6 B 540/10)

Die von einem Qualifikationsgleichstand ausgehende **Gleichstellungsregelung des § 20 VI 2 LBG NRW** stellt eine **zulässige Ergänzung des § 9 BeamtStG** dar.

I. Dieser Befund wird durch die **Gesetzesbegründung zu § 9 BeamtStG** (BT-Drs. 16/4027, S. 23) bestätigt.

„Darin heißt es, die Neuregelung entspreche den Regelungen des § 11 i. V. m. § 1 AGG für den Bereich des Arbeitsrechts. Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 I AGG ausgeschrieben werden. Gem. § 7 I AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden. § 1 AGG schließlich bestimmt, dass **Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen** aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität **zu verhindern oder zu beseitigen**. Bei allem ist indessen zu berücksichtigen, dass gemäß § 5 AGG ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe eine unterschiedliche Behandlung - wie sie in § 20 VI 2 LBG NRW vorgesehen ist - auch zulässig ist, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber diese dem AGG selbst immanente Präzisierung der Regelungen der §§ 11, 1 AGG für das Verständnis des BeamtStG unbeachtet lassen wollte.“ (OVG NW aaO)

II. Entsprechendes gilt für die Bezugnahme auf „**Art. 3 GG**“ in der Gesetzesbegründung.

„Die **Bezugnahme ist nicht etwa beschränkt auf das Diskriminierungsverbot des Art. 3 III GG**, sondern **schließt Art. 3 II 2 GG** und damit den **Verfassungsauftrag ein, staatlicherseits für die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu sorgen**. Dies kann eine bevorzugende Ungleichbehandlung von Frauen rechtfertigen.“ (OVG NW aaO)

III. Ein Hinweis für das bezeichnete nicht abschließende Verständnis des § 9 BeamtStG ist auch aus **§§ 9 BBG, 8 S. 1 BGleIG** zu gewinnen.

„Hierbei handelt es sich ebenfalls um bundesrechtliche, wenn auch aufgrund der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 73 I Nr. 8 GG erlassene Vorschriften. § 9 BBG ist in seinem ersten Satz annähernd wortgleich mit § 9 BeamtStG; in seinem zweiten Satz ist jedoch ausdrücklich bestimmt, dass dem **gesetzliche Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben**, insbes. Quotenregelungen mit Einzelfallprüfung sowie zur Förderung schwerbehinderter Menschen nicht entgegen stehen. Dazu sieht § 8 S. 1 BGleIG vor, dass, soweit Frauen in einzelnen Bereichen unterrepräsentiert sind, die Dienststelle sie bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, Einstellung, Anstellung und beruflichem Aufstieg bei Vorliegen von gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Qualifikation) bevorzugt zu berücksichtigen hat, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Dies gilt nach § 8 S. 2 BGleIG für die Besetzung von Beamten-, Angestellten- und Arbeiterstellen, auch mit Vorgesetzten- und Leitungsaufgaben, von Stellen für die Berufsausbildung sowie für Richterstellen, soweit nicht für die Berufung eine Wahl oder die Mitwirkung eines Wahlausschusses vorgeschrieben ist, sowie für die Beförderung, Höhergruppierung, Höherreihung und Übertragung höher bewerteter Dienstposten und Arbeitsplätze auch in Funktionen mit Vorgesetzten- und Leitungsaufgaben. Es leuchtet nicht ein, dass und warum der Bundesgesetzgeber derartige Gleichstellungsregelungen für den Bereich des Bundes ausdrücklich hätte anordnen, für den Bereich der Länder aber selbst als Möglichkeit hätte ausschließen sollen.“ (OVG NW aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

§§ 195, 174 II

Zustellung gegen Empfangsbekanntnis

Äußerung des Willens zur Annahme des Schriftstücks

ZPO

(OLG Hamm in NJW 2010, 3380; Urteil vom 12.01.2010 – 4 U 193/09)

1. Ein Empfangsbekanntnis setzt die schriftliche Mitwirkung des Empfängers voraus.
2. Der **Adressat** muss vom **Zugang des Schriftstücks (nicht nur) Kenntnis erhalten**, sondern zudem **entscheiden**, ob er es **als zugestellt ansieht**. Die **Äußerung des Willens**, das Schriftstück anzunehmen (Empfangsbereitschaft) ist – anders als etwa bei einer Zustellung durch den Gerichtsvollzieher – **zwingende Voraussetzung einer wirksamen Zustellung**

A. Grundlagenwissen: Die Zustellung im Parteibetrieb

Wenn eine Zustellung im Parteibetrieb zulässig ist oder gar vorgeschrieben wird, geltend die Sonderregelungen des §§ 191-195 ZPO. Soweit keine Sonderregelungen greifen, geltend nach § 191 ZPO ergänzend die Vorschriften über die Zustellung von Amts wegen.

Die Zustellung auf Betreiben der Parteien ist nur in zwei Formen vorgesehen:

- Zustellung **durch den Gerichtsvollzieher**
- Zustellung **von Anwalt zu Anwalt**.

I. Zustellung durch den Gerichtsvollzieher

Die Zustellung im Parteibetrieb erfolgt nach § 192 ZPO grundsätzlich durch den Gerichtsvollzieher. Hierzu hat die die Zustellung betreibende Partei dem Gerichtsvollzieher das zuzustellende Schriftstück mit den erforderlichen Abschriften zu übergeben. Die Abschriften können dann vom Gerichtsvollzieher beglaubigt werden. Fehlen Abschriften, ist der Gerichtsvollzieher befugt, diese selbst herzustellen.

Soweit es sich bei dem betreffenden Verfahren um ein solches **vor dem Amtsgericht** handelt, kann die Partei nach § 192 III ZPO den Gerichtsvollzieher auch unter **Vermittlung der Geschäftsstelle des Prozessgerichts** mit der Zustellung beauftragen. Insofern hat diese den Gerichtsvollzieher dann mit der Zustellung zu beauftragen.

1. Zustellung durch den Gerichtsvollzieher selbst

Nach Ausführung der Zustellung beurkundet der Gerichtsvollzieher nach § 193 ZPO auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf dem mit der Urschrift zu verbindenden hierfür vorgesehenen Formular die Ausführung der Zustellung nach § 182 II ZPO und vermerkt die Person, in deren Auftrag er zugestellt hat. Diese **Zustellungsurkunde** hat der Gerichtsvollzieher nach § 193 III ZPO der Partei zu übermitteln, für welche er die Zustellung ausgeführt hat. Der Gerichtsvollzieher vermerkt zudem auf dem zu übergebenden Schriftstück den Tag der Zustellung, sofern er nicht eine beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde übergibt. Eine **Zustellung durch Empfangsbekanntnis** oder durch **Einschreiben mit Rückschein** ist für die Zustellung im Parteibetrieb durch den Gerichtsvollzieher **nicht vorgesehen**.

Bei Zustellung durch Aufgabe zur Post sind das Datum und die Anschrift, unter der die Aufgabe erfolgte, zu vermerken.

2. Zustellung durch Zustellungsauftrag, § 194 ZPO

Nimmt der Gerichtsvollzieher die Zustellung nicht selbst vor, so kann er nach § 194 ZPO auch die **Post** mit der Ausführung der Zustellung, beauftragen. In diesem Fall vermerkt er auf dem zuzustellenden Schriftstück, im Auftrag welcher Person er es der Post übergibt. Auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit ihr zu verbindenden Übergabebogen bezeugt er, dass die mit der Anschrift des Zustellungsadressaten, der Bezeichnung des absendenden Gerichtsvollziehers und

einem Aktenzeichen versehene Sendung der Post übergeben wurde. Die Post ist dann nach Ausführung des Auftrags verpflichtet, dem Gerichtsvollzieher die Zustellungsurkunde unverzüglich zurückzuleiten.

II. Zustellung von Anwalt zu Anwalt, § 185 ZPO

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann ein Dokument auch dadurch zugestellt werden, dass der zustellende Anwalt das Dokument dem anderen Anwalt übermittelt. Dies gilt nicht nur dann, wenn die Zustellung im Parteibetrieb ausdrücklich zugelassen ist, sondern **auch** dann, wenn **eigentlich eine Zustellung von Amts wegen** vorgesehen ist, soweit nicht gleichzeitig dem Gegner eine gerichtliche Anordnung mitzuteilen ist. Allerdings muss auf dem Schriftsatz ausdrücklich erklärt werden, dass die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgt. **Ausgeschlossen** ist dies allerdings bei der **Klage** selbst sowie bei **Einlegung und Begründung von Rechtsmitteln**.

Zudem muss die **Zustellung dem Gericht** auch **nachgewiesen** werden. Zum Nachweis der Zustellung genügt nach § 185 II ZPO das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekanntnis des Anwalts, dem zugestellt worden ist. Zur Abgabe dieser Erklärung ist Anwalt auf Verlangen des anderen Anwalts **verpflichtet**.

B. Äußerung des Annahmewillens bei Zustellung gegen Empfangsbekanntnis (OLG Hamm in NJW 2010, 3380)

Fall: Der Ast. und die Ag. handeln mit Surroundsystemen. Der Ast. nimmt die Ag. wegen unterschiedlicher Angaben zur Widerrufsbelehrung im Rahmen ihres Angebots auf der Internet-Plattform F auf Unterlassung in Anspruch. In die Antragschrift hatte der Ast. den Prozessbevollmächtigten P des Ag, der ihm aus dem vorgehenden Schriftverkehr bekannt war, aufgenommen. Durch Beschlussverfügung vom 23.06.2009 wurde der Ag. unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten, geschäftlich handelnd Verbraucher bei F zur Abgabe von Vertragserklärungen für Surroundsysteme aufzufordern, wenn innerhalb eines Angebots unterschiedliche Widerrufsbelehrungen verwendet werden, und zwar wenn erfolgt wie bei F im Juni unter der Artikelnummer (...). Auch im Beschluss, der ohne mündliche Verhandlung erfolgt ist, ist P als Prozessbevollmächtigter aufgenommen.

Die den Verfahrensbevollmächtigten des Ast. vom Gericht am 26.06.2009 zugestellte einstweilige Verfügung haben diese dem Prozessbevollmächtigten der Ag. „zum Zwecke der Vollziehung“ per Telefax übermittelt. Die Beschlussverfügung war dabei auf den Seiten 1 und 2 und dann erst wieder auf einem gesonderten Blatt 65 nach der in Kopie beigefügten Antragschrift und den Anlagen dazu jeweils mit einem Beglaubigungsvermerk versehen. Ein vorbereitetes Empfangsbekanntnis war nicht beigefügt und ist vom Prozessbevollmächtigten der Ag. auch nicht erteilt worden. Am 07.07.2009 wurde der Ag. zudem selbst eine beglaubigte Abschrift der Beschlussverfügung nebst Antragschrift und Anlagen per Gerichtsvollzieher zugestellt.

Auf den Widerspruch der Ag. vom 15.07.2009 hat das LG mit dem angefochtenen Urteil am 30.07.2009 die einstweilige Verfügung vom 23.06.2009 aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die einstweilige Verfügung weder wirksam zugestellt worden noch ein Zustellungsmangel geheilt gewesen sei mit der Folge, dass die Vollziehungsfrist von einem Monat nach §§ 936, 929 II ZPO nicht gewahrt worden sei. Zu Recht?

Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung ist zu Recht erfolgt, wenn der Widerspruch des Ag. gegen den Erlass der einstweiligen Verfügung zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Widerspruchs

Gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist nach §§ 936, 924 I ZPO der Widerspruch des Schuldners statthaft. Dieser ist **nicht fristgebunden** und beim **Arrestgericht** (§§ 936, 919 ZPO) einzulegen. Es bestehen demnach keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Widerspruchs.

II. Begründetheit des Widerspruchs

Der Schuldner kann nicht nur die **formellen oder materiellen Voraussetzungen** für den Erlass der einstweiligen Verfügung bestreiten, sondern sich auch auf **veränderte Umstände** (§§ 936, 927 ZPO) oder darauf berufen, dass die Hauptsacheklage nicht fristgerecht erhoben wurde (§§ 936, 926 II ZPO). Wird die **Vollziehungsfrist** des §§ 936, 929 II ZPO nicht eingehalten, wird **unwiderleglich die Erledigung des Verfügungsgrundes** vermutet.

Der Widerspruch könnte also deshalb begründet sein, weil im Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung die Vollziehung innerhalb der Vollziehungsfrist nicht erfolgt war.

Die einstweilige Verfügung vom 23.06.2009 wurde dem Ast. am 26.06.2009 zugestellt. Die Vollziehungsfrist des §§ 936, 929 II ZPO beginnt mit dieser Zustellung zu laufen, so dass die Vollziehung bis zum 26.07.2009 hätte erfolgt sein müssen.

1. Begriff der Vollziehung

Zunächst ist festzustellen, welche Anforderungen an die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung zu stellen sind.

Innerhalb der Vollziehungsfrist muss der Gläubiger entsprechend ihrem Zweck seinen Vollziehungswillen betätigen. Eine einstweilige Verfügung wird gemäß ihrem Inhalt grundsätzlich wie ein entsprechender Titel im Hauptsacheprozess vollstreckt, also regelmäßig nach §§ 883 ff. ZPO und bei Leistungsverfügungen nach §§ 804 ff. ZPO. Für die Wahrung der Vollziehungsfrist ist zunächst – wie beim Arrest – eine **Parteizustellung** erforderlich. E vom Richter auf Grund Gesetzes (§ 317 I ZPO) veranlasste Zustellung kann schon begrifflich keine Vollziehung sein.

2. Wirksame Parteizustellung

Die Parteizustellung ist in §§ 191 ff. ZPO geregelt. Sie erfolgt entweder durch oder kraft Vermittlung des Gerichtsvollziehers (§§ 192 - 194 ZPO) oder als Zustellung von Anwalt zu Anwalt gegen Empfangsbekanntnis (§ 195 ZPO).

Ist ein Anwalt als Prozessbevollmächtigter bestellt, so muss nach §§ 191, 172 I ZPO die Zustellung auch an diesen erfolgen.

a) wirksame Bestellung des P

Da P im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht als Prozessbevollmächtigter des Ag. aufgetreten ist, stellt sich die Frage, ob §§ 195, 172 II ZPO überhaupt eingreift.

*„P war für den Prozess als bestellt anzusehen. Auch wenn die vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 14.05.2009, 12.06.2009 und 16.06.2009 auf die Bekanntgabe einer Prozessbevollmächtigung unmittelbar noch nicht hinweisen, war hier die **Mitteilung** über die „Bestellung“ durch den Gegner, hier den Ast., als **ausreichend** anzusehen (vgl. hierzu BGH, NJW-RR 2000, 444). Dieser hat mit der Antragsschrift bereits die Prozessbevollmächtigten der Ag. mitgeteilt, und vor allem sind diese dann auch in der Beschlussverfügung als solche bezeichnet. Hat das Gericht so den **Anwalt in das Passivrubrum der Beschlussverfügung aufgenommen**, muss der Ast. zur Wahrung der Frist des § 929 II ZPO **diesem Anwalt zustellen** (OLG Hamburg, NJW-RR 1995, 444; Musielak/Wolst, ZPO, 7. Aufl. [2009], § 172 Rn 2; Ahrens/Berneke, Kap. 57 Rn 37). Der Ast. muss sich vorliegend insofern an der selbst mitgeteilten Prozessvollmacht im Rahmen der Antragsschrift festhalten lassen.“* (OLG Hamm aaO)

Die Zustellung musste daher im Parteibetrieb über P erfolgen.

b) Zustellung von Anwalt zu Anwalt

Die in § 195 ZPO geregelte Zustellung von Anwalt zu Anwalt setzt voraus, dass der zustellende Anwalt das Dokument dem anderen Anwalt übermittelt. Zum Nachweis der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekanntnis des Anwalts, dem zugestellt worden ist. Der Anwalt, der zustellt, hat dem anderen Anwalt auf Verlangen eine Bescheinigung über die Zustellung zu erteilen.

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen. Eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt könnte in der Faxübermittlung des Beschlusses vom 23.06.2009 zu sehen sein. Allerdings fehlt es hier an einem schriftlichen Empfangsbekanntnis.

aa) Anforderungen an Empfangsbekanntnis

*„Die Zustellung „gegen Empfangsbekanntnis“ setzt – neben der Zustellabsicht des Versenders, die hier durch die Formulierung „zum Zwecke der Vollziehung“ dokumentiert ist – voraus, dass ein Empfangsbekanntnis erfolgt. Der **Adressat** muss vom **Zugang des***

Schriftstücks (nicht nur) Kenntnis erhalten, sondern zudem entscheiden, ob er es als zugestellt ansieht. Die Äußerung des Willens, das Schriftstück anzunehmen (Empfangsbereitschaft) ist – anders als etwa bei einer Zustellung durch den Gerichtsvollzieher – zwingende Voraussetzung einer wirksamen Zustellung (BGH, NJW 1976, 107; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl. [2010], § 174 Rn 6; § 195 Rn 7; Häublein, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. [2008], § 174 Rn 6). Die Form des Empfangsbekanntnisses ist dabei nicht vorgeschrieben. Insofern kommt es nicht entscheidend darauf an, ob bereits ein schriftlich vorgefertigtes Empfangsbekanntnis beigelegt war.

Für die Wirksamkeit der Zustellung ist entscheidend, dass der Adressat schriftlich bestätigt, das empfangene Schriftstück zu einem bestimmten Zeitpunkt mit dem Willen entgegengenommen zu haben, es als zugestellt gelten zu lassen. Zwar löst sich die Legaldefinition der Zustellung in § 166 I ZPO begrifflich von der in der früheren Rechtsprechung entwickelten Definition der Zustellung als die in gesetzlicher Form erfolgte und beurkundete Übergabe eines Schriftstücks. Die Beurkundung soll nunmehr nur noch dem Nachweis der Zustellung dienen und kein notwendiger (konstitutiver) Bestandteil der Zustellung mehr sein. Allerdings bleibt doch gerade die „Zustellung gegen Empfangsbekanntnis“ weiterhin begrifflich und der Sache nach abhängig von der Abgabe einer Bestätigung des Empfangs des Schriftstücks. Der BGH führt hierzu explizit aus, dass diese Form der Zustellung nach wie vor voraussetzt, dass der Empfänger des Schriftstücks an der Zustellung willentlich mitwirkt. Wird das üblicherweise beigelegte Empfangsbekanntnisformular nicht zurückgeschickt, kann von einer derartigen Mitwirkungsbereitschaft (die allgemein weiter gefordert wird) nicht mehr ausgegangen werden.“ (OLG Hamm aaO)

Ein schriftliches Empfangsbekanntnis, das zugegangene Schriftstück als zugestellt zu betrachten, ist daher unentbehrlich. Da ein solches jedoch nicht ausgestellt wurde, ist die Zustellung fehlerhaft.

„Dem Telefax vom 29.06.2009 war unstreitig ein vorbereitetes Empfangsbekanntnis nicht beigelegt, und ebenso wenig enthielt das Anschreiben eine irgendwie geartete Aufforderung, den Empfang der Verfügung nebst Anlagen in irgendeiner Weise zu bestätigen. Vor allem fehlte es an einer Bestätigung oder Mitteilung des Erhalts durch die Prozessbevollmächtigten der Ag. bzw. an einer Dokumentation ihres Empfangswillens innerhalb der Vollziehungsfrist.“ (OLG Hamm aaO)

bb) Heilung des Zustellmangels

Eine Heilung könnte jedoch nach § 189 ZPO dadurch erfolgt sein, dass der Ag. durch ihren Prozessbevollmächtigten das Telefax nunmehr selbst vorgelegt hat.

„Der Mangel des Empfangswillens des Anwalts kann nicht geheilt werden (BGH, NJW 1989, 1154; Zöller/Stöber, § 174 Rn 6 a.E.). Die Heilung würde jedenfalls voraussetzen, dass zugleich die Empfangsbereitschaft, die gegebenenfalls auch konkludent zum Ausdruck gebracht sein kann, festgestellt wird (BGH, NJW 1989, 1154; BVerwG, NJW 2007, 3223). Diese ist aber weder mit der Vorlage der Faxsendung zum Ausdruck gekommen (anders als im Fall des BVerwG). Die Ag. war nämlich nicht mehr bereit, das Schriftstück als maßgeblich zugestellt anzusehen. Auf eine vormalige Empfangsbereitschaft kann nicht mehr geschlossen werden. Noch war diese Vorlage dann innerhalb der Vollziehungsfrist.“ (OLG Hamm aaO)

Eine Heilung ist daher nicht erfolgt. Es fehlt an den Voraussetzungen für eine wirksame Zustellung von Anwalt zu Anwalt nach § 195 ZPO.

c) Zustellung durch den Gerichtsvollzieher

Allerdings ist innerhalb der Vollziehungsfrist am 07.07.2009 noch eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt, die unmittelbar gegenüber dem Ag. erfolgt ist.

„Die spätere Zustellung an die Ag. vom 07.07.2009 per Gerichtsvollzieher reicht zur Wahrung der Vollziehungsfrist ebenfalls nicht aus. Die Zustellung hätte, wie ausgeführt, an P als Prozessvertreter erfolgen müssen. Dass der Prozessvertreter die an den Ag. selbst zugestellten Unterlagen innerhalb der Vollziehungsfrist übermittelt bekommen hat und an dieser Stelle eine Heilung eingetreten sein könnte, ist wiederum nicht feststellbar.“ (OLG Hamm aaO)

Ergebnis: Die Faxmitteilung vom 29.06.2009 mit der Beschlussausfertigung nebst Antragsschrift und deren Anlagen war nicht geeignet, eine wirksame Zustellung von Anwalt zu Anwalt gem. §§ 195, 174 II ZPO zu bewirken. Die Zustellung ist nicht ordnungsgemäß und daher fristwährend erfolgt. Der Widerspruch ist begründet, so dass die einstweilige Verfügung zu Recht aufgehoben wurde.

Gerichtsstand der Drittwiderklage**Änderung der Rechtsprechung**

(BGH in jurisAnwaltsLetter Nr. 22, 16.11.2010; Beschluss vom 30.09.2010 – Xa ARZ 191/10)

Die Bestimmung über den besonderen Gerichtsstand der Widerklage ist auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung entsprechend anzuwenden

A. Grundlagenwissen: Die Drittwiderklage

Durch eine Widerklage können auch Dritte in den Rechtsstreit einbezogen werden. Dies ist möglich, wenn sich die Widerklage sowohl gegen den Kläger als auch gegen einen bislang am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten richtet oder wenn sie sich nur gegen einen bislang am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten richtet.

I. Drittwiderklage gegen den Kläger und einen Dritten

Erhebt der Beklagte eine mit der Klage im **rechtlichen Zusammenhang** stehende Widerklage sowohl gegen den Kläger als auch gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten als Streitgenossen im Sinne der §§ 59, 60 ZPO, ist diese **streitgenössische Drittwiderklage** unter den **Voraussetzungen der** als Klageänderung behandelten **Parteierweiterung** zulässig (BGHZ 40, 185, 187 ff.; 131, 76, 79 f.; BGH, NJW 1991, 2838). Hierdurch sollen die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden, zusammengehörige Ansprüche einheitlich verhandelt und entschieden werden (BGHZ 40, 185, 188). Eine Hilfsdrittwiderklage ist allerdings unzulässig.

Bei einer parteierweiternden Widerklage ist nach der Rechtsprechung davon auszugehen, dass neben §§ 33, 59 ZPO auch die Vorschriften über die Klageänderung nach §§ 263 ff. ZPO anzuwenden sind. Über die normalen Voraussetzungen der Widerklage hinaus muss die Drittwiderklage daher entweder sachdienlich oder von der Einwilligung des Drittbeklagten gedeckt sein.

II. Drittwiderklage nur gegen einen Dritten

Nach der Rechtsprechung des BGH und der h.M. in der Literatur ist eine Drittwiderklage hingegen **grundsätzlich unzulässig**, wenn sie sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtet (BGH, NJW 1971, 466 f.).

Unter Berücksichtigung des **prozessökonomischen Zwecks der Widerklage**, eine Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen über einen einheitlichen Lebenssachverhalt und die damit einhergehende Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu vermeiden und eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung über zusammengehörige Ansprüche zu ermöglichen, hat der BGH jedoch **Ausnahmen** von diesem Grundsatz zugelassen.

1. Kläger ist eine Gesellschaft und die **Drittwiderklage** richtet sich **gegen einen Gesellschafter**, soweit das Urteil gegen den Gesellschafter auch für die Gesellschaft verbindlich ist und daher einer Zahlungsklage vorgreifen kann (vgl. BGHZ 91, 132, 134).
2. Der Gegenstand der Drittwiderklage deckt sich mit dem Gegenstand der **hilfsweise** gegenüber dem Kläger **zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung** (vgl. BGH, NJW 2001, 2094).
3. Die Drittwiderklage ist **gegen den Zedenten der Klageforderung** gerichtet und die Gegenstände der Klage und der Drittwiderklage sind tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind:
 - a) Die isoliert gegen den am Prozess bislang nicht beteiligten Zedenten erhobene Drittwiderklage ist auch dann zulässig, wenn sich deren Gegenstand mit dem Gegenstand einer **hilfsweise** gegenüber der Klage des Zessionars zur **Aufrechnung** gestellten Forderung deckt (BGHZ 147, 220, 222 ff.).

- b) Sie kann auch erhoben werden, wenn die abgetretene Klageforderung und die mit der Drittwiderklage geltend gemachte Forderung aus einem **einheitlichen Schadensereignis** resultieren (BGH NJW 2007, 1753 f.).
- c) Schließlich ist sie auch dann zulässig, wenn mit ihr die **Feststellung** begehrt wird, dass dem **Zedenten keine Ansprüche zustehen** (BGH NJW 2008, 2852, 2854 f.).

B. Anwendbarkeit des § 33 ZPO auf die parteierweiternde, isolierte Drittwiderklage (BGH in jurisAnwaltsLetter Nr. 22, 16.11.2010)

Fall: Die Klägerin ist ein zahnärztliches Rechenzentrum mit Sitz in Stuttgart. Sie macht aus abgetretenem Recht vor dem Landgericht Landshut gegen den Beklagten, der seinen Wohnsitz im Bezirk dieses Landgerichts hat, einen Zahlungsanspruch in Höhe von 12.999,83 Euro aus zahnärztlicher Behandlung in der Praxis des Drittwiderbeklagten (Zedenten) in Regensburg geltend. Der Beklagte hat gegen den Zedenten Drittwiderklage auf Feststellung erhoben, dass diesem Ansprüche aus zahnärztlicher Behandlung nicht zustehen. Der Drittwiderbeklagte hat die Unzuständigkeit des Landgerichts Landshut für die Widerklage gerügt. Der Beklagte hat beantragt, das Landgericht Landshut als gemeinsam zuständiges Gericht für Klage und Drittwiderklage zu bestimmen. Der Drittwiderbeklagte hat beantragt, den Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts zurückzuweisen. Das Oberlandesgericht München hat die Sache gemäß § 36 III ZPO dem Bundesgerichtshof zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt, da es für die Bestimmung des Gerichtsstands der Drittwiderklage entgegen der Rechtsprechung des BGH § 36 I Nr. 3 ZPO für anwendbar hält und darauf gestützt eine Gerichtsstandsbestimmung erwirken möchte.

I. Zulässigkeit der Vorlage

Ein Oberlandesgericht, das mit der Zuständigkeitsbestimmung befasst ist, hat die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen, wenn es in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Diese Voraussetzungen liegen vor.

*„Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet § 33 ZPO für den bisher am Verfahren nicht beteiligten Drittwiderbeklagten **keinen Gerichtsstand am Gericht der Klage**. Danach ist das Gericht der Klage für eine Drittwiderklage örtlich nur zuständig, wenn ein allgemeiner oder besonderer Gerichtsstand bei dem Gericht der Drittwiderklage besteht, durch rügelose Einlassung begründet wird oder das übergeordnete Gericht den Gerichtsstand nach § 36 I Nr. 3 ZPO bestimmt (BGH, NJW-RR 2008, 1516 [1517] mwN so auch BAG, NZA 1997, 1071; anders nur BGH, NJW 1966, 1028). Bei **isolierten Drittwiderklagen** kommt eine **Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO** nach bisheriger Rechtsprechung **nicht in Betracht**, weil es an einer gegen mehrere Streitgenossen gerichteten Widerklage fehlt (BGH, NJW 2000, 1871; NJW 1993, 2120). Demgegenüber hält das vorliegende Oberlandesgericht die entsprechende Anwendung des § 36 I Nr. 3 ZPO bei isolierten Drittwiderklagen gegen den Zedenten für geboten (so bereits OLG München, NJW 2009, 2609).“* (BGH aaO)

II. Begründetheit der Vorlage

Die Vorlage ist nur begründet, wenn das vorliegende Gericht nicht ohnehin auch für die Entscheidung über die Drittwiderklage zuständig ist.

1. Gerichtsstand der Widerklage

Nach § 33 ZPO ist für eine Widerklage das Gericht örtlich zuständig, bei welchem die Klage anhängig ist, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht. Insofern wird für die Widerklage ein besonderer Gerichtsstand begründet.

2. Gerichtsstand der Drittwiderklage

a) bisherige Rechtsprechung

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH begründet die den besonderen Gerichtsstand für die Widerklage regelnde Vorschrift des § 33 ZPO für den bisher am Verfahren nicht beteiligten Drittwiderbeklagten **keinen Gerichtsstand am Gericht der Klage**; das Gericht der Klage ist danach für eine Drittwiderklage örtlich nur zuständig, wenn ein allgemeiner oder besonderer Gerichtsstand bei dem Gericht der Drittwiderklage besteht, durch rügelose Einlassung begründet wird oder das übergeordnete Gericht den Gerichtsstand nach § 36 I Nr. 3 ZPO bestimmt (BGH NJW-RR 2008, 1516, 1517 mwN).

„Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung wird die mit der Anerkennung der Drittwiderklage angestrebte **Verfahrenskonzentration** in den Fällen **nicht erreicht**, bei denen ein allgemeiner oder besonderer Gerichtsstand des Drittwiderbeklagten bei dem Gericht der Klage weder besteht noch durch rügelose Einlassung begründet wird und eine Gerichtsstandsbestimmung durch das übergeordnete Gericht nicht möglich ist. Bei einer **streitgenössischen Drittwiderklage** kommt eine Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 I Nr. 3 ZPO nicht in Betracht, sofern die **widerbeklagten Streitgenossen einen anderweitigen gemeinsamen Gerichtsstand** haben (BGH NJW 2000, 1871, 1872). Der Beklagte hat dann nur die Wahl, auf die Widerklage zu verzichten, um beide Streitgenossen in einem weiteren Rechtsstreit gemeinsam in Anspruch zu nehmen, oder von der gemeinsamen Klage gegen beide Streitgenossen Abstand zu nehmen, um gegen den Kläger mit der Widerklage und in einem weiteren Verfahren gegen den Dritten vorzugehen.

Bei einer **isolierten Drittwiderklage** ist dem übergeordneten Gericht nach dem Wortlaut des § 36 I Nr. 3 ZPO eine **Gerichtsstandsbestimmung versagt**, weil es an einer gegen mehrere Streitgenossen gerichteten Widerklage fehlt (BGH NJW 2000, 1871; BGH NJW 1993, 2120). Die **Rechtsprechung**, nach der eine **isolierte Drittwiderklage ausnahmsweise zulässig** ist, **liefe daher in einer Vielzahl von Fällen leer.**“ (BGH aaO)

b) Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 I Nr. 3 ZPO

Dieses Ergebnis könnte durch eine entsprechende Anwendung des § 36 I Nr. 3 ZPO, wie sie das vorlegende Oberlandesgericht für geboten hält, vermieden werden. Dazu wäre bei Drittwiderklagen eine **Gerichtsstandsbestimmung** durch das übergeordnete Gericht auch dann **zuzulassen**, wenn sich die Drittwiderklage **ausschließlich** gegen einen am Prozess bislang **nicht beteiligten Dritten** richtete oder wenn **widerbeklagte Streitgenossen** einen **anderweitigen gemeinsamen Gerichtsstand** hätten.

„Die Anwendung der genannten Bestimmung führte jedoch dazu, dass **regelmäßig eine gerichtliche Bestimmung** des zuständigen Gerichts erforderlich wäre, obwohl nur die Bestimmung des Gerichts der Klage als zuständiges Gericht auch für die Drittwiderklage in Betracht kommt. Die **Zuständigkeit eines anderen Gerichts für Klage und Widerklage** kann nicht bestimmt werden, weil § 36 ZPO keine Handhabe dafür bietet, dem Kläger auf den Antrag des Beklagten den von ihm gewählten Gerichtsstand zu entziehen.“ (BGH aaO)

c) analoge Anwendung des § 33 ZPO auf isolierte, parteierweiternde Drittwiderklagen

Dieses Problem könnte jedoch eine analoge Anwendung des § 33 ZPO gelöst werden.

aa) planwidrige Regelungslücke

Die Vorschrift des § 33 ZPO findet auf Drittwiderklagen keine unmittelbare Anwendung, da sich diese nicht gegen den Kläger richten. Eine Widerklage setzt begrifflich eine anhängige Klage voraus, ein Widerkläger muss ein Beklagter und ein Widerbeklagter ein Kläger sein.

Nachdem die Rechtsprechung jedoch die parteierweiternde Drittwiderklage, auch wenn sie sich nur gegen einen Dritten richtet, in bestimmten Fällen zulässt, gibt es Fälle der Widerklage, die von der Gerichtsstandsregelung des § 33 ZPO nicht erfasst sind, ohne dass der Gesetzgeber dies bewusst so geregelt hätte. Es liegt daher eine planwidrige Regelungslücke vor.

bb) vergleichbare Interessenlage

Der besondere Gerichtsstand des § 33 ZPO hat seinen **Grund** darin, dass bei Bestehen eines Sachzusammenhangs die **Verfahrenskonzentration** gefördert und zugleich ein **prozessuales Gleichgewicht** hergestellt werden sollen (Roth in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 33 Rn. 1 mwN).

„Zum einen sollen **zusammenhängende Ansprüche einheitlich** verhandelt und entschieden werden, um eine **Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen über einen einheitlichen Lebenssachverhalt** und die damit einhergehende Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu vermeiden (BGHZ 40, 185, 188).“ (BGH aaO)

Dieses **Bedürfnis** besteht **auch** und gleichermaßen in den Fällen, in denen der Bundesgerichtshof schon bisher eine **Drittwiderklage** für zulässig gehalten hat.

*„Zum anderen kann der Beklagte seine **Gegenansprüche** in einem laufenden Prozess **auch dann geltend** machen, wenn das **Gericht bei isolierter Klage** dafür **örtlich unzuständig** wäre.“* (BGH aaO)

Hierdurch wird zwar der dem Schutz eines Beklagten dienende Grundsatz der §§ 12 ff. ZPO eingeschränkt, wonach eine Klage grundsätzlich an seinem Wohn- oder Geschäftssitz zu erheben ist.

*„Diese Einschränkung ist aber sachlich dadurch gerechtfertigt, dass der **Kläger den Beklagten vor dem Gericht der Klage angegriffen** hat und es für ihn daher **zumutbar** ist, sich dort auf die Verhandlung und Entscheidung zusammenhängender Ansprüche einzulassen. Ob dieser Grund auch generell die Gewährung eines besonderen Gerichtsstands für eine Drittwiderklage gegen nur materiell beteiligte Dritte trägt (so OLG Dresden, OLG NL 2003, 65 ff.; Vollkommer/Vollkommer, WRP 2000, 1062, 1067; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 33 Rn. 24), bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung.*

*Er rechtfertigt jedenfalls die Gewährung eines besonderen Gerichtsstands für eine Drittwiderklage gegen den bisher **nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung** (Zöller/Vollkommer, aaO, § 33 Rn. 24).“* (BGH aaO)

Für den Zedenten einer Klageforderung ist es **zumutbar**, sich vor dem Gericht der Klage auf die Verhandlung und Entscheidung zusammenhängender Ansprüche einzulassen.

*„Ohne die **Abtretung** der Klageforderung hätte der Zedent **selbst Klage gegen den Beklagten** erheben und mit der Erhebung einer **Widerklage** am Gerichtsstand der Klage **rechnen müssen**. Erst die Abtretung der Klageforderung schafft für den Beklagten einen Anlass, zur umfassenden Entscheidung aller zusammenhängenden Ansprüche eine Drittwiderklage gegen den Zedenten zu erheben. Für diesen ist es daher zumutbar, sich vor dem Gericht der Klage auf die Verhandlung und Entscheidung der damit zusammenhängenden Ansprüche einzulassen. Hierdurch werden **lediglich der vorherige Rechtszustand** und damit das prozessuale Gleichgewicht **wieder hergestellt**. Dass der Zessionar nach § 35 ZPO einen Gerichtsstand gewählt haben mag, der dem Zedenten nicht genehm ist, ändert hieran nichts. Mit der Abtretung hat der Zedent die **Ausübung des Wahlrechts nach § 35 ZPO durch den Zessionar in Kauf genommen**.“* (BGH aaO)

Es liegt demnach auch eine vergleichbare Interessenlage vor, so dass die Voraussetzungen für einen Analogieschluss gegeben sind.

Die Anwendbarkeit des § 33 ZPO auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung ist bislang vom VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs verneint worden (BGHZ 147, 220, 223; BGH NJW 1993, 2120). Auf Anfrage hat der VII. Zivilsenat erklärt, er halte an dieser Rechtsauffassung nicht mehr fest.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Für eine Gerichtsstandsbestimmung ist kein Raum, da das Gericht der Klage in analoger Anwendung des § 33 ZPO auch für die Widerklage zuständig ist. Die Vorlage ist daher unbegründet.

StPO
§ 53 I Nr. 1

Zeugnisverweigerungsrecht yezidischer Geistlicher

(BGH in NSTZ 2010, 646; Urteil vom 15.04.2010 – 4 StR 650/09)

StPO

1. Das **Zeugnisverweigerungsrecht von Geistlichen** nach § 53 I Nr. 1 StPO ist **nicht auf Angehörige der staatlich anerkannten, öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften beschränkt**.
2. Die auch in Deutschland zahlenmäßig stark vertretene **Glaubensgemeinschaft der Yeziden** ist zumindest im Rahmen des § 53 I StPO **sonstigen staatlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften gleichzustellen**.

Fall: S trennte sich Ende Januar 2008 von ihrem Ehemann, dem Angekl. N. Die Familie des N machte hierfür E verantwortlich und unterstellte diesem ein Verhältnis mit S. In der Folgezeit kam es dann zu einem Streit zwischen dem Angekl. N und E, in dessen Verlauf E mit einer Schusswaffe gedroht haben soll. Die Familienmitglieder des N beschlossen daraufhin, E zumindest in Form eines körperlichen Übergriffs zu bestrafen. Der Angekl. N suchte daher in Begleitung mehrerer seiner Familienmitglieder den E auf und stach mit einem ca. 30 cm langen Küchenmesser von hinten mehrmals mit großer Wucht in den Rücken, um ihn zu töten. Dies erkannten und billigten die weiteren angeklagten Familienmitglieder. Der Angekl. I zeigte N zudem mehrmals, wohin er stechen sollte; ferner „feuerten“ er sowie die anderen Angekl. N bei dem Stechen an und der Angekl. I hielt die Ehefrau des E fest, um sie daran zu hindern, ihrem Ehemann zu helfen. Insgesamt versetzte N seinem Opfer 11 Messerstiche, an deren Folgen E noch am Tatort verstarb.

Am Tag danach kam es auf Veranlassung der Familie des E zu einem „Versöhnungsgespräch“ zwischen beiden Familien, an dem auch 2 yezidische „Geistliche“, die Zeugen S und D, teilnahmen. Beide machten in der Hauptverhandlung vom Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I 1 Nr. 1 StPO Gebrauch.

Das **Zeugnisverweigerungsrecht** der Zeugen S und D könnte sich **aus § 53 I 1 StPO** ergeben, wenn sie an dem Versöhnungsgespräch in ihrer Funktion als yezidische Geistliche teilgenommen haben und ihnen der Gesprächsinhalt als Seelsorger anvertraut worden ist.

I. **Grds. steht das Zeugnisverweigerungsrecht** nach § 53 I 1 Nr. 1 StPO **nicht nur den Geistlichen der staatlich anerkannten, öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften zu**.

1. Bereits nach dem **Wortlaut dieser Vorschrift** ist eine solche **Beschränkung nicht geboten**.

*„Zwar hat der BGH ausgeführt, dass Missionare der Zeugen Jehovas schon deshalb keine Geistlichen i. S. d. § 53 I 1 Nr. 1 StPO seien, „weil ihre Sekte nicht zu den staatlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften gehört“. Damit sollte aber ersichtlich nicht auf eine „Wortlautschränke“ in dieser Vorschrift abgestellt, sondern dem Anliegen Rechnung getragen werden, den **Kreis der nach dieser Vorschrift zeugnisverweigerungsberechtigten Personen zu begrenzen** (vgl. auch Weigend Gutachten für den 62. DJT 1998, C 90). Der **Begriff „Geistliche“ ist semantisch offen** (Rogall, FS Eisenberg, 2009, S. 583, 592) und **bekenntnisneutral** (Maunz/Dürig, GG, Stand 2009, Art. 136 WRV Rn 46; Neumann, Zeugnisverweigerungsrechte und strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2005, S. 139f.; Fischeschick DÖV 2008, 584). Er schließt daher keine Religionsgemeinschaft von vorneherein aus.“ (BGH aaO)*

2. Auch der **Zweck von § 53 I 1 Nr. 1 StPO** erfordert **keine Beschränkung des Personenkreises der Geistlichen** auf Angehörige der staatlich anerkannten, öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften.

*„Das **Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I 1 Nr. 1 StPO** schützt in erster Linie das **Vertrauensverhältnis zwischen dem Geistlichen und demjenigen, der sich ihm anvertraut** (vgl. BVerfGE 109, 279). Dem Rat- und Hilfesuchenden soll die Möglichkeit eröffnet sein, sich mit einem Geistlichen zu besprechen, ohne befürchten zu müssen, dass dieser die ihm mitgeteilten Tatsachen und Umstände als Zeuge offenbaren muss. Der **Schutz erfolgt um der Menschenwürde des Gesprächspartners des Seelsorgers willen** (BVerfG aaO). Denn „das Zwiegespräch mit dem Seelsorger ist dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen, der dem staatlichen Zugriff schlechthin entzogen ist, und bedarf daher umfassenden Schutzes vor staatlicher Kenntnisnahme“ (BT-Dr 16/5846 S. 35 [zu § 53b StPO-E, dem jetzigen § 160a StPO I 1 StPO]; ähnlich dort S. 25). Mit diesem Schutzzweck des § 53 I 1 Nr. 1 StPO ist eine Beschränkung des Personenkreises der Geistlichen, die auf den rechtlichen Status der Religionsgemeinschaft abstellt, unvereinbar.*

*Auch soweit der Schutzzweck des § 53 I 1 Nr. 1 StPO an die **Glaubens- und Religionsfreiheit des Zeugen**, dessen auf der Verschwiegenheitspflicht beruhende Konfliktsituation, seine Berufsfreiheit und den Erhalt der Funktionstüchtigkeit der von dieser Vorschrift erfassten Berufsgruppen anknüpft (vgl. Weigend aaO, C 81f.; Radtke ZevKR 2007, 617; Fischeschick DÖV 2008, 584; ders., Die Zeugnisverweigerungsrechte von*

Geistlichen und kirchlichen Mitarbeitern, 2006, S. 33ff.; Neumann aaO, S. 111ff. mwN), ist eine Unterscheidung zwischen den Geistlichen der staatlich anerkannten, öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften und den Geistlichen sonstiger Religionsgemeinschaften nicht geboten.“ (BGH aaO)

3. Auch aus dem **Grundsatz der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates**, der sich aus einer Zusammenschau der Art. 4 I, 3 III, 33 III und 140 GG i.V.m. Art. 136 I, IV und 137 I WRV ableiten lässt, folgt, dass der Staat auf eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religionsgemeinschaften zu achten hat (BVerfG NVwZ 2009, 509; Sydow JZ 2009, 1141).

*„Ihm ist die **Privilegierung bestimmter Bekenntnisse ebenso untersagt wie die Ausgrenzung Andersgläubiger** (BVerfGE 108, 282). Hiermit ist eine über den Wortlaut des § 53 I 1 Nr. 1 StPO hinausgehende **Beschränkung des Begriffs der Geistlichen auf Amtsträger der als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannten Religionsgemeinschaften**, wie sie die herrschende Lehre vornimmt, **unvereinbar** (vgl. zur h.L. etwa Meyer-Goßner, 52. Aufl., § 53 Rn 12; KK-Senge, 6. Aufl., § 53 Rn 11; Ignor/Bertheau, 26. Aufl., § 53 Rn 21; SK-StPO-Rogall, Stand Oktober 2002, § 53 Rn 69; Fishedick Die Zeugnisverweigerungsrechte von Geistlichen und kirchlichen Mitarbeitern, 2006, S. 114; Maunz/Dürig, GG, Stand 2009, Art. 136 WRV Rn 45f. mwN).*

Hinzu kommt, dass die Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts schon aus rechtlichen Gründen nicht jeder Religionsgemeinschaft offen steht (vgl. BVERFGE 83, 341). Vielmehr knüpfen landesrechtliche Regelungen u.a. an die Mitgliederzahl der Religionsgemeinschaft in dem jeweiligen Bundesland an und verlangen eine ausreichende finanzielle Ausstattung (vgl. S. 3 der Drucksache 12/897 des Landtags von BadWürtt.; allg. hierzu Hillgruber NVwZ 2001, 1347). Diese Voraussetzungen sind sachgerecht als Grundlage der den öffentlich-rechtlichen Körperschaften zustehenden Privilegien etwa im Steuerungs-, Kosten- und Gebührenrecht. Zum Schutzzweck des § 53 I 1 Nr. 1 StPO haben sie jedoch keinerlei Bezug.“ (BGH aaO)

4. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass das **BVerfG** (NJW 2007, 1865) ergänzend („zumal“) darauf hingewiesen hat, dass der Körperschaftsstatus einer Religionsgemeinschaft die Gewähr dafür biete, dass vom Zeugnisverweigerungsrecht nicht unangemessen Gebrauch gemacht werde.

„Denn das BVerfG stützte sich in dieser Entscheidung zum Zeugnisverweigerungsrecht eines katholischen Anstaltsseelsorgers vorrangig darauf, dass „jedenfalls“ die hauptamtliche Beauftragung nach kirchlichem Dienstrecht eine angemessene Umgrenzung des Zeugnisverweigerungsrechts kirchlicher Seelsorger, die keine Kleriker sind, sicherstelle.“ (BGH aaO)

- II. Zweifel bestehen hier jedoch dahingehend, ob es sich bei den Zeugen S und D tatsächlich um Geistliche i.S.d. § 53 I 1 Nr. 1 StPO handelte.

1. § 53 StPO gibt dem **Schutz des Vertrauens in die Verschwiegenheit bestimmter Berufe den Vorrang vor dem Interesse der Allgemeinheit an vollständiger Sachaufklärung im Strafverfahren** (BT-Dr 12/870, S. 5).

Mit der Beschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 I Nr. 1 StPO auf Geistliche der staatlich anerkannten, öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften – wie sie vom Gesetzgeber (ausdrücklich) etwa in § 132a III StGB vorgenommen wurde – verfolgt die herrschende Lehre das an sich berechnete Anliegen, eine Ausuferung und einen Missbrauch dieses Rechts zu verhindern und die Berechtigung zur Aussageverweigerung von einem auch in der täglichen Praxis schnell und leicht überprüfbar Kriterium abhängig zu machen.

Dem kann jedoch bei § 53 I 1 Nr. 1 StPO – auch ohne Anknüpfung an den rechtlichen Status einer Religionsgemeinschaft – dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass der Begriff des „Geistlichen“ dahin ausgelegt wird, dass diesem die **seelsorgerische Tätigkeit von der Religionsgemeinschaft übertragen** und ihm ein **entsprechendes Amt – verbunden mit einer herausgehobenen Stellung innerhalb der Religionsgemeinschaft – anvertraut** sein muss.

Dementsprechend hat es auch das BVerfG für eine **angemessene Begrenzung des Zeugnisverweigerungsrechts** ausreichen lassen, dass ein Seelsorger, der nicht den Status eines ordinierten Pfarrers oder eine vergleichbare Stellung innehatte, von der Kirche hauptamtlich mit der seelsorgerischen Tätigkeit beauftragt worden war (BVerfG NJW 2007, 1865). Auch nach der BGH-Rspr. können Geistliche i.S.d. § 53 I 1 Nr. 1 StPO **Laien, die keine kirchliche Weihe erhalten haben**, sein, sofern sie die Aufgaben der Seelsorge selbstständig und hauptamtlich zumindest im Auftrag der Kirche wahrnehmen (BGHSt 51, 140).

2. Vorausgesetzt wird ferner, dass das von dem Geistlichen geführte seelsorgerische Gespräch einem ihm **von der Religionsgemeinschaft auferlegten Schweigegebot** unterliegt.

„Allein bei Vorliegen dieser Voraussetzung ist das **Vertrauen seines Gesprächspartners darauf, der Geistliche werde den Inhalt des Gesprächs** oder die ihm in Zusammenhang mit diesem sonst bekannt gewordenen Tatsachen **nicht weitergeben, schutzwürdig und schutzbedürftig**. Auch besteht die das Zeugnisverweigerungsrecht ergänzend rechtfertigende Konfliktsituation des – einer Strafbarkeit nach § 203 StGB nicht unterworfenen – Geistlichen nur dann, wenn ein solches Schweigegebot besteht. Die durch Art. 4 GG gewährleistete **Religions- und Glaubensfreiheit schützt nicht jede Handlung, die im weitesten Sinne auf religiöse Ansichten zurückgeführt werden kann. Erforderlich** – und auch das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften hinreichend berücksichtigend – ist, dass es sich um eine **zwingende Verhaltensregel** handelt, von der der Betroffene nicht ohne innere Not absehen kann (vgl. BVerfG NJW 2007, 1865; ähnlich Radtke ZevKR 2007, 617; Fischeschick DÖV 2008, 584; ders., Die Zeugnisverweigerungsrechte von Geistlichen und kirchlichen Mitarbeitern, 2006, S. 50f.).“ (BGH aaO)

3. Belegt wird diese über die allein **funktionale Stellung als Seelsorger** hinausgehende Notwendigkeit einer i. d. S. statusgebundenen und damit dem Selbstordnungs- und Selbstregelungsrecht der Religionsgemeinschaften Rechnung tragenden Beschränkung des Personenkreises der Geistlichen durch die **systematische Einordnung des Aussageverweigerungsrechts der Geistlichen** in § 53 StPO.

„Denn diese Vorschrift regelt nur **Zeugnisverweigerungsrechte „aus beruflichen Gründen“** (dazu auch BVerfG NJW 2007, 1865; Seelemann ZevKR 2004, 639), lässt also eine allein religiös motivierte, indes nicht mit der Übertragung eines entsprechenden Amtes verbundene seelsorgerische Tätigkeit nicht genügen. Dementsprechend werden an anderer Stelle **„hauptamtlich tätige Geistliche anderer Religionsgemeinschaften [lediglich dann privilegiert, wenn], deren Amt dem eines ordinierten Geistlichen evangelischen oder eines Geistlichen römisch-katholischen Bekenntnisses, der die Diakonatsweihe empfangen hat, entspricht“** (§ 10 I Nr. 3 ZDG; § 11 I Nr. 3 WPfIG; dazu BVerfG NVwZ 1987, 676; BVerwGE 34, 291; BVerwGE 61, 152; für eine entsprechende Auslegung des Begriffs der Geistlichen in § 53 I 1 Nr. 1 StPO Haas NJW 1990, 3253; Ling GA 2001, 325; Neumann aaO, S. 141).“ (BGH aaO)

4. Ob das i.S.v. § 53 I 1 Nr. 1 StPO erforderliche „Berufsbild“ zwingend an eine **hauptamtliche Beauftragung** anknüpft, erscheint jedoch **zweifelhaft**.

„Dagegen könnte schon sprechen, dass es sich hierbei nicht um ein **„Wesensmerkmal“** des Begriffs des Geistlichen handelt, da ansonsten der entsprechende Zusatz in § 10 ZDG, § 11 WPfIG entbehrlich wäre (zu den sich aus dem „hauptamtlich“ ergebenden zusätzlichen Anforderungen BVerfG NVwZ 1987, 676; BVerfG NVwZ 1990, 1064). Vor allem aber würde die Notwendigkeit, die Seelsorge als Hauptamt auszuüben, zu einer Privilegierung der großen und einer Benachteiligung der kleinen Religionsgemeinschaften führen können (ähnlich Koriath aaO, Rn 46) und das durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III 2 WRV gewährleistete Selbstbestimmungs- und Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften in Bezug auf die Ämterverteilung beeinträchtigen.“ (BGH aaO)

5. Aber auch wenn vom Erfordernis einer hauptamtlichen seelsorgerischen Tätigkeit abgesehen wird, handelte es sich bei der Teilnahme der Zeugen S und D an dem „Versöhnungsgespräch“ nicht um eine **seelsorgerische Tätigkeit i.S.d. § 53 I 1 Nr. 1 StPO**.

„Seelsorge i. S. dieser Vorschrift umfasst nur **eine von religiösen Motiven und Zielsetzungen getragene Zuwendung, die der Fürsorge für das seelische Wohl des Beistandsuchenden, der Hilfe im Leben oder Glauben** benötigt, dient.

Zu ihr gehören dagegen **nicht Gespräche, Erkenntnisse oder Tätigkeiten des Geistlichen auf dem Gebiet des täglichen Lebens bei Gelegenheit der Ausübung von Seelsorge ohne Bezug zum seelischen Bereich**. Deshalb ist ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht anzuerkennen, soweit es sich um eine karitative, fürsorgerische, erzieherische oder verwaltende Tätigkeit des Geistlichen handelt (BGH 51, 140; ebenso BGHSt 37, 138).“ (BGH aaO)

GG

Rechtsschutz gegen Kostenbescheid

GG

Art. 19 IV GG

Inzidentprüfung der zugrundeliegende Ingewahrsamnahme

(BVerfG in DÖV 2010, 941 = BeckRS 2010 52064; Beschluss vom 29.07.2010 – 1 BvR 1634/04)

1. Art. 19 IV GG beinhaltet ein **Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz** gegen Verletzungen der Individualsphäre durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt.
2. Ein **Eingriff** liegt dann vor, wenn die **Auslegung und Anwendung** der maßgeblichen Verfahrensregelungen durch das Gericht **sachlich nicht zu rechtfertigen** und damit objektiv willkürlich ist.
3. Nach **§ 17 II 1 GVG**, der über § 83 S. 1 VwGO auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit Anwendung findet, gilt der Grundsatz, dass das **Gericht des zulässigen Rechtsweges** den Rechtsstreit **unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten** entscheidet.
4. Die Prüfung, ob die **Auflösung der Versammlung** gemäß dem **Versammlungsgesetz des Bundes** rechtmäßig war, vermag den Verzicht auf die Prüfung, ob die **Ingewahrsamnahme nach niedersächsischem Polizeirecht** rechtmäßig war, nicht zu kompensieren. Beide Maßnahmen unterfallen jeweils **unterschiedlichen Regelungsregimen**, die sich gegenseitig ausschließen

Fall: Am 03.03.2001 und 04.03.2001 fand an einem Bahnübergang im Landkreis Lüchow-Dannenberg die gegen den Castor-Transport gerichtete Versammlung «Nacht im Gleisbett» statt. Diese wurde gegen Abend aufgelöst, als sich ein Teil der Demonstranten den Gleisen näherte. Dabei wurde der Beschwerdeführer in polizeilichen Gewahrsam genommen und für eine Identitätsfeststellung zur Polizeiinspektion in Lüchow gebracht. Eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der insgesamt circa fünf Stunden dauernden polizeilichen Maßnahme wurde nicht herbeigeführt. Sechs Monate später wurden dem Beschwerdeführer die Kosten für die polizeiliche Ingewahrsamnahme auferlegt. Seine vor den Verwaltungsgerichten erhobene Klage gegen den Kostenbescheid blieb in allen Instanzen erfolglos. Die Verwaltungsgerichte begründeten dies damit, dass sie im Rahmen der Prüfung des Kostenbescheides zwar die Rechtmäßigkeit der Auflösung der Versammlung, nicht aber inzident die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Ingewahrsamnahme prüfen könnten, da für letztere die Zuständigkeit des Amtsgerichts gegeben sei. Es falle in den Risikobereich des Beschwerdeführers, wenn er im Anschluss an die Ingewahrsamnahme von dieser Rechtsschutzmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 IV GG. Liegt eine Verletzung von Art. 19 IV GG vor?

Eine Verletzung von Art. 19 IV GG liegt vor, wenn ohne Rechtfertigung in den Schutzbereich dieses Grundrechts eingegriffen wurde, indem man dem Beschwerdeführer den Rechtsschutz gegen den Kostenbescheid für die Ingewahrsamnahme verweigerte.

I. Schutzbereich

„Das Bundesverfassungsgericht hat die maßgeblichen Fragen zur Reichweite der Gewährleistung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG bereits entschieden und dabei auch die zu berücksichtigenden Grundsätze entwickelt (vgl. BVerfGE 51, 176 [185]; 96, 27 [39]; 101, 106 [122 f.]; 104, 220 [232]; speziell zu § 124 Abs. 2 VwGO: BVerfG, NVwZ 2000, S. 1163 [1164]; NVwZ 2001, S. 552 [553]; BVerfGK 10, 208 [213]; BVerfG NVwZ 2009, S. 515 [516]; NJW 2009, S. 3642 [3643].

*Das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 IV GG garantiert demjenigen den Rechtsweg, der geltend macht, durch die öffentliche Gewalt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Art. 19 IV GG gewährleistet auf diese Weise nicht einen bestimmten Rechtsweg. Vielmehr wird dem einzelnen Bürger durch dieses Grundrecht lediglich garantiert, dass ihn beeinträchtigende hoheitliche Maßnahmen in irgendeinem gerichtlichen Verfahren überprüft werden können. In diesem Sinne enthält Art. 19 IV GG ein **Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Verletzungen der Individualsphäre durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt** (vgl. BVerfGE 51, 176 [185]; 67, 43 [58]; 96, 27 [39]; 101, 106 [122 f.]). Dieser Rechtsschutz darf sich dabei nicht in der bloßen Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts erschöpfen, sondern muss zu einer **wirksamen Kontrolle** in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch ein mit zureichender Entscheidungsmacht ausgestattetes Gericht führen (vgl. BVerfGE 60, 253 [297]; 67, 43 [58]; 101, 106 [123]).“ (BVerfG aaO)*

Der Rechtsweg, den Art. 19 IV GG dem Einzelnen gewährleistet, bedarf allerdings der gesetzlichen Ausgestaltung. **Rechtsschutz ist eine staatliche Leistung**, deren Voraussetzungen erst geschaffen, deren Art näher bestimmt und deren Umfang im Einzelnen festgelegt werden müssen.

„Art. 19 IV GG gibt dem Gesetzgeber dabei nur die **Zielrichtung** und die **Grundzüge der Regelung** vor, lässt ihm im Übrigen aber einen **beträchtlichen Gestaltungsspielraum**. Doch darf er die Notwendigkeit einer umfassenden Nachprüfung des Verwaltungshandelns in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und eine dem Rechtsschutzbegehren angemessene Entscheidungsart und Entscheidungswirkung nicht verfehlen (vgl. BVerfGE 101, 106 [123 ff]).

Dabei fordert Art. 19 IV GG zwar **keinen Instanzenzug** (vgl. BVerfGE 78, 88 [99]; 87, 48 [61]). Eröffnet das Prozessrecht aber eine weitere Instanz, so gewährleistet Art. 19 IV GG dem Bürger in diesem Rahmen die **Effektivität des Rechtsschutzes im Sinne eines Anspruchs auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle**.“ (BVerfG aaO)

Indem eine Kontrolle des Kostenbescheides verweigert wird, ist der Schutzbereich des Art. 19 IV GG betroffen.

II. Eingriff

Eingriff ist nur die über die Ausgestaltung hinausgehende Regelung des Rechtswegs, die durch die Funktionsbedingungen der Rechtspflege und dem Erfordernis der Rechtssicherheit nicht mehr geboten ist.

„Das Rechtsmittelgericht darf ein von der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel daher nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer „leerlaufen“ lassen (vgl. BVerfGE 78, 88 [98 f.]; 96, 27 [39]; 104, 220 [232]). Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes **unvereinbar** ist eine den Zugang zu einem Rechtsmittel erschwerende **Auslegung und Anwendung** der einschlägigen Verfahrensvorschriften, wenn sie **sachlich nicht zu rechtfertigen** ist, sich damit als **objektiv willkürlich** erweist und dadurch den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar erschwert (vgl. BVerfG, NJW 2009, S. 572 [573]).“ (BVerfG aaO)

Ein Eingriff liegt daher nur dann vor, wenn die Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Verfahrensregelungen durch das Verwaltungsgericht sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Das Verwaltungsgericht hat sich geweigert, im Rahmen der Kontrolle des Heranziehungsbescheides inzident die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Ingewahrsamnahme zu überprüfen.

Dies wurde damit begründet, dass der Landesgesetzgeber des Landes Niedersachsen sich in § 19 III NGefAbwG a.F dafür entschieden hatte, den **Amtsgerichten** im Wege der **abdrängenden Sonderzuweisung** nach § 40 I 2 VwGO den **Rechtsschutz unmittelbar gegen die Ingewahrsamnahme** anzuvertrauen, dagegen die nachgelagerte Prüfung der Rechtmäßigkeit des auf der Ingewahrsamnahme beruhenden **Heranziehungsbescheides** und, auf das **Versammlungsrecht** bezogen, die vorgelagerte Prüfung der Rechtmäßigkeit der Auflösung der Versammlung bei den **Verwaltungsgerichten** zu belassen. Dies könnte dazu führen, dass dem Verwaltungsgericht eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme entzogen ist.

1. Gesetzliche Regelung zur Prüfung rechtswegfremder Vorfragen

Nach **§ 17 II 1 GVG**, der über § 83 S. 1 VwGO auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit Anwendung findet, gilt der Grundsatz, dass das **Gericht des zulässigen Rechtsweges** den Rechtsstreit **unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten** entscheidet.

„Dies bedeutet nach allgemeinem Verständnis, dass das Gericht des zulässigen Rechtsweges auch **rechtswegfremde, entscheidungserhebliche Vorfragen prüft und über sie entscheidet** (vgl. zur Intention des Gesetzgebers: Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens vom 27.04.1990, BTDrucks 11/7030, S. 37; aus der Literatur: Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl. 2008, § 13 Rn. 17; Wittschier, in: Musielak, ZPO und Nebengesetze, 7. Aufl. 2009, § 17 GVG Rn. 1; Reimer, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, § 40, Rn. 228; Zimmermann, in: Münchener Kommentar, ZPO und Nebengesetze, 3. Aufl. 2008, § 17 GVG Rn. 2).“ (BVerfG aaO)

Bei der Frage der **Rechtmäßigkeit der polizeilichen Ingewahrsamnahme** handelt es sich um eine solche **entscheidungserhebliche Vorfrage** im Sinne von § 17 II 1 GVG. Sie betrifft die Auslegung und Anwendung des in § 18 NGefAG a.F. geregelten Gewahrsams.

„**Unmittelbarer Prüfungsgegenstand** in dem verwaltungsgerichtlichen Ausgangsverfahren ist der gemäß §§ 3 Abs. 1, 14 NVwKostG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 ALLGO in Verbindung mit Nrn. 67.1 und Nr. 67.2 der Anlage erlassene **Heranziehungsbescheid**. Im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit des staatlichen Zahlungsanspruchs in Form des Heranziehungsbescheides ist nach § 11 Abs. 1 NVwKostG auch die **Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Amtshandlung zu untersuchen**, da die Vorschrift einen Kostenerlass bei „unrichtiger Sachbehandlung“ vorsieht. Dieser **Kostenerlass gilt auch für rechtswidrige Realakte** (vgl. speziell für das niedersächsische Landesrecht: Loeser, NVwKostG, Lfg. 1999, § 1, S. 17, und § 11, S. 2 ff.).“ (BVerfG aaO)

2. keine abweichende Regelung durch Landesgesetzgeber

Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass der niedersächsische Landesgesetzgeber mit § 19 III 1, 2 NGefAbwG a.F. in Verbindung mit § 19 I, II NGefAG a.F. **neben dem präventiven**, gegen die noch andauernde Freiheitsentziehung gerichteten Rechtsschutz **auch den nachträglichen**, auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsbeschränkung abzielenden **Rechtsschutz nach deren Beendigung den Amtsgerichten zugewiesen hat**.

„§ 19 III 1, 2 NGefAG a.F. ordnet seinem Wortlaut nach auch **nicht andeutungsweise** an, dass mit der Zuweisung der Überprüfung des freiheitsbeeinträchtigenden Hoheitsaktes an die Amtsgerichte im Falle eines weiteren daran anknüpfenden Hoheitsaktes, der vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden muss, letzteren ausnahmsweise die **inzidente Prüfung** des freiheitsbeeinträchtigenden Hoheitsaktes **verwehrt** sein soll. Aus der Gesetzesbegründung bei Einführung der Regelung ist ein solcher Ausschluss ebenfalls nicht herzuleiten (vgl. Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 16.10.1979, LTDrucks 9/1090, S. 81). Dass der Gesetzgeber die Frage der **Rechtmäßigkeit einer Ingewahrsamnahme** auch dort, wo sie nur Vorfrage ist, immer einem vorgelagerten eigenen Rechtsschutzverfahren vor den **ordentlichen Gerichten vorbehalten wollte und unter dem Gesichtspunkt des Gebots effektiven Rechtsschutzes zumutbar vorbehalten konnte**, legt das Verwaltungsgericht auch sonst nicht in einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Weise dar. Ohne hinreichenden Grund weicht es somit von dem Gebot, den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden, ab.“ (BVerfG aaO)

3. Prozessökonomie

Die inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme könnte aus Gründen der Prozessökonomie ausgeschlossen sein. Das Verwaltungsgericht hat insofern das Amtsgericht als das gegenüber den Verwaltungsgerichten insoweit **sach- und ortsnähere** Gericht angesehen. Es hat dem Beschwerdeführer vorgehalten, dass es in dessen Risikobereich falle, wenn er **von der Rechtsschutzmöglichkeit vor den Amtsgerichten nach § 19 II 2 NGefAG a.F. keinen Gebrauch mache**.

„Von einer **zurechenbaren Versäumung eigener Rechtsverteidigung** kann nur dort gesprochen werden, wo der **Regelungsgehalt** und die **Folgen** eines Hoheitsaktes innerhalb der für die Einlegung des Rechtsbehelfs vorgesehenen Frist **erkennbar** sind (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Rn. 239 [Februar 2003]). Das einschlägige **Landesrecht schließt die Inzidentprüfung** der polizeilichen Ingewahrsamnahme durch die Verwaltungsgerichte im Rahmen der Kontrolle nachgelagerter Hoheitsakte **weder** für den Einzelnen **erkennbar aus noch ordnet es** - wie in anderen Bereichen für gestuftes behördliches Handeln - auf der Grundlage eines formalisierten Verfahrens eine **materielle Präklusion** der gegen die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme gerichteten Einwände an. Der Hoheitsakt der polizeilichen Ingewahrsamnahme entfaltet daher für den später erlassenen Heranziehungsbescheid **keine wie auch immer gear-tete Vorwirkung** (vgl. § 11 I NVwKostG). Dementsprechend muss sich der betroffene Bürger, wendet er sich gegen den später erlassenen Heranziehungsbescheid, nicht entgegenhalten lassen, dass er zuvor von der Rechtsschutzmöglichkeit gegen die polizeiliche Ingewahrsamnahme keinen Gebrauch gemacht hat.“ (BVerfG aaO)

Zudem setzt eine solche Überlegung auch voraus, dass überhaupt eine andere Rechtsschutzmöglichkeit bestanden hat. Dies war jedoch nicht der Fall.

„Die Vorschrift des § 19 II 1 NGefAG a.F. eröffnete den Rechtsweg zu den Amtsgerichten nur für den Fall, dass die **Freiheitsbeschränkung** entweder länger als acht Stunden andauerte oder für die Feststellung ein „sonstiges berechtigtes Interesse“ bestand. Innerhalb der Monatsfrist kam ein solcher Feststellungsantrag jedoch nicht in Betracht, weil der Beschwerdeführer die hierfür gesetzlich speziell ausgeformte Sachentscheidungs voraussetzung des **Rechtsschutzbedürfnisses** nicht erfüllte (vgl. zu den Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit dieser speziellen Anforderungen: OLG Celle, [unveröffentlichter] Beschluss vom 13.01.2003 - 17 W 40/02 - unter Berufung auf: BVerfGE 104, 220 [235]; im Anschluss daran: Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 16. Oktober 1979, LTDrucks 9/1090, S. 81). Weder dauerte die polizeiliche Ingewahrsamnahme des Beschwerdeführers länger als acht Stunden, noch legt das Verwaltungsgericht näher dar, dass der Beschwerdeführer ein gesichertes „sonstiges berechtigtes Interesse“ im Sinne der Vorschrift des § 19 II 1 NGefAG a.F. an einer gerichtlichen Feststellung hätte geltend machen können. Der Hinweis des Verwaltungsgerichts auf eine seiner Ansicht nach vorrangige Entscheidung der Amtsgerichte geht damit ins Leere.“ (BVerfG aaO)

4. Sicherung des effektiven Rechtsschutzes durch Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Auflösung der Versammlung

Dem Grundrechtsschutz könnte dadurch Genüge getan werden, dass zwar nicht die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme, wohl aber die **Rechtmäßigkeit der Auflösung der Versammlung**, die der Ingewahrsamnahme vorausging, geprüft wurde.

„Die Prüfung, ob die **Auflösung der Versammlung** gemäß dem **Versammlungsgesetz des Bundes** rechtmäßig war, vermag den Verzicht auf die Prüfung, ob die **Ingewahrsamnahme** nach **niedersächsischem Polizeirecht** rechtmäßig war, nicht zu kompensieren. Beide Maßnahmen unterfallen jeweils **unterschiedlichen Regelungsregimen**, die sich gegenseitig ausschließen. Das Versammlungsgesetz geht in seinem Anwendungsbereich als Spezialgesetz dem allgemeinen Polizeirecht vor (vgl. BVerfGK 4, 154 [158]). Auch decken sich die Tatbestandsvoraussetzungen für die Auflösung nicht annähernd mit denjenigen für die **Ingewahrsamnahme**. Diese setzt in formeller Hinsicht voraus, dass entweder nach § 19 I 1 1 NGefAG a.F. **unverzüglich eine richterliche Entscheidung** über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeigeführt wird beziehungsweise dass nach § 19 I 2 2 NGefAG a.F. **ausnahmsweise** auf die Einhaltung des Richtervorbehalts **verzichtet** werden kann. In materieller Hinsicht ist für eine rechtmäßige **Ingewahrsamnahme** erforderlich, dass sie gemäß § 18 I Nr. 2 Buchstabe b NGefAG a.F. **unerlässlich** ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von **erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit** zu verhindern, oder dass sie gemäß § 18 I Nr. 3 NGefAG a.F. **unerlässlich** ist, um eine **Platzverweisung** nach § 17 NGefAG a.F. **durchzusetzen**. Schließlich ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere im Hinblick auf die Dauer der Maßnahme, vorzunehmen (vgl. § 4 III NGefAG a.F.).“ (BVerfG aaO)

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Auflösung der Versammlung vermag daher nicht den nötigen Rechtsschutz gegen die Ingewahrsamnahme zu ersetzen. Das Verwaltungsgericht hat sich daher ohne sachlichen Grund geweigert, eine Inzidentprüfung der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme durchzuführen und damit in den Schutzbereich des Art. 19 IV GG eingegriffen.

III. Rechtfertigung

Die Rechtsweggarantie ist grundsätzlich **vorbehaltlos gewährleistet**. Nur kollidierendes Verfassungsrecht vermag einen Eingriff ausnahmsweise zu rechtfertigen. Dies kommt hier jedoch nicht in Betracht.

Ergebnis: Es liegt eine Grundrechtsverletzung des Beschwerdeführers durch einen rechtswidrigen Eingriff in sein Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG vor.

(BVerwG in NVwZ 2010, 1438, 1242; Beschluss vom 01.09.2010 - 9 B 80/09)

1. Der äußere Ablauf der mündlichen Verhandlung und der maßgebliche Verhandlungsstoff ergeben sich aus dem **Tatbestand des Urteils**, der gem. § 173 VwGO i.V.m. § 314 ZPO **Beweis für das mündliche Parteivorbringen** liefert und als **öffentliche Urkunde** gem. § 98 VwGO i.V.m. § 418 I ZPO vollen Beweis für die darin bezeugten eigenen Wahrnehmungen und Handlungen des Gerichts erbringt. Das gilt **auch** für **Passagen in den Entscheidungsgründen mit Tatbestandsfunktion**.
2. Das Revisionsgericht ist insofern an die tatsächlichen Feststellungen gebunden. Soll deren Fehlerhaftigkeit geltend gemacht werden, so muss nach § 119 I VwGO eine Urteilsberichtigung **beantragt** werden.
3. Bezieht sich die Fehlerhaftigkeit auf die **Auslegung eines Antrags**, diesbezüglich im Urteil eine Klarstellung in der mündlichen Verhandlung behauptet wird, kann **nicht** die **Zulassung der Revision wegen eines Verfahrensfehlers** auf der Grundlage eines Verstoßes gegen § 88 VwGO geltend gemacht werden.

A. Grundlagenwissen: Die Nichtzulassungsbeschwerde nach §§ 124, 124a VwGO

In einem Urteil des OVG/VGH ist von Amts wegen über die Zulassung der Revision zu entscheiden. Erfolgt keine ausdrückliche Entscheidung über die Zulassung, gilt die Zulassung als verweigert.

Hat das OVG in seinem Urteil die Revision nicht zugelassen oder enthält das Urteil keinen Ausspruch über die Zulassung der Revision, kann der Rechtsmittelführer die Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 133 VwGO erheben.

I. Die Zulässigkeit der Beschwerde

1. Zuständiges Gericht

Der Antrag auf Zulassung der Revision ist beim OVG einzureichen. Hilft das OVG der Beschwerde nicht ab, so entscheidet das BVerwG über die Zulassung (§§ 133 V 1 VwGO).

2. Beteiligtenfähigkeit / Prozessfähigkeit (§ 61 VwGO / § 62 VwGO)

3. Postulationsfähigkeit (§ 67 VwGO)

Für das Revisionsverfahren ist vorgesehen, dass eine **Vertretung durch einen Rechtsanwalt** erfolgen muss. (§ 67 I VwGO). Vertretungszwang besteht sowohl für die Einlegung einer zugelassenen Revision als auch für die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 67 I 2 VwGO).

4. Revisionsfähigkeit der Entscheidung

Die Zulassung der Revision kommt nur dann in Betracht, wenn die Entscheidung, gegen welche Zulassung erfolgen soll, auch der Revision unterliegt.

Die Revision ist grundsätzlich nur eröffnet gegen bereits ergangene **Entscheidungen des OVG/VGH in zweiter Instanz** (Ausnahme: Sprungrevision). Entscheidet das OVG/der VGH erstinstanzlich, z.B. im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO oder in atomrechtlichen Genehmigungsverfahren nach § 48 VwGO, ist die Revision an das BVerwG das allein mögliche Rechtsmittel.

Bei der Entscheidung muss es sich um ein **Urteil** oder einen **Beschluss nach § 47 V 1 VwGO** (Entscheidung ohne mündliche Verhandlung im Normenkontrollverfahren) handeln. Gegen sonstige Entscheidungen des OVG ist Revision nicht eröffnet.

5. **Beschwerdeberechtigt** sind nur die Beteiligten des vorhergehenden Verfahrens.
6. **Beschwer**
Der Beschwerdeführer muss durch die angefochtene Entscheidung beschwert sein.
7. **Form**
Die Nichtzulassungsbeschwerde muss **schriftlich** und **mit eigenhändiger Unterschrift** erhoben werden.
8. **Frist**
Die Nichtzulassungsbeschwerde ist gem. § 133 II 1 VwGO binnen einer **Frist von einem Monat** nach Zustellung des Urteils zu erheben. Die Begründung muss innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung erfolgen (§ 133 III 1 VwGO).
9. **Inhalt der Beschwerdeschrift**
Die Antragsschrift muss gem. § 133 II 2 VwGO das **angefochtene Urteil bezeichnen**. Darüber hinaus muss eine konkrete Begründung im Hinblick auf **einen bestimmten Zulassungsgrund** erfolgen (§ 133 III 3 VwGO). Die Begründung hat genau zwischen den verschiedenen Zulassungsgründen zu unterscheiden.

II. Begründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet, wenn ein Zulassungsgrund des § 132 II VwGO vorliegt.

1. Grundsatzrevision

Nach § 132 II Nr. 1 VwGO ist die Revision zuzulassen, wenn die maßgeblichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung haben. Erforderlich sind daher:

- **Verallgemeinerungsfähigkeit**
- **Klärungsbedürftigkeit**
- **Entscheidungserheblichkeit**

Das BVerwG kann nur dann zur der Wahrung der Rechtseinheit entscheiden, wenn die entsprechenden Rechtsfragen auch seiner Entscheidung unterliegen. Die rechtsgrundsätzliche Frage muss daher dem **revisiblen Recht** (§ 137 I VwGO) zuzurechnen sein.

2. Divergenzrevision

Nach § 132 II Nr. 2 VwGO ist die Revision zuzulassen, wenn eine Abweichung von obergerichtlicher Rechtsprechung vorliegt. Nach allgemeiner Auffassung ist die Divergenzrevision ein Unterfall der Grundsatzrevision.

Eine Divergenzrevision ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- **tatsächliche oder rechtliche Abweichung**
- **Grundsätzlichkeit**
- **Entscheidungserheblichkeit**

3. Verfahrensrevision

Nach § 132 II Nr. 3 VwGO ist die Revision zuzulassen, wenn das anzufechtende Urteil einem Verfahrensmangel unterliegt, **auf dem die Entscheidung beruhen kann**. Im Gegensatz zur Grundsatz- und Divergenzrevision dient die Verfahrensrevision nicht der Wahrung der Einheit der Rechtsprechung und der Rechtsfortbildung, sondern der **Kontrolle der Einhaltung der Verfahrensvorschriften durch die Instanzgerichte**.

B. Rechtsschutz bei falscher Auslegung des Klageantrags (BVerwG in NVwZ 2010, 1438)

Fall: Der Kl. begehrt eine Reduzierung der Lärmbelastung seines Grundstücks. Nachdem er zunächst in der Klageschrift Haupt- und Hilfsanträge stellte, ist das Oberverwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Anträge in der mündlichen Verhandlung umformuliert wurden und sah darin eine unzulässige Klageänderung. Es wies die Klage zurück und ließ die Revision nicht zu.

Der Kl. hat nun eine Nichtzulassungsbeschwerde mit der Begründung eingelegt, das OVG habe seinen Klageantrag fehlerhaft ausgelegt und damit gegen § 88 VwGO verstoßen. Liegt ein Zulassungsgrund vor?

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet, wenn der geltend gemachte Revisionszulassungsgrund gegeben ist. Der Kl. stützt die Nichtzulassungsbeschwerde hier allein auf einen Verfahrensmangel (§ 132 II Nr. 3 VwGO), der sich daraus ergeben soll, dass das OVG seine **Pflicht aus § 88 VwGO, das Klagebegehren sachgerecht zu erfassen** und den Anspruch des Kl. auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG, § 108 II VwGO) verletzt hat.

- I. Nach § 88 VwGO darf das Gericht zwar über das Klagebegehren nicht hinausgehen, ist aber an die Fassung der Anträge nicht gebunden. Es hat das **tatsächliche Rechtsschutzbegehren** des Kl. zu ermitteln.

*„Maßgebend für den Umfang des Klagebegehrens ist das aus dem **gesamten Parteivorbringen**, insbesondere der Klagebegründung, zu entnehmende wirkliche **Rechtsschutzziel** (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 5, S. 2, und BVerwG, Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 19, S. 4f. = NVwZ 1993, 62; BVerwG, Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 37, S. 3 = BeckRS 2009, 35598).“* (BVerwG aaO)

Der Kl. rügt insofern, dass das OVG den im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegebenen Hilfsantrag falsch aufgefasst hat, indem es davon ausgegangen ist, der Kl. habe seine Antragsauslegung in der mündlichen Verhandlung „klarstellend bestätigt“.

*„Soweit die Beschwerde behauptet, eine solche Klarstellung habe es nicht gegeben, kann sie damit **im vorliegenden Verfahren nicht gehört** werden. Träfe die Behauptung der Beschwerde zu, würde es sich bei der beanstandeten Aussage des angefochtenen Urteils, die erwähnte Klarstellung sei in der mündlichen Verhandlung erfolgt, um eine „**andere Unrichtigkeit**“ i.S. von § 119 I VwGO handeln, die nur im Wege einer **binnen zwei Wochen nach Zustellung des Urteils** zu beantragenden **Berichtigung** nach dieser Vorschrift beseitigt werden kann.“* (BVerwG aaO)

- II. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die maßgebliche Aussage zur angeblichen Klarstellung sich **nicht im Tatbestand**, sondern in dem mit „**Entscheidungsgründe**“ überschriebenen Teil des angefochtenen Urteils befindet.

*„Die in Rede stehende Aussage betrifft den **Ablauf der mündlichen Verhandlung**. Sie gehört allerdings nicht zu den gem. § 105 VwGO i.V.m. § 160 ZPO für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen **Förmlichkeiten**, deren Beachtung gem. § 105 VwGO i.V.m. § 165 S. 1 ZPO nur durch das Protokoll bewiesen werden kann. Der äußere Ablauf der mündlichen Verhandlung und der maßgebliche Verhandlungsstoff ergeben sich vielmehr aus dem **Tatbestand des Urteils**, der gem. § 173 VwGO i.V.m. § 314 ZPO **Beweis für das mündliche Parteivorbringen** liefert und als **öffentliche Urkunde** gem. § 98 VwGO i.V.m. § 418 I ZPO vollen Beweis für die darin bezeugten eigenen Wahrnehmungen und Handlungen des Gerichts erbringt. Das gilt **auch für Passagen in den Entscheidungsgründen mit Tatbestandsfunktion**. § 117 II Nr. 4 und 5 VwGO verlangt keine äußere Trennung des Tatbestands von den Entscheidungsgründen. Hiernach ist das **RevGer** gem. § 137 II VwGO an die in dem angefochtenen **Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen** in der Regel auch dann **gebunden**, wenn diese nicht im Urteilstatbestand, sondern in den Entscheidungsgründen enthalten sind. Dem entsprechend ist ein **Bet. auch in diesem Fall gehalten, auf eine Berichtigung** der (behaupteten) Unrichtigkeit gem. § 119 I VwGO **zu dringen** (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 117 VwGO Nr. 25, S. 14 = NVwZ 1985, 337). Diese Bindung des RevGer. gilt für das Beschwerdeverfahren gegen die Nichtzulassung der Revision entsprechend (BVerwG, Beschl. v. 21.08. 1998 – 6 B 88/98, eckRS 1998, 30441184 [insoweit in NuR 1999, 595, und BeckRS 1998, 30441184 = NordÖR 1998, 443, nicht abgedr.]).“* (BVerwG aaO)

Aufgrund der Bindung des Revisionsgerichts an die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil ist kein die Zulassung der Revision nach § 132 II Nr. 3 VwGO rechtfertigender Verfahrensmangel anzunehmen.

Ergebnis: Es liegt kein Revisionszulassungsgrund vor.

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
§ 50 I

Parteiunfähigkeit Zulässigkeit der Berufung

ZPO

(BGH in MDR 2010, 1279 = NZG 2101, 875; Beschluss vom 31.05.2010 – II ZB 9/09)

Die **Berufung einer nicht existenten oder aus anderen Gründen parteiunfähigen Prozesspartei gegen ein in erster Instanz ergangenes Sachurteil** ist nicht nur dann **zulässig**, wenn diese mit der Berufung das **Fehlen der Parteifähigkeit geltend macht**, sondern auch dann, wenn sie das **Rechtsmittel mit dem Ziel eingelegt hat, ein anderes, ihrem Begehren entsprechendes Sachurteil zu erreichen**.

- I. In der **Rspr.** ist anerkannt, dass eine Prozesspartei, deren Parteifähigkeit in Streit steht, zur gerichtlichen Klärung dieser Frage als parteifähig zu behandeln ist.

BGHZ 24, 91 = NJW 1957, 989; BGHZ 74, 212 = NJW 1979, 1592; BGH ZIP 2008, 2029; BGH NJW 1993, 2943 = WM 1993, 1939; BGH NJW-RR 1986, 394 = WM 1986, 145; NJW 1982, 238 = WM 1981, 1387

- II. Eine **nicht existente oder aus anderen Gründen parteiunfähige Partei kann Rechtsmittel einlegen, um ihre Nichtexistenz oder anderweitig fehlende Parteifähigkeit geltend zu machen** oder um zu rügen, dass ihre Parteifähigkeit vorinstanzlich zu Unrecht verneint worden ist.

Ob auch ein Rechtsmittel zulässig ist, mit welchem sich eine parteiunfähige Partei gegen ein in der Vorinstanz ergangenes Sachurteil mit dem Ziel wendet, ein anderes, ihrem Begehren entsprechendes Sachurteil zu erreichen, hat der **BGH** – anders als für die Prozessvoraussetzung der Prozessfähigkeit - bislang nicht ausdrücklich entschieden: In den Urteilen BGHZ 159, 94 (= NZG 2004, 863 = NJW 2004, 2523) und BGH WM 1976, 686 ist er allerdings ohne Weiteres von der Zulässigkeit eines auf eine andere Sachentscheidung abzielenden Rechtsmittels der parteiunfähigen Prozesspartei ausgegangen.

Im **Schrifttum** wird bei der Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels einer möglicherweise parteiunfähigen Partei überwiegend nicht danach differenziert, ob mit dem Rechtsmittel ein Prozessurteil oder eine andere Sachentscheidung erstrebt wird.

Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 56 Rn 14; Wieczorek/Schütze/Hausmann, ZPO, 3. Aufl., § 50 Rn 83; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 56 Rn 16; MüKo-ZPO/Lindacher, 3. Aufl., § 50 Rn 60; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 17. Aufl., § 43 Rn 40; Schemmann, Parteifähigkeit im Zivilprozess, S. 134ff.; a.A. Prütting/Gehrlein, ZPO, § 50 Rn 9

- III. Nach **BGH aaO** kann von einer nicht existenten oder aus anderen Gründen parteiunfähigen Prozesspartei gegen ein in erster Instanz ergangenes Sachurteil Berufung auch mit dem Ziel eingelegt werden, ein anderes, ihrem Begehren entsprechendes Sachurteil zu erreichen.

„Die rechtliche Existenz und damit die Parteifähigkeit jeder an einem Rechtsstreit beteiligten Partei ist eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens, auch in den Rechtsmittelinstanzen, von Amts wegen zu prüfen ist (§ 56 I ZPO) und ohne die ein Sachurteil nicht ergehen darf (BGHZ 159, 94 = NZG 2004, 863 = NJW 2004, 2523; BGHZ 134, 116 = NJW 1997, 657). Legt eine parteiunfähige Partei gegen ein vorinstanzlich ergangenes Sachurteil Rechtsmittel ein, stellt sich für das Rechtsmittelgericht die Frage der Parteifähigkeit gleichviel, ob der Rechtsmittelführer seine Parteifähigkeit geltend macht oder eine andere für ihn günstigere Sachentscheidung erstrebt. Dem mit dem Rechtsmittel verfolgten Rechtsschutzziel kommt insoweit keine Bedeutung zu, weil die Parteifähigkeit als Prozessvoraussetzung der Parteidisposition entzogen ist, die rechtsmittelführende Partei mithin den Erlass eines Sachurteils nicht mit rechtlicher Bindungswirkung hinnehmen kann (a.A. OLG Köln NZG 1998, 181 = NJW-RR 1998, 1047 = VersR 1998, 207). Ergeben sich in der Rechtsmittelinstanz Zweifel an der Parteifähigkeit, ist die Partei nach den allgemein anerkannten Grundsätzen für die Klärung der Zweifel als parteifähig zu behandeln, was die Zulässigkeit des Rechtsmittels zur Folge hat. Die Zuordnung der Entscheidung über die Parteifähigkeit zur Begründetheit des Rechtsmittels trägt dem Charakter der Parteifähigkeit als für den gesamten Rechtsstreit bedeutsamen Sachurteilsvoraussetzung Rechnung (vgl. Schemmann, S. 137; Bökelmann JR 1972, 246) und eröffnet einen prozessual einfachen Weg zur Korrektur des in der Vorinstanz fehlerhaft ergangenen Sachurteils. Hierfür besteht auch dann ein Bedürfnis, wenn das Sachurteil für und gegen eine nicht existente Partei ergeht und deshalb keine Rechtswirkungen entfaltet (vgl. Wieczorek/Schütze/Hausmann, Vorb. § 50 Rn 24 m.w. Nachw.). Aus diesem Grund ist anerkannt, dass auch solche wirkungslosen Urteile durch Rechtsmittel beseitigt werden können (BGH NJW-RR 1994, 1204; NJW 1993, 2943 = WM 1993, 1939; OLG Hamburg MDR 1976, 845; Zöller/Vollkommer, Vorb. § 50 Rn 11 m.w. Nachw.). Auf Erwägungen zur Schutzbedürftigkeit der parteiunfähigen Prozesspartei im Einzelfall kann es demgegenüber nicht entscheidend ankommen.“ (BGH aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 51

gerichtliche Vertretung einer GbR Heilung eines Vertretungsmangels

ZPO

(BGH in DB 2010, 1873; Urteil vom 19.07.2009 – II ZR 56/09)

Eine **GbR** wird **gerichtlich durch alle Gesellschafter vertreten**, denen die Geschäftsführungsbefugnis zusteht, sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen enthält.

Einen **Vertretungsmangel** können die Gesellschafter **durch Eintritt in den Prozess** als gesetzliche Vertreter und Genehmigung der bisherigen Prozessführung **heilen**.

„Eine Heilung ist dadurch möglich, dass die gesetzlichen Vertreter der Kl. als solche in den Prozess eintreten und die **Prozessführung des vollmachtlosen Vertreters genehmigen** (BGH NJW-RR 2009, 690 = NZG 2009, 466 = ZIP 2009, 717; BGH NJW 1999, 3263 = NZG 1999, 1215 = ZIP 1999, 1669; BGH NJW 1998, 384 = WM 1998, 308).

Die Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, er erkläre in Vollmacht der Gesellschafter, dass sämtliche Gesellschafter der Kl. die Prozessführung genehmigen und als gesetzliche Vertreter in den Prozess eintreten, führt nicht zu ihrem Eintritt oder zur Genehmigung der Prozessführung. Er hat seine – bestrittene – Vollmacht, für die Gesellschafter Erklärungen abgeben zu können, nicht nachgewiesen. Die Prozessvollmacht, die die vollmachtlose Vertreterin der Gesellschaft oder die Geschäftsbesorgerin, die keine geschäftsführungsberechtigte Gesellschafterin ist, erteilt hat, umfasst Erklärungen der Gesellschafter nicht.“ (BGH aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 174

Rechtsmittelfrist
Zustellung durch Empfangsbekanntnis

ZPO

(OVG Münster in NJW 2010, 3385; Beschluss vom 13.07.2010 – 19 B 884/10)

Ein **Rechtsanwalt**, dem das Gericht ein Schriftstück nach § 174 ZPO gegen Empfangsbekanntnis zustellt, ist **nicht dazu befugt, die mit der Zustellung beginnende Rechtsmittelfrist** durch Vordatierung oder Rückdatierung des Eingangsdatums **willkürlich zu verlängern oder zu verkürzen**.

„Bei der Zustellung eines Schriftstücks gegen Empfangsbekanntnis nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 174 ZPO ist **Zustellungszeitpunkt derjenige Zeitpunkt, in dem der sachbearbeitende Rechtsanwalt persönlich Kenntnis von seinem Gewahrsam an dem zustellungshalber übersandten Schriftstück erhält und durch Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses den Willen äußert, das Schriftstück als zugestellt gegen sich gelten zu lassen** (BGH NJW-RR 2010, 417; NJW 2006, 1206; NJW 1996, 1968; NJW 1992, 574; NJW 1987, 325; NJW 1979, 2566; LAG Düsseldorf BeckRS 2007, 45860).

Das von einem Rechtsanwalt gem. § 174 IV 1 ZPO unterzeichnete **Empfangsbekanntnis begründet als öffentliche Urkunde i.S. des § 418 I ZPO** vollen Beweis des darin bescheinigten Zeitpunkts der Zustellung. Diese gesetzliche Beweisregelung findet jedoch dann keine Anwendung, wenn die Urkunde unter anderem **äußere Mängel aufweist** (§ 419 ZPO). Außerdem ist der Gegenbeweis der Unrichtigkeit dieses Datums zulässig (BGH NJW-RR 1987, 1151; NJW 1987, 325).

Eine beim Prozessbevollmächtigten etwa vorhanden gewesene irrige Rechtsauffassung, er dürfe seinen Annahmewillen erst für einen beliebigen späteren Zeitpunkt erklären und damit die Annahme des Schriftstücks zeitlich hinausschieben, kann es nicht rechtfertigen, den Beschluss als erst [später] zugestellt anzusehen. Denn der die Zustellung annehmende **Prozessbevollmächtigte ist nicht befugt, die mit der Zustellung beginnende Rechtsmittelfrist** durch Vordatierung oder Rückdatierung des Eingangs im Empfangsbekanntnis **willkürlich zu verlängern oder zu verkürzen**; allenfalls kann er die Zustellung zeitweilig ablehnen (BGH NJW 1979, 2566).“ (OVG Münster aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 14, 19

negativer Kompetenzkonflikt
allgem. Strafammer / Wirtschaftsstrafammer
(KG in NJW 2010, 3464; Beschluss vom 21.07.2010 – 2 Ars 16/10)

StPO

Die **Wirtschaftsstrafammer des LG** ist auch im **Berufungsverfahren gegenüber einer allgemeinen Strafammer** ein **höherrangiges Gericht**.

„Die **Strafkammern 36 und 37** stehen sich **nicht gleichrangig gegenüber**: Erstere ist gem. §§ 74e Nr. 2 GVG, 209a Nr. 1 StPO als **Wirtschaftsstrafammer gegenüber der für allgemeine Strafsachen zuständigen Strafammer ein Gericht höherer Ordnung**. Das gilt auch für die im Berufungsverfahren zuständige kleine Strafammer (vgl. Kissel/Mayer, GVG, 6. Aufl., § 74c Rn 10 m.w. Nachw.). Entsprechend §§ 209, 209a StPO kann sie die **Zuständigkeit der allgemeinen Strafammer zuweisen**, wenn sie die **Auffassung vertritt, es sei kein unter § 74c GVG fallender Tatvorwurf rechthängig** (vgl. OLG Stuttgart MDR 1982, 252 = Justiz 1982, 303).

Dieser Befugnis entspricht das **Recht der StA, gegen die Entscheidung in analoger Anwendung des § 210 II StPO sofortige Beschwerde einzulegen, um die Verhandlung vor der Wirtschaftsstrafammer zu erreichen** (vgl. OLG Stuttgart MDR 1982, 252 = Justiz 1982, 303). Da sie von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht hat, ist die **Entscheidung der Wirtschaftsstrafammer bindend**. Dass sie entgegen § 76 III 2 GVG in Dreierbesetzung anstatt durch den Vorsitzenden allein entschieden hat, macht die Entscheidung zwar insoweit fehlerhaft, aber nicht unwirksam (vgl. zu einer ähnl. Konstellation Meyer-Goßner, § 126 Rn 10).“ (KG aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 81b

Erkennungsdienstliche Behandlung
nicht bei Verdacht des Verstoßes gegen § 29 BtMG
(OVG Lüneburg in StV 2010, 676; Beschluss vom 31.08.2010 – 11 ME 288/10)

StPO

Auf den örtlich, zeitlich und gegenständlich nicht näher konkretisierten **Verdacht eines allgem. (erneuten) Verstoßes gegen § 29 BtMG** kann eine **sofort vollziehbare Anordnung nach § 81b Alt. 2 StPO nicht gestützt** werden.

„Die **erkennungsdienstliche Behandlung nach § 81b Alt. 2 StPO setzt mit der Bezugnahme auf den Begriff des „Beschuldigten“ die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nach § 152 II StPO voraus**. Diese Einleitung ist strafprozessual weder eigenständig noch - von Ausnahmefällen abgesehen - bei einer Einstellung nach § 170 II StPO nachträglich inzident überprüfbar (vgl. nur Meyer-Goßner/Cierniak, StPO, 52. Aufl., § 23 EGGVG Rn 9). Deshalb ist zur **Wahrung effektiven Rechtsschutzes** bei der Anordnung einer **erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b Alt. 2 StPO (auch) insoweit eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung geboten**.

Diese **Rechtmäßigkeitskontrolle** ist allerdings **inhaltlich begrenzt**. Denn für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens reicht es aus, wenn nach kriminalistischer Erfahrung die Möglichkeit besteht, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt; die Bezugnahme auf die kriminalistische Erfahrung vermittelt den Ermittlungsbehörden insoweit zudem einen Beurteilungsspielraum.

Für die Annahme, dass eine erkennungsdienstliche Behandlung „notwendig“ ist, bedarf es einer auch auf der sog. Anlasstat beruhenden Wiederholungsgefahr. D. h. aus dieser muss auf die mögliche Begehung weiterer Straftaten geschlossen werden, wobei zwar auch andere, ältere „Vortaten“ berücksichtigungsfähig sind, aber insbesondere für die hier umstrittene sofort vollziehbare Anordnung nicht allein ausschlaggebend sein dürfen. Wenn also bei Einleitung des Ermittlungsverfahrens noch kein **Anfangsverdacht** hinsichtlich einer zeitlich, örtlich und gegenständlich konkretisierten Straftat bestand und auch nachfolgend weder im Ermittlungsverfahren noch im Verwaltungsverfahren nach § 81b Alt. 2 StPO weitergehende **Konkretisierungen des Tatverdachts** erfolgt sind, so ist der o. a. notwendige Zusammenhang nicht zu bejahen; mangels eines hinreichend konkreten Anfangsverdachts kann dann auch nicht von einem die Anordnung rechtfertigenden „Restverdacht“ gesprochen werden.“ (OVG Lüneburg aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO §§ 98 II, 102	Durchsuchungsanordnung Tatverdacht als Eingriffsvoraussetzung (BVerfG in StV 2010, 665; Beschluss vom 11.06.2010 – 2 BvR 3044/09)	StPO
-----------------------	---	------

Das Vorliegen eines **Tatverdachts** ist **Eingriffsvoraussetzung** für die Anordnung und Durchführung einer strafprozessualen Durchsuchung.

„Mit der **Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung** durch Art. 13 I GG erfährt die räumliche Lebenssphäre des Einzelnen einen besonderen grundrechtlichen Schutz. Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in dieses Grundrecht ist der Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Das **Gewicht des Eingriffs verlangt dabei Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen**. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen (vgl. BVerfGE 59, 95; 115, 166; 117, 244). Eine Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Verdachts erforderlich sind; denn sie setzt einen Verdacht bereits voraus (vgl. BVerfG 8, 332; 11, 88).“ (BVerfG aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO §§ 170 II, 489 II 1	Datenschutz Aktenvernichtung nach Verfahrenseinstellung (KG Berlin in StV 2010, 513; Beschluss vom 17.02.2009 – 1 VAs 38/08)	StPO
-----------------------------	--	------

Ein **Anspruch auf Vernichtung** der in Papierform geführten **Akten nach einer Verfahrenseinstellung** gem. § 170 II StPO **besteht bis zum Ablauf der Aufbewahrungsfristen nicht**.

„Die Akten der Staatsanwaltschaft sowie der Amtsanwaltschaft, aus denen sich ergibt, dass der objektive Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens vorliegt, der Täter aber nicht zur Aburteilung zu bringen ist, sind in allen Fällen mindestens so lange aufzubewahren, bis nicht die **Strafverfolgung durch Verjährung ausgeschlossen** ist. In den Fällen, in denen die Tat der Verjährung nicht unterliegt, sind sie so lange aufzubewahren, als eine Strafverfolgung den Umständen nach noch möglich ist. Die Staatsanwaltschaft ist aufgrund der auf den Verjährungsfristen basierenden Aufbewahrungsbestimmung für Akten verpflichtet, auch im Falle der Einstellung eines Ermittlungsverfahrens die entsprechenden Akten mindestens fünf Jahre aufzubewahren, weil die Akten bis zum Ablauf der Verjährungsfristen für die Verfolgung von Straftaten auffindbar und verfügbar sein müssen. Dies ist für die **Erhaltung der Funktionsbereitschaft der Staatsanwaltschaft und ihrer Arbeitsfähigkeit** erforderlich, weil diese ohne vollständige schriftliche Unterlagen ihren gesetzlichen Auftrag (§ 152 II StPO) nicht erfüllen kann. Denn es ist nicht ungewöhnlich, dass auch nach längerer Zeit und noch vor Ablauf der Verjährungsfristen noch weitere Indizien - etwa durch Auffinden der Diebesbeute oder Zuordnung von Tatortspuren - bekannt werden. Der Verdacht gegen frühere Beschuldigte kann sich dadurch verdichten. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kommen sie als Zeugen in Betracht. Bestünde die Straftate dann nur noch aus Fragmenten, weil Ermittlungsergebnisse gegen frühere Besch. zwischenzeitlich vernichtet wurden, würde die Aufklärung der Tat erheblich erschwert oder gar unmöglich werden. Ein Ermessen für das Aufheben der Akten, etwa angelehnt an den Grad des Tatverdachts, ist zu Recht nicht vorgesehen, weil dies mit dem Strafverfolgungszwecken nicht vereinbar ist.“ (KG Berlin aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

NWVwVfG § 48 IV 1	Rücknahmefrist für Verwaltungsakt Fristbeginn (OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 630; Beschluss vom 23.04.2010 – 6 A 1135/08)	VwVfG
----------------------	--	-------

Die den **Fristbeginn des § 48 IV 1 NWVwVfG** auslösende **Kenntnis** ist erst dann **gegeben**, wenn sich die **Behörde nicht nur der Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung, sondern zugleich der Notwendigkeit bewusst ist**, angesichts ihrer Verwaltungsaktqualität **förmlich über eine Rücknahme entscheiden zu müssen**.

„Erhält die Behörde von **Tatsachen Kenntnis**, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes rechtfertigen, so ist nach [§ 48 IV 1 NWVwVfG] die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zulässig. Die Frist beginnt zu laufen, wenn die Behörde die **Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und damit die Notwendigkeit, über die Rücknahme dieses Verwaltungsaktes entscheiden zu müssen, erkannt hat und ihr die für die Rücknahme erheblichen Tatsachen – auch die für ihre Ermessensbetätigung – vollständig bekannt sind**. Das entspricht dem **Zweck der Jahresfrist als einer Entscheidungsfrist** (vgl. BVerwGE 70, 356 = NJW 1985, 819 = NVwZ 1985, 335; BVerwG NJW 1988, 2911; NJW 2007, 1478).

Ausgehend von diesen Maßstäben ist **Kenntnis i.S. des § 48 IV 1 NWVwVfG** erst dann gegeben, wenn sich die Behörde nicht nur der **Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung, sondern zugleich der Notwendigkeit bewusst ist**, angesichts ihrer Verwaltungsaktqualität **förmlich über eine Rücknahme entscheiden zu müssen**. Denn die **Behörde ist erst dann objektiv in der Lage, unter sachgerechter Ausübung ihres Ermessens über eine Rücknahme zu entscheiden**, wenn sie erkennt, dass es wegen der Rechtsnatur ihres als rechtswidrig erkannten Verwaltungshandelns einer förmlichen Rücknahmeentscheidung bedarf. Nur unter dieser Voraussetzung behält die in § 48 IV 1 NWVwVfG normierte Frist auch den ihr nach der st. Rspr. des BVerwG zukommenden **Charakter einer reinen Entscheidungsfrist**. Die hier vorliegende Fehleinschätzung zur förmlichen Rücknahmebedürftigkeit der fehlerhaften Planstel

leneinweisung ist damit auch nicht dem Fall gleichzustellen, in dem die Behörde über die rechtlichen Anforderungen der Rücknahmeermächtigung, etwa die (weiteren) Rücknahmevoraussetzungen oder die Erforderlichkeit einer Ermessensentscheidung, irrt (vgl. dazu BVerwGE 100, 199 = NVwZ 1996, 1217; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 48 Rn 157).“ (OVG Münster aaO)

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 92

Klagerücknahmeerklärung unwiderruflich

VwGO

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2010, 862; Beschluss vom 03.06.2010 – 5 LB 110/10)

Eine ausgesprochene **Klagerücknahmeerklärung** ist **grds. unwiderruflich**. Dies gilt auch dann, wenn zur Wirksamkeit der Rücknahmeerklärung noch die Einwilligung des Klagegegners erforderlich ist.

*„Denn die Rücknahmeerklärung beendet als Prozesshandlung das mit dem Klageantrag eingeleitete Verfahren unmittelbar. Das Gericht hat lediglich deklaratorisch durch förmlichen Beschluss die kraft Gesetzes eingetretenen Wirkungen nochmals ausdrücklich festzustellen (vgl. § 92 III 1 VwGO). Wenn dem einstellenden Beschluss nur deklaratorische Bedeutung beizumessen ist, dann heißt dies zugleich, dass das Verfahren nicht erst durch den gerichtlichen Beschluss, sondern bereits durch die vorgenommene Prozesshandlung beendet wird. Das Verfahren ist daher in dem Zeitpunkt beendet, in dem die Erklärung der Rücknahme wirksam abgegeben worden ist. Ist die **Einwilligung der Bekl. zur Wirksamkeit der Rücknahme erforderlich**, dann kann zwar die **Erklärung der Rücknahme für sich allein die verfahrensbeendende Wirkung noch nicht auslösen**. Die mit der Rücknahmeerklärung verbundene **Wirkung der Verfahrensbeendigung tritt erst ein, wenn die Einwilligung ihrerseits wirksam erklärt wird**. Dies hat **allerdings nicht eine Verschiebung des maßgebenden Zeitpunkts zur Folge**. Vielmehr wirkt die Einwilligungserklärung auf den Zeitpunkt, in dem die Rücknahme wirksam erklärt wurde, zurück (so BVerwG NVwZ-RR 1991, 53; BVerwGE 26, 297).*

*Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Einwilligung gem. § 92 I 2 VwGO allein dem **Schutz des Bekl.** dient, der den Rückzug des Kl. aus dem Verfahren verhindern können soll, nachdem durch Antragstellung verhandelt worden ist (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 92 Rn 25). Nach der Rücknahmeerklärung steht die weitere Rechtsverfolgung deshalb nicht mehr in der Disposition des Kl. Demnach ist ein nachträglicher Widerruf auch nicht bis zu Einwilligung des Gegners möglich.“ (OVG Lüneburg aaO)*

VwGO
§ 133

Urteilsberichtigung Fristenlauf für Rechtsmittel

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2010, 962; Beschluss vom 06.05.2010 – 6 B 48/09)

Eine **Urteilsberichtigung** eröffnet nur dann eine **neue Rechtsmittelfrist** gegen die **berichtigte Entscheidung**, wenn erst die **berichtigte Urteilsfassung die Partei in die Lage versetzt, sachgerecht über die Frage der Einlegung des Rechtsmittels und dessen Begründung zu entscheiden**.

*„Die Fristen beginnen mit der **Zustellung des vollständigen Urteils**. Vollständig in diesem Sinne ist ein Urteil auch dann, wenn die zugestellte Urteilsausfertigung geringfügige Unrichtigkeiten aufweist. In einem solchen Fall hat ein nach § 118 VwGO durchgeführtes Berichtigungsverfahren nach der st. Rspr. des BVerwG (BVerwG Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 296, S. 30 = NVwZ 1991, 681; BVerwG Buchholz 310 § 133 [n.F.] VwGO Nr. 23, S. 9; und BVerwG BeckRS 2008, 37325; vgl. der Sache nach ebenso BFH BB 1974, 1330; BGH NJW-RR 2009, 1443 m.w. Nachw.) auf den Fristablauf grds. keinen Einfluss. Die **Bet. müssen ihre Entscheidung über die Einlegung von Rechtsmitteln auf der Grundlage des unrichtigen Urteils treffen**. Im Hinblick auf die Offensichtlichkeit der in Betracht kommenden Fehler ist das regelmäßig zumutbar (vgl. auch Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 2009, § 118 Rn 7).*

*Die **Berichtigung eröffnet eine neue Rechtsmittelfrist** gegen die **berichtigte Entscheidung nur dann, wenn erst die berichtigte Fassung des Urteils die Partei in die Lage versetzt, sachgerecht über die Frage der Einlegung des Rechtsmittels und dessen Begründung zu entscheiden**. Dies ist der Fall, wenn erst aus der Berichtigung hervorgeht, dass eine Partei durch das ergangene Urteil beschwert ist oder wenn die Beteiligten bei Rückforderung der Urteilsausfertigung zwecks Berichtigung nicht erkennen konnten, in welchem Umfang eine Berichtigung vorgenommen werden würde.“ (BVerwG aaO)*

- ZA 12/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§§ 305 c, 307

Beiladungsantrag keine Entscheidung während einer Verfahrensunterbrechung

(OVG Münster in NJW 2010, 3529; Urteil vom 09.06.2010 – VIII ZR 294/09)

VwGO

Über einen Beiladungsantrag darf nicht während einer Verfahrensunterbrechung entschieden werden.

*„Während der Unterbrechung [sind] **nach außen wirkende Prozesshandlungen des Gerichts** in Ansehung der Hauptsache **unzulässig**. Dies betrifft nicht nur **sachlich-rechtliche Entscheidungen** über den prozessualen Anspruch, sondern auch **rein verfahrensrechtliche Entscheidungen** (vgl. MüKo-ZPO/Gehrlein, 3. Aufl., § 249 Rn 19). Daher durfte über den Beiladungsantrag während der Unterbrechung nicht entschieden werden.“ (OVG Münster aaO)*

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Gehrlein:** Eigentumsrechte nach einer Geldvermischung (NJW 2010, 3543)

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2010, 3578**, wonach **bei der Vermischung von Bargeld verschiedener Eigentümer an der Gesamtmenge** auch dann gem. §§ 948 I, 947 I BGB **Miteigentum begründet** wird, wenn einer der Teilhaber den Gesamtbestand in einer seiner alleinigen Verfügungsbefugnis unterliegenden Kasse aufbewahrt. - Der Beitrag befasst sich mit **Folgeproblemen**, insbes. der Frage, wie sich die **Eigentumsverhältnisse bei einer Kasse mit wechselndem Bestand** gestalten: Durch eine Geldvermischung wird Miteigentum begründet; dies gilt auch dann, wenn die Vermischung innerhalb einer Kasse erfolgt, in die nur Einzahlungen bewirkt werden; nach einer Vermischung innerhalb einer Kasse kann hingegen das Miteigentum ganz oder teilweise entfallen, soweit die betroffenen Mittel ausgezahlt werden. - Stets steht einem Anspruchsteller der Beweis offen, dass sein Miteigentum auch nach einem Zahlungsausgang teilweise fortbesteht oder durch den Zahlungsausgang nicht berührt wurde; diese rechtlichen Überlegungen sind über Zahlungsmittel hinaus auf andere Gegenstände der Vermischung oder Vermischung zu übertragen.

2. **Wolbers:** Aktuelle Tendenzen zur Einwendungs(ausschluss)frist im Betriebskostenrecht (NZM 2010, 841)

3. **Classen:** Distressed M&A – Besonderheiten beim Unternehmenskauf aus der Insolvenz (BB 2010, 2899)

Der **Unternehmenskauf aus der Insolvenz bietet** sowohl auf Seiten des Veräußerers als auch auf Seiten des Erwerbers **deutliche Vorteile im Vergleich zu dem „klassischen“ Unternehmenskauf**: Der Insolvenzverwalter kann im Wege der übertragenen Sanierung **Masse generieren, Arbeitsplätze erhalten und Masseverbindlichkeiten reduzieren**, während der Erwerber die Möglichkeit erhält, zu **attraktiven Konditionen** ein zumeist etabliertes Unternehmen zu kaufen; dabei läuft er aufgrund der **handels- und steuerrechtlichen Haftungsprivilegien** nicht Gefahr, bei der Fortführung der bisherigen Firma für Altverbindlichkeiten zu haften und für etwaige rückständige Betriebssteuern aufkommen zu müssen; zudem gehen beim Betriebsübergang nach § 613a BGB nur Verbindlichkeiten aus laufenden Arbeitsverhältnissen über, die seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, nicht berücksichtigt. - **Voraussetzung für die Anwendung dieser Haftungserleichterungen** für den Erwerber ist, dass er das **Unternehmen erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erwirbt**; auch vermeidet er auf diese Weise die Gefahr von Unsicherheiten bzgl. der Befugnis der Veräußerung und einer Anfechtung des Unternehmenskaufvertrags durch den Insolvenzverwalter. - In jedem Falle ist es ratsam, so früh wie möglich – am besten noch vor oder zumindest während des Insolvenzantragsverfahrens – mit den Vertragsverhandlungen zu beginnen; so ist es erfahrungsgemäß gerade die Zeit der kritischste Faktor bei Unternehmenskäufen aus der Insolvenz.

4. **Berberich:** Der Content „gehört“ nicht Facebook! - AGB-Kontrolle der Rechteeinräumung an nutzergenerierten Inhalten (MMR 2010, 736)

Unabhängig vom gewählten Vertragsrecht schützt die **zwingende AGB-Kontrolle der §§ 305 ff BGB** die Nutzer von Internetplattformen als Verbraucher vor ungewollten weitreichenden Einräumungen von Rechten an nutzer-erstellten Inhalten an die Betreiber, wenn diese über den Vertragszweck hinausgehen. - Bei Verträgen zur Nutzung von Internetplattformen ist die urheberrechtliche Rechteeinräumung trotz der Diskussion um die Reichweite des § 307 III 1 BGB schon deswegen kontrollfähig, weil es sich nicht um eine Hauptleistung handelt; Kontrollmaßstab ist hier die Zweckübertragungslehre i.S.d. § 31 V UrhG, welche als Leitbild i.S.d. § 307 II Nr. 1 UrhG die Reichweite der Nutzungsrechtseinräumung steuert. - Unabhängig von der allgemeinen Diskussion um den Leitbildcharakter im Urhebervertragsrecht muss das jedenfalls bei Internetplattformnutzungsverträgen gelten, weil eine Rechteeinräumung zur wirtschaftlichen Auswertung in keinem Fall bezweckt ist und eine Korrektur allein auf der Vergütungsseite unmöglich; insofern erhält bei „Web 2.0“-Plattformen mit nutzergenerierten Inhalten das Urhebervertragsrecht auch eine verbraucherschützende Dimension.

5. **Römer:** Die Entwicklung der BGH-Rspr. zum Versicherungsvertragsrecht seit der Deregulierung und künftige Tendenzen (NVersZ 2002, 532)

6. **Müchl/Hiebert:** Anspruch auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz – Was ist noch „zumutbar“? (NZA 2010, 1259)

Über den aus **§ 81 IV SGB IX** folgenden **Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung für schwerbehinderte Arbeitnehmer** hinaus hat das BAG (NZA-RR 2010, 420) letztlich einen **allgemeinen Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung** entwickelt; verbunden damit ist eine Einschränkung der bestehenden Kündigungsmöglichkeiten, denn wer leidensgerecht beschäftigt werden muss, kann nicht unter Hinweis auf das Fehlen eines leidensgerechten Arbeitsplatzes personenbedingt gekündigt werden. - Die **betriebliche Praxis** hat sich auf diese

neuen Vorgaben bislang kaum einstellen können: **Schwierigkeiten bereitet insbes. die Beantwortung der wichtigen Frage nach den Grenzen der Beschäftigungspflicht**; dazu trifft das Urteil keine Feststellungen und auch der Gesetzgeber bietet kaum Hilfe, den einzigen Anhaltspunkt für den Willen des Gesetzgebers bildet der – wenig klar gefasste – „Zumutbarkeitsvorbehalt“ des § 81 IV 3 SGB IX, der durch die (höchstrichterliche) Rspr. bislang kaum praxistauglich präzisiert wurde. – Mit der – an schwerbehindertenrechtliche Kategorien angelehnten – Entwicklung eines (mehr oder weniger) allgemeinen Anspruchs auf leidensgerechte Beschäftigung wird für die Praxis auch eine Konturierung der Grenzen dieses Anspruchs zunehmend bedeutsam; einen wichtigen Anhaltspunkt für die insoweit anzuwendenden Grundsätze bildet § 81 IV 3 SGB IX; die maßgebliche Grenze bildet nach dieser Norm die Zumutbarkeit der eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung ermöglichenden Maßnahmen für den Arbeitgeber; welche Maßnahmen zumutbar sind, ist im Rahmen einer **Interessenabwägung** festzustellen, in deren Rahmen insbes. die für das Unternehmen entstehenden Kosten zu berücksichtigen sind; erreichen sie die Vorgaben für die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen, ist die Grenze der Zumutbarkeit grds. erreicht; allenfalls in – vom Arbeitnehmer darzulegenden und zu beweisenden – Ausnahmefällen wird man auch weitergehende Kosten hinnehmen können. – Losgelöst davon können der Zumutbarkeit kollidierende Interessen Dritter entgegenstehen: Konkurrieren z. B. mehrere Arbeitnehmer um einen Arbeitsplatz, ist zur Bestimmung der **Grenzen der Zumutbarkeit** ebenfalls auf kündigungsrechtliche Grundsätze zurückzugreifen: Ist ein leidensgerechter Arbeitsplatz frei und konkurrieren um ihn mehrere Arbeitnehmer, dürfte im Rahmen des § 315 BGB grds. eine Sozialauswahl (analog § 1 III KSchG) durchzuführen sein. – Konkurrieren dagegen mehrere Arbeitnehmer um einen besetzten leidensgerechten Arbeitsplatz, wird man (auch im Rahmen von § 81 IV SGB IX) keine Verpflichtung des Arbeitgebers annehmen können, eine Sozialauswahl durchzuführen und den besetzten Arbeitsplatz gegebenenfalls freizukündigen.

7. **Fischer**: Der Mitverschuldenseinwand in der Haftung der steuerlichen Berater (DB 2010, 2600)

Nach der **höchstrichterl. Rspr.** enthält § 254 II BGB im Anschluss an Stimmen im Schrifttum lediglich – klarstellend – besondere Anwendungsfälle des § 254 I BGB; Hinsichtlich der Rechtsfolgen trifft § 254 I BGB für sämtliche Fälle des Mitverschuldens eine einheitliche Regelung, nach der die **Verursachungs- und Verschuldensanteile von Schädiger und Geschädigten im Einzelfall gegeneinander abzuwägen** sind. – Für eine **unterschiedliche abstrakte Gewichtung der verschiedenen Fälle des Mitverschuldens ist kein Raum**; § 254 II 2 BGB ordnet nach seiner systematischen Stellung in diesem Absatz eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB nur für die in § 254 II BGB geregelte Verletzung der Schadensabwendungs- und Minderungspflicht an; nach ganz h. M. bezieht sich diese Regelung aber auch auf das **Mitverschulden im haftungsbegründenden Bereich**; § 254 II 2 BGB ist mithin so zu lesen, als wäre er ein selbstständiger Abs. 3.

II. Strafrecht

1. **Mitsch**: Postmortales Persönlichkeitsrecht verstorbener Straftäter (NJW 2010, 3479)

Problemstellung: **Amokläufe** lösen umfangreiche Aktivitäten von Polizei und Strafrechtspflegeorganen aus, **die auch nach dem Tod des Amokläufers noch andauern und fortgesetzt werden**; dabei werden **Informationen über den Täter und sein Umfeld** ermittelt, die von den Behörden an die Medien weitergegeben und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden; dies ist jedoch problematisch, weil nach dem Tod eines Straftäters die Zulässigkeit staatlicher Ermittlungen und Medieninformationen erheblich eingeschränkt wird. – Nach der heute herrschenden Auffassung fallen **postmortale Handlungen der Strafverfolgungsbehörden** nicht „automatisch“ aus dem Verfahrenskontext heraus, solange eine förmliche Verfahrenseinstellung noch nicht erfolgt ist.

2. **Soiné**: Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren (NStZ 2010, 596)

Die **kriminalistischen List** kann **bei rechtmäßigen, offenen, heimlichen und auf Täuschung angelegten Ermittlungsmethoden** zur Anwendung kommen; dass die (kriminalistische) List begrifflich keinen Eingang in die StPO gefunden hat, bedeutet nicht, dass sie – etwa bei Vernehmungen – stets unzulässig wäre; verboten ist bei diesen offenen strafprozessualen Maßnahmen gem. § 136a I StPO die in der Lüge gipfelnde Täuschung des Beschuldigten; das Verbot der Täuschung gilt auch gegenüber Zeugen (§ 69 III StPO); rechtlich geht es also um einen **Unterschied zwischen unzulässiger Täuschung und zulässiger kriminalistischer List**. – Doch auch das **Täuschungsverbot gilt im Ermittlungsverfahren nicht absolut**: Z. B. dürfen im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden tätige Verdeckte Ermittler (VE) unter der ihnen verliehenen Legende am Rechtsverkehr teilnehmen (§ 110a II 2 StPO); hierbei handelt es sich um die eingriffintensivste Form verdeckter personaler Ermittlungen; ferner dürfen nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (NoeP) und Vertrauenspersonen (VP) die Betroffenen über ihre wahre Identität – je nach Fallgestaltung – entweder einzelfallbezogen oder über einen längeren Zeitraum hinweg täuschen; selbst verdeckte Ermittlungen nach der sog. „Cold-Case-Technik“, in denen ein Vertrauensverhältnis zum Verdächtigen durch seine Einbeziehung in eine ihm vorgetäuschte verbrecherische Organisation hergestellt und er gegen Entgelt zur Begehung vermeintlicher Straftaten veranlasst wird, sind nicht allgemein unzulässig. – Der StPO sind **heimliche Maßnahmen** nicht fremd, wie z.B. die **Telekommunikationsüberwachung** (§§ 100a, 100b, 101 StPO), die **Wohnraumüberwachung** (§§ 100c, 100d, 100e StPO), das **Abhören** außerhalb von Wohnungen (§ 100f StPO) oder das **Erheben von Verkehrsdaten** (§ 100g StPO); daraus folgert der BGH, dass die StPO **keinen „Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns“** beinhaltet; nach der Rspr. schließen weder rechtsstaatliche Grundsätze noch strafprozessuale Bestimmungen aus, im Rahmen der Aufklärung von Straftaten Methoden und Mittel anzuwenden, die für den Tatverdächtigen nicht als polizeiliches Handeln erkennbar sind; die **Grenze zulässiger polizeilicher Ermittlungen wird erst dort überschritten, wo zu der Heimlichkeit der Gebrauch unlauterer, von der Rechtsordnung missbilligter Mittel hinzukommt**. – Nach dem sich aus §§ 161, 163 StPO ergebenden und auch für die Polizei geltenden Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfah-

rens sind alle zulässigen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet und erforderlich sind, zur Aufklärung einer Straftat beizutragen; dabei muss Spielraum für Taktik und richtigen Einsatz von Kriminaltechnik bleiben. - Aus dem **Recht auf ein faires Verfahren** lässt sich eine generelle Unzulässigkeit von kriminalistischer List im Ermittlungsverfahren nicht herleiten. Grundsätzlich erlaubt sind neben offenen auch verdeckte und auf Täuschung angelegte Maßnahmen, denn die Rspr. hat die Anwendung von für den Betroffenen nicht als polizeiliches Handeln erkennbarer Methoden und Mittel im Ermittlungsverfahren als zulässig anerkannt; deshalb verstoßen weder der Einsatz heimlich ermittelnder Personen noch der verdeckte Einsatz technischer Mittel gegen das Recht des Beschuldigten auf ein **faires Verfahren nach Art. 6 MRK**. - Die **Selbstbelastungsfreiheit** schützt den Betroffenen vor Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren, zur **Duldung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen** ist er jedoch verpflichtet; der Zwang zur Aussage greift in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten ohne Rechtsgrundlage ein; nach Auffassung des BGH liegt eine Verletzung des Kernbereichs der Selbstbelastungsfreiheit vor, wenn ein Beschuldigter von einer Ermittlungsperson zu selbstbelastenden Äußerungen gedrängt oder durch Täuschung über den Ermittlungscharakter des Gesprächs („vernehmungähnliche Situation“) verleitet wird; gleiches gilt für Äußerungen des Beschuldigten auf Grund von verdeckten Ermittlungen in Haftanstalten. - Nicht in den Anwendungsbereich der Freiheit von Zwang zur Aussage fällt nach der Rspr. die **Freiheit von Irrtum**; so befindet sich der Betroffene, der Informationen an eine verdeckt ermittelnde Person weitergibt, die er als solche nicht erkennt, zwar im Irrtum darüber, dass er sich gerade unter Umständen selbst belastet; die Selbstbelastung führt er aber nicht herbei, weil er dazu gezwungen wurde. - Die rechtsstaatlichen Grenzen bei polizeilichen Ermittlungen zeigen, dass die kriminalistische List im Ermittlungsverfahren nicht auf den Aspekt der Täuschung beschränkt ist; repressive Ermittlungshandlungen setzen weder eine Kommunikation zwischen Strafverfolgungsorganen und Betroffenen voraus, noch müssen sie z.B. auf Täuschungshandlungen verdeckt ermittelnder Personen oder dem Ausnutzen eines Irrtums des Beschuldigten bei einer Vernehmung beruhen.

3. **Hellwig/Zebisch**: Pflichtverteidigung – Die Entpflichtung des Verteidigers wegen eines gestörten Vertrauensverhältnisses - (Rechts-)Probleme und Lösungsansätze (NSTZ 2010, 602)

Problemstellung: Der Pflichtverteidiger kann in erhebliche Konflikt- oder gar Notlagen geraten, wenn die Weiterverteidigung im Laufe des Verfahrens wegen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses in der Beziehung Mandant/Anwalt unmöglich wird; ein Verteidiger findet sich in einer solchen Situation – einmal mehr – der Gefahr ausgesetzt, zwischen Mandanteninteressen, prozess- und standesrechtlichen Verpflichtungen sowie des letztlich nicht außer Acht zu lassenden Kostenrisikos, die Grenzen seines Berufsethos zu tangieren. - Der **Wortlaut des § 143 StPO** gebietet eine **Zurücknahme der Pflichtverteidigerbestellung** anscheinend **nur bei Wahl eines anderen Verteidigers und Annahme der Wahl durch diesen**; daneben verpflichtet § 49 I BRAO den Rechtsanwalt, die Verteidigung u.a. dann zu übernehmen, wenn er nach den Regeln der StPO zum Verteidiger bestellt ist; allerdings kann der Anwalt aufgrund des Verweises in § 49 II BRAO auf § 48 II BRAO seine Entpflichtung aus wichtigem Grund beantragen; ebenso ist anerkannt, dass § 143 StPO eine Entpflichtungsmöglichkeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes bietet. - Welche Gründe indes als „wichtig“ anzuerkennen sind, ist in Rspr. und Lit. weithin umstritten; in der Judikatur sticht zudem eine sich oftmals widersprechende Kasuistik ins Auge, welcher ebenfalls nachzugehen sein wird.

4. **Krüger**: Stalking in allen Instanzen – Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB (NSTZ 2010, 546)

5. **Willer**: Die Onlineauktion unter falschem Namen und der Straftatbestand der Fälschung beweiserheblicher Daten i.S.d. § 269 StGB (NSTZ 2010, 553)

Die **Anmeldung bei einer Onlineverkaufsplattform unter falschem Namen** kann eine **Strafbarkeit nach § 269 StGB** nach sich ziehen; die **bloße Entfaltung von An- und Verkaufsaktivitäten über das unter falschem Namen betriebene Konto ist nicht strafbar**; hierfür besteht auch kein Bedürfnis; Gefährdet ein Bieter im Einzelfall die Rechtsposition seines Vertragspartners, etwa durch den Rückruf der Überweisung nach Erhalt der Ware, so **bietet das Strafrecht über § 263 StGB hinreichenden Schutz**; gleiches gilt umgekehrt auch für den betrügerischen Verkäufer; durchaus strafbar hingegen ist der Einsatz des gutgläubigen Vertragspartners zum Gebrauch der Daten gegenüber dem vermeintlichen Aussteller.

III. öffentliches Recht

1. **Kotulla/Kilic**: Zustimmungspflicht des Bundesrates für die atomgesetzlich zu regelnde Produktionserhöhung der „Reststrommengen“ und der damit verbundenen Laufzeitverlängerungen von Kernkraftwerken? (NVwZ 2010, 1449)

Problemstellung: Bedarf eine im Wege der Änderungsgesetzgebung vorgenommene Erhöhung der Höchstgrenze für die von den deutschen Kernkraftwerken zu erzeugenden Elektrizitätsmengen mit ihren für diese Anlagen bewirkten längeren (Rest-)Laufzeiten der Zustimmung des Bundesrates? – Nach Ansicht des Autors **bedarf ein die Höchststrommengen in Anl. 3 Sp. 2 zu § 7 Ia AtG aufstockendes Änderungsgesetz nicht der Zustimmung des Bundesrates**, denn weder aus dem **Wortlaut des Grundgesetzes** noch aus **ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen** lässt sich insoweit eine Zustimmungspflicht rechtfertigen; von Verfassungen wegen jeweils schutzwürdige Interessen von Bund und Ländern fallen dabei nicht auseinander, insbes. eine weitere Systemverschiebung zu Lasten der Länder findet nicht statt

2. **Ramm:** Die Polizeigewalt des Bundestagspräsidenten - Die Polizei beim Deutschen Bundestag und ihre Ermächtigungsgrundlage (NVwZ 2010, 1461)
 Der **Bundestagspräsident übt seine Polizeigewalt mittels der** erst in der BRD geschaffenen **Polizei beim Deutschen Bundestag** aus: Er ist **sachlich für die Abwehr von Gefahren**, insbes. von Eingriffen durch die beiden anderen Gewalten, Exekutive und Judikative, **zuständig**; seine Zuständigkeit ist in **örtlicher Hinsicht** ausschließlich und **auf die Grundstücke und Gebäude des Bundestags begrenzt**. - Für diese Aufgabe werden Polizeivollzugsbeamte eingesetzt, die zwar für den Vollzug von Gefahrenabwehrmaßnahmen ermächtigt sind, jedoch bisher ohne Rechtsgrundlagen agieren, denn bei der Regelung des Art. 40 II 1 GG handelt es sich um eine **Aufgabenzuweisung** und **nicht um eine rezipierte polizeiliche Generalklausel**. - Dieser vielfach vertretenen Meinung stehen die bereits angeführten rechtssystematischen Argumente entgegen; es ist daher zwingend erforderlich, dass das Parlament im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit die Polizei beim Deutschen Bundestag auf gesetzliche, verfassungskonforme Füße stellt, damit der Schutz der Legislative gewährleistet werden kann.
3. **Roggan:** Polizeiliche Bildaufnahmen von friedlichen Versammlungen unter freiem Himmel - Über die Grenzen einer Legalisierung des Einsatzes technischer Mittel (NVwZ 2010, 1402)
 Bespr. der Entsch. **VG Berlin NVwZ 2010, 1442**, wonach die bisherige polizeiliche Praxis, auch ohne Rechtsgrundlage friedliche Versammlungen zum Zwecke der Lenkung und Leitung des Einsatzes zu filmen, mit der Versammlungsfreiheit und dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht vereinbar und deshalb rechtswidrig ist. - Zumindest in denjenigen Bundesländern, die bislang keine eigenen Versammlungsgesetze geschaffen haben, besteht akuter Handlungsbedarf, denn **nur durch bereichsspezifische Ermächtigungen ist eine Vielzahl begründeter Feststellungsklagen zu verhindern**. - Die **Videografierung von friedlichen Versammlungen verlangt** auf Grund der Eingriffsintensität nach einer **sorgfältigen Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**; die Regelungen werden einen **Anordnungsvorbehalt** zu verlangen haben; in den (schriftlichen) Anordnungen ist einzelfallbezogen zu begründen, warum der Einsatz von technischen Mitteln zur Lenkung und Leitung von Polizeieinsätzen erforderlich bzw. nicht durch Polizeibeamte vor Ort zu ersetzen ist; i. S. des **Bestimmtheitsgebots** ist tatbestandlich zumindest auf die gebotene Offenheit der Maßnahme sowie die verfassungsgerichtlich angesprochene Größe oder anderweitig begründete Unübersichtlichkeit der Versammlung abzustellen, insbes. ist ein Verbot von Nahaufnahmen von Versammlungsteilnehmern zu statuieren.
4. **Scheidler:** Der Verkauf von Eintrittskarten vor Fußballstadien als unerlaubtes Reisegewerbe (DÖV 2010, 1018)
 Nach h. M. in Lit. und Rspr. sind **Eintrittskarten für ein Fußballspiel „Wertpapiere“ i. S. d. § 56 I Nr. 1h GewO.**, deren **Vertrieb im Reisegewerbe daher verboten ist**. - Dies ist deshalb sachgerecht, weil mit einem derartigen Verständnis des § 56 I Nr. 1h GewO den unlauteren Machenschaften von **Schwarzmarkthändlern**, die Fußballtickets oftmals zu **weit überhöhten Preisen** anbieten oder aber **Fälschungen** verkaufen, wirksam beizukommen ist. Neben dem Strafrecht (vgl. insbes. § 263 StGB) kann damit auch das **Gewerberecht als besonderes wirtschaftliches Ordnungsrecht** einen wichtigen Beitrag zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie zum Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen vor Nachteilen und Belästigungen leisten.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Grunewald:** Die Entwicklung der Rechtsprechung zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2009–2010 (NJW 2010, 3551)
2. **Otto:** Übergangsgewinn bei Rechtsanwälten - Wann muss von der Einnahmen-Überschussrechnung zum Vermögensvergleich gewechselt werden? (NJW 2010, 3601)
 Es ist **gesetzl. nicht geregelt, ab wann Freiberufler**, die ihren Gewinn durch Einnahmen-Überschussrechnung gem. § 4 III EStG ermitteln, **zwingend zur Gewinnermittlung durch Vermögensvergleich gem. § 4 I EStG übergehen müssen**; ein Wechsel der Gewinnermittlungsart mit der Folge eines Übergangsgewinns kann deswegen nur dann verlangt werden, wenn hierfür ein steuertechnisches Bedürfnis besteht. - Der **Wechsel der Gewinnermittlungsart** von der Einnahmen-Überschussrechnung zum Vermögensvergleich ist **steuertechnisch nötig in den Fällen, in denen der Veräußerer auch Wirtschaftsgüter verkauft und Verbindlichkeiten überträgt**, die erfolgswirksam sind, also in der Übergangsrechnung erscheinen (beim Veräußerer muss deswegen der laufende Gewinn vom tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn abgegrenzt werden) und/oder beim Erwerber die Versteuerung der Erfüllungsbeträge auf Honorarforderungen und unfertige Leistungen verhindert werden muss, für die der Erwerber bereits einen Kaufpreis in Geld, Sachwerten oder durch Schuldübernahme bezahlt hat und/oder der Erwerber mit dem Kaufpreis auch anteilig Aktiva und Passiva erwirbt, die **keine erfolgswirksamen Bilanzposten** sind (der Kaufpreis für diese Bilanzposten ist auszusondern, nur der restliche Kaufpreis kann zu einem Abschreibungspotenzial führen). - Bei den beschriebenen Veräußerungsfällen sind in die Übergangsrechnung wegen des Wechsels der Gewinnermittlungsart diejenigen ertrags- und aufwandswirksamen Bilanzposten nicht aufzunehmen, die nicht Gegenstand des Kaufvertrags sind. - **Entbehrlich ist ein Wechsel der Gewinnermittlungsart bei Betriebsaufgabe und bei einem Ausscheiden gegen Sachwertabfindung**. - In **Umwandlungsfällen** nach dem Umwandlungssteuergesetz ist **auf den Zeitpunkt der Umwandlung eine Bilanz aufzustellen**. Von einer Gewinnermittlung durch Einnahme-Überschussrechnung ist zwingend zum Vermögensvergleich überzugehen.

Aufbau des Aktenvortrags

Der Aufbau des Aktenvortrags ist letztlich an den Notwendigkeiten des Aktenstücks zu orientieren.

1. Sachbericht

a) Einleitung

- Angabe über Art der Streitigkeit, **verfahrensführende Stelle**, **Verfahrensanlass** und **Rechtsschutzziel** mitzuteilen.
- Benennung der **beteiligten Personen mit Namen und Wohnort**

b) Überleitung („Der Klage liegt folgender Sachverhalt zugrunde:")

c) Sachbericht

Fallentsprechende, nachvollziehbare und **gut gegliederte Darstellung** des Sach- und Streitstandes

aa) Detailreichtum

Bei Relevanz, aber drohender Überforderung des Zuhörers kann Zusammenfassung erfolgen mit dem Hinweis, dass es **spätere Konkretisierung** folgen wird.

bb) Daten

Auf Aufzählung von Daten sollte im Sachbericht grundsätzlich **verzichtet werden**. Mitteilung nur wenn unentbehrlich für Verständnis.

cc) Rechtsansichten

Nur anführen, wenn **zum Verständnis** des Rechtsstreits **unbedingt erforderlich**, insbesondere, wenn die „Parteien“ nur über Rechtsfragen streiten.

dd) Urkunden / umfassende Klageanträge

Es können nach den amtlichen Weisungen die Akten herangezogen werden, aus denen dann **verlesen werden** kann.

ee) Beweisaufnahme

Beschränkung auf **Beweisthema** und **Beweismittel** mitzuteilen. Wegen des **Ergebnisses der Beweisaufnahme** kann auf **weitere Ausführungen verwiesen** werden.

2. rechtliche Würdigung

a) Entscheidungsvorschlag

Kurzer Entscheidungsvorschlag hinsichtlich der Hauptsache ohne genaue Tenorierung

b) rechtliche Ausführungen

Kombination von Gutachten und Entscheidungsgründen. Art der Darstellung vergleichbar mit der im Votum.

Rechtsfragen, die keine größeren Erwägungen erfordern, werden im **Urteilsstil** abgehandelt. Dies gilt auch für **Zulässigkeitsfragen**. Hierauf nur eingehen, wenn überhaupt irgendwas problematisch ist. Ansonsten reicht es aus, wenn Zulässigkeit schlicht festgestellt wird. Sobald es jedoch um **schwierige, rechtliche Fragen** geht, muss Darstellung in den **Gutachtenstil** wechseln.

Soweit die **Diskussion verschiedener Anspruchgrundlagen** in Betracht kommt, jedoch mindestens eine zum Ziel führt, ist nur diese abzuhandeln. Auch im Rahmen der Subsumtion unter eine Norm kann Prüfung auf die **Tatbestandsmerkmale beschränkt werden**, nach denen die Anwendung der Norm ausscheidet.

Hat **Beweisaufnahme** stattgefunden und hängt Entscheidung vom Ergebnis der Beweisaufnahme ab, so muss im Rahmen der rechtlichen Erwägungen eine **sorgfältige Beweiswürdigung** erfolgen. Ist das Ergebnis der Beweisaufnahme jedoch eindeutig, so ist es ausreichend, dieses darzustellen und eine Tatsache als bewiesen oder nicht bewiesen zu bewerten.

Auch hinsichtlich **Kosten** und **vorläufiger Vollstreckbarkeit** sind im Rahmen der rechtlichen Würdigung **Ausführungen zu machen**. Sind Nebenentscheidungen unproblematisch reicht Bezugnahme auf gesetzliche Regelungen.

c) Tenorierung

Der Aktenvortrag endet mit einer **vollständigen Tenorierung zur Hauptsache und zu den Nebenentscheidungen**

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Öffentl. Recht

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

Land: Rh-Pf	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. B.	Tag d. mündl. Prüfung 10.06.2010
------------------------------	---	---

Zur Person:

Dr. B oblag der Vorsitz der Prüfungskommission. Im Vorgespräch erkundigte er sich zunächst mit Hilfe des Lebenslaufs aus der Prüfungsakte nach früheren Noten, Berufswunsch, weshalb die Klausuren schlecht ausgefallen seien, ob und wenn ja welche Endnoten ich mir vorgestellt und ob ich den dafür erforderlichen Notenschnitt für die mündliche Prüfung ausgerechnet hätte.

Die Prüfung lief selbst ohne große Pausen ab. Er achtete ziemlich streng auf die Einhaltung der Zeitvorgaben für die Prüfungen. Um halb vier war diese bei vier Prüflingen und einer halbstündigen Mittagspause beendet. Punkte sind von den Prüfern (abgesehen von Herrn Dr. B) nicht ganz so euphorisch vergeben worden. Ein Prüfling verbesserte sich auf ein Befriedigend, i. Ü. gab es maximal einen halben Punkt mehr in der Endnote. Abschließend bleibt nur zu sagen, dass man sich glücklich schätzen darf, ihm als Prüfling zugeteilt worden zu sein.

Die Prüfung war ganz zum Schluss angesetzt. Herr Dr. Bitter stellte einen Fall vor, der nach den Prüfungsprotokollen bereits 2006 von ihm geprüft wurde:

Zur Prüfung:

Fall: Eine Familie hat ein Kind, das Mitglied im Thomanerchor in Leipzig (bzw. in Trier) ist. Der Thomanerchor probt in Räumlichkeiten der Stadt. Mit Eintritt des Kindes in den Chor wurde ein Aufnahmevertrag (und AGB) über die Mitgliedschaft des Kindes abgeschlossen.

Die Stadt erlässt Jahre später eine Satzung, wonach die Inanspruchnahme des Chores durch das Kind nunmehr 72 € pro Jahr kosten soll. Es ergeht ein Gebührenbescheid an die Eltern, gegen den diese erfolglos das Widerspruchsverfahren durchlaufen. Die Gebühren wurden bezahlt. Die Eltern klagen nunmehr.

I. Zulässigkeit der Klage

Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs, Rechtsgrundlage? § 40 VwGO

Wie stellt man fest, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt? Modifizierte Subjektstheorie etc.

Was sind hier die streitentscheidenden Normen? Diese entstammen dem KAG.

Ist die Klage statthaft? Die Statthaftigkeit richtet sich nach dem Begehren der Kläger. Dieses liegt in der Aufhebung des Gebührenbescheids sowie der Rückzahlung der Gebühren. Statthaft sind daher die Anfechtungsklage bzgl. des Gebührenbescheids sowie die Leistungsklage bzgl. der Gebührrückzahlung.

Was sind Gebühren? § 7 KAG bestimmt, was Gebühren sind.

Sind die Kläger klagebefugt? Die Klagebefugnis ergibt sich nach § 42 II VwGO aus der möglichen Verletzung des subjektiv-öffentlichen Rechts der allgemeinen Handlungsfreiheit durch den die Kläger belastenden Gebührenbescheid.

Woraus ergibt sich die Klagebefugnis bei einer Verpflichtungsklage? Der Kläger muss geltend machen können, dass eine Verletzung seiner subjektiv-öffentlichen Rechte nicht völlig ausgeschlossen oder möglich ist (Möglichkeitstheorie).

Wer ist Klagegegner? Rechtsgrundlage? Welches Prinzip liegt der Vorschrift zugrunde? Nach § 78 VwGO ist die Klage gegen die Stadt zu richten (Rechtsträgerprinzip).

Wer entscheidet über den Widerspruch? Wie ist der Rechtsausschuss besetzt? Wer bestimmt, wer Beisitzer im Rechtsausschuss ist? Bei welchen Behörden sind Rechtsausschüsse angesiedelt? Über den Widerspruch entschied hier der Rechtsausschuss der Stadt Trier. Dieser ist nach der AGVwGO

mit einem Juristen (Vorsitzendem) und zwei Beisitzern besetzt, die vom Kreistag (wenn es ein Kreisrechtsausschuss ist) oder vom Stadtrat (Stadtrechtsausschuss) gewählt werden.

II. Begründetheit der Klage

Nach § 113 I 1 VwGO hat die Klage Aussicht auf Erfolg, soweit der Gebührenbescheid rechtswidrig und der Kläger in seinen Rechten verletzt ist.

Ermächtigungsgrundlage für den Gebührenbescheid ist die Satzung, vor Prüfung der Voraussetzungen der Satzung für den Erlass des Gebührenbescheids gilt es festzustellen, ob die Satzung formell und materiell rechtmäßig ist.

Darf das Verwaltungsgericht die Satzung prüfen und verwerfen?

Das Verwaltungsgericht darf prüfen, ob die Satzung in dem, dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Einzelfall, wirksame Ermächtigungsgrundlage sein kann. Ist die Satzung rechtswidrig, wendet das Verwaltungsgericht sie in diesem Rechtsstreit nicht an. Verwerfen darf es sie allerdings nicht, da die Normenverwerfungskompetenz allein dem BVerfG zusteht, bzgl. Normen nach § 47 VwGO i. V. m. § 4 AGVwGO auch dem OVG.

Rechtsgrundlage für die Satzung? Nicht § 24 GemO, sondern §§ 1, 7 KAG.

Voraussetzungen des § 7 KAG?

Was sind kommunale Gebietskörperschaften? Juristische Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Welches Problem wirft der Sachverhalt bzgl. § 7 KAG auf? Gebühren können nur für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung erhoben werden. Nach dem BVerwG ist der Chor keine öffentliche Einrichtung.

Definition der öffentlichen Einrichtung? Bestand an personellen und sachlichen Mitteln, die durch Widmungsakt den Einwohnern einer Kommune zur Verfügung gestellt werden.

Wie kann eine Widmung erfolgen? Ausdrücklich, konkludent, durch Rechtsakt, durch Realakt.

Warum kann man der Ansicht sein, dass der Chor keine öffentliche Einrichtung darstellt?

Der Chor besteht aus den Mitgliedern. Mitglieder können nicht zugleich Teil der öffentlichen Einrichtung als auch Nutzer der öffentlichen Einrichtung sein.

Ergebnis in Bezug auf die Anfechtungsklage? Der Satzung ist in Ermangelung der Voraussetzungen für eine Gebührensatzung nach § 7 KAG rechtswidrig. Die Anfechtungsklage ist erfolgreich.

Was ist mit der begehrten Rückzahlung? Diese wird als Annexantrag zur Anfechtungsklage (siehe auch § 113 I 2 VwGO) geltend gemacht.

In welchem Verhältnis stehen der Antrag nach § 113 I 2 VwGO und die Anfechtungsklage zueinander? Das Verhältnis ist ein Stufenverhältnis.

Anspruchsgrundlage für den Annexantrag? In Betracht kommen der Folgenbeseitigungsanspruch oder der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch.

Rechtsgrundlage der beiden vorgenannten Ansprüche? Der Folgenbeseitigungsanspruch und öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch sind jeweils gewohnheitsrechtlich anerkannt. Der Folgenbeseitigungsanspruch wird aus § 1004 BGB sowie dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG), der Erstattungsanspruch u. a. hergeleitet aus den §§ 812 ff. BGB, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 III GG.

Gibt es auch eine gesetzliche Erwähnung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs? § 49 a VwVfG sowie beamtenrechtliche Vorschriften beinhalten einen Erstattungsanspruch.

Viel Erfolg!!!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

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

Land: Saarland	Prüfer (mit Titel usw.) Ri in AG T	Tag d. mündl. Prüfung 11.06.2010
--------------------------	--	--

Zur Person:

Ri in T ist eine noch sehr junge Prüferin und macht einen sympathischen Eindruck. Bei ihrer Prüfung blieb allerdings oftmals unklar, worauf sie eigentlich hinaus möchte.

Zur Prüfung:

Zu Beginn der Prüfung erhielten wir die Kopie einer Anmeldung eines Schülers auf einer Privatschule. Der Text lautete etwa „Hiermit melden wir (Namen der Eltern) unseren Sohn (Name des Sohnes) für das Schuljahr 2007/2008 (August 2007 bis Juli 2008) auf der Schule (Name) zum Preis von monatlich 380,- € an.“ Unter dem Text befanden sich zwei Felder, die für die Unterschrift der Eltern vorgesehen war, unterschrieben hatte aber tatsächlich nur die Mutter.

T schilderte sodann, dass die monatlichen Beiträge 08/07 bis 04/08 nicht gezahlt worden seien, diesbzgl. habe es aber eine Stundungsvereinbarung bis 09/08 gegeben. Die Beiträge für 05/08 sowie 06/08 seien regulär bezahlt worden.

Mittlerweile, also im Mai 2009, habe die Schule Zahlungsklage gegen die Eltern erhoben, welche sich zwecks Erteilung eines anwaltlichen Rates an uns wenden.

Die Mutter wendet dazu ein, dass der Sohn sein Abitur nicht bestanden und seit Mai die Schule nicht mehr besucht habe. Ihrer Ansicht nach müsse sich das auf den Zahlungsanspruch auswirken. Des Weiteren sei der Unterricht, insbes. in Deutsch, sehr schlecht gewesen, so dass es kein Wunder sei, dass ihr Sohn das Abitur nicht bestanden habe. Hierzu teilt T mit, dass es zwar nicht der einzige gewesen sei, der durchgefallen ist, die meisten Schüler haben ihr Abitur geschafft.

Der Vertrag wurde von uns - in Abgrenzung zum Werkvertrag - als Dienstvertrag qualifiziert, da ein bestimmter Erfolg nicht geschuldet war.

Hinsichtlich der Vertragspartner stellten wir fest, dass der Vater nicht unterschrieben hat und daher nur dann verpflichtet worden ist, wenn ihn seine Frau durch ihre Unterschrift vertreten hat. Wir sprachen hier § 164 BGB sowie § 1357 BGB an. T führte hierzu weiterhin aus, dass der Sohn die Schule auch in den vorhergehenden Schuljahren besuchte und immer nur die Mutter unterschrieben habe, so dass wir auch noch auf die Anscheins- sowie Duldungsvollmacht zu sprechen kamen.

Letztendlich bleibt aber offen, ob der Vater und ggf. wie dieser mitverantwortlich wurde, T klärte und diesbzgl. auch nicht auf.

Hinsichtlich der im Mai und im Juni geleisteten Zahlungen (ohne Leistungsbestimmung) kamen wir auf § 366 II BGB zu sprechen, nachdem Zahlungen ohne Leistungsbestimmung immer auf die fällige und älteste Schuld verrechnet werden, so dass sich die Frage stellte, ob hierdurch nicht das Schulgeld für 05/08 und 06/08 getilgt wurde, sondern für 08/07 sowie 09/07. Dies wurde aber verneint, da die Beiträge 08/07 bis 04/08 zu diesem Zeitpunkt (bis 09/08) gestundet und daher nicht fällig waren.

Hinsichtlich der von der Mutter vorgetragenen Einwände stellten wir fest, dass diese nicht beachtlich sind, da ein bestimmter Erfolg (Bestehen des Abiturs) nicht geschuldet war. Die im Raum stehende Schlechtleistung (Deutschunterricht) war ebenfalls unbeachtlich, da diese im Zweifel nicht bewiesen werden kann (die meisten Schüler haben das Abitur bestanden).

Abschließend sollten wir einen Vorschlag machen, was wir unseren Mandanten bzgl. der Klage raten würden: Hier wurde genannt Anerkenntnis bzw. nur Anerkenntnis seitens der Mutter und Verteidigung hinsichtlich des Vaters (dies wäre jedoch mit erheblichen Risiken verbunden, da das Gericht dahin entscheiden könnte, dass dieser wirksam mitverantwortlich worden ist). Außerdem haben wir in Erwägung gezogen, zur Zahlung zu raten und auf einen § 91a ZPO-Beschluss hinzuwirken.

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

