



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

35. Jahrg.

Januar 2010

Heft 01

---

Aus dem Inhalt:

- |                     |  |
|---------------------|--|
| <b>OLG Köln:</b>    | Haftung für Mängel beim Unternehmenskauf           |
| <b>BGH:</b>         | Eingehungsbetrug beim fingierten Versicherungsfall |
| <b>BVerwG:</b>      | Privatisierung eines Weihnachtsmarktes             |
| <b>BVerfG:</b>      | Ausnahmeregelungen zum Rauchverbot in Gaststätten  |
| <b>OLG München:</b> | Nießbrauch für mehrere Personen                    |
| <b>KG:</b>          | Auskunftsverweigerungsrecht                        |
| <b>BVerfG:</b>      | Effektiver Rechtsschutz im Eilverfahren            |



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

#### **Urheber und Verlagsrechte:**

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Wirtschaftswachstumsbeschleunigungsgesetz .....	1
---	---

### Brandaktuell

BVerfG: Geldbuße nach sonntäglichem Klavierspiel (Verfassungswidrigkeit wegen Unbestimmtheit) .....	3
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

OLG München: Drei-Zeugen-Testament (Wirksamkeitsanforderungen) .....	4
OLG Köln: Haftung für Mängel beim Unternehmenskauf (Änderungen durch Schuldrechtsreform) .....	8

#### Strafrecht

BGH: Geldfälschung (Grenzen der Gewerbsmäßigkeit) .....	12
BGH: Eingehungsbetrug (fingierter Versicherungsfall) .....	15

#### öffentl. Recht

BVerwG: Privatisierung eines Weihnachtsmarktes (Verstoß gegen Gebot kommunaler Selbstverwaltung) .....	20
BVerfG: Ausnahmeregelungen zum Rauchverbot in Gaststätten (Anforderungen an Verfassungsmäßigkeit) .....	23

#### Kurzauslese I

OLG München: Erbausschlagung (keine Anfechtung wegen eines Motivirrtums) .....	27
BGH: Erfüllungsgehilfe (Jobcenter ist kein Erfüllungsgehilfe des Mieters) .....	27
OLG Frankfurt: selbstständige Garantieverpflichtung (durch Internet-Werbung) .....	29
KG: Gesellschafterhaftung (Haftung des ausgeschiedenen GbR-Gesellschafters für Mietforderungen) .....	31
BGH: Durchsuchungsanordnung (keine Ermächtigung des Insolvenzverwalters zur Durchsuchung von Räumen Dritter) .....	31
OLG Dresden: sexueller Missbrauch von Kindern (durch pornographischen Darstellungen entsprechendes Reden) .....	33
BGH: Betrug (Vollendung beim Selbstbedienungstanken) .....	33
OVG Münster: Aufenthaltserlaubnis (Erlaubnisfiktion berechtigt nicht zur Wiedereinreise) .....	35
OVG Weimar: Erbenhaftung (Abwasserbeitragschuld ist keine Nachlassverbindlichkeit) .....	35

**Entscheidungen Verfahrensrecht****Zivilrecht**

BGH:	Nichteinhaltung der Frist des Verlängerungsantrags (Anspruch auf Wiedereinsetzung) .....	37
OLG München:	Nießbrauch für mehrere Personen (Zulässigkeit der Grundbucheintragung) .....	40

**Strafrecht**

KG:	Auskunftsverweigerungsrecht (Zeuge ist zugleich Opfer und Mittäter) .....	43
-----	--	----

**öffentl. Recht**

BVerfG :	Effektiver Rechtsschutz im Eilverfahren (Anforderungen an summarische Prüfung) .....	46
OVG Koblenz:	Beiladung Dritter im Verwaltungsprozess (Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche) .....	49

**Kurzauslese II**

OLG Koblenz:	Berufungsrücknahme (Schluss der mdl. Verhandlung erster Instanz ist maßgebend) .....	53
BAG:	Berufungsbegründung (erforderlicher Inhalt) .....	53
OLG München:	Feststellungsurteil (Bindungswirkung) .....	53
OLG Koblenz:	Vollstreckungsfähigkeit eines Titels (Errechnen des Zahlbetrags nach Tachostand) .....	55
OVG Lüneburg:	Forderungspfändung (Erschwernis-/Wechselschichtzulagen sind unpfändbar) .....	55
OLG Naumburg:	Terminladung (mehrere Verteidiger) .....	57
OLG Oldenburg:	gerichtliche Hinweispflicht (Anforderungen) .....	57
OLG Celle:	Telekommunikations-Überwachung (zur Vollstreckung eines Sicherungshaftbefehls unzulässig) .....	57
BGH:	Absprache und Rechtsmittelverzicht (vor gesetzl. Regelung der Verständigung in Strafverfahren) .....	59
BVerwG:	Beiladung (keine Beschwer des Bekl. durch unterlassene Beiladung) .....	59
OVG Bautzen:	Erinnerungsverfahren (Vertretungszwang) .....	61
VG Neustadt:	Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren (keine Verweisung) .....	61

<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....	63
--	----

<b>Übersicht:</b> Besitzschutzrechte .....	67
--	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung: Zivilrecht .....	68
Assessorprüfung: öffentl. Recht .....	70

## Aus der Gesetzgebung

### Das Wirtschaftswachstumsbeschleunigungsgesetz

Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) vom 22.12.2009, In-Kraft-Treten im Wesentlichen am 01.10.2009 (BGBl I, S. 3956)

#### I. Allgemeines

Das Wachstumsbeschleunigungsgesetz wurde im Dezember 2009 vom Deutschen Bundestag verabschiedet. Mit ihm wurden zuvor in der **Koalitionsvereinbarung zwischen CDU und FDP** beschlossene **steuerliche Sofortmaßnahmen** umgesetzt. Es handelt sich dabei um das **dritte Konjunkturpaket**, das deutsche Bundesregierungen innerhalb eines Jahres **gegen die 2007 begonnene Wirtschaftskrise** auflegten.

Nach der Gesetzesbegründung bezieht sich das Gesetz auf die „Folgen der schwersten Finanz- und Wirtschaftskrise seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland“. Der Einbruch des Wirtschaftswachstums soll möglichst schnell durch eine Steuerpolitik „als Wachstumspolitik“ überwunden werden. Hierbei sollen „zielgerichtete steuerliche Entlastungen“ helfen.

#### II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

##### 1. Regelungen zur Familienentlastung und -förderung

**Familien mit Kindern** sollen **steuerlich entlastet und gefördert** werden. Dazu wird der **Kinderfreibetrag** ebenso wie der **Freibetrag für den Betreuungs-, Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf** für jedes Kind von insgesamt 6.024 € auf 7.008 € **angehoben**. Diese ab dem Veranlagungszeitraum 2010 geltende Anhebung wird durch eine **Erhöhung des Kindergeldes** flankiert, das für jedes steuerlich zu berücksichtigende Kind um 20 € erhöht wird.

##### 2. Regelungen zur Unternehmensbesteuerung

a) Für **geringwertige Wirtschaftsgüter**, die einer eigenen Nutzung fähig sind, wird - wie bis zur Unternehmensteuerreform 2008 - wieder ein **Abschreibungswahlrecht** eingeführt.

Wirtschaftsgüter mit **Anschaffungskosten bis 410 € netto** können nunmehr wieder sofort abgeschrieben werden, wobei solche Wirtschaftsgüter, deren Anschaffungskosten 150 € übersteigen, wie vor der Unternehmensteuerreform 2008, in einem laufend zu führenden Verzeichnis erfasst werden müssen. Alternativ bleibt es für Wirtschaftsgüter mit Anschaffungskosten von mehr als 150 € aber nicht mehr als 1.000 € beim Wahlrecht zur Einstellung in einen Sammelposten (sog. „Poolabschreibung“). Diese Regelung ist auf alle Wirtschaftsgüter anwendbar, die nach dem 31.12.2009 angeschafft werden. Das Wahlrecht kann je Wirtschaftsjahr nur einheitlich ausgeübt werden.

b) Durch die Unternehmensteuerreform 2008 wurde der Zinsabzug von Unternehmen (Betrieben) begrenzt. Diese Regelung der Zinsschranke (§ 4h EStG, § 8a KStG) soll ebenfalls durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz zugunsten eines **höheren Zinsabzugs für den Steuerpflichtigen** verbessert werden: Dazu wird die **Freigrenze für einen schädlichen Zinssaldo**, die im Zuge des "Bürgerentlastungsgesetzes Krankenversicherung" von 1,0 Mio. € auf 3,0 Mio. € für die Veranlagungszeiträume 2008 und 2009 erhöht wurde, nunmehr **dauerhaft eingeführt**. Zudem ist nach gegenwärtiger Rechtslage der Zinsaufwand bis zu 30 % des sog. steuerlichen EBITDA (im Wesentlichen handelt es sich dabei um den steuerlichen Gewinn zuzüglich Zinsaufwendungen und Regelabschreibungen auf Anlage-Wirtschaftsgüter) abziehbar.

Eine Übergangsregelung sieht vor, dass auf Antrag bereits nicht berücksichtigte EBITDA-Beträge der Veranlagungszeiträume 2007 und 2008 vorgetragen werden können. Zudem wird

der als Zinsschranken-Escape ausgestaltete Eigenkapitalquotenvergleich hinsichtlich seiner schädlichen Abweichungsmöglichkeiten von 1 Prozentpunkt auf 2 Prozentpunkte abgeändert.

- c) Im Zuge der Unternehmensteuerreform 2008 wurde insbesondere die Regelung des § 8c KStG eingeführt: Danach wird der Verlustabzug einer Körperschaft bei einem sog. „schädlichen Anteilserwerb“ von mehr als 25 % quotall und von mehr als 50 % vollständig versagt. Insbesondere waren weder eine Konzern- noch eine Sanierungsklausel vorgesehen.

Das Gesetz sieht nun eine solche **Konzernklausel** vor: Nach **§ 8c I 5 KStG** bleiben Verlustvorträge bei konzerninternen Beteiligungserwerben erhalten, wenn eine Person zu 100 % unmittelbar oder mittelbar an der übertragenden und übernehmenden Gesellschaft beteiligt ist. Zudem wird die durch das "Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung" in § 8c Ia KStG eingeführte **Sanierungsklausel** ohne die im BürgerentlastungsG enthaltene zeitliche Begrenzung **unbefristet weitergeführt**.

Auch in den Fällen des Anteilserwerbs außerhalb eines Konzerns oder einer Sanierung wird § 8c I "entschärft": Dazu sieht die Neuregelung in den S. 6 und 7 vor, dass trotz schädlichen Anteilserwerbs Verluste der betreffenden Kapitalgesellschaft (je nach schädlichem Anteilserwerb quotall oder vollständig) in Höhe stiller Reserven des inländischen Betriebsvermögens der Körperschaft erhalten bleiben. Anwendbar sollen diese "Entschärfungen" auf Anteilsübertragungen sein, die nach dem 31.12.2009 stattfinden.

- d) Die **Gewerbsteuer** sieht **umfangreiche Hinzurechnungen von Finanzierungsanteilen**, auch aus Miet- und Pachtzinsen für Immobilien vor, die bisher mit 65 % angenommen und auf 50 % reduziert wurden. Die Änderung ist ab dem Erhebungszeitraum 2010 anwendbar.
- e) **Umstrukturierungen von Unternehmen** sollen durch eine Konzernklausel **erleichtert** werden. **Umwandlungsvorgänge** i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1-3 UmwG, also Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung **sollen keine Grunderwerbsteuer auslösen**. Diese **Grunderwerbsteuerbefreiung** ist **mit einer Behaltefrist für das Grundstück gekoppelt**, die 5 Jahre nach dem Umwandlungsvorgang beträgt. Dasselbe gilt für die Anteile an der Gesellschaft, der das Grundstück gehört. Die Regelungen sind auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.2009 verwirklicht werden.

### 3. Entlastungen bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer

Bei der **Erbschaft- und Schenkungsteuer** gibt es 2 wesentliche Änderungen: Eine Änderung betrifft die Unternehmensnachfolge, die andere die erbschaftsteuerlichen Steuersätze.

- a) Die **Bedingungen für die Unternehmensnachfolge** sollen **krisenfester ausgestaltet** werden: Dazu werden die in § 13a ErbStG geregelten Begünstigungen von Betriebsvermögen verbessert.

Auch die **auf Antrag mögliche vollständige Steuerfreiheit wird verbessert**: Begünstigtes Betriebsvermögen bleibt zu 100 % steuerfrei, wenn das Unternehmen 7 Jahre (statt bisher 10 Jahre) fortgeführt wird und die Lohnsumme am Ende des gesamten Zeitraums nicht unter 700 % (statt bisher 1.000 %) der Ausgangssumme gesunken ist. Auch hier sind diese Voraussetzungen nur von Betrieben mit mehr als 20 (statt bisher mehr als 10) Mitarbeitern zu erfüllen. Die erbschaftsteuerlichen Steuersätze der Steuerklasse II werden abgesenkt. Die erbschaftsteuerlichen Änderungen sind auf Erwerbe anwendbar, für die die Steuer nach dem 31.12.2009 entsteht.

### 4. Vergünstigungen bei der Umsatzsteuer

Ab dem 01.01.2010 unterliegen **Beherbergungsleistungen** im Hotel- und Gastronomiegewerbe zur kurzfristigen Beherbergung nicht mehr einer **Umsatzsteuersersatz** von 19 %, sondern nur noch von **7 %**.

## Brandaktuell

GG                                      **Geldbuße nach sonntäglichem Klavierspiel**                                      VerfR  
Art. 103 II                                      **Verfassungswidrigkeit wegen Unbestimmtheit**

(BVerfG, becklink 294859; Beschluss vom 17.11.2009 – 1 BvR 2717/08)

**Fall:** Der Beschwerdeführer bewohnt mit seiner Ehefrau und sechs Kindern ein Reihenhaus in Berlin. Nach dem Beschwerdevorbringen sind alle Familienmitglieder «musikbegeistert, einige praktizierende Musiker». Die Tochter des Beschwerdeführers übt jeden Tag am späten Nachmittag für etwa eine Stunde Klavier. Als sie an einem Sonntag im Februar 2008 wiederum Klavier übte, rief der Nachbar, der sich durch das Klavierspiel gestört fühlte, nach ungefähr 1/2 bis 3/4 Stunde die Polizei. Nachdem die Polizeibeamten gegangen waren, übte die Tochter noch ungefähr 15 Minuten weiter Klavier. Das zuständige Bezirksamt setzte gegen den Beschwerdeführer wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen das Verbot in § 4 LImSchG Bln, an Sonn- und Feiertagen Lärm zu verursachen, durch den jemand in seiner Ruhe erheblich gestört wird, eine Geldbuße in Höhe von 75 Euro fest. Auf seinen Einspruch hin reduzierte das Amtsgericht die Geldbuße auf 50 Euro. Der vor dem Amtsgericht als Zeuge vernommene Polizeibeamte bekundete, dass er das von ihm wahrgenommene Klavierspiel wie der Nachbar als störend empfunden habe. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung der Rechtsbeschwerde wurde vom Kammergericht verworfen. Der Beschwerdeführer legte unter anderem gegen das Urteil des AG Verfassungsbeschwerde ein.

Der Beschwerdeführer könne in seinem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 103 II GG verletzt sein.

### I. Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht

„Zwar gelten für die **verwaltungsrechtliche Vorschrift** des § 4 LImSchG Bln als solche grundsätzlich **nur** die Anforderungen des **allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes** (Art. 20 III GG). Ihre Auslegung und ihre Anwendung im Einzelfall müssen die der richterlichen Rechtsfindung allgemein gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen wahren (vgl. hierzu etwa BVerfGE 18, 85 [92 f.]; 79, 292 [303]; 82, 6 [13]; 111, 54 [81 ff]).

Art. 103 II GG erfasst insbesondere **Straf- und Bußgeldtatbestände** (vgl. BVerfGE 81, 132 [135]; 87, 399 [411]). Legt eine Sanktionsnorm - wie § 15 I Nr. 4 LImSchG Bln - das bewehrte Verhalten nicht selbst fest, sondern **verweist sie auf eine verwaltungsrechtliche Vorschrift**, müssen **beide Vorschriften** in ihrer Gesamtheit sowie ihre Auslegung und Anwendung im Einzelfall den verfassungsrechtlichen Vorgaben des **Art. 103 II GG genügen** (vgl. zu derartigen „Blanketttatbeständen“ BVerfGE 75, 329 [340 ff.]; 87, 399 [407]; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 2 GG, Rn. 208 [Bearbeitungsstand Dezember 1992]).“ (BVerfG aaO)

### II. Anforderungen an Bestimmtheit

„Der Gesetzgeber ist danach verpflichtet, die **Voraussetzungen der Strafbarkeit** oder Bußgeldbewehrung **so konkret zu umschreiben**, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung dient einem **doppelten Zweck**. Sie soll **einerseits** sicherstellen, dass die **Normadressaten vorhersehen** können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Sie soll **andererseits gewährleisten**, dass der **Gesetzgeber über die Strafbarkeit** oder die Bußgeldvoraussetzungen **entscheidet**.

Insoweit enthält Art. 103 II GG einen **strengen Gesetzesvorbehalt**, der es der vollziehenden und der rechtspr. Gewalt verwehrt, die **normativen Voraussetzungen einer Bestrafung oder einer Verhängung von Geldbußen festzulegen** (vgl. BVerfGE 78, 374 [382]; BVerfGK 11, 337 [349]).“ (BVerfG aaO)

### III. Anwendung auf den Fall

„Laut BVerfG verletzt das AG-Urteil Art. 103 II GG, weil bei der vom Gericht vorgenommenen Rechtsanwendung für den Normadressaten **nicht hinreichend erkennbar sei, wann das Musizieren in der eigenen Wohnung an Sonn- und Feiertagen eine «erhebliche Ruhestörung»** i. S. von § 4 LImSchG Bln darstelle. Das AG gehe offenbar - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Kammergerichts und entsprechend Ziffer 4 Abs. 2 der Ausführungsvorschriften zum LImSchG Berlin - davon aus, dass bei **verhaltensbedingten Geräuschimmissionen** jeder verständige, nicht besonders geräuschempfindliche Mensch feststellen könne, ob eine erhebliche Ruhestörung vorliege und sehe im Ausgangsfall auf der **Grundlage der Aussagen des Nachbarn** und des **hinzugerufenen Polizeibeamten** eine erhebliche Ruhestörung durch das sonntägliche Klavierspiel als erwiesen an. Es unternehme keinen Versuch, den **normativen Gehalt des auslegungsbedürftigen Begriffs «erhebliche Ruhestörung»** zu erfassen und dieses Tatbestandsmerkmal auch im Hinblick auf das Musizieren in der eigenen Wohnung begrifflich zu präzisieren.“ (BVerfG aaO)

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 2250

### Drei-Zeugen-Testament Wirksamkeitsanforderungen

ErbR

(OLG Rostock in NJW 2009, 3376; Urteil vom 19.05.2009 – 3 U 16/09)

1. Ein Nottestament nach § 2250 II BGB setzt Todesgefahr, drohende Testierunfähigkeit oder die subjektive Annahme der Zeugen vom nahen Tod voraus.
2. Die Besorgnis, der Tod oder die Testierunfähigkeit stünden derart nahe bevor, muss nach dem **pflichtgemäßen Ermessen der Zeugen** auch angesichts der **objektiven Sachlage als gerechtfertigt** angesehen werden können.

#### A. Grundlagenwissen: Wirksamkeitsanforderungen an ein Testament

##### I. Testierfähigkeit

Jeder Mensch kann ab einem Alter von 16 Jahren (§ 2229 I BGB) ein Testament errichten. Allerdings fehlt die Testierfähigkeit nach § 2229 III BGB, wenn jemand wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

##### II. persönliche Errichtung

Das Testament kann nach § 2064 BGB nur vom Erblasser persönlich errichtet werden. Er kann nach § 2065 BGB die Wirksamkeit der Verfügung oder die Bestimmung von Zuwendungen auch nicht im Testament Dritten überlassen.

##### III. Form

Das Gesetz sieht verschiedene Formen von Testamenten vor.

##### 1. ordentliche Testamente, § 2231 BGB

Zu den ordentlichen Testamenten gehören das eigenhändige Testament nach § 2247 BGB und das notarielle Testament.

###### a) eigenhändiges Testament, § 2247 BGB

Das eigenhändige Testament setzt voraus, dass das Testament vom Erblasser **eigenhändig (handschriftlich) geschrieben und unterschrieben** ist. Eine Ausnahme gilt nur beim gemeinsamen Testament von Ehegatten oder Lebenspartnern nach §§ 2265, 2267 BGB. Hier reicht es aus, wenn ein Partner das Testament handschriftlich verfasst und der andere Partner es mitunterschreibt. Ein Minderjähriger kann nach § 2233 BGB jedoch kein eigenhändiges Testament errichten.

###### b) notarielles Testament, § 2232 BGB

Bei einem notariellen Testament **erklärt** der Erblasser dem Notar seinen **letzten Willen**, der diesen dann schriftlich festhält. Es besteht aber auch die Möglichkeit, eine **Schrift** mit der Erklärung zu **übergeben**, diese enthalte den letzten Willen. Diese Schrift muss, anders als das eigenhändige Testament, nicht von ihm geschrieben sein. Auch muss der **Inhalt** der Schrift dem Notar **nicht eröffnet werden**, sie kann auch verschlossen übergeben werden. Ein Minderjähriger muss ein Testament in notarieller Form verfassen. Sofern er eine Schrift übergeben möchte, muss dies nach § 2233 BGB ausnahmsweise offen erfolgen.

##### 2. Nottestamente

Ein Testament kann in Ausnahmefällen auch ohne die Wahrung der Vorgaben für ordentliche Testamente verfasst werden. Ein nach



§§ 2249, 2250, 2251 BGB errichtetes Testament gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt. Beginn und Lauf der Frist sind aber gehemmt, solange der Erblasser außerstande ist, ein Testament vor einem Notar zu errichten.

a) **Nottestament vor dem Bürgermeister, § 2249 BGB**

Besteht die Befürchtung, dass der Erblasser im Sterben liegt und ein Notar nicht mehr rechtzeitig zur Abnahme eines notariellen Testaments vor Ort sein kann, so kann das Testament zur Niederschrift des Bürgermeisters der Gemeinde, in der sich der Erblasser aufhält, errichtet werden. Die Besorgnis, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Notar nicht mehr möglich sein werde, soll in der Niederschrift festgestellt werden. Der Gültigkeit des Testaments steht nicht entgegen, dass die Besorgnis nicht begründet war

Der Bürgermeister muss zu der Beurkundung zwei Zeugen zuziehen, wobei es sich nicht um Zuwendungsempfänger des Testaments oder den Testamentsvollstrecker handeln darf. Diese müssen Testament ebenfalls unterschreiben. Ist der Erblasser zu einer eigenen Unterschrift nicht in der Lage, so wird seine Unterschrift dadurch ersetzt, dass der Bürgermeister seine Überzeugung davon, dass dem Erblasser dieses Vermögen fehlt, in der Niederschrift festhält.

Der Bürgermeister ist gehalten, den Erblasser darüber zu unterrichten, dass sein Testament nach Maßgabe des § 2252 I BGB nach 3 Monaten die Gültigkeit verliert.

b) **Nottestament vor drei Zeugen, § 2250 BGB**

Hält sich jemand einem Ort auf, der infolge **außerordentlicher Umstände** dergestalt **abgesperrt** ist, dass die Errichtung eines Testaments **vor einem Notar nicht möglich** oder erheblich erschwert ist, so kann das Testament nach § 2250 I BGB in der durch § 2249 BGB bestimmten Form oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet werden. Die Absperrung muss objektiv vorliegen oder nach der Überzeugung des Bürgermeisters oder der drei Zeugen gegeben sein. Die Besorgnis des Versterbens ist hingegen, anders als bei § 2249 BGB, keine Voraussetzung.

Befindet sich jemand in so **naher Todesgefahr**, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 nicht mehr möglich ist, kann das Testament nach § 2250 II BGB durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet werden.

c) **Nottestament auf See, § 2251 BGB**

Ein Nottestament vor drei Zeugen nach § 2250 III BGB kann auch auf einem Schiff während einer **Seereise** errichtet werden, wenn sich das Schiff **außerhalb eines inländischen Hafens** befindet.

Das Schiff muss sich auf einer **Seereise** befinden; kurze Vergnügungsfahrten, Verkaufsfahrten („Butterfahrten“), Sport- oder Angelfahrten, Fahrten auf Binnenseen sind keine Seereisen, wohl aber Fischereifahrten, die sich auf mehrere Tage und Wochen erstrecken. Die Seereise beginnt, sobald das Schiff im Hafen abgelegt, auch wenn es sich noch in Küsten- und Zufahrtsgewässern befindet. Sie endet, wenn der Erblasser in einem (deutschen oder ausländischen) Hafen an Land geht.

**Keine Voraussetzung** für die Zulässigkeit eines Seetestamentes ist das Vorliegen eines **Notstandes** (Erkrankung, Todesgefahr oder Seenot).

Soweit das Testament gem. § 2252 I BGB grundsätzlich nach **3 Monaten** die Gültigkeit verlieren würde, so **unterbricht eine neue Seereise** vor Ablauf der Frist deren Ablauf dergestalt, dass nach **Beendigung der neuen Reise** die volle **Frist von neuem** zu laufen beginnt.

## B. Anforderungen an ein Drei-Zeugen-Testament (OLG München in FGPrax 2009, 229)

**Fall:** Die Erblasserin ist am 17.06.2007 im Alter von 72 Jahren verstorben. Ihr Ehemann ist 2005 vorverstorben, ihre Tochter bereits 1981. Die Bet. Zu 1 ist die Schwester des Ehemannes der Erblasserin, die Bet. Zu 2 die Schwester der Erblasserin. Zwei weitere Schwestern der Erblasserin (A. und B.) sind 1991 bzw. Anfang 2007 vorverstorben. Der Bet. Zu 3 ist der Ehemann von A.

Es liegt ein gemeinschaftliches Testament vom 09.06.1988 vor, in dem sich die Ehegatten gegenseitig und für den Fall des beiderseitigen Ablebens A. und B. zu Erben bestimmten. Das Testament endet mit der Bemerkung „Änderung vorbehalten“ und den Unterschriften der Ehegatten. Statt ihrer verstorbenen Schwester A. setzte die Erblasserin mit handschriftlicher Verfügung vom 03.03.2006 deren Ehemann, den Bet. Zu 3, ein. Vom 04.05. bis 01.06.2007 befand sich die Erblasserin nach einem Sturz aus dem Rollstuhl im Krankenhaus; sie litt unter anderem an einem Adenokarzinom. Aufgrund des Sturzes konnte sie die rechte Hand nicht gebrauchen. Am Nachmittag des 30.05.2007, einem Mittwoch, errichtete sie ein Nottestament, mit dem sie die Bet. Zu 1 und 2 zu gleichen Teilen zu Erben einsetzte. Die Niederschrift wurde von der Bet. Zu 1 angefertigt und von der Erblasserin sowie drei bei Errichtung des Testaments anwesenden Zeuginnen unterschrieben. Bei diesen handelt es sich um die Putzhilfe der Erblasserin und eine Altenpflegerin, die gemeinsam mit der Bet. Zu 1 die Erblasserin im Krankenhaus besuchten, sowie die dort tätige Krankenschwester. Am 01.06.2007 wurde die Erblasserin in ein Pflegeheim entlassen. Am 14.06.2007 fiel sie in ein Koma und wurde erneut ins Krankenhaus gebracht, wo sie am 17.06.2007 verstarb.

Die Bet. Zu 1 und 2 haben einen Erbschein beantragt, der sie als Miterben je zur Hälfte ausweist. Das Nottestament vom 30.05.2007 sei wirksam; es habe eine so akute Todesgefahr bestanden, dass ein Notar nicht mehr rechtzeitig hätte gerufen werden können. Jedenfalls sei zu befürchten gewesen, dass die Erblasserin sehr zeitnah testierunfähig werden würde. Der Bet. Zu 3 bestreitet das; nach seiner Ansicht ist das gemeinschaftliche Testament mit der Ergänzung vom 03.03.2006 für die Erbfolge maßgeblich.

Ist das Nottestament wirksam?

Das Nottestament ist wirksam, wenn die Voraussetzungen vorlagen.

An der Testierfähigkeit der Erblasserin bestehen keine Bedenken, fraglich ist allein, ob die Voraussetzungen für ein Nottestament nach § 2250 II BGB vorlagen.

### a) nahe Todesgefahr oder drohende, dauerhafte Testierunfähigkeit

„Gemäß § 2250 II BGB kann ein Nottestament vor drei Zeugen errichten, wer sich in so **naher Todesgefahr** befindet, dass voraussichtlich weder die Errichtung eines Testaments vor einem Notar noch vor einem Bürgermeister nach § 2249 BGB möglich ist. Eine **jederzeit drohende Testierunfähigkeit** steht der Todesgefahr gleich, wenn sie voraussichtlich durchgängig bis zum Tode fort-dauert. Die derart nahe Gefahr des Todes oder der Testierunfähigkeit muss dabei **entweder objektiv vorliegen** oder **subjektiv nach der Überzeugung aller drei Testamentszeugen bestehen** (BGHZ 3, 372 zu § 24 TestG; MüKo/Hagen, 4. Aufl., § 2250 Rn. 7f.; Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2003, § 2250 Rn. 20; Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2250 Rn. 4). Die Besorgnis muss nach dem **plichtgemäßen Ermessen der Zeugen** auch angesichts der objektiven Sachlage als gerechtfertigt angesehen werden können (BGHZ 3, 372/373; Staudinger/Baumann, aaO, § 2250 Rn. 18). Auf die Einschätzung des Erblassers kommt es nicht an (BGHZ 3, 372/378). Ist der Erblasser **nur körperlich zu schwach**, um ein eigenhändiges Testament errichten zu können, wird beim Fehlen der übrigen Voraussetzungen der **Tatbestand des § 2250 BGB nicht erfüllt** (MünchKomm/Hagen, aaO, § 2250 Rn. 9).“ (OLG München aaO)

#### aa) Bestehen objektiver Todesgefahr

Es könnte tatsächlich eine Todesgefahr bestanden haben.

„Nicht zu beanstanden ist auch die Feststellung des LG, am Nachmittag des 30. 5. 2007 habe **objektiv nicht die Gefahr bestanden**, dass die Erblasserin vor der jedenfalls am Folgetag möglichen Beziehung eines Notar versterben oder testierunfähig werden würde. Dabei konnte sich das LG auf den Entlassungsbericht vom 31.05.2007, die schriftliche Stellungnahme der behandelnden Ärztin sowie die Mitteilung der bei der Testamentserrichtung anwesenden Krankenschwester stützen.

Soweit die weitere Beschwerde meint, eine Todesgefahr im Sinne des § 2250 BGB könne schon deshalb nicht ausgeschlossen werden, weil der Tod tatsächlich 18 Tage später eingetreten sei, kann dem nicht gefolgt werden. **Entscheidend ist nicht, ob eine Todesgefahr ausgeschlossen werden kann. Maßgebend ist vielmehr, ob aufgrund konkreter Umstände der Tod des Erblassers vor dem Eintreffen des Notars zu befürchten ist. Nicht ausreichend ist deshalb, dass der Erblasser - wie hier - wegen einer fortgeschrittenen nicht (mehr) heilbaren Erkrankung nur noch kurze Zeit zu leben hat. Ob es im Einzelfall ein Indiz für eine das Warten auf den Notar oder Bürgermeister nicht zulassende nahe Todesgefahr darstellt, wenn der Erblasser einen Tag (vgl. BayObLGZ 1990, 294/297) oder zwei Tage (vgl. LG München I, FamRZ 2000, 855; kritisch Staudinger/Baumann, aaO, § 2250 Rn. 17) nach der Testamenterrichtung verstirbt, kann hier dahinstehen, denn bei dem hier vorliegenden Zeitraum mehr als zwei Wochen zwischen Testamenterrichtung und Tod kann eine solche Indizwirkung keinesfalls angenommen werden.** (OLG München aaO)

Eine objektive Todesgefahr bestand daher nicht.

#### bb) Gefahr des Eintritts der Testierunfähigkeit

„Rechtsfehlerfrei hat das LG auch die Gefahr des nahen Eintritts der Testierunfähigkeit **verneint**. Angesichts der übereinstimmenden Schilderungen des **geistigen Zustands** der Erblasserin als **unbeeinträchtigt** bzw. wach und **allseits orientiert** und des Fehlens jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr der erheblichen Verschlechterung der geistigen Verfassung bedurfte es hierzu keiner weitergehenden Ausführungen.“ (OLG München aaO)

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Erblasserin nach dem 14.06.2007 im Koma lag.

„Aus dieser erst zwei Wochen später eingetretenen Entwicklung kann für den Tag der Testamenterrichtung nichts hergeleitet werden.“ (OLG München aaO)

Auch der Eintritt von Testierunfähigkeit war nicht zu befürchten.

#### cc) subjektive Überzeugung der drei Zeugen von Todesgefahr oder drohender Testierunfähigkeit

„Auch eine übereinstimmende, auf konkreten Anhaltspunkten beruhende subjektive Befürchtung der drei Testamentszeugen, die Testierunfähigkeit der Erblasserin stehe so nahe bevor, dass auf Notar oder Bürgermeister nicht gewartet werden könne, hat das LG **zu Recht als nicht gegeben erachtet**. Zum einen durfte es aus der Stellungnahme der **Krankenschwester** entnehmen, dass diese **weder Tod noch Testierunfähigkeit als derart nahe bevorstehend angesehen hat**. Denn auf die entsprechenden ausdrücklichen Fragen im Anschreiben des NachlassG vom 28.11.2007 hat sie mitgeteilt, ihrer Einschätzung nach sei nahe Todesgefahr nicht zu erkennen gewesen; ihrem Eindruck nach sei die Erblasserin in der Lage gewesen, die **Bedeutung und Tragweite einer letztwilligen Verfügung** zu erfassen. Von einer Besorgnis, es könne mit der Errichtung des Testaments nicht gewartet werden, ist hier nicht die Rede. Zum anderen **reicht** ohnehin eine **nicht auf Tatsachen begründete subjektive Vorstellung** der Zeugen **nicht aus**. Vielmehr muss die Besorgnis, der Tod oder die Testierunfähigkeit stünden derart nahe bevor, nach dem **pflichtgemäßen Ermessen der Zeugen** auch angesichts der **objektiven Sachlage als gerechtfertigt** angesehen werden können (vgl. Staudinger/Baumann, § 2250 Rn. 18). An derartigen konkreten Tatsachen, die eine subjektive Überzeugung der Testamentszeugen von einer unmittelbar bevorstehenden Testierunfähigkeit stützen könnten, fehlt es hier.“

Die Anforderungen an die Überzeugungsbildung der drei Zeugen sind ebenfalls nicht erfüllt.

#### b) Nichterreichbarkeit eines Notars oder Bürgermeisters

„Wie das LG hervorgehoben hat, hätte **ohne Weiteres am Nachmittag** des 30.05.2007 - einem Werktag zu den üblichen Bürozeiten - einer der rund 80 in München tätigen Notare für eine **Beurkundung am nächsten, wenn nicht noch am selben Tag** beigezogen werden können. Ob die Erblasserin oder die Bet. zu 1 einen **Notar persönlich oder namentlich kannte**, ist dabei **unerheblich**; die örtlichen Notare lassen sich jedem Telefonbuch entnehmen.“ (OLG München aaO)

Letztlich wäre auch ein Notar noch zeitnah zu erreichen gewesen.

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen für ein Nottestament nach § 2250 II BGB liegen damit nicht vor. Das Testament ist nicht wirksam. Maßgeblich ist die Fassung des Testaments vom 03.03.2006.

(OLG Köln in OLGReport 2009, 765; Urteil vom 29.01.2009 – 12 U 20/08)

1. Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen, der zu einer beherrschenden Stellung im Unternehmen führt, ist einem Unternehmenskauf gleichzustellen.
2. Die Mängelhaftung richtet sich nach **Sachmängelrecht**.
3. Die Mangelhaftigkeit einzelner Gegenstände für nur zur Mangelhaftigkeit des Unternehmens als Kaufsache selbst, wenn der **Einzelmangel auf das Unternehmen durchschlägt** in der Weise, dass der normale Betriebsablauf gestört und die weitere Verfolgung der wirtschaftlichen Zielsetzung des Unternehmens beeinträchtigt.
4. Für die Geltendmachung von Mängeln, auch von Einzelgegenständen, gilt die **2-jährige Verjährungsfrist** des § 438 I Nr. 3 BGB.
5. Das für die Gewährleistungsrechte notwendige **Nachbesserungsverlangen** ist auch beim Unternehmenskauf **nicht entbehrlich**.

**Fall:** B war alleiniger Gesellschafter der O-GmbH (im Folgenden: O.). Die Produktion erfolgte in einer Werkshalle mit zugehörigen Ausstellungs- sowie Sozialräumen. Zu diesem Gebäudekomplex gehört auch ein Bürotrakt, in dem Räume an mehrere andere Firmen vermietet sind. Das gesamte Gebäude ist mit einem Flachdach bedeckt. K erwarb mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22.04.2005 alle Gesellschaftsanteile der GmbH. Bei den Verkaufsverhandlungen lag den Parteien ein Wertgutachten des Sachverständigen Q. vom 04.01.2004 vor, der dem Gebäude einen „normalen Gesamtzustand“ bescheinigte. Die Gewährleistung des Verkäufers sollte nach § 4 Nr. 4 des Vertrages den Vorschriften des BGB folgen. Zur Beschaffenheit des Kaufobjektes wurde auf ein von den Parteien erstelltes Protokoll vom 22.04.2005 Bezug genommen, das der notariellen Urkunde als Anlage beigefügt war. Die Übergabe des Unternehmens erfolgte am selben Tag.

K macht nun Schadensersatz wegen mangelhafter Ausführung der Bedachung des Firmengebäudes geltend. In dem Teil des Gebäudes, der als Bürofläche an die Fa. T. vermietet war, hatte es im Winter 2004/2005 durchgeregnet. B ließ eine Notreparatur durch die Fa. T. durchführen; zu einer sachgemäßen Behebung der Ursachen kam es jedoch wegen der winterlichen Witterungsverhältnisse während der Besitzzeit des B nicht mehr. Der der Fa. T. von B bereits erteilte Reparaturauftrag wurde von K nach ihrer Übernahme des Unternehmens storniert. Im Herbst 2005 kam es sodann zu einem erneuten Wassereintrich an derselben Dachfläche. K ließ den Schaden beseitigen sowie eine Wärmedämmung aufbringen und bezahlte hierfür insgesamt 38.870,10 €; hiervon entfielen 29.358,10 € auf die Abdichtung und 9.512,00 € auf die Wärmedämmung.

Das Dach im Übrigen, d.h. die Dachfläche über den von der O. selbst als Werkshalle, Ausstellungs- und Sozialräume genutzten Räumen, ist mangelhaft konstruiert. Die Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes kostet 163.474,17 €.

Mit der am 19.09.2007 eingereichten Klage macht K insgesamt 202.344,81 € als Schadensersatz geltend. Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

Die zulässige Klage wird Erfolg haben, wenn sie begründet ist.

**I. K können einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 440 S. 1, 280 I, III 281 I BGB haben.**

**1. Kaufvertrag, § 433 BGB**

Bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag müsste es sich um einen Kaufvertrag nach § 433 BGB handeln. Es ist allerdings fraglich, ob hier ein Sachkauf i.S.d. § 433 BGB oder ein Rechtskauf nach § 453 BGB vorliegt.

*„Mit dem Vertrag vom 22.04.2005 hat K von B einen GmbH-Geschäftsanteil, also ein **Recht, erworben**. Jedoch entspricht bei **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** der Erwerb einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung dem Erwerb des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens selbst jedenfalls dann, wenn **Anteile an der Gesellschaft** in einem Umfang erworben werden, welcher dem Erwerber eine **beherrschende Stellung im Unternehmen** verschafft. Unter dieser Voraussetzung - die bei einem 100%-igen Anteilskauf ohne weiteres zu bejahen ist - wird nach der **allgemeinen**, auch vom Senat geteilten **Ansicht ein Anteilserwerb dem Kauf des Unternehmens gleichgestellt** (vgl. nur Prütting/ Wegen/ Weinreich-Schmidt, BGB, 3. Aufl. 2008, § 453 Rn 28 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).“* (OLG Köln aaO)

Es wurde daher ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen.

*„Gegenstand des Kaufvertrages war demnach hier das von der O. betriebene Unternehmen als eine **Gesamtheit von Sachen und Rechten**. Dies bringt es mit sich, dass zugleich der **Erwerb der Anteilsrechte der Sachmängelhaftung unterstellt** wird (vgl. BGHZ 65, 246, 249; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf - Unternehmensverkauf, § 9 Rn 42; MüKo-Westermann, BGB, 5. Aufl. 2008, § 453 Rn 24), soweit sich Mängel nicht an dem rechtlichen Bestand der Gesellschaftsanteile, sondern am Unternehmen zeigen.“* (OLG Köln aaO)

## 2. Sachmangel bei Gefahrübergang, §§ 434, 446 BGB

Bei der Gewährleistung beim Unternehmenskauf ist vor allem streitig, ob eine **Mangelhaftigkeit des Unternehmens** auch dann angenommen werden kann, wenn einzelne, **zum Unternehmen gehörende Gegenstände** mangelhaft sind. Dies gilt vor allem hinsichtlich der Frage, ob in einem solchen Fall die Gewährleistung auch hinsichtlich einzelner mangelhafter Gegenstände gesondert oder nur hinsichtlich des Unternehmens als Ganzes geltend gemacht werden kann.

### a) Maßgeblichkeit des Einzelgegenstandes

Nach einer Auffassung führt schon allein die Mangelhaftigkeit eines von der Sachgesamtheit umfassten Gegenstandes zu einer Mangelhaftigkeit des Unternehmens.

Vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, Neubearbeitung 2004, § 434 Rn 145; Knott, NZG 2002, 249, 251; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 15 Rn 7; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl. 2008, § 434 Rn. 43

*„Folgte man dieser Auffassung, wäre die Folge, dass **jeder mangelhafte Einzelgegenstand zugleich einen Mangel des verkauften Unternehmens darstellt**. Begründet wird diese Auffassung damit, dass nach der **Schuldrechtsreform** der Grund für die bisherige Zurückhaltung bei der Annahme eines Mangels des Unternehmens entfallen sei. Während nach früherem Recht sogleich eine (praktisch kaum durchführbare) Wandlung des gesamten Vertrages möglich gewesen sei, sei nunmehr der **Nachbesserungsanspruch vorgeschaltet**, der vom Verkäufer auch bei einem nur einzelnen Gegenständen anhaftenden Mangel unproblematisch erfüllt werden könne.“* (OLG Köln aaO)

### b) Mangelhaftigkeit des Unternehmens nur bei Durchschlagen des Mangels

Nach anderer Auffassung liegt ein Unternehmensmangel bei Mangelhaftigkeit eines Einzelgegenstandes nur vor, wenn ein Mangel eines Einzelgegenstandes auf das Unternehmen durchschlägt, indem er z.B. dessen wirtschaftliche Grundlage erschüttert, seine Marktstellung gefährdet oder sonst seine Tauglichkeit als Unternehmen beeinträchtigt.

vgl. Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf - Unternehmensverkauf § 9 Rn 33, 70; Bamberger/Roth, BeckOK BGB, § 453 Rn 27 und Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, Einleitung vor § 1 Rn 46 ff.

### c) Auffassung des OLG Köln

Das OLG Köln hat sich nunmehr der zweiten Auffassung angeschlossen.

*„Für die Frage der Sachmängelhaftung ist darauf abzustellen, ob dem **Unternehmen als Ganzes ein Mangel anhaftet**. Nicht ohne weiteres ausreichend ist hierfür die Darlegung der Mangelhaftigkeit einzelner zum Unternehmen gehörender Gegenstände. Es liegt in diesen Fällen nur dann ein Sachmangel des Unternehmens vor, wenn ein **Einzelmangel auf das Unternehmen durchschlägt** in der Weise, dass der normale Betriebsablauf gestört und die weitere Verfolgung der wirtschaftlichen Zielsetzung des Unternehmens beeinträchtigt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in einem **komplexen Gebilde** wie einem lebenden Unternehmen **kleinere Störungen niemals ganz ausgeschlossen** werden können.“*

*Die Gewährleistung setzt eine **Mangelhaftigkeit der gekauften Sache** voraus, **nicht** aber genügt eine **Mangelhaftigkeit einzelner Bestandteile** dieser Sache, die sich auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Vertragsgegenstandes im Ganzen nicht auswirken.“* (OLG Köln aaO)

Ausgehend von den vorstehenden Grundsätzen hat K **weder dargelegt**, dass und inwieweit die konstruktiven Mängel sich auf den **Betriebsablauf** und die

**Produktion** ausgewirkt haben; noch eine Auswirkung auf den **Wert** oder die **Ertragskraft des Unternehmens**.

Bei dem **undichten Dach über dem Bürogebäude**, das einen Wassereinbruch in die vermieteten Räumlichkeiten zur Folge hatte, liegt ein Mangel vor, denn ein Wassereinbruch in vermieteten Gebäuden stört den Betriebsteil „Vermietung von Büroräumen“ erheblich. Daher **schlägt** insoweit der dem Betriebsgebäude anhaftende Mangel **auf das Gesamtunternehmen durch** und begründet zugleich einen **Mangel des Unternehmens** selbst.

Dieser Zustand bestand auch schon bei Übergabe der Sache, also bei Gefahrübergang nach § 446 BGB

### 3. Fristsetzung zur Nacherfüllung

Nach § 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB ist es grundsätzlich erforderlich, dass der Käufer dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzt. Dies ist hier nicht geschehen. Fraglich ist jedoch, ob ein solches Nacherfüllungsverlangen bei einem Unternehmenskauf entbehrlich ist.

*„Ein solches Nacherfüllungsverlangen ist nach Ansicht des Senats **auch bei Erwerb eines Unternehmens notwendig** (entgegen Fischer, DStR 2004, 276). Fischer argumentiert, dass die Zulassung von Nacherfüllungsverlangen den Verkäufer benachteilige: „Eine Nacherfüllungspflicht bezüglich jedes Einzelpostens des Unternehmens könnte zur Folge haben, dass der Verkäufer letztlich mehr schuldet, als er eigentlich verkauft hat“. Diese Argumentation trifft aber dann nicht zu, wenn man entsprechend der weiter oben dargelegten Rechtsauffassung als **Fehler**, die überhaupt nur das Nacherfüllungsverlangen rechtfertigen können, **lediglich den Betriebsablauf störende Mängel** zulässt. Nur diese sind dann auch vom Verkäufer zu beseitigen. Der Verkäufer hat daher mit einer so verstandenen Nachbesserungspflicht nur den vertragsgemäßen Zustand herzustellen, und keine darüber hinausgehenden Verpflichtungen.“ (OLG Köln aaO)*

Das Nacherfüllungsverlangen war daher nicht aufgrund der Besonderheiten des Unternehmenskaufs entbehrlich.

Ein Entbehrlichkeit ergibt sich auch nicht aus § 281 II BGB, weil ein Eilfall vorlag und der K daher ein Zuwarten nicht hätte zugemutet werden können.

*„Hierauf kann sich K aber nach Treu und Glauben nicht berufen, da sich ihr Verhalten als widersprüchlich darstellt.*

*Denn sie hat unstreitig den vom Geschäftsführer der O. bereits während der Besitzzeit des B erteilten Reparaturauftrag nach Übernahme des Unternehmens storniert, und in den folgenden Monaten weder den Beklagten zur Nachbesserung aufgefordert noch selbst einen entsprechenden Reparaturauftrag anderweitig erteilt.“ (OLG Köln aaO)*

**Es fehlt daher an den Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB.**

### 4. Verjährungsfrist

Fraglich ist zudem, ob ein solcher Anspruch nicht ohnehin verjährt wäre. Umstritten ist insofern, worauf für die Frage nach der Verjährung der Gewährleistungsansprüche bei der Mangelhaftigkeit einzelner, zum Unternehmen gehörender Gegenstände abzustellen ist.

#### a) Anwendbarkeit des § 438 I Nr. 3 BGB

Eine Auffassung knüpft daran an, dass das **Unternehmen als solches** und nicht seine einzelnen Bestandteile Kaufgegenstand sind und spricht sich für die Geltung der **zweijährigen Verjährungsfrist** des § 438 I Nr. 3 BGB aus.

Vgl. Baumbach/Hopt, a.a.O., Einl. v. § 1, Rn 46c, Prütting/Wegen/Weinreich-Schmidt, a.a.O., § 453 Rn 35, MüKo-Westermann, a.a.O., § 453 Rn 56

#### b) Maßgeblichkeit der Verjährungsfrist für mangelhaften Gegenstand

Nach anderer Auffassung kommt es auf die für den einzelnen, mangelhaften Gegenstand relevante Verjährungsfrist an, so als ob es sich um einen Einzelkauf handeln würde.

vgl. Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Aufl. 2008, Rn 818 ab

Danach wäre nach § 438 I Nr. 2 a) BGB die für Bauwerke geltende 5-jährige Verjährungsfrist maßgeblich.

**c) Auffassung des OLG Köln**

Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an.

*„Kaufgegenstand und damit Gegenstand der Gewährleistung ist das Unternehmen, nicht aber das dazu gehörende Gebäude. Die Gewährleistung für den Kaufgegenstand „Unternehmen“ unterliegt somit der kürzeren Verjährungsfrist für „sonstige Sachen“ selbst dann, wenn sich der Mangel im Einzelfall an einem zum Unternehmen gehörigen Gebäude zeigt.*

*Dem steht nicht entgegen, dass die in § 453 I BGB angeordnete entsprechende Geltung der Gewährleistungsvorschriften an sich durchaus Raum lässt für die Erwägung, bei Unternehmensmängeln, die ihre Grundlage in einem Mangel an einem Gebäude haben, die fünfjährige Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 2a BGB zum Tragen zu bringen. Eine Rechtfertigung hierfür könnte in der typischerweise späteren und schwereren Erkennbarkeit von Gebäudemängeln zu erblicken sein (so für den Werkvertrag u. a. Palandt-Sprau § 634a, Rn 10). Dennoch ist die Anwendbarkeit der Norm auf den Unternehmenskauf zu verneinen, weil die Auswirkungen eines Gebäudemangels auf das laufende Unternehmen in Anbetracht der von dem Erwerber zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen nach Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist von deren Tragweite in der Regel kaum noch abgrenzbar sind und außerdem in Fällen, in denen der Mangel des Unternehmens nur teilweise auf Gebäudemängeln beruht, die Frage der Verjährung bei entsprechender Geltung des § 438 I Nr. 2a BGB zumindest aus praktischer Sicht nicht mehr mit der gebotenen Klarheit zu beantworten wäre.“ (OLG Köln aaO)*

Für die Sachmängelgewährleistung beim Unternehmenskauf gilt daher die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB.

**d) Anwendung auf den Fall**

**aa) Konstruktionsmängel**

Ein aus den Konstruktionsmängeln folgender Gewährleistungsanspruch ist daher jedenfalls zwischenzeitlich verjährt. Die zweijährige Verjährungsfrist war bei Klageerhebung bereits verstrichen: die Übergabe der Kaufsache erfolgte am 22.04.2005, die Klage wurde jedoch erst am 19.09.2007 bei Gericht eingereicht.

**bb) schadhaftes Dach über dem Bürotrakt**

*„Dass es im Bürotrakt noch während der Besitzzeit des B hereingeregnet hat, ist unstreitig. B kannte somit diesen Mangel, und hätte die Klägerin vor Vertragsschluss darüber aufklären müssen. Zumindest nach Klägervortrag wäre ein arglistiges Verschweigen des B anzunehmen. Rechtsfolge wäre die Verjährung dieses Mangels erst nach Ablauf der allgemeinen dreijährigen Verjährungsfrist nach §§ 438 III S. 1, 195 BGB, die bei Klageerhebung noch nicht verstrichen war. Einer Beweisaufnahme über die Kenntnis der Klägerin vom Mangel bedarf es jedoch aus den oben dargestellten Gründen nicht.“ (OLG Köln aaO)*

**II. K können einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 311 II, 280 I BGB haben.**

*„Eine Anwendung der §§ 311, 280 hinsichtlich solcher Fehler des Unternehmens, die in der Beschaffenheit seiner sächlichen Substanz liegen, neben der Mängelgewährleistung ist abzulehnen.*

*Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sollte ausdrücklich der Behebung der bisherigen Schwierigkeiten der Rechtsprechung auch und gerade beim Unternehmenskauf dienen, vgl. die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 209. Demnach sollte das Nebeneinander unterschiedlicher Haftungssysteme gerade beseitigt werden; für Ansprüche aus dem Erwerb einer fehlerhaften Kaufsache nur noch das Mängelgewährleistungsrecht gelten. Der Senat sieht daher auch wegen Mängeln an Einzelgegenständen, die nicht auf das Unternehmen durchschlagen, für eine Anwendung der §§ 311 II, 280 BGB neben dem Sachgewährleistungsrecht keinen Anwendungsraum, da die §§ 434ff. BGB nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit lex specialis und abschließende Regelung sind.“ (OLG Köln aaO)*

Ein Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 311 II, 280 I BGB scheidet daher aus.

**III. Ergebnis:** Die Klage ist unbegründet und wird keinen Erfolg haben.

StGB

**Geldfälschung**

StGB

§ 146 I Nr. 2, II

**Grenzen der Gewerbsmäßigkeit**

(BGH in NJW 2009, 3798; Beschluss vom 01.09.2009 – 3 StR 601/08)

Der Täter handelt nicht gewerbsmäßig i.S. des § 146 I Nr. 2, II StGB, wenn er sich eine Falschgeldmenge in einem Akt verschafft hat und seine Absicht lediglich darauf gerichtet ist, die falschen Banknoten in mehreren Teilmengen in Verkehr zu bringen.

**A. Grundlagenwissen: Die gewerbsmäßige Tatbegehung**

- I. Der **im StGB verwendete Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“** ist **nicht gleichbedeutend mit dem Begriff des Gewerbes nach der GewO** (Selbstständigkeit) **oder mit dem Begriff des kriminellen Gewerbes** (BGH NJW 1953, 955 und NStZ 1995, 85). **Kennzeichnend** für das Vorliegen einer gewerbsmäßigen Straftat **ist** vielmehr die **Absicht des Täters**, sich

- durch die **wiederholte Begehung von Straftaten**
- eine **fortlaufende Einnahmequelle**
- von **einiger Dauer** und
- **einigem Umfang** zu verschaffen.

RG 58 20, 64 und 154, 66; BGH 1, 383; BGH GA 55, 212

- II. Liegt diese Absicht vor, so ist bereits die **erste (ggf. auch einzige) Tat bereits als gewerbsmäßig** begangen einzustufen (BGH 49, 181; BGH NJW 1998, 2914; BGH NStZ 2004, 266).

Die **erforderliche Absicht kann sich schon aus der ersten Einzelhandlung ergeben** (RG 54 230; BGH MDR 1989, 1033; BGH NStZ 1995, 85). Sie liegt jedoch nicht vor, wenn jemand entgegen seinem Vorhaben zunächst nur eine Teilmenge absetzen kann und bei Abschluss dieses Geschäfts sich dann vornimmt, den anderen Teil später zu veräußern (BGH NJW 1992, 382).

Ebenso fehlt es an der erforderlichen Absicht, wenn die Vergütung für ein Einzelgeschäft in Teilbeträgen gezahlt werden soll (BGH MDR 89, 1033). Sollen dagegen Teilmengen von vornherein in mehreren Absatzgeschäften veräußert werden, so entfällt die Gewerbsmäßigkeit nicht deswegen, weil die gesamte Menge, etwa Diebesgut oder Rauschgift, in einem Vorgang erlangt worden ist (BGH NStZ 1993, 87). Sie entfällt auch nicht deswegen, weil die Absichtsverwirklichung vom Vorbehalt des Geschäftspartners abhängt.

- III. Die **Wiederholungsabsicht muss sich auf das Delikt beziehen**, dessen Tatbestand **durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert** ist (BGH NJW 1996, 1069).
- IV. Die **Einnahmequelle muss nicht den hauptsächlichen oder regelmäßigen Erwerb bilden; erforderlich sind aber tätereigene Einnahmen**, Einnahmen für Dritte, z.B. Betriebseinnahmen für Arbeitgeber, reichen also nicht aus.
- V. **Gewerbsmäßigkeit ist auch nicht gleichbedeutend mit Gewinnsucht** (Braunschweig MDR 1947, 136); ein Erwerbssinn in einem ungewöhnlichen und sittlich anstößigen Maß ist für sie nicht Voraussetzung (BGH StV 1983, 281). Die erstrebten Einnahmen müssen aber ins Gewicht fallen, **geringfügige Beträge reichen daher nicht aus** (BGH MDR 75, 725).

Schließlich ist es auch **nicht erforderlich**, dass der Täter die **erlangten Sachen weiterveräußern will**; es genügt, wenn er sie im eigenen Bereich verwenden will (vgl. BGH MDR 1976, 633; BGH StV 1983, 282).



Es kommt zudem nicht darauf an, ob die Tat unmittelbar oder nur mittelbar als Einnahmequelle dient (BGH MDR 1983, 622; BGH wistra 1999, 465) oder ob die Gewinnerwartung sich realisiert hat.

- VI. Bzgl. des **Erwerbs** muss der Täter **mit Absicht i. S. eines zielgerichteten Willens gehandelt** haben; hinsichtlich der übrigen Deliktsvoraussetzungen kann jedoch **bedingter Vorsatz ausreichen**.
- VII. Die Gewerbsmäßigkeit ist z. T. **strafbegründender Faktor** (so nach §§ 180a, 181 I 3, 181a II StGB); ferner **wirkt sie in einzelnen Tatbeständen strafe erhöhend** (so beim Bandendiebstahl in § 244a StGB, beim Bandenbetrug in § 263 V StGB u. bei der Hehlerei in den §§ 260, 260a StGB, bei unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels in § 284 III StGB). Ferner kann sie bei der Strafzumessung **straferschwerend wirken** (so insb. nach § 243 I Nr. 3 StGB, § 253 IV StGB, § 261 IV StGB, § 263 III StGB, § 291 II StGB, § 292 II StGB, § 300 StGB).

Die Gewerbsmäßigkeit ist zudem ein **besonderes persönliches Merkmal** i. S. v. § 28 StGB.

## B. Die Grenzen der Gewerbsmäßigkeit von Geldfälschungshandlungen (BGH in NJW 2009, 3798)

**Fall:** Der Angekl. erhielt von K falsche 200 Euro-Banknoten im Nennwert von ca. 160.000 Euro. Er brachte auf einige Geldscheine mit Hilfe eines Bügeleisens Hologramme auf und beabsichtigte, einen Teil der gefälschten Banknoten selbst in Verkehr zu bringen. Den restlichen Teil wollte er in größeren Tranchen verkaufen. Seine Absicht, sich ein weiteres Mal Falschgeld zu verschaffen, konnte nicht festgestellt werden. Zu einem Absatz der gefälschten Geldscheine kam es nicht mehr, weil der Angekl. zuvor festgenommen wurde.

Fraglich ist, ob sich der Angekl. wegen einer gewerbsmäßigen Geldfälschung nach § 146 I StGB strafbar gemacht hat.

- I. **Gewerbsmäßig handelt, wer** sich durch **wiederholte Tatbegehung** eine **nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer** verschaffen will. Liegt diese Absicht vor, ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig begangen einzustufen, auch wenn es entgegen den ursprünglichen Intentionen des Täters zu weiteren Taten nicht kommt.
- II. Eine Verurteilung wegen **gewerbsmäßiger Deliktsbegehung** setzt daher schon im Grundsatz **nicht notwendig voraus, dass der Täter zur Gewinnerzielung mehrere selbstständige Einzelaten** der jeweils in Rede stehenden Art **verwirklicht hat**. Ob der Täter gewerbsmäßig gehandelt hat, beurteilt sich vielmehr nach seinen **ursprünglichen Planungen** sowie seinem **tatsächlichen, strafrechtlich relevanten Verhalten über den gesamten ihm anzulastenden Tatzeitraum** (vgl. BGHSt 49, 177 = NJW 2004, 2840 = NSTZ-RR 2006, 106). Erforderlich ist dabei stets, dass sich seine **Wiederholungsabsicht auf dasjenige Delikt bezieht, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist** (vgl. BGH NJW 1996, 1069 = NSTZ 1996, 285; Fischer, Vorb. § 52 Rn 62).
- III. Nach diesen Maßstäben **liegt eine gewerbsmäßig begangene Straftat** nach § 146 I Nr. 2, II StGB dann **nicht vor, wenn der Täter sich eine Falschgeldmenge in einem Akt verschafft und** lediglich seine Absicht darauf gerichtet ist, die **falschen Banknoten in mehreren Teilmengen** i.S. des § 146 I Nr. 3 StGB **in Verkehr** zu bringen, es hierzu aber nicht kommt.

*„Denn die besondere Kennzeichnung einer gewerbsmäßigen Straftat besteht nicht darin, dass der Täter durch die – ggf. sukzessiv erfolgende – Verwertung des durch die Straftat erlangten Gegenstands eine Gewinnerzielung zur Finanzierung seiner Bedürfnisse anstrebt (vgl. OLG Hamm NSTZ-RR 2004, 335 = NJW 2004, 3647). Der Täter einer Geldfälschung nach § 146 I Nr. 2 StGB handelt deshalb nur dann gewerbsmäßig i.S. des § 146 II StGB, wenn*

*er beabsichtigt, sich die erstrebte Einnahmequelle gerade durch die wiederholte Begehung der von ihm begangenen konkreten Straftat – mithin dem wiederholten Sichverschaffen von Falschgeld in der Absicht, dieses als echt in Verkehr zu bringen oder ein solches Inverkehrbringen zu ermöglichen – zu erschließen. Die bloße Absicht, wiederholt eine Straftat nach § 146 I Nr. 3 StGB zu begehen, macht das einmalige Sichverschaffen von Falschgeld i.S. des § 146 I Nr. 2 StGB demgegenüber nicht gewerbsmäßig und vermag eine Qualifikation der nach dieser Tatbestandsalternative strafbaren Tat i.S. des § 146 II StGB nicht zu begründen.“* (BGH aaO)

IV. Diese Wertung wird durch die **Rspr. zur Gewerbsmäßigkeit bei anderen Tatbeständen** gestützt:

- So handelt auch ein **Dieb** nicht allein deswegen gewerbsmäßig i.S. des § 243 I 2 Nr. 3 StGB, weil er die in einem Akt erlangte Diebesbeute in mehreren Tranchen verwerten will. Erforderlich ist vielmehr, dass sich seine Wiederholungsabsicht auf den verwirklichten Tatbestand, mithin die Begehung von Diebstählen, bezieht (vgl. *OLG Hamm* NSTZ-RR 2004, 335 = *NJW* 2004, 3647; *OLG Köln* NSTZ 1991, 585).
- Auch i.S. des **§ 30 I Nr. 2 BtMG** geht der Täter nur dann gewerbsmäßig vor, wenn er sich eine fortlaufende Einnahmequelle durch wiederholte Vornahme gerade solcher Handlungen verschaffen will, die einen der Tatbestände des § 29a I Nr. 1 BtMG erfüllen (vgl. *BGH* *NJW* 1996, 1069 = *NStZ* 1996, 285).

Ebenso fehlt es an der für die Gewerbsmäßigkeit des Handelns mit Betäubungsmitteln erforderlichen Wiederholungsabsicht, wenn lediglich die Vergütung für ein Einzelgeschäft in Teilbeträgen gezahlt werden soll (vgl. *BGH* bei *Schmidt* MDR 1989, 1033; *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl., Vorb. §§ 52ff. Rn 95).

V. Schließlich steht der Nichtannahme der Gewerbsmäßigkeit im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass bei einem **Betäubungsmittelhändler** gewerbsmäßiges Handeltreiben in Betracht kommen kann, wenn er von vornherein beabsichtigt, eine durch einen einheitlichen Vorgang erworbene Rauschgiftmenge nach und nach in mehreren Teilmengen weiter zu veräußern (vgl. *BGH* BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 gewerbsmäßig 3, 4).

*„Denn in diesen Fällen treibt der Täter bereits durch den Erwerb der Betäubungsmittel mit diesen Handel und verwirklicht – im Unterschied zu der hier vorliegenden Konstellation – damit diejenige Tatbestandsvariante, auf die sich auch seine Wiederholungsabsicht bezieht.“* (BGH aaO)

StGB  
§ 263**Eingehungsbetrug  
fingierter Versicherungsfall**

StGB

(BGH in NJW 2009, 3448; Urteil vom 14.08.2009 – 3 StR 552/08)

Mit dem Abschluss des Lebensversicherungsvertrags ist der Eingehungsbetrug i.S. d. § 263 StGB vollendet, wenn der Versicherungsnehmer darüber getäuscht hat, dass er den Versicherungsfall fingieren will, um die Versicherungssumme geltend machen zu lassen.

**Fall:** K, der in den Jahren 2000 und 2001 in Trainingslagern der Al Qaida eine terroristische Ausbildung erhalten und seither den gewaltsamen Jihad gegen die „Ungläubigen“ als seine außer jeder Diskussion stehende Individualpflicht betrachtet hatte, befasste sich zu Gunsten der Al Qaida im Bundesgebiet mit Rekrutierungs- und Beschaffungsmaßnahmen und warb für die Unterstützung des gewaltsamen Jihad durch einen Märtyrereinsatz oder zumindest durch eine Spende an seine Organisation.

Der Angekl. A ging auf die Angebote des K ein und machte die Planung und Durchführung einer Betrugsserie zum Nachteil von Lebensversicherungsgesellschaften zum „Mittelpunkt seines Lebens“, deren erhebliche Beute zum einen Teil der Al Qaida und zum anderen seiner Familie zu Gute kommen und zuletzt ihm ermöglichen sollte, dem K zur Teilnahme am Jihad in den Irak zu folgen. Der Plan einer Betrugsserie sah vor, dass der Angekl. A innerhalb eines auf zwei bis drei Monate angelegten Tatzeitraums zahlreiche Lebensversicherungsverträge abschließen, sodann nach Ägypten verreisen und von dort aus mittels Bestechung von Amtspersonen inhaltlich falsche Urkunden übersenden sollte, um gegenüber den Versicherungsunternehmen einen tödlichen Verkehrsunfall in Ägypten vortäuschen zu können. Ein weiterer Tatbeteiligter, D, sollte sodann als Begünstigter mit Unterstützung des K die Versicherungssummen geltend machen. In Verfolgung dieses zuerst zwischen den Angekl. K und A entwickelten Plans holte A ab Mai 2004 bei Versicherungsunternehmen erste Erkundigungen über die möglichen Vertragsgestaltungen ein und begann mit der Stellung von Versicherungsanträgen. K stellte sicher, dass die ersten Prämien bezahlt werden konnten. D, der umfassend in den Tatplan eingeweiht worden war, nahm an zahlreichen Besprechungen des Vorhabens teil, ließ hierbei keine Zweifel an seiner uneingeschränkten Bereitschaft zur Mitwirkung bei der späteren Geltendmachung der Versicherungssummen und deren Verwendung aufkommen und unterstützte ferner die gemeinsame Tatplanung durch die Einholung zusätzlicher Informationen zum Procedere der Leistungsprüfung bei Lebensversicherungen sowie durch Vorschläge und Anregungen allgemeiner Art. Er nahm dabei billigend in Kauf, dass zumindest ein Teil der Beute über den K der Al Qaida zufließen und auf diese Weise ihren organisatorischen Zusammenhang fördern sowie die Verfolgung ihrer terroristischen Aktivitäten erleichtern werde. Im Einzelnen stellte der Angekl. A bei verschiedenen Versicherungsunternehmen insgesamt 28 Anträge auf Abschluss von Lebensversicherungsverträgen. Entsprechend der Tatplanung kam es in neun Fällen zum Abschluss eines Versicherungsvertrags mit einer garantierten Todesfallsumme von rd. 1 Mio. €. In 19 Fällen wurden die Anträge des A - teilweise auf Grund der zwischenzeitlichen Warnhinweise der Polizei an die Versicherungsunternehmen - abgelehnt bzw. nicht mehr weiter bearbeitet.

Der Angekl. A könnte sich **durch den Abschluss der Lebensversicherungsverträge wegen Betruges** nach § 263 StGB **strafbar gemacht haben**.

I. Der Angekl. **täuschte bei der Antragstellung** jeweils in mehrfacher Hinsicht **über innere und äußere Tatsachen**: So verneinte er ab z.B. stets wahrheitswidrig eine Vorerkrankung und die Fragen nach anderen bestehenden oder beantragten Lebensversicherungsverträgen.

Insbesondere **täuschte der Angekl.** in allen Fällen **konkludent darüber, einerseits zukünftig dauerhaft nach den Vertragsbedingungen die Versicherungsprämien zahlen zu wollen und zu können sowie andererseits bereit zu sein, den beantragten Versicherungsschutz seinem Zweck entsprechend allein zur Abdeckung des zukünftigen Risikos eines ungewissen Schadenseintritts zu nutzen**.

*„Über die innere Tatsache, sich nicht vertragstreu verhalten zu wollen, ist eine konkludente Täuschung möglich. Die Vertragspartner dürfen ein Minimum an Redlichkeit im Rechtsverkehr, das auch verbürgt bleiben muss, voraussetzen (vgl. Schönke/Schröder, § 263 Rn 14 u. 15). Deshalb ist die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstands durch einen Vertragspartner in Rede steht, unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs und deshalb zugleich miterklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Willensbekundungen. Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrags ist demnach in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird (BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NSTz 2007, 151).“ (BGH aaO)*

Da die **Manipulation des Vertragsgegenstands** eines Lebensversicherungsvertrags **in der Form der Vortäuschung des Versicherungsfalls** - ähnlich wie diejenige einer Sportwette (vgl. dazu BGHSt 51 165 = NJW 2007, 782 = NSTZ 2007, 151) - zwangsläufig erst nach Vertragsschluss stattfinden kann, **bezieht sich die konkludente Erklärung der Manipulationsfreiheit nicht auf eine bereits durchgeführte, sondern auf eine beabsichtigte Manipulation.** Für die Täuschung kommt es dabei nicht darauf an, inwieweit die geplanten Beeinflussungen bereits ins Werk gesetzt sind.“ (BGH aaO)

- II. Diese **Täuschungshandlungen sind auch tatbestandsmäßig** i.S. des § 263 I StGB, denn sie **waren unentbehrlich, um zu dem nach dem Tatplan notwendigen Zwischenziel, dem Abschluss des Versicherungsvertrags, zu gelangen.**

„**Dass es danach noch einer weiteren Täuschung (über den Eintritt des Versicherungsfalls) bedurfte, um das eigentliche Endziel der Auszahlung der Versicherungssumme zu erreichen, ist demgegenüber für die Täuschungshandlung rechtlich ohne Belang.**“ (BGH aaO)

- III. Den Vorstellungen des Angekl. entsprechend ist **bei den Versicherungsunternehmen auf Grund der Täuschung jeweils eine entsprechende Fehlvorstellung über die Leistungsbereitschaft sowie die Vertragstreue des Angekl. und damit über den Umfang des zu übernehmenden Risikos eingetreten.**

Dieser Irrtum war (mit)ursächlich für den jeweiligen **Vertragsabschluss** durch den Versicherer.

- IV. **Mit dem Vertragsabschluss ist bei dem jeweiligen Versicherungsunternehmen schließlich auch ein Vermögensschaden eingetreten.**

1. Der Vermögensschaden beim Betrug ist nach st. Rspr. des BGH durch einen **Vermögensvergleich mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise** zu ermitteln.

BGHSt 45, 1 = NJW 1999, 1485 = NSTZ 1999, 302; BGH NSTZ 1996, 191; NSTZ 1997, 32).

Beim **Betrug durch Abschluss eines Vertrags (Eingehungsbetrug)**, wie er hier in Rede steht, ist der **Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziehen.** Ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, ergibt sich aus einer **Gegenüberstellung der Vermögenslage vor und nach diesem Zeitpunkt.** Zu **vergleichen** sind demnach **die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen;** bleibt der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurück, so ist dieser geschädigt.

BGHSt 16, 220 = NJW 1961, 1876; BGHSt 45, 1 = NJW 1999, 1485 = NSTZ 1999, 302

Für die Beurteilung des Vermögenswerts von Leistung und Gegenleistung kommt es dabei weder auf den von den Vertragsparteien vereinbarten Preis an noch darauf, wie hoch der Verfügende subjektiv ihren Wert taxiert. **Entscheidend für den Vermögenswert von Leistung und Gegenleistung ist vielmehr das vernünftige Urteil eines objektiven Dritten.**

BGHSt 16, 220 = NJW 1961, 1876; BGHSt 16, 321 = NJW 1962, 309; BGH, BGHR StGB § 263 I Vermögensschaden 70 m.w. Nachw.

2. Daran gemessen **ist ein solcher Schaden** bei dem jeweiligen Versicherungsunternehmen **hier zu bejahen.**

„**Mit dem Vertragsabschluss war [der Versicherer] mit der Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme im Todesfall belastet.** Dem stand die Verbindlichkeit des Versicherungsnehmers gegenüber, an den Versicherer bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit die Prämien zu zahlen. Die Prämie ist der Preis, den der Versicherungsnehmer dafür zu entrichten hat, dass der Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalls die Versicherungssumme leistet. Sie muss in einem ausgewogenen Verhältnis zu dem Versicherungsschutz stehen. Der Versicherer kalkuliert die Versicherungsprämien unter Berücksichtigung seiner allgemeinen Kosten (u.a. Abschlussprovision, Betriebskosten) auf der Basis von sog. „Sterbetafeln“, die eine aus der Erfahrung der Vergangenheit gewonnene wahrscheinliche Lebenszeit des Versicherten ausdrücken. Hinzu kommen ggf. Zuschläge für besondere Risiken. In die Prämienkalkulation geht die voraussichtliche Lebensdauer des Versicherten ebenso ein wie die Anzahl der Prämien, die - vorbehaltlich eines vorzeitigen Todes - bis zum Ablauf der Versicherungszeit zu zahlen sind. Im Normalfall besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein Äquivalent.“

**Hier stellte die Prämie indessen keinen entsprechenden Ausgleich für die mit dem Vertrag eingegangenen Verpflichtungen dar, denn der Angekl. war von vornherein entschlossen,**

*den Versicherungsfall zu fingieren, und hatte in Form der Verabredungen zuerst mit dem K, später auch mit dem D, bereits mit konkreten Vorbereitungen begonnen. Der jeweilige Versicherer war daher mit Abschluss des Vertrags rein wirtschaftlich gesehen nicht - wie von ihm angenommen - nur mit einer aufschiebend bedingten Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme für den Fall belastet, dass sich das - nach allgemeinen Maßstäben bewertete - Risiko des Todes eintritts während der Vertragslaufzeit verwirklichen sollte. Vielmehr war seine Inanspruchnahme auf Grund der von den Angekl. beabsichtigten Manipulation des Vertragsgegenstands sicher zu erwarten. Der entsprechenden Forderung hätte er sich nur durch den Beleg der Unredlichkeit des Versicherungsnehmers, etwa durch den Nachweis der Unrichtigkeit der ägyptischen Todesbescheinigung, entziehen können. Damit war die Leistungswahrscheinlichkeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht.“ (BGH aaO)*

3. Bei dem Vergleich der wechselseitigen Ansprüche von Versicherer und Versicherungsnehmer **bleibt außer Betracht, dass der Versicherer**, sofern er Kenntnis von den tatsächlichen Hintergründen des Vertragsschlusses erlangen würde, **den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten** (§ 123 BGB; vgl. § 22 VVG) oder sich in anderen Konstellationen, etwa gem. § 74 II VVG, **auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen könnte**.

*„Denn diese Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, soll dem getäuschten Versicherer gerade verborgen bleiben (vgl. RGSt 48, 186; BGH StV 1985, 368; m.w. Nachw.; Fischer, § 263 Rn 103 m.w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

4. Dafür, dass bereits mit dem Vertragsabschluss beim Versicherer ein Vermögensschaden eingetreten ist, spricht nicht zuletzt auch die **zivilrechtliche Betrachtung**.

*„Insoweit ist anerkannt, dass der Versicherer gegenüber dem täuschenden Versicherungsnehmer nicht nur die Möglichkeit der Anfechtung des Vertrags hat. Daneben kommt vielmehr auch eine Schadensersatzhaftung des Versicherungsnehmers aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo (§ 311 II Nr. 1 BGB i.V. mit § 241 II BGB) in Betracht mit der Folge, dass der getäuschte Versicherer gem. § 249 BGB die Rückgängigmachung des Vertrags verlangen kann (vgl. BGH NJW 1998, 302). Insoweit besteht die Möglichkeit, dass allein durch die mit dem Vertragsabschluss eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen ein Vermögensschaden begründet wird, wenn der Wert der Gegenleistung hinter dem Wert der Verpflichtungen zurückbleibt (vgl. BGH NJW 1998, 302).“ (BGH aaO)*

5. Nach alledem ist in den Fällen, in denen es zum Abschluss des Lebensversicherungsvertrags kam, beim Versicherer ein Schaden entstanden, so dass insoweit jeweils ein **vollendeter Eingehungsbetrug** vorliegt.

Die dem Tatplan entsprechende **spätere Auszahlung der Versicherungssummen hätte lediglich zu einer Schadensvertiefung geführt** und den Eingehungs- zum Erfüllungsbetrug werden lassen.

*„Auch insoweit ist es für die rechtliche Bewertung ohne Belang, dass hierzu und damit zum Eintritt des endgültigen Verlusts des Versicherers noch eine weitere erfolgreiche Täuschung über den Eintritt des Versicherungsfalls erforderlich gewesen wäre.“ (BGH aaO)*

6. Zweifel daran, dass der jeweilige Versicherer bereits mit dem Abschluss des Lebensversicherungsvertrags in seinem Vermögen geschädigt war, bestehen auch nicht deswegen, weil sich die **Bestimmung der Schadenshöhe als problematisch** erweist.

Insoweit könnte sich eine Berechnung nach bilanziellen Maßstäben (so BGH NJW 2009, 2390 = NSTZ 2009, 330 = StV 2009, 242) etwa deswegen als schwierig darstellen, weil es für die Bewertung der Verpflichtung aus einem täuschungsbedingt abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag keine anerkannten Richtgrößen gibt.

*„Diese Schwierigkeiten lassen indes den Schaden nicht entfallen. Sie führen lediglich dazu, dass der Tatrichter grds. unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung Mindestfeststellungen zu treffen hat (vgl. BGH NJW 2009, 2390 = NSTZ 2009, 330 = StV 2009, 242). Hierzu wird er sich erforderlichenfalls der Hilfe von Sachverständigen aus den Gebieten der Versicherungsmathematik bzw. der Versicherungsökonomie und/oder des Bilanzwesens bedienen. Unter den hier gegebenen Umständen war dies indes nicht geboten.“ (BGH aaO)*

- V. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der **bisherigen Rspr. zum Eingehungsbetrug**.

1. So hat bereits das **RG** (RGSt 48, 186) einen Vermögensschaden des Feuerversicherers in dem bloßen Abschluss eines Versicherungsvertrags gesehen, auf den die Versicherungsnehmer unter Angabe eines unzutreffend hohen Versicherungswerts in der Absicht angetragen hatten, die versicherten Sachen alsbald in Brand zu setzen und dadurch in den Besitz der Versicherungssumme unter anderem auch für Gegenstände zu kommen, die gar nicht vorhanden waren.

Es hat dabei ausgeführt, dass der Prämienanspruch, den die Gesellschaft erhielt, nur den Ausgleich bildete „für die gegenüber einem vertragstreuen Vertragsgegner übernommene Verpflichtung zur Gefahrtragung. Dieser Anspruch verlor an Wert und büßte ihn im Wesentlichen ein bei den Angekl., die überhaupt nicht die Absicht hatten, ihr Verhalten dem Verträge gemäß einzurichten, sondern im Gegenteil entschlossen waren, mit Hilfe des Scheins eines Vertrags die Gesellschaft zu einer vermögensrechtlichen Aufwendung, der Zahlung der Brandentschädigung, zu veranlassen“. Die Vermögensminderung (damals bezeichnet als Vermögensgefährdung) sah das RG darin, dass sich die Versicherungsgesellschaft täuschungsbedingt vertraglich verpflichtete, „eine weit größere Gefahr (vermögensrechtlichen Inhalts) zu tragen, als sie dem in der Prämie ausgedrückten, demgemäß auch vereinbarten gewöhnlichen Verlaufe der Dinge entsprach, und die Möglichkeit einer die Gesellschaft treffenden tatsächlichen Einbuße an ihrem Vermögen war bei der von den Angekl. in Aussicht genommenen alsbaldigen Brandstiftung unmittelbar gegeben“ (RGSt 48, 186).

2. Auch der **BGH** hat den Betrug schon als vollendet angesehen mit dem Vertragsabschluss über die Lieferung von Feinkohle, bei dem der Angekl. von Anfang an beabsichtigt hatte, lediglich minderwertigen Kohlenschlamm zu liefern (BGH NJW 1953, 836).

Er hat ausgeführt, dass beim Eingehungsbetrug eine „Vermögensgefährdung“ schon darin bestehen kann, dass der Geschädigte überhaupt in vertragliche Beziehungen zu einem böswilligen Vertragspartner getreten ist, der von vornherein darauf ausging, den Vertragspartner unter planmäßiger Ausnutzung eines beim Vertragsschluss durch Vorspiegelung von Tatsachen erregten Irrtums zur späteren Entgegennahme einer vertragswidrigen Leistung zu veranlassen.

3. Einen vollendeten Eingehungsbetrug hat der BGH zuletzt auch in dem **betrügerisch veranlassten Eingehen eines Risikogeschäfts** gesehen, das mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr verbunden ist (BGH NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330).

Er hat dabei ausgeführt, der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden sei durch das Verlustrisiko im Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt.

- VI. Schließlich steht auch das **Erfordernis der Stoffgleichheit** einer Strafbarkeit des Angekl. nicht entgegen: Der **rechtswidrige Vermögensvorteil**, den der Täter für sich oder einen Dritten erlangen will, muss die **Kehrseite des Schadens** sein. Unmittelbare Folge des Vertragsabschlusses war für den Angekl. die **Verbesserung seiner Vermögenssituation**. Diese bestand darin, dass der getäuschte Lebensversicherer die **Deckung des Risikos zu nicht äquivalenten Konditionen** übernahm und dem Angekl. die Möglichkeit eröffnete, diese **Risikodeckung zur Fingierung des Todesfalls auszunutzen**.

„Dementsprechend setzte der Angekl. A in 19 weiteren Fällen zur Begehung eines Eingehungsbetrugs unmittelbar an, indem er mit täuschenden Angaben in den Anträgen die Versicherungsunternehmen jeweils zum Abschluss entsprechender Verträge zu veranlassen suchte. Mit der Einreichung des Antrags nahm er diejenige Täuschungshandlung vor, die nach seiner Vorstellung dazu ausreichte, denjenigen Irrtum hervorzurufen, der den Getäuschten zu der schädigenden Vermögensverfügung bestimmen und damit den Schaden herbeiführen sollte (vgl. BGHSt 37, 294 = NJW 1991, 1839 = NStZ 1991, 385).“ (BGH aaO)

Der Einwand, der Angekl. A habe noch nicht unmittelbar zur Tatbegehung angesetzt, sondern sei lediglich im Stadium der **straflosen Vorbereitungshandlungen** verblieben, hat deshalb im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Gem. **§ 22 StGB** liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt.

Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestands entsprechende Handlung vornimmt bzw. ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Auch eine frühere, vorgelagerte Hand-

lung kann bereits die **Strafbarkeit wegen Versuchs begründen**. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht.

2. Diese **abstrakten Maßstäbe bedürfen** angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen jedoch **stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls**. Hierbei können etwa die Dichte des Tatplans oder der Grad der Rechtsgutsgefährdung, der aus Sicht des Täters durch die zu beurteilende Handlung bewirkt wird, für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium Bedeutung gewinnen (BGH BGHR StGB § 22 Ansetzen 30 m.w. Nachw.).

*„Hier fehlt es für den Erfüllungsbetrag an einem unmittelbaren Ansetzen zur Tat i.S. des § 22 StGB, da zunächst noch wesentliche Zwischenschritte erfolgreich hätten zurückgelegt werden müssen, bevor es möglich gewesen wäre, die Versicherungen zur Leistung auf den Todesfall in Anspruch zu nehmen. Denn bevor nicht der Tod des Angekl. A in Ägypten fingiert und die entsprechend gefälschten Unterlagen beschafft waren, wäre es nicht möglich gewesen, die Versicherer durch deren Vorlage auf Auszahlung der Versicherungssummen in Anspruch zu nehmen.“ (BGH aaO)*

- VII. **Ergebnis:** Der Angekl. A hat sich wegen vollendeten Betruges in neun Fällen sowie in den übrigen neunzehn Fällen jeweils durch die Beantragung von Versicherungsverträgen wegen versuchten Betruges nach § 263 StGB strafbar gemacht.

GG **Privatisierung eines Weihnachtsmarktes** KommunalR  
 Art. 28 **Verstoß gegen Gebot kommunaler Selbstverwaltung**  
 (BVerwG in GewA 2009, 484; Urteil vom 27.05.2009 – 8 C 10.08)

1. Aus Art. 28 II 1 GG folgt eine Pflicht der Gemeinde zur grds. **Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes**, der zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehört.
2. Hierzu gehört auch die **Veranstaltung eines traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarktes** mit kommunalpolitischer Relevanz, der zugleich das Besucherinteresse an vertrauten und beliebten Darbietungen aus früheren Veranstaltungen beachtet und zur Förderung der Kontakte der Gemeindebürger untereinander beiträgt, bei dem damit soziale und kulturelle Gesichtspunkte prägend sind.
3. Der Gemeinde ist es bei einem derartigen Aufgabenbereich verwehrt, sich der Verantwortung für die **Durchführung von Veranstaltungen** dieser Art **endgültig zu entledigen**. Sie muss sich **Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten** zu einer dem Wohl der Gemeindeglieder verpflichteten Durchführung von traditionellen Weihnachtsmärkten **vorbehalten**.

**Fall:** K, Inhaber eines Imbissstandes, den er im März 2004 von einem anderen Marktbesitzer erwarb, wendet sich mit einer Feststellungsklage gegen die 1997 erfolgte „Privatisierung“ des Offenbacher Weihnachtsmarktes.

Die Gemeinde B hatte bis zu diesem Zeitpunkt über Jahrzehnte den Weihnachtsmarkt in Offenbach selbst veranstaltet. Im Rahmenprogramm auf dem Weihnachtsmarktgelände traten an verschiedenen Tagen der Nikolaus, eine Puppenbühne mit Puppentheaterstücken, ein Posaunenchor sowie ein Musikverein und andere Musikanten sowie ein Zauberer und Gaukler auf.

Mit Vertrag v. 26.09.1997 übertrug der Magistrat der B die Vergabe des Offenbacher Weihnachtsmarktes an den privaten Betreiber C. Der Vertrag sah u.a. vor, dass C in eigener Verantwortung, für eigene Rechnung und unabhängig von Einzelfallanweisungen der B tätig sein soll. Zum Umfang der Übertragung ist geregelt, dass der Betreiber in eigener Verantwortung die Auswahl der Marktbesitzer, die Marktordnung und die Werbung und Marktdurchführung übernimmt. Die Auswahl der Marktbesitzer wurde an bestimmte Vorgaben geknüpft; so sollten bestimmte Anbietergruppen nach Anzahl und Verhältnis zu der Gesamtzahl der Anbieter berücksichtigt werden, so etwa eine bestimmte Anzahl von Ausschank-, Verköstigungs- und Süßwarenverkaufsbetriebe sowie Kunsthandwerksanbieter und Weihnachtsschmuckanbieter sowie mindestens ein Kinder- und/oder Nostalgiegeschäft ohne Jahrmarktscharakter.

Unter dem 30.03. und 06.04.2006 schlossen B und C eine Änderungsvereinbarung, wonach nunmehr die Auswahl der Weihnachtsmarktbesitzer durch C in eigener Verantwortung auf der Grundlage eines öffentlichen Bewerbungsverfahrens unter privatrechtlichen Grundsätzen erfolge.

Hat die Feststellungsklage Aussicht auf Erfolg?

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

#### A. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Der Verwaltungsrechtsweg ist angesichts des kommunalrechtlichen Charakters der Streitigkeit ohne weiteres nach § 40 I 1 VwGO eröffnet und die Feststellungsklage auch als Klageart statthaft, zumal eine vorrangige Klageart nicht in Betracht kommt. Auch das Feststellungsinteresse besteht.

*„K hat ein Interesse an der begehrten Feststellung. Hierzu genügt jedes nach Sachlage anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtl., wirtschaftl. oder auch ideeller Art (ständ.Rspr.; vgl. nur Beschl. v. 04.03.1976 – BVerwG 1 WB 54.74 –, BVerwGE 53, 134, 137).“* (BVerwG aaO)

Fraglich ist jedoch, ob darüber hinaus auch für die Feststellungsklage eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO vorliegen muss.

*„Über das in § 43 I VwGO geforderte berechnete Interesse an der begehrten Feststellung hinaus ist nach ständiger Rechtsprechung § 42 II VwGO entsprechend anzuwenden (BVerfG, Beschl. v. 05.11.1986 – 1 BvR 706/85 –, BVerfGE 74, 1, 4; BVerwG, Ur. v. 26.01.1996 – 8 C 19.94 –, BVerwGE 100, 262, 264 = NJW 1996, 2046, 2048). Eine Feststellungsklage ist damit nur zulässig, wenn K geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein, entweder weil er an dem feststellenden Rechtsverhältnis selbst beteiligt ist oder weil von dem Rechtsverhältnis eigene Rechte abhängen.“*

*Im vorliegenden Fall erscheint es aber nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise als unmöglich, dass K ohne die seinerseits angegriffene Übertragung der Vergabe im Jahre*



1997 ein **Anspruch gegen B auf Zulassung** zu dem genannten Weihnachtsmarkt zustehen könnte. Bei Rechtswidrigkeit der von ihm gerügten Privatisierung kann ihm ein Anspruch auf Zulassung zur Nutzung öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde eröffnet sein.“ (BVerwG aaO)

Die Feststellungsklage ist daher zulässig.

## B. Begründetheit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn die 1997 erfolgte „Privatisierung“ des Ofenbacher Weihnachtsmarktes rechtswidrig ist.

Es kommt darauf an, ob B rechtlich befugt ist, die Veranstaltung des Weihnachtsmarktes **komplett in die Hand eines Privaten** zu legen. Eine solche Privatisierung könnte gegen Art. 28 II GG verstoßen.

### I. Gewährleistungsinhalt

Nach Art. 28 II 1 GG ist den Gemeinden das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.

#### 1. Recht zur Selbstverwaltung

„Den Gemeinden ist damit durch Art. 28 II 1 GG ein grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassender Aufgabenbereich zugesichert und damit auch die **Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte** in diesem Bereich (BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988-2 BvR 1619/83 u. a., BVerfGE 79, 127, 142; auch Ur. des Senats v. 25.01.2006-BVerwG 8 C 13.05; BVerfGE 125, 68, 72 = Buchh. 415.1 Allg. KommR Nr. 156).

Die **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** sind nach ständiger Rechtsprechung dabei diejenigen **Bedürfnisse und Interessen**, die **in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln** oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben. Auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an (BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988-2 BvR 1619/83., a. a. O., 148). Der bundesrechtliche Rechtsbegriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist dabei **kein inhaltsloser disponibler Begriff**, sondern er ist vom Sinne der grundgesetzliche Selbstverwaltungsgarantie her zu verstehen und auch zu interpretieren (vgl. Püttner, Komm. Selbstverw. in: Isensee/Kirchhof, Hb. des StaatsR d. BRD, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, S. 1151).“ (BVerwG aaO)

#### 2. Pflicht zur Selbstverwaltung

Fraglich ist jedoch, ob dieses Rechts zur Selbstverwaltung auch dazu führt, dass die Gemeinden verpflichtet sind, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft selbst zu regeln und wahrzunehmen.

„Die Gemeinden sind infolge der Selbstverwaltungsgarantie **nicht nur vor Eingriffen** durch den Bund und die Länder in dem Kernbestand ihres Aufgabenbereichs **geschützt**, sondern aus Art. 28 II 1 GG ergibt sich auch eine Bindung der Gemeinden hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieses Bestandes und damit die **grds. Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes**, wenn dieser in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt.

Auf die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung bezogene inhaltliche **Vorgaben des Gesetzgebers** bedürfen eines **rechtfertigenden Grundes**, etwa um eine ordnungsgemäße Erledigung sicherzustellen. Diese Vorgaben müssen beschränkt bleiben „auf dasjenige, was der Gesetzgeber zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs für erforderlich halten kann, wobei er angesichts der unterschiedlichen Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur der Gemeinden typisieren darf und auch im Übrigen einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hat“ (BVerfG, Beschl. v. 07.02.1991 – 2 BvL 24/84 –, BVerfGE 83, 363, 382 f.). Dementsprechend hat der Gesetzgeber in § 19 I 1 HGO festgelegt, dass die Gemeinde die **Aufgabe hat, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen Einrichtungen bereitzustellen**. Die Einwohner der Gemeinden sind im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen, und verpflichtet, die Gemeindelasten zu tragen, § 20 Abs. 1 HGO. Die gesetzliche Regelung in Hessen trägt somit den Anforderungen, die sich aus Art. 28 II 1 GG ergeben, Rechnung.“ (BVerwG aaO)

Allerdings steht es den Gemeinden im Rahmen der sog. freien Selbstverwaltungsangelegenheiten grundsätzlich frei, ob und wie sie bestimmte Aufgaben wahrnehmen. Dieses Ermessen ist jedoch nicht unbegrenzt.

„Gehören Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so darf sich die Gemeinde **im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung** dieses örtlichen Wirkungskreises, **der ausschließlich der Gemeinde**, letztlich zum Wohle der Gemeindeangehörigen, **anver-**

*traut* ist, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Gemeinde steht es damit **nicht grundsätzlich zu**, sich ohne weiteres der **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entledigen**. Anderenfalls hätten es die Gemeinden selbst in der Hand, den **Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung durch Abstoßen oder Nichtwahrnehmung ihrer ureigenen Aufgaben auszuhöhlen**. Um ein Unterlaufen des ihr anvertrauten Aufgabenbereichs zu verhindern, muss sich die Gemeinde grundsätzlich **zumindest Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten** vorbehalten, wenn sie die Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises anderen übertragen will. Sie kann sich damit **nicht ihres genuinen Verantwortungsbereichs** für die Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises **entziehen**.“ (BVerwG aaO)

Der Gemeinde ist es damit verwehrt, den Inhalt der Selbstverwaltungsaufgaben selbst zu beschneiden oder an Dritte abzugeben.

## II. Weihnachtsmarkt als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft

Für die Beantwortung der Frage, ob es sich bei der Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt, ist zu berücksichtigen, ob es sich um eine **öffentliche Einrichtung mit kulturellem, sozialen und traditionsbildenden Hintergrund** handelt, die schon lange Zeit in der bisherigen kommunalen Alleinverantwortung lag.

*„Je länger die kommunale Verantwortung für derart geprägte öffentliche Einrichtungen dauerte, umso mehr ist die Gemeinde zu einer wirksamen **Wahrnehmung** dieser Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft **verpflichtet**. Eine Gemeinde kann sich damit nicht der Aufgabenverantwortung für die so geprägten eigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entziehen. Vielmehr **obliegt ihr auch die Sicherung ihres Aufgabenbereichs**, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und die effektive Wahrnehmung der ureigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sicherzustellen. Die Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Charakter gehört zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Bei einem Weihnachtsmarkt mit dem umschriebenen Charakter treten die wirtschaftlichen Belange eindeutig zurück.*

*Zudem haben die Gerichte seit jeher bei der **Ausrichtung von traditionellen und traditionsbildenden Volksfesten und Weihnachtsmärkten den Charakter der freien Selbstverwaltungsaufgabe und der Daseinsvorsorge hervorgehoben** (BayVGH, Urt. v. 23.03.1988 – 4 B 86.02336 –, GewArch 1988, 245).“ (BVerwG aaO)*

## III. Befugnis zur Einschaltung Privater bei der Aufgabenwahrnehmung

*„Aus dem Gebot der Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes der Gemeinden ergibt sich, dass eine **vollständige Übertragung von Aufgaben** besonderer sozialer, kultureller und traditioneller Prägung wie ein Weihnachtsmarkt, **an Dritte nicht zulässig** ist.*

*Die Entledigung von Aufgaben wie traditionsreichen, kulturellen und sozialen Weihnachtsmärkten, die zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehören, führt damit inhaltlich zu einer **unzulässigen Selbstbeschränkung der kommunalen Selbstverwaltung**.*

***In welcher Weise** die Gemeinde ihren **Einflussbereich** auf die Wahrnehmung für derartige Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises sich vorbehält, etwa durch eine funktionale oder formelle Privatisierung ist dabei eine **Frage ihres Ermessens**.*

*Die Gemeinde hat die Möglichkeit, durch die sog. **formelle Privatisierung** bei der Veranstaltung etwa von Märkten, Messen, aber auch von Weihnachtsmärkten, die unmittelbare Veranstaltungszuständigkeit der Gemeinde einer **kommunalen Eigengesellschaft** zu übertragen. Die Verantwortlichkeit der Gemeinde für die Angelegenheit des örtlichen Wirkungskreises bleibt damit vollständig erhalten.“ (BVerwG aaO)*

*Weiterhin ist der Gemeinde die Möglichkeit einer sog. funktionellen Privatisierung eröffnet. Dabei kommt es zu einem **Zusammenwirken von Privatrechtsträgern und der Gemeinde**, so etwa in Form von **Betreiber- und Betriebsführungsmodellen**. Die Gemeinde kann etwa einen privaten Unternehmer als Erfüllungsgehilfen im sog. **Submissionsmodell** mit der Durchführung der Veranstaltung in ihrem Namen betrauen. Damit bleibt die Gemeinde aber in rechtlicher Hinsicht der Veranstalter des Marktes. Ebenso kann das sog. **Konzessionsmodell** zugrunde gelegt werden, wonach eine öffentliche Einrichtung verpachtet werden und die Wahrnehmung an private Unternehmer weitergegeben werden kann. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die **Rechtspflichten der Gemeinden** gegenüber Beschickern, Besuchern und Dritten **fortbestehen** müssen. Die Gemeinde muss sich in diesem Fall jedenfalls **Kontroll- und Einwirkungsrechte vorbehalten**.“ (BVerwG aaO)*

Die Feststellungsklage ist damit auch begründet.

## III. Ergebnis: Die Klage wird Erfolg haben.

**GG**                      **Ausnahmeregelungen für Rauchverbot in Gaststätten**                      **GG**  
**Art. 3, 12**                      **Anforderungen an Verfassungsmäßigkeit**  
**(BVerfG in DÖV 2009, 1006 = GewA 2009, 450; Beschluss vom 10.09.2009 – 1 BvR 2054/09)**

1. Die **Änderung eines Gesetzes** setzt die **Jahresfrist** des Art. 93 III GG grundsätzlich **nur für die geänderten Vorschriften neu in Gang**. Etwas anderes gilt aber dann, wenn durch die Änderungen eine andere, nicht geänderte Vorschrift eine neue, stärker als bisher belastende Wirkung erhält.
2. Der Schutz der Bevölkerung vor den **Gesundheitsgefahren** durch Passivrauchen stellt ein **Gemeinwohlziel** dar, das auf vernünftigen Erwägungen beruht und daher grds. Beschränkungen der Berufsfreiheit von Gastwirten legitimieren kann.

**Fall:** B, eine GmbH, betreibt eine als „Pilsbar“ bezeichnete Gaststätte in der Stadt M in Bayern. Diese besteht aus zwei Gasträumen, die beide über einen gemeinsamen Eingang zu erreichen sind. Der Hauptraum liegt im Keller, enthält eine etwa 15 m lange Theke und sieben Tische; der Gastbereich hat eine Größe von 96 m<sup>2</sup>. Dort besteht die Möglichkeit, Billard, Dart oder Tischfußball zu spielen, außerdem sind Spielautomaten und Internetterminals aufgestellt. Als Zielgruppe nennt die B Gäste zwischen 20 und 40 Jahren. Der zweite Gastraum hat eine Größe von etwa 63 m<sup>2</sup>. In ihm befindet sich außer einer Theke lediglich ein Stehtisch. Außer Getränken werden dort einfache selbst zubereitete Speisen angeboten. Diese machen weniger als 10 % des jährlichen Umsatzes aus. Das Zielpublikum des Nebenraums hat nach Angaben der B ein Durchschnittsalter von über 40 Jahren. Der Anteil der Raucher an der Gesamtzahl der Gäste beträgt nach ihren Aussagen in beiden Räumen etwa 90 %.

Das bay. Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz, GSG) v. 20.12.2007 (BayGVBl S. 919), das zum 01.01.2008 in Kraft getreten ist sieht in Art. 3 I 1 GSG vor, dass im Freistaat Bayern das Rauchen in den in Art. 2 GSG näher bezeichneten Gebäuden und Einrichtungen, zu den auch Gaststätten zählen, verboten ist. Verantwortlich für die Einhaltung des Rauchverbots in einer Gaststätte ist deren Betreiber (Art. 7 S. 1 Nr. 3 GSG); bei einem Verstoß gegen das Rauchverbot hat er die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um eine Fortsetzung des Verstoßes oder einen neuen Verstoß zu verhindern (Art. 7 S. 2 GSG). Unterlässt er dies, kann er gem. Art. 9 II GSG mit einer Geldbuße belegt werden.

Durch das am 01.08.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Änd. des GSG v. 27.07.2009 (BayGVBl S. 384) sind u. a. der Anwendungsbereich des Rauchverbots und die Ausnahmeregelungen geändert worden. Nach Art. 2 Nr. 8 GSG in der geänd. Fassung findet das Rauchverbot auf Gaststätten i. S.d. Gaststättengesetzes Anwendung; die nach der bisherigen Fassung bestehende Einschränkung des Anwendungsbereichs auf öffentl. zugängliche Gaststätten ist gestrichen worden. Gleichzeitig ist Gaststätteninhabern durch eine Änd. des Art. 6 I 2 GSG die Möglichkeit eröffnet worden, in vollständig abgetrennten Nebenräumen das Rauchen zuzulassen, wenn diese Räume deutlich als Raucherräume gekennzeichnet sind und die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt werden.

Des Weiteren sind zwei neue Ausnahmen vom Rauchverbot nach Art. 3 I GSG in Art. 5 I Nr. 4 und 5 GSG aufgenommen worden. Nach Art. 5 I Nr. 4 GSG gilt das Rauchverbot nunmehr nicht in Bier-, Wein- und Festzelten, die nur vorübergehend und in der Regel an wechselnden Standorten betrieben werden, sowie in vorübergehend als Festzelten genutzten ortsfesten Hallen auf Volksfesten und vergleichbar großen Veranstaltungen. Eine ähnliche Ausnahmeregelung hatte das Gesetz bereits in seiner früheren Fassung als zeitlich begrenzte Übergangsregelung enthalten (vgl. dazu BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 06.08.2008 – 1 BvR 3198/07, 1 BvR 1431/08 –, NJW 2008, S. 2701). Art. 5 I Nr. 5 GSG in der Neufassung nimmt zudem getränkegeprägte Gaststätten mit weniger als 75 m<sup>2</sup> Gastfläche und ohne abgetrennten Nebenraum von dem Verbot aus, wenn Kindern und Jugendlichen der Zutritt nicht gestattet ist und die Gaststätten am Eingangsbereich in deutlich erkennbarer Weise als Raucher-gaststätten gekennzeichnet sind, zu denen Minderjährige keinen Zutritt haben.

B erhebt gegen das GSG in seiner geänderten Fassung unmittelbar Verfassungsbeschwerde. Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

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

#### **A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **B als dem Staat gegenüberstehend** gegen ein Gesetz als staatliche Maßnahme wendet

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt**, also auch ein formelles Gesetz.

Der Beschwerdeführer muss nach Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

Hier kommt grundsätzlich eine Verletzung von Art. 3 I GG und von Art. 12 I GG in Betracht. Diese Grundrechte sind auch auf die GmbH als juristische Person des Privatrechts gem. Art. 19 III GG ihrem Wesen nach anwendbar.

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

B als Betreiberin einer Gaststätte ist selbst betroffen. Wird die **Verfassungsbeschwerde gegen Normen** erhoben, ohne dass bereits ein Umsetzungsakt erfolgt ist, besteht die Betroffenheit **in der Regel nur für die Zukunft** und die **Beschwerdebefugnis ist abzulehnen**. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn das Gesetz unmittelbar Verbote ausspricht, ohne dass es eines Umsetzungsaktes bedarf. So liegt es hier, so dass eine gegenwärtige Betroffenheit anzunehmen ist. Auch die Unmittelbarkeit der Betroffenheit besteht angesichts des unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Rauchverbotes.

Grundsätzlich muss vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde der Rechtsweg erschöpft sein. Ein solcher ist gegen formelle Gesetze jedoch nicht eröffnet. Allerdings ist über die Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus ist die Verfassungsbeschwerde gegenüber einer **Inzidentprüfung** durch die Fachgerichte subsidiär, so dass dies auch bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, bei der kein Rechtsweg vorgesehen ist, gilt. (BVerfGE 78, 350 [355], BVerfGE 84, 90 [116]; BVerfG NJW 2003, 418; BVerfG, NVwZ 2004, 977). Allerdings sind auch hier die **Ausnahmefälle des § 90 II BVerfGG** zu berücksichtigen. Es kann daher dahinstehen, ob hier eine Inzidentprüfung vor dem Verwaltungsgericht in Form der Feststellungsklage überhaupt möglich wäre, jedenfalls ist die Verfassungsbeschwerde zu Fragen des Rauchverbotes von allgemeiner Bedeutung und daher unmittelbar zulässig.

Fraglich ist allein, ob die nach § 93 III BVerfG für die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze laufende Jahresfrist eingehalten wurde.

### I. Verfassungsbeschwerde gegen neue Ausnahmeregelungen

*„Soweit die Verfassungsbeschwerde sich gegen Art. 2 Nr. 8 i. V. m. Art. 3 I 1 GSG richtet, ist die Jahresfrist des § 93 III BVerfGG gewahrt. Zwar setzt die **Änderung eines Gesetzes die Jahresfrist grds. nur für die geänd. Vorschriften neu in Gang** (vgl. BVerfGE 11, 255, 260; 18, 1, 9; 80, 137, 149). Die Frist wird aber durch die Novellierung eines Gesetzes auch dann neu eröffnet, wenn die **schon zuvor angreifbare Gesetzesbestimmung** durch die Änderung anderer Bestimmungen eine **neue, den BF stärker als bisher belastende Wirkung** erhalten hat (vgl. BVerfGE 45, 104, 119; 78, 350, 356; 100, 313, 356; BVerfGK 1, 306, 307). Dies ist hier der Fall. Das in Art. 3 I 1 GSG normierte Rauchverbot ist zwar bereits seit dem 01.01.2008 unverändert in Kraft, und die Änd. des Art. 2 Nr. 8 GSG betrifft die B nicht unmittelbar; die neuen Ausnahmeregelungen **begünstigen aber Mitbewerber** der B, so dass das in Art. 2 Nr. 8 i. V. m. Art. 3 I 1 normierte Rauchverbot für diese nunmehr **neue, zusätzliche Nachteile** mit sich bringt.“ (BVerfG aaO)*

### II. Verfassungsbeschwerde gegen bußgeldbewehrte Interventionspflicht

*„**Nicht fristgemäß** erhoben ist die Verfassungsbeschwerde jedoch, soweit sie sich gegen Art. 7 I Nr. 3 und Art. 9 II GSG richtet. Auch diese **Regelungen** sind bereits zum 01.01.2008 in Kraft getreten. Durch das Gesetz zur Änd. des GSG sind sie **nicht geändert worden**. Die Indienstnahme von Gastwirten als Verantwortliche für die Einhaltung des Rauchverbots hat durch die Änd. anderer Vorschriften auch **keine neue, die B stärker belastende Wirkung** erhalten (zur Verfassungsmäßigkeit einer solchen Indienstnahme der Gastwirte vgl. BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 13.08.2008 – 1 BvR 2068/08 –, juris).“ (BVerfG aaO)*

Die Verfassungsbeschwerde ist nach alledem zulässig.

### B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn B durch die geänderten Ausnahmeregelungen des GSG in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist.

## I. Verletzung von Art. 12 I GG

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der in Art. 12 I GG gewährleisteten Berufsfreiheit.

### 1. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst die Berufswahl und die Berufsausübung. Die Tätigkeit als Gastwirt ist daher von dem Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst.

### 2. Eingriff

Das GSG hat berufsregelnde Tendenz und schränkt die freie Berufsausübung der B ein, so dass ein Eingriff vorliegt.

### 3. Rechtfertigung

Dieser Eingriff müsste gerechtfertigt sein. Dies erfordert jedoch, dass Art. 12 I GG überhaupt eingeschränkt werden kann und die getroffene Einschränkung verhältnismäßig ist.

#### a) Einschränkungbarkeit

Die hier betroffene Berufsausübung steht nach Art. 12 I 2 GG unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt und kann daher durch Gesetz eingeschränkt werden.

#### b) Verhältnismäßigkeit der Einschränkung

Die Einschränkung muss jedoch ihrerseits verhältnismäßig sein. Sie muss daher einen legitimen Zweck verfolgen sowie zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

##### aa) Verfolgung eines legitimen Zwecks

Die Regelungen zum Nichtraucherschutz in Gaststätten verfolgen Zwecke des Gesundheitsschutzes für die Arbeitnehmer und die Gäste. Dies stellt einen legitimen Zweck dar.

##### bb) Geeignetheit

Ein Rauchverbot ist zur Erreichung dieses Zwecks auch grundsätzlich geeignet. Fraglich ist jedoch, wie es sich hierauf auswirkt, dass der Gesetzgeber in den angegriffenen Änderungsregelungen den **Nichtraucherschutz** wieder **herabgesetzt** hat.

*„Der Gesetzgeber war von Verfassungs wegen nicht gehindert, so wie in Bayern auch zunächst geschehen, zum Schutz der Gesundheit vor Passivrauchen ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen (vgl. BVerfGE 121, 317, 357 ff.; BVerfG, NJW 2008, S. 2701). Allerdings ist es ihm aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums auch nicht verwehrt, das Ziel des Schutzes der Gesundheit vor Passivrauchen angesichts der gegenläufigen Interessen der Gaststättenbetreiber und der Raucher mit Hilfe eines Schutzkonzeptes zu verfolgen, das den Gesundheitsschutz weniger stringent verfolgt als ein striktes Rauchverbot (vgl. BVerfGE 121, 317, 360).“ (BVerfG aaO)*

##### cc) Erforderlichkeit

Es ist auch höchstrichterlich geklärt, dass mildere Mittel gleicher Effektivität nicht zur Verfügung stehen (vgl. BVerfG, Urteil vom 30.07.2008 - 1 BvR 3262/07, NJW 2008, 2409).

##### dd) Angemessenheit

Die Schwere des Grundrechtseingriffs muss in einem angemessen zu dem verfolgten Zweck stehen. Je stärker der Eingriff in die grundrechtlichen Gewährleistungen umso höhere Anforderungen müssen an die Eingriffsrechtfertigung gestellt werden.

*„Der Schutz der Bevölkerung vor den **Gesundheitsgefahren** durch Passivrauchen stellt ein **Gemeinwohlziel** dar, das auf vernünftigen Erwägungen beruht und daher grds. Beschränkungen der Berufsfreiheit von Gastwirten legitimieren kann; gesetzl.*

Rauchverbote in Gaststätten sind auch **geeignete und erforderliche Maßnahmen** zum Schutz vor Gefährdungen der Gesundheit durch Passivrauchen (vgl. BVerfGE 121, 317, 349 ff.). Das in Art. 2 Nr. 8 i. V. m. Art. 3 I 1 GSG geregelte Rauchverbot stellt auch nach der Novellierung des GSG zum 01.08.2009 **keine unverhältnismäßige Belastung** der betroff. Gastwirte dar.

Mit der **Schaffung von Ausnahmeregelungen** für kleine, getränkegeprägte Einraumgaststätten und die Zeltgastronomie sowie der Möglichkeit, Rauchernebenräume einzurichten, hat der bay. Gesetzgeber sich für ein solches **weniger intensives Schutzkonzept** entschieden. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass er dieses nicht folgerichtig umgesetzt hätte. Da er sich dafür entschieden hat, das legitime Ziel des Gesundheitsschutzes zu relativieren und den **Interessen der Gastronomie** durch Ausnahmeregelungen für Rauchernebenräume und die Zeltgastronomie **Rechnung zu tragen**, war es folgerichtig und verfassungsrechtlich geboten (vgl. BVerfGE 121, 317, 363 ff.), die spezifischen nachteiligen Auswirkungen des Rauchverbots auf die **getränkegeprägte Kleingastronomie** zu berücksichtigen.

Demgegenüber besteht kein Anlass, auch Gaststätten wie die der B vom Rauchverbot auszunehmen. B macht zwar anhand konkreter Zahlen geltend, dass gut 90 % ihrer Gäste Raucher seien und dass ihr aufgrund des Rauchverbots erhebliche wirtschaftl. Einbußen drohten. Es ist ihr aber ebenso wie anderen Inhabern von **Mehrraumgaststätten** grds. unbenommen, einen **Rauchernebenraum einzurichten** und dort das Rauchen weiter zuzulassen. Insoweit hat der Gesetzgeber eine Regelung getroffen, die den Interessen der Gastwirte und der Raucher Rechnung trägt, ohne das Ziel des Gesundheitsschutzes aufzugeben. Dies **entspricht dem gewählten Schutzkonzept**. Selbst wenn das Rauchverbot im konkreten Fall trotz der Möglichkeit eines Raucherraums wegen des besonderen Gepräges der Gaststätte zu einer existenzbedrohenden wirtschaftl. Beeinträchtigung der B führen könnte, wäre damit nur eine einzelne Sonderkonstellation gegeben, die den Gesetzgeber nicht zu einer weiteren Ausnahme zwingt (vgl. BVerfGE 121, 317, 358).“ (BVerfG aaO)

Eine Verletzung von Art. 12 I GG liegt demnach nicht vor.

## II. Verletzung von Art. 3 GG

Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn ungleiche Sachverhalte gleich oder gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden.

„Im Hinblick auf die **Zeltgastronomie** hat sich der Gesetzgeber davon leiten lassen, dass Bier-, Wein- und Festzelte dadurch charakterisiert sind, dass sie nur **wenige Tage oder Wochen** im Jahr an einem festen Standort aufgestellt sind und deshalb nach seiner von Verfassungs wegen nicht zu beanstandenden Einschätzung **nicht in gleichem Maß Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen** verursachen wie ortsfeste Gaststätten, die ganzjährig besucht werden können (vgl. LT-Drs. 16/954, S. 4). Es dürfte zwar zutreffen, dass Veranstaltungen in Festzelten aufgrund ihrer gesellschaftlichen Bedeutung typischerweise auch eine große Zahl von Nichtraucherern anziehen. Wenn der Gesetzgeber die vom Passivrauchen bei solchen Gelegenheiten ausgehenden gesundheitlichen Gefahren gleichwohl wegen der beschränkten Standzeit solcher Zelte als hinnehmbar einschätzt, überschreitet er damit nicht den ihm zukommenden **Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum**.

Im Hinblick auf die Ausnahmen vom Rauchverbot für **kleine Einraumgaststätten** hat sich der Gesetzgeber davon leiten lassen, dass dieser Bereich des Gaststättengewerbes durch ein Rauchverbot typischerweise besonders belastet ist (vgl. LT-Drs. 16/954, S. 4; BVerfGE 121, 317, 363 ff.). Dabei stellt sich **die Grenze von 75 m<sup>2</sup>** entgegen der Ansicht der B **nicht als willkürlich** dar. Sie geht auf eine Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 01.03.2005 zurück. Dort wurde mit den Interessenvertretern des Gaststättengewerbes als Maßstab für die Befreiung vom Nichtrauchererschutz eine Gastfläche von weniger als 75 m<sup>2</sup> vereinbart, weil für derart kleine Lokale eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherbereichen „in aller Regel nicht sinnvoll“ sei. Die vom Gesetzgeber übernommene pauschale Grenzziehung bei einer Größe von 75 m<sup>2</sup> ist dabei nicht zu beanstanden. Da **Praktikabilität und Einfachheit des Rechts** zu den notwendigen Voraussetzungen eines gleichheitsgerechten Gesetzesvollzugs gehören, ist der Gesetzgeber befugt, auch generalisierende und typisierende Regelungen zu treffen (vgl. BVerfGE 113, 167, 236; ständ.Rspr).“ (BVerfG aaO)

Auch eine Verletzung von Art. 3 I GG ist nicht feststellbar

- C. **Ergebnis:** Die Verfassungsbeschwerde ist, soweit sie zulässig ist, nicht begründet; sie wird daher insgesamt keinen Erfolg haben.

## Kurzauslese I

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

**BGB** **BGB**  
**§§ 119 I, 1955** **Erbausschlagung**  
**keine Anfechtung wegen eines Motivirrtums**  
 (OLG München in FamRZ 2009, 2119; Urteil vom 04.08.2009 – 31 Wx 60/09)

Die **Ausschlagung der Erbschaft kann nicht deshalb angefochten werden, weil** das mit ihr **erstrebte Ziel** - hier: Alleinerbenstellung der Ehefrau aufgrund gesetzlicher Erbfolge - wegen der Unwirksamkeit der Erklärung eines der Miterben **nicht erreicht wird**.

- I. Es besteht ein **Unterschied zwischen dem Inhalt einer Willenserklärung**, nämlich der Ausschlagung der Erbschaft durch den Erklärenden selbst, **und dem damit** in Absprache mit den übrigen als gesetzliche Erben berufenen Personen **verfolgten weitergehenden Ziel**, durch Wegfall aller anderen gesetzlichen Erben aufgrund wirksamer Ausschlagungserklärungen der Witwe des Erblassers zur Stellung als Alleinerbin zu verhelfen. In Betracht kommt hier ein **Irrtum über den Inhalt der Erklärung** (§ 119 I Alt. 1 BGB).
- II. Ein solcher **Inhaltsirrtum** kann auch darin gesehen werden, dass der **Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht** nur die von ihm **erstrebten Rechtswirkungen erzeugt**, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger Rechtsirrtum berechtigt aber nach st. Rspr. nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt. Dagegen ist **der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen**, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein **unbeachtlicher Motivirrtum** (BGH NJW 2006, 3353 m. w. N.).

*„Dass die Beteiligten zu 3) bis 7) sich über den Inhalt der Ausschlagungserklärung als solcher und der mit ihr unmittelbar verbundenen Rechtsfolge, nämlich den Verlust des eigenen Erbrechts und den rückwirkenden Anfall an den Nächstberufenen (§ 1953 BGB), geirrt hätten, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich. Ihnen war bei der Abgabe ihrer Ausschlagungserklärung bewusst, dass das angestrebte Ziel - der Beteiligten zu 1) die Stellung als Alleinerbin zu verschaffen - nicht bereits allein durch ihre jeweilige Erklärung erreicht werden konnte, sondern nur durch weitere Schritte, nämlich die Ausschlagung durch alle anderen Geschwister der Erblassers und deren Abkömmlinge, denn es waren entsprechende Absprachen in der Familie getroffen worden, wie sich aus dem Schreiben der Beteiligten zu 4) und 5) sowie den Äußerungen der Beteiligten zu 1) im Erbscheinsantrag ergibt.*

*Geirrt haben sich die Beteiligten zu 3) bis 7) darüber, dass von allen diesen Personen wirksame Ausschlagungserklärungen abgegeben werden würden, denn die Erklärung des Beteiligten zu 2) war wegen dessen Geschäftsunfähigkeit unwirksam. Infolgedessen wurde das erstrebte Ziel nicht erreicht, den Nachlass in der Hand der Beteiligten zu 1) zu konzentrieren. Der Irrtum darüber, wem der Erbeil in Folge der Ausschlagung anfällt, ist aber ein Irrtum über mittelbare Rechtsfolgen, der nicht zur Anfechtung berechtigt.“ (OLG München aaO).*

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**BGB** **BGB**  
**§ 278** **Erfüllungsgehilfe**  
**Jobcenter ist kein Erfüllungsgehilfe des Mieters**  
 (BGH in NJW 2009, 3781; Urteil vom 21.10.2009 – VIII ZR 64/09)

Ein **Jobcenter** (Sozialamt), das für einen hilfebedürftigen Wohnungsmieter die Kosten der Unterkunft in der Weise übernimmt, dass es die Miete direkt an den Vermieter des Hilfebedürftigen überweist, ist **kein Erfüllungsgehilfe des Mieters**.

- I. In der **Rspr. der Instanzgerichte und in der Lit.** wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass sich der Mieter das Verschulden einer staatlichen Stelle, derer er sich zur Erfüllung seiner Mietzahlungspflicht bedient, nach § 278 BGB zurechnen lassen müsse.

LG Mönchengladbach ZMR 1993, 571; LG Karlsruhe WuM 1989, 629; LG Berlin GE 1991, 95; LG Berlin MM 1993, 394; AG Köln NZM 2000, 380; Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 543 Rn 95; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., § 543 Rn 26; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 543 Rn 27a; offengelassen in KG NJW 1998, 2455 = NZM 1998, 110; a.A. LG Mainz WuM 2003, 629; Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, WohnungsbauR [Juni 2009], § 543 Anm. 7.3.

**Teilweise** wird eine fristlose Kündigung des Vermieters in derartigen Fällen gleichwohl als unwirksam erachtet, weil ihr der **Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens** entgegenstehe.

BerlVerfGH ZMR 2003, 815 = GE 2003, 385; LG Mönchengladbach ZMR 1993, 571; Schmidt-Futterer, § 543 Rn 127

- II. Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falls mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (BGHZ 13, 111 = NJW 1954, 1193; BGHZ 62, 119 = NJW 1974, 692; st. Rspr.).

Daher **kann grds. auch ein Amtsträger als Erfüllungsgehilfe anzusehen sein**.





Dies ist in der **BGH-Rspr.** z.B. für einen Notar im Bereich rechtsbetreuender Tätigkeit angenommen worden (BGH NJW 1984, 1748; vgl. auch BGHZ 62, 119 = NJW 1974, 692). Der Grund dafür, dass der Schuldner für das Verschulden eines Dritten einzustehen hat, liegt in der Erweiterung seines Geschäfts- und Risikobereichs; die Hilfsperson übernimmt eine Aufgabe, die im Verhältnis zum Gläubiger dem Schuldner selbst obliegt (BGHZ 62, 119 = NJW 1974, 692; BGH NJW 1984, 1748).

- III. Diese **Voraussetzungen** sind indes **bei einer Behörde, die – wie hier das Jobcenter – im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen an einen Bürger erbringt**, nach Ansicht des BGH aaO **nicht erfüllt**.

*„Der Anspruchsberechtigte schaltet das Jobcenter insoweit nicht als Hilfsperson zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinem Vermieter ein; vielmehr wendet er sich an die staatliche Stelle, um selbst die notwendigen Mittel für den eigenen Lebensunterhalt zu erhalten. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Jobcenter die Kosten der Unterkunft an den Hilfebedürftigen selbst zahlt oder direkt an den Vermieter überweist (vgl. § 22 IV SGB II). In beiden Fällen nimmt das Jobcenter hoheitliche Aufgaben wahr, um die Grundsicherung des Hilfebedürftigen zu gewährleisten. Mit dieser Stellung ist die Annahme, die Behörde werde vom Leistungsempfänger als Erfüllungsgehilfe im Rahmen des Mietvertrags über seine Unterkunft eingesetzt, nicht vereinbar.“* (BGH aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 443

### selbstständige Garantieverpflichtung durch Internet-Werbung

BGB

(OLG Frankfurt a.M. in DB 2009, 1816; Beschluss vom 08.07.2009 – 4 U 85/08)

Für das **Entstehen einer selbstständigen Garantieverpflichtung** i. S. des § 443 BGB **bedarf es nicht des wirksamen Abschlusses eines Garantievertrags**; vielmehr **kann diese auch allein durch eine Darstellung der Garantie in der Werbung für ein Produkt entstehen**.

- I. Die derzeit **überwiegend in der Lit. vertretene Ansicht** geht dahin, dass auch eine selbstständige Garantieverpflichtung eines Herstellers oder Importeurs i. S. von § 443 BGB einer vertraglichen Grundlage bedürfe und deshalb die Garantieerklärung dem Käufer zumindest zugegangen sein müsse. Diese Ansicht geht damit davon aus, dass Art. 6 I VerbrGKRL, § 443 BGB an dem Zustandekommen einer Garantieverpflichtung nichts geändert habe.

Dagegen wird die Auffassung vertreten, auch eine Werbeaussage für sich allein reiche aus, um eine Garantieverpflichtung überhaupt zu begründen. Diese Ansicht geht damit davon aus, dass Art. 6 I VerbrGKRL, § 443 BGB an dem Zustandekommen einer Garantieverpflichtung nichts geändert habe. Dagegen wird die Auffassung vertreten, auch eine Werbeaussage für sich allein reiche aus, um eine Garantieverpflichtung überhaupt zu begründen.

MüKo-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 443 Rn 7; AnwK-BGB/Büdenbender, § 443 Rn 11; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rn 684; JurisPK-BGB/Pammler, 3. Aufl., § 443 Rn 16; vgl. Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 443 Rn 18 m. w. N.

- II. **OLG Frankfurt aaO** sieht eine größere Wahrscheinlichkeit dafür, dass die höchstrichterliche Rspr. insbesondere die **Rspr. des EuGH** sich dieser zuletzt genannten Ansicht anschließen würde.

1. Mit den in der **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** eingeführten Regelungen soll der Wettbewerb zwischen den Warenherstellern gefördert werden, indem mit der **selbstständigen Garantiezusage** ein **Marketinginstrument** zur Verfügung steht, dem aber zugleich eine rechtliche Bedeutung i. S. der in ihr zum Ausdruck gebrachten Garantieverpflichtung zukommen soll. Eine Irreführung des Verbrauchers soll weitestgehend vermieden werden. Dies bedingt, dass auch die Werbeaussagen für eine Garantie zur Bestimmung der rechtlichen Garantieverpflichtung heranzuziehen sind.

*„Aus diesen Anliegen der Richtlinie ergibt sich deutlich eine **Priorität der Werbeaussagen gegenüber den Angaben in einer davon getrennten Garantieerklärung**. Wenn die Hersteller die Möglichkeit haben sollen, mit der Werbung für eine Herstellergarantie den Absatz ihrer Waren zu fördern, damit aber nicht zugleich eine Täuschung der Verbraucher eintreten darf, muss der Verbraucher auf diese Werbeaussagen vertrauen können. In diesem Sinne ist Art. 6 I VerbrGKRL insbesondere in seiner englischen Fassung zu verstehen. Der Umstand, dass darin sowie in § 443 BGB die Werbeaussagen und die Garantieerklärung genannt sind, darf nach dem **Sinn und Zweck dieser Vorschriften** nicht dahin verstanden werden, dass beide Erklärungen insbesondere die Garantieerklärung erforderlich sind, um überhaupt eine Garantieverpflichtung entstehen zu lassen. Dies würde dem Zweck widersprechen, dass **Garantien als Werbemittel eingesetzt** werden und dabei keine Irreführungen der Verbraucher eintreten dürfen. Würde die Garantieverpflichtung entfallen, allein weil in Folge des Kaufs später eine Übermittlung der Garantieerklärung gänzlich ausbleibt, würde der Verbraucher in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht und damit genau eine solche Irreführung eintreten, die mit der Richtlinie und ihr folgend § 443 BGB vermieden werden soll.“* (OLG Frankfurt a.M. aaO).

2. Einer allein auf die Werbeaussage gestützte Garantieverpflichtung steht nicht **§ 311 I BGB** entgegen, wonach schuldrechtliche Beziehungen durch Rechtsgeschäft nur aufgrund eines Vertrages entstehen können, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt.

*„Art. 6 I VerbrGKRL und § 443 BGB sind insoweit **andere gesetzliche Vorschriften**. Der Zweck von Art. 6 I VerbrGKRL liegt darin, dass ein Garantiegeber an seine Garantieerklärung und Werbeaussagen gebunden wird. Das Abschließen eines Vertrages wird darin nicht gefordert. Es wäre kaum nachvollziehbar, wenn diese Vorschrift lediglich zum Ausdruck bringen wollte, dass ein Garantievertrag verbindlich sein soll, denn die Verbindlichkeit von Verträgen ist ein **allgemeines Rechtsprinzip in allen Mitgliedsstaaten** der Europäischen Gemeinschaft, für das es keiner ausdrücklichen Regelung im Wege einer Richtlinie bedarf. Die Vorschrift kann auch nicht dahin verstanden werden, dass neben zwingend zu erwartenden vertraglichen Bestimmungen lediglich zusätzlich die einseitigen Erklärungen des Garantiegebers verbindlich sein sollen. Vielmehr gibt diese Vorschrift deutlich zu erkennen, dass der Erklärende einer Garantie an seinen Erklärungen in einer Garantieerklärung und/oder in einschlägigen Werbeaussagen gebunden sein soll. Dies bedeutet zugleich, dass weitere Vor-*



aussetzungen an eine solche rechtliche Bindung nicht zu stellen sind. § 443 I BGB ist ebenfalls in diesem Sinne zu verstehen, denn sein Anliegen ist es, Art. 6 I VerbrGKRL in deutsches Recht umzusetzen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 238), womit § 443 I BGB entsprechend dem Inhalt dieser Richtlinienbestimmung auszulegen ist.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO).

3. Ein allein durch öffentliche Bekanntmachung begründetes Schuldverhältnis ist dem deutschen Zivilrecht auch nicht fremd.

„**Auslobungen gem. § 657 BGB entstehen ebenfalls auf diese Weise.** Versteht man Garantienaussagen aus einer Werbung wie Auslobungen auf zukünftige Garantieleistungen, dann bedarf es keiner weitergehenden Garantieverklärung und keines Garantievertrages für eine solche Verpflichtung. Solche Werbeaussagen prämiieren damit das Zustandekommen eines Kaufvertrages mit einer Garantiezusage seitens des Herstellers, Importeurs oder sonstigen Dritten. Auch wenn sich die Garantieverpflichtung aufgrund von in der Werbung herausgestellten Garantienaussagen aus § 443 BGB und nicht aus § 657 BGB ergibt, ist dem § 657 BGB insoweit die gesetzgeberische Wertung für Prämierungen solcher Art zu entnehmen, dass der Käufer der Ware die Werbeaussage nicht zur Kenntnis genommen haben muss. Ebenso wie bei § 657 BGB soll der von der öffentlichen Bekanntmachung Begünstigte nicht nachweisen müssen, dass er die Werbeaussage, so wie sie veröffentlicht wurde, auch tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Insoweit ist die Interessenlage bei einer **Garantiezusage im Rahmen von Werbemitteilungen und einer öffentlich bekannt gemachten Auslobung grds. ähnlich.**“ (OLG Frankfurt a.M. aaO).

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

HGB  
§ 160**Gesellschafterhaftung**

HGB

**Haftung des ausgeschiedenen GbR-Gesellschafters für Mietforderungen**

(KG in ZMR 2010, 33; Beschluss vom 25.05.2009 – 8 U 76/09)

**Schließt eine GbR einen befristeten Mietvertrag und scheidet sodann ein Gesellschafter vor Ablauf der vertraglichen Mietzeit aus, so haftet er grds. auch für die Mietforderungen wegen der Zeiträume nach dem Ablauf der vertraglichen Mietzeit, wenn sich das Mietverhältnis gem. § 545 BGB auf unbestimmte Zeit verlängert.**

„Bei Dauerschuldverhältnissen ist die **Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits im Vertrag selber angelegt mit der Folge, dass diese Schuldverpflichtungen mit dem Vertragsschluss als entstanden anzusehen sind, auch wenn einzelne Verpflichtungen erst später fällig werden.** Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Verlauf des Dauerschuldverhältnisses in der Zukunft gewiss oder ungewiss war (vgl. BGH NJW 2002, 2170).

Unerheblich ist, dass der Mietvertrag in Gestalt der Nachtragsvereinbarung zum 30. Juni 2006 enden sollte und der Mieter die Option aus Ziff. 2 S. 2 der Nachtragsvereinbarung nicht ausgeübt hat. Das Mietverhältnis hatte sich gem. § 545 BGB auf unbestimmte Zeit fortgesetzt, weil der Bekl. den Verkaufsstand für Backwaren weiterhin genutzt hat und keine Vertragspartei der Verlängerung des Mietverhältnisses widersprochen hat. Auch dieser Verlauf war im ursprünglichen Vertrag, der § 545 BGB gerade nicht ausgeschlossen hat, angelegt; die Fortsetzung des Mietvertrages beruht nicht auf einer nach dem behaupteten Ausscheiden zwischen den Mietvertragsparteien vereinbarten Vertragsverlängerung.“ (BGH aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

InsO  
§ 21**Durchsuchungsanordnung**

InsO

**keine Ermächtigung des Insolvenzverwalters zur Durchsuchung von Räumen Dritter**

(BGH in NJW 2009, 3438; Beschluss vom 08.07.2009 – 4 U 85/08)

Das **Insolvenzgericht kann den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht dazu ermächtigen, Räume eines am Eröffnungsverfahren nicht beteiligten Dritten zu durchsuchen.**

- I. **Die Frage, ob §§ 21, 22 InsO zu Eingriffen in Rechte Dritter berechtigt, ist in Rspr. und Lit. umstritten und höchstrichterlich noch nicht entschieden.**

1. Die **InsO enthält keine ausdrückliche Regelung**, nach welcher das Insolvenzgericht dem vorläufigen Insolvenzverwalter erlauben kann, Räume zu betreten und zu durchsuchen, die nicht im Besitz des Schuldners stehen.

„§ 22 III 1 InsO ermächtigt den vorläufigen Insolvenzverwalter, „die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen“. Diese Regelung ist eindeutig. Sie betrifft die Räume des Schuldners, nicht die Räume Dritter. Das wird, soweit ersichtlich, in der untergerichtlichen Rspr. und in der Lit. auch nicht in Zweifel gezogen.“ (BGH aaO)

2. § 21 I und II InsO stellt **keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Durchsuchungsanordnung** dar.

„§ 21 InsO bestimmt, welche **vorläufigen Maßnahmen das Insolvenzgericht treffen kann.** Dabei enthält § 21 II InsO **keine abschließende Regelung**, wie sich schon aus dem Einleitungssatz „das Gericht kann insbesondere“ ergibt. Alle beispielhaft aufgeführten Maßnahmen betreffen jedoch Rechte des Schuldners, die eingeschränkt oder deren Ausübung überwacht werden können. Schon deshalb **liegt eine Ausdehnung dieser Ermächtigungsgrundlage auf Eingriffe in Rechte Dritter nicht nahe.** Die Regelung war auch nicht in diesem Sinne gemeint. Dies zeigt insbesondere die durch das Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26.10.2001 (BGBl I, 2710) nachträglich eingefügte Regelung des § 21 I 2 InsO. Das Enumerationsprinzip des § 6 InsO und die dadurch bewirkte Beschränkung von Rechtsmitteln auf die im Gesetz ausdrücklich genannten Fälle sollte den zügigen Ablauf des Insolvenzverfahrens gewährleisten (BT-Dr 12/2443, S. 110). Gegen nach § 21 InsO angeordnete Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren war eine sofortige Beschwerde zunächst nicht vorgesehen. Sie wurde nachträglich eingeführt, weil vorläufige Sicherungsmaßnahmen **nachhaltig in die Rechtsposition des Schuldners eingreifen können und der völlige Ausschluss jedes Rechtsmittels auch verfassungsrechtlich bedenklich** sei (BT-Dr 14/5680, S. 25; vgl. die Nachw. bei Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 21 Rn 50). Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde ist jedoch ausdrücklich dem Schuldner vorbehalten worden. Würde § 21 InsO auch Eingriffe in (Grund-)Rechte Dritter erlauben, hätte diesen



Dritten zum Ausgleich ebenfalls das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde eingeräumt werden müssen.“ (BGH aaO)

3. Soweit in der **instanzgerichtlichen Rspr.** dann, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Verdunkelungshandlungen des Dritten im Zusammenwirken mit dem Schuldner vorliegen, Durchsuchungen (und andere Zwangsmaßnahmen, vgl. AG München ZVI 2007, 22, zur Anordnung einer Kontensperre) gegen am Verfahren nicht beteiligte Dritte für zulässig erachtet werden, wird dies vor allem mit den **Bedürfnissen der Praxis** begründet.

AG Gelsenkirchen ZIP 1997, 2092; AG Duisburg NZI 2000, 38; LG Mainz NZI 2001, 384; AG Korbach ZInsO 2005, 1060 (dagegen wohl nur LG Göttingen ZInsO 2005, 1280); Frind EWiR 2008, 351; Graf-Schlicker/Voß, InsO, § 21 Rn 30; Hess, InsolvenzR, § 21 Rn 106; Kirchhof, Heidelberger Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 20 Rn 23; Irmen/Werres NZI 2001, 579; Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 21 Rn 44; Schröder, Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 3. Aufl., § 21 Rn 13; MüKo-InsO/Haarmeyer, 2. Aufl., § 22 Rn 180; Thiemann DZWIR 2008, 251; Uhlenbruck, § 21 Rn 10; Vallender EWiR 1997, 1097

**„Vermeintliche oder wirkliche Bedürfnisse der Praxis vermögen das Fehlen einer verfassungsrechtlich gebotenen Ermächtigungsgrundlage jedoch nicht zu ersetzen. Die Durchsuchung von Geschäftsräumen greift in das Grundrecht der Gewahrsamsinhaber aus Art. 13 I GG auf Unverletzlichkeit der Wohnung ein (vgl. zur Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf geschäftlich genutzte Räume, die nicht allgemein zugänglich sind, BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822 m.w. Nachw.; BVerfG NJW 2009, 2518). Jede Durchsuchung, auch diejenige durch den Gerichtsvollzieher, stellt ihrer Natur nach regelmäßig einen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privat- und Lebenssphäre des Betroffenen dar (BVerfGE 51, 97 = NJW 1979, 1539). Sie bedarf deshalb gem. Art. 13 II GG, der auf die gesetzlich vorgesehenen Organe und auf die gesetzlich vorgeschriebene Form verweist, einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigung (Herdegen, in: BK, Art. 13 Rn 47; Dreier/Hermes, GG, Art. 13 Rn 33; Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl., Art. 13 Rn 16; Maunz/Dürig/Herzog/Papier, GG, Art. 13 Rn 21).**

**An einer solchen fehlt es hier:** Den Vorschriften der §§ 21, 22 InsO lässt sich, wie gezeigt, nicht entnehmen, dass das Insolvenzgericht den vorläufigen Insolvenzverwalter zu einer Durchsuchung von Räumen Dritter ermächtigen kann. Wegen des Fehlens einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage ist es auch nicht möglich, den Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung Dritter durch eine Analogie zu § 103 StPO zu begrenzen, die Durchsuchungsanordnung also vom Vorliegen der (engen) Voraussetzungen des § 103 StPO abhängig zu machen und so zu legitimieren (vgl. Irmen/Werres NZI 2001, 579). Eine solche Regelung müsste der Gesetzgeber treffen.“ (BGH aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StGB** **sexueller Missbrauch von Kindern** **StGB**  
**§ 176 IV Nr.4** **durch pornographischen Darstellungen entsprechendes Reden**  
 (OLG Dresden in NStZ-RR 2009, 371; Beschluss vom 08.07.2009 – 4 U 85/08)

„Pornographischen Darstellungen entsprechendes Reden“ i.S. des § 176 IV Nr. 4 StGB muss nicht selbst alle Merkmale des Begriffs „pornographisch“ erfüllen. Der Tatbestand verlangt lediglich ein Reden, das pornographischen Darstellungen „entspricht“; eine Einschränkung des Tatbestands auf das im engsten Sinne pornographische Material ist schon deshalb nicht durchführbar, weil es bei dem Reden an einer Verkörperung fehlt.

„Zwar erfüllen nicht bereits sämtliche Äußerungen, [die **sexualbezogen** und von entsprechender **Motivation** getragen sind], gegenüber Kindern den objektiven Tatbestand der Strafvorschrift (so schon BGHSt 1, 168 = NJW 1951, 610; BGHSt 5, 119 = NJW 1954, 204 zu § 176 I Nr. 3 StGB a.F.). Oberflächliche Äußerungen oder lediglich „grob sexuelles“ Reden genügen nicht (Laufhütte, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 176 Rn 13), selbst wenn sie grob schamlos sind (Müko-StGB/ Renzikowski, § 176 Rn 44).

Der **Tatbestand verlangt aber nur „entsprechendes“ Reden** und berücksichtigt dadurch die Tatsache, dass eine Einschränkung des Tatbestands auf das im engsten Sinne pornographische Material schon deshalb nicht durchführbar wäre (vgl. Protokolle des Sonderausschusses des BT für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, S. 1507ff.), weil es bei dem Reden an einer Verkörperung fehlt. Auch braucht das „pornographischen Darstellungen entsprechende“ Reden **nicht selbst alle Merkmale des Begriffs „pornographisch“** zu erfüllen (BGHSt 29, 29 = NJW 1980, 791). Daher kommt es entgegen der Ansicht des Revisionsführers bei dem Reden gerade nicht auf eine Schilderung sexueller Vorgänge in übersteigter, anreißerischer Weise an und bedarf keiner abschließenden Definition dieses Begriffes (vgl. dazu Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 184 Rn 5, 5a).

Maßgeblich für die Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestands ist allein, dass die Äußerung nach ihrer **Art und Intensität pornographischem Material entspricht**, wobei ein „Einwirken“ durch solches Reden eine **Einflussnahme tiefergehender Art** verlangt (BT 46. Sitzung, S. 1510; BGH MDR 1974, 546; BGH, NJW 1976, 1984; NJW 1980, 791; NStZ 1991, 485). Der Senat vertritt dabei die Ansicht, dass die Beurteilung, ob das Reden „nach seiner Art und Intensität pornographischem Material entspricht“, **wertend unter Berücksichtigung der Belange des Jugendschutzes als Schutzzweck** des § 176 StGB zu erfolgen hat.“ (OLG Dresden aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StGB** **Betrug** **StGB**  
**§§ 22, 23, 263** **Vollendung beim Selbstbedienungstanken**  
 (BGH in NJW 2010, 99 = NStZ 2009, 694; Beschluss vom 28.07.2009 – 4 StR 254/09)

Ein vollendeter **Betrug** liegt beim Tanken eines zahlungsunwilligen Kunden an einer **Selbstbedienungstankstelle** nur dann vor, wenn

- das **Kassenpersonal den Tankvorgang wahrgenommen** hat,
- **von der Zahlungswilligkeit des Kunden ausgegangen** ist und deshalb
- **mit der Treibstoffentnahme einverstanden** war.



Fehlt es an der Beobachtung des Tankvorgangs, kommt nur eine Versuchstat nach §§ 263, 22, 23 StGB in Betracht.

„In den Fällen des Selbstbedienungstankens setzt die Annahme eines vollendeten Betruges voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen von Zahlungsbereitschaft bei dem Kassenpersonal einen entsprechenden Irrtum hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (Einverständnis mit dem Tankvorgang) führt. An der erforderlichen Irrtumserregung fehlt es, wenn das Betanken des Fahrzeugs vom Kassenpersonal überhaupt nicht bemerkt wird. Ist dies der Fall, liegt jedoch regelmäßig ein Betrugsversuch vor (vgl. Senat NJW 1983, 2827 mit Anm. Gauf/Deutscher NSTZ 1983, 505; OLG Köln NJW 2002, 1059).“ (BGH aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

AufenthG  
§ 81 III

### Aufenthaltserlaubnis Erlaubnisfiktion berechtigt nicht zur Wiedereinreise (OVG Münster in NWVBI 2009, 478; Beschluss vom 11.05.2009 – 18 B 8/09)

öffR

Eine Erlaubnisfiktion nach § 81 III 1 AufenthG berechtigt nicht zur Wiedereinreise in das Bundesgebiet.

- I. Die Erlaubnisfiktion dient nämlich allein dazu, einem Ausländer, der keinen Aufenthaltstitel besitzt, im Anschluss an einen rechtmäßigen Aufenthalt für die Dauer eines auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gerichteten Verfahrens bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde einen rechtmäßigen Aufenthalt zu verschaffen.

„Damit soll im Gegensatz zu dem mit dem AufenthG weiterhin verfolgten Prinzip, den ersten Aufenthaltstitel zu dem endgültig beabsichtigten Aufenthaltszweck grundsätzlich vom Ausland aus einzuholen (vgl. insbesondere § 5 II AufenthG), die Einholung des (ersten) Aufenthaltstitels vom Bundesgebiet aus ermöglicht werden. Dafür muss die bisherige Rechtsstellung eines Ausländers, die ihm - wie der Ast. und beispielsweise den sog. Positivstaaten (Art. 1 II und Anhang II zur VO/EG 539/2001) - lediglich einen rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland ermöglicht, nicht verbessert werden, was jedoch bei der Qualität einer fingierten Aufenthaltserlaubnis der Fall wäre. Der Inhaber einer Erlaubnisfiktion ist vor allem von Vergünstigungen ausgeschlossen, wenn das Gesetz den Besitz eines Aufenthaltstitels verlangt (z. B. im Ausländerrecht §§ 29 I, 30 I AufenthG; vgl. Renner, § 81 AufenthG Rn 27).“ (OVG Münster aaO)

- II. Auch ein Vergleich des § 81 III 1 AufenthG mit dem Abs. 4 der Norm verdeutlicht, dass mit der Erlaubnisfiktion nicht ein Aufenthaltstitel i. S. von § 4 I 1 AufenthG fingiert wird.

„Denn nur Abs. 4 nimmt die Diktion jener Regelung auf, indem er den Fortbestand des bisherigen „Aufenthaltstitels“ bestimmt. Dagegen verfängt nicht der Einwand, aus dem in § 81 IV AufenthG verwendeten Begriff des Aufenthaltstitels lasse sich kein Gegensatz zur Regelung in Abs. 3 herleiten, weil die Bezeichnung „Aufenthaltstitel“ allein deshalb in die Norm aufgenommen worden sei, um einem Ausländer, der bisher einer Erwerbstätigkeit nachgehen durfte, eine solche weiterhin zu ermöglichen, was mit einer schlichten Erlaubnisfiktion mangels der nach § 4 II 2 AufenthG insoweit erforderlichen ausdrücklichen Regelung zur Berechtigung der Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht hätte erreicht werden können. Im Gegenteil verdeutlicht gerade das Erfordernis des § 4 II 2 AufenthG, dass die Erlaubnisfiktion kein Aufenthaltstitel ist. In einem solchen Fall müsste nämlich mit ihrem Entstehen eine - nicht vorgesehene - Regelung zur Erwerbstätigkeit verbunden sein. Denn § 4 II 2 AufenthG verlangt, dass jeder Aufenthaltstitel Entsprechendes erkennen lassen muss. Dies bedeutet bei einem ohne Vollzugsakt unmittelbar aus dem Gesetz entstehenden Aufenthaltsrecht, dass sich bereits aus jenem eine Aussage zur Zulässigkeit der Erwerbstätigkeit ergeben müsste.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

AO  
§ 45 II

### Erbenhaftung Abwasserbeitragsschuld ist keine Nachlassverbindlichkeit (OVG Weimar in LKV 2009, 476; Beschluss vom 09.04.2009 – 4 EO 592/05)

öffR

Eine Abwasserbeitragsschuld, die nach dem Tod des Erblassers entsteht, ist keine reine Nachlassverbindlichkeit, sondern eine eigene Verbindlichkeit des Erben, die insoweit nicht der Haftungsbeschränkung der §§ 1975, 1990 BGB unterliegt.

„Eine Erblässerschuld liegt nicht vor, weil die Beitragsschuld erst nach dem Erbfall entstanden ist.

Die Beitragsschuld dürfte des Weiteren keine Erbfallschuld darstellen, weil sie nicht aus Anlass des Erbfalls entstanden ist und den Erben nicht als solchen trifft. Es geht auch nicht um Verbindlichkeiten, die deshalb noch dem Erblasser zuzurechnen sind, weil sie aus einem Geschehensablauf folgen, der noch vom Erblasser zu Lebzeiten ins Werk gesetzt wurde (so nunmehr BFHE 186, 328), oder deren Verpflichtungsgrund in anderer Weise in dem erbten Nachlass als pflichtbelastete Rechtslage bereits vorhanden war; es handelt sich ferner nicht i.e.S. um Verpflichtungen aus einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Erben zur Verwaltung des Nachlasses. Anknüpfungspunkt für das Entstehen des Beitragsschuldverhältnisses ist nicht der Erbfall. Vielmehr wurzelt das Schuldverhältnis darin, dass der Ast. nach der Annahme der Erbschaft - als Mitglied der Erbengemeinschaft - Inhaber des Nachlasses und Eigentümer des zu veranlagenden Grundstücks geworden ist. Die Beitragsschuld hat ihre Grundlage in einem durch Gesetz und Beitragssatzung definierten öffentlich-rechtlichen Abgabenschuldverhältnis (§ 7 I ThürKAG i.V.m. der BGS-EWS vom 29.08.2001). Der Ast. wird demnach nicht als Erbe des Nachlasses in Anspruch genommen, sondern als Eigentümer des Grundstücks, für das die Beitragspflicht nach dem Erbfall originär entstanden ist.

Damit schließt sich der Senat der Rspr. des OVG Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen OVG an (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2001, S. 596; OVG Lüneburg, Beschluss v. 06.03.2008 - 9 ME 149/08 -, juris, Rn 7, 8). In diesen Entscheidungen wurden Abfallgebühren, Abwassergebühren, Straßenreinigungsgebühren, Grundsteuern sowie Niederschlagswassergebühren als Eigenschulden des Erben angesehen, weil diese Ansprüche aus dem Abgabenschuldverhältnis entstehen, sobald der abgabepflichtige Tatbestand verwirklicht ist. Dies ist bei dem geforderten Beitrag das Entstehen der persönlichen Beitragspflicht in der Person des Grundstückseigentümers, d.h. der Erbengemeinschaft nach dem Verstorbenen.“ (OVG Weimar aaO).





**Entscheidungen Verfahrensrecht****ZPO                      Nichteinhaltung der Frist des Verlängerungsantrags                      ZPO**  
**§ 233    Anspruch auf Wiedereinsetzung**

(BGH in NJW-RR 2009, 1583, Beschluss vom 16.04.2009 - VII ZB 66 u. 67/08)

1. Wird **erstmalig** ein **Antrag auf Verlängerung** der Berufungsbegründungsfrist gestellt und liegen **erhebliche Gründe** vor, so fehlt es an einem Anwaltsverschulden, wenn die gesetzliche Berufungsbegründungsfrist deshalb nicht eingehalten wird, weil das Gericht über das Verlängerungsgesuch nicht entschieden hat, selbst wenn **auf die Bewilligung vertraut** und **nicht nachgefragt** wird.
2. **Äußert sich** ein **Gericht** auf einen Verlängerungsantrag **nicht**, so muss der Antragsteller die von ihm **selbst gesetzte** Frist einhalten.
3. Äußert sich das Gericht jedoch noch innerhalb der im Verlängerungsantrag genannten Frist dahingehend, dass die Berufungsbegründungsfrist abgelaufen sei, so wird dadurch die **Monatsfrist des § 242 I 2 ZPO in Gang** gesetzt. Diese wird nicht durch § 520 II 3 ZPO überlagert.

**A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO****I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags**

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

**II. ordnungsgemäße Antragstellung**

1. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Der Antrag muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten.
2. Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das **Hindernis** zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung **behoben** ist. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 234 III ZPO gar **nicht mehr** beantragt werden.

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

3. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 237 ZPO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung** zuständig ist.

**III. Rechtsschutzbedürfnis**

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

## V. Nachholung der Prozesshandlung

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

## VI. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

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

## B. Wiedereinsetzung nach Nichteinhaltung der im Verlängerungsantrag erbetenen Frist (BGH in NJW-RR 2009, 1583)

**Fall:** K hat gegen das klageabweisende, am 17.01.2008 zugestellte Urteil des LG rechtzeitig Berufung eingelegt. Eine Berufungsbegründung ist innerhalb der am 17.03.2008 ablaufenden Berufungsbegründungsfrist nicht eingegangen. Hierauf ist die Prozessbevollmächtigte des K durch richterliche Verfügung vom 20.03.2008, zugestellt am 03.04.2008, hingewiesen worden.

Sie hat mit Schriftsatz vom 18.04.2008, beim BerGer. eingegangen am 21.04.2008, die Berufung begründet und wegen der Versäumung der Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Sie hat dazu vorgetragen, sie habe am 07.03.2008 einen Schriftsatz gefertigt, mit dem die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 17.04.2008 beantragt worden sei. In Absprache mit ihr habe ein anderes Mitglied der Anwaltssozietät diesen Schriftsatz am 10.03.2008 auf der Poststelle des Gerichtsgebäudes in das Fach für das OLG gelegt. Da sie stichhaltige Gründe für die Verlängerung der Frist angeben können, sei sie ohne Weiteres davon ausgegangen, dass dem Antrag stattgegeben werde, und habe insoweit auch beim OLG nicht nachgefragt. Zur Glaubhaftmachung hat sie eine eidesstattliche Versicherung ihrer Anwaltskollegin vorgelegt.

Liegen die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in die Berufungsbegründungsfrist vor?

### I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Ein Wiedereinsetzungsantrag ist nach § 233 ZPO wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist des § 520 II 1 ZPO statthaft.

### II. ordnungsgemäße Antragstellung

Da hier die Berufungsbegründungsfrist betroffen ist, muss nach § 234 I 2 ZPO eine Wiedereinsetzungsfrist von einem Monat ab Wegfall des Hindernisses eingehalten werden.

„Das Hindernis zur Einhaltung der Frist entfiel am 03.04. 2008, als die Prozessbevollmächtigte des K die gerichtliche Mitteilung erhielt, dass eine Berufungsbegründung nicht eingegangen sei. Von diesem Tag an lief die Frist von einem Monat, um Wiedereinsetzung zu beantragen und die Berufungsbegründung einzureichen, §§ 234 I 2, II, 236 II 2 ZPO. Diese Frist hat K gewahrt; Wiedereinsetzungsantrag und Berufungsbegründung gingen am 21.04.2008 und damit rechtzeitig beim BerGer. Ein“ (BGH aaO)

### III. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Hier wurde die Berufung zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag begründet.

### VI. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

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

Fraglich ist daher, ob hier von einem Verschulden des K auszugehen ist. Anders als beim Sorgfaltsmaßstab für den Beteiligten selbst besteht bei der Bestimmung der von einem Rechtsanwalt zu beachtenden Sorgfalt Einigkeit darüber, dass ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** anzulegen ist, der sich an der üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Rechtsanwalts in der jeweiligen Prozesssituation orientiert und **hoch zu stecken** ist.

### 1. Verschulden wegen Nichteinhaltung der ursprünglichen Berufungsbeurkundungsfrist

Ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten des K könnte darin zu sehen sein, dass der – nachdem eine Bewilligung der erbetenen Fristverlängerung nicht ausdrücklich erfolgte – die Berufungsbegründung nicht innerhalb der gesetzlichen Frist bei Gericht eingereicht hat.

*„Zu Recht ist das BerGer. allerdings davon ausgegangen, dass K ohne sein Verschulden verhindert war, die am 17.03.2008 endende ursprüngliche Berufungsbegründungsfrist einzuhalten. Er hat glaubhaft gemacht, rechtzeitig einen Antrag auf Fristverlängerung um einen Monat eingereicht zu haben. Da es sich um den ersten Antrag handelte und er auf erhebliche Gründe gestützt war, konnte K auf die Bewilligung vertrauen und musste insoweit auch nicht bei Gericht nachfragen (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 76 m.w.N. st. Rspr.).“* (BGH aaO)

### 2. Verschulden wegen Nichteinreichung der Berufungsschrift innerhalb der beantragten Fristverlängerung

Ein Verschulden könnte jedoch darin zu sehen sein, dass K die Berufungsbegründung nicht innerhalb der Frist eingereicht hat, die von ihm selbst erbeten wurde, denn er hatte Fristverlängerung bis zum 17.04.2008 erbeten, die Berufungsbegründung jedoch erst am 21.04.2008 bei Gericht eingereicht.

*„Allerdings hat der BGH entschieden, dass dem Berufungskl. Wiedereinsetzung nur gewährt werden kann, wenn sein Prozessbevollmächtigter die in einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist begehrte Frist eingehalten hat (BGH NJW 1994, 55 und NJW 2004, 1742). Diese Entscheidungen betrafen jedoch Sachverhalte, in denen das BerGer. innerhalb der jeweils beantragten Verlängerungsfrist weder über die Verlängerung entschieden noch sich sonst geäußert hatte. Dann entspricht es der Pflicht des Rechtsanwalts zur Wahl des sichersten Wegs, die durch den Antrag sich selbst gesetzte Frist einzuhalten.“*

*Dagegen hat hier das BerGer. innerhalb der beantragten Verlängerungsfrist mitgeteilt, dass die Berufungsbegründung (und damit auch der Antrag auf Fristverlängerung) nicht eingegangen sei. Damit wurde die Monatsfrist des § 234 I 2 ZPO in Gang gesetzt. Diese vom Gesetz vorgegebene Frist ist nicht von der zuvor vom K beantragten Fristverlängerung abhängig. Sie wird durch den Antrag des K nicht verkürzt, sondern steht dem K in voller Länge zur Verfügung (vgl. BGH, NJW 1996, 1350 zu § 234 ZPO a.F.; Gehrlein, in: MünchKommZPO, 3. Aufl., § 233 Rn 62; Musielak/Grandel, ZPO, 6. Aufl., § 233 Rn 29; Wieczorek/Schütze/Uwe Gerken, ZPO, 3. Aufl., § 233 Rn 66; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 233 Stichwort Fristverlängerung unter b bb).“* (BGH aaO)

Fraglich ist jedoch, ob nicht § 520 II 3 ZPO deshalb zu einer anderen Beurteilung zwingt, weil die Berufungsbegründungsfrist ohne Einwilligung des Gegners nur um bis zu einem Monat verlängert werden kann.

*„§ 234 I 2 ZPO wird von § 520 II 3 ZPO nicht überlagert. Beide Vorschriften verfolgen unterschiedliche Zwecke und sind unabhängig voneinander zu betrachten.“*

*Durch die Einführung der Monatsfrist in § 234 I 2 ZPO sollte in erster Linie die Rechtsstellung unbemittelter Rechtsmittelführer bei der Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verbessert werden (vgl. BT-Dr 15/1508, S. 17). Die Vorschrift gilt darüber hinaus ohne Einschränkung für alle Fälle der Versäumung einer Frist zur Begründung eines Rechtsmittels (BGH NJW 2008, 1164).*

*§ 520 II 3 ZPO dient der Beschleunigung des Berufungsverfahrens (vgl. BT-Dr 14/4722, S. 95). Er sagt nichts darüber aus, unter welchen Umständen bei der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden soll. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit dieser Norm den Lauf der Monatsfrist des § 234 I 2 ZPO begrenzen wollte.“* (BGH aaO)

**VII. Ergebnis:** K hat daher einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

(OLG München in FGPrax 2009, 207; Beschluss vom 25.06.2009 – 34 Wx 40/09)

1. Eine **Mitgläubigerschaft** nach § 432 BGB ist ein **zulässiges Rechtsverhältnis nach § 47 GBO** zur Eintragung mehrerer Berechtigter.
2. Der **Nießbrauch** kann grundsätzlich als ein **mehreren Personen zustehendes Recht** begründet werden.
3. Die Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB steht jedoch als solche Rechtsform nicht zur Verfügung, da der **Nießbrauch** keine im Sinne des § 432 BGB **unteilbare Leistung** darstellt.

**A. Grundlagenwissen: Allgemeine Voraussetzungen einer Grundbucheintragung****I. Antrag, § 13 GBO**

Die Eintragung ins Grundbuch setzt einen **Eintragungsantrag** voraus. Antragsberechtigt ist dabei jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll.

**II. Bewilligung, § 19 GBO (formelles Konsensprinzip)**

Die Eintragung ins Grundbuch darf nur erfolgen, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.

**Beachte:** Soll Eigentum übertragen werden oder ist ein Erbbaurecht betroffen, gilt nach § 20 GBO das materielle Konsensprinzip, so die Wirksamkeit der Auflassung zu prüfen ist.

**III. Form, § 29 GBO**

Die Eintragungsbewilligung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden.

**IV. Voreintrag des Betroffenen, § 39 GBO**

Die Eintragung setzt grundsätzlich voraus, dass die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Etwas anderes gilt nur im Falle der Erbschaft nach Maßgabe des § 40 GBO.

**V. weitere Voraussetzungen**

Hinkommen weitere Voraussetzungen, die abhängig sind von der Art des einzutragenden Rechts oder der gewünschten Art der Eintragung.

**B. Eintragung mehrerer Nießbraucher ins Grundbuch (OLG München, FGPRax 2009, 207)**

**Fall:** A und B als Miteigentümer je zur Hälfte veräußerten mit notariellem Vertrag vom 23.12.2008 im Wege der Schenkung ihr mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück an C und D. Gleichzeitig behielten sich die Veräußerer auf Lebensdauer den Nießbrauch am Vertragsgrundbesitz vor. Hinsichtlich der Ausgestaltung des Nießbrauchs wurde u.a. Folgendes vereinbart:

*„Mehrere Nießbraucher sind Mitberechtigte gemäß § 432 BGB mit der Maßgabe, dass nach dem Ableben eines Berechtigten der Nießbrauch dem Überlebenden allein und ungeschmälert zusteht.“*

Auf den Eintragungsantrag des beurkundenden Notars hat das Grundbuchamt am 10.02.2009 im Wege der Zwischenverfügung unter Fristsetzung beanstandet, dass die Eintragung eines Nießbrauchsrechts für mehrere Personen als Mitberechtigte gemäß § 432 BGB nicht möglich sei. In Betracht komme ein Berechtigungsverhältnis gemäß § 428 BGB oder ein Anteilsverhältnis in Bruchteilen zu je  $\frac{1}{2}$ .

Zu Recht?

Das Grundbuchamt verweigert zu Unrecht die gewünschte Eintragung, wenn die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen.

- I. Der nach **§ 13 GBO** erforderliche **Eintragungsantrag** wurde gestellt.
- II. Die nach **§ 19 GBO** erforderliche **Bewilligung** von A und B liegt ebenfalls in der nach **§ 29 GBO** notwendigen Form vor.
- III. Fraglich ist jedoch, ob die gewünschte Art der Eintragung zu lässig ist.

Grundsätzlich sieht **§ 47 GBO** vor, dass die **Eintragung eines gemeinschaftlichen Rechts** möglich ist. Hierbei kann entweder eine Gemeinschaft nach Bruchteilen eingetragen werden, bei der dann anzugeben ist, auf welche Person welcher Bruchteil entfällt, oder es muss das für die Gemeinschaft **maßgebende Rechtsverhältnis** bezeichnet werden. Hier wurde das Rechtsverhältnis so angegeben, dass C und D gemeinschaftliche Gläubiger einer unteilbaren Leistung sein sollen.

#### 1. Mitgläubigerschaft (§ 432 BGB) als Rechtsverhältnis gem. § 47 GBO

Ein Verhältnis nach **§ 432 BGB** müsste ein für die Eintragung eines gemeinschaftlichen Rechts **zulässiges Rechtsverhältnis** sein.

„**§ 47 GBO** dient der **Bestimmtheit, Klarheit und Rechtssicherheit** im Grundbuchverkehr. Da die Verfügungsbefugnis der einzelnen Bet. bei den unterschiedlichen Arten von Gemeinschaften verschieden ist, verlangt es der **Bestimmtheitsgrundsatz**, dass sich **Art und Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses** aus der Eintragung ergeben (BGH, NJW 1997, 3235 mwN; Senat, OLG R 2009, 270 = NJW-RR 2009, 806). Die Eintragung soll, jedenfalls auch, über das eingetragene Recht die **Verfügungsbefugnis des einzelnen Mitberechtigten** kennzeichnen und aus dem Grundbuch ersichtlich machen (Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl., § 47 Rn. 1; Wegmann in Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl., § 47 Rn. 8; Hügel/Reetz, GBO, § 47 Anm. 1).

Nach **überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Literatur** ist **§ 47 GBO** Genüge getan, wenn mehrere Berechtigte „**als Mitberechtigte nach § 432**“ oder „**als Gesamtberechtigte nach § 432**“ eines Rechts eingetragen werden (BGHZ 46, 253; ähnlich wohl BGH, NJW 1981, 176/177; OLG Hamm, Rpfleger 1980, 21; Demharter, aaO, § 47 Rn. 23; Hügel/Reetz, aaO, § 47 Rn. 70; Meikel/Böhringer, aaO, § 47 Rn. 128; a.A. Wegmann in Bauer/v. Oefele, aaO, § 47 Rn. 40f.; zurückhaltend OLG München - 32. Zivilsenat -, FGPrax 2007, 160; KEHE/Eickman, GBO, 6. Aufl., § 47 Rn. 14 a.E.). Folgt man der überwiegenden Ansicht, steht hier nicht in Frage, ob die Eintragung mehrerer **Berechtigter in der vorbezeichneten Form grundsätzlich zulässig** wäre und dem Bestimmtheitserfordernis genüge.“ (OLG München aaO)

#### 2. § 432 BGB bei dinglichem Nießbrauchsrecht

Das dingliche Nießbrauchsrecht nach **§ 1030 BGB** müsste überhaupt **mehreren Berechtigten** in der Form des **§ 432 BGB** zustehen können.

##### a) Nießbrauchsrecht als Recht auf Duldung gegen Eigentümer

Ein Nießbrauchsrecht könnte dann nicht nach **§ 432 BGB** gemeinsam ausgeübt werden, wenn diese Vorschrift eine Leistung als Gegenstand der Forderung voraussetzen würde. Dies ist hingegen nicht so.

„Denn es ist anerkannt, dass eine **Gesamtberechtigung** oder eine **Mitberechtigung** auch in Betracht kommt, wenn dem Belasteten ein **bloßes Dulden** oder **Unterlassen** abverlangt wird (BGHZ 46, 253/259; KG, JW 1933, 702f.), etwa derart, dass er die Nutzziehung durch einen oder alle Berechtigten zu dulden hat (siehe auch OLG Düsseldorf, MittBayNot 1967, 211/212).“ (OLG München aaO)

##### b) Zulässigkeit einer Mehrheit von Berechtigten beim Nießbrauch

Gleichwohl könnte der Eintragung entgegenstehen, dass eine Mehrheit von Berechtigten nach sachenrechtlichen Grundsätzen bei dinglichen Rechten nicht bestehen kann.

„Nach gefestigter Rechtsprechung (BGHZ 46, 253; BayObLGZ 1955, 155/159) ist für die **dinglichen Rechte des Sachenrechts eine Mehrheit von Berechtigten nicht unzulässig**, sondern kommt nach Maßgabe der vom Schuldrecht vorgegebenen Gestaltungsmöglichkeiten grundsätzlich in Betracht. Einer **Mehrheit von miteinander verbundenen Berechtigten** steht die **Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit des Nießbrauchs** (§§ 1059, 1061 BGB) **nicht entgegen**.“ (OLG München aaO)

### c) Mehrheit von Nießbrauchsberechtigten in Mitgläubigerschaft

Die Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB müsste eine zulässige Form der Mehrheit von Berechtigten bei einem dinglichen Nießbrauch sein.

„Bei **Gesamtgläubigerschaft** (§ 428 BGB), aber auch bei **Mitgläubigerschaft** (§ 432 BGB), handelt es sich streng genommen um eine **Mehrheit von miteinander verbundenen Rechten** (vgl. BGH, NJW 1972, 1711; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 428 Rn. 1; a.A. Amann, DNotZ 2008, 324 bei FN 3). **Jeder hat ein eigenes Recht**, zum einen darauf, dass er **selbst befriedigt** wird, die Befriedigung eines einzigen Berechtigten jedoch gegenüber allen Berechtigten wirkt (§ 428 BGB), zum anderen darauf, dass **alle Berechtigten zusammen befriedigt** werden (§ 432 BGB; vgl. BGHZ 46, 253/255). **Jeder Berechtigte hat den Störungsbeseitigungsanspruch** aus §§ 1065, 1004 BGB. Auch wenn der Nießbrauch gleichzeitig ausgeübt wird, der Verpflichtete die gleichzeitige Nutzziehung beider Berechtigter zu dulden hat und damit eine Annäherung an § 432 BGB gegenüber dem Normalfall der Gesamtberechtigung stattfindet, ist **gemeinschaftlicher Nießbrauch in der Form des § 428 BGB zulässig**.“

§ 432 BGB setzt jedoch voraus, dass die Nießbrauchberechtigten Gläubiger einer unteilbaren Leistung sind.

vgl. BGHZ 46, 253/257; OLG Hamm, Rpfleger 1980, 21/22; Staudinger/Frank, BGB, 76. Aufl., § 1030 Rn. 43; Palandt/Bassenge, § 1030 Rn. 3; Meikel/Böhringer, aaO, § 47 Rn. 139; Hügel/Reetz, aaO, § 47 Rn. 54; siehe auch DNotI-Report 1996, 189/190

Dann müsste das **Nießbrauchsrecht teilbar** sein.

„**Teilbar** ist eine Leistung, wenn sie **ohne Wertminderung und ohne Beeinträchtigung des Leistungszwecks in Teilleistungen** zerlegt werden kann (Palandt/Heinrichs, aaO, § 266 Rn. 3). Das **Recht des Nießbrauchs ist teilbar** (vgl. BayObLGZ 1955, 155/158; KGJ 49, 191/194; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1975, 409; OLG Hamm, Rpfleger 1980, 21/22). So ist die Begründung eines **Nießbrauchs** für mehrere Berechtigte **gemeinschaftlich zu Bruchteilen** (§§ 741ff. BGB) **zulässig** (BayObLGZ 1957, 322/324f.; Staudinger/Frank, aaO, § 1030 Rn. 40; Palandt/Bassenge, aaO, § 1030 Rn. 30; Schönher/Stöber, GBO, 14. Aufl., Rn. 1370). Bei einem derartigen Verhältnis steht der Nießbrauch als gemeinschaftlicher Gegenstand den **sämtlichen Nießbrauchern als Teilhabern der Gemeinschaft** zu. Dafür spricht auch die anerkannte Möglichkeit eines so genannten **Quotennießbrauchs** (BGH, NJW-RR 2003, 1290; jüngst OLG Schleswig, DNotI-Report 2009, 86; Palandt/Bassenge, aaO, § 1030 Rn. 5). Nur diese Sichtweise erscheint auch praktikabel, weil der Eigentümer, wäre das Recht **unteilbar**, bei **Nutzziehung durch einen der Berechtigten allein**, etwa wenn der **zweite Berechtigte daran tatsächlich gehindert** ist, nicht seiner durch das Nießbrauchsrecht begründeten Last nachkäme (BGHZ 46, 253/259; OLG Düsseldorf, MittBayNot 1967, 211/212).

Zwar kann sich auch bei einer im **natürlichen Sinne teilbaren Leistung** aus dem Leistungszweck eine (rechtliche) **Unteilbarkeit** ergeben (Palandt/Heinrichs, aaO, § 266 Rn. 3; Palandt/Grüneberg, aaO, § 432 Rn. 2 mwN). Dies gilt zunächst für **schuldrechtliche Leistungspflichten**, aber auch für die Mitberechtigung an (dinglichen) akzessorischen Rechten, weil die schuldrechtliche Berechtigung am Anspruch beim dinglichen Sicherungsrecht dieselbe sein muss (KEHE/Eickmann, aaO, § 47 Rn. 14; BGHZ 175, 297 für Sicherungshypothek; BayObLGZ 1992, 131/136; Senat, FGPrax 2009, 59).

Nach Auffassung des Senats kann dies aber **nicht auf das Nießbrauchsrecht** und die daraus abgeleiteten **Duldungspflichten des Eigentümers übertragen werden**. Ist das **gegenständliche Recht nämlich teilbar**, kommt das Gläubigermodell des § 432 BGB als Kennzeichnung des für die Gemeinschaft maßgeblichen Rechtsverhältnisses gemäß § 47 GBO nicht in Betracht. Es würde dieses **grundbuchrechtlich falsch kennzeichnen**, ohne dass es dabei auf die internen Vereinbarungen über die Forderungs- und Empfangszuständigkeit ankommt. Daran vermögen auch die Ausführungen von Amann (DNotZ 2008, 324), der beim Nießbrauch überdies unterstützend auf § 1011 BGB angewiesen ist (aaO, S. 344 und 346), nichts zu ändern.“ (OLG München aaO)

Es handelt sich daher beim Nießbrauch nicht um ein unteilbares Recht, so dass für mehrere Berechtigte kein Rechtsverhältnis nach § 432 BGB begründet werden kann. Fehlt es jedoch an einem solchen Rechtsverhältnis, so liegen die Voraussetzungen des § 47 GBO für die Eintragung mehrerer Berechtigter nicht vor.

- IV. **Ergebnis:** Das Grundbuchamt hat die Eintragung in der gewünschten Form zu Recht verweigert.

StPO  
§ 55

**Auskunftsverweigerungsrecht  
Zeuge ist zugleich Opfer und Mittäter**

StPO

(KG in NSTZ-RR 2010, 16; Beschluss vom 30.10.2008 – 4 Ws 104/08)

Einem Zeugen steht ein umfassendes **Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO** dann zu, **wenn** er während eines **einheitlichen Gesamtgeschehens sowohl Opfer** von Straftaten war **als auch sich** während und nach diesem Zeitraum **an entsprechenden Straftaten des Haupttäters beteiligt hat**.

**Fall:** Die StA wirft dem Angekl. vor, sich zum Nachteil des Zeugen Z in 600 Fällen wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie in 10 Fällen wegen sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen strafbar gemacht zu haben.

Das LG hat am 08.08. mit der Vernehmung des Z begonnen. Nachdem sich Z zu Beginn seiner am 30.09. fortgesetzten Vernehmung auf ein ihm zustehendes umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO berufen und weitere Angaben verweigert hatte, verhängte die Kammer gegen ihn Beugehaft bis zur Dauer von 6 Monaten und legte ihm die durch die Zeugnisverweigerung verursachten Kosten auf.

Die gegen den Z verhängte **Beugehaft** könnte **zu Unrecht angeordnet** worden sein, **wenn** er seine (weitere) Aussage aufgrund des ihm zustehenden **umfassenden Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO** berechtigt verweigern konnte.

- I. Nach **§ 55 StPO kann jeder Zeuge** als Ausdruck der durch das Grundgesetz garantierten Menschenwürde und Selbstbelastungsfreiheit (vgl. BVerfG StV 1999, 71f) die **Auskunft auf Fragen verweigern**, bei deren wahrheitsgemäßer Beantwortung er bestimmte Tatsachen angeben müsste, **die unmittelbar oder mittelbar einen Anfangsverdacht für das Vorliegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit** und damit die Aufnahme von Ermittlungen gegen ihn oder einen Angehörigen nach § 52 I StPO **begründen würden**.

Da die **Schwelle des Anfangsverdachts** i.S. des § 152 II StPO **niedrig liegt**, ist auch das Bestehen einer entsprechenden konkreten Gefahr bereits weit im Vorfeld einer direkten Belastung zu bejahen.

vgl. BVerfG NJW 2003, 3045; NSTZ 2002 378; BGH NJW 1999, 1413; OLG Düsseldorf VRS 111, 45ff; Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 55 Rn 10

Zu einem **Recht der Verweigerung des Zeugnisses in vollem Umfang** wird das Auskunftsverweigerungsrecht **nur ausnahmsweise**, und zwar dann, **wenn die gesamte Aussage** des Zeugen **mit seinem vielleicht strafbaren Verhalten in so engem Zusammenhang steht**, dass nichts mehr übrig bleibt, was er ohne die Gefahr eigener Strafverfolgung bezeugen könnte, eine Trennung mithin nicht möglich ist.

vgl. BGH NJW-Spezial 2008, 568; StV 2002, 604; StV 1987, 328; NSTZ 1986, 181

- II. Das LG ging vor dem Hintergrund, dass der Zeuge seiner polizeilichen Aussage zufolge im Alter von 14 bzw. 15 Jahren dem Angekl. mindestens fünf Jungen im Alter von ungefähr 11 Jahren – und darüber hinaus auch anderen Männern weitere Jungen – gegen ein Entgelt zugeführt hat und gegen ihn deshalb seit der Vernehmung ein Ermittlungsverfahren anhängig ist, von einem Auskunftsverweigerungsrecht dieses Zeugen ab seinem 14. Lebensjahr aus. Für den vorherigen Zeitraum lehnte das LG hingegen ein solches Recht ab, da dem Zeugen mangels Strafmündigkeit für diesen Zeitraum keine Strafverfolgung drohen würde und ein Schluss von etwaigen Missbrauchshandlungen des Angekl. gegen den Zeugen auf ein mögliches späteres strafbares Verhalten des Zeugen durch seine Vermittlungstätigkeit nicht möglich sei.

Damit hat das Gericht, dem hinsichtlich des Bestehens eines Auskunftsverweigerungsrechts ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. BGH, Beschluss v. 06.08.2002 – 5 StR 314/02; Senge, KK-StPO, 6. Aufl., § 55 Rn 4 mwN), den Entscheidungsmaßstab zu eng gefasst.

1. Für die **Abgrenzung**, unter welchen Voraussetzungen eine relevante mittelbare Selbstbelastung i.S. von § 55 StPO besteht, ist anerkannt, dass bereits mögliche Erkenntnisse aus der Zeugenaussage ausreichen, die als „Teilstücke in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude“ (vgl. BGH NJW 1999, 1413f.) belastender Natur sind. Danach **können insbesondere detaillierte Angaben zu früheren bereits rechtskräftig abgeurteilten Straftaten des Zeugen** bzw. zu Tatvorwürfen nach einem rechtskräftigen Freispruch auf Grund des so engen Zusammenhangs mit möglichen weiteren, vergleichbaren Straftaten die **Gefahr der Selbstbelastung auslösen, weil die Aussage zu dem früheren Geschehen von indiziell belastender Bedeutung** sein kann.

vgl. BVerfG NStZ 2002, 378; BGH NJW-Spezial 2008, 568; BGH NJW 1999, 1413f.; OLG Düsseldorf VRS 111, 45ff.; OLG Zweibrücken StV 2000, 606

2. Nichts anderes kann für den vorliegenden Fall gelten, in dem vom Zeugen genaue Angaben über die gegen ihn gerichteten Taten verlangt werden, wenn es möglich erscheint, dass er sich unter genau diesen Umständen und Maßgaben **im späteren Geschehensablauf strafbar gemacht** haben könnte.

*„Der besonders enge, einer Aufspaltung der Aussage in nicht selbstbelastende Abschnitte entgegenstehende Zusammenhang ergibt sich vorliegend daraus, dass es sich jeweils – d.h. bezogen auf die dem Zeugen zur Last zu legenden Taten – um denselben Haupttäter handeln, das Geschehen sich zeitlich und räumlich ohne Unterbrechung fortgesetzt haben und es sich auch um dieselben Delikte handeln soll. Es kommt erschwerend hinzu, dass der Zeuge – legt man seine polizeiliche Aussage zu Grunde – die Vermittlung von Jungen mit den gleichen Anwerbemethoden, deren Opfer er zuvor wurde, entgeltlich betrieben hat und es dabei auch um dieselben sexuellen Praktiken, die er selbst erlitt und den Vermittelten offenbarte, ging. Dieser enge Zusammenhang wird vorliegend sogar noch deutlicher dadurch, dass der Zeuge im Alter von 14/15 Jahren zeitweise gleichzeitig bzw. jeweils abwechselnd sowohl (noch) Opfer als auch (schon) Beteiligter an Straftaten gewesen sein soll. Vollständigkeitshalber ist noch anzuführen, dass der Zeuge über das vom Angekl. und den anderen Männern bevorzugte „Opferbild“ – kleine Jungen im Alter von 10 oder 11 Jahren – befragt sich mittelbar auch insofern belasten würde, weil er sich selbst, als er auf Grund seines Alters und seiner Größe für den Angekl. zunehmend uninteressant wurde, bei der Vermittlung von Jungen genau an diese Vorstellung gehalten haben soll.“ (KG aaO)*

3. Im Übrigen besteht vorliegend nicht nur die **Gefahr eines Ermittlungsverfahrens** gegen den Zeugen, sondern ein solches ist bereits eingeleitet. Demzufolge ist er **während seiner polizeilichen Vernehmung auch mehrmals** nicht nur als Zeuge gem. § 55 StPO, sondern auch **als Beschuldigter gem. § 136 StPO belehrt** worden.

*„Auf Grund des engen Zusammenhangs wäre daher – sieht man von den jugendgerichtlichen Besonderheiten nach § 26 GVG, §§ 41 I Nr. 4, 103 I JGG einmal ab – auch nach § 3 StPO für den Fall, dass die Ermittlungen gegen den Zeugen abgeschlossen und hinreichender Tatverdacht zu bejahen wäre, auch eine **gemeinsame Anklage in Betracht gekommen**: Der Umstand, dass bereits ein Ermittlungsverfahren anhängig ist, führt wie bei einer rechtskräftigen Verurteilung nur wegen eines Teils des Gesamtgeschehens von vornherein zu einem einengenden Maßstab bezüglich einer möglichen Selbstbelastung. Danach ist dem durch das bereits laufende Ermittlungsverfahren erhöht schutzwürdigen Zeugen ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht nur dann zu versagen, wenn die Gefahr der Selbstbelastung und damit weiterer Verfolgung zweifellos ausgeschlossen ist (vgl. BVerfG NStZ 2002, 378; BGH NJW 1999, 1413f.; OLG Düsseldorf VRS 111, 45ff.; OLG Köln NStZ-RR 2005, 269).*

*Dies ist nach den vorherigen Ausführungen gerade nicht der Fall, vielmehr könnte sich die – mittelbar – **selbstbelastende richterliche Vernehmung des Zeugen** dahingehend belastend auswirken, dass seine polizeiliche Aussage beweisrechtlich gestützt und um etliche Details verdichtet wird. Die Ausnahmekonstellation, dass trotz – mittelbar – drohender Selbstbelastung kein Auskunftsverweigerungsrecht besteht, weil mögliche neue bzw. bestärkende Erkenntnisse den Strafverfolgungsbehörden bereits früher aus anderen Quellen sicher bekannt sind, eine Strafverfolgung bisher nicht erfolgte und auch eine entsprechende Gefahr sicher nicht besteht (vgl. BVerfG NStZ 2003, 666; Meyer-Goßner, § 55 Rn 2), ist hier bereits wegen des weiterhin anhängigen Ermittlungsverfahrens gegen den Zeugen nicht einschlägig.*

*Schließlich kann der Umstand, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung auf einige Fragen bereits geantwortet haben soll, an dieser Beurteilung nichts ändern. Denn ein Zeuge kann sich jederzeit – auch bezogen auf einzelne Fragen – unabhängig von seinen Beweggründen auf ein ihm zustehendes Auskunftsverweigerungsrecht mit der Folge berufen, dass früher gemachte Angaben in Kenntnis des Auskunftsverweigerungsrechts ihm gegenüber verwertbar bleiben (vgl. Meyer-Goßner, § 55 Rn 1). Dies gilt aber nur dann, wenn der Zeuge nach zutreffender Belehrung über Grund und Um-*



*fang dieses Rechts ausgesagt hat (vgl. BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 2775 = NStZ 1992, 508; OLG Celle NStZ 2002, 386; OLG Karlsruhe StraFO 2002, 291; BayObLG NZV 2001, 525; BayObLG NJW 1984, 1246; Rogall, SK-StPO, § 55 Rn 79).“ (KG aaO)*

4. **Ergebnis:** Nach alledem stellt das vom LG zuerkannte Auskunftsverweigerungsrecht für die Zeit ab der Strafmündigkeit des Zeugen eine künstliche juristische Aufspaltung eines tatsächlich eng zusammenhängenden, nicht trennbaren Gesamtgeschehens dar, so dass dem Zeugen auch für die Zeit vor seiner Strafmündigkeit ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht zusteht.

(BVerfG in NVwZ-RR 2009, 945; Beschluss vom 28.09.2009– 1 BvR 1702/09)

1. Die Gerichte dürfen sich nach Art. 19 IV GG in Eilverfahren dann **nicht** auf eine **summarische Prüfung** beschränken, wenn das Eilverfahren vollständig die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens übernimmt sowie eine **endgültige Verletzung der Rechte** eines Beteiligten droht und insoweit auch Grundrechtspositionen von Gewicht in Rede stehen.
2. Wird der effektive Rechtsschutz insofern durch das Eilverfahren allein gewährt, so dürfen die **Anforderungen an die Glaubhaftmachung** eines Anordnungsanspruchs **nicht über das hinausgehen**, was für ein **Obsiegen im Hauptsacheverfahren** gefordert werden könnte.

**Fall:** A beehrte im Wege eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens die vorläufige Duldung des betäubungslosen Schlachtens (Schächten) von wöchentlich zwei Rindern und 30 Schafen bis zur Entscheidung über den von ihm beim L.-Kreis (Landkreis) gestellten Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für das Schächten nach § 4a II Nr. 2 TierSchG. A hat das Urteil des BVerfG vom 15.01.2002 zur Schächterlaubnis erwirkt (BVerfGE 104, 337 = NJW 2002, 663). Wie schon damals beehrt er nicht lediglich eine Ausnahmegenehmigung aus Anlass des Opferfestes, sondern eine „Dauergenehmigung“, um den ständigen Bedarf seiner - hier muslimischen - Kunden nach Fleisch geschächteter Tiere decken zu können. Nachdem das BVerfG mit Urteil vom 15.01. 2002 (BVerfG, aaO) die dort angegriffenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen aufgehoben und die Sache an das VG zurückverwiesen hatte, verpflichtete dieses mit Urteil vom 09.12.2002 den Landkreis, A neu zu bescheiden.

Diese Entscheidung wurde mit dem Urteil des BVerfG vom 23.11.2006 rechtskräftig (BVerwGE 127, 183 = NVwZ 2007, 461). Bis zu diesem Zeitpunkt war A im Besitz einer ihm Anfang 2002 mündlich erteilten Ausnahmegenehmigung zum betäubungslosen Schlachten (Schächten) nach § 4a II Nr. 2 TierSchG. Eine Entscheidung in Umsetzung des rechtskräftig gewordenen Bescheidungsurteils traf der Landkreis anschließend jedoch zunächst nicht. Strittig zwischen ihm und A blieben insbesondere die Zahl der schächtbaren Tiere sowie Einzelheiten der der Ausnahmegenehmigung beizufügenden Auflagen. Im Juli 2008 kündigte der Landkreis dem A schließlich schriftlich die Untersagung des Schächten und die Einstellung der Fleischschau in seinem Betrieb an. Daraufhin beantragte A beim VG die Vollstreckung aus dem Urteil vom 09.12.2002. Im Vollstreckungsverfahren wies das Gericht den Landkreis darauf hin, dass dieser den Antrag des A nach Maßgabe des verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsurteils vom 09.12.2002 zu bescheiden habe, also über das Schächten von 200 Rindern und 500 Schafen für das noch laufende Jahr 2008 zu befinden habe. Daraufhin erteilte der Landkreis mit Bescheid vom 05.09.2008 dem A eine bis zum 31.12.2008 befristete Ausnahmegenehmigung zum Schächten von 500 Schafen und 200 Rindern unter Beifügung einer Reihe von Auflagen.

Am 03.12.2008 stellte A einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für das Jahr 2009, den er auf die baurechtlich für seinen Betrieb derzeit zulässigen Schlachtzahlen von 30 Schafen und zwei Rindern pro Woche beschränkte. Gleichzeitig beantragte er bis zur endgültigen Entscheidung über den Antrag die Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis. Über keinen dieser Anträge hat der Landkreis bisher entschieden. A suchte um verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz nach. Eine Untätigkeitsklage hat er bislang nicht erhoben. Das VG (VG Gießen, BeckRS 2009, 32151) gab dem Landkreis daraufhin nach § 123 I 2 VwGO auf, zu dulden, dass A bis zur Entscheidung über seinen Genehmigungsantrag für das Jahr 2009 pro Woche zwei Rinder und 30 Schafe schächtet. Der VGH hob den Beschluss des VG auf die Beschwerde des Landkreises hin auf und lehnte den Eilantrag des A ab.

Hiergegen hat A fristgerecht Verfassungsbeschwerde mit der Begründung erhoben, die Entscheidung des VGH verletze ihn in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG, da das Gericht die maßgeblichen Rechtsfragen unter Berufung auf den Eilcharakter des Verfahrens nur unzureichend geprüft habe. Liegt eine Verletzung von Art. 19 IV GG vor?

Der unzureichende Prüfungsumfang der Entscheidung des VGH könnte A in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG verletzen.

#### I. Gewährleistungsgehalt des Art. 19 IV GG

*„In der Rechtsprechung des BVerfG ist hinreichend geklärt, welche Anforderungen sich aus Art. 19 IV 1 GG ergeben. Gewährleistet wird **nicht nur das formelle Recht**, die Gerichte anzurufen, sondern auch die **Effektivität des Rechtsschutzes**.*

***Wirksamer Rechtsschutz bedeutet auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit. Daraus folgt, dass gerichtlicher Rechtsschutz namentlich im Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat, die dann, wenn sich eine Maßnahme bei endgültiger richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Hieraus ergeben***

sich für die Gerichte **Anforderungen an die Auslegung und Anwendung** der jeweiligen Gesetzesbestimmungen über den **Eilrechtsschutz**. So sind die Fachgerichte etwa bei der Auslegung und Anwendung des § 123 VwGO gehalten, **vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren**, wenn sonst dem Ast. eine **erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht**, die durch die **Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann**, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfGE 93, 1 [13f.] = NJW 1995, 2477).“ (BVerfG aaO)

## II. Berücksichtigung dieser Gewährleistungen durch die angegriffenen Entscheidungen

Die von A begehrte Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO hat zu ergehen, wenn sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund bestehen.

### 1. Prüfungsumfang beim Anordnungsanspruch

„In gerichtlichen Eilverfahren begegnet es zwar **grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**, wenn sich die Fachgerichte - wie vorliegend - an den Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren orientieren und dann die Sach- und Rechtslage im Rahmen der Prüfung des **Anordnungsanspruchs lediglich summarisch prüfen** (vgl. BVerfGK 5, 237 [242] = NVwZ 2005, 927).

Eine **umfassendere rechtliche Prüfung** des im Hauptsacheverfahren in Rede stehenden materiellen Anspruchs bereits im Eilverfahren kann aber **von Verfassungs wegen geboten sein**, wenn das **einstweilige Rechtsschutzverfahren vollständig die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens übernimmt** sowie eine endgültige Verletzung der Rechte eines Bet. droht und insoweit auch Grundrechtspositionen von Gewicht in Rede stehen (vgl. BVerfGE 69, 315 [363f.] = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 L; BVerfG, NVwZ-RR 1999, 217).“ (BVerfG aaO)

- a) Fraglich ist, ob dies hier anzunehmen ist, so dass sich die Gerichte nicht mit einer summarischen Prüfung hätten begnügen dürfen.

„Dass hier **Grundrechte des A nicht nur in Randbereichen** berührt sind, bedarf keiner näheren Erläuterung (vgl. BVerfGE 104, 337 [345f.] = NJW 2002, 663 = NVwZ 2002, 335 L). Im Übrigen ist in den Blick zu nehmen, dass jedenfalls nach der **bisherigen Rechtsauffassung** des VG, der sich auch der VGH angeschlossen hat, A lediglich einen **Anspruch auf eine auf das Kalenderjahr befristete Ausnahmegenehmigung** nach § 4a II Nr. 2 TierSchG hat. Eine solche Befristung der Ausnahmegenehmigung nach § 4a II Nr. 2 TierSchG bewirkt aber, dass der von A für ein Kalenderjahr geltend gemachte Anspruch umso eher **ganz oder teilweise vereitelt** werden kann, je später eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung darüber ergeht. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass A auf Grund der von ihm zu beachtenden **Baugenehmigung nur eine gewisse Anzahl von Tieren pro Woche schlachten darf** und seinen jetzt in Rede stehenden Antrag auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung entsprechend beschränkt hat. Er kann daher bei einer verspäteten Erteilung der Genehmigung **Schächtungen nicht ‚nachholen‘**.“ (BVerfG aaO)

Die Gerichte durften sich daher nicht auf eine summarische Prüfung beschränken, sondern mussten die Sach- und Rechtslage ausnahmsweise umfassend prüfen.

- b) Berücksichtigung dieser Vorgaben

Fraglich ist jedoch, ob dies entsprechend geschehen ist.

#### aa) Beschränkung des Kundenstammes

„Es ist nicht plausibel, dass der VGH den Anordnungsanspruch wegen Zweifeln daran **verneint**, dass A das **Fleisch geschächteter Tiere tatsächlich nur an gläubige Muslime** weitergeben wolle, die darauf angewiesen seien. Selbst wenn es zutrifft, dass A in seinem Betrieb Kapazitäten zum Schächten „in industrieller Weise“ geschaffen hat - was immer dies im Einzelnen heißen mag -, kann daraus nicht **ohne Weiteres der Schluss** gezogen werden, **A werde ihm kraft Gesetzes obliegende oder durch eine Ausnahmegenehmigung auferlegte Beschränkungen** hinsichtlich der Abgabe des geschächteten Fleisches **missachten**. Für sich genommen muss ein solcher **Betriebsausbau** nicht mehr besagen, als dass A die **Erwartung** hegt, in einem **größeren Umfang schächten zu dürfen**. In Bezug auf die **künftige Rechtstreue des A** hinsichtlich der ihm obliegenden Verkaufsbeschränkungen lassen sich daraus aber **nicht** die vom VGH gezogenen **weitreichenden Schlüsse folgern**.“ (BVerfG aaO)

#### bb) Sachkunde des A

„Der VGH führt insoweit aus, diese Bedenken beruhten auf der Überwachung mehrerer Schächtungen am 15.04. 2009. Deswegen habe der Landkreis ein Verfahren zur Entziehung der erteilten Sachkundebescheinigung eingeleitet (§ 4 II TierSchIV). Da aber eine solche **Entziehung bislang weder bestandskräftig noch vollziehbar ausgesprochen** worden ist, hät-

te der VGH zumindest prüfen müssen, ob von einer solchen angesichts des ins Feld geführten Vorfalls **mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auszugehen** ist. Eine nachvollziehbare inzidente Prüfung der Voraussetzungen des insoweit maßgeblichen § 4 VIII TierSchIV mit Blick auf besagten Vorfall nimmt der VGH aber nicht vor.“ (BVerfG aaO)

### cc) Zuverlässigkeit des A

„Soweit der VGH des Weiteren auf Grund der vorgenannten Umstände die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung **mangels Nachweises der Zuverlässigkeit** des A als unwahrscheinlich ansieht, mag es zwar sein, dass dieser rechtliche Gesichtspunkt im Rahmen des § 4a II Nr. 2 TierSchG erheblich ist (vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierschG, 2. Aufl. [2007], § 4a Rn 30), obwohl sich dies dem Wortlaut der Vorschrift jedenfalls nicht ohne Weiteres entnehmen lässt. Der VGH leitet das **Erfordernis der Zuverlässigkeit** aber erkennbar **nicht aus § 4a II Nr. 2 TierSchG** ab, sondern verweist insoweit auf § 35 GewO. Damit knüpft er offenbar an die Rechtsprechung des VG an, nach der die Ausnahmegenehmigung nur erteilt werden kann, soweit auch die sonstigen Anforderungen aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllt sind. Hierzu zählen bei einer gewerblichen Tätigkeit - wie hier - namentlich die Vorschriften des Gewerbe- und Handwerksrechts, also auch § 35 GewO. Eine **nachvollziehbare Prüfung des § 35 GewO** nimmt der VGH jedoch nicht vor.“ (BVerfG aaO)

### d) religiöser Hintergrund des Schächtens

„Soweit der VGH schließlich einen Anordnungsanspruch deshalb verneint, weil zweifelhaft sei, ob A sich **überhaupt aus religiösen Gründen verpflichtet** sehe, nur im Wege des Schächtens zu schlachten, ergibt sich die Verletzung von Art. 19 IV 1 GG aus Folgendem:

Ist **effektiver Rechtsschutz** letztlich **nur im Wege einer einstweiligen Anordnung** zu leisten, dürfen die **Anforderungen an die Glaubhaftmachung** eines Anordnungsanspruchs mit Blick auf Art. 19 IV GG **nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren gefordert werden könnte** (vgl. BVerfG, NVwZ 2003, 200f.). Es verstößt daher gegen Art. 19 IV 1 GG, wenn für die Bejahung des Anordnungsanspruchs darüber hinausgehende Anforderungen gestellt werden (vgl. auch: Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. [2006], § 123 Rn 77). Dies ist vorliegend der Fall, da der VGH sich nicht damit auseinandersetzt, dass nach der **Rechtsprechung des BVerwG** ein **Anspruch** nach § 4a II Nr. 2 TierSchG einfachrechtlich selbst dann gegeben sein dürfte, wenn A bereit wäre, auch nach vorheriger Betäubung zu schlachten. Denn danach **soll es genügen**, dass die **Voraussetzungen** des § 4a II Nr. 2 TierSchG insoweit auf **seine Kunden zutreffen** (vgl. BVerwGE 127, 183 = BeckRS 2007, 21389; insoweit nicht in: BVerwGE 127, 183 = NVwZ 2007, 461 abgedruckt).“ (BVerfG aaO)

Die kursorischen Erwägungen des VGH zur fehlenden Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs für eine Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO durch A sind nicht tragfähig und lassen keine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage erkennen. Sie sind daher nicht dazu angetan, das dem Bf. günstigere Ergebnis in dem Beschluss des VG in nachvollziehbarer Weise zu entkräften.

## 2. Anordnungsgrund

„Der VGH verstellt sich den Blick auf die hier **maßgeblichen verfassungsrechtlichen** Erfordernisse allein schon durch die von ihm gewählte **Prüfungsreihenfolge**. Indem er nämlich den Anordnungsgrund vor dem Anordnungsanspruch prüft, übersieht er, dass eine **Bejahung des Anordnungsanspruchs** bei einer Fallgestaltung, in der dieser bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes **fortschreitend endgültig vereitelt** wird, für die **Prüfung des Anordnungsgrundes** in weitem Umfang **vorgreiflich** ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn insoweit auch Grundrechtspositionen von Gewicht in Rede stehen (vgl. BVerfGE 79, 69 [77f.] = NJW 1989, 827 = NVwZ 1989, 352 L; BVerfGE 93, 1 [15] = NJW 1995, 2477).

Eine solche Konstellation liegt hier vor. Dann aber hat eine **sorgfältige und eingehende Bewertung des Anordnungsanspruchs** und damit der **Erfolgsaussichten in der Hauptsache Vorrang in der Prüfungsabfolge** (vgl. Puttler, § 123 Rn 97f.). Sofern also mit der für eine Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO **hinreichenden Wahrscheinlichkeit ein Erfolg des A im Hauptsacheverfahren** angenommen werden kann, ist der **Anordnungsgrund** bei solcher Sachlage **von Verfassungs wegen indiziert**. Die einstweilige Anordnung muss dann zur Abwendung wesentlicher Nachteile ergehen, da anderenfalls die **Gefahr fortschreitender Rechtsvereitelung** besteht, es sei denn, der Anordnung stünden sonst gewichtige Gründe entgegen. Den vom VGH angeführten Gründen, mit denen dieser einen Anordnungsgrund verneint hat, kommt ein solches Gewicht ersichtlich nicht zu.“ (BVerfG aaO)

Der Beschluss des VGH **genügt** auch hinsichtlich der Ausführungen zum Anordnungsgrund **nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen** aus Art. 19 IV 1 GG.

VwGO  
§ 65**einfache Beiladung im Verwaltungsprozess**  
**Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche**

VwGO

(OVG Koblenz in DÖV 2009, 1012 = BeckRS 2009, 38940;  
Beschluss vom 07.09.2009 – 6 B 10883/09)

1. Eine beabsichtigte Inanspruchnahme früherer anwaltlicher Bevollmächtigter wegen schlechter Beratung kann **grundsätzlich das Vorliegen rechtlicher Interessen im Sinne des § 65 I VwGO rechtfertigen**.
2. Die **Funktionen des zivilprozessualen Instituts der Nebenintervention** werden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren weitgehend **von den Bestimmungen über die Beiladung wahrgenommen**.

**A. Grundlagenwissen: Die einfache Beiladung im Verwaltungsprozess****I. Allgemeines**

§ 65 VwGO sieht vor, dass dritte Personen, die nicht Beteiligte des Verwaltungsrechtsstreits sind, beigeladen werden können, wenn ihre rechtlichen Interessen durch den Ausgang des Rechtsstreits zwischen den Beteiligten berührt werden können (**einfache Beiladung**). Das Gericht muss jedoch dritte Personen beiladen, wenn die jeweilige Gerichtsentscheidung auch dem Dritten gegenüber nur einheitlich ergehen kann (**notwendige Beiladung**).

Über die Beiladung kann nur das Verwaltungsgericht entscheiden. Die Beteiligten haben es im Verwaltungsprozess – anders als im Zivilprozess über die Rechtsinstitute der Nebenintervention und der Streitverkündung – nicht in der Hand, Dritte in den Rechtsstreit mit einzubeziehen (vgl. Guckelberger, Die Beiladung im Verwaltungsprozess, JuS 2007, 436).

**II. Voraussetzungen für die einfache Beiladung**

Eine Beiladung ist kann erfolgen, sobald ein **Gerichtsverfahren anhängig** und noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. Beigeladen werden können nur solche Personen, die **nicht Kläger oder Beklagter** des Rechtsstreits sind. Die Beigeladenen müssen allerdings **selbst nach § 61 VwGO beteiligtenfähig** sein.

Liegen diese Voraussetzungen für eine Beiladung vor, so kann das Gericht gem. § 65 I VwGO andere zum Rechtsstreit beiladen, deren **rechtliche Interessen** durch die Entscheidung **berührt** werden.

Ausweislich des Gesetzeswortlauts genügt für die Beiladung nicht jedes berechnigte ideelle, soziale, kulturelle oder wirtschaftliche Interesse. **Erforderlich** ist vielmehr, dass der beizuladende Dritte durch die jeweilige Gerichtsentscheidung in seiner vom **öffentlichen oder privaten Recht geschützten Rechts- oder Interessensphäre tangiert** werden kann.

Nach **ständiger Rechtsprechung** kommt eine einfache Beiladung in Betracht, wenn die Entscheidung in der Hauptsache auf die **rechtlichen Interessen des Dritten einwirken** kann (vgl. Guckelberger, Die Beiladung im Verwaltungsprozess, JuS 2007, 436).

Die Entscheidung über die Beiladung steht im **Ermessen des Gerichts**. Der Dritte verfügt also über **kein subjektives Recht auf Anordnung der Beiladung**, sondern nur über einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Im Rahmen seiner Ermessenserwägungen hat das Gericht das Interesse des Dritten mit anderen Belangen abzuwägen.

**Ermessensrelevante Faktoren** sind etwa die Zahl der Beizuladenden, Aspekte der Prozessökonomie, die Intensität der Beeinträchtigung der in Rede stehenden Interessen des Dritten oder das mit der Beiladung verbundene erhöhte Kostenrisiko der Hauptbeteiligten. Wenn die Beiladung zur **Wahrung des rechtlichen Gehörs**, aus Gründen des **Grundrechtsschutzes** (z.B. Art. 14 GG) des Dritten

oder etwa des **gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts** besonders wichtig ist, kann sich das **Ermessen** des Gerichts im Einzelfall so **verdichten**, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen beizuladen ist.

### III. Rechtsfolgen der Beiladung

Mit Zustellung des gerichtlichen Beiladungsbeschlusses erhält der Dritte die prozessuale **Stellung eines Beteiligten des Rechtsstreits** (§ 63 Nr. 3 VwGO). Er ist zu allen Terminen zu laden. Die Schriftsätze sind ihm zuzustellen. Er kann an allen Verhandlungen und Beweisterminen teilnehmen sowie die Akten einsehen. Da ein Beigeladener nicht auf der Seite des Klägers bzw. Beklagten in den Prozess eintritt, steht es ihm frei, einen von diesen zu unterstützen, sich neutral zu verhalten oder gar passiv zu bleiben.

§ 66 S. 1 VwGO ermöglicht es dem einfach Beigeladenen, innerhalb der Anträge eines Hauptbeteiligten **selbstständig Verteidigungsmittel geltend zu machen** und alle Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Jedoch kann er die Beendigung des Rechtsstreits durch Rücknahme der Klage oder die Abgabe übereinstimmender Erledigungserklärungen durch die Hauptbeteiligten nicht verhindern. Hierfür ist nach dem Verwaltungsprozessrecht seine Zustimmung nicht erforderlich (vgl. Guckelberger, Die Beiladung im Verwaltungsprozess, JuS 2007, 436).

## B. einfache Beiladung im Verwaltungsprozess bei möglichen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen gegen Dritte (OVG Koblenz in DÖV 2009, 1012)

**Fall:** K klagt vor dem zuständigen Verwaltungsgericht gegen einen Erschließungsbeitragsbescheid. Er ist der Auffassung, dass – sollte der Bescheid als rechtmäßig bestätigt werden – er Schadensersatzansprüche gegen seinen früheren Prozessbevollmächtigten B wegen Falschberatung hat. Er beantragt daher die Beiladung des B. Das Verwaltungsgericht lehnt die Beiladung durch Beschluss ab. Hat die hiergegen gerichtete, fristgerechte Beschwerde des K Erfolg?

Die Beschwerde des K hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit der Beschwerde, § 146 VwGO

Die Beschwerde ist nach § 146 I VwGO statthaft gegen alle Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, die nicht Urteile und Gerichtsbeschlüsse sind, also auch gegen den Beschluss, mit dem die Beiladung des B abgelehnt wird. Die Beschwerde ist nach § 147 I VwGO innerhalb von 2 Wochen beim iudex a quo, also dem Ausgangsgericht einzulegen. Sie kann jedoch nach § 147 II VwGO auch beim iudex ad quem, also dem Rechtsbehelfsgericht eingereicht werden. Die Frist wurde hier gewahrt. Über die Beschwerde entscheidet bei Nichtabhilfe durch das Verwaltungsgericht gem. § 150 VwGO das Oberverwaltungsgericht.

### II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn der Beschluss des Verwaltungsgerichts fehlerhaft ist, eine Beiladung des B also erfolgen muss. In Betracht kommt hier nur eine einfache Beiladung nach § 65 I VwGO.

Die grundlegenden Voraussetzungen für eine einfache Beiladung (Anhängigkeit, Beteiligtenfähigkeit usw.) liegen ohne weiteres vor, fraglich ist jedoch, ob B durch die Entscheidung in dem Rechtsstreit in seinen rechtlichen Interessen berührt wird.

#### 1. Beeinträchtigung rechtlicher Interessen

*„Dies **setzt nicht voraus**, dass der beizuladende Dritte durch die Entscheidung **tatsächlich** in seinen Rechten **beeinträchtigt** wird. Vielmehr **reicht es aus**, wenn im Zeitpunkt der Beiladung die **Möglichkeit besteht**, die Entscheidung könne auf seine rechtlichen Interessen einwirken. Es genügt mithin, dass sich eine Rechtsposition des Beizuladenden durch das Unterliegen einer der Parteien verbessern oder verschlechtern könnte. Hierbei macht es **keinen Unterschied**, ob diese **Rechtsposition durch öffentliches oder bürgerliches Recht begründet** wird (BVerwG, NJW 1982, 951 [952]).*

*Die von dem Kläger angestrebte Beiladung dient dem **Zweck**, die sonst auf die Hauptbeteiligten des Verfahrens beschränkte **Rechtskraftwirkung** des verwaltungsgerichtlichen Urteils (§ 121 VwGO) **auf die Beizuladenden auszudehnen**. Der Kläger will nämlich seine früheren*

Bevollmächtigten wegen von ihm behaupteter Beratungsfehler aus dem seinerzeitigen anwaltlichen Beratungsverhältnis in Regress nehmen. Eine solche Inanspruchnahme früherer anwaltlicher Bevollmächtigter wegen schlechter Beratung kann **grundsätzlich das Vorliegen rechtlicher Interessen im Sinne des § 65 I VwGO rechtfertigen** (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 65 Rn. 10; Bier, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 17. Ergänzungslieferung 2008, § 65 Rn. 13).“ (OVG Koblenz aaO)

K geht davon aus, bei ordnungsgemäßer Beratung durch seinen früheren Bevollmächtigten insbesondere im Rahmen des abgeschlossenen Umlenkungsverfahrens wäre ungeachtet aktueller beitragsrechtlicher Verpflichtungen eine Beitragszahlung vermeidbar gewesen. I

„Im Hinblick hierauf besteht ein rechtliches Interesse des B im Sinne des § 65 IV VwGO, da sie je nach Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Streitverfahrens mit einer entsprechenden Schadenersatzforderung des Klägers rechnen müssen. Insoweit hat der Verfahrensausgang daher Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kläger und den Beizuladenden.

Würde nämlich die **Rechtmäßigkeit** des angefochtenen Beitragsbescheids durch ein rechtskräftiges klageabweisendes Urteil **bestätigt**, wäre wegen dessen Bindungswirkung ein **nachfolgender Schadenersatzprozess** zwischen dem Kläger und den Beizuladenden **präjudiziert**. Die Beizuladenden könnten sich gegenüber dem Kläger nicht darauf berufen, der Beitragsbescheid der Beklagten sei rechtswidrig gewesen und dem Kläger allein hierdurch ein Schaden entstanden. In dieser Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten im nachfolgenden Zivilprozess als Folge der Bindungswirkung eines rechtskräftigen klageabweisenden Urteils liegt eine Verletzung subjektiver Rechte der Beizuladenden (vgl. BVerwG, NVwZ 1987, 970 [971]).

Würde hingegen der **Kläger** das von ihm verfolgte **Prozessziel erreichen** und der angefochtene Bescheid also aufgehoben, verbesserte sich die Rechtsposition der Beizuladenden gegenüber dem Kläger. Denn sie könnten aufgrund des anwaltlichen Beratungsvertrags jedenfalls **insoweit nicht schadenersatzpflichtig** werden, als durch verwaltungsgerichtliches Urteil rechtskräftig entschieden wäre, dass der **Kläger keinen Erschließungsbeitrag zu zahlen braucht** (BVerwG, NJW 1982, 951 [952]). Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass die Beizuladenden durch die Entscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in ihren rechtlichen Interessen im Sinne von § 65 Abs. 1 VwGO berührt sein können.“ (OVG Koblenz aaO)

## 2. kein Ausschluss durch Schadenersatzinteresse des K

Die Beiladung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen sein, weil es K nur darum geht, im Falle eines für ihn ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Schadenersatzanspruch gegenüber den Beizuladenden geltend machen zu können (vgl. § 72 ZPO) und ein solches Interesse mangels der Zulässigkeit einer Streitverkündung im Verwaltungsprozess nicht geschützt wird.

„Dieser Einwand **verkennt** nämlich die **Funktion der Beiladung im Verwaltungsprozess**. Mit ihr hat die Verwaltungsgerichtsordnung nämlich ein Institut geschaffen, das gerade die Aufgaben u. a. der Nebenintervention und der Streitverkündung im Zivilprozess erfüllen soll (Eyermann/Schmidt, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 65 Rn. 1; Bier, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a.a.O., § 65 Rn. 2).

Auch entspricht es der **ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts**, eine Nebenintervention gemäß § 173 S. 1 VwGO i. V. m. § 66 ff. ZPO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für unzulässig zu erachten (Urteil vom 15. März 1988, Buchholz 451.29 Schornsteinfeger Nr. 31 S. 3 [6], und Beschluss vom 22. Dezember 2005, BeckRS 2006, 20302). Denn die **Funktionen des zivilprozessualen Instituts der Nebenintervention** würden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren weitgehend von den **Bestimmungen über die Beiladung wahrgenommen**. Deren Regelungen gewährleisten eine Beteiligung solcher Dritter, die am Ausgang des Verfahrens ein rechtliches Interesse hätten und würden ihnen zugleich ausreichende prozessuale Rechte geben. Diese Überlegungen treffen aber in gleicher Weise auf das Institut der Streitverkündung zu, welches in seinen rechtlichen Konsequenzen gemäß § 74 III i. V. m. § 68 ZPO ausdrücklich der Nebenintervention gleichgestellt ist (OVG RP, Beschluss vom 3. Juli 2008 - 3 B 10651/08.OVG -, veröffentl. in ESOVGRP sowie NVwZ-RR 2008, 846). Auch dessen Funktion wird daher im Verwaltungsprozess durch das Institut der Beiladung übernommen.“ (OVG Koblenz aaO)





## 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** **ZPO**  
**§ 323 II** **Berufungsrücknahme**  
**Schluss der mdl. Verhandlung erster Instanz ist maßgebend**  
 (OLG Koblenz in OLG R 2009, 949; Urteil vom 30.09.2009 – 9 UF 230/09)

Wird die **Berufung im Erstverfahren** zurückgenommen, ist im **Abänderungsverfahren** i. R. des § 323 II ZPO der **Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz maßgebend**. Dies gilt auch dann, wenn die **Berufungsrücknahme erst nach der mündlichen Verhandlung erfolgt**.

„**Entscheidend für den i. R. des § 323 II 2 ZPO maßgebenden Zeitpunkt ist die mündliche Verhandlung im erstinstanzlichen Verfahren vor dem AG. Der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren ist nicht heranzuziehen, weil der Kl. seine Berufung zurückgenommen hat. Im Falle der Berufungsrücknahme ist Präklusionszeitpunkt i. S. des § 323 II ZPO der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz** (OLG München OLG R 2008, 133; OLG Köln FamRZ 1997, 507; Gerhard, Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 6. Aufl., Kap. 6, Rn 655 a; Wendt/Staudigl/Schmitz, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 10 Rn 159).

Der Auffassung des OLG Zweibrücken (FamRZ 1989, 304), wonach der Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren dann maßgebend bleibt, wenn die Berufung erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung zurückgenommen wird, folgt der Senat nicht: Nach dem **Wortlaut des § 323 II ZPO** ist diese **einschränkende Auslegung nicht geboten**. Die Entscheidung, die Berufung zurückzunehmen, unterliegt der freien Disposition der die Berufung führenden Partei. Wenn ein Berufungskl. von der prozessualen Befugnis der Rechtsmittelrücknahme Gebrauch macht, besteht im Abänderungsverfahren kein Anlass zu prüfen, ob es ihm zumutbar gewesen wäre, das Berufungsverfahren durchzuführen und den Abänderungsgrund schon in diesem geltend zu machen (BGH FamRZ 1988, 493 ff.). In dem Fall, der dem zitierten Urteil des BGH zugrunde lag, hatte der Rechtsmittelführer die Berufung nach Erörterung der Sach- und Rechtslage, aber vor Eintritt in die Sachverhandlung zurückgenommen. Der BGH hat entscheidend darauf abgestellt, ob im Berufungsverfahren eine Sachprüfung durch das BerG erfolgt ist. Nach einer wirksamen Rücknahme der Berufung findet eine solche Sachprüfung nicht mehr statt, weil die Rücknahme nach § 516 III 1 ZPO den Verlust des eingelegten Rechtsmittels zur Folge hat. Die Frage, ob die Rücknahme nach Erörterung der Sach- und Rechtslage, aber vor Antragstellung in der Berufungsverhandlung oder erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Verkündungstermin erfolgt, kann insoweit nicht entscheidend sein (so auch: MüKo-ZPO/Gottwald, 3. Aufl., § 323 Rn 39; Johannsen/Henrich, Eherecht, 5. Aufl., § 323 Rn 114; Göppinger/Wax/Vogel, Unterhaltsrecht, 9. Aufl., Rn 2419).“ (OLG Koblenz aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**ZPO** **ZPO**  
**§ 520 III 2 Nr.2** **Berufungsbegründung**  
**erforderlicher Inhalt**  
 (BAG in DB 2009, 2220; Urteil vom 28.05.2009 – 2 AZR 223/08)

Der **Berufungsführer muss nicht zu allen für ihn nachteilig beurteilten Punkten in der Berufungsbegründung umfassend Stellung nehmen**. Ausreichend ist es, wenn sich die Berufungsbegründung mit einem einzelnen, den ganzen Streitgegenstand betreffenden Streitpunkt befasst.

„Um ein angefochtenes Urteil insgesamt in Frage zu stellen, **genügt es, wenn sich die Berufungsbegründung mit einem einzelnen, den ganzen Streitgegenstand betreffenden Streitpunkt befasst und ihn in ausreichendem Maß behandelt** (vgl. insbes. BGH NJW 2002, 682). Vom Rechtsmittelführer **kann nicht mehr an Begründung verlangt werden, als vom Gericht in diesem Punkt selbst aufgewandt worden ist** (vgl. insbes. BAGE 110, 45; BAGE 113, 121).“ (BAG aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**ZPO** **ZPO**  
**§ 632** **Feststellungsurteil**  
**Bindungswirkung**  
 (OLG München in MDR 2009, 1342 = NJOZ 2009, 4503; Beschluss vom 10.06.2009 – 31 Wx 6/09)

Ein **Feststellungsurteil** (hier: ein Urteil, das das Nichtbestehen einer Ehe feststellt), **wirkt nur zwischen den Parteien**.

„**§ 632 ZPO sieht im Gegensatz zu § 638 S. 2 ZPO a.F. keine Rechtskrafterstreckung vor** (MüKo-ZPO/Bernreuther, 5. Aufl., § 632 Rn 13; Musielak/Borth, ZPO, 6. Aufl., § 632 Rn 5; Thomas/Putzo/Hülstege, ZPO, 29. Aufl., § 632 Rn 1; Zöller/Philippi, ZPO, 27. Aufl., § 632 Rn 10; Habscheid FamRZ 1999, 480). Ein **Feststellungsurteil ist kein Gestaltungsurteil und ändert die materielle Rechtslage nicht**. Es kann deshalb nicht angenommen werden, dass die ersatzlose Streichung des § 638 S. 2 ZPO a.F. ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers darstellt (so Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl., Einf. vor § 1313 Rn 7).

Auch die **Begründung des Gesetzesentwurfs** der Bundesregierung zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (EheSchIRG; BT-Dr 13/1498, S. 26) stützt diese Auffassung nicht, denn die Aussage, der neue § 632 ZPO fasse „die sich bislang aus § 638 in Verbindung mit den §§ 633 bis 635 ZPO ergebenden Regelungen ohne sachliche Änderungen zusammen“, bezieht sich nur auf § 638 S. 1 ZPO a.F., der die Verweisung auf §§ 633 bis 635 ZPO a.F. enthält.“ (OLG München aaO).



ZPO  
§ 704 I**Vollstreckungsfähigkeit eines Titels  
Errechnen des Zahlbetrags nach Tachostand**

ZPO

(OLG Koblenz in NJW 2009, 3519; Urteil vom 16.04.2009 – 6 U 574/08)

Ein **Urteil, durch welches der Bekl. dazu verurteilt wird, Zug um Zug gegen Rückgabe eines bestimmten Fahrzeugs eine bestimmte Summe abzgl. eines Betrags zu zahlen, der nach der Kilometerleistung gemäß Tachostand dieses Fahrzeugs zu errechnen ist, ist mangels Vollstreckungsfähigkeit unzulässig.**

- I. Ein **Titel ist nur dann zur Vollstreckung geeignet, wenn er inhaltlich hinreichend bestimmt ist. Maßgeblich** hierfür ist in erster Linie der **Tenor, ggf. unter Heranziehung von Tatbestand und Entscheidungsgründen**. Ein zu vollstreckender **Zahlungsanspruch ist hinreichend bestimmt, wenn er betragsmäßig festgelegt ist oder sich aus dem Vollstreckungstitel ohne weiteres errechnen lässt**.

Dies ist der Fall, wenn die Berechnung mit Hilfe „offenkundiger“, z.B. aus dem Bundesgesetzblatt oder dem Grundbuch ersichtlicher, Umstände möglich ist (BGH NJW 1995, 1162). Ist die Berechnung nur unter Heranziehung von außerhalb des Titels liegenden Umständen möglich, die nicht in diesem Sinne offenkundig sind, so ist es den Vollstreckungsorganen grundsätzlich verwehrt, hierauf zurückzugreifen. Deshalb können z.B. Urkunden, auch Teile der Prozessakten, nur beachtet werden, wenn sie zum Bestandteil des Urteils gemacht worden sind; eine Bezugnahme auf nicht zum Bestandteil gemachte Urkunden reicht nicht aus (Musiellak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl., § 704 Rn 6). Ein solches „Dokument“ stellt der Tachometer des herauszugebenden Fahrzeugs dar.

- II. Entgegen der in Rspr. und Lit. teilweise vertretenen Meinung (z.B. OLG Karlsruhe NJW 2003, 1950; Reinking/Eggert, Autokauf, 9. Aufl., Rn 469) ist der **Tenor, der auf den Tachostand im Zeitpunkt der Rückgabe des Fahrzeugs Bezug nimmt, keineswegs eindeutig**.

„So kann es zum Beispiel im Falle einer Vollstreckung nach wörtlichem Angebot gem. § 756 II ZPO für den Gerichtsvollzieher unklar sein, welcher Tachostand maßgeblich sein soll. Das Argument, durch einen so gefassten Urteilstenor würde einer Vollstreckungsgegenklage vorgebeugt (so OLG Karlsruhe NJW 2003, 1950), trifft nicht zu. Würde ein solches Urteil als Vollstreckungstitel zugelassen, so käme mangels hinreichender Bestimmtheit des abziehenden künftig anfallenden Betrags allenfalls eine Vollstreckung wegen der bezifferten Forderung, also ohne den Abzug, in Betracht; der Schuldner wäre hinsichtlich der ihm zustehenden weiteren Nutzungsentschädigung darauf angewiesen, diese im Wege der **Vollstreckungsgegenklage** geltend zu machen (vgl. zu Ermäßigungsklauseln in einer vollstreckbaren Urkunde BGH NJW 1997, 2887; Musiellak/Lackmann, § 704 Rn 7).

Zwar wird es **allgemein als zulässig angesehen, einen Bekl. zur Zahlung einer monatlichen Nutzungsentschädigung bis zur Rückgabe der genutzten Sache zu verurteilen**. Dies entspricht den sonstigen zahlreichen Fällen der Titulierung laufender Leistungen (Unterhalt, Renten, Mietzins usw.), die, auch wenn es so nicht in den Tenor aufgenommen wird, materiell-rechtlich unter dem Vorbehalt wesentlich gleich bleibender Verhältnisse stehen und bei deren Änderung die Initiative zur Korrektur des Titels - in der Regel durch Abänderungs- oder Vollstreckungsgegenklage nach §§ 323, 767 ZPO - dem Vollstreckungsschuldner überlassen bleibt. (BGH NJW 1999, 954). **Diese Fälle sind jedoch nicht vergleichbar mit dem vorliegenden**, in welchem die Bekl. nicht zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung, sondern zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrags abzüglich einer **unbestimmten Nutzungsentschädigung** verurteilt worden ist, die zudem **nicht eindeutig für bestimmte Zeiträume festgesetzt ist**.“ (OLG Koblenz aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO  
§ 850a Nr.3**Forderungspfändung  
Erschwernis-/Wechselschichtzulagen sind unpfändbar**

ZPO

(OVG Lüneburg in DÖV 2009, 1007; Beschluss vom 17.09.2009 – 5 ME 186/09)

**Erschwernis- und Wechselschichtzulagen sind gem. § 850 a Nr. 3 ZPO unpfändbar.**

- I. Schon der **Wortlaut des § 850 a Nr. 3 ZPO** spricht gegen eine Differenzierung zwischen verschiedenen Erschwerniszulagen, da die Vorschrift ausdrücklich neben Erschwerniszulagen noch Gefahrenzulagen und Schmutzzulagen anführt, die aber gerade an die Art der ausgeübten - gefährlichen oder schmutzigen - Tätigkeit anknüpfen.

„Das Verwaltungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass sich für unpfändbare Erschwerniszulagen so gut wie kein Anwendungsbereich mehr finden würde, wenn im Rahmen des § 850 a Nr. 3 ZPO an die Art der ausgeübten Tätigkeit angeknüpft würde.“ (OVG Lüneburg aaO)

- II. Auch die **Entstehungsgeschichte des § 850 a Nr. 3 ZPO** lässt es nicht zu, Zulagen nach der Erschwerniszulagenverordnung von dem Anwendungsbereich des § 850 a Nr. 3 ZPO auszunehmen.

„Die Vorschrift des § 850 a ZPO ist durch Art. 1 Nr. 12 des Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 20. August 1953 (BGBl. I S. 952) in die Zivilprozessordnung eingefügt worden. Dem Gesetz liegt der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 5. April 1952 (BT-Drucks. 1/3284 S. 1 ff.) zugrunde. In dem Gesetzentwurf finden sich keinerlei Hinweise dahingehend, dass der Gesetzgeber den eindeutig gewählten Begriff der „Erschwerniszulagen“ nicht umfassend, sondern - wie einige der genannten Kommentierungen ohne Auseinandersetzung mit den Gesetzgebungsmaterialien mutmaßen - in einem engeren, zivilprozessualen Sinne verstanden wissen wollte. Dahingehende Anhaltspunkte finden sich auch nicht in der Stellungnahme des Bundesrates vom 29. Februar 1952 zu dem genannten Gesetzentwurf (vgl. Anlage 2 zum Gesetzentwurf vom 05.04.1952). Falls der Gesetzgeber beabsichtigt gehabt hätte, im Rahmen der neu geschaffenen Vorschrift des § 850 a Nr. 3 ZPO bestimmte Erschwerniszulagen von dem Begriff der Erschwerniszulagen auszunehmen, hätte es nahe gelegen, dies in den Gesetzgebungsmaterialien deutlich zu machen. Das ist indes nicht geschehen.“ (OVG Lüneburg aaO)



StPO  
§ 218 S.1**Terminsladung  
mehrere Verteidiger**

StPO

(OLG Naumburg in StV 2009, 686; Beschluss vom 25.05.2009 – 2 Ss 50/09)

Es stellt einen **Verstoß gegen § 218 S. 1 StPO** dar, wenn einer von mehreren ordnungsgemäß bevollmächtigten **Wahlverteidigern** des Angekl. **nicht zu einem Verhandlungstermin geladen** wurde.

„Der Angekl. hat weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten auf die Ladung seines Wahlverteidigers zu dem Hauptverhandlungstag verzichtet. Es ist anerkannt, dass grds. weder in der rügelosen Einlassung noch im Unterlassen eines Aussetzungsantrages ein wirksamer Verzicht des Angeklagten auf die Anwesenheit seines gewählten Verteidigers gesehen werden kann (BGH NSTZ 2006, 461 ff; BGHSt 36, 259 ff; BGH NSTZ 2005, 114), denn ein solcher Verzicht setzt die Kenntnis des Angeklagten voraus, dass sein Verteidiger nicht geladen wurde und dass er deshalb die Aussetzung beantragen kann. Dem Angekl. war schon nicht bekannt, dass sein Wahlverteidiger zu den Fortsetzungsterminen nicht geladen wurde.“ (OLG Naumburg aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 265 I**gerichtliche Hinweispflicht  
Anforderungen**

StPO

(OLG Oldenburg in NJW 2009, 3669; Beschluss vom 20.10.2009 – 1 Ss 143/09)

Ein **Schreiben des Strafkammervorsitzenden**, in dem keine **Strafvorschrift angeführt** und in dem **lediglich mitgeteilt** wird, dass „eine Verurteilung des Angekl. wegen Rauschtaten“ und die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt in Betracht komme, ist **kein ordnungsgemäßer Hinweis gem. § 265 I StPO**.

„Zwar **enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung** darüber, in welcher Weise ein Angekl. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts hinzuweisen ist. Aus dem **Zweck der Vorschrift**, dem Angekl. Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen und ihn vor Überraschungen zu schützen, ergibt sich jedoch, dass ein Hinweis nur ausreichend ist, wenn er so gehalten ist, dass er dem Angekl. und seinem Verteidiger ermöglicht, ihre Verteidigung auf den neuen rechtlichen Gesichtspunkt einzurichten. Der **Hinweis muss ihnen deshalb erkennbar machen, welches Strafgesetz nach Auffassung des Gerichts in Betracht kommt und durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale möglicherweise als erfüllt ansieht**; nennt ein Gesetz mehrere gleichwertig nebeneinander stehende Begehungsweisen, so muss auch darauf hingewiesen werden, welche in Betracht kommt (vgl. BGH NSTZ 1983, 34; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 265 Rn 31 m.w. Nachw.).

Diesen Erfordernissen wird das Schreiben auch nicht ansatzweise gerecht: In ihm wird weder die Bezeichnung der Straftat, wegen der später die Verurteilung erging, nämlich Vollrausch, noch der einschlägige Paragraph des Strafgesetzbuchs angegeben. Der dort gebrauchte Begriff „Rauschat“ wird im Strafgesetzbuch nicht als Bezeichnung einer Straftat verwandt. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter einer „Rauschat“ am ehesten die Begehung eines Delikts im Alkoholrausch verstanden. Hierzu passt es, dass in dem erwähnten Schreiben von Rauschtaten - also mehreren Straftaten - die Rede ist. Als Vollrausch gem. § 323a StGB wäre nach den Umständen des Falls demgegenüber nur eine Straftat in Betracht gekommen. Hinzu kommt, dass dem Schreiben des Strafkammervorsitzenden nicht zu entnehmen war, ob eine vorsätzliche oder eine fahrlässige Tatbegehung in Betracht kommen soll, was angesichts der Tatbestandsalternativen des § 323a I StGB für einen Hinweis nach § 265 I StPO erforderlich gewesen wäre.“ (OLG Oldenburg aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 457 III**Telekommunikations-Überwachung  
zur Vollstreckung eines Sicherungshaftbefehls unzulässig**

StPO

(OLG Celle in StV 2009, 635 = MMR 2009, 700; Beschluss vom 12.05.2009 – 2 Ws 103/09)

I. **§ 457 III StPO erfasst nicht die Vollstreckung von Sicherungshaftbefehlen** und kann daher **nicht als Eingriffsgrundlage für eine TK-Überwachung zur Vollstreckung eines Sicherungshaftbefehls** herangezogen werden.

„**§ 457 III StPO** erlaubt die Anordnung von TK-Überwachungsmaßnahmen, die geeignet sind, den Aufenthaltsort des Verurteilten zu ermitteln, nach seinem **ausdrücklichen Wortlaut** nur „in den Fällen des Abs. 2“. **§ 457 II StPO** bezieht sich wiederum seinem eindeutigen Wortlaut nach nur auf solche Fälle, in denen die Vollstreckungsbehörde zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe einen Vorführungs- oder Haftbefehl erlassen kann. Dies sind gerade nicht die Fälle, in denen das die Bewährungsaufsicht führende Gericht gem. § 453c StPO einen Sicherungshaftbefehl erlassen kann.

Diese **Fallgruppen unterscheiden sich** insb. dadurch, dass im Fall des Erlasses eines Vollstreckungshaftbefehls gem. § 457 II StPO bereits eine gerichtliche Entscheidung über eine zu vollstreckende Freiheitsstrafe vorliegt. Dies ist im Fall eines Sicherungshaftbefehls gem. § 453c StPO gerade nicht der Fall. Hier steht die gerichtliche Entscheidung darüber, ob die Freiheitsstrafe zu vollstrecken ist, also die Bewährung widerrufen wird, gerade noch aus und kann, wie gerade im vorliegenden Fall, auch ablehnend ausfallen.

Schon **nach dem Wortlaut des § 457 II und III StPO** kommt daher die **Anordnung von TK-Überwachungsmaßnahmen zur Vollstreckung eines Sicherungshaftbefehls nicht in Betracht**. Dementsprechend heißt es auch einhellig in der Kommentarlit., dass mit den erweiterten Eingriffsbefugnissen in § 457 III StPO keine beweissichernden Funktionen verbunden sind, etwa nicht für Entscheidungen nach §§ 56f StGB, 453 StPO (Systematischer Komm.-Paeffgen, StPO, § 157 Rn 2; KMR-Stökel, § 457 StPO Rn 1; KK-Appl, StPO, 6. Aufl., § 457 Rn 1).

Dies wird bestätigt durch die **systematische Einordnung des Sicherungshaftbefehls nach § 453c StPO**. Die Vollstreckung des Sicherungshaftbefehls gehört nämlich mangels Vollstreckbarkeitsbescheinigung noch nicht zur Vollstreckung i.S.d. § 451 I StPO. Mangels besonderer Regelung gilt daher für die Vollstreckung § 36 II StPO (vgl. dazu Löwe/Rosenberg-Wendisch, § 453c Rn 12; KK-Appl aaO, § 453c Rn 7).“ (OLG Celle aaO)



- II. Auch eine **erweiternde Auslegung oder analoge Anwendung des § 457 III StPO** auf die Vollstreckung von Sicherungshaftbefehlen **verbietet sich**.

„Die **Telefonüberwachung greift in den Kernbereich des Grundrechts nach Art. 10 GG ein**. Diese Grundrechtsrelevanz erfordert eine an den Grundsätzen der Rechtsklarheit und Verhältnismäßigkeit orientierte Bestimmung der Eingriffstatbestände. Dies schließt eine erweiternde Auslegung der Bestimmungen, mit denen die Voraussetzungen, Umfang und Zuständigkeiten für die Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs geregelt werden, aus (vgl. dazu BGHSt 48, 240; BGHSt 31, 296). Auch § 453c StPO selbst kann als Eingriffsgrundlage für die Anordnung von TK-Überwachungsmaßnahmen zur Vollstreckung eines Sicherungshaftbefehls nicht herangezogen werden. Zwar ermächtigt § 453c StPO dazu, vorläufige Maßnahmen zu treffen, um sich der unter Bewahrung stehenden Person des Verurteilten zu versichern und nur notfalls auch einen Sicherungshaftbefehl zu erlassen. Demnach könnte die TK-Überwachung eine solche vorläufige Maßnahme sein. Dem steht indessen entgegen, dass **das erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 09.12.1974, mit dem § 453c StPO in die StPO eingefügt wurde, Art. 10 I GG für diese Neuregelung nicht zitiert hat**. In Art. 12 dieses Gesetzes heißt es insoweit nur, dass durch Art. 1 Nr. 110 dieses Gesetzes, also die Neuregelung des § 453c StPO, in das Grundrecht der persönlichen Freiheit nach Art. 2 II 2 GG eingegriffen wird, nicht aber in das Grundrecht des Brief, Post und Fernmeldegeheimnisses, das in diesem Gesetz **nur durch die Neuregelungen in §§ 100 und 100a StPO eingeschränkt werden soll**. Demnach kann auch § 453c StPO nicht als Eingriffsgrundlage für die Anordnung von TK-Überwachungsmaßnahmen zur Vollstreckung eines Sicherungshaftbefehls herangezogen werden.“ (OLG Celle aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 765a

### Absprache und Rechtsmittelverzicht vor gesetzl. Regelung der Verständigung im Strafverfahren (BGH in StV 2009, 679; Beschluss vom 29.09.2009 – 1 StR 376/09)

StPO

Der **nach einer Verständigung wirksam erklärte Rechtsmittelverzicht führt** - in Verbindung mit dem Rechtsmittelverzicht der anderen rechtsmittelberechtigten Verfahrensbeteiligten - die **Rechtskraft unmittelbar herbei** (BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440 = NStZ 2005, 389). Der durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009 (BGBl I, S. 2353) eingeführte **§ 302 I 2 StPO** -wonach ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen ist, wenn dem Urteil eine Verständigung nach § 257c StPO vorausgegangen ist - **beseitigt die vor Inkrafttreten des Gesetzes bereits eingetretene Rechtskraft nicht**.

„Ein **Rechtsmittelverzicht kann grds. nicht widerrufen, wegen Irrtums angefochten oder sonst zurückgenommen werden** (st. Rspr.).

Hieran **ändert auch der durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl I S. 2353) eingefügte § 302 I 2 StPO nichts**, wonach ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen ist, wenn dem Urteil eine Verständigung nach § 257c StPO vorausgegangen ist. **Denn der nach Urteilserlass erklärte Rechtsmittelverzicht hat** - in Verbindung mit dem Rechtsmittelverzicht der anderen rechtsmittelberechtigten Verfahrensbeteiligten - die **Rechtskraft unmittelbar herbeigeführt** (BGHSt 50, 40). Die zeitlich danach erfolgte Änderung des Verfahrensrechts konnte die Rechtskraft nicht beseitigen.“ (BGH aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 65 II

### Beiladung keine Beschwer des Bekl. durch unterlassene Beiladung (BVerwG in NVwZ-RR 2010, 37; Beschluss vom 16.09.2009 – 8 B 75/09)

VwGO

Das **Unterbleiben einer notwendigen Beiladung nach § 65 II VwGO begründet keine materielle Beschwer des Bekl.**

„Die für die Zulässigkeit seines Rechtsbehelfs erforderliche materielle Beschwer setzt voraus, dass der Bf. durch den geltend gemachten Mangel in eigenen Rechten betroffen ist. Ein **Verfahrensmangel, der ihn nicht in eigenen Rechten berührt, kann der Nichtzulassungsbeschwerde nicht zum Erfolg verhelfen** (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 138 Nr. 4 VwGO Nr. 7; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. 2, § 133, Stand: Februar 1998 Rn 26; Weyreuther, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rspr. der obersten Bundesgerichte, 1971, Rn 197). Dieser **Grundsatz gilt auch für die Rüge, eine notwendige Beiladung sei versäumt worden** (BVerwG VIZ 2000, 661).

Der **Beiladungsmangel betrifft den Bekl. nicht in eigenen Rechten**: Die notwendige **Beiladung nach § 65 II VwGO bezweckt nicht, die Verfahrensposition des einen oder anderen Prozessbeteiligten zu stärken und in dessen Interesse die Möglichkeiten der Sachaufklärung zu erweitern** (BVerwGE 74, 19 = NJW 1986, 2775 = Buchholz 406.11 § 36 BBauG Nr. 36 = NVwZ 1986, 917; BVerwG VIZ 2000, 661; Buchholz 310 § 65 VwGO Nr. 143 S. 13). Sie **soll vielmehr die Rechte des notwendig Beizuladenden schützen und dient darüber hinaus der Prozessökonomie**, indem sie die Rechtskraft des Urteils auf alle am streitigen Rechtsverhältnis Bet. erstreckt (BVerwGE 74, 19 = NJW 1986, 2775 = Buchholz 406.11 § 36 BBauG Nr. 36 = NVwZ 1986, 917). Das schließt **kein subjektives Recht der Prozessbeteiligten auf fehlerfreie Anwendung des § 65 II VwGO ein**. Wer ordnungsgemäß am Verfahren beteiligt war und entsprechend auf das Verfahrensergebnis einwirken konnte, wird durch das Unterbleiben der notwendigen Beiladung eines Anderen nicht in eigenen Rechten berührt (vgl. BVerwG VIZ 2000, 661 – zur Rechtsstellung des Beigel.). Das Risiko, bei Unwirksamkeit der Entscheidung gegenüber dem nicht Beigel. in einen weiteren Prozess einbezogen zu werden, ändert daran nichts.“ (BVerwG aaO)





VwGO  
§ 67 IV**Erinnerungsverfahren  
Vertretungszwang**

VwGO

(OVG Bautzen in NVwZ 2009, 1573; Beschluss vom 13.07.2009 – 2 E 43/09)

Auch nach der **Neuregelung des § 67 IV VwGO unterliegt eine Erinnerung gegen eine Kostenrechnung des OVG nicht dem Vertretungszwang.**

- I. **Bislang** bestand nach **§ 66 V 1 GKG a.F.** wegen der Verweisung auf § 129a ZPO gem. § 173 VwGO i.V. mit § 78 V HS 2 ZPO bei Kostenerinnerungen, Streitwert- und Kostenbeschwerden **kein Vertretungszwang**. Die Verweisung findet sich dort nach wie vor ebenso wie der Zusatz, dass Anträge und Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden können.

„Aus § 66 V 2 GKG, wonach für die Bevollmächtigung die Regelungen der für das zu Grunde liegende Verfahren geltenden Verfahrensordnung entsprechend gelten, lässt sich Gegenteiliges nicht ableiten, denn die Vorschrift betrifft nach Wortlaut und der Systematik der Norm nur die „Bevollmächtigung“, d.h. die Auswahl und die Bestellung eines Bevollmächtigten, nicht aber den „Vertretungszwang“, d.h. die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten (vgl. auch die Begründung zur beschlossenen Neufassung in BT-Dr 16/11385, S. 98f. zu Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 bis 4 und Abs. 5 Nr. 1 und 3).“ (OVG Bautzen aaO)

- II. Auch **mit der Neufassung von § 67 IV VwGO** durch Art. 13 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007 (BGBl I, 2840) ab 01.07.2008 **hat sich hieran für den Verwaltungsprozess nichts geändert.**

„Durch die Einfügung „außer im Prozesskostenhilfverfahren“ bringt der Gesetzgeber zwar zum Ausdruck, dass im Verwaltungsprozess auch in Nebenverfahren grds. Vertretungszwang bestehen soll. Ansonsten hätte es der Regelung zur Prozesskostenhilfe nicht bedurft, weil der Antrag auf Prozesskostenhilfe zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden kann und bei einer generellen Geltung von § 129a, § 78 V HS 2 ZPO im Verwaltungsprozess sich die Ausnahme vom Vertretungszwang bereits aus diesen speziellen Vorschriften ergäbe. Für dieses Ergebnis spricht auch die **Begründung des Regierungsentwurfes** zu § 67 IV VwGO (BT-Dr 16/3655, S. 97 zu Nr. 2, zu Abs. 4):

„Die Vorschrift regelt die Vertretungsbefugnis vor den Oberverwaltungsgerichten und dem BVerwG in Anlehnung an das geltende Recht neu. Eine Ausnahme vom Vertretungszwang vor diesen Gerichten besteht nach S. 1 nur in Prozesskostenhilfverfahren. In allen übrigen Angelegenheiten, insbesondere bei der Abgabe von weitreichenden Prozesshandlungen wie etwa Erledigungserklärungen und Rechtsmittelrücknahmen, besteht künftig Vertretungszwang. Gleiches gilt für Streitwert- und Kostenbeschwerden“.

Entgegen der Gesetzesbegründung gilt dies indes nicht für kostenrechtliche Rechtsbehelfe. Für diese gehen nach wie vor die **spezielleren Bestimmungen** der kostenrechtlichen Regelungen vor.

Ein **abweichender Wille des Gesetzgebers hätte im Wortlaut der Norm klarer Ausdruck finden müssen** (ebenso OVG Münster NVwZ 2009, 123). Zudem spricht alles dafür, dass ein abweichender Wille des Gesetzgebers nicht vorlag, es sich vielmehr um ein redaktionelles Versehen in der Gesetzesbegründung handelt. Hierfür spricht bereits die Begründung des Regierungsentwurfes an anderer Stelle (BT-Dr 16/3655, S. 100 zu Art. 18, zu Abs. 1):

„Die Änderung der Vertretungsvorschriften in den einzelnen Verfahrensordnungen macht eine Anpassung für die kostenrechtlichen Verfahren erforderlich. Dabei kann sich jeder Beteiligte durch eine solche Person vertreten lassen, die auch nach der Verfahrensordnung des zu Grunde liegenden Verfahrens Bevollmächtigter sein kann. Ein Anwaltszwang gilt in kostenrechtlichen Verfahren (wie bisher) nicht, wie durch den unveränderten § 66 V 1 zweiter Halbsatz klargelegt wird“.

Darüber hinaus stellt – wie bereits ausgeführt – die nachfolgende Begründung des Entwurfes eines Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung der VwGO, der FGO und kostenrechtlicher Vorschriften (BT-Dr 16/11385, S. 098f. zu Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 bis 4 und Abs. 5 Nr. 1 und 3) klar, dass **vom Gesetzgeber auch im Verwaltungsprozess kein Vertretungszwang für kostenrechtliche Rechtsbehelfe beabsichtigt war.**

Zudem sprechen vor allem **praktische Gründe** gegen einen Vertretungszwang. So kann ein Beteiligter das Verfahren beim VG ohne Prozessbevollmächtigten führen. Auch beim OVG ist wohl nach wie vor ein Vertreter entbehrlich, wenn kein Antrag gestellt wird. Nur wegen kostenrechtlicher Rechtsbehelfe einen Vertreter beauftragen zu müssen, erscheint problematisch. Hat der Beteiligte bereits einen Vertreter, kann es bei Anwälten zu Interessenkonflikten kommen, wenn der unterlegene Beteiligte – wie regelmäßig – einen niedrigeren Streitwert anstrebt. Deshalb erscheint eine Ausnahme vom grundsätzlich bestehenden Vertretungszwang bei kostenrechtlichen Rechtsbehelfen sachgerecht.“ (OVG Bautzen aaO)

- ZA 01/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 323 II**Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren  
keine Verweisung**

VwGO

(VG Neustadt in NVwZ-RR 2009, 983; Beschluss vom 13.08.2009 – 4 K 844/09)

Eine **Verweisung** gem. § 83 S. 1 VwGO i.V. mit § 17a II 1 GVG **an das zuständige Gericht ist nicht möglich**, denn die genannten **Vorschriften finden im Prozesskostenhilfverfahren weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung.**

„Die **Vorschriften der § 17a und b GVG sollen dazu dienen, über die Zulässigkeit des Rechtsweges bindend zu entscheiden.** Dieses **Ziel kann aber im Rahmen eines Prozesskostenhilfverfahrens gerade nicht erreicht werden.** Denn Prüfungsmaßstab in diesem Verfahren ist lediglich die „hinreichende Erfolgsaussicht“ der beabsichtigten Rechtsverfolgung. Außerdem ist im Prozesskostenhilfverfahren eine bindende Vorabentscheidung für das Verfahren in der Hauptsache schon deswegen nicht zu erreichen, weil selbst bei einer rechtskräftigen Verweisung im Prozesskostenhilfverfahren das Gericht, an das verwiesen worden ist, im Rahmen des Hauptsacheverfahrens erneut eine eigenständige Prüfung der örtlichen Zuständigkeit vornehmen kann (vgl. BGH NJW-RR 1992, 59 = MDR 1992, 190; BAG NJW 1993, 751 = NZA 1993, 285).“

Im Übrigen gibt es für eine solche Verweisung auch keinen Bedarf, da der Ast. nicht gehindert ist, beim örtlich zuständigen Gericht einen neuen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu stellen.“ (VG Neustadt aaO)



## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Einsiedler:** Auswirkungen einer Erlassvereinbarung mit einem Gesamtschuldner in Bezug auf die übrigen Gesamtschuldner (MDR 2009, 1369)
2. **Sterzinger:** Zulässigkeit von Hausverlosungen im Internet und steuerliche Konsequenzen (NJW 2009, 3690)

**Problemstellung:** Einem öffentlichen Publikum wird gegen Entrichtung eines Einsatzes ein Sachgewinn in Aussicht gestellt, der nach dem wesentlich vom Zufall abhängigen Ablauf eines im Vorfeld feststehenden Spielplans verteilt wird; in der BRD ist die **Verlosung eines Grundstücks im Internet** eine **genehmigungspflichtige öffentliche Ausspielung**. - Reduziert der Veranstalter zunächst durch ein Quiz die Anzahl der Teilnehmer und verlost unter den Gewinnern ein Haus, gilt nichts anderes: Selbst wenn das Quiz ein Geschicklichkeitsspiel wäre, weil die Entscheidung über Gewinn und Verlust begründende Ereignisse überwiegend durch persönliche Fähigkeiten und Leistungen der Teilnehmer beeinflusst wird, führt die im Anschluss beabsichtigte zufallsabhängige Verlosung zu der **Gesamtbeurteilung als Glücksspiel**. - Die dafür **erforderliche Genehmigung wird derzeit nicht erteilt**; die große Anzahl der Nachahmer und die erheblichen rechtlichen Risiken zeigen, dass an dieser Praxis festzuhalten ist. - Die sich unabhängig davon aus der Verlosung eines Hauses ergebenden **steuerlichen Folgen** sind erheblich: Durchführung der Ausspielung und Übertragung des Grundstücks sind zwei **unterschiedliche Rechtsvorgänge, die bei der steuerlichen Beurteilung getrennt zu würdigen** sind; eine im Inland durchgeführte Ausspielung ist lotteriesteuerpflichtig; führt der Veranstalter die **Verlosung im Ausland** durch, ist der **Verkauf der Lose nach dem deutschen Umsatzsteuergesetz steuerpflichtig**; die im Anschluss erfolgende **Grundstücksübertragung ist grunderwerbsteuerpflichtig**; werden zusätzlich Sach- bzw. **Trostpreise** verteilt, handelt es sich um **umsatzsteuerpflichtige unentgeltliche Wertabgaben**.

3. **Götz/Brudermüller:** Schnittstellen zwischen Familien- und Mietrecht in § 1568a BGB (NJW 2010, 5)

**Problemstellung:** Die Überlassung der Ehwohnung für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung war bis zum 01.09.2009 materiell- und verfahrensrechtlich in der HausratsVO geregelt; die Verfahrensregeln sind jetzt in den §§ 200ff. FamFG enthalten, die materiell-rechtlichen Regelungen der Überlassung von Ehwohnung und Haushaltsgegenständen finden sich in den §§ 1568a, 1568b BGB; die Vorschrift über die Wohnungsüberlassung weist allerdings mehrere nicht unproblematische Schnittstellen mit dem Mietrecht auf. - **Neuregelung im BGB:** Das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts regelt die Überlassung der Ehwohnung und die Verteilung der Haushaltsgegenstände rechtssystematisch richtig im **Scheidungsfolgenrecht des BGB**; das „Kriegsrelikt“ **HausratsVO**, das durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bereits in seinem verfahrensrechtlichen Teil aufgehoben wurde, ist damit **endgültig abgeschafft**; **§§ 1568a, 1568b BGB** sind konsequent **als Anspruchsgrundlagen ausgestaltet**, was dem Familienrichter allerdings manche Entscheidungsfreiheit nimmt, die er nach der HausratsVO in weitem Rahmen hatte; das **Erfordernis eines Antrags auch für die Neubegründung eines Mietverhältnisses nach § 1568a V BGB** kann dazu führen, dass entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers nicht umfassend Mietverhältnisse begründet werden, wenn der Antrag – sei es bewusst, sei es aus Unkenntnis – nicht gestellt wird. - Von der gesetzlichen Regelung einer Nutzungsentschädigung, die bei Fehlen eines Mietzinsanspruchs nach § 535 II BGB in Frage steht, hat der Gesetzgeber abgesehen.

4. **Pape:** Aktuelles Zur Mieterinsolvenz ZMR 2009, 885)
5. **Langen:** Der Bagatelldiebstahl als außerordentlicher Kündigungsgrund? (AuA 2010, 20)

Bespr. der Entsch. LAG Berlin-Bbg NZA-RR 2009, 188

### II. Strafrecht

1. **Grünwald:** Tötungen aus Gründen der Ehre (NSTZ 2010, 1)

**Problemstellung:** Es geht um die **Frage, ob das Motiv der Ehre als ein niedriger Beweggrund nach § 211 II StGB einzustufen ist und, falls dies zu bejahen sein sollte, unter welchen Voraussetzungen**

die **Annahme eines Mords möglicherweise dennoch ausscheidet**. - Aus strafrechtlicher Perspektive weisen Blutrachetötungen und Ehrenmorde eine parallele Struktur auf; da die Problemfelder in beiden Fallkonstellationen weitgehend identisch sind, bietet es sich an, diese zusammen zu erörtern: So geht es in beiden Fällen um die verletzte Ehre einer Familie, die es durch Tötung einer Person zu retten gilt; wenngleich eine allgemeingültige Begriffsbestimmung von Ehrenmord und Blutrachetötung schwierig und eine eindeutige Zuordnung der Fälle in die eine oder andere Kategorie nicht immer möglich sein mag, lässt sich doch von folgendem **Grundschema** ausgehen: Der Ehrenmord ist eine Tat, die sich vorwiegend innerhalb ein und derselben Familie ereignet; Opfer dieser Taten sind in aller Regel weibliche Familienmitglieder, die von einem männlichen Familienmitglied getötet werden, weil sie die Ehre der Familie durch ihr Verhalten verletzt haben; die Tötung dient dazu, die Familienehre wiederherzustellen; mit dieser Tötung ist der Konflikt erledigt; die Ehre der Familie ist also wiederhergestellt. - Blutrachetötungen spielen sich dagegen nicht innerhalb eines Familienverbandes ab, sondern betreffen eine andere Familie bzw. jedenfalls ein Nichtfamilienmitglied; diese Taten lassen sich am treffendsten als Fehden charakterisieren, die zwischen zwei Familienverbänden stattfinden; Opfer von Blutrachetötungen sind Männer einer anderen, befehdeten Familie; im Unterschied zum Ehrenmord ist der Konflikt mit einer Blutrachetötung gerade nicht erledigt, sondern setzt sich fort, denn die Tötung eines männlichen Familienmitglieds durch einen Mann einer anderen Familie verlangt die Tötung eines männlichen Familienmitglieds dieser verfeindeten Sippe und diese Tötung wiederum die Tötung eines Mannes aus der anderen Familie und so fort; nur auf diese Weise wird das Ansehen der jeweiligen Familie wiederhergestellt; der Ehrenmord ist daher verglichen mit Blutrachetötungen – wegen deren prinzipieller Unbegrenztheit – das „schonendere“ Mittel der Konfliktlösung. - Die Grundkonstellationen von Ehrenmorden und Blutrachetötungen sehen wie beschrieben aus; möglich sind aber auch Mischformen, ferner gibt es Wechsel von der einen zur anderen Form. - **Entlastungsmöglichkeiten für den Täter scheiden** in solchen Fallkonstellationen **auf objektiver Ebene aus**; in **subjektiver Hinsicht** wiederum ist den Tätern bei Taten, die in Deutschland begangen werden, die Diskrepanz zwischen der gesetzlichen Regelung und der Sitte in aller Regel bekannt; die **Entscheidung für die Sitte resultiert oftmals aus einer expliziten Ablehnung des rechtlichen Normensystems**; sollte indes eine hinreichende Kenntnis des hiesigen Rechtssystems nicht vorhanden sein, und das betrifft sowohl das Tötungsverbot als auch die Bewertung des Tatmotivs (Blutrache oder, allgemein, Ehre), kann sich das **täterentlastend** auswirken; vorauszusetzen ist dabei allerdings, dass die **Unkenntnis für den Täter nicht vermeidbar** war – was sich von sehr besonderen Fällen abgesehen wohl schwer vertreten lässt; die Problematik ist also anhand der allgemeinen und auch sonst geltenden Regeln der Strafrechtsdogmatik zu lösen, hier unter **Anwendung des § 17 StGB**.

1. **Steinheimer**: Stolperstein Nichtstun (AuA 2010, 24)

Bespr. der Entsch. BGH NSTz 2009, 506

2. **Bachmann**: Zur Problematik des gemischt genutzten Gebäudes bei §§ 244 I Nr. 3 und 306a I StGB (NSTz 2009, 667)

Für die **Abgrenzung von § 306 und § 306a I StGB im Falle eines Mischgebäudes** kommt es einzig und allein darauf an, ob der in Brand gesetzte (z.B. betrieblich genutzte) Teil mit denjenigen, die Zwecken i.S. des § 306a I Nr. 1 bis 3 StGB dienen, ein einheitliches Gebäude bildet; zu letzterem gehören alle Räumlichkeiten, die sich innerhalb des durch die Haustür markierten Territoriums befinden; dabei ergibt sich weder aus dem Schuldprinzip noch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die zwingende Notwendigkeit von Restriktionen, wenn eine reale Gefährdung von Menschen völlig ausgeschlossen war. – I. R. des § 244 I Nr. 3 StGB sind alle Räume dem Wohnbereich zuzuordnen, die sich innerhalb des Gebietes befinden, das durch Haus- oder Wohnungstür bestimmt wird; bei § 306a I StGB bilden sämtliche Räumlichkeiten ein einheitliches Gebäude, die zum Bereich des durch die Haustür markierten Territoriums gehören.

3. **Brocke/Herb**: Richtervorbehalt und Gefahr im Verzug bei Blutentnahmen gem. § 81a StPO (NSTz 2009, 671)

Die **obergerichtl. Rspr. hat eine Abkehr von der bisherigen Anordnungspraxis vollzogen** und lässt nunmehr Eilanordnungen – in unterschiedlichen Abstufungen – weitaus seltener zu; trotz der sich abzeichnenden einheitlichen Rechtsprechungslinie ergeben sich insbes. für den Polizeibeamten vor Ort aufgrund der zahlreichen Einschränkungen **erhebliche und praktisch kaum handhabbare Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Rechtsanwendung**. - Der **verfahrensrechtliche Mehrwert des Richtervorbehalts bei Blutentnahmen ist** – anders als bei Wohnungsdurchsuchungen – **gering**: Den allermeisten Fällen liegen mehr oder minder gleich gelagerte, einfache Sachverhalte zugrunde, die – gerade bei den Trunkenheitsfahrten – nur einen geringen Raum für eine eigenständige richterliche Überprüfung lassen; Polizei und Staatsanwaltschaft müssen – bei Vorliegen konkreter Anknüpfungspunkte für eine Alkoholisierung und eine Täterschaft – den Grad der Alkoholisierung sowohl bei den §§ 315c, 316 StGB als auch im Rahmen der §§ 20, 21 StGB von Amts wegen ermitteln. - Gegen die Verhältnismäßigkeit der Blutentnahme werden – anders als bei der Wohnungsdurchsuchung – aufgrund der **geringen Eingriffsqualität** regelmäßig keine Bedenken bestehen; die Befassung der staatsanwaltlichen und richterlichen Bereitschaftsdienste mit der Masse der Blutentnahmefälle bindet in einem hohen Maße die (knappen) Ressourcen der Justiz, Aufwand und Ertrag stehen in keinem angemessenen Verhältnis; - Selbst wenn gerade im Bereich der Trunkenheitsfahrten richtigerweise regelmäßig Gefahr im Verzug anzunehmen ist, werden sich Abgrenzungsschwierigkeiten nicht vermeiden lassen; vor diesem Hintergrund wäre es **vorzugswürdig, § 81a II StPO dahingehend zu ändern, dass die Kompetenz zur Anordnung der Blut-**

**entnahme grds. auf die Polizei verlagert wird**; dies ist verfassungsrechtlich ohne weiteres möglich, da der Richtervorbehalt des § 81a II StPO nicht zum rechtsstaatlichen Mindeststandard gehört; zur verfahrensrechtlichen Absicherung der Beschuldigtenrechte bietet sich – in Anlehnung an § 98 II 1 StPO – ein Antragsrecht des Betroffenen auf richterliche Bestätigung der Blutentnahme an.

4. **Pfister**: Aus der Rspr. des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts 2008/2009 – 1. Teil (NStZ-RR 2009, 361)

### III. öffentliches Recht

1. **Bäcker**: Die Betroffenen Auskunft im Telekommunikationsrecht (MMR 2009, 803)

Die **Diensteanbieter sind verpflichtet**, ihren **Teilnehmern umfassend Auskunft über die gespeicherten Vorratsdaten zu erteilen**, soweit die Rechte Dritter der Auskunft nicht entgegenstehen; dagegen müssen sie aber **keine Auskunft über Verkehrsdaten erteilen, die sie zu eigenen Zwecken speichern und die von der Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung nicht umfasst sind**. - Seit Beginn der Vorratsdatenspeicherung hat damit der Verweis des § 93 I 4 TKG auf § 34 BDSG einen weitergehenden Gehalt als zuvor. - Die **wirtschaftlichen Belange der Diensteanbieter bleiben** dabei im Verhältnis zu den Teilnehmern **unberücksichtigt**, da die Diensteanbieter insoweit als Teil der staatlichen Gewalt behandelt werden müssen; sollte eine große Zahl von Teilnehmern von dem Auskunftsrecht Gebrauch machen, drohen den Diensteanbietern damit hohe Kosten, nachdem die Vorratsdatenspeicherung selbst sie bereits erheblich belastet; diesem misslichen Ergebnis lässt sich nur abhelfen, indem der Staat die Diensteanbieter für Auskünfte über Vorratsdaten entschädigt; eine solche Entschädigung erscheint auch zumindest rechtspolitisch angezeigt: Wie der Staat sich gegenüber den Teilnehmern nicht hinter den Diensteanbietern verstecken kann, um seine grundrechtliche Informationspflicht abzustreifen, sollte er andererseits auch nicht die Diensteanbieter auf den Kosten sitzen lassen, die ihnen daraus entstehen, dass sie diese staatliche Pflicht erfüllen.

2. **Kares**: Beweislast im Verwaltungsprozess, insbesondere bei der Feststellungsklage (BayVBl 2009, 7185)

**Problemstellung**: Gem. § 43 I Alt. 1 VwGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden; teilweise wird entsprechend der Unterscheidung „Bestehen“ bzw. „Nichtbestehen“ begrifflich unterteilt in einer „positive“ bzw. „negative“ Feststellungsklage und Folgerungen für die Beweislast gezogen. - **Auch im Verwaltungsprozess gibt es eine materielle Beweislast**; die Verteilung dieser Beweislast hängt nach Ansicht der Autorin jedoch nicht davon ab, ob die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt wird, sondern davon, für wen sich diese Tatsachen günstig auswirken.

3. **Marschke**: Zur Zulässigkeit der Delegation gemeindlicher Beschlussfassungen durch den Bürgermeister an den Ausschuss oder Gemeinderat (VBIBW 2009, 457)

Über eine analoge Anwendung **kann das Verweisungsrecht des § 39 III 2 GemO auch auf das Verhältnis Bürgermeister/Ausschuss oder Bürgermeister/Gemeinderat übertragen werden, sofern es dabei nicht um Originärzuständigkeiten des Bürgermeisters geht**. – **Voraussetzung** ist dabei eine **ausdrückliche Verweisung**, in der der Wille des Bürgermeisters zum Ausdruck kommt, aus sachlichen Gründen auf seine Zuständigkeit zu verzichten und das demokratisch höher legitimierte Organ (Gemeinderat) bzw. einen ihm nachgebildeten Teil (Ausschuss) entscheiden zu lassen. – Ein solches Vorgehen hält auch einer wertenden Überprüfung stand: Es ist sowohl **sachgerecht als auch praxisorientiert**, die gemeindeintern durch die Hauptsatzung gezogenen Zuständigkeitsgrenzen zur gemeindeinternen, jedoch von sachlichen Gründen getragenen und rechtsstaatlich durchgeführten Disposition zu stellen; für den im Außenverhältnis Betroffenen dürfte es dabei unerheblich sein, dass ein demokratisch höher legitimiertes Organ den grundlegenden Beschluss fasst, denn ihm gegenüber handelt immer der Bürgermeister.

4. **Franz**: Zur Geltung des Leistungsprinzips bei sog. politischen Beamten (DÖV 2009, 1141)

Die (beamteten) **Staatssekretäre** in den Bundesministerien und in den Landesministerien – mit Ausnahme von Bayern –, die **Ministerialdirektoren** als Abteilungsleiter in den Bundesministerien, die **Staatsräte** in den Senatsverwaltungen von Bremen und Hamburg sowie andere ähnlich ranghohe Staatsdiener **gehören** innerhalb des Beamtenrechts **zur Kategorie der sog. politischen Beamten**; nach dem Bundesbeamtengesetz und den entsprechenden Vorschriften der Landesbeamtengesetze unterscheidet sich diese Kategorie von den anderen Beamten aber nur in einem einzigen Punkt: **Politische Beamte bekleiden Ämter, zu deren Ausübung die fortdauernde Übereinstimmung mit den grundsätzlichen Ansichten und Zielen der Regierung erforderlich ist** (§ 31 I BRRG, § 31 I BeamtStG); nach allg. Meinung **handeln politische Beamte im Grenzbereich zwischen Politik** – verstanden als Regierung, Parlament und Parteispitzen – einerseits **und Verwaltung** andererseits; sie sollen eine **Transformationsfunktion zwischen politischer Spitze** (Minister, Senator etc.) **und Beamtenhierarchie**

chie ausüben und in Schlüsselstellungen das reibungslose Funktionieren des Übergangs von der politischen Spitze in die Beamtenhierarchie (und umgekehrt!) gewährleisten. - Ist die **politische Übereinstimmung mit der Regierung nicht (mehr) gegeben, können politische Beamte jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden** (vgl. z.B. § 30 BeamtStG, § 36 BBG); eine vergleichbare Regelung gilt für die Kategorie der sog. politischen Soldaten (§ 50 Soldatengesetz); fehlt die politische Übereinstimmung von vornherein, werden diese Personen nicht zu politischen Beamten ernannt; hier ist also – im Gegensatz zu allen (!) anderen Beamten – die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei ein zulässiges Auswahlkriterium. – Es stellt sich die Frage, welcher Zusammenhang zwischen dem Kriterium der politischen Übereinstimmung mit der Regierung und den allgemein für Beamte geltenden verfassungsrechtlich vorgegebenen Auswahlkriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung (Art. 33 II GG, § 7 BRRG, § 9 BeamtStG, § 8 I BBG) besteht: Gesichtspunkte, die eine unterschiedliche Behandlung der in § 50 Soldatengesetz und der in § 36 BBG genannten Personengruppen nahe legen oder gar erfordern, sind nicht ersichtlich; außerdem verweist schon § 50 II Soldatengesetz auf einschlägige Vorschriften des Bundesbeamtengesetzes; danach ist Versuchen, das dienstrechtliche Leistungsprinzip bei der Auswahl von sog. politischen Beamten zu relativieren oder auszuhöhlen, eine klare und eindeutige Absage zu erteilen.

5. **Hamann/Schwalb**: Die Straße zur Freiheit? oder: Kritische Bemerkungen zur Neubekanntmachung von Gesetzen (DÖV 2009, 1121)

**Neubekanntmachungen sind exekutives Realhandeln ohne konstitutive Wirkung**; von ihren ursprünglich drei Zwecken ist nur derjenige ihrer Maßgeblichkeit heute noch zeitgemäß. - Maßgeblich ist eine Neubekanntmachung allerdings nur in den inhaltlichen und zeitlichen Grenzen ihrer Ermächtigungsgrundlage; überschreitet sie diese, ist die Bekanntmachung rechtswidrig und darf bis zu ihrer Berichtigung nicht als Grundlage späterer Gesetzesänderungen dienen. - Die bisherige Praxis überschreitet jedoch recht oft die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen – sei es, dass die Ermächtigung noch nicht wirksam ist oder dass die Bekanntmachung vom Verkündungsstand abweicht; die rechtsstaatliche Verantwortung der Ministerien gebietet daher eine stärkere Beachtung der Rechtsförmlichkeit als Ausdruck des Bewusstseins dafür, dass die Exekutive der Gesetzgebung nur Hilfe leistet und dabei mit äußerster Gewissenhaftigkeit vorgehen muss.

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

1. **Schlünder**: Die gebührenrechtlichen Änderungen des FGG-Reformgesetzes (FamRZ 2009, 2056)
2. **Hoppenz**: Wertänderungen im Zugewinnausgleich (FamRZ 2010, 16)
3. **Müller**: Berufsbild und Berufsethos des Strafverteidigers (NJW 2009, 3745)

Berufsethisch richtiges Verhalten des Rechtsanwalts und insbesondere des Strafverteidigers ist in jüngerer Zeit nicht nur Thema in einer Reihe von Aufsätzen, sondern wird auch in einer neu eingerichteten Kommission der Bundesrechtsanwaltskammer behandelt. - Die **jüngste BGH-Rspr.** beschäftigt sich auffallend häufig und kritisch mit dem Verhalten von Strafverteidigern; ein „Paukenschlag“ in dieser Hinsicht ist die Entscheidung des Großen Senats des BGH zur Rügeverkümmern, in der ausdrücklich eine **grundlegende Rechtsprechungsänderung auch mit geändertem anwaltlichen Berufsethos begründet** wird. - Nach **§ 1 BRAO** ist der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege; aus dieser Formulierung lässt sich **keine Befugnis zur Disziplinierung der Anwaltschaft** herleiten. - Die **st. Rspr. des BVerfG** hat dem Berufsbild des Strafverteidigers eine **freiheitliche Dimension** verliehen, an die gerade im Rahmen der neu entfachten Ethikdebatte auch im Interesse der Beschuldigtenrechte erinnert werden muss.

4. **Kotz**: Aus der Rspr. zu den Verfahrenskosten und notwendigen Auslagen in Strafsachen und zur Vergütung des in Straf- und Bußgeldsachen tätigen Rechtsanwalts – 2008/2009 – 1. Teil (NStZ-RR 2010, 1)
5. **Custodis**: Neues Verfahrensrecht für die Notarsenate in verwaltungsrechtlichen Notarsachen - Zur Änderung des § 111 BNotO (DNotZ 2009, 895)

## Übersicht Besitzschutzrechte

### VERBOTENE EIGENMACHT, § 858 BGB

#### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

- a) **Unmittelbarer Besitz**; auch Mitbesitz i.S.d. § 866 BGB  
(Besitzberechtigung nicht erforderlich)
- b) **Besitzbeeinträchtigung**
  - *Besitzentziehung*  
= vollständige und dauernde Beseitigung der tatsächlichen Gewalt
  - *Besitzstörung*  
= alle sonstigen Eingriffe in die tatsächliche Gewalt (z.B. Lärmbelästigung)
- c) **Ohne den Willen des Besitzers**;  
wenn ohne Wissen, dann ohne Willen, es sei denn, der Besitzer hat die Beeinträchtigung vorher gestattet
- d) **Widerrechtlichkeit**; entfällt, falls das Gesetz die Beeinträchtigung gestattet; solche Fälle sind :
  - §§ 227 - 229 BGB, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe
  - § 562b BGB, Selbsthilferecht im Rahmen des Vermieterpfandrechts
  - §§ 904, 906 BGB
  - §§ 884 ZPO, 150 ZVG

#### 2. Rechtsfolgen

- Der Täter besitzt gegenüber dem Opfer fehlerhaft, § 858 II 1 BGB
- Der Besitznachfolger des Täters besitzt ebenfalls fehlerhaft, wenn er Erbe (Gesamtnachfolger) ist, § 858 II 2 BGB
- Der Besitznachfolger des Täters besitzt ebenfalls fehlerhaft, wenn er als Einzelnachfolger zum Zeitpunkt des eigenen Besitzerwerbs die Fehlerhaftigkeit des Vorgängers kannte

### GEWALTRECHT DES UNMITTELBAREN BESITZERS, § 859 BGB

#### I. Besitzwehr, § 859 I BGB

##### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

- a) **Unmittelbarer Besitz** des Opfers, nicht erforderlich ist ein Recht zum Besitz (auch der Dieb darf sich der Wegnahme der gestohlenen Sache durch einen anderen wehren)
- b) **Verbotene Eigenmacht** des Täters

##### 2. Rechtsfolge

Recht des Opfers, sich mit Gewalt (§ 227 II BGB gilt sinng. der Beeinträchtigung zu erwehren.

#### II. Besitzkehr, § 859 II BGB

##### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

- a) **Unmittelbarer Besitz** des Opfers an einer beweglichen Sache
- b) **Wegnahme** mittels verbotener Eigenmacht
- c) Ertappen des Täters **auf frischer Tat** oder
- d) Verfolgen des Täters **auf frischer Spur** (Nacheile)

##### 2. Rechtsfolge

Recht des Opfers, die Sache dem Täter mit Gewalt wieder abnehmen zu dürfen

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Zivilrecht

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

<b>Land:</b> Ba Wü	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> VRi Dr. D	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 15.10.2009
-----------------------	---	--

### Zur Person:

Herr Dr. D war bei uns Prüfungsvorsitzender. Er stellte die Kommission vor und lockerte die Atmosphäre ein bisschen auf. Er ist ein netter Prüfer, leider verlief die Prüfung ziemlich zäh.

### Zur Prüfung:

**Fall:** A betreibt einen Einzelkaufmännischen Betrieb zur Herstellung und zum Vertrieb von Metallge-  
länden. Er möchte eine GmbH errichten.

Frage: Geht das auch, wenn er allein ist?

Antwort: Ja, Einmann GmbH ist erlaubt,

Frage: Was muss er tun?

Antwort: Einen Gesellschaftsvertrag, also eine Satzung errichten, diese muss nota-  
riell beurkundet werden.

**Fall:** A zahlt die 25.000 € Stammkapital auf ein Konto ein. In den ersten drei Monaten verkauft er  
nach und nach die Maschinen und Materialien aus seinem kaufmännischen Betrieb für 20.000 € an  
die GmbH. Die 20.000 € nimmt er von dem Konto mit der Stammeinlage, darf er das?

Problem: Insihgeschäft, § 181 BGB. Aber: Befreiungsmöglichkeit entweder für  
jedes einzelne Geschäft, oder schon in Satzung.

**Fall:** Die GmbH läuft nicht gut und er führt die Sozialversicherungsbeiträge seiner Angestellten nicht  
mehr ab.

Frage: Was geschieht nun?

Antwort: Der Sozialversicherungsträger, z. B. die AOK, stellt einen Insolvenzan-  
trag.

Frage: Was passiert, wenn Insolvenzverfahren nicht eröffnet wird.

Antwort: Die GmbH wird aus dem Handelsregister gelöscht.

1. Alt: Das Insolvenzverfahren wird eröffnet und der Insolvenzverwalter fragt, ob er  
Chancen hat noch an Geld zu kommen.

Bei dem Verkauf der Materialien handelt es sich um eine versteckte Sacheinlage.  
Eine versteckte Sacheinlage liegt vor, wenn vor dem Verkauf eine Zweckabrede zu  
Lasten der Gläubiger geschlossen wurde.

Hier kann davon ausgegangen werden, da A das gleiche Gewerbe vorher als Ein-  
zelkaufmann betrieb. Nach § 19 V GmbHG tritt deshalb keine Befreiung von der  
Stammeinlage ein. Die Forderung der GmbH aus der Satzung gegen den Gesell-  
schafter besteht somit noch weiter und kann von dem Insolvenzverwalter geltend  
gemacht werden.



2. Alt: Das Insolvenzverfahren wird mangels Masse nicht eröffnet. Was kann ein Gläubiger tun? Er kann die Forderung der GmbH pfänden.

Frage: Was braucht man dafür?

Antwort: Eine titulierte Forderung.

Frage: Wie kommt man schnell dazu?

Hier habe ich leider auf dem Schlauch gestanden, die richtige Antwort war: Mahnverfahren

Frage: Kann eine Forderung auch von einem einzelnen Gläubiger gepfändet werden? (Problem: Wettlauf der Gläubiger)

Antwort: Die Rechtsprechung lässt - mit einigen Einschränkungen – eine Pfändung im Ergebnis zu.

Und damit war die Prüfung auch schon vorbei.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### öffentliches Recht

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

<b>Land:</b> Hessen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Ri VG G	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 06.10.2009
------------------------	---	--

#### Zur Person:

G ist ein freundlicher und fairer Prüfer. Er ist sehr routiniert und leitet die Prüflinge mit gezielten Fragen zum gewünschten Ergebnis. Er ist keineswegs ein Prüfer, der den Prüfling mit unbequemen Fragen lange aufhält. Er wechselt zwischen den Prüflingen hin und her und hält dabei keine Reihenfolge ein. Von Protokollfestigkeit kann bei ihm keine Rede sein, man muss bei ihm auf alles vorbereitet sein. Während der gesamten Prüfung macht er sich Notizen und lässt anhand seiner Mimik erkennen, ob er mit der Antwort zufrieden ist oder nicht. Er bringt während der Prüfung sowohl Lob deutlich zum Ausdruck, gibt mit einem klaren „Nein!“ aber ebenfalls unmissverständlich zu erkennen, wenn irgendetwas falsch beantwortet wurde. Seine Benotung ist gerecht und wohlwollend.

#### Zur Prüfung:

G teilte während seiner Prüfung jedem der Prüflinge einen Sachverhalt über etwas mehr als eine Seite aus. Er las den Sachverhalt vor und begann nach dem Vorlesen, sofort die rechtliche Würdigung abzufragen.

**Fall:** Es ging es um das gemeindliches Vorkaufsrecht nach § 25 Nr. 2 BauGB. Im konkreten Fall haben sich zwei Parteien über den Verkauf eines Grundstücks geeinigt, das sich im Geltungsbereich einer gemeindlichen Vorkaufssatzung befindet. Nachdem der Vertrag vor dem Notar abgeschlossen wurde, wird die Gemeinde über den Vertragsschluss informiert. Diese entschließt sich vollkommen überraschend, ihr gemeindliches Vorkaufsrecht hinsichtlich einer Teilfläche auszuüben, da sie das Grundstück zur Erweiterung des örtlichen Festplatzes, der Zuwegung zum Feuerwehrgerätehaus und zum daneben befindlichen Dorfgemeinschaftshaus benötigt. Daraufhin erklärte der Käufer den Rücktritt vom Kaufvertrag, da er kein Interesse an einem Erwerb des verbleibenden Teilgrundstücks hat.

Der Verkäufer will nun wissen, was er gegen die Ausübung des Vorkaufrechts unternehmen kann. Er ist der Ansicht, dass die Ausübung des Vorkaufrechts missbräuchlich sei. Es sei bereits fraglich ob die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht für derartige Zwecke ausüben dürfe. Weder er noch die Käufer seien vorher angehört wurden. Er meint, dass die Gemeinde, wenn sie denn schon für ihr Vorkaufsrecht ausübe, das ganze Grundstück kaufen müsse und nicht nur einen Teil.

Aus den einschlägigen Vorschriften des BauGB und BGB ergibt sich, dass die Gemeinde verpflichtet ist, bei der Ausübung des Vorkaufrechts das ganze Grundstück zu kaufen und nicht nur einen Teil davon.

§ 25 BauGB ist sicher nicht die klassische Norm, die sich jeder noch einmal vor der Prüfung anschaut. Ungewöhnlich war auch, dass der Fall eine doch ziemlich umfangreiche zivilrechtliche Prüfung mit sich brachte. Als unangenehm empfand ich hierbei auch, dass es z.T. sehr in die Tiefe des Kommunalrechts ging, beispielsweise wer die Erklärung über die Ausübung des Vorverkaufsrechts abgeben kann und welche Formerfordernisse eingehalten werden müssen.

Zum Schluss brachte G dann noch einen klassischen Fall aus dem Baurecht: Es ging um eine formell und materiell rechtswidrig errichtete Hütte im Wald, also im Außenbereich i.S.v. § 35 BauGB. Da keine Privilegierung vorlag, war sowohl die ausgesprochene Nutzungsuntersagung mit Sofortvollzug als auch die Abrissverfügung durch die Behörde rechtmäßig.

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

## Was kostet das?

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

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

