



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG

(ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

34.Jahrg.

Februar 2009

Heft 02

ISSN 1868-1514

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Wirkung der Vormerkung
- BGH:** Haftungsprivileg für Kinder nach §828 II BGH
- BGH:** Verwendung eines verbotenen Kennzeichens
- BVerfG:** Sexualkunde und elterliches Erziehungsrecht
- BGH:** Beweislastumkehr durch Beweisvereitelung
- BGH:** Verfahrensverschleppung
- BVerwG:** Erledigung eines Verwaltungsaktes



Juristischer Verlag

Juridicus GbR

Silke Wollburg und

Britta Wegner

Hiberniastraße 6

45879 Gelsenkirchen

Tel. 02 09 - 94 58 06-35

Fax 02 09 - 94 58 06-50

www.juridicus.de

info@juridicus.de

Bankverbindung:

Kto. 177 866 600 Volks-

bank Schermbeck BLZ

400 693 63

Steuernummer:

319/5854/0974

Erscheinungsweise: monatlich

Jahresbezugspreis: 82,80 € inklusive Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

FGG-Reform.....	1
-----------------	---

Brandaktuell

BGH: Kündigung zur wirtschaftlichen Verwertung (auch bei Abriss und Neubau statt Sanierung)	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Wirkung der Vormerkung (unechter Vertrag zugunsten Dritter).....	4
BGH: Haftungsprivileg für Kinder nach § 828 II BGB (Kollision mit geöffneten Türen eines parkenden Pkw)	7

Strafrecht

BGH: Untreue (Bildung verdeckter Kassen – Fall „Siemens“).....	9
BGH: Verwendung eines verbotenen Kennzeichens (Keltenkreuz)	13

öffentl. Recht

VG Hannover : Zulassung zur Veranstaltung nach § 70 I GewO (Attraktivität als Auswahlkriterium)	16
BVerwG: Sexualkunde und elterliches Erziehungsrecht (Anforderungen an praktische Konkordanz)	19

Kurzauslese I

BGH: Abrechnungsfrist für Betriebskosten (rechtzeitige Versendung per Post)	21
KG: konkludente Rechtswahl (dt. Recht für Teppichkauf in der Türkei)	21
BGH: gef. Körperverletzung (Haarschnitt mittels eines Messers)	23
BGH: Untreue (Unterschlagung einer Lkw-Ladung durch Fahrer)	23
BGH: gef. Eingriff in den Straßenverkehr (verkehrsspezifische konkrete Gefahren)	23
OLG Stuttgart: Aussetzung mit Todesfolge (Abbruch einer begonnenen Hilfeleistung)	25
OVG Lüneburg: Gewerbetreibende (Gesellschaft bürgerlichen Rechts)	25
LG Stade: Amtshaftungsanspruch (Amtspflichten der Posteingangsstelle des Gerichts)	27
VGH BW: Grundbesitzabgaben (gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer)	27

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH: Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (maßgebliche Sach- und Rechtslage für Beurteilung der Rechtmäßigkeit)	29
BGH: Beweislastumkehr durch Beweisvereitelung (Verstoß gegen werkvertragliche Kooperationspflicht)	32

Strafrecht

BGH:	Verfahrensverschleppung (zulässige Fristsetzung für Beweisanträge)	35
------	--	----

öffentl. Recht

OVG Lüneburg:	Rechtsweg bei Feststellungsklage gegen Ratsbeschluss (Rechtsform im Außenverhältnis maßgebend)	38
BVerwG:	Erledigung eines Verwaltungsaktes (nicht wegen Vollstreckung durch Ersatzvornahme)	42

Kurzauslese II

BGH:	Berufungsbegründungspflicht (Urteilsergänzung nach Ablauf der Berufungsfrist)	45
BGH:	Berufungszurückweisungsbeschluss (Unanfechtbarkeit)	45
LG Nürnberg:	Kostenvorschuss (rechtzeitige Zahlung zur Wahrung der „Demnächst“-Zustellung)	47
BGH:	Postbeschlagnahme (Zuständigkeit für nachträglichen Rechtsschutz)	47
OLG Celle:	Verteidigerbeordnung (Anfechtbarkeit)	49
BGH:	Urteilsberatung (dem Freibeweis zugänglich).....	49
OLG Frankfurt:	Urteilsabsetzungsfrist (Folgen der Überschreitung)	49
BGH:	Revisionsbegründung (Nebenkläger).....	51
KG:	Verwerfungsurteil (Anforderungen an Revision)	51
BGH:	Unterlassungsanspruch (Rechtsweg für Widerruf von Äußerungen eines Gemeinderatsmitglieds).....	51
BVerwG:	Anhörungsrüge (inhaltliche Anforderungen).....	53
OVG Koblenz:	Streitverkündung (in disziplinar- und verwaltungsrechtlichen Verfahren).....	53

Weitere Schrifttumsnachweise	55
---	----

Aufbauschema Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen	58
--	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: öffentliches Recht	59
Assessorprüfung: Strafrecht	61

Aus der Gesetzgebung

Die FGG-Reform

Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008, in Kraft Treten am 01.09.2009 (BGBl. I S. 2585)

I. Allgemeines

Durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird das **gerichtliche Verfahren in Familiensachen grundlegend reformiert** und erstmals in einer einzigen Verfahrensordnung **zusammengefasst und vollständig neu geregelt**.

II. Neuerungen im familiengerichtlichen Verfahren

Die Reform des familiengerichtlichen Verfahrens enthält folgende **Kernpunkte**:

- **Neuerungen im Verfahren in Kindschaftssachen** (z. B. Verfahren über Sorge- und Umgangsrecht, die Herausgabe eines Kindes oder die Vormundschaft):

Dringliche Kindschaftssachen, insbes. Streitigkeiten über das Umgangsrecht, müssen künftig **vorrangig und beschleunigt bearbeitet werden**. Die **Verfahrensdauer** in umgangsrechtlichen Verfahren **soll verkürzt werden**.

Außerdem sollen die Verfahren **zeitnah verhandelt** werden: Das Gericht soll den Fall spätestens einen Monat nach Eingang des Antrags mit allen Beteiligten erörtern. Dabei hat es die Eltern getrennt anzuhören, wenn dies zum Schutz eines Elternteils notwendig ist.

Diese Neuerungen werden bereits in Kürze in Kraft treten, da sie in das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls eingestellt wurden.

- Das Gericht soll den **Versuch einer einvernehmlichen Lösung des Konflikts** unternehmen, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Einvernehmliche Lösungen der Eltern müssen vom Gericht gebilligt werden. Kann eine Einigung nicht erzielt werden, muss das Gericht über eine einstweilige Anordnung nachdenken. Über das Umgangsrecht soll das Gericht möglichst schnell entscheiden, damit der Kontakt zwischen Kind und einem umgangsberechtigten Elternteil aufrechterhalten bleibt und die Beziehung keinen Schaden nimmt.
- Die **Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte des betroffenen Kindes werden verstärkt**; in schwierigen Fällen wird das Kind künftig von einem **Verfahrensbeistand** unterstützt, dessen Aufgabe es ist, im gerichtlichen Verfahren die Interessen des Kindes zu vertreten und das Kind über den Ablauf des Verfahrens und die Möglichkeiten der Einflussnahme zu informieren. Im Gegensatz zum bisherigen Verfahrenspfleger kann der Verfahrensbeistand auf Anordnung des Gerichts eine **aktive Rolle** in dem Konflikt übernehmen und zu einer einvernehmlichen Umgangsregelung - etwa durch Gespräche mit den Eltern - beitragen. Das über 14-jährige Kind kann sich künftig zur Durchsetzung eigener Rechte selbst vertreten.
- Die **Beteiligung von Pflegepersonen** am Verfahren **wird erweitert**: Pflegepersonen – wie z.B. Pflegeeltern - können künftig in allen Verfahren, die das Kind betreffen, hinzugezogen werden, wenn das Kind seit längerer Zeit bei ihnen lebt.

- Die **Vollstreckung von Sorge- und Umgangsentscheidungen wird effektiver**: Bei Verstößen gegen Umgangsentscheidungen kann das Gericht Ordnungsmittel verhängen, die - anders als Zwangsmittel - auch noch nach Ablauf der Verpflichtung wegen Zeitablaufs festgesetzt und vollstreckt werden können.
- Zukünftig ist es möglich, einen **Umgangspfleger** zu bestellen. Dieser soll bei schwierigen Konflikten über den Umgang sicherstellen, dass der Kontakt des Kindes zu dem Umgangsberechtigten nicht abbricht.

III. Neuerungen in anderen familiengerichtlichen Verfahren

- In **Scheidungssachen muss der Antragsteller** im Scheidungsantrag künftig **angeben, ob die Ehegatten sich über die Regelung der elterlichen Sorge, des Umgangs und des Unterhalts** verständigt haben. Das soll die Eltern dazu anhalten, vor Einleitung des Scheidungsverfahrens die künftigen Lebensumstände der Kinder zu klären.
- In **Unterhaltssachen** wird die **Klärung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse durch weitergehende Auskunftspflichten** der Beteiligten **verbessert**.
- Mit der **Einführung des Großen Familiengerichts** soll die **sachliche Zuständigkeit der Familiengerichte erweitert** werden. Damit wird es den Gerichten ermöglicht, alle durch den sozialen Verband von Ehe und Familie sachlich verbundenen Rechtsstreitigkeiten in einer Zuständigkeit zu entscheiden. Das **Vormundschaftsgericht wird aufgelöst** und seine Aufgaben vom Familiengericht und vom Betreuungsgericht übernommen. Dies führt zu einer **Straffung gerichtlicher Zuständigkeiten**.

IV. Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält zugleich eine **Reform des Verfahrens in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit**.

Das bisher geltende Verfahrensgesetz (FGG) für diese Verfahren (Betreuungs-, Unterbringungs-, Nachlass- und Registersachen) stammt aus dem Jahre 1898 und wurde vielfach geändert. Dieses Gesetz wird nun durch eine vollständige, moderne Verfahrensordnung mit verständlichen, überschaubaren und einheitlichen Strukturen für die verschiedenen Materien ersetzt.

- Die neue Verfahrensordnung definiert erstmals umfassend die Verfahrensrechte und die Mitwirkungspflichten der Beteiligten und sichert ihren Anspruch auf rechtliches Gehör.
- Das **zersplitterte Rechtsmittelsystem der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird neu strukturiert und effizienter gestaltet**: Um zügig Rechtssicherheit zu erhalten, wird die Beschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen künftig generell befristet. Die bisherige weitere Beschwerde zum OLG wird ersetzt durch die Rechtsbeschwerde zum BGH. Danach ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn eine Entscheidung geboten ist, um das Recht zu vereinheitlichen oder fortzubilden. Abweichend davon ist die Rechtsbeschwerde in besonders grundrechtsrelevanten Betreuungssachen, in Unterbringungs- und in Freiheitsentziehungssachen an keine besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft. Den Beteiligten wird damit **in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit der unmittelbare Zugang zum BGH eröffnet**. Dieser kann dadurch viel stärker als bisher die Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Leitentscheidungen prägen und fortentwickeln.

Brandaktuell

BGB
§ 439

Kündigung zur wirtschaftlichen Verwertung bei Abriss wegen Sanierungsbedarf und Neubau

MietR

(BGH, Urteil vom 29.01.2009 - VIII ZR 7/08; Pressemitteilung des BGH Nr. 19/2009)

Fall: Die Bekl. haben Wohnungen in einem Mehrfamilienhaus gemietet, das die Kl. im Jahr 2005 erworben hat. Die Kl. beabsichtigt, das 1914 errichtete, stark sanierungsbedürftige Gebäude abzureißen und ein größeres Gebäude mit sechs Eigentumswohnungen zu errichten und diese zu veräußern. Die Kl. erhielt die baurechtliche und denkmalschutzrechtliche Genehmigung für den Abriss des bestehenden Wohngebäudes sowie die Baugenehmigung für das geplante Vorhaben und kündigte sämtliche Mietverhältnisse zum 31. Januar 2006. Sind die Kündigungen wirksam?

Die Kl. ist nach § 573 BGB zur **ordentlichen Kündigung** befugt, wenn hieran ein berechtigtes Interesse besteht. Dieses liegt nach § 573 I Nr. 3 BGB dann vor, wenn der Vermieter durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer angemessenen **wirtschaftlichen Verwertung** des Grundstücks gehindert und dadurch **erhebliche Nachteile** erleiden würde. Fraglich ist, ob ein solcher Fall dann vorliegt, wenn ein vermietetes Wohngebäude so stark sanierungsbedürftig ist, dass sich ein Abriss und Neubau als wirtschaftlicher darstellt. Dies hat der BGH angenommen:

*„Die von der Kl. geplanten Baumaßnahmen stellen eine **angemessene wirtschaftliche Verwertung** des Grundstücks gem. § 573 II Nr. 3 BGB dar, weil sie von vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen getragen sind. Eine **Sanierung** würde Investitionen **mit hohem Kostenaufwand** in das vorhandene reparaturbedürftige Gebäude bei einer **verhältnismäßig geringen Restnutzungsdauer** erforderlich machen. Durch den bereits genehmigten Neubau wird zudem in erheblichem Umfang zusätzlicher Wohnraum geschaffen.*

*Der Kl. würden darüber hinaus durch die Fortsetzung der Mietverhältnisse auch die nach dem Gesetz für eine Kündigung des Vermieters vorausgesetzten erheblichen Nachteile entstehen. Bei der Beurteilung, ob erhebliche Nachteile anzunehmen sind, ist eine **Abwägung des Bestandsinteresses des Mieters und des Verwertungsinteresses des Vermieters** unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Wäre die Kl. gehalten, die Mietverhältnisse fortzusetzen, hätte sie nur die Möglichkeit einer ‚Minimalsanierung‘, obwohl der Zustand des Gebäudes entweder eine umfassende Sanierung, die für eine Ausstattung nach den heute üblichen Verhältnissen erforderlich wäre, oder einen Abriss mit anschließendem Neubau gebietet. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wäre zudem die **Durchführung der dringendsten Maßnahmen mit erheblichen Kosten** verbunden, ohne dass sich eine Verlängerung der Nutzungsdauer des Gebäudes erzielen ließe. Angesichts der bei einer solchen ‚Minimalsanierung‘ bestehenden wirtschaftlichen Risiken kann dem Eigentümer nicht das Interesse abgesprochen werden, eine **dauerhafte Erneuerung alsbald und nicht erst bei vollständigem Verbrauch der Bausubstanz durchzuführen**. Die Kl. hätte bei Fortsetzung der Mietverhältnisse auch nicht die Möglichkeit, das Gebäude umfassend zu sanieren, weil wegen der erforderlichen Entkernung ebenfalls ein Auszug der Mieter erforderlich wäre.*

*Eine **Kündigung zum Zweck des Abbruchs eines Gebäudes und anschließendem Wiederaufbau** widerspricht schließlich auch nicht der Vorstellung des Gesetzgebers; in den Gesetzesmaterialien wird diese Möglichkeit vielmehr als Beispielfall für eine **Verwertungskündigung** angeführt. In Anbetracht dieser Umstände lässt die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass eine Fortsetzung der Mietverhältnisse für die Kl. zu erheblichen Nachteilen i. S. des § 573 II Nr. 3 BGB führen würde, keine Rechtsfehler erkennen.“ (BGH aaO)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB

§§ 883, 885, 888

Wirkung der Vormerkung Unechter Vertrag zugunsten Dritter

BGB

(BGH in NJW 2009, 356; Urteil vom 10.10.2008 - V ZR 137/07)

1. Der durch eine **Vormerkung** gesicherte **Anspruch** kann auch ein **zukünftiger** sein, solange er **hinreichend bestimmt** ist.
2. Die zugunsten des Vertragspartners eines **unechten Vertrages zugunsten Dritter** eingetragene Vormerkung sichert nur dessen **Anspruch gegen den Eigentümer** auf **Übereignung an den noch zu benennenden Dritten**, nicht jedoch einen Anspruch des Dritten selbst.
3. Etwas anderes gilt nur, wenn der **Vertragspartner** dem Dritten seinen **Anspruch abtritt** und damit die Vormerkung mit übergeht.

A. Grundlagenwissen: Die Vormerkung

Die Vormerkung ist ein **streng akzessorisches vorläufiges Sicherungsmittel**, das infolge der Trennung von schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft notwendig ist. Die Vormerkung **sichert einen schuldrechtlichen Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung**, z.B. den Anspruch auf Eigentumsübertragung (sog. Auflassungsvormerkung), den Anspruch auf Bestellung einer Grundschuld, den Anspruch auf Rangänderung oder den Anspruch auf Löschung einer Grundschuld (sog. Löschungsvormerkung).

Die Entstehung einer Vormerkung setzt nach §§ 883, 885 BGB voraus:

- **Bestehen eines schuldrechtlichen Anspruch** auf dingliche Rechtsänderung
- **Bewilligung** des Berechtigten
- **Eintragung** ins Grundbuch

Beachte: Die Vormerkung erlischt mit dem Untergang des zu sichernden Anspruchs (z.B. Untergangsgründe aus §§ 142, 119 ff BGB; 362 BGB). Der Vormerkungsberechtigte muss dann gemäß § 894 BGB die Löschung bewilligen.

Ist die Vormerkung wirksam entstanden, so trifft den Grundstückseigentümer eine sog. **relative Verfügungsbeschränkung**. Eine von ihm getroffene dingliche Verfügung erfolgt zwar durch den Berechtigten und ist auch **im Außenverhältnis** zu einem Begünstigten **wirksam**, wird jedoch der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf Rechtserwerb hierdurch beeinträchtigt, ist die Verfügung **gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unwirksam** und er kann nach § 888 BGB vom Begünstigten die Zustimmung zur Löschung des für diesen eingetragenen Rechts verlangen.

B. Wirkung einer Vormerkung beim unechten Vertrag zugunsten Dritter (BGH in NJW 2009, 356)

Fall: Mit notarieller Urkunde vom 25.11.2004 unterbreitete Verkäuferin V der K das Angebot zum Kauf eines Grundstücks. Nach dem Angebot war K zwar berechtigt, an seiner Stelle einen Dritten zu bestimmen, für den das Angebot gleichermaßen gelten sollte, nicht aber war er befugt, das Recht auf Annahme des Angebots oder den Anspruch auf Übereignung abzutreten.

V erklärte sich an das Angebot bis zum Ablauf des 28.02.2005 gebunden. Im Falle der Nichtannahme bis zu diesem Zeitpunkt sollte das Angebot nicht erlöschen, sondern der Verkäuferin lediglich das Recht zustehen, das Angebot „mit Fristsetzung dem Käufer gegenüber von 10 Tagen“ zu widerrufen. Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung wurde am 02.12.2004 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen, die folgenden Wortlaut hat:

„Auflassungsvormerkung für K ... gemäß Bewilligung vom 25.11. 2004 ...“.

Am 28.02.2005 benannte K die D als Käuferin, in deren Namen der vollmachtlos handelnde X noch am selben Tag die Annahme des Angebots erklärte. Beide Erklärungen wurden notariell beurkundet. Am 17.03.2005 erklärte D die Zustimmung zu den in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen. B 4 erwirkte am 07.02.2006 die Eintragung einer Sicherungshypothek. Am 10.04.2006 wurde die D in das Grundbuch „als Berechtigte der Auflassungsvormerkung gemäß Bewilligung vom 28.02.2005“ eingetragen. D hat von B die Zustimmung zur Löschung der Sicherungshypotheken verlangt.

Hat sie hierauf einen Anspruch?

D könnte einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Sicherungshypotheken nach § 888 BGB haben.

I. Erwerb der Vormerkung

Nach § 888 BGB hat der Vormerkungsberechtigte einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung vormerkungswidrig eingetragener Rechte. Dazu muss D aber überhaupt Inhaberin der Vormerkung sein.

Dies setzt voraus, dass ein nach § 883 BGB ein **sicherungsfähiger Anspruch** besteht, die nach § 885 BGB erforderliche Bewilligung des Berechtigten zur Eintragung der Vormerkung vorliegt und die D als Vormerkungsberechtigte eingetragen wurde.

1. Erwerb der Vormerkung am 02.12.2004

Zunächst könnte K eine Vormerkung erworben haben. Die Vormerkung wurde am 02.12.2004 zugunsten der K eingetragen, fraglich ist jedoch, ob überhaupt ein sicherungsfähiger Anspruch vorlag.

Sicherungsfähig ist ohne weiteres der sich aus einem geschlossenen Kaufvertrag ergebende **Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks**. Zum Zeitpunkt der Eintragung am 02.12.2004 hatte K jedoch auf das Angebot des V noch gar nicht reagiert, so dass ein Kaufvertrag noch nicht geschlossen war und daher auch ein Übereignungsanspruch nach § 433 I BGB noch nicht bestand.

Sicherungsfähig sind allerdings neben schon bestehenden Ansprüchen auch zukünftige Ansprüche.

a) Anspruch auf Übereignung an sich selbst oder einen zu benennenden Dritten als echter Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB

Bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB erlangt der Dritte einen **eigenen Primäranspruch** gegen den Versprechenden und sonstige Gläubigerrechte, ohne selbst vertragliche Pflichten zu haben. Der Versprechende hingegen kann **nur an den Dritten leisten**, der Versprechensempfänger nur Leistung an den Dritten fordern.

Ein **echter Vertrag zugunsten Dritter** könnte hier darin zu sehen sein, dass die Grundbucheintragung ausdrücklich auf die Eintragungsbewilligung vom 25.11.2004 Bezug nimmt und damit wegen des K eingeräumten Benennungsrechts auch der Anspruch des noch zu benennenden Dritten gesichert ist, da der **Vormerkungsberechtigte hinreichend bestimmbar** ist, zumal nicht ein unbestimmter Dritter, sondern K eingetragen worden sei, dem das Recht zur (eigenen) Annahme mit Ersetzungsbefugnis zugestanden habe.

Letztlich stellt die von V beabsichtigte Regelung aber keinen solchen echten Vertrag zugunsten Dritter dar, weil der Dritte nicht die Übereignung verlangen können soll.

*„Es ist allgemein anerkannt, dass es sich bei der Vormerkung um ein akzessorisches Recht handelt und **vormerkungsberechtigt** daher nur der **Gläubiger der gesicherten Forderung** sein kann. Das kann bei einem **echten Vertrag zu Gunsten Dritter** zwar auch der Dritte sein, sofern er ein eigenes - auf dingliche Rechtsänderung gerichtetes -*

Forderungsrecht i.S. von § 883 I BGB erwirbt (MüKo-BGB/Wacke, 4. Aufl., § 883 Rn 20; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2008, § 883 Rn 71). Das Vorliegen eines solchen Vertrags hat das BerGer. jedoch verneint. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.“ (BGH aaO)

b) Anspruch auf Übereignung an einen noch zu benennenden Dritten aus einem unechten Vertrag zugunsten Dritter analog § 328 BGB

Bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter erlangt dieser keinen **eigenen Primäranspruch** gegen den Versprechenden. Der wiederum kann **nur an den Dritten leisten**. Hierzu ist er nach § 185 BGB ermächtigt, aber auch vertraglich verpflichtet. Allerdings kann der Versprechensempfänger diese Vorgabe auch widerrufen und dann Leistung an sich selbst verlangen.

Fraglich ist, ob bei einem solchen unechter Vertrag zugunsten Dritter der Dritte eine durch eine Vormerkung sicherungsfähige Anspruchsposition erlangt. Dies ist nicht anzunehmen, vielmehr sichert die Vormerkung nur den Anspruch der K, dass V an die noch zu benennende D leistet.

*„Dagegen scheidet bei einem so genannten **unechten oder ermächtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter eine Vormerkung zu Gunsten des nur „faktisch Begünstigten“ mangels eigener Gläubigerstellung aus** (vgl. nur Staudinger/Gursky, § 883 BGB Rn 71). Vormerkbar ist in solchen Konstellationen zwar der Anspruch des Versprechensempfängers, und dies auch insoweit, als die Forderung auf Leistung an einen bereits benannten oder - wie hier - noch zu bestimmenden Dritten gerichtet ist (vgl. BGH NJW 1983, 1543 [1544]). Aus diesem kann der Dritte indessen nur dann etwas herleiten, wenn ihm der Anspruch mit der Folge des **Übergangs auch der Vormerkung (§ 401 BGB) abgetreten worden ist** (vgl. auch BGH NJW 1994, 2947); nur der Vormerkungsberechtigte kann sich auf die relative Unwirksamkeit nach § 883 II BGB berufen (vgl. nur Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl., § 883 Rn 21).“ (BGH aaO)*

c) Anspruch aus vertraglich begründeter Sukzession

Ein solcher Anspruch könnte sich daraus ergeben, dass B infolge ihrer Benennung durch K in die Lage versetzt worden ist, das Angebot des V anzunehmen.

*„Sie ist dadurch aber **nicht Rechtsnachfolgerin bezüglich des vormerkungsgesicherten Anspruchs** geworden. Vielmehr hat sie einen eigenen Anspruch erworben, nicht anders, als wenn sie, ohne von K benannt worden zu sein, unmittelbar mit der Verkäuferin kontrahiert hätte. Der Bewertung des Forderungserwerbs der B nach Benennung durch K als eine **Art Sukzession** stünde schließlich auch das **Abtretungsverbot** entgegen (§ 399 BGB).“ (BGH aaO)*

B hat damit am 02.12.2004 keine Vormerkung erworben.

2. Erwerb der Vormerkung am 10.04.2006

Am 28.02.2006 hat D mit V selbst einen Kaufvertrag abgeschlossen und damit einen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks nach § 433 I BGB erworben. V als Berechtigter hat auch die Eintragung der Vormerkung bewilligt, so dass D am 10.04.2006 Inhaberin einer Vormerkung geworden ist.

II. Unwirksamkeit der Sicherungshypothek gegenüber D

Die zugunsten des B eingetragene Sicherungshypothek ist jedoch nur dann gegenüber D unwirksam, wenn diese nach § 883 II BGB **vormerkungswidrig** erfolgt ist. Die Eintragung der Sicherungshypothek ist jedoch schon am 07.02.2006 erfolgt, die der Vormerkung hingegen erst am 10.04.2006, so dass eine vormerkungswidrig eingetragene Sicherungshypothek nicht vorliegen kann.

Vgl. zum Ganzen auch die Anmerkung von Dr. Christian Kessler in NJW 2009, 357 f.

BGB
§ 828 II

Haftungsprivileg von Kindern
Kollision mit offenen Türen eines parkenden Pkw
(BGH in NJW-RR 2009, 96; Beschluss vom 11.03.2008 - VI ZR 75/07)

BGB

1. Ein **Kind zwischen 7 und 10 Jahren** ist bei einer Kollision mit einem Kraftfahrzeug nach § 828 II 1 BGB **grundsätzlich nicht verantwortlich**. Dem liegt eine vom Gesetzgeber angenommene **Überforderungssituation** von Kindern in diesem Alter im Zusammenhang mit Kraftfahrzeugen zugrunde.
2. Eine **teleologische Reduktion des § 828 II 1 BGB** ist dann vorzunehmen, wenn diese kraftfahrzeugtypische Überforderungssituation ausnahmsweise nicht anzunehmen ist. Dies wird häufig im Zusammenhang mit dem ruhenden Verkehr vorkommen, da sich die Kraftfahrzeuge dann für die Kinder oftmals nicht anders darstellen, als sonstiges fremdes Eigentum.
3. Dies führt aber **nicht zum Ausschluss der Anwendbarkeit des § 828 II 1 BGB** in jedem Fall, in dem es zu einem Schaden an einem geparkten Fahrzeug kommt. Vielmehr ist maßgeblich, ob sich gleichwohl das gesteigerte Gefahrenpotential von Kraftfahrzeugen realisiert, wobei nach der gesetzlichen Ausgangslage eine Haftungsprivilegierung besteht.

A. Grundlagenwissen: § 828 II BGB (vgl. ZA 08/04, S.8.1 u. 8.7)

- I. **Problem: § 828 II BGB** sieht für Kinder ein **Haftungsprivileg** vor. Danach ist derjenige, wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug einem anderen zufügt, nicht verantwortlich.
- II. Mit der **Neufassung des § 828 II BGB** hat der Gesetzgeber die **Verantwortlichkeit von Kindern im Straßenverkehr bewusst eingeschränkt** und das Risiko, durch im Straßenverkehr unerfahrene Kinder einen Schaden zu erleiden, den anderen Verkehrsteilnehmern aufgebürdet.
- III. Dieser **Haftungsausschluss** gilt jedoch nur **für Unfälle im fließenden Straßenverkehr**.

„Zwar ist die Regelung des § 828 II BGB an § 7 I StVG und § 1 I HaftPflG angelehnt, die auch den ruhenden Verkehr erfassen. Allerdings findet sich die dortige Formulierung „beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ nicht im neugefassten § 828 BGB.

Der Haftungsausschluss des § 828 II BGB setzt vielmehr den Unfall mit einem Kraftfahrzeug voraus. Dies deutet auf die Notwendigkeit bewegten Verkehrs hin (vgl. Filthaut NVZ 03, 161). Dafür spricht auch der Sinn und Zweck des § 828 II BGB: Mit diesem hat der Gesetzgeber den altersbedingten Defiziten eines Kindes, wie zum Beispiel Entfernungen und Geschwindigkeiten richtig einschätzen zu können, Rechnung tragen wollen. Die Gefahr von Fehleinschätzungen einer Geschwindigkeit oder Entfernung auf Grund altersbedingter Defizite ist bei Kindern zwar auch außerhalb des fließenden Verkehrs vorhanden, jedoch in erheblich geringerem Umfang“ (LG Koblenz NJW 2004, 858).

B. Haftungsprivileg von Kindern bei Kollision mit den offenen Türen eines parkenden Pkw (BGH, NJW-RR 2009, 96)

Fall: Der 8-jährige S fährt mit seinem Fahrrad auf der Straße. Am Straßenrand ist das Fahrzeug des K geparkt. Die hinteren Türen sind geöffnet. S, der erst kurz zuvor in die Straße eingebogen war, bemerkt die geöffneten Türen zu spät und fährt in die zur Straße hin geöffnete Tür, welche hierdurch beschädigt wird. K verlangt nun von S vertreten durch die Eltern als gesetzliche Vertreter Schadensersatz in Höhe der Reparaturkosten von 750,00 €.

Besteht ein solcher Schadensersatzanspruch?

K könnte gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 I BGB haben.

Das Eigentum des K an seinem Fahrzeug ist durch die von S infolge Fahrlässigkeit herbeigeführte Beschädigung verletzt worden, so dass die grundsätzlichen Voraus-

setzungen für einen deliktischen Anspruch nach § 823 I BGB vorliegen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass S minderjährig ist. Es kommt also darauf an, ob bei dem 8-jährigen S **Deliktsfähigkeit nach § 828 BGB** anzunehmen ist.

I. Grundsätze der Haftung von Minderjährigen zwischen 7 und 10 Jahren im Straßenverkehr

Bis zum Alter von 7 Jahren ist eine deliktische Haftung nach § 828 I BGB **grundsätzlich ausgeschlossen**. Bei älteren Kindern kommt es bis zum Vollendung der Volljährigkeit nach § 828 III BGB grundsätzlich auf deren **Einsichtsfähigkeit** an. Eine Sonderregelung hat der Gesetzgeber jedoch für die **Haftung von Kindern im Straßenverkehr** geschaffen. Diese sind nach § 828 II 1 BGB für einen Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder eine Schwebenbahn **bis zum einem Alter von 10 Jahren nicht verantwortlich**. Da S erst 8 Jahre alt ist, könnte ihm diese Haftungsprivilegierung zugute kommen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass § 828 II 1 BGB den Besonderheiten des motorisierten Verkehrs Rechnung tragen will.

*„Danach ist eine teleologische Reduktion des § 828 II 1 BGB vorzunehmen, wenn sich **keine typische Überforderungssituation** des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert hat. Hiernach hat der Senat das Haftungsprivileg verneint in Fällen, in denen Kinder der privilegierten Altersgruppe mit einem **Kickbord oder Fahrrad gegen ein ordnungsgemäß geparktes Kraftfahrzeug** gestoßen sind und dieses beschädigt haben (vgl. BGHZ 161, 180 = NJW 2005, 354; NJW 2005, 356 = VersR 2005, 380 und NJW-RR 2005, 327 = VersR 2005, 378).“* (BGH aaO)

Hieraus ergibt sich aber **nicht**, dass eine Anwendung der **Haftungsprivilegierung im ruhenden Verkehr grundsätzlich ausscheidet**. Auch im Zusammenhang mit dem ruhenden Verkehr kann es für die in den Anwendungsbereich fallenden Kinder zu der vom Gesetzgeber als Grund für die Haftungsprivilegierung herangezogene Überforderungssituation kommen.

*„Aus den Senatsentscheidungen ergibt sich auch, dass bei dem Haftungsprivileg nicht grundsätzlich zwischen dem fließenden und dem ruhenden Verkehr zu unterscheiden ist, wenn es auch **im fließenden Verkehr häufiger** als im so genannten ruhenden Verkehr eingreifen mag.*

*Das schließt jedoch nicht aus, dass sich in **besonders gelagerten Fällen** auch im **ruhenden Verkehr eine spezifische Gefahr des motorisierten Verkehrs** verwirklichen kann (vgl. BGHZ 161, 180 [185] = NJW 2005, 354 und NJW-RR 2005, 378 = VersR 2005, 378 jeweils m.w.Nachw.). Zudem ergibt sich aus den Senatsurteilen, dass auf eine typische Fallkonstellation der **Überforderung des Kindes durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe im motorisierten Straßenverkehr** abzustellen ist. Darauf, ob sich diese Überforderungssituation konkret ausgewirkt hat oder ob das Kind aus anderen Gründen nicht in der Lage war, sich verkehrsgerecht zu verhalten, kommt es nicht an. Um eine klare Grenzlinie für die Haftung von Kindern zu ziehen, hat der Gesetzgeber diese Fallgestaltungen einheitlich in der Weise geregelt, dass er die **Altersgrenze der Deliktsfähigkeit von Kindern für den Bereich des motorisierten Verkehrs generell heraufgesetzt** hat (vgl. BGH NJW 2005, 3782 = VersR 2005, 1154 [1155]; BGHZ 172, 83 = NJW 2007, 2113 = VersR 2007, 855 [856]; NJW 2008, 147 = VersR 2007, 1669 [1670]).“* (BGH aaO)

II. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob es im vorliegenden Fall bei dem vom Gesetzgeber grundsätzlich gewollten Haftungsprivilegierung des S bleibt oder ob mangels Vorliegens einer Überforderungssituation die Voraussetzungen für die Annahme einer teleologischen Reduktion des § 828 II 1 BGB vorliegen.

*„Die Instanzgerichte haben zu Recht schon auf Grund des Klägervortrags eine **typische Überforderungssituation** für S bejaht. Im Unterschied zu den Fallgestaltungen, bei denen der erkennende Senat das Eingreifen des Haftungsprivilegs verneint hat, kann man unter den hier gegebenen Umständen schon nicht davon ausgehen, dass K sein Fahrzeug zum Unfallzeitpunkt ordnungsgemäß geparkt hatte. Dem steht entgegen, dass die **hinteren Türen** auf der Fahrer- und der Beifahrerseite zum Zeitpunkt der Kollision **offen standen** und sich unstreitig sowohl der K als auch der Zeuge E an den geöffneten Türen befunden und sich bewegt haben. Dies schuf eine **besondere Gefahrenlage** für das als Verkehrsteilnehmer auf der Straße fahrende Kind, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat. Da es zudem erst 20 m vor diesem Fahrzeug aus einer anderen Straße eingebogen war, liegt insgesamt eine typische Fallkonstellation der Überforderung eines Kindes durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe im motorisierten Straßenverkehr vor.“* (BGH aaO)

StGB
§ 266

Untreue
Bildung verdeckter Kassen – Fall „Siemens“
(BGH in NJW-RR 2009, 89; Urteil vom 29.08.2008 - 2 StR 587/07)

StGB

Bereits das **Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung von verdeckten Kassen durch leitende Angestellte** eines Wirtschaftsunternehmens führt zu einem **endgültigen Nachteil i.S. von § 266 I StGB**; auf die Absicht, das Geld im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers zu verwenden, kommt es hierbei nicht an.

Fall: Der Angekl. K war als leitender Angestellter der Siemens-AG von 1991 bis zum 30.06.2004 einer der vier sog. „Bereichsvorstände“ des Geschäftsbereichs „Power Generation“ (im Folgenden: Siemens-PG). Die Siemens-PG beschäftigte bei einem Jahresumsatz von 10 Mrd. € 30.000 Mitarbeiter und war u. a. mit der Fertigung, dem Vertrieb und der Wartung von Gasturbinen befasst. Als „Bereichsvorstand“ war der Angekl. unmittelbar unter der Ebene des („Zentral“-)Vorstands der Siemens-AG tätig. Ihm oblag die kaufmännische Leitung des Geschäftsbereichs; er war damit unter anderem zuständig für Controlling, Betriebswirtschaft, Zentrale Aufgaben, Personal und Revision sowie für die Wirtschaftsregion Europa. Er hatte die unternehmensinterne Autorisierung, Zahlungen in unbegrenzter Höhe anzuweisen. In seine Zuständigkeit fiel auch die Umsetzung der Compliance-Vorschriften der Siemens-AG für seinen Geschäftsbereich. Diese Vorschriften sahen unter anderem vor, auch unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit den Einsatz von Bestechung im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen.

Gleichwohl existierte im Geschäftsbereich der Siemens-PG, wie dem Angekl. auf Grund seiner Leitungsfunktion, aber auch noch anderen Mitarbeitern von Siemens-PG, nicht jedoch dem Zentralvorstand bekannt war, ein etabliertes System zur Leistung von Bestechungsgeldern (sog. nützlichen Aufwendungen), und zwar zunächst in Gestalt eines Geflechts von Nummernkonten bei diversen liechtensteinischen Banken, die auf die Namen verschiedener anderer Unternehmen und liechtensteinischer Stiftungen lauteten. Die Gelder auf diesen Konten waren bei zuvor durchgeführten Projekten nicht aufgebraucht worden und hatten in der offiziellen Buchhaltung der Siemens-PG - für die der Angekl. K verantwortlich zeichnete - keinen Niederschlag gefunden. Der Angekl. V, der von 1998 bis 2001 als freier Mitarbeiter und Berater für den Geschäftsbereich PG der Siemens-AG tätig war, widmete etwa zwei Drittel seiner Tätigkeit der Abwicklung verdeckter Überweisungen für nützliche Aufwendungen, die Mitarbeiter des Geschäftsbereichs bei ihm in Auftrag gaben. Nachdem es in den Jahren 1999 und 2000 zur Aufdeckung verschiedener Finanz- und Geldwäscheaffären in Liechtenstein gekommen war, entschieden der Angekl. K sowie ein weiterer, ihm unterstellter Angestellter als für die liechtensteinischen Konten Verantwortliche, diese aufzulösen; die Guthaben wurden im Zeitraum Sommer 2000 bis Sommer 2001 nach Dubai in den Vereinigten Arabischen Emiraten zu Gunsten einer Firma „Technical Consulting & Service Ltd.“ überführt und dort weiterhin vom Angekl. V in gleicher Weise betreut. Der Angekl. K verwaltete neben dem liechtensteinischen Kontengeflecht seit dem Jahr 1998 zudem noch eine weitere verdeckte Kasse in der Schweiz. Dabei handelte es sich um Gelder verteilt auf ein Girokonto, ein Festgeldkonto und ein Wertpapierdepot. Diese Gelder stammten noch von der durch die Siemens-AG übernommenen und in den Geschäftsbereich PG integrierten früheren KWU-AG. Der ursprüngliche Verwalter dieser Kasse, der im Bereich Buchhaltung und Bilanzierung bei der Siemens-PG beschäftigte Zeuge W, hatte anlässlich seiner bevorstehenden Pensionierung Ende 1998 den Angekl. K in dessen Funktion als kaufmännischer Leiter und für die Buchhaltung Verantwortlicher über die Existenz der - sonst niemandem mehr bekannten - verdeckten Kasse informiert. Der Angekl. K entschloss sich, die Gelder nicht in die offizielle Buchhaltung der Siemens-AG einzustellen, sondern instruierte den Angekl. V, in Liechtenstein die Stiftung Gastelun zu errichten und für diese ein Konto zu eröffnen. Auf Geheiß des Angekl. K überwies W Anfang 1999 den Bestand der verdeckten Kasse in Höhe von etwa 12 Mio. sFr. auf das Konto der Stiftung in Liechtenstein. Der Angekl. verwendete den gesamten Betrag in der Folge, um - wie von Anfang an beabsichtigt - „nützliche Aufwendungen“ zur Erlangung von Aufträgen nach seinem Gutdünken zu bestreiten. Zu diesem Zweck erteilte er jeweils konkrete Aufträge an den Angekl. V, der ihn fortlaufend über den Kontostand unterrichtete.

In den Jahren 1999 und 2000 schrieb die Fa. Enelpower die Lieferung von Gasturbinen für Stromerzeugungsanlagen für ENEL Produktionen europaweit aus. Für diesen Auftrag gab der Geschäftsbereich Siemens-PG in einem Konsortium mit einem italienischen Unternehmen als einziger deutscher Wettbewerber ein Angebot ab. Der Auftrag, der für Siemens-PG einen Auftragswert von 205,6 Mio. Euro verkörperte, lief intern unter dem Namen „Repowering“. Um den ausgeschriebenen Auftrag zu erhalten, stimmte der Angekl. K Schmiergeldzahlungen in Höhe von 2.987.000 € und von 483.990 US-Dollar an G und C zu, wies aber seine Mitarbeiter darauf hin, im Falle einer Aufdeckung müsse jeder für sich kämpfen, die Siemens-AG könne sie dann nicht decken. G unterzeichnete darauf vereinbarungsgemäß den Auftrag an das Konsortium unter Beteiligung von Siemens-PG. Die Siemens-AG erwirtschaftete aus den beiden Aufträgen einen Gesamtgewinn in Höhe von 103,8 Mio. € vor Steuern.

Seit Mai 2003 ermittelte die italienische Justiz gegen G unter anderem wegen der Entgegennahme der von Siemens-PG gezahlten Bestechungsgelder. Gegen die Siemens-AG wurden wegen Unterlassens der Einführung und wirksamen Umsetzung von Organisations- und Managementmodellen, die geeignet waren, Straftaten in der Art der begangenen zu verhindern, eine Geldstrafe von 500.000 € und ein Verbot des Vertragsschlusses mit der öffentlichen Verwaltung für die Dauer von einem Jahr verhängt. Zugleich wurde gegen sie die Abschöpfung eines Gewinns in Höhe von 6.121.000 € angeordnet. Unter dem Druck der laufenden Ermittlungen hatte sich die Siemens-AG bereits im Jahr 2003 mit der Enel S.p.A. auf umfangreiche Ausgleichsleistungen geeinigt in Höhe von rund 113 Mio. €. Nach einer internen Untersuchung, bei der der Angekl. K wahrheitswidrig angegeben hatte, von Zahlungen an G und C aus verdeckten Kassen und den zu Grunde liegenden Absprachen keine Kenntnis gehabt zu haben, beschloss der Zentralvorstand der Siemens-AG wegen der unzureichenden Umsetzung der Compliance-Richtlinien in dessen Geschäftsbereich am 14.06.2004 die Auflösung des Anstellungsvertrags mit dem Angekl. K unter Gewährung von Übergangs- und Ruhebezügen. Wäre ihm der volle Umfang des Fehlverhaltens des Angekl. bekannt gewesen, so wäre statt der Auflösung die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrags erfolgt.

Der Angekl. K hat sich wegen **Untreue durch Unterlassen** zu Lasten der Siemens-AG strafbar gemacht.

- I. **Der Tatbestand der Untreue** - in der Variante des Missbrauchs- oder Treubruchstatbestands – kann **erfüllt** sein, **wenn Angestellte einer juristischen Person des Privatrechts**, insbesondere auch einer Kapitalgesellschaft, **dieser ohne wirksame Einwilligung Vermögenswerte entziehen**, um sie nach Maßgabe eigener Zwecksetzung, wenn auch möglicherweise im Interesse des Treugebers zu verwenden.

1. Für die hier zunächst **erforderliche Feststellung einer § 266 I StGB unterfallenden Pflichtverletzung** kommt es auf einen mittelbar oder „letztlich“ erzielten Vermögenszuwachs bei dem zu betreuenden Vermögen insoweit nicht an; dies könnte vielmehr allenfalls bei der Feststellung eines Vermögensnachteils von Bedeutung sein.

„Vorliegend ist für die Beurteilung gleichermaßen darauf abzustellen, dass der Angekl. es unterließ, die von ihm vorgefundenen, auf verdeckten, nicht unter dem Namen der Treugeberin geführten Konten verborgenen Geldmittel seiner Arbeitgeberin zu offenbaren, indem er sie als Aktiva in die Buchführung einstellen ließ und so den Anforderungen der Bilanzwahrheit genügte. Zum Kernbereich der Vermögensbetreuungspflicht des Angekl. als für die kaufmännische Leitung des Geschäftsbereichs verantwortlichem Bereichsvorstand gehörte es offensichtlich, seiner Arbeitgeberin bislang unbekannte, ihr zustehende Vermögenswerte in erheblicher Höhe zu offenbaren und diese ordnungsgemäß zu verbuchen. Diese Pflicht hat der Angekl. verletzt.

Sowohl im Hinblick auf das vom Angekl. bereits vorgefundene Kontengeflecht bei liechtensteinischen Banken als auch hinsichtlich der ihm von dem Zeugen W offenbarten von der KWU-AG herrührenden Schmiergeldkasse in der Schweiz lag das Schwergewicht der Pflichtwidrigkeit nicht bei einzelnen Verwaltungs- oder Verschleierungshandlungen des Angekl., ebenso nicht erst in einzelnen Vermögensverfügungen innerhalb eines längeren Zeitraums nach Maßgabe jeweils neuer Entscheidungen, sondern schon in dem Unterlassen der Offenbarung durch ordnungsgemäße Verbuchung der Geldmittel. Der strafrechtliche Vorwurf war daher in beiden Fällen an ein Handeln durch Unterlassen gem. § 13 I StGB anzuknüpfen.“ (BGH aaO)

2. Dass die Vermögenswerte auf den verdeckten Konten verborgen wurden, um sie bei gegebenem Anlass zur Leistung von Bestechungszahlungen an Dritte und damit möglicherweise **im mittelbaren wirtschaftlichen Interesse der Treugeberin** zu verwenden, **steht einer Pflichtwidrigkeit nicht entgegen**.

An einer wirksamen Einwilligung der Treugeberin, welche eine Pflichtwidrigkeit hätte ausschließen können, fehlt es.

hierzu Saliger/Gaede HRRS 2008, 57 ; vgl. auch MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn 129; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 266 Rn 49ff.; NK-StGB-Kindhäuser, 2. Aufl., § 266 Rn 66ff.; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, 27. Aufl., § 266 Rn 38 - jew. mwN

Dabei kann es dahinstehen, ob und in welchem Umfang etwa eine auf § 76 I AktG gestützte Befugnis des Zentralvorstands der Siemens-AG zu einer

entsprechenden Einwilligung durch § 93 AktG auf Grund normativer Bindungen ausgeschlossen gewesen wäre.

vgl. auch BGHSt 34, 379 = NJW 1988, 1397; BGHSt 35, 333 = NJW 1989, 112 = NStZ 1989, 23; BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2248 = NStZ 2004, 559

*„Darauf kommt es hier nicht an, denn eine **ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Zentralvorstands** ist **nicht festgestellt**. Im Gegenteil hatte dieser den Angekl. ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei der Akquisition von Aufträgen die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten seien und Schmiergelder nicht gezahlt werden dürften. Der Angekl. K, der für die Umsetzung der Compliance-Vorschriften in seinem Unternehmensbereich zuständig war, hatte im Jahr 1999 selbst Rundschreiben an nachgeordnete Mitarbeiter veranlasst, in denen diese auf das arbeitsvertragliche Verbot jeglicher Schmiergeldzahlungen ausdrücklich hingewiesen wurden. Mit diesen Vorgaben war - entgegen einer in der Lit. vertretenen Ansicht (vgl. Rönnau in FS Tiedemann, 2008, S. 713, 721 Fn 38) - erkennbar nicht erst die Zahlung von Bestechungsgeldern, sondern auch schon das Unterhalten von verdeckten Kassen zum Zweck solcher Zahlungen ausdrücklich untersagt; für eine konkludente Billigung oder eine mutmaßliche Einwilligung fehlt es schon deshalb an einer Grundlage. Soweit die Verteidigung des Angekl. geltend gemacht hat, es habe sich bei den entsprechenden Compliance-Vorschriften um eine „bloße Fassade“ gehandelt, der kein ernst gemeintes Verbot zu Grunde gelegen habe, widerspricht dies den Feststellungen, deren Rechtsfehlerhaftigkeit die Revision nicht aufgezeigt hat. Auch eine Billigung durch den Aufsichtsrat der Siemens-AG ist nicht ersichtlich; eine Zustimmung durch eine Hauptversammlung liegt fern. Die Annahme, eine Treupflichtverletzung scheidet im vorliegenden Fall aus, weil eine „Schattenkasse ... mit Kenntnis des Geschäftsherrn“ vorgelegen habe (Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 67ff.), findet im angefochtenen Urteil keine Grundlage.“ (BGH aaO)*

3. Durch die Pflichtwidrigkeiten sind der Treugeberin des Angekl. in beiden Fällen **Vermögensnachteile i.S. von § 266 I StGB** entstanden.

a) Indem der Angekl. Geldvermögen der Siemens-AG in den verdeckten Kassen führte und der Treugeberin auf Dauer vorenthielt, entzog er diese Vermögensteile seiner **Arbeitgeberin** endgültig. Diese **konnte auf die verborgenen Vermögenswerte keinen Zugriff nehmen**.

Die Absicht, die Geldmittel - ganz oder jedenfalls überwiegend - bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin einzusetzen, insbesondere um durch verdeckte Bestechungszahlungen Aufträge für sie zu akquirieren und ihr so mittelbar zu einem Vermögensgewinn zu verhelfen, ist hierfür ohne Belang.

*„Dass die Mittel in der verdeckten Kasse zunächst noch vorhanden sind, ist mit Fällen nicht vergleichbar, in denen ein Treupflichtiger eigene Mittel jederzeit bereithält, um einen pflichtwidrig verursachten Schaden auszugleichen (BGHSt 15, 342 = NJW 1961, 685; BGH NStZ 1995, 233; NStZ-RR 2004, 54; Rönnau in FS Tiedemann, S. 732f.; LK-Schünemann, 11. Aufl., § 266 Rn 139; vgl. aber auch Fischer aaO, Rn 75). **Beim Unterhalten einer verdeckten Kasse wie im vorliegenden Fall hält der Treupflichtige nicht eigenes Vermögen zum Ersatz bereit, sondern hält Geldvermögen seines Arbeitgebers verborgen**, um es unter dessen Ausschaltung oder Umgehung nach Maßgabe eigener Zweckmäßigkeitserwägungen bei noch nicht absehbaren späteren Gelegenheiten für möglicherweise nützliche, jedenfalls aber **risikoreiche Zwecke** einzusetzen.“ (BGH aaO)*

b) Überdies sind **bei der Schadensfeststellung auch normative Erwägungen zu berücksichtigen**.

*„Die **Bestimmung über die Verwendung des eigenen Vermögens obliegt dem Vermögensinhaber**, im Fall einer Kapitalgesellschaft dessen zuständigen Organen. Bei pflichtwidriger Wegnahme, Entziehung, Vorenthaltung oder Verheimlichung von Vermögensteilen durch einen Arbeitnehmer kann der Eintritt eines Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen sein, dass der Täter beabsichtigt (oder dies behauptet), die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch „letztlich“ ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Das gilt namentlich dann, wenn dieser Vorteil nur durch einen seinerseits gesetz- oder sittenwidrigen und gegebenenfalls strafbaren Einsatz der Mittel erzielt werden könnte.“ (BGH aaO)*

- c) Der Entziehung des Vermögenswerts steht in diesem Fall keine **schadensverhindernde unmittelbare Kompensation** gegenüber: Der schadensersatzrechtliche Ausgleichsanspruch gegen den Täter ist nach st. Rspr. kein der Schadensentstehung entgegenstehender Vorteil.

*„Anders als in Fällen sog. Haushaltsuntreue oder in verdeckten Kassen geführter Mittel im Bereich der öffentlichen Verwaltung spielen hier aber auch Fragen der Zweckerreichung (vgl. etwa BGHSt 43, 293 = NJW 1998, 913 = NStZ 1998, 514) oder der Einschränkung haushaltsrechtlicher Dispositionsmacht (vgl. etwa BGHSt 40, 287 = NJW 1995, 603 = NStZ 1995, 202) keine Rolle. **Eine dem Treugeber zugutekommende Gegenleistung** oder ein durch die pflichtwidrige Handlung anderweitig unmittelbar herbeigeführter ausgleichender Vermögensvorteil **liegt im Fall des verdeckten Führens einer Schmiergeldkasse nicht vor** (anders Kempf in FS Hamm, 2008, S. 255, 260f.). Weder die vage Chance, auf Grund des Mitteleinsatzes zu Bestechungszwecken später einmal einen möglicherweise im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, noch gar die bloße Absicht des Täters, die entzogenen Mittel für solche Zwecke zu verwenden, stellen einen zur Kompensation geeigneten gegenwärtigen Vermögensvorteil dar (wohl anders, aber zu weit OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2004, 244).“ (BGH aaO)*

- d) Die **dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit über die veruntreuten Vermögensteile** stellt für den Treugeber daher nicht nur eine („schadensgleiche“) Gefährdung des Bestands seines Vermögens dar, sondern einen **endgültigen Vermögensverlust**, der, wenn er vorsätzlich verursacht wurde, zur Vollendung des Tatbestands der Untreue und zu einem Vermögensnachteil in Höhe der in der verdeckten Kasse vorenthaltenen Mittel führt.

*„Die Verwendung der entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Geldmittel ist nur eine **Schadensvertiefung**; das Erlangen von durch spätere Geschäfte letztlich erzielten Vermögensvorteilen durch den Treugeber ist, nicht anders als eine Rückführung der entzogenen Mittel, allenfalls eine Schadenswiedergutmachung. Soweit der BGH (BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 = NStZ 2007, 583) das ‚bloße‘ Führen einer verdeckten Kasse nur als schadensgleiche Vermögensgefährdung angesehen hat, hält er hieran nicht fest.“ (BGH aaO)*

- e) Dem kann nicht entgegengehalten werden, eine „bloße“ Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit des Treugebers über Vermögensteile dürfe nicht als Schaden angesehen und der Vermögensschaden nicht mit der Pflichtverletzung gleichgesetzt werden (vgl. etwa Saliger/Gaede HRRS 2008, 57 70).

*„Die Bewertung als „bloße“ Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit trifft nicht zu, wenn dem Treugeber Mittel endgültig entzogen oder vorenthalten werden. Ein Vermögensschaden kann nicht unabhängig von der konkreten Fallkonstellation oder Fallgruppe pauschal mit der Begründung verneint werden, dem Vermögensinhaber fehle, wenn er infolge von Manipulationen des Treuehmers von Vermögenswerten keine Kenntnis und auf sie keinen Zugriff erlange, ‚nur‘ die Dispositionsmöglichkeit. Denn die **Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition**. Dass die pflichtwidrige Handlung und die Schadensentstehung inhaltlich und zeitlich zusammenfallen, ist im Übrigen eine je nach Fallkonstellation häufige und unvermeidliche Lage, die für sich allein der Feststellung eines Nachteils gleichfalls nicht entgegensteht.“ (BGH aaO)*

- II. Am **Vorsatz des Angekl.** bestehen weder hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit in beiden Fällen noch hinsichtlich des so verstandenen („endgültigen“) Vermögensschadens Zweifel.

Auf die in der Lit. diskutierte **Bedeutung der „guten Absichten“** des Angekl. **kommt es auch insoweit ebenso wenig an wie auf die Frage, wie ein „Gefährdungsschaden“ hier zu berechnen wäre** (vgl. dazu einerseits Nack StraFo 2008, 277; andererseits Fischer StraFo 2008, 269; dazu auch Schünemann NStZ 2008, 430).

StGB

Verwendung eines verbotenen Kennzeichens

StGB

§§ 86a, 86 I Nr.2

Keltenkreuz

(BGH in NStZ 2009, 88; Beschluss vom 01.10.2008 – 3 StR 164/08)

1. Das **stilisierte Keltenkreuz** ist ein **Kennzeichen i.S.d. § 86a StGB**; wegen der Besonderheiten des Symbols ist aber eine einschränkende Auslegung der Vorschrift geboten.
2. Ein **tatbestandliches Handeln i.S.d. § 86 a StGB scheidet dann aus, wenn sich aus den Gesamtumständen der Verwendung des Kennzeichens eindeutig ergibt, dass diese dem Schutzzweck des § 86a I Nr. 1 StGB nicht zuwider läuft.**

Fall: Der Angekl., der einen Versandhandel mit Devotionalien der rechten Szene betreibt, hielt sich am Vormittag des 19.04.2006 zunächst auf einem öffentlichen Platz in Straubing auf, um die Aufmerksamkeit der Passanten auf das von ihm getragene grüne T-Shirt zu lenken, auf dessen Brustseite ein in gelber Farbe gehaltenes, etwa kopfgroßes stilisiertes so genanntes Keltenkreuz - ein gleichschenkliges Balkenkreuz um dessen Schnittpunkt ein Ring gelegt ist - abgebildet war. Nach einiger Zeit begab er sich zu einer Polizeidienststelle und erstattete Selbstanzeige zur Klärung, ob er sich durch das öffentliche Tragen dieses T-Shirts strafbar gemacht hat.

Das Keltenkreuz wurde ausschließlich in stilisierter Form von der im Jahr 1971 gegründeten und durch Verfügung des Bundesministers des Inneren vom 14.01.1982 i.V.m. der Entscheidung des BVerwG vom 13.05.1986 gemäß § 3 Vereinsgesetz unanfechtbar verbotenen verfassungsfeindlichen VSBD/PdA als Emblem verwendet.

- I. Das **BayObLG** vertritt in Übereinstimmung mit der **Lit.** die Auffassung, das öffentliche Verwenden eines (isolierten) stilisierten Keltenkreuzes erfülle wegen seiner Mehrdeutigkeit und mit Blick auf den geringen Bekanntheitsgrad der VSBD/PdA nur dann die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes des § 86a StGB, wenn auf Grund eines konkreten Hinweises ein Bezug zu der verbotenen Organisation hergestellt werde. Fehle ein solcher Hinweis, unterfalle das Symbol bereits nicht dem Kennzeichenbegriff des § 86a I und II StGB.

vgl. LK-Laufhütte/Kuschel, 12. Aufl., § 86a Rn 7; MüKo-StGB/Steinmetz, § 86a Rn 10; NK-StGB-Paefgen, 2. Aufl., § 86a Rn 11; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 86a Rn 6; wohl auch Schöнке/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, 27. Aufl., § 86a Rn 4, allerdings bei den Erläuterungen zu § 86a II 2 StGB

- II. Für eine derart generalisierende, über den Einzelfall hinausgehende Einschränkung des äußeren Tatbestandes des § 86a StGB bietet jedoch weder der Wortlaut der Vorschrift Anhaltspunkte noch entspräche sie dem Schutzzweck der Norm. Sie stünde überdies nicht mit den von der Rspr. bisher entwickelten Grundsätzen zur Restriktion dieses Tatbestands in Einklang (vgl. BGHSt 25, 30; 51, 244; BVerfG NJW 2006, 3052).

1. Der **Kennzeichenbegriff** ist für sich genommen einer einschränkenden Auslegung nicht zugänglich. Kennzeichen, wie sie beispielhaft in § 86a II StGB aufgezählt sind, sind sicht- oder hörbare Symbole, deren sich die in § 86 I Nr. 1, 2 und 4 StGB aufgeführten Organisationen bedienen oder bedient haben, um propagandistisch auf ihre politischen Ziele und die Zusammengehörigkeit ihrer Anhängerschaft hinzuweisen (SK-StGB-Rudolphi, 53. Lfg., § 86a Rn 2).

Zur **Begründung der Kennzeicheneigenschaft** ist deshalb allein erforderlich, dass sich die Vereinigung ein bestimmtes Symbol durch einen Autorisierungsakt - sei es durch formale Widmung, sei es durch schlichte Übung - zu eigen gemacht hat, so dass dieses Symbol zumindest auch als Zeichen der verbotenen Organisation erscheint (vgl. BGH NJW 1999, 435).

2. Ist dies der Fall, so ist darüber hinaus eine **Unverwechselbarkeit des Symbols nicht erforderlich**.

„Dass das Kennzeichen auch unverfängliche Verwendung in anderem Zusammenhang findet und von der Organisation lediglich übernommen wurde, ist für den Kennzeichenbegriff nicht von Bedeutung. Von solchen außerhalb des Symbols liegenden tatsächlichen Umständen kann die Feststel-

lung, ob es sich bei ihm um das Kennzeichen einer verbotenen Organisation handelt, ohne nachteilige Folgen für die Rechtssicherheit und Bestimmtheit des Tatbestands nicht abhängig gemacht werden (vgl. BGH NJW 1999, 435). Ob ausnahmsweise etwas anderes gilt, wenn sich die verbotene Vereinigung ein rein staatliches Hoheitssymbol oder ein Symbol einer Weltreligion in unveränderter Form als Kennzeichen zu eigen macht, braucht der Senat nicht zu entscheiden (vgl. VGH Mannheim NVwZ 2006, 935; Stegbauer NSTZ 2008, 73; offen gelassen in BGHSt 28, 394). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.“ (BGH aaO)

3. Da das **stilisierte Keltenkreuz als Symbol** jedenfalls auch für die verbotene VSBD/PdA steht, unterfällt es somit ohne jede Einschränkung dem Kennzeichenbegriff des § 86a StGB. Dem steht nicht entgegen, dass das Keltenkreuz - wenn auch weitgehend gerade nicht in stilisierter Weise, sondern in vielfältigen künstlerischen Gestaltungsformen - auch unabhängig von einem Bezug zu dieser Organisation namentlich zu kultisch-religiösen Zwecken, in kulturhistorischen Zusammenhängen oder auch als reiner Schmuck dargestellt sowie gebraucht wurde und wird.

„Aus der Senatsentscheidung NSTZ 1996, 81 ergibt sich nichts anderes: Denn im dortigen Fall war das Keltenkreuz in der Form eines realistischen Grab- oder Gedenksteins und gerade nicht in der stilisierten Weise dargestellt, wie sie die VSBD/PdA verwendet hatte; ob das derart stilisierte Keltenkreuz die Voraussetzungen des § 86a I Nr. 1 StGB erfüllt, hat der Senat in diesem Urteil ausdrücklich offen gelassen.“ (BGH aaO)

4. Dem Umstand, dass - von Fällen der Sozialadäquanz abgesehen (§ 86a III i.V.m. § 86 III StGB) - bei **wortgetreuer Auslegung des § 86a StGB** damit jedweder Gebrauch eines solchen Kennzeichens - mithin aufgrund seiner Mehrdeutigkeit auch jede unverfängliche Verwendung des stilisierten Keltenkreuzes - dem objektiven Tatbestand unterliefe, muss mit Blick auf die Grundrechte namentlich der **Meinungs- und Bekenntnisfreiheit** durch eine anderweitig **restriktive Auslegung der Vorschrift** Rechnung getragen werden.

- a) Das kann aber nicht in der Weise geschehen, dass eine tatbestandsmäßige Verwendung des Kennzeichens nur dann bejaht wird, wenn dieses durch einen mit ihm verbundenen Hinweis oder durch die Umstände seines Gebrauchs in einen konkreten Bezug zu der verbotenen Organisation gestellt wird. Eine derartige **Tatbestandseinschränkung** wäre **mit dem weit gespannten Schutzzweck des § 86a StGB nicht vereinbar**.

„Die Vorschrift richtet sich zunächst gegen eine Wiederbelebung verfassungswidriger Organisationen und der von ihnen verfolgten verfassungsfeindlichen Bestrebungen, auf die das Kennzeichen symbolhaft hinweist. Es soll bereits jeder Anschein vermieden werden, in der BR Deutschland gebe es eine rechtsstaatswidrige politische Entwicklung in dem Sinne, dass verfassungsfeindliche Bestrebungen in der durch das Kennzeichen symbolisierten Richtung geduldet würden (vgl. BGHSt 25, 30; 31, 383; 51, 244). Die **öffentliche Verwendung des Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation begründet deshalb grds. die Gefahr einer solchen Wiederbelebung**, weil in ihr ein werbendes Bekenntnis zu der Organisation und deren verfassungsfeindlichen Zielen zu sehen ist.

Dagegen lässt sich nicht mit Erfolg einwenden, dass das **Keltenkreuz** wegen seiner **vielfältigen Verwendung als kulturhistorisches und religiöses Symbol** in der Öffentlichkeit nicht als Erkennungszeichen der weithin unbekanntem VSBD/PdA wahrgenommen werde, mithin die Gefahr einer propagandistischen Wirkung für die verbotene Organisation allenfalls gering sei (vgl. Stegbauer JR 2002, 182). Eine solche Sichtweise lässt schon außer Betracht, dass das Keltenkreuz als kulturhistorisches oder religiöses Symbol regelmäßig in unterschiedlichen künstlerischen Gestaltungs- und Darstellungsformen verwendet, dagegen kaum in der stilisierten Weise gebraucht wird, die die VSBD/PdA benutzt hat. Im Übrigen ist der Senat einer an den Bekanntheitsgrad der Organisation bzw. der ihr zuzuordnenden Kennzeichen anknüpfenden Argumentation nicht gefolgt (BGHSt 47, 354), nicht zuletzt mit Blick darauf, dass es sich bei § 86a StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt und eine wie auch immer geartete konkrete Gefährdung des politischen Friedens zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht erforderlich ist (BGHSt aaO, 359).“ (BGH aaO)

- b) Die vom BayObLG und in der Lit. vertretene Auffassung würde jedoch vor allem nicht dem **Zweck des § 86a StGB** gerecht, die von der Verwendung des Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation ausgehende gruppeninterne Wirkung zu unterbinden.

„Neben der **werbenden Wirkung** nach außen erfüllen Kennzeichen eine wichtige gruppeninterne Funktion als sichtbares Symbol geteilter Überzeugungen. Ihre Verwendung erlaubt es Gleichgesinnten, einander zu erkennen und sich als eine von den „anderen“ abgrenzbare Gruppe zu definieren (BGHSt 47, 354; Hörnle NSTZ 2002, 113). Der Gefahr einer gruppeninternen Verwendung des Kennzeichens und einer damit einhergehenden **Verfestigung der Bindungen von Gleichgesinnten** kann durch eine Auslegung des § 86a I Nr. 1 StGB, die die Verwendung des von der VSBD/PdA gebrauchten stilisierten Keltenkreuzes nur dann unter den Tatbestand subsumiert, wenn ein auch für außenstehende Dritte erkennbarer Bezug des Symbols zu dieser Organisation hergestellt wird, nicht wirksam entgegengetreten werden. Vielmehr liegt es nahe, dass sich gerade Anhänger der verbotenen Organisation die nach Auffassung des BayObLG und der Lit. bestehende Möglichkeit, das Kennzeichen auch straflos gebrauchen zu können, für ihre Zwecke zu Nutzen machen würden und sich auf diese Weise das verbotene Kennzeichen im politischen Leben der BR Deutschland wieder als Symbol der VSBD/PdA Organisation etablieren könnte.“ (BGH aaO)

c) Für eine einschränkende Auslegung des Tatbestands des § 86a StGB ist deshalb ein **anderer Lösungsansatz** zu wählen.

- Nach mittlerweile **gefestigter BGH-Rspr.** erfordert die weite Fassung des § 86a StGB eine Restriktion des Tatbestands in der Weise, dass solche **Handlungen, die dem Schutzzweck der Norm eindeutig nicht zuwiderlaufen** oder sogar in seinem Sinne wirken, **nicht dem objektiven Tatbestand unterfallen** (vgl. BGHSt 25, 30; 25, 133; 51, 244).

Dies ist bislang für Fälle anerkannt, in denen das Kennzeichen in einer Weise dargestellt wird, die offenkundig gerade zum Zweck der Kritik an der verbotenen Vereinigung oder der ihr zugrunde liegenden Ideologie eingesetzt wird (vgl. BGHSt 25, 30; 51, 244) oder erkennbar verzerrt, etwa parodistisch verwendet wird (vgl. BGHSt 25, 133).

„Mit dieser Rspr. wird einerseits dem Anliegen, verbotene Kennzeichen grundsätzlich aus dem Bild des politischen Lebens zu verbannen, andererseits den hohen Anforderungen, die das Grundrecht der freien Meinungsäußerung an die Beurteilung solcher kritischen Sachverhalte stellt, Rechnung getragen (vgl. BVerfG NJW 2006, 3052). Sie ist für den hier in Rede stehenden Fall fortzuentwickeln.“ (BGH aaO)

- Allerdings kann hier für die Prüfung, ob die Verwendung des stilisierten Keltenkreuzes dem Schutzzweck des § 86a StGB eindeutig nicht zuwiderläuft, nicht auf die Darstellung des Symbols selbst zurückgegriffen werden; denn dieses lässt bei isoliertem Gebrauch gerade nicht erkennen, ob es als Kennzeichen der verbotenen Organisation oder - trotz der Stilisierung - zu völlig anderen, etwa religiösen oder rein dekorativen Zwecken verwendet wird. Ebenso wenig lässt sich der Darstellung eine offenkundige Gegnerschaft zu der VSBD/PdA entnehmen. **Anzukuipfen ist** vielmehr an die Fälle, in denen ein (offensichtlich) „verbotenes“ Kennzeichen in einem **mehrdeutigen Zusammenhang** gebraucht wird.

„Hierzu hat der Senat bereits entschieden, dass für die Beantwortung der Frage, ob die konkrete Kennzeichenverwendung dem Schutzzweck des § 86a StGB erkennbar nicht zuwiderläuft, die **gesamten Umstände der Tat zu berücksichtigen** sind (BGHSt 25, 30: „Hitler-Gruß“ bei Polizeikontrolle). Nichts anderes kann gelten, wenn die potentielle Mehrdeutigkeit des Geschehens schon aus dem Kennzeichen selbst entspringt.

Daher kann den Anforderungen, die die Grundrechte der Meinungs- und Bekenntnisfreiheit, aber auch der allgemeinen Handlungsfreiheit an eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestands stellen, hier nur in der Weise Rechnung getragen werden, dass der mit dem Gebrauch des Kennzeichens verbundene Aussagegehalt anhand aller maßgeblichen Umstände des Falles ermittelt wird. Ergibt dies, dass der **Schutzzweck der Norm** in seinen oben dargestellten Ausprägungen eindeutig nicht berührt wird, so fehlt es an einem tatbestandlichen Verwenden des Kennzeichens, da dieses nicht als solches der VSBD/PdA zur Schau gestellt wird. Sind die äußeren Umstände dagegen **nicht eindeutig**, so ist der objektive Tatbestand der Norm erfüllt; es bedarf dann aber besonders sorgfältiger Prüfung, ob sich der Täter bewusst war, das Kennzeichen einer verbotenen Organisation zu verwenden und daher auch die subjektive Tatseite gegeben ist.“ (BGH aaO)

GewO
§ 70

**Zulassung zur Veranstaltung
Ausrichtung an Attraktivität zulässig**

GewR

(VG Hannover in GewA 2009, 82; Urteil vom 09.12.2008 – 11 A 1537/07 und
VG Gießen in GewA 2009, 86; Beschluss vom 20.10.2008 – 8 L 3803/08.GI)

1. **Grundsätzlich hat jeder**, der zum Kreis der für eine Veranstaltung nach § 69 GewO festgesetzten Teilnehmer gehört, einen **Anspruch auf Teilnahme**.
2. Ist jedoch der **Platz begrenzt**, so kann der Veranstalter nach **§ 70 III GewO** einzelne Bewerber von der Teilnahme ausschließen. Die **Auswahl hat nach sachlichen Kriterien** zu erfolgen.
3. Die **Attraktivität eines Fahrgeschäftes** ist ein **zulässiges Auswahlkriterium**, wenn sie nachvollziehbar eingeschätzt wird.
4. Auch das **Alter eine Anlage darf** bei der Bewertung der Attraktivität als maßgeblich **berücksichtigt werden**.
5. Letztlich ist allein maßgeblich, dass die Auswahlkriterien den **Grundsatz der Marktfreiheit wahren**.

**A. Zugang zur Veranstaltung kann von Attraktivität abhängig gemacht werden
(VG Hannover in GewA 2009, 82 und VG Gießen in GewA 2009, 86)**

Fall: In der Stadt Hannover sollte auch im Jahr 2007 wieder ein Großmarkt stattfinden. Dieser wurde von der Stadt auch nach § 69 GewO festgesetzt. K wollte an diesem Großmarkt mit seinem Autoskooter teilnehmen. Er wurde allerdings von der Teilnahme unter Berufung auf § 70 III GewO mit der Begründung ausgeschlossen, dass aus Platzgründen nicht alle Bewerber zugelassen werden könnten und man die Plätze zur Sicherung des Erfolges des Großmarktes nach Attraktivität vergeben hätte. Sein Fahrgeschäft sei gegenüber den anderen Bewerbern veraltet, so dass er nicht habe berücksichtigt werden können. Hat die hiergegen nach erfolgloser Durchführung eines Widerspruchsverfahren gerichtete Klage Aussicht auf Erfolg?

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

I. Zulässigkeit der Klage

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

1. Zunächst muss mangels Vorliegens einer **aufdrängenden Sonderzuweisung** der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Dies ist der Fall bei Vorliegen einer **öffentlich-rechtlichen Streitigkeit** nichtverfassungsrechtlicher Art. Da hier keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, liegt nach der **Theorie von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit** keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor. Zudem sind die **streitentscheidenden Normen** solche des Gewerberechts und damit des klassischen öffentlichen Rechts, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.
2. K wendet sich gegen sein Ausschluss von der Veranstaltung, also gegen eine ihn belastende, regelnde Maßnahme mit Außenwirkung, so dass nach § 35 S. 1 VwVfG ein **Verwaltungsakt** vorliegt, gegen den er mit der **Anfechtungsklage** nach § 42 I 1. Alt. VwGO vorgehen kann.
3. Da K als Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes stets in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann, ist er nach der **Adressatentheorie** auch gem. § 42 II VwGO klagebefugt.
4. Das nach § 68 I VwGO grundsätzlich erforderliche **Vorverfahren** wurde durchgeführt, von der Einhaltung nach § 74 VwGO einen Monat betragenden **Klagefrist** kann ausgegangen werden. Hinsichtlich des Vorliegens der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken.

Die Klage des K ist zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Anfechtungsklage des K ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn sein **Ausschluss** von der Veranstaltung **rechtswidrig** ist und ihn in seinen **Rechten verletzt**.

1. Rechtswidrigkeit des Ausschlusses von der Veranstaltung

Als **Ermächtigungsgrundlage** für den Ausschluss von der Veranstaltung kommt § 70 III GewO in Betracht. Von der Einhaltung der **formellen Anforderungen** an die Zuständigkeit, die Form und das Verfahren kann ausgegangen werden. Fraglich ist daher allein, ob die Voraussetzungen des § 70 III GewO vorliegen und ob die Stadt H das ihr eingeräumte Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat.

a) Recht zur Teilnahme an der Veranstaltung, § 70 I GewO

Grundsätzlich hat K nach § 70 I GewO einen Anspruch auf Teilnahme am Großmarkt, wenn es sich um eine **nach § 69 GewO festgesetzte Veranstaltung** handelt und er zum **Teilnehmerkreis** gehört. Diese Voraussetzungen liegen vor.

b) Ausschluss von der Teilnahme, § 70 III GewO

Allerdings kann der Veranstalter nach § 70 III GewO aus **sachlich** gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, einzelne Aussteller, Anbieter oder Besucher von der Teilnahme ausschließen. Da der Platz auf dem Großmarkt nicht für alle Interessenten ausreicht, stellt sich die Frage, ob dem K aus sachlich gerechtfertigten Gründen unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens die Teilnahme untersagt wurde.

aa) Prüfungsmaßstab

*„Das Verteilungsermessen des Veranstalters gem. § 70 III GewO unterliegt neben den jede **Ermessensentscheidung** der Verwaltung bindenden Grundsätzen wie **Gleichheitsgrundsatz** und **Willkürverbot** auch den sich aus dem Grundsatz **der Marktfreiheit** ergebenden Schranken (vgl. BVerwG, Urteil v. 27.04. 1984 – 1 C 24.82 –, GewArch 1984, 265 = DVBl 1984, 1071). Wie im Einzelnen ein die Marktfreiheit erhaltendes Zulassungssystem auszugestalten ist, welche Bewerbergruppen gebildet werden und nach welchem System Standplätze zugeteilt werden, liegt im **gerichtlich nur beschränkt nachprüfbares Ermessen** des Veranstalters (vgl. Nds. OVG, Urteil v. 16.06.2005 – 7 LC 201/03 –, NVwZ-RR 2006, 117). **§ 70 III GewO gibt einen bestimmten Auswahlmodus nicht vor.** Der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 7/3859, S. 16) ist lediglich zu entnehmen, dass die Entscheidung des Veranstalters **willkürfrei** zu sein hat. **Eine Auswahlentscheidung nach einem System, das nicht auf dem Markt vertretenen Neu- und Wiederholungsbewerbern weder im Jahr der Antragstellung noch in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance einräumt, liegt jedenfalls außerhalb der Ermessensgrenzen** des § 70 III GewO (vgl. BVerwG a a O; Nds. OVG, Urteil v. 18.07.2002 – 7 LB 3835/01 –).“ (VG Hannover aaO)*

bb) Attraktivität des Fahrgeschäfts als sachlicher Grund

Die Ausrichtung der Auswahlentscheidung vorrangig an der Attraktivität des Fahrgeschäftes auf der Grundlage der entwickelten und einem **Punktesystem zugeordneten Bewertungskriterien** ist rechtlich nicht zu beanstanden. Dieses Vergabeverfahren ist geeignet, die der Marktfreiheit immanente Zulassungschance im Rahmen des § 70 III GewO zu garantieren.

*„Die Auswahl unter dem **Gesichtspunkt der Attraktivität** wird dem Grundsatz der Marktfreiheit in besonderem Maße gerecht (vgl. OVG NRW, Beschluss v. 22.12.2000 – 11 A 11462/99 – nach juris). Die **Anziehungskraft** eines Geschäftes auf die Besucher ist ein Kriterium mit **hoher Sachbezogenheit**. Es schließt keinen Bewerber von vornherein aus, sondern eröffnet jedem im Rahmen eines durch ihn **zu beeinflussenden Faktors** – der Steigerung der Anziehungskraft seines Ge-*

schäfts – eine gesicherte Zulassungschance (so auch: OVG NRW aaO; Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn 19; Heitsch, Der gewerberechtl. Zulassungsanspruch zu Volksfesten, GewArch 2004, 225, 228). Für den Veranstalter bietet eine Bestenauswahl bei den Fahrgeschäften unter Attraktivitätsgesichtspunkten die Chance, sich neben anderen attraktiven Vergnügungsmärkten zu behaupten.“ (VG Hannover aaO)

cc) Fehlerfreiheit der Einschätzung der Attraktivität des Fahrgeschäfts des K

Nach diesen Maßstäben wurde dann auch die Attraktivität des Fahrgeschäfts des K beurteilt.

*„Die Bekl. hat für die Angebotsgruppe der Autoskooter vorab **sachgerechte Kriterien** entwickelt, anhand derer die **Attraktivität der Fahrgeschäfte** der einzelnen Bewerber beurteilt werden kann, und ihrer Entscheidung die vom Verwaltungsausschuss beschlossenen Richtlinien für die Auswahl eines Bewerbers um einen Standplatz für Autoskooter auf dem Großmarkt zugrunde gelegt. Sie hat damit dem **Erfordernis für eine den Grundrechtsschutz sichernde Verfahrensgestaltung**, dass die maßgeblichen Auswahlkriterien und deren Verhältnis zueinander vor der Entscheidung festgelegt und bekannt gegeben sein müssen, um eine einheitliche Anwendung gegenüber sämtlichen Bewerbern nachvollziehbar und damit auch im Hinblick auf die **Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes** gerichtlich überprüfbar zu machen, Genüge getan (vgl. Nds. OVG, Urteil v. 16.06.2005 – 7 LC 201/03 –; VG Oldenburg, Beschluss v. 01.07.2004 – 12 B 1203/04 – nach juris; AG Hannover, Urteil v. 31.05.2007 – 544 C 6448/07 – nach juris).*

*Gerade das von der Bekl. zur Beurteilung der Attraktivität der Autoskooter-Fahrgeschäfte als Auswahlkriterium erstellte Bewertungsschema mit Zuordnung zu einem Punktesystem ermöglicht eine sachgerechte Entscheidung der Bekl. im Rahmen der Grenzen des ihr durch § 70 III GewO **ingeräumten Ermessens** und steht im **Einklang mit dem Zweck der Ermächtigung**.“ (VG Hannover aaO)*

Damit hatte die Stadt H ein **nachvollziehbares und plausibles Konzept** für die Auswahl der Bewerber um den Autoskooterstandplatz auf dem Großmarkt 2007 entwickelt.

Bei der Bewertung von Erscheinungsbild und Erhaltungszustand des klägerischen Fahrgeschäftes, Baujahr 1987 mit einer Generalüberholung 1998, mit 12 von möglichen 20 Punkten ist eine **Willkürentscheidung nicht ersichtlich**.

Weitere Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Nichtberücksichtigung des K sind nicht erkennbar.

Der Ausschluss des K von der Teilnahme ist daher rechtmäßig erfolgt, so dass die Klage nicht begründet ist.

C. Auch das VG Gießen sieht die **Attraktivität eines Fahrgeschäfts als zulässiges Auswahlkriterium** nach § 70 III GewO an (VG Gießen, GewA 2009, 86)

*„Ist die **Modernität eines Fahrgeschäfts** (hier: Autoskooter) **ausschlaggebendes Kriterium** für die Attraktivität, muss im Hinblick auf den Zulassungsanspruch eines Bewerbers auf das Alter der gesamten Anlage abgestellt werden.“ (VG Gießen aaO)*

GG **Sexualkunde und elterliches Erziehungsrecht** **VerfR**
Art. 4 I , 6 I, II, 7 I **Anforderungen an praktische Konkordanz**
(BVerwGin NVwZ 2009, 56; Beschluss vom 08.05.2008 - 6 B 64/07)

1. Der **integrierte Sexualkundeunterricht** ist von einer **Zustimmung der Eltern nicht abhängig**.
2. Wird Sexualkundeunterricht in gesonderten Veranstaltungen erteilt, so ist der **Konflikt zwischen dem elterlichen Erziehungsrecht und dem staatlichen Bildungsauftrag** im Wege der praktischen Konkordanz zu lösen.
3. Die den Schulen auf dem Gebiet der Sexualerziehung auferlegten **Gebote der Zurückhaltung und Toleranz** stellen regelmäßig sicher, dass **unzumutbare Glaubens- und Gewissenskonflikte bei Eltern und Schülern nicht entstehen**.

A. Grundlagenwissen: Sexualkundeunterricht und elterliches Erziehungsrecht

Das Recht zur Erziehung der Kinder steht nach Art. 6 I, II GG den Eltern zu. Andererseits ist die schulische Ausbildung nach Art. 7 GG staatliche Aufgabe und wird gesetzlich ausgestaltet. Die Einflussnahmemöglichkeiten der Eltern auf die Erfüllung der Schulpflicht und die schulischen Inhalte sind auf die Wahrung ihrer und der Grundrechtspositionen ihrer Kinder begrenzt. So sieht Art. 7 II GG vor, dass die Eltern über die Teilnahme ihrer Kinder am Religionsunterricht bestimmen können. Fraglich ist allerdings, ob ihnen auch darüber hinaus Einflussnahmemöglichkeiten zustehen.

„Durch Art. 6 II GG werden die Eltern verfassungsrechtlich nach außen als selbstständige Erziehungsträger anerkannt und stehen als solche in Konkurrenz zur staatlichen Gemeinschaft, die durch den Schulbesuch erzieherischen Einfluss auf den jungen Menschen nimmt. Denn Art. 6 II GG enthält keinen ausschließlichen Erziehungsanspruch der Eltern, sondern auch der Staat kann grundsätzlich unabhängig von den Eltern eigene Erziehungsziele verfolgen. Art. 7 I GG erteilt dem Staat ausdrücklich einen eigenständigen Erziehungsauftrag, wobei weder diesem noch dem Elternrecht ein absoluter Vorrang zukommt. Das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 II 1 GG steht also dem in Art. 7 I GG normierten staatlichen Bildungsauftrag gleichgeordnet gegenüber und nicht unter dem Vorbehalt, dass das Schulwesen den elterlichen Erziehungsvorstellungen im Einzelfall nicht widerspricht. Eltern und Staat können die gemeinsame Erziehungsaufgabe nur in einem sinnvollen Zusammenwirken erfüllen.“ (vgl. Hebele/Schmidt, Schulpflicht und elterliches Erziehungsrecht, NVwZ 2005, 1368)

Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG schon im Jahre 1977 betont, dass ein möglicher Konflikt zwischen schulischer Erziehung durch integrierten Sexualkundeunterricht und elterlichem Erziehungsrecht im Wege der praktischen Konkordanz zu lösen ist. Auch der EGMR hat diese Einschätzung bestätigt (EGMR in NJW 1977, 487).

*„Die **individuelle Sexualerziehung** gehört in erster Linie zu dem **natürlichen Erziehungsrecht der Eltern** im Sinne des Art. 6 II GG; der Staat ist jedoch aufgrund seines Erziehungs- und Bildungsauftrages (Art. 7 I GG) berechtigt, Sexualerziehung in der Schule durchzuführen. Die **Sexualerziehung in der Schule** muss für die verschiedenen **Wertvorstellungen** auf diesem Gebiet offen sein und **allgemein Rücksicht** nehmen auf das natürliche Erziehungsrecht der Eltern und auf deren **religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen**, soweit diese für das Gebiet der Sexualität von Bedeutung sind. Bei Wahrung dieser Grundsätze ist Sexualerziehung als fächerübergreifender Unterricht **nicht von der Zustimmung der Eltern abhängig**. Sofern die Sexualerziehung als **gesondertes Lehrfach** oder besondere Unterrichtseinheit betrieben wird, ist es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, eine Regelung zu treffen, die dem elterlichen Grundrecht aus Art. 6 II 1 GG und möglichen Gewissenskonflikten gerecht wird.“* (BVerfG in NJW 1978, 807)

B. Gebot der Zurückhaltung und Toleranz im Sexualkundeunterricht (BVerwG, NVwZ 2009, 56)

Fall: Die Eltern des Kindes K, die einer sehr strengen christlichen Glaubensrichtung angehören, wollen erreichen, dass K nicht an einem gesondert erfolgenden Sexualkundeunterricht teilnehmen muss. Die zuständigen Behörden hatten eine Befreiung mit der Begründung abgelehnt, sie sei nicht zulässig. Besteht hierauf ein Anspruch?

Nach den vom BVerfG entwickelten Grundsätzen ist die Teilnahme an Sexualkundeunterricht jedenfalls dann nicht von der Zustimmung der Eltern abhängig, wenn es

sich um einen fächerübergreifenden Unterricht handelt. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Insofern stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber den Vorgaben des BVerfG entsprechend eine Regelung getroffen hat, die dem elterlichen Grundrecht aus Art. 6 II 1 GG und möglichen Gewissenskonflikten gerecht wird.

§ 33 I SchulG NW trifft folgende Regelung:

Die fächerübergreifende schulische Sexualerziehung ergänzt die Sexualerziehung durch die Eltern. Ihr Ziel ist es, Schülerinnen und Schüler alters- und entwicklungsgemäß mit den biologischen, ethischen, sozialen und kulturellen Fragen der Sexualität vertraut zu machen und ihnen zu helfen, ihr Leben bewusst und in freier Entscheidung sowie in Verantwortung sich und anderen gegenüber zu gestalten. Sie soll junge Menschen unterstützen, in Fragen der Sexualität eigene Wertvorstellungen zu entwickeln und sie zu einem selbstbestimmten und selbstbewussten Umgang mit der eigenen Sexualität zu befähigen. Darüber hinaus sollen Schülerinnen und Schüler für einen verantwortungsvollen Umgang mit der Partnerin oder dem Partner sensibilisiert und auf ihre gleichberechtigte Rolle in Ehe, Familie und anderen Partnerschaften vorbereitet werden. Die Sexualerziehung dient der Förderung der Akzeptanz unter allen Menschen unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung und Identität und den damit verbundenen Beziehungen und Lebensweisen.

Hier wurde die Sexualerziehung als einzelne Unterrichtsveranstaltung festgesetzt. Von solchen Veranstaltungen ist nach § 43 III 1 SchulG NW grundsätzlich eine Befreiung aus wichtigem Grund möglich. Dann müsste aber auch ein solcher wichtiger Grund vorliegen.

Dieser könnte darin bestehen, dass § 33 SchulG NW die verfassungsrechtlichen und verfassungsgerichtlichen Vorgaben für eine praktische Konkordanz zwischen dem elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 6 I, II GG und dem staatlichen Bildungsauftrag nach Art. 7 I GG nicht einhält.

*„Art. 6 II 1 GG, der den Eltern das Recht zur Erziehung ihrer Kinder garantiert, gewährt zusammen mit der in Art. 4 I GG verbürgten Glaubens- und Gewissensfreiheit das Recht zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht. Danach ist es **Sache der Eltern**, ihren Kindern **Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln** und nicht geteilte Ansichten von ihnen fernzuhalten. Diese Grundrechte sind aber Einschränkungen zugänglich, die sich aus dem **Erziehungsauftrag des Staates** (Art. 7 I GG) ergeben. Konflikte zwischen dem Erziehungsrecht der Eltern und dem Erziehungsauftrag des Staates sind nach den Grundsätzen der **praktischen Konkordanz** zu lösen (BVerfGE 93, 1 [17, 21] = NJW 1995, 2477 = NVwZ 1995, 1197 L; BVerfG in FamRZ 2006, 1094, und BVerfG in NVwZ 2008, 72 [73] = LKV 2007, 363).“* (BVerwG aaO)

In Bezug auf den Sexualkundeunterricht folgt daraus, dass die Eltern zwar kein Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung der schulischen Sexualerziehung haben, wohl aber insoweit Zurückhaltung und Toleranz verlangen können.

„Die Schule muss den Versuch einer Indoktrinierung der Schüler mit dem Ziel unterlassen, ein bestimmtes Sexualverhalten zu befürworten oder abzulehnen. Sie hat das natürliche Schamgefühl der Kinder zu achten und muss allgemein Rücksicht nehmen auf die religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen der Eltern, soweit sie sich auf dem Gebiet der Sexualität auswirken (BVerfGE 47, 46 [76f.] = NJW 1978, 807; BVerwGE 57, 360 [364f.] = Buchholz 421 Kultur- und Schulwesen Nr. 64, S. 79f. = NJW 1979, 1616; BVerwG, Buchholz 11 Art. 4 GGGG Nr. 73, S. 6f.). Dabei unterliegt das Zurückhaltungs- und Toleranzgebot, das für die Ausübung der Grundrechte in dem angesprochenen Spannungsverhältnis wesentlich ist, dem Vorbehalt des Gesetzes (BVerfGE 47, 46 [83] = NJW 1978, 807).“ (BVerwG aaO)

Das Gebot zu Zurückhaltung, Toleranz und Offenheit für unterschiedliche Wertungen sowie das Verbot der Indoktrinierung sind zwar nicht ausdrücklich im Wortlaut des § 33 SchulG NW enthalten sind, lässt sich aber aus dieser Vorschrift sowie aus den in § 2 V und VI SchulG NW niedergelegten Bildungszielen eindeutig entnehmen.

„Aus diesen Grundsätzen folgt allerdings entgegen der Auffassung der Kl. nicht, dass die Schule bei der Sexualerziehung ‚zurückzuweichen‘ hat, wenn Eltern ihre abweichenden Auffassungen begründet darlegen. Verfassungsrechtlich ist vielmehr geklärt, dass ein mit allen Eltern eines jeden Kindes abgestimmtes Zusammenwirken der Schule in Fragen der Sexualerziehung nicht geboten ist (BVerfGE 47, 46 [76] = NJW 1978, 807). Wie schon ausgeführt, mildert vielmehr die der Schule auferlegte Pflicht zu Zurückhaltung, Offenheit und Toleranz die Schwere der möglichen Beeinträchtigung der Eltern und ihrer Kinder bei der Sexualerziehung so weit ab, dass die Unzumutbarkeitsschwelle nicht überschritten wird (BVerwG, Buchholz 11 Art. 4 GGGG Nr. 73, S. 6f.). Ein darüberhinausgehender allgemeiner Klärungsbedarf ist nicht erkennbar.“ (BVerwG aaO)

Kurzauslese I

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

BGB
§ 556 III 2

Abrechnungsfrist für Betriebskosten Abbruch einer begonnenen Hilfeleistung (BGH; Urteil vom 21.01.2009 – VIII ZR 107/08)

BGB

Auch bei einer **Versendung der Betriebskostenabrechnung auf dem Postweg genügt die rechtzeitige Absendung nicht zur Wahrung** der in § 556 III 2 BGB geregelten **Abrechnungsfrist** von einem Jahr; erforderlich ist vielmehr, dass die Abrechnung dem Mieter noch innerhalb der Frist zugeht.

„Zur Wahrung der Frist [des § 556 III 2 BGB] muss die Betriebskostenabrechnung dem Mieter noch innerhalb der Frist zugegangen sein; die rechtzeitige Absendung der Abrechnung genügt nicht (so ausdrücklich der Regierungsentwurf zum Mietrechtsreformgesetz, BT-Drs. 14/4553, S. 51). Die von der Bekl. unter Beweis gestellte Tatsache, dass ihr Lebensgefährte die Betriebskostenabrechnung am 21.12.2005 als Brief zur Post gegeben und an die Kl. abgeschickt habe, begründet keinen Anscheinsbeweis dafür, dass den Kl. die Betriebskostenabrechnung rechtzeitig zugegangen ist. Bei zur Post gegebenen Briefen besteht nach st. Rspr. des BGH kein Anscheinsbeweis für den Zugang der Sendung.

Die Geltendmachung der Nachforderung durch die Bekl. wäre deshalb gemäß § 556 III 3 BGB nur dann nicht ausgeschlossen, wenn die Bekl. die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hätte. Diese Voraussetzung ist aber nicht erfüllt: Für das Vertretenmüssen im Sinne von § 556 III 3 BGB gilt die Vorschrift des § 278 BGB, sodass der Vermieter auch ein Fehlverhalten seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten hat. Hier war die Post als Erfüllungsgehilfin der Bekl. für die Zusendung der Abrechnung anzusehen. Entgegen der Ansicht der Bekl. ist § 278 BGB nicht einschränkend anzuwenden und der in § 556 III 3 BGB geregelten Ausnahmefall nicht generell anzunehmen, wenn auf dem Postweg für den Vermieter unerwartete und nicht vorhersehbare Verzögerungen oder Postverluste aufgetreten sind. Dies liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass im Hinblick auf den Ausschluss von Nachforderungen in allen Fällen des Postversands – abgesehen von Ausnahmesituationen (z. B. Poststreik) – doch die rechtzeitige Absendung der Abrechnung zur Fristwahrung genügen würde. Dies widerspräche jedoch der ausdrücklichen Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Es hängt vielmehr von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, ob eine verzögerte Postzustellung oder ein Verlust der Postsendung auf einem Verschulden der Post beruht.“ (BGH aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

EGBGB
Art. 27 I

Konkludente Rechtswahl deutsches Recht für Teppichkauf in der Türkei (KG in NJW-RR 2009, 195; Urteil vom 21.02.2008 – 19 U 60/07)

BGB

Erwirbt ein für die andere Vertragspartei erkennbar Deutscher auf einer **Pauschalreise, die deutschem Recht unterliegt**, Waren in der Türkei mittels eines **Vertrags**, der

- vollständig **auf Deutsch abgefasst** ist,
- **Begriffe der deutschen Rechtssprache** enthält und
- eine **Auslieferung der Waren nach Deutschland** sowie
- die **Zahlung in Euro** vorsieht,

so spricht dies für die **konkludente Wahl deutschen Rechts** nach Art. 27 I EGBGB.

„Das deutsche materielle Recht ist anwendbar, wenn sich aus dem Vertrag der Parteien eine stillschweigende Rechtswahl nach Art. 27 I 2 EGBGB zu Gunsten des deutschen materiellen Rechts ergibt. Nach Art. 27 I 2 EGBGB ist für eine konkludente Rechtswahl erforderlich, dass sich die Rechtswahl „mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles“ ergibt. Dabei sind alle Indizien, die für oder gegen die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung sprechen, zu würdigen (vgl. z.B. BGH NJW 2001, 1936).

Grundsätzlich spricht zwar der Abschluss eines Kaufvertrags im Ausland dafür, dass auch die dort geltende Rechtsordnung maßgebend ist. Dem kommt aber bei einem in entscheidenden Punkten nicht im Ausland abzuwickelnden Vertrag nicht ein solches Gewicht zu, wie wenn die vollständige Erfüllung (Bezahlung und Aushändigung) vor Ort vorgenommen wird.

Hier deutet eine Vielzahl anderer Umstände auf eine Anwendung deutschen Rechts hin: Der Vertrag ist einschließlich der Geschäftsbedingungen vollständig auf Deutsch abgefasst, er ist überschrieben mit der Bezeichnung „Kaufvertrag“. Es wurden zum Beispiel mit dem Vorbehalt des Eigentums Begriffe der deutschen Rechtssprache verwendet. Die Vertragsverhandlungen wurden auf Deutsch geführt. Bereits die Abfassung des Vertrags allein in der Sprache eines Landes deutet auf die konkludente Wahl dessen Rechts hin (BGH NJW 1998, 1321 für einen in Spanisch abgefassten Kaufvertrag, der von einem deutschen Notar beurkundet worden ist: Hinweis auf die Wahl des spanischen Rechts), reicht aber für sich genommen nicht aus. Die Bekl. hatte, für die Kl. aus dem Vertragsformular erkennbar, ihren Wohnsitz in Deutschland und war deutsche Staatsangehörige. Der Vertrag sollte seitens der Kl. durch Auslieferung in Deutschland erfüllt werden (zu diesem Indiz vgl. Staudinger/Magnus, Bearb.: 2001, Art. 27 EGBGB Rn 83). Der Kaufpreis war nicht in türkischer Lira, sondern in Euro ausgewiesen. Schließlich war der Besuch der Fabrikation der Kl. Teil einer von der Bekl. gebuchten Pauschalreise - was auch der Kl. bekannt gewesen ist -, die ihrerseits deutschem Recht unterlag.

Jedes dieser Indizien für sich würde zwar nicht ausreichen, eine Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Rechts anzunehmen. Bei der - gebotenen (vgl. z.B. BGH NJW 2001, 1936; ferner Staudinger/Magnus, Art. 27 EGBGB Rn 86) - Gesamtbeurteilung spricht aber allein der Ort des Vertragsabschlusses neben dem Sitz der Kl. gegen die Anwendung deutschen Rechts, während alle anderen maßgebenden Indizien auf das deutsche Recht hindeuten. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände konnte die Bekl. berechtigtermaßen davon ausgehen, dass auf den Vertrag deutsches Recht anwendbar ist. Dieses Verständnis auf ihrer Seite ist maßgebend. Das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Vereinbarung über das anzuwendende Recht bestimmt sich gem. Art. 27 IV, 31 I EGBGB nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag wirksam wäre (vgl. BGH NJW 1987, 1145), hier also das deutsche Recht.“ (KG aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **gefährliche Körperverletzung** **StGB**
§§ 223 I, 224 I Nr.2 **Haarschnitt mittels eines Messer**
 (BGH in NSTZ-RR 2009, 50; Beschluss vom 17.04.2008 – 4 StR 634/07)

Das **Abschneiden von Haaren** stellt eine **Körperverletzung i.S. des § 223 I StGB** dar. **Wird hierzu ein Messer verwendet**, ist dies jedoch **keine Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs**, sodass der Tatbestand des § 224 I Nr.2 StGB nicht erfüllt ist.

„Ein Gegenstand ist nur dann ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB, wenn er nach seiner objektiven Beschaffenheit und **nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen** (st. Rspr.; vgl. nur BGH NSTZ 2007, 95). Dass der Angekl. das Messer so benutzt hat, dass es geeignet war, gravierende Verletzungsfolgen herbeizuführen, ist nicht festgestellt; ein zum Haarabschneiden verwendeter Gegenstand (etwa eine Schere oder auch - wie hier - ein Messer) ist in der Regel kein „gefährliches Werkzeug“ i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB (vgl. Schönke/Schröder/Stree, StGB, 27. Aufl., § 224 Rn 4).“ (BGH aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Untreue** **StGB**
§ 246 **Unterschlagung einer Lkw-Ladung durch den Fahrer**
 (BGH NSTZ-RR 2009, 51; Beschluss vom 02.09.2008 – 4 StR 281/08)

Der **Tatbestand der veruntreuenden Unterschlagung** nach § 246 StGB ist **nicht bereits dann erfüllt**, wenn der Fahrer eines LKW die von ihm beförderten **Ladung an einem anderen Ort als an dem der Empfangsadresse ablädt**.

„Zusätzlich ist hier festzustellen, in welcher Beziehung die an der Tat beteiligten Personen untereinander und - ggf. - zu der geschädigten Spedition standen, soweit dies für das Tatgeschehen von Bedeutung ist, und welches Vorstellungsbild der Angekl. beim Abladen der Waren hatte (vl. BGH NSTZ-RR 2006, 377). Festzustellen wird auch sein, welches Tatinteresse der Angekl. und - ggf. - welche Vorteile er durch die Tatbegehung hatte. Letzteres kann insbesondere dafür bedeutsam sein, ob der Angekl. ggf. als Täter gehandelt hat oder ob er Teilnehmer an der Tat eines anderen oder mehrerer anderer war (vgl. hierzu BGH NSTZ-RR 2006, 377).“ (BGH aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr** **StGB**
§ 315b I Nr.3 **verkehrsspezifische konkrete Gefahren**
 (BGH in NSTZ 2009, 100; Beschluss vom 04.11.2008 – 4 StR 411/08)

Die **Tathandlung des § 315b I StGB** muss eine **abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirken, die sich zur konkreten Gefahr** für eines der tatbestandlichen Schutzobjekte **verdichtet**. Für die Abfolge der Gefahrenverläufe reicht es dabei aus, wenn die Tathandlung – wie z.B. die Abgabe eines Schusses - unmittelbar zu einer konkreten Gefahr des attackierten Fahrzeuglenkers oder seines Fahrzeugs führt. Allerdings sind hierbei **nur verkehrsspezifische**, aus der Wirkweise der Verkehrsvorgänge resultierende **Gefahren zu berücksichtigen**.

- I. Der **Tatbestand des § 315b StGB** ist **dreistufig aufgebaut**: Durch eine der in Abs. 1 bezeichneten Tathandlungen muss die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt und hierdurch eine konkrete Gefahr für eines der genannten Individualrechtsgüter begründet worden sein. Erforderlich ist danach, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für eines der genannten Schutzobjekte verdichtet (BGHSt 48, 119; BGH NSTZ 2007, 34). Regelmäßig werden hierbei der Eingriff und die Begründung der abstrakten Gefahr zeitlich dem Eintritt der konkreten Gefahr vorausgehen, etwa, wenn der Eingriff zu einer kritischen Verkehrssituation führt, durch die sodann eines der Schutzgüter konkret gefährdet wird (sog. „Beinahe-Unfall“). Nach der Rspr. ist dies jedoch nicht zwingend (grdl. BGHSt 48, 119). Danach kann der Tatbestand des § 315b I StGB in sämtlichen Handlungsalternativen auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung (wie z.B. Abgabe des Schusses) unmittelbar zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung (Beschädigung des Kraftfahrzeugs) führt.
- II. Dies gilt indes nicht uneingeschränkt, denn nicht jede Sachbeschädigung (oder auch Körperverletzung) im Straßenverkehr ist tatbestandsmäßig i.S.d. § 315b StGB. Vielmehr **gebietet der Schutzzweck des § 315b StGB** insoweit eine **restriktive Auslegung der Norm**, als unter einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert nur verkehrsspezi

fische Gefahren verstanden werden dürfen. Dies ist der Fall, wenn die konkrete Gefahr - jedenfalls auch - auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte (Dynamik des Straßenverkehrs) zurückzuführen ist.

- III. Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist im Falle der Abgabe von (Pistolen-) Schüssen auf ein fahrendes Fahrzeug ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr nicht gegeben, wenn hierdurch keine konkrete Gefahr i. S. eines „Beinahe-Unfalls“ eingetreten ist (vgl. hierzu BGH NJW 1995, 3131).

„[Es ist] weder das Fahrverhalten noch die Fahrsicherheit des Zeugen W durch die Schüsse in irgendeiner Weise beeinträchtigt worden.

Aber auch die Beschädigung des Kraftfahrzeuges durch die einschlagenden Projektile rechtfertigt hier nicht die Annahme einer vollendeten Tat nach § 315b I Nr. 3 StGB: Denn dieser Sachschaden steht in keinem relevanten Zusammenhang mit der Eigendynamik der Fahrzeuge zum Tatzeitpunkt, sondern ist ausschließlich auf die durch die Pistolenschüsse freigesetzte Dynamik der auftretenden Projektile zurückzuführen. Er ist somit keine spezifische Folge des Eingriffs in die Sicherheit des Straßenverkehrs und muss daher bei der Bestimmung eines „bedeutenden“ Sachschadens bzw. einer entsprechenden Gefährdung außer Betracht bleiben.“ (BGH aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB

Aussetzung mit Todesfolge

StGB

§§ 221, 323c

Abbruch einer begonnenen Hilfeleistung

(OLG in Stuttgart NSTZ 2009, 102; Beschluss vom 19.11.2008 – 2 Ws 297/07)

Eine begonnene, aber nicht ausreichende Hilfeleistung begründet nur dann eine Rechtspflicht i.S.d. § 221 I Nr. 2 StGB, dem Hilfsbedürftigen weiter beizustehen, wenn diese mit einer Risikoerhöhung für seine körperliche Unversehrtheit verbunden war.

- I. § 221 I Nr. 2 StGB ist ein **Sonderdelikt**. **Täter** dieser Tatbestandsalternative **kann daher nur derjenige sein, der dem Geschädigten zum Beistand verpflichtet ist**. Die allgemeine Hilfspflicht aus § 323c StGB begründet eine solche Beistandspflicht nicht (Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., § 221 Rn 3). Es sind vielmehr für die Beistandspflicht i.S.d. § 221 I Nr. 2 StGB die zu den unechten Unterlassungsdelikten (§ 13 I StGB) entwickelten Grundsätze maßgebend (Tröndle/Fischer aaO, Rn 5 mwN).
- II. Dabei ist es **allgemeine Auffassung**, dass nicht jede begonnene Hilfeleistung zu einer Rechtspflicht führt, diese fortzusetzen (vgl. BGH NJW 1993, 2628; Tröndle/Fischer aaO, § 221 Rn 5).

Der **BGH** hat darauf abgestellt, ob durch die Hilfishandlungen eine wesentliche Veränderung in der Situation des Hilfsbedürftigen herbeigeführt worden ist. Hierbei bleibt jedoch letztlich unklar, nach welchen Kriterien sich das Merkmal der „Wesentlichkeit“ beurteilen soll.

- III. Nach Auffassung des **OLG Stuttgart aaO** fordert der Bestimmtheitsgrundsatz eine präzisere Abgrenzung, die sich maßgeblich am Rechtsgut des § 221 StGB, der körperlichen Unversehrtheit, zu orientieren hat. Danach erscheint es konsequent **darauf abzustellen, ob eine Hilfeleistung das Risiko für die körperliche Unversehrtheit des Hilfsbedürftigen erhöht hat oder nicht** (Schönke/Schröder/Eser, StGB, 27. Aufl., § 221 Rn 10; Hoyer NSTZ 1994, 85).

„Dass derjenige, der Hilfishandlungen vorgenommen hat, die - zunächst - das Risiko für den Hilfsbedürftigen erhöht haben, zu weiterer Hilfeleistung verpflichtet bleibt, entspricht auch den zu den unechten Unterlassungsdelikten entwickelten Grundsätzen zu Garantienpflichten aus Ingerenz. Diese werden nicht aus der bloßen Ursächlichkeit eines Verhaltens für einen späteren Erfolgseintritt abgeleitet, vielmehr ist es dafür erforderlich, dass das Vorverhalten zu einer Gefahrerhöhung geführt hat (vgl. Tröndle/Fischer aaO, § 13 Rn 11 mwN)“ (OLG Stuttgart aaO).

Diese **Auslegung entspricht dem Schutzzweck der Norm** unter Beachtung des Bestimmtheitserfordernisses.

„Ob eine Risikoerhöhung eingetreten ist oder nicht, lässt sich durch die Tatgerichte - nötigenfalls unter Anwendung des Zweifelssatzes - nachvollziehbar prüfen. § 221 StGB soll Verhalten unter Strafe stellen, das in „besonders krasser Weise die Gebote der Fürsorge für den schutzbedürftigen Nächsten verletzt“ (LK-Jähnke, StGB, 11. Aufl., § 221 Rn 1). Bei einem Abstellen allein auf die „Wesentlichkeit“ einer Veränderung bestünde gerade auch im Hinblick auf die Erweiterung, die der Anwendungsbereich des § 221 StGB durch das 6. StrRG vom 26.01.1998 erfahren hat, die Gefahr, dass die Vorschrift weitgehend konturlos würde.

Dem Schutzzweck des § 221 StGB liefe es geradezu zuwider, würde derjenige, der für einen Hilfebedürftigen risikoneutrale oder gar -mindernde Hilfeleistungen erbringt, durch deren Nichtfortsetzung strafbar, während derjenige straflos bliebe, der von vorne herein keinerlei Hilfe leistet. Eine solche Differenzierung erschiene daher auch im Lichte des Art. 3 GG bedenklich (so auch Hoyer aaO). Es gibt keinen Grund, den Helfenden schlechter zu stellen, der die Situation des Hilfsbedürftigen verbessert, als denjenigen, der sich jeder Hilfe entzieht.“ (OLG Stuttgart aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

Gewerbetreibende

öfFR

§§ 705

Gesellschaft bürgerlichen Rechts

GewO

(OVG Lüneburg in GewA 2009, 32; Beschluss vom 31.07.2008 – 7 LA 53/08)

§§ 1, 35

Eine **GbR** ist trotz ihrer partiellen Rechtsfähigkeit (vgl. BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056) **nicht selbst Gewerbetreibende** i. S. der Gewerbeordnung und **kann deshalb nicht Adressat einer Gewerbeuntersagung sein**.

„Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit wie die BGB-Gesellschaft (GbR) oder die offene Handelsgesellschaft (oHG) sind nicht selbst Gewerbetreibende i. S. der §§ 1 I, 35 I 1 GewO. Bei der oHG sind dies vielmehr die **Gesellschafter**, jedenfalls **soweit sie Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse haben und damit unternehmerisch tätig sind**, bei der GbR sind es grundsätzlich alle **Gesellschafter**, wenn sie **Einfluss auf die Geschäftsführung haben** (Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, Stand Juni 2006, § 35 Rn 64; Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl., § 35 Rn 85).

Der Kl. missversteht das von ihm in diesem Zusammenhang angeführte Urteil des BGH (BGHZ 146, 341) zur partiellen Rechts- und Parteifähigkeit der GbR im (Zivil-) Prozess, wenn er aus ihm ableiten will, dass danach auch die Unternehmereigenschaft einer GbR im Sinne der Gewerbeordnung anzunehmen sei. Der BGH stellt in seiner Entscheidung vielmehr die GbR in Bezug auf ihre Rechtsfähigkeit weitgehend der oHG gleich, die, obgleich nicht juristische Person, nach der ausdrücklichen Regelung in § 124 I HGB gleichwohl Rechte erwerben und klagen kann. Soweit die GbR durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, soll auch sie - überwiegend aus Gründen der Praktikabilität - aktiv und passiv partei- und prozessfähig sein (BGH aaO).

Die danach **mögliche Begründung eigener Rechte und Pflichten im Rechtsverkehr hat** - wie zuvor schon bei der oHG - aber **nichts damit zu tun, wem im Gesellschaftsgefüge persönliche Eigenschaften wie Eignung oder Zuverlässigkeit nach öffentlichem Recht** - hier nach der GewO - **zuzurechnen sind**. Bei nicht-rechtsfähigen Personenmehrheiten kommen dafür nur die verantwortlichen natürlichen Personen, also die Gesellschafter, in Betracht. Lediglich juristischen Personen werden selbst als Gewerbetreibende angesehen. Zwar kann auch hier persönlich unzuverlässig letztlich nur die handelnde natürliche Person sein; deren Unzuverlässigkeit wird jedoch der juristischen Person als eigene zugerechnet. Das beruht auf der Fiktion, dass juristische Personen in ihrer Rechtsfähigkeit wie natürliche Personen behandelt werden. Das ist bei Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit gerade nicht der Fall.“ (OVG Lüneburg aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG

Amtshaftungsanspruch

öffR

Art. 34

Amtspflichten der Posteingangsstelle des Gerichts

BGB

(LG Stade in NVwZ-RR 2009, 50; Urteil vom 09.04.2008 – 5 O 108/07)

§ 839

Zu den **Amtspflichten der Posteingangsstelle eines Gerichts** gehört es, das **Post**, die fälschlich in den Organisationsbereich des Gerichts gelangt, dort **ordnungsgemäß verwahrt, weitergeleitet oder zurückgesandt** wird. Dabei darf sich der Bürger darauf verlassen, dass ein Gericht oder eine Behörde mit seinen Unterlagen sorgfältig umgeht, auch wenn diese nicht zuständig sind.

„Die Kl. wollte hier bei dem zuständigen Grundbuchamt eine Vorrangeinräumung durchführen. Zu diesem Zwecke benötigte das Grundbuchamt den Grundschuldbrief. Damit fällt die ordnungsgemäße Verwahrung und Rücksendung eines Briefes in den Bereich der Amtstätigkeit eines AG im Zusammenhang mit der Grundbucheintragung. Damit stellt aber die entsprechende Tätigkeit des AG auch eine Handlung i.S. des § 839 BGB i.V. mit Art. 34 GG dar, die auch die Wahrung der Belange des Antragenden mit umfasst. Ein Schutzzweck zu Gunsten der Kl. als Antragenden ist damit grundsätzlich zu bejahen.

Etwas Anderes kann nicht gelten, wenn der Antragende versehendlich die begehrte Tätigkeit von einem unzuständigen AG verlangt. Auch hier muss von einer Pflicht der Mitarbeiter des AG im Zusammenhang mit der Grundbuchhaltung ausgegangen werden, die Belange des Bürgers im sorgfältigen Umgang mit seinen Unterlagen zu wahren. Der Bürger muss sich darauf verlassen dürfen, dass eine Behörde oder ein Gericht mit seinen Unterlagen sorgfältig umgeht, auch wenn die Behörde oder das Gericht unzuständig ist. Dass das AG diese Pflicht zum sorgfältigen Umgang mit Urkunden der Antragenden selbst als eine Amtspflicht ansieht, folgt im Übrigen auch daraus, dass das AG für fehlgeleitete Urkunden im Grundbuchbereich eine besondere Stelle geschaffen hat, um diese Urkunden unter einem AR-Aktenzeichen ordnungsgemäß weiterzuleiten.

Der Kl. ist auch kein Mitverschulden deshalb anzulasten, weil sie den Grundschuldbrief an das unzuständige AG geschickt hat und nicht an das eigentlich zuständige AG: Wie bereits ausgeführt, kann eine solche Fehlleitung immer geschehen und Gerichte und Behörden sind insoweit verpflichtet die Interessen des Bürgers insoweit zu wahren und zu schützen, dass fehlgeleitete Vorgänge und Urkunden entweder an den Betroffenen zurückgeschickt oder an die zuständige Behörde/Gericht weitergeleitet werden. Ein schuldhaftes Verhalten der Kl. ist durch eine versehentliche Falschadressierung nicht erkennbar.“ (LG Stade aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

WEG

Grundbesitzabgaben

öffR

§ 10 VI

gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer

(VGH BW in ZMR 2009, 160; Urteil vom 26.09.2008 – 2 S 1500/06)

Die **Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft** steht der Geltung einer im kommunalen Abgabenrecht statuierten **gesamtschuldnerischen Haftung der einzelnen Wohnungseigentümer für Grundbesitzabgaben nicht entgegen**.

„Die **Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft** durch den BGH **zwingt** auch **nicht dazu, die Auslegung der streitigen Satzungsbestimmungen an die geänderte Rspr. anzupassen** und damit - im Wege der ergänzenden Auslegung - die Gebührenpflicht der Wohnungseigentümergeinschaft anstatt einer Haftung der Wohnungseigentümer anzunehmen. Nach der BGH-Rspr. (BGH NJW 2005, 2061 = ZMR 2005, 547) haftet zwar in erster Linie die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt; allerdings komme eine akzessorische gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer neben dem teilrechtsfähigen Verband der Wohnungseigentümergeinschaft dann in Betracht, wenn diese sich neben dem Verband klar und eindeutig auch persönlich verpflichtet hätten oder - was hier einschlägig ist - eine **ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers** vorliege.

Eine solche ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers lässt sich dem **Regelungszusammenhang des Kommunalabgabengesetzes** und damit dem kommunalen Gebührenrecht ohne weiteres für Grundbesitzabgaben entnehmen. So hindert auch nach Rspr. des BVerwG (NJW 2006, 791) die Teilrechtssubjektivität der Wohnungseigentümergeinschaft die Geltung einer im kommunalen Abgabenrecht statuierten gesamtschuldnerischen Haftung der Wohnungseigentümer für Grundbesitzabgaben nicht.“ (VGH BW aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

Anhörung unterblieben, obwohl sie gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 850b III ZPO), so liegt daher nach h.M. keine Entscheidung vor (vgl. OVG Münster NJW 1980, 1709).

Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine **tatsächliche und rechtliche Würdigung**, so dass die Annahme des Vorliegens einer **Entscheidung** gerechtfertigt ist.

Wird also ein **Pfändungs- und Überweisungsbeschluss** ohne Anhörung des Gegners **erlassen**, so liegt stets eine Vollstreckungsmaßnahme vor, die vom Schuldner mit der **Vollstreckungserinnerung** angegriffen werden kann.

II. Rechtsbehelf gegen Entscheidung über Vollstreckungserinnerung

Über die Vollstreckungserinnerung entscheidet auch das Vollstreckungsgericht, allerdings ist die Entscheidung nach § 20 Nr. 17 S. 2 RPflG dem Richter vorbehalten. Die Entscheidung über die Vollstreckungserinnerung ergeht durch **Beschluss**.

Bei diesem Beschluss des Vollstreckungsgerichts über die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO handelt es sich dann um eine Entscheidung im Sinne des § 793 ZPO, so dass hiergegen die **sofortige Beschwerde** als Rechtsbehelf zur Verfügung steht.

III. Rechtsbehelf gegen die Entscheidung über die sofortige Beschwerde

Auch die **Entscheidung über die sofortige Beschwerde** nach § 793 ZPO ergeht nach § 572 IV ZPO durch **Beschluss**, welcher nach § 568 ZPO entweder vom Einzelrichter oder vom Kollegialspruchkörper erlassen wird.

Gegen den Beschluss über die sofortige Beschwerde besteht nach § 574 ZPO die Möglichkeit, **Rechtsbeschwerde** einzulegen, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat, die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert oder das Beschwerdegericht sie **in dem Beschluss zugelassen** hat.

B. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses (BGH WM 2008, 2265)

Fall: G gegen S wegen einer Forderung in Höhe von 278.000 € die Zwangsvollstreckung. Auf Antrag des G hat das Amtsgericht - Vollstreckungsgericht - am 24.05.2006 einen PfÜB erlassen, mit dem u.a. die Forderung des S gegen die D auf Auszahlung der Versicherungssumme aus einer Lebensversicherung "einschließlich etwaiger künftig fällig werdender Ansprüche aus dem gleichen Rechtsgrund" gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen wurde. Es handelt sich um eine der Altersversorgung dienende Firmendirektversicherung, die sich bei Erlass des PfÜB noch in der Ansparphase befand. Der Auszahlungsanspruch des Schuldners gegen die Drittschuldnerin wurde am 01.01.2007 mit Eintritt des Versicherungsfalles fällig. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Lebensversicherung ein arbeitgeberfinanziertes Deckungskapital von 206.209,10 €.

S hat am 27.06.2006 ohne Begründung gegen den PfÜB Erinnerung eingelegt. Mit Schriftsatz vom 22.01.2007 hat er, nachdem ihm mehrmals antragsgemäß Fristverlängerung gewährt worden war, diese begründet. Die Rechtspflegerin hat der Erinnerung nicht abgeholfen, die Vollstreckungsrichterin hat sie zurückgewiesen. In seiner sofortigen Beschwerde hat der Schuldner unter Vorlage entsprechender Urkunden vorgetragen, er habe den Auszahlungsanspruch am 03.12.2006 an seinen Bruder abgetreten, die Abtretung sei am 02.01.2007 nochmals von beiden bestätigt worden. Die sofortige Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt der Schuldner weiterhin die Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses.

I. Pfändbarkeit von Versorgungsanwartschaften

Pfändbar sind nach § 829 ZPO grundsätzlich alle Geldforderungen, also auch Ansprüche auf Versicherungsleistungen. Sofern es um laufende Bezüge geht, können nach § 832 ZPO auch zukünftig fällig werdende Ansprüche gepfändet werden.

1. Ansprüche gegen die gesetzliche Rentenversicherung

Zukünftig entstehende oder fällig werdende laufende Geldansprüche gegen einen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung sind pfändbar, sofern die Ansprüche in einem bereits bestehenden Sozialversicherungsverhältnis wurzeln. Das noch nicht rentennahe Alter des Schuldners steht einer solchen Pfändung grundsätzlich nicht entgegen (BGH NJW 2003, 1457).

2. Ansprüche gegen betriebliche Rentenversicherung

Allerdings sind Forderungen nach § 851 ZPO nur dann pfändbar, wenn sie auch übertragbar sind. Für Ansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung sieht allerdings § 2 II 4 BetrAVG vor, dass der ausgeschiedene Arbeitnehmer die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag in Höhe des durch Beitragszahlungen des Arbeitgebers gebildeten geschäftsplanmäßigen Deckungskapitals oder, soweit die Berechnung des Deckungskapitals nicht zum Geschäftsplan gehört, das nach § 169 Abs. 3 und 4 des Versicherungsvertragsgesetzes berechneten Wertes weder abtreten noch beleihen darf.

„Der Senat muss nicht entscheiden, ob, wie die Rechtsbeschwerde meint, § 2 II 4 BetrAVG nicht nur für das Anwartschaftsrecht, sondern auch für diesen künftigen Anspruch gilt.“ (BGH aaO)

II. Folgen von Fehlern im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss

*„Denn ein **Verstoß gegen ein Pfändungsverbot führt nicht zur Nichtigkeit** des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, **sondern nur zur Anfechtbarkeit**; er ist bis zur Aufhebung auf ein Rechtsmittel vom Schuldner und vom Drittschuldner zu beachten (Schuschke/Walker/Schuschke, ZPO, 4. Aufl., § 829 Rn. 29; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 829 Rn 24, 27; Stöber, Forderungspfändung, 14. Aufl., Rn 748, 750). Ein **besonders schwerer, offenkundiger Fehler**, der Nichtigkeit zur Folge haben könnte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 - IX ZR 226/91, BGHZ 121, 98, 102), liegt hier nicht vor.*

*Etwas anderes folgt nicht daraus, dass es sich bei § 2 II 4 BetrAVG um ein **Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB handelt** (vgl. Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 4. Aufl., § 2 Rn 284). Die sich hieraus ergebende zivilrechtliche Nichtigkeit der Abtretung ist für die Frage, ob der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss als staatlicher Hoheitsakt unwirksam ist, ohne Bedeutung. Da die Pfändung wirksam war, ist die behauptete Abtretung der gepfändeten Forderung an den Bruder des Schuldners, die im Verfahren nach § 766 ZPO grundsätzlich ohnehin nicht geltend gemacht werden kann (Stöber, Forderungspfändung, 14. Aufl., Rn 710), der Gläubigerin gegenüber unwirksam, § 829 I 2 ZPO i.V.m. §§ 135, 136 BGB.“ (BGH aaO)*

III. Heilung wegen zwischenzeitlich eingetretener Änderungen

„Eine - unterstellte - Fehlerhaftigkeit und Anfechtbarkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 24.05.2006 wurde dadurch geheilt, dass am 01.01.2007 der Versicherungsfall eintrat und der Anspruch des S auf Auszahlung der Versicherungssumme fällig wurde.

*Der Pfändung standen keine Vollstreckungshindernisse mehr entgegen. **§ 2 II 4 BetrAVG gilt**, wie auch die Rechtsbeschwerde einräumt, dann **nicht mehr, wenn die Versorgungsanwartschaft zum Vollrecht erstarkt ist** (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 4. Aufl., § 2 Rn 279). Da die Leistung aus der Lebensversicherung nicht als Rente, sondern als Kapitalabfindung gewährt wird, greifen auch die Pfändungsschutzvorschriften der §§ 850 ff. ZPO nicht ein. Schutz kann in diesem Fall nur unter den Voraussetzungen des § 850 i ZPO auf Antrag gewährt werden (Stöber, Forderungspfändung, 14. Aufl., Rn 892 a, 920, 872; vgl. auch Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 850 Rn 48). Die **zunächst - unterstellt - begründete Erinnerung** des Schuldners **wurde damit unbegründet**. Das war bei der Entscheidung zu berücksichtigen.*

***Maßgebend ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung, nicht diejenige zur Zeit der Pfändung oder der Einlegung der Erinnerung** (Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 766 Rn 27; Schuschke/Walker/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 766 Rn 27).“ (BGH aaO)*

Eine Heilung ist auch nicht aus Gründen des Schuldnerschutzes ausgeschlossen. Der Umstand, dass die Pfändung schon am 24.05.2006 erfolgt ist, der Wegfall des möglichen Anfechtungsgrundes jedoch erst für den 01.01.2007 anzunehmen ist, ist nicht maßgeblich.

„Indessen rechtfertigen es diese Gesichtspunkte auch unter Berücksichtigung der Interessenlage der Beteiligten nicht, von den dargestellten Grundsätzen des Zwangsvollstreckungsrechts abzuweichen.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 286**Beweislastumkehr durch Beweisvereitelung**
Verstoß gegen werkvertragliche Kooperationspflicht
(BGH in NJW 2009, 360; Urteil vom 23.10.2008 - VII ZR 64/07)

ZPO

1. Die **Beweislast für die Mangelfreiheit** der erbrachten Leistungen trägt vor der Abnahme grundsätzlich der Auftragnehmer, danach der Auftraggeber.
2. **Behält sich der Auftraggeber seine Mängelrechte bei Abnahme vor**, tritt **keine Änderung der Beweislast** ein.
3. Auch die **Durchführung einer berechtigten Selbstvornahme** zur Mangelbeseitigung **führt nicht ohne weiteres zu einer Beweislastumkehr**.
4. Zu einer Beweislastumkehr führt allerdings eine **Verletzung der Kooperationspflicht**, die es dem Auftragnehmer unmöglich macht, die Mangelfreiheit zu beweisen.

A. Grundlagenwissen: Beweislast

Ist eine Tatsache beweiserheblich und beweisbedürftig, stellt sich die Frage, welche Partei dafür Beweis anbieten und erbringen muss. Dies bezeichnet man mit dem Begriff der Beweislast. Grundsätzlich trägt der **Kläger** die Beweislast für alle **anspruchsbegründenden Tatsachen**, der **Beklagte** hingegen ist für alle **anspruchshindernden Einwendungen** (z.B. Sittenwidrigkeit, § 138 BGB), alle **rechtsvernichtenden Einwendungen** (z.B. Unmöglichkeit, § 275 I BGB) oder alle **rechtshemmenden Einreden** (z.B. Verjährung, § 214 BGB) beweispflichtig.

In Abweichung vom zuvor dargestellten Grundsatz gibt es zahlreiche Ausnahmen für die Verteilung der Beweislast. Hierzu gehören nicht nur die gesetzlichen Beweislastregeln und Verschuldensvermutungen, sondern auch die Fälle der Beweisvereitelung.

Hindert der Gegner der beweisbelasteten Partei diese treuwidrig daran, den Beweis erbringen zu können, so geht dies zu seinen Lasten. Aus dem **Gebot der loyalen Prozessführung** ergibt sich, dass eine Partei aus einem Beweisnotstand, der unter Verletzung dieses Verbotes beim Gegner eingetreten ist, **keine prozessualen Vorteile** erlangen darf. Eine Beweisvereitelung ist auch **schon im Vorfeld** eines Prozesses möglich, wenn der Beweis mit Blick auf eine möglicherweise bevorstehende Auseinandersetzung vorenthalten wird.

Die **Rspr.** geht überwiegend davon aus, dass zumindest eine **vorsätzliche Beweisvereitelung** dazu führt, dass die zu beweisende Tatsache als wahr behandelt werden kann.

Die nur **fahrlässige Beweisvereitelung** hingegen führt in Anlehnung an § 242 BGB dazu, dass es Beweiserleichterungen bis hin zu Beweislastumkehr gibt (vgl. BGH NJW 1978, 1681; 2337). Dies entspricht auch einer verbreiteten Auffassung in der **Literatur**, die davon ausgeht, dass Verstöße gegen prozessuale Mitwirkungs- und Aufklärungspflichten, durch die Umkehrung der Beweislast und nicht etwa über die Festlegung des Beweismaßes bei der Beweiswürdigung oder durch widerlegbare Fiktionen zu ahnden seien (vgl. auch Stürner NJW 1979, 1225; Musielak/Stadler JuS 1980, 740, Gottwald Jura 1980, 304; BGH NJW 1983, 332), wobei dies teilweise auch auf vorsätzliche Beweisvereitelungen bezogen wird.

B. Beweislastumkehr nach Ersatzvornahme ohne Schadensdokumentation (BGH in NJW 2009, 360)

Fall: Die Bekl. beauftragte die Kl. im Mai 2000 unter Vereinbarung der VOB/B mit der Durchführung von Betonierungsarbeiten für ein neu zu erstellendes Parkhaus. Auf der Ebene 4 des Parkhauses zeigten sich unmittelbar nach Einbringen des Betons im August 2000 Rissbildungen. Diese sowie Abplatzungen und eine Betonsteinschicht rügte die Bekl. mehrfach als Mangel und forderte die Schuldnerin, die eine Verantwortung für die gerügten Mängel von sich wies, zur Mängelbeseitigung auf. Nachdem dies erfolglos geblieben war, entzog die Bekl. der Schuldnerin den Auftrag hinsicht-

lich der Mängelbeseitigung und ließ die gerügten Mängel auf der Ebene 4 beseitigen. Am 05.12.2000 einigten sich die Parteien auf die Abnahme des Werks mit einem Vorbehalt hinsichtlich der Mängel der Betonoberfläche der Ebene 4.

Kl. macht Restwerklohnansprüche wegen der Ausführung gegen die Bekl. geltend, welche mit Gewährleistungsansprüchen wegen der Mängel auf Ebene 4 die Aufrechnung erklärt hat, welche der Höhe nach die Klageforderung übersteigen. Ist die Klage begründet?

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Werklohnzahlung nach § 631 I BGB gegen die Bekl. haben. Die Fälligkeit ist nach §§ 640, 641 BGB durch Abnahme eingetreten. Der Anspruch könnte jedoch durch die Aufrechnung der Bekl. nach § 389 BGB untergegangen sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der Bekl. im Zeitpunkt der Aufrechnung ein fälliger und einredefreier Gegenanspruch auf Zahlung zustand. Ein solcher Anspruch könnte sich aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB wegen zu Recht erfolgter Selbstvornahme zur Beseitigung eines Werkmangels ergeben. Fraglich ist jedoch, ob hier vom Bestehen eines Werkmangels nach § 633 II BGB auszugehen ist. Wegen der schon erfolgten Beseitigung kann dies im Prozess nicht mehr durch ein Sachverständigengutachten geklärt werden, so dass es darauf ankommt, zu wessen Lasten dies geht. Das wiederum hängt davon ab, wer bei Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen aus einem Werkvertrag die Beweislast trägt.

I. Beweislastverteilung vor Abnahme

Die Beweislast für die Mangelfreiheit der erbrachten Leistungen trägt **vor der Abnahme** grundsätzlich der **Auftragnehmer**.

„Das BerGer. ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Auftragnehmer vor der Abnahme die Mangelfreiheit seiner Leistungen zu beweisen hat (BGH NJW 1973, 1327; BGH NJW 1981, 2408; NJW 1993, 1972; NJW-RR 2000, 1547; NZBau 2000, 523). Dies gilt auch dann, wenn der Auftraggeber vor der Abnahme Mängelansprüche geltend macht (BGH NJW-RR 1997, 339; NJW-RR 1999, 347 [349]; NJW-RR 2000, 1547).“ (BGH aaO)

II. Beweislastverteilung nach Abnahme

Nach der Abnahme trifft grundsätzlich den **Auftraggeber** die Beweislast für die Mangelhaftigkeit des Werkes. Hier könnte aber deshalb etwas anderes geltend, dass die Abnahme vorbehaltlich der differierenden Ansicht über die Mangelhaftigkeit der Betonarbeiten in der 4. Etage erfolgt ist.

*„An dieser Verteilung der Beweislast hat sich hinsichtlich der Mängel auf Ebene 4 des Parkhauses durch die Abnahme des Werks nichts geändert, denn die Bekl. hat hinsichtlich dieser Mängel einen **Vorbehalt erklärt** (vgl. BGH NJW-RR 1997, 339 = BauR 1997, 129 = ZfBR 1997, 75). Die Gegenauffassung (OLG Hamburg OLG-Report 1998, 61; Marbacher/Wolter, BauR 1998, 36 m.w. Nachw.) überzeugt nicht. Dass durch die Abnahme eine **Beweislastumkehr** eintritt, **beruht auf § 363 BGB**. Dieser setzt die **Annahme einer Leistung als Erfüllung** voraus. Daran **fehlt** es, soweit der Besteller wegen eines Mangels einen **Vorbehalt erklärt**.“ (BGH, aaO)*

Die Beweislast ist daher nicht durch die Abnahme auf die Bekl. übergegangen.

III. Beweislastumkehr wegen Durchführung der Ersatzvornahme

Die Beweislast könnte jedoch deshalb auf die Bekl. übergegangen sein, weil diese in Ausübung ihres sich aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB ergebenden Selbstvornamerechts die angeblichen Mängel selbst hat beseitigen lassen.

*„Eine Umkehr der Beweislast ist auch **nicht schon allein deshalb anzunehmen**, weil die Bekl. die Mängel im Wege der **Ersatzvornahme** hat beseitigen lassen (BGH NJW 1993, 1972). Mit Beseitigung der Mängel geht zwar der **Erfüllungsanspruch** des Bestellers **unter** und der Besteller kann sich auf die fehlende Abnahme nicht mehr berufen. Dies beruht jedoch nicht auf der Erfüllung der Leistung durch den Unternehmer, sondern auf der Tätigkeit eines von ihm unabhängigen Dritten. Es ist daher nicht gerechtfertigt, dem Besteller nur deshalb, weil er im Wege der **berechtigten Ersatzvornahme** den Zustand herbeigeführt hat, zu dem der Unternehmer verpflichtet war, die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels der Werkleistung aufzuerlegen.“ (BGH aaO)*

Auch die berechtigte Durchführung der Selbstvornahme führt daher nicht zu einer Beweislastumkehr.

IV. Beweislastumkehr wegen Beweisvereitelung

Eine Beweislastumkehr könnte aber deshalb eingetreten sein, weil die Bekl. den Zustand der Betonarbeiten in der 4. Etage nicht hat festhalten lassen.

„Eine **Beweisvereitelung** kann in verschiedenster Form auftreten (BGHZ 121, 266 [278] = NJW 1993, 1391). Eine Beweisvereitelung liegt vor, wenn jemand seinem beweispflichtigen Gegner die **Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht**. Dies kann **vorprozessual** oder während des Prozesses durch gezielte Handlungen geschehen, mit denen bereits vorhandene Beweismittel vernichtet oder vorenthalten werden. Wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, kann eine Beweisvereitelung auch in einem **fahrlässigen Unterlassen einer Aufklärung bei bereits eingetretenem Schadensereignis** liegen, wenn damit die Schaffung von Beweismitteln verhindert wird, obwohl die **spätere Notwendigkeit** einer Beweisführung dem Aufklärungspflichtigen **bereits erkennbar sein musste** (BGH NJW 2004, 222 = DS 2004, 61 m.w. Nachw.).“ (BGH aaO)

Allerdings reicht es hierzu nicht, dass die Bekl. es unterlassen hat, die Mangelhaftigkeit zu dokumentieren.

„Einer solchen **generellen Zuweisung der Verantwortung für die Dokumentation der Mängel an den Auftraggeber** steht entgegen, dass der **Auftragnehmer** nach einer Mängelrüge, in der lediglich die Mangelerscheinungen bezeichnet sein müssen (vgl. BGH, NJW-RR 2002, 743.), **verpflichtet** ist, die **Mangelursache zu ermitteln und den Mangel zu beseitigen**. Kommt der Auftragnehmer dieser Pflicht nicht nach, und macht der Auftraggeber daraufhin von seinem Recht Gebrauch, den Mangel selbst zu beseitigen, kann **allein aus dem Umstand**, dass im Zuge der Mangelbeseitigung das von dem Auftragnehmer erstellte **Werk verändert** worden ist, **grundsätzlich nicht der Vorwurf abgeleitet** werden, der Auftraggeber habe **schuldhaft die Beweisführung** durch den Auftragnehmer **vereitelt**.“ (BGH aaO)

Etwas anderes kann aber gelten, wenn weitere Umstände hinzutreten. Dies ist hier der Fall. Die Bekl. hat es der Kl. nicht ermöglicht, sich an der Schadensfeststellung zu beteiligen, obwohl hierum gebeten worden war und die Bekl. diese Bitte nicht zurückgewiesen hatte.

„Zudem hat das BerGer. festgestellt, dass der Bekl. bekannt war, dass die Schuldnerin sich des **Umfangs der erforderlichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen** und damit auch der Notwendigkeit weiterer Feststellungen **nicht bewusst** war, und es die Bekl. dennoch **unterlassen hat**, der Kl. ihre **weitergehenden Erkenntnisse** mitzuteilen, nach denen die gesamte Ebene 4 abgefräst und eine Kratzspachtelung aufgebracht werden musste. Schließlich hat das BerGer. darauf hingewiesen, dass der **Umfang der Mängel erst im Zuge der Mängelbeseitigungsmaßnahmen sichtbar** werden konnte. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das BerGer. unter Berücksichtigung der **bauvertraglichen Kooperationspflichten** die Bekl. unter den gegebenen Umständen als verpflichtet angesehen hat, nach dem ersten Fräsen Maßnahmen zu ergreifen, um der Schuldnerin den Beweis zu ermöglichen, dass der Mangel ihres Werks sich auf die Oberfläche der Ebene 4 beschränkte.“ (BGH aaO)

Vor diesem Hintergrund war eine Beweisvereitelung anzunehmen, die hier zu einer vollständigen Umkehr der Beweislast führt

„Der BGH entscheidet in st. Rspr., dass eine Beweisvereitelung **Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast** zur Folge haben kann. Dabei obliegt es tatrichterlicher Wertung, ob der jeweilige Sachverhalt eine vollständige Umkehr der Beweislast oder lediglich Beweiserleichterungen rechtfertigt (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1051 [1052]; NJW 2004, 222; BeckRS 2000, 30146174; Urteil v. 11.03.1993 - III ZR 182/91). Insoweit sind alle Umstände des Einzelfalls im Rahmen des § 286 ZPO zu würdigen (BGH NJW 2008, 982), da nur so angemessene Ergebnisse erzielt werden können. Dass die **Verletzung der Kooperationspflicht** zu einer Beweislastumkehr führen kann, hat der Senat bereits für den Fall entschieden, dass der Auftraggeber einem Termin zum gemeinsamen Aufmaß unberechtigt fernbleibt. Es ist gerechtfertigt, den Auftraggeber einen derartigen Rechtsnachteil auch erleiden zu lassen, wenn er seine Kooperationspflicht dadurch verletzt, dass er dem Auftragnehmer **weder eigene Feststellungen zu den behaupteten Mängeln ermöglicht noch eine Dokumentation erstellt**, anhand derer das Vorliegen der angeblichen Mängel überprüft werden kann. Dass das BerGer. auf Grund der von ihm getroffenen Feststellungen, insbesondere der fehlenden hinreichenden Dokumentation des nach dem ersten Fräsgang vorgefundenen Zustands des Parkdecks, den Beweis der Mangelhaftigkeit der Betonierungsarbeiten in den tieferen Schichten nicht als bewiesen angesehen hat, ist nicht zu beanstanden.“ (BGH aaO)

Der Bekl. oblag daher die Beweislast für das Vorliegen der Mängel. Diesen Beweis konnte sie nicht erbringen, so dass davon auszugehen war, dass ihr keine Gewährleistungsansprüche zustehen und daher auch kein aufrechenbarer Gegenanspruch bestand, sondern der Anspruch der Kl. Aus § 631 I BGB unverändert fortbestand.

StPO

§§ 246 I, 244 III

Verfahrensverschleppung zulässige Fristsetzung für Beweisanträge

StPO

(BGH in StV 2009, 64; Beschluss vom 23.09.2008 - 1 StR 484/08)

1. Aus dem Recht und der Pflicht des **Vorsitzenden Richters** zur Sachleitung des Verfahrens folgt die **Befugnis**, den Verfahrensbeteiligten eine **Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen**. § 246 I StPO steht dem nicht entgegen.
2. Wird **nach der gesetzten Frist ein Beweisantrag gestellt**, kann dies ein **Indiz für** die innere Tatsache der **Verschleppungsabsicht** darstellen, wenn der Antragsteller die Gründe für die verspätete Antragstellung nicht nachvollziehbar und substantiiert darlegen kann und auch die **Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO** nicht zur Beweiserhebung drängt.

Fall: Am 10. Hauptverhandlungstag wurde seitens des Vorsitzenden der Strafkammer angeordnet, dass „den Beteiligten ... zur Stellung von weiteren Beweisanträgen eine Frist bis zum 26.09.2007 gesetzt“ wird. Auf Antrag des Verteidigers des Angekl. wurde die Frist unmittelbar im Anschluss durch weitere Anordnung des Vorsitzenden bis zum 09.10.2007 verlängert. Sodann wurde den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Am darauf folgenden Verhandlungstag beantragte der Verteidiger, die Frist für weitere Beweisanträge aufzuheben, und einen diesbezüglichen Beschluss der Strafkammer. Nach Unterbrechung der Verhandlung bestätigte die Kammer die vom Vorsitzenden angeordnete Fristsetzung. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass es „nach der neuen Rspr. des BGH vor allem in umfangreichen Verfahren zulässig und sinnvoll ist, solche Fristen zu setzen.“ Die gesetzte Frist erscheine zudem angemessen. Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung wurden auch nach dem 09.10.2007 gestellte Beweisanträge seitens des LG entgegengenommen, denen teilweise auch nachgegangen wurde. Im Rahmen seines Schlussvortrages am 27. Verhandlungstag stellte der Verteidiger dann verschiedene Hilfsbeweisanträge, die allesamt im Urteil wegen Prozessverschleppungsabsicht abgelehnt wurden.

Der Angekl. macht geltend, die Strafkammer habe die Hilfsbeweisanträge im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgewiesen, ohne zuvor darauf hingewiesen zu haben, dass Beweisanträge, die nach Ablauf der am 10. Hauptverhandlungstag gesetzten Frist gestellt werden, auch wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden können.

Dies ist indes nach der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden der Strafkammer, die in der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft mitgeteilt wird und der die Revision nicht entgegengetreten ist, nicht der Fall. Danach wurde vielmehr am 11. Hauptverhandlungstag nachdem der Gerichtsbeschluss verkündet worden war, der die Fristsetzung des Vorsitzenden bestätigte, mit den Verfahrensbeteiligten die Bedeutung der Fristsetzung erörtert. Seitens des Vorsitzenden wurde darauf hingewiesen, dass es als Indiz für eine Verschleppungsabsicht gewertet werden kann, wenn Beweisanträge erst nach Fristablauf gestellt werden, und dass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Zurückweisung der Beweisanträge wegen Prozessverschleppung in Betracht kommt. Dieses Verfahrensgeschehen mitzuteilen, das für die Beurteilung der Verfahrensrüge bedeutsam ist, versäumt die Revision.

Die erhobene Verfahrensrüge ist unbegründet, denn das erstinstanzliche Gericht hat die Hilfsbeweisanträge zu Recht wegen Prozessverschleppungsabsicht abgelehnt.

- I. Ein Verstoß gegen die Regelung des § 244 III StPO ist nicht gegeben, denn die beantragte Beweiserhebung hätte zu einer **wesentlichen Verzögerung des Verfahrens** geführt, weil für die Vernehmung des nicht am Gerichtsort wohnenden Zeugen aufgrund der eingeschränkten Verhandlungsfähigkeit des Angekl. eine Durchführung der Beweisaufnahme am Tag der Antragstellung nicht mehr möglich war, ein weiterer Hauptverhandlungstag hätte anberaumt werden müssen.

„Hierbei konnte das Landgericht - neben anderen Gesichtspunkten - auch berücksichtigen, dass aufgrund der eingeschränkten Verhandlungsfähigkeit des Angekl. eine - zudem auch aus anderen Gründen nicht ohne weiteres durchführbare - unmittelbare Beweisaufnahme am Tage der Antragstellung nicht möglich war. Es zog insoweit bei seiner Bewertung der Wesentlichkeit der Verzögerung lediglich eine Verfahrenstatsache heran, von der abzuweichen ohne weiteres kein Anlass bestand. Ein von der Revision in diesem Zusammenhang erkannter Zynismus ist nicht gegeben. Angesichts der Tatsache, dass seitens des Gerichts für den Tag der Antragstellung bereits im Anschluss an die Schlussvorträge die Urteilsberatung und -verkündung vorgesehen war, wäre - auch unter Berücksichtigung der sich aus dem Rubrum des Urteils ergebenden Folge der bisherigen Hauptverhandlungstermine (zuletzt einmal wöchentlich) - eine Verzögerung von mehreren Tagen eingetreten.“

*Da das Verfahren im Übrigen abschlussreif war und bereits seit Ende 2001 andauerte, war die Verzögerung, die demnach eingetreten wäre, auch wesentlich. Im Hinblick auf den **Beschleunigungsgrundsatz** sind, je*

länger ein Strafverfahren andauert, die Anforderungen an die Wesentlichkeit der Verfahrensverzögerung geringer. In solchen Fällen kann auch eine relativ geringfügige zeitliche Verzögerung wesentlich sein. Ob an der bisherigen Rechtsprechung weiter festzuhalten ist, wonach der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht nur Anwendung finden kann, wenn die Erhebung des beantragten Beweises das Verfahren wesentlich verzögern würde, braucht daher vorliegend - wengleich gute Gründe für die Aufgabe der diesbezüglichen Rspr. sprechen (vgl. BGHSt 51, 333; BGH StV 2008, 9, 10) - nicht entschieden zu werden.“ (BGH aaO)

1. Nachdem die Verfahrensbeteiligten im Anschluss an den Beschluss der Strafkammer, der die Frist für die Stellung von Beweisanträgen des Vorsitzenden bestätigte, darauf hingewiesen worden waren, dass nach Fristablauf gestellte Beweisanträge auch wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden können, war es auch zulässig, die Hilfsbeweisanträge darauf gestützt im Urteil abzulehnen.
2. Zwar ist dies nach der BGH-Rspr. regelmäßig nicht zulässig; die insoweit maßgeblichen Gesichtspunkte, die ein solches Vorgehen dem Grundsatz nach verbieten, sind vorliegend indes nicht gegeben.

a) In der Regel kann ein **Hilfsbeweisantrag im Urteil abgelehnt** werden.

„Mit der hilfsweisen Antragstellung im Schlussvortrag bringt der Antragsteller zum Ausdruck, dass er auf eine Bescheidung in der Hauptverhandlung nach § 244 VI StPO verzichtet und sich damit einverstanden zeigt, dass sein Antrag erst in den Urteilsgründen beschieden wird (vgl. KK-Fischer, 6. Aufl. § 244 Rn 92). Dies gilt indes nicht, wenn die Ablehnung des Beweisantrags auf Verschleppungsabsicht gestützt werden soll. Dann ist der Beweisantrag grundsätzlich wie ein unbedingt gestellter Antrag zu behandeln; er ist mit einem in der Hauptverhandlung verkündeten Beschluss zu bescheiden, um dem Antragsteller die Gelegenheit zu geben, den gegen ihn erhobenen Verschleppungsvorwurf zu entkräften (vgl. BGHSt 22, 124 f.; BGH NSTZ 1986, 372; StV 1990, 394; BGH NSTZ 1998, 207).“ (BGH aaO)

- b) Ist jedoch im Laufe des Verfahrens durch entsprechenden **Hinweis des Gerichts** klargestellt, dass es als Indiz für eine Verschleppungsabsicht gewertet werden kann, wenn Beweisanträge erst nach Ablauf einer zuvor gesetzten Frist gestellt werden, besteht kein Anlass, dem Antragsteller nochmals die Möglichkeit zur Verteidigung gegen den Verschleppungsvorwurf zu geben.

„Maßnahmen, mit denen er die Ablehnung des Beweisantrags unter diesem Gesichtspunkt hätte vermeiden können, wie z.B. die Ausübung des Selbstladerechts oder die Stellung anderweitiger, möglicherweise gar im Hinblick auf die Bescheidung des ersten Hilfsbeweisantrags bedingte Anträge, sind zumutbar und vom redlichen Antragsteller auch zu erwarten, wenn er aufgrund entsprechender Hinweise des Gerichts darum weiß, dass nach einem bestimmten Zeitpunkt die Möglichkeit der Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht erwogen wird. Zudem besteht für den Antragsteller in Kenntnis der konkreten prozessualen Situation ohne weiteres die Möglichkeit, die Beweisanträge unbedingt zu stellen. Dadurch wird weder die Verteidigung in unzulässiger Weise beschränkt, noch das Verfahren verzögert. Zudem würden die mit der Fristsetzung zur Antragstellung verfolgten Zwecke im Wesentlichen leer laufen, wenn in diesen Konstellationen der Grundsatz Anwendung fände, dass Hilfsbeweisanträge nicht im Urteil wegen Verschleppungsabsicht zurückgewiesen werden dürfen.“ (BGH aaO)

- II. Auch ein **Verstoß gegen § 246 I StPO** ist **nicht gegeben**, denn § 246 I StPO verbietet nicht die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht gemäß § 244 III StPO. Allein die verspätete Stellung eines Beweisantrags kann schon für das Vorliegen einer Verschleppungsabsicht sprechen (BGH NSTZ 1990, 350).

Einer **Fristsetzung**, die lediglich ein Indiz für die innere Tatsache der Verschleppungsabsicht sein kann und die zudem keine Ausschlussfrist ist, steht § 246 I StPO nicht entgegen. Vielmehr folgt eine diesbezügliche Befugnis aus dem **Recht und der Pflicht des Vorsitzenden zur Sachleitung des Verfahrens**, insbesondere der Hauptverhandlung.

1. Nach den **§§ 213 ff., § 238 I StPO** hat der Vorsitzende die Durchführung der Hauptverhandlung durch geeignete Maßnahmen vorzubereiten und deren Durchführung sicherzustellen. Dies gibt ihm - soweit der Verfahrensgang nicht durch § 243 StPO festgelegt ist - auch die Befugnis, den Gang der Beweisaufnahme, insbesondere auch die zeitliche Reihenfolge der einzelnen Beweiserhebungen, zu bestimmen (vgl. KK-Fischer, 6. Aufl. § 238 Rn 3).

Daraus folgt auch die **Befugnis**, durch eine Fristsetzung für eventuelle Beweisanträge die weitere **Gestaltung der Beweisaufnahme zu fördern**, wenn die vom Gericht

nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO) für geboten gehaltene Beweiserhebung abgeschlossen ist. Eine solche Vorgehensweise wird bei Verfahren, die bereits seit längerem andauern, insbesondere solchen mit einer Hauptverhandlung, die mindestens zehn Verhandlungstage umfasst (§ 229 II StPO), regelmäßig im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz, der einen Abschluss des Verfahrens in einem angemessenen zeitlichen Rahmen gebietet (Art. 6 I 1 EMRK), angezeigt sein, um eine hinreichend straffe Verhandlungsführung zu ermöglichen.

2. **§ 246 I StPO verbietet** demgegenüber lediglich aufgrund des im Strafprozess geltenden Prinzips materieller Wahrheit eine **Präklusion von Beweisvorbringen auf Grund Zeitablaufs** (KK-Fischer, 6. Aufl. § 246 Rn 1).

„Eine solche geht indes mit der Fristsetzung nicht einher: Werden Anträge nicht innerhalb der gesetzten Frist gestellt, sind für eine Verschleppungsabsicht des Antragstellers lediglich signifikante Indizien gegeben, wenn dieser die Gründe für die verspätete Antragstellung nicht nachvollziehbar und substantiiert darlegen kann und auch die Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO nicht zur Beweiserhebung drängt (BGHSt 51, 333).“ (BGH aaO)

3. Auch soweit § 246 I StPO ein Verbot enthalten sollte, den Verfahrensbeteiligten einen Zeitpunkt für die Stellung von Beweisanträgen vorzuschreiben (so - nicht tragend - BGH NStZ 1986, 371; BGH NStZ 1990, 350), würde gegen dieses Verbot durch die Fristsetzung nicht verstoßen. Denn den Verfahrensbeteiligten bleibt es - sei es aus prozesstaktischen oder aus anderen Gründen - weiter freigestellt, auch nach der gesetzten Frist Beweisanträge zu stellen. An der **Pflicht des Gerichts zur Entgegennahme und Verbescheidung der Beweisanträge** ändert sich nichts (BGHSt 51, 333).

VwGO Rechtsweg bei Feststellungsklage gegen Ratsbeschluss ProZR
§ 40 I Rechtsform im Außenverhältnis maßgeblich

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2008, 850; Beschluss vom 17.03.2008 - 13 OB 31/08)

1. **Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses**, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird
2. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die **Handlungsform der öffentlichen Hand eindeutig öffentlich-rechtlich** ist.
3. **Ratsbeschlüsse sind Akte der internen Willenbildung**. Es kommt daher nicht maßgeblich auf ihren öffentlich-rechtlichen Charakter an, sondern darauf, in welcher Rechtsform diese Beschlüsse nach Außen umgesetzt werden.

A. Grundlagenwissen: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 VwGO

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist eröffnet, wenn keine aufdrängende Sonderzuweisung vorliegt, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist und der Streit nicht durch eine abdrängende Sonderzuweisung einer anderen Gerichtsbarkeit zugewiesen ist.

I. aufdrängende Sonderzuweisung

Eine aufdrängende Sonderzuweisung liegt vor, wenn eine Streitigkeit unabhängig von ihrer Rechtsnatur durch eine gesetzliche Regelung der Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte unterliegt. Auf die Prüfung des Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art kommt es dann nicht an, so dass diese zu unterbleiben hat.

Beispiele für aufdrängende Sonderzuweisungen sind:

- für Klagen aus öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (**§ 126 I BRRG** für Beamte, **§ 82 SG** für Soldaten, **§ 32 WPflG** für Wehrpflichtige, **§ 78 ZDG** für Zivildienstleistende, **§ 46 DRiG** für Richter)
- Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle, §§ 8 IV, 12 HwO
- **Entschädigungen nach dem Tierseuchengesetz**, § 72b TierSG
- Anordnung der Zwangshaft in der Verwaltungsvollstreckung, § 16 I 1 VwVG

II. öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

1. öffentlich rechtliche Streitigkeit

Die Einordnung einer Streitigkeit richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt danach vor, wenn das Klagebegehren nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften sind dann dem öffentlichen Recht zuzurechnen, wenn sie sich nicht an jedermann richten, sondern **vorrangig einem Träger öffentlicher Gewalt für die Ausübung seiner Pflichten zugeordnet** sind (sog. modifizierte Subjektstheorie). Es ist daher zunächst festzustellen, worum es in dem Rechtsstreit geht und nach welchen Normen sich diese Fragen beurteilen, damit dann eine Einordnung vorgenommen werden kann.

Nur wenn die modifizierte Subjektstheorie nicht greift, kann hilfsweise die **Subordinationstheorie** herangezogen werden, nachdem ein Verhältnis öffentlich-rechtlich ist, wenn über und Behörde sich in einem Über-

Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen, der Staat also Hoheitsmacht gegenüber dem Bürger ausübt.

Schließlich gibt es zahlreiche Fälle, in denen nach sonstigen Kriterien eine Abgrenzung vorzunehmen ist.

- **Subventionsverhältnis**

- **Einstufige Subventionsgewährung:**

Es erfolgen nur der Rechtsakt der Bewilligung und der Realakt der Auskehrung (z.B. verlorener Zuschuss). Der Rechtsakt ist immer öffentlich-rechtlich-

- **Zweistufige Subventionsgewährung (Zweistufentheorie)**

Die Entscheidung über die Gewährung der Subvention ist immer öffentlich-rechtlich (1. Stufe: „Ob“). Die Durchführung der Subventionierung (2. Stufe: „Wie“) ist nicht zwingend, aber regelmäßig zivilrechtlich ausgestaltet (z.B. Darlehensvertrag, Bürgschaft, Kaufvertrag).

- **ehrverletzende/geschäftsschädigende Äußerungen**

Es kommt auf den **Funktionszusammenhang** an, in welchem diese getätigt wurden.

- **Teilnahme der öffentlichen Hand am Straßenverkehr**

Es kommt nach h.M. auf den **Sachzusammenhang** der Fahrt und deren Zielsetzung an.

- **Erstattungsanspruch**

Bei Ansprüchen auf Erstattung von Zahlungen kommt es nach der Kehrsseitentheorie darauf an, ob die Leistungsgewährung öffentlich-rechtlich erfolgt ist.

- **Benutzungsverhältnis (Zweistufentheorie)**

Geht um die Zulassung zur Benutzung einer öffentlichen Einrichtung (1. Stufe: „Ob“), so ist dies stets öffentlich-rechtlich. Bei der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses (2. Stufe: „Wie“) ist hingegen zu differenzieren, ob die Einrichtung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert ist.

2. nichtverfassungsrechtlicher Art

Nach der **Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit** ist eine Streitigkeit nur dann im Sinne des § 40 I 1 VwGO verfassungsrechtlich, wenn **Verfassungsorgane um Verfassungsrecht** streiten.

III. abdrängende Sonderzuweisung

Trotz Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art kann gleichwohl der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber den Rechtsstreit einem anderen Gericht zur Entscheidung zugewiesen hat.

Hierzu gehören zunächst die Zuweisungen an die Gerichte der besonderen „Verwaltungsgerichtsbarkeit“, also an das Sozialgericht (§ 51 SGG) und das Finanzgericht (§ 33 FGO). Weitere relevante abdrängende Sonderzuweisungen sind: § 23 EGGVG für Justizverwaltungsakte und Art. 14 III 4 GG für die Enteignungsschädigung.

Von besonderer Bedeutung sind jedoch die Zuweisungen an die ordentlichen Gerichte, die insbesondere in § 40 II 1 VwGO verankert sind.

Danach sind die ordentlichen Gerichte zuständig für

- Ansprüche aus **Aufopferung**
- Ansprüche aus **öffentlich-rechtlicher Verwahrung**
- Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten (insbesondere **Amtshaftungsansprüche** nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB und **Sekundäransprüche aus öffentlich-rechtlichem Schuldverhältnis** (str., soweit nicht Verwahrung))

B. Rechtsweg bei Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Ratsbeschlusses (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2008, 850)

Fall: Die Kirchengemeinde G in der Stadt B will K ein Grundstück veräußern. Der Rat der Stadt B in Niedersachsen hat beschlossen, dass die Kirchengemeinde K in dem Vertrag zur Errichtung einer Zisterne verpflichtet soll. Infolge dieses Ratsbeschlusses nimmt G einen entsprechenden Passus in den Kaufvertrag auf. Der Vertrag wird entsprechend zwischen G und K abgeschlossen. K ist jedoch letztlich nicht bereit, die Zisterne zu errichten und erhebt Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ratsbeschlusses vor dem örtlich zuständigen VG Osnabrück erhoben. Die Stadt B hingegen hat die Eröffnung der Verwaltungsrechtsweg gerügt. Der VG Osnabrück hat mit einem Beschluss nach § 17a III GVG den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet erklärt. Hiergegen ist die Stadt B mit einer sofortigen Beschwerde beim OVG Lüneburg vorgegangen.

I. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen Beschluss nach § 17a III GVG

Nach § 17 a IV 2 GVG kann ein Beschluss nach § 17a III GVG über die Eröffnung des beschrittenen Rechtsweg mit der **sofortigen Beschwerde** nach der jeweiligen Verfahrensordnung angegriffen werden, hier also nach der VwGO. Die Beschwerde ist nach **§ 146 I VwGO** eröffnet gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters, die nicht Urteile oder Gerichtsbescheide sind und ist beim OVG einzulegen. Sie ist also der statthafte Rechtsbehelf gegen einen Beschluss nach § 17a III GVG.

Die Stadt B ist auch beschwert, da die Entscheidung des VG Osnabrück über den Rechtsweg **für alle Gerichte nach § 17a I GVG bindend** ist, so dass bei Nichtanfechtung des Beschlusses die fehlende Eröffnung des Rechtswegs bei einer Entscheidung über die Feststellungsklage nicht mehr gerügt werden könnte.

II. Begründetheit der sofortigen Beschwerde

Die sofortige Beschwerde ist begründet, wenn der Verwaltungsrechtsweg entgegen der Rechtsauffassung des VG Osnabrück nicht eröffnet ist.

Es kommt daher maßgeblich darauf an, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. des § 40 I 1 VwGO vorliegt.

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (vgl. etwa BVerwG NVwZ 2007, 820). Maßgeblich ist daher, ob der dem **Klagebegehren** zu Grunde liegende Sachverhalt nach öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vorschriften zu beurteilen ist. Ist die **streitentscheidende Norm** dem öffentlichen Recht zuzuordnen, liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor

1. Eindeutige öffentlich-rechtliche Handlungsform

Von Bedeutung kann auch sein, ob es bei der Streitigkeit um eine **eindeutig öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Handlungsform** geht. Maßgeblich für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ist nämlich nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns; ist diese privatrechtlich, so ist es grundsätzlich auch

die betreffende Streitigkeit (vgl. BVerwG NVwZ 2007, 820). Handelt eine Behörde (unzutreffend) durch Verwaltungsakt, obwohl inhaltlich eine originär zivilrechtliche Rechtsbeziehung zu regeln ist, ist hingegen der Verwaltungsrechtsweg gegeben (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 40 Rn 6).

Eine öffentlich-rechtliche Handlungsform könnte deshalb vorliegen, weil der Aufnahme des Passus in den Vertrag durch die Kirchengemeinde ein **Ratsbeschluss** der Stadt B zugrunde liegt. Allerdings kommt es nicht allein auf diese nur der Willensbildung der Stadt B dienende **interne Handlungsform** an, sondern es ist maßgeblich, **auf welche Inhalte im Außenverhältnis** der angegriffene Ratsbeschluss abzielt.

„Bei der Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum bürgerlichen Recht auf Grund der von einer Behörde gewählten Handlungsform ist nämlich (allein) die Rechtsform des staatlichen Handelns im Außenverhältnis zum Bürger in den Blick zu nehmen.

*Dass jeder Handlungsform im Außenverhältnis zunächst ein **interner Willensbildungsakt** vorausgeht, kann hingegen nicht als maßgeblich angesehen werden. Wäre dies richtig, könnte eine Streitigkeit allein deshalb zu einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit werden, wenn anstelle des Rechtsakts im Außenverhältnis die vorangegangene interne Willensbildung - bei einer Gemeinde also der Beschluss des Rates oder des Verwaltungsausschusses bzw. die Entscheidung des Bürgermeisters - angegriffen würde.*

*Ein solches Klagebegehren wäre auch zur Erreichung des Rechtsschutzziels nicht sachgerecht. Ebenso wenig, wie ein Bürger den Erlass oder die Aufhebung eines Ratsbeschlusses mit einer verwaltungsgerichtlichen Klage verfolgen kann, wenn dieser Ratsbeschluss keine Außenrechtsbeziehung begründet, sondern sich lediglich als **Akt der internen Willensbildung** der Kommune darstellt, kann in einer solchen Situation mit Erfolg die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Ratsbeschlusses verlangt werden.“ (OVG Lüneburg aaO)*

Bei dem vorliegenden Antrag, mit dem die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Beschlusses des Rates der Stadt B begehrt wird, ist daher **keine öffentlich-rechtlichen Handlungsform** der Stadt B gegeben, aus der unmittelbar der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit folgen würde.

2. Öffentlich-rechtliche Umsetzung des Ratsbeschlusses

Es ist daher maßgeblich, welche Rechtsnatur die Streitigkeit bei der **Umsetzung** des Ratsbeschlusses im Außenverhältnis hat.

*„Die Umsetzung des angegriffenen Ratsbeschlusses ist hier indessen nicht durch öffentlich-rechtliches Handeln erfolgt, sondern dadurch, dass in einen **zivilrechtlichen Grundstückskaufvertrag** eine bestimmte Vertragsmodalität aufgenommen wurde. Der Kaufvertrag ... mit der Forderung der Errichtung einer Zisterne eine **Modalität**, die den **Vertrag nach seinem Vertragsgegenstand nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag macht**. Diese Forderung könnte nämlich mit Mitteln des öffentlichen Rechts ersichtlich nicht verlangt werden. **Unzutreffend** ist daher die Sichtweise des K, dass in den **Verträgen eine öffentlich-rechtliche Beschlusslage zwangsweise durchgesetzt** wurde. Daran ändert auch nichts, dass es möglicherweise nicht zu einem Vertragsschluss mit der Kirchengemeinde gekommen wäre, wenn sich K nicht auf die vertragliche Festlegung zum Bau einer Regenwassersammelanlage eingelassen hätte.*

*Auch ansonsten gibt es nach Auffassung des Senats keine Gesichtspunkte, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Vereinbarung zur Folge haben könnten. Ein öffentlich-rechtlicher Charakter folgt insbesondere nicht aus dem Umstand, dass die Stadt B mit dem Ratsbeschluss (den die Kirchengemeinde übernommen hat) offensichtlich **umweltpolitische Belange** verfolgt. Auch dies macht den Grundstückskaufvertrag bzw. die Vereinbarung über den Zisternenbau noch nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

VwVfG
§ 43 II

**Erledigung eines Verwaltungsaktes
nicht bei Vollstreckung durch Ersatzvornahme**

VwR/AT

(BVerwG in NVwZ 2009, 122, Urteil vom 25. 9. 2008 - 7 C 5/08)

1. Das **Gericht** ist bei einer Klage gegen einen Bescheid, mit welchem die Kosten der Ersatzvornahme geltend gemacht wurden, **nicht ohne weiteres gehalten**, auch die **Rechtmäßigkeit der Grundverfügung zu prüfen**, wenn diese nicht mit angefochten wurde.
2. **Voraussetzung für die Verwaltungsvollstreckung ist nur die Wirksamkeit**, nicht die Rechtmäßigkeit **der Grundverfügung**.
3. Die **Vollstreckung eines Verwaltungsaktes durch Ersatzvornahme führt nicht zu dessen Erledigung**, weil von dem Grundverwaltungsakt weiterhin Rechtswirungen für das Vollstreckungsverfahren ausgehen. Auch die irreversible Vollstreckung steht gegen den Kostenerstattungsbescheid unbeachtlich.

Fall: Der Kl. ist Eigentümer eines in St. gelegenen, bebauten Grundstücks, auf dem von drei verschiedenen Pächtern im Zeitraum von 1972 bis 1981 eine chemische Reinigung betrieben worden ist. Der erste Pächter wurde nach 1972 vom Landratsamt B. (Landratsamt) wiederholt aufgefordert, wegen der geänderten Nutzung Planunterlagen zur Durchführung eines Baugenehmigungsverfahrens vorzulegen. Erst im Dezember 1977 wurde diesem Pächter - nach zwischenzeitlicher Festsetzung von Zwangsgeldern - die bauaufsichtliche Genehmigung für die Nutzungsänderung im Erdgeschoss des Anwesens erteilt. Im Zuge der Erhebung atlastenverdächtiger Flächen wurde das Grundstück des Kl. als potenzielle Verdachtsfläche eingestuft. Die im Sommer 2002 vorgenommenen Untersuchungen bestätigten erhöhte Schadstoffkonzentrationen in der Bodenluft.

Mit für sofort vollziehbar erklärtem Bescheid vom 14.03.2003 gab das Landratsamt dem Kl. unter gleichzeitiger Androhung der Ersatzvornahme die Durchführung verschiedener Erkundungsmaßnahmen auf. Gegen diesen Bescheid ließ der Kl. Widerspruch erheben. In der Folgezeit kam er der Ordnungsverfügung im Wesentlichen nach; lediglich die Niederbringung einer Grundwassermessstelle verweigerte er. Das Landratsamt richtete die Grundwassermessstelle sodann im März 2004 im Wege der Ersatzvornahme mit einem Kostenaufwand von 7.722,53 Euro ein.

Der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums S. vom 14.05.2004 stellte die Erledigung des Widerspruchs fest, soweit die geforderten Erkundungsmaßnahmen vom Kl. durchgeführt worden sind. Der Kl. nahm daraufhin den Widerspruch auch im Übrigen zurück, weil sich durch die Niederbringung der Grundwassermessstelle und die Durchführung diesbezüglicher Maßnahmen der Widerspruch auch insoweit erledigt habe. Gegen die Übernahme der Kosten der Ersatzvornahme verwarhte sich der Kl. Das Landratsamt forderte vom Kl. mit Bescheid vom 22.09.2004 die Kosten der Ersatzvornahme. Hiergegen klagt Kl. nach erfolglos durchgeführtem Vorverfahren. Ist die Klage begründet?

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der Kostenbescheid rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Geltendmachung der Kosten der Ersatzvornahme sind die maßgeblichen landesrechtlichen Normen.

vgl. § 31 VwVG BW i.V.m. Kostenverordnung; Art. 41 VwZVG Bay. i.V.m. Kostengesetz; § 5a VwVfG Bln i.V.m. § 19 VwVG i.V.m. AO; § 37 VwVG Bbg. i.V.m. Kostenordnung; § 1 I, § 5a GVG HB i.V.m. Kostenverordnung; §§ 76, 77 VwVG HH i.V.m. Verwaltungskostenordnung; § 80 VwVG Hess i.V.m. Verwaltungskostenordnung; § 110 VwVG i.V.m. § 114 SOG MV i.V.m. Kostengesetz; § 77 VwVG NW i.V.m. Kostenordnung; § 73 VwVG Nds i.V.m. Kostenverordnung; § 83 VwVG RhLPf i.V.m. Kostenordnung; §§ 77, 78 VwVG Saarl. i.V.m. Kostenordnung; § 24 III VwVG Sachs.; § 74 VwVG LSA i.V.m. Kostengesetz; §§ 249, 322 II VwG SH i.V.m. Kostenverordnung; § 56 VwZVG Thür. i.V.m. Kostenordnung.

II. formelle Rechtmäßigkeit

Vom Handeln der zuständigen Behörde in der notwendigen Form unter Beachtung der Verfahrensvorgaben ist auszugehen.

III. materielle Rechtmäßigkeit

Der Kostenbescheid ist materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen für die Vollstreckung des Bescheides, mit welchem der Kl. zur Niederbringung der Grundwas-

sermesssstelle vorlagen, die Ersatzvornahme ein zulässiges Zwangsmittel war, das Vollstreckungsverfahren eingehalten wurde und die Maßnahme ermessengerecht war.

Zunächst handelt es sich ohne weiteres um einen Verwaltungsakt, der auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist. Ein solcher darf jedoch nur vollstreckt werden, wenn er bestandskräftig oder sofort vollziehbar ist. Im Zeitpunkt der Ersatzvornahme lief das Widerspruchsverfahren gegen zu vollstreckenden Bescheid noch, so dass keinesfalls Bestandskraft eingetreten war, allerdings war die sofortige Vollziehung des Bescheides angeordnet worden, so dass aus diesem Grund die Voraussetzungen für die Einleitung des Verwaltungszwangsverfahrens vorlagen.

1. Prüfung der Rechtmäßigkeit der Grundverfügung

Allerdings ist fraglich, ob das Gericht nunmehr auch inzident die Rechtmäßigkeit des vollstreckten Bescheides prüfen muss.

*„Der VGH ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Rechtmäßigkeit der ordnungsbehördlichen Grundverfügung nicht Gegenstand des Anfechtungsverfahrens gegen den Kostenstatungsbescheid ist. Nach dem Verwaltungsvollstreckungsrecht des Bundes (§ 6 I VwVG), und der Länder (vgl. hier §§ 2, 18 BadWürttVwVG) kann ein Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er **unanfechtbar** geworden ist oder sein **sofortiger Vollzug** angeordnet bzw. dem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist. Dem entspricht, dass **unabdingbare Grundlage einer rechtmäßigen Verwaltungsvollstreckung allein die Wirksamkeit**, nicht aber die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung ist (st. Rspr., BVerfG, NVwZ 1999, 290 = NJW 1999, 1325 L; BVerfGE 98, 134 = NJW 1999, 413; BVerwG, Buchholz 345 § 10 VwVG Nr. 4 = NJW 1984, 2591 = NVwZ 1984, 793).“ (BVerwG aaO)*

2. Prüfung der Wirksamkeit der Grundverfügung

Die Grundverfügung muss demnach wirksam sein. Ein Verwaltungsakt wird nach § 43 I 1 VwVfG gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird. Nach § 43 II **bleibt er wirksam, solange und soweit er nicht** zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise **erledigt ist**. Fraglich ist, ob hier durch die Vollstreckung der Grundverfügung eine Erledigung eingetreten ist.

*„Allein der Vollzug eines Handlungspflichten auferlegenden Verwaltungsaktes muss nicht bereits zu dessen Erledigung führen und zwar auch dann nicht, wenn hiermit irreversible Tatsachen geschaffen werden. Die **Erledigung** eines Verwaltungsaktes **tritt vielmehr erst ein, wenn dieser nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu erzeugen oder wenn die Steuerungsfunktion, die ihm ursprünglich innewohnte, nachträglich entfallen ist** (BVerwG, Buchholz 316 § 43 VwVfG Nr. 11; BVerwG, Buchholz 316 § 43 VwVfG Nr. 10 = NVwZ 1998, 729). Daran gemessen hatte sich die Ordnungsverfügung vom 14.03.2003 bei Rücknahme des Widerspruchs noch nicht erledigt. Vielmehr gehen von einem Verwaltungsakt, mit dem Handlungspflichten auferlegt werden, die im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt wurden, auch weiterhin rechtliche Wirkungen für das Vollstreckungsverfahren aus. Denn der Grundverwaltungsakt bildet zugleich die Grundlage für den Kostenbescheid. Diese Titelfunktion des Grundverwaltungsakts dauert an.“ (BVerwG aaO)*

3. Anfechtungsklage auch gegen den Grundverwaltungsakte

Das Gericht hat daher bei einem Streit um einen Kostenbescheid die Rechtmäßigkeit des vollstreckten Verwaltungsaktes nur dann zu prüfen, wenn dieser auch noch angefochten ist. Eine Auslegung des Klagebegehrens nach § 88 VwGO dahingehend, dass auch die Grundverfügung angefochten sein soll, kommt nicht in Betracht, da eine solche Klage mangels Durchführung des nach § 68 I VwGO erforderlichen Vorverfahrens offensichtlich unzulässig wäre. Der Kläger hat sich die Klärung seiner Einwendungen gegen die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung durch die Rücknahme seines Widerspruchs abgeschnitten. Hieran ändert es auch nichts, dass die Rücknahme in Verkennung der Rechtslage wegen fehlerhafter Annahme einer Erledigung erfolgt ist.

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**
§§ 518, 524 **Berufungsbegründungsfrist**
Urteilsergänzung nach Ablauf der Berufungsfrist
(BGH in NJW 2009, 442; Beschluss vom 30.10.2008 - III ZB 41/08)

Erght ein **Ergänzungsurteil nach Ablauf der Berufungsfrist**, aber noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist gegen das ursprüngliche Urteil, so bleibt für den Lauf der Berufungsbegründungsfrist die **Zustellung des Ursprungsurteils maßgeblich**. Das Ergänzungsurteil wirkt sich in einem solchen Fall auf den Lauf der Begründungsfrist nicht aus.

*„Mit der Zustellung eines Urteils wird sowohl die einmonatige **Berufungs- als auch** die zweimonatige **Berufungsbegründungsfrist** in Lauf gesetzt. Daran änderte das **Hinzutreten des Ergänzungsurteils nichts**. Dieses Urteil ist nämlich nach Ablauf der Berufungsfrist ergangen. Dementsprechend findet die Regelung des § 518 ZPO, wonach mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist - und damit zugleich der Berufungsbegründungsfrist - auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem beginnt, keine Anwendung. Diese Regelung gilt nämlich nur, wenn das Ergänzungsurteil nach § 321 ZPO vor Ablauf der Frist für die Berufung gegen das ursprüngliche Urteil erlassen wird.*

*Eine **erweiternde Auslegung oder eine analoge Anwendung** dieser Bestimmung auf den Fall, dass die Ergänzung zwar nach Ablauf der Berufungsfrist, aber noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist getroffen worden ist, **ist nicht möglich**: § 518 ZPO ist aus dem früheren Rechtsmittelrecht (damals: § 517 ZPO) inhaltsgleich übernommen worden. Nach früherem Recht wirkte sich der mögliche Neubeginn der Berufungsfrist auch auf die Berufungsbegründungsfrist aus, da diese von der Einlegung der Berufung abhing. Dies ist nach neuem Verfahrensrecht nicht mehr der Fall, da nunmehr sowohl für die Berufungsfrist als auch für die Berufungsbegründungsfrist die Zustellung des Urteils der maßgebliche Stichzeitpunkt ist. Eine planwidrige Regelungslücke, die für den hier in Rede stehenden Fall einer noch nicht abgelaufenen Berufungsbegründungsfrist eine erneute Inangasetzung derselben gebieten würde, besteht gleichwohl nicht. Die gesetzliche Regelung ist eindeutig und nicht misszuverstehen. Auch unter Berücksichtigung von **Sinn und Zweck des § 518 S. 1 ZPO** besteht kein Grund, sich über den **klaren Gesetzeswortlaut** hinwegzusetzen. Durch § 518 S. 1 ZPO soll den Parteien Gelegenheit gegeben werden, die Entscheidung darüber, ob gegen das später ergänzte Urteil ein Rechtsmittel eingelegt werden soll, neu zu treffen (vgl. Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 518 Rn 1; MüKo-ZPO/Rimmelpacher, 3. Aufl., § 518 Rn 1). Dieser Gelegenheit bedarf es nicht, wenn bei Verkündung des Ergänzungsurteils entweder die Berufungsfrist bereits ungenutzt verstrichen ist und damit das Ursprungsurteil rechtskräftig geworden ist oder wenn - wie hier - das Rechtsmittel bereits eingelegt war. Im letzteren Fall kann das Ergänzungsurteil allenfalls dazu führen, dass der Rechtsmittelführer nun darüber nachdenkt, ob das bereits eingelegte Rechtsmittel gegen das Ursprungsurteil in vollem Umfang durchgeführt werden soll.*

Dies allein rechtfertigt es jedoch nicht, die Berufungs- und die Berufungsbegründungsfrist neu laufen zu lassen, zumal etwaige zeitliche Engpässe bei der Prüfung der Frage, inwieweit das Ergänzungsurteil Einfluss auf die Berufungsangriffe gegen das Ursprungsurteil hat, dadurch abgemildert werden, dass bei der Berufungsbegründungsfrist im Gegensatz zur Berufungsfrist selbst die Möglichkeit einer Fristverlängerung besteht (§ 520 II ZPO). Es hat daher für den Fall, dass das Ergänzungsurteil nach Ablauf der Berufungsfrist erght, dabei zu verbleiben, dass die ursprüngliche zweimonatige Begründungsfrist unverändert und unbeeinflusst abläuft.“ (BGH aaO).

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO **ZPO**
§§ 321, 522 **Berufungszurückweisungsbeschluss**
Unanfechtbarkeit
(BGH in NJW-RR 2009, 209; Beschluss vom 28.10.2008 - V ZB 109/08)

Die nach § 321 ZPO erfolgte **Ergänzung einer Zurückweisung der Berufung durch Beschluss** nach § 522 II ZPO ist ebenso wie die Ausgangsentscheidung selbst **nicht anfechtbar**. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Berufungsgericht ändert daran nichts.

*„Gegen einen Beschluss analog § 321 ZPO zur Ergänzung einer Entscheidung nach § 522 II ZPO ist die **Rechtsbeschwerde nicht statthaft**.*

Das ergibt sich daraus, dass der Beschluss, mit dem das BerGer. eine Berufung nach § 522 II ZPO zurückweist, selbst nach § 522 III ZPO nicht anfechtbar ist. Ist aber schon die Ausgangsentscheidung unanfechtbar, kann gegen einen Beschluss, der diese Entscheidung lediglich ergänzt oder abrundet, ein Rechtsmittel nicht zulässig sein. Das ist für einen Beschluss entschieden, mit dem eine Anhörungsrüge gegen eine Zurückweisung der Berufung nach § 522 II ZPO zurückgewiesen worden ist (BGH NJW 2005, 73).

*Für einen Ergänzungsbeschluss analog § 321 ZPO gilt nichts anderes: Mit einem solchen Ergänzungsbeschluss wird darüber entschieden, ob in dem unanfechtbaren Ausgangsbeschluss ein Haupt- oder Nebenanspruch oder der Kostenpunkt ganz oder teilweise übergangen worden und der Ausgangsbeschluss zu ergänzen ist. Das kann nicht zu einer Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeiten führen. Denn ohne das Versäumnis wäre die Ergänzung nicht erforderlich, die Entscheidung aber nach § 522 III ZPO unanfechtbar. Dass es bei einem Übergehen der Kosten des Streithelfers in dem Ergänzungsbeschluss um dessen „eigene Belange und Befugnisse“ geht, ändert daran entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nichts. Eine Ergänzung des Ausgangsbeschlusses um eine Entscheidung über die Kosten des Streithelfers kommt nur in Betracht, wenn dieser bei ordnungsgemäßem Vorgehen eine Entscheidung darüber hätte enthalten müssen. Sie gehört jedenfalls auch inhaltlich zu dem **Prozessstoff**, über den das BerGer. im Fall des § 522 II ZPO zu entscheiden hat.“ (BGH aaO)*

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 167**Kostenvorschuss**
rechtzeitige Zahlung zur Wahrung der „Demnächst“-Zustellung

ZPO

(LG Nürnberg-Fürth in NJW 2009, 374; Beschluss vom 01.10.2008 – 14 S 4986/08)

Der Beschlussanfechtungskläger nach WEG verletzt regelmäßig seine **prozessualen Mitwirkungsobliegenheiten**, wenn er den **Kostenvorschuss** nach Anforderung des Gerichts nicht **innen 14 Tagen einzahlt**. Die **verspätete Kostenvorschusseinzahlung steht einer** die - materielle - Ausschlussfrist des § 46 I 2 WEG 2007 währenden „**demnächst“-Zustellung i.S. des § 167 ZPO entgegnen**.

- I. Als „demnächst“ gilt die Zustellung, wenn die Kl. alles in ihrer Macht stehende getan hat, um die Zustellung an den Gegner zu bewirken (vgl. Zöller/Greger, ZPO, § 167 Rn 10).
- II. Es besteht **keine Pflicht des Gerichts**, die **Klage ohne Prozesskostenvorschuss zuzustellen**.

„Die Bezugnahme der Kl. auf eine „bisher herrschende Meinung“, die nach dem alten Wohnungseigentumsrecht dies vorsah, ist vorliegend unbehelflich. Dem Vorschlag von Elzer (in: Hügel/ders., WohnungseigentumsR, § 13 Rn 178), diese Rspr. auch auf das neue Wohnungseigentumsrecht anzuwenden, kann nicht gefolgt werden. Denn die Rechtslage ist nicht vergleichbar:

*Vor Änderung des WEG zum 01.07.2007 richtete sich das Verfahren in Wohnungseigentumssachen nach dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Dort herrschte das **Amtsermittlungsprinzip**. Ausgehend von diesem, konnte das Gericht nach Anhängigkeit eines Verfahrens sein Tätigwerden nicht von Mitwirkungspflichten des Antragstellers abhängig machen. Dies hat sich aber durch das seit 01.07.2007 geltende WEG geändert.*

*Das **neue Verfahren** wurde bewusst **den Regeln der ZPO und des GKG unterstellt**. Es sollte zu einer „**effizienteren und stringenteren Verfahrensführung**“ (vgl. BT-Dr 16/887, S. 12 = NZM 2006, 401) kommen. Die Parteien sollten „ihrer Pflicht zur Verfahrensförderung“ (vgl. BT-Dr 16/887, S. 13 = NZM 2006, 401) nachkommen. Wie in jedem anderen Zivilprozess sollte das Gericht Sanktionen ergreifen können, wenn diese Pflichten verletzt würden (vgl. BT-Dr 16/887, S. 12 = NZM 2006, 401). Daraus ergibt sich für die Kammer, dass wie bei jedem anderen Zivilprozess auch in Wohnungseigentumssachen die Kl. die Gerichtskosten gem. § 12 I GKG einzuzahlen hat, bevor das Gericht die Zustellung veranlasst.*

*Dass das Gericht auch andere Verfahrensweisen wählen könnte und nicht zwingend an § 12 GKG gebunden ist, ändert nichts daran, dass es **grundsätzlich Aufgabe der Kl.** ist, die **Voraussetzung für die Zustellung der Klage zu schaffen**, wenn sie durch das Gericht zur Einzahlung des Prozesskostenvorschusses aufgefordert wird (vgl. Jennißen, WEG, § 46 Rn 83). Zwar kann sie diese Aufforderung abwarten (vgl. Zöller/Greger, § 167 Rn 15). Dann aber muss sie ihren Mitwirkungsobliegenheiten nachkommen.*

Diese Obliegenheit zur rechtzeitigen Einzahlung des Prozesskostenvorschusses wurde vorliegend verletzt: Nach Anforderung desselben war die Kl. gehalten, binnen 14 Tagen den Vorschuss einzuzahlen. Diese Frist erscheint ausreichend und angemessen, um der Kl. die Möglichkeit zu geben, zum einen das Kostenrisiko noch einmal zu überdenken und ggf. das Geld zu beschaffen (vgl. Jennißen, § 46 Rn 83; Zöller/Greger, § 167 Rn 11, 15; BGH NJW 2004, 3775).“ (LG Nürnberg-Fürth aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 101 VII**Postbeschlagnahme**
Zuständigkeit für nachträglichen Rechtsschutz
(BGH in MMR 2008, 811; Beschluss vom 17.07.2008 - I ZR 219/05)

StPO

Für das Begehren **nachträglichen Rechtsschutzes gegen die Postbeschlagnahme** ist in den Fällen, in denen bereits Anklage erhoben wurde, die **ausschließliche Zuständigkeit des nunmehr mit der Sache befassten erkennenden Gerichts** gegeben; dies kann zu einem Zuständigkeitswechsel führen, wenn schon vor Anklageerhebung ein Antrag nach § 101 VII 2 StPO gestellt worden ist.

*„Nach der - insoweit **eindeutigen - Gesetzesbegründung** (BT-Dr 16/5846, S. 63) soll für Anträge auf nachträglichen Rechtsschutz in Fällen, in denen bereits Anklage erhoben wurde, aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Effizienz die ausschließliche Entscheidungszuständigkeit des nunmehr mit der Sache befassten erkennenden Gerichts begründet sein.*

Auch wenn eine Entscheidung des Anordnungs- bzw. BeschwerGer. über die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Maßnahme sowie der Art und Weise ihres Vollzugs keine Entscheidung über die Verwertbarkeit der hierdurch gewonnenen Beweismittel beinhaltet (OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 44; Nack, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 101 Rn 35; Nöding StraFo 2007, 456) und für das im Hauptverfahren erkennende Gericht auch nicht präjudizierend ist (BT-Dr 16/5846, S. 62; Meyer-Goßner, § 101 Rn 25; Nack, in: KK-StPO, § 101 Rn 35; Eisenberg, Rn 2535), soll der Gefahr divergierender Entscheidungen dadurch begegnet werden, dass dieses über den Antrag nach § 101 VII 2 StPO in der das Verfahren abschließenden Entscheidung einheitlich befindet.

*Dies kann, wenn bereits vor Anklageerhebung um nachträglichen Rechtsschutz nach § 101 VII 2 StPO nachgesucht worden ist, zu einem Übergang der gerichtlichen Entscheidungszuständigkeit auf das erkennende Gericht führen (BT-Dr 16/5846, S. 63; Meyer-Goßner, § 101 Rn 25). Der dem § 162 StPO zu entnehmende allgemeine Rechtsgedanke, dass **mit Anklageerhebung jedwede Kompetenz des Ermittlungsrichters beendet** ist und diese auf das erkennende Gericht übergeht (OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2006, 44; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 162 Rn 52a; Griesbaum, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 162 Rn 20), hat in § 101 VII 4 StPO eine **spezialgesetzliche Konkretisierung** erfahren.*

*Letztlich wird der Zuständigkeitswechsel auch nicht dadurch gehindert, dass der Antrag nach § 101 VII 2 StPO sowie die sofortige Beschwerde nach § 101 VII 3 StPO bereits vor Anklageerhebung angebracht worden waren; denn mit dem Wegfall der Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des BGH ist auch diejenige des Senats als BeschwerGer. (§§ 135 II, 304 V GVG) entfallen (BGHSt 27, 253 = NJW 1977, 2175). Der dem § 101 VII 4 StPO zu Grunde liegende Rechtsgedanke, **divergierende Entscheidungen verschiedener Gerichte zu vermeiden**, gilt auch in dieser Verfahrenskonstellation (vgl. BGHSt 27, 253 [254] = NJW 1977, 2175). Daher hat nunmehr das erkennende Gericht zu entscheiden (s. auch OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2006, 44; Meyer-Goßner, § 162 Rn 19).“ (BGH aaO)*

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 304 I, 305 I, 141

Verteidigerbeordnung Anfechtbarkeit

StPO

(OLG Celle in NStZ 2009, 56; Beschluss vom 29.07.2008 – 1 Ws 339/08)

Zumindest die **außerhalb der Hauptverhandlung beschlossene Beordnung eines Verteidigers ist mit der Beschwerde anfechtbar.**

„Ihrer Zulässigkeit steht die Vorschrift des **§ 305 S. 1 StPO** nicht entgegen. Denn nach **Wortlaut und Zweck dieser Norm** sind nur solche Entscheidungen gemeint, die ausschließlich der Urteilsfällung vorausgehen und keine darüber hinausgehenden Wirkungen erzeugen. Die **Bestellung eines Pflichtverteidigers reicht aber in ihrer prozessualen Wirkung über den Zeitpunkt der Verkündung des Urteils hinaus** (so auch die allg. M. für die Beordnung eines Pflichtverteidigers zumindest vor Beginn der Hauptverhandlung; vgl. OLG Celle StV 1985, 184 und NStZ 1985, 519; OLG Koblenz NStZ-RR 1996, 206; OLG Karlsruhe NStZ 1988, 287; OLG Hamm NStZ 1990, 143; OLG Hamm BeckRS 2004, 30340029 unter Aufgabe der entgegenstehenden Ansicht aus MDR 1985, 518; OLG Köln BeckRS 2007 04866 unter Aufgabe der entgegenstehenden Ansicht aus NJW 1981, 1523; OLG Hamburg StraFo 2000, 383 unter Aufgabe der entgegenstehenden Rspr. in NStZ 1985, 88; OLGe Frankfurt NStZ-RR 2007, 244; OLG Stuttgart NStZ-RR 1996, 207; OLG München NJW 1981, 2208; KK-Lauffhütte § 141 Rn 13; Meyer-Goßner, § 141 Rn 9; LR-Lüderssen/Jahn, § 141 Rn 48).

Dass der Senat die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die Beordnung eines zweiten Pflichtverteidigers (NStZ 1998, 637) unter Verweis auf § 305 S. 1 StPO abgelehnt hat, steht hierzu nicht im Widerspruch. Im dort zu entscheidenden Sachverhalt war die Entscheidung des Vorsitzenden während der Hauptverhandlung ergangen. Ob der Beginn der Hauptverhandlung insoweit eine für die Zulässigkeit einer Beschwerde relevante Zäsur darstellt, war vorliegend somit ohne Bedeutung. Der Senat neigt allerdings dazu, diese Auffassung aufzugeben und die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen Entscheidungen über die Beordnung unabhängig vom Verfahrensstand zu bejahen.“ (OLG Celle aaO).

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 260 I, 274

Urteilsberatung dem Freibeweis zugänglich

StPO

(BGH in NStZ 2009, 105; Beschluss vom 14.10.2008 – 4 StR 260/08)

Die **Urteilsberatung selbst ist nicht Gegenstand der formellen Beweiskraft** gem. § 274 StPO. Die Frage, ob vor Urteilsverkündung eine Beratung des Gerichts stattgefunden hat, ist daher im Freibeweis zu klären.

„Die **Beratung ist geheim** und schon deshalb **nicht Bestandteil der Hauptverhandlung**; an ihr nimmt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle nicht teil (BGHSt 5, 294; BGH NStZ 1987, 472). Auch eine Unterbrechung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Beratung ist keine „für die Hauptverhandlung vorgeschriebene Förmlichkeit“ i.S.d. § 274 StPO. Eine Beratung kann jederzeit vor, während und nach einer Sitzung erfolgen, ohne dass dies jeweils explizit im Protokoll zu vermerken wäre. Im Übrigen sieht § 272 Nr. 1 StPO nur vor, dass der Tag der Verhandlung ins Protokoll aufgenommen wird, nicht aber etwa die genaue Uhrzeit, die genaue Dauer oder etwaige Unterbrechungen (vgl. auch BGH VRS 32, 143).

Die Frage, ob vor Urteilsverkündung eine Beratung des Gerichts stattgefunden hat, ist daher im Freibeweis zu klären.“ (BGH aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 275 I, 338 Nr.7

Urteilsabsetzungsfrist Folgen der Überschreitung

StPO

(OLG Frankfurt a.M. in NStZ-RR 2009, 57; Beschluss vom 18.09.2008 – 2 Ss – OWi 432/08)

Ergibt sich aus dem Urteil selbst oder aus dienstlichen Stellungnahmen, dass der Verfahrensfehler – z.B. die Überschreitung der Urteilsabsetzungsfrist - auf einer Ursache beruht, die nicht mehr gegeben und bei der eine Wiederholung auch ansonsten nicht zu befürchten ist, und stellt sich der Verfahrensverstoß als Einzelfall dar, ist die **Einheitlichkeit der Rechtsordnung nicht in Gefahr**, mithin die Zulassung der Rechtsbeschwerde aus Rechtsgründen nicht geboten.

„Ausführungen bedarf alleine, dass die Urteilsabsetzungsfrist von 5 Wochen (§ 275 I 2 StPO) nicht eingehalten wurde. Da einer der Ausnahmegründe für eine Fristverlängerung nach § 275 I 4 StPO nicht vorgelegen hat, ist ein absoluter Rechtsbeschwerdegrund i.S. von § 388 Nr. 7 StPO, § 79 III OWiG gegeben. Denn die Regeln des § 275 I StPO über die Urteilsniederschrift gelten sinngemäß auch für das Bußgeldverfahren (BayObLG VRS 51, 438; OLG Koblenz VRS 63, 376). Die **Begrenzung der für die schriftliche Urteilsbegründung zur Verfügung stehende Zeit soll verhüten, dass ein längeres Hinausschieben der Urteilsabfassung die Zuverlässigkeit der Erinnerung des erkennenden Richters beeinträchtigt** und zu einer Darstellung der Sach- und Rechtslage in den Urteilsgründen führt, bei der nicht mehr gesichert ist, dass sie seiner das Urteil bei Erlass tragenden Überzeugung entspricht.

Allerdings rechtfertigt die verspätete Urteilsabsetzung für sich allein noch nicht die Zulassung der Rechtsbeschwerde (BayObLGSt 1996, 20): In Abweichung zum Strafprozess, dient das Zulassungsrecht im Bußgeldverfahren gerade nicht der Einzelfallgerechtigkeit sondern soll nur die Einheitlichkeit der Rspr. sichern. Maßstab ist daher nicht wie sich der Fehler im Einzelfall ausgewirkt hat, sondern inwieweit durch den Fehler schwer erträgliche Unterschiede in der Rspr. entstehen oder fortbestehen würden, oder ob mit weiteren Fehlentscheidungen des Gerichts in gleich gelagerten Fällen gerechnet werden muss.

Da das vorliegende Urteil keine materiell-rechtliche Fehler aufweist, die (auch) auf das verspätete Absetzen zurückgeführt werden können (vgl. OLG Koblenz VRS 65, 451; BayObLGSt 1996, 20), kommt die Überprüfung des Urteils nach § 80 I OWiG nur dann in Betracht, wenn der Verfahrensverstoß als solcher dies gebietet. Dabei ist grds. zu beachten, dass elementare Grundregeln des Verfahrens immer zu beachten sind, so dass bereits durch den Verstoß selbst die Gefahr einer Wiederholung indiziert ist (vgl. Göhler, OWiG, § 80 Rn 8 mwN).

Diese **grds. Indizwirkung des Verstoßes ist jedoch widerlegbar**, wozu das RechtsmittelGer. im freien Beweisverfahren dem betroffenen Gericht Gelegenheit zur Darlegung geben kann. Ergibt sich aus dem Urteil selbst oder aus dienstlichen Stellungnahmen, dass der Verfahrensfehler auf einer Ursache beruht, die nicht mehr gegeben ist und bei der eine Wiederholung auch ansonsten nicht zu befürchten ist und stellt sich der Verfahrensverstoß als ein Einzelfall dar, ist die Einheitlichkeit der Rechtsordnung nicht in Gefahr, mithin die Zulassung der Rechtsbeschwerde aus Rechtsgründen nicht geboten (vgl. OLG Frankfurt a.M. NZV 1998, 82 - Zulassung der Rechtsbeschwerde weil die Urteilsabsetzungsfrist unbegründet überzogen wurde).“ (OLG Frankfurt aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 344, 401 I**Revisionsbegründung
Nebenkläger**

StPO

(BGH in NSTZ-RR 2009, 57; Beschluss vom 21.10.2008 - 3 StR 459/08)

Bei der **Revision des Nebenklägers bedarf es grds. der Mitteilung, dass das Urteil mit dem Ziel einer Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich einer zum Anschluss als Nebenkläger berechtigten Gesetzesverletzung angefochten wird.**

„Im Hinblick auf [§ 400 I StPO] kann der Nebenkl. ein Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt wird. Deshalb bedarf es bei einer Revision des Nebenkl. grds. der Mitteilung, dass das Urteil mit dem Ziel einer Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich einer zum Anschluss als Nebenkl. berechtigten Gesetzesverletzung angefochten wird (BGHR StPO § 400 I Zulässigkeit 5). Ein Ausnahmefall, in dem auf eine derartige Klarstellung verzichtet werden könnte (vgl. BGHR StPO § 400 I Zulässigkeit 3), liegt nicht vor.“ (BGH aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 329 I, 344 II 2, 40**Verwerfungsurteil
Anforderungen an Revision**

StPO

(KG in NSTZ 2009, 111; Urteil vom 16.06.2008 – (3) 1 Ss 44/08)

Auch bei der Verfahrensrüge des Fehlens einer ordnungsgemäßen Ladung hinsichtlich eines Verwerfungsurteils nach § 329 I StPO **müssen sämtliche hierfür maßgeblichen Umstände umfassend und vollständig vom Revisionsführer mitgeteilt werden.**

„Bei einem Verwerfungsurteil nach § 329 I StPO führt die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts zur Prüfung von Verfahrenshindernissen, während das Fehlen der Voraussetzungen für den Erlass des Prozessurteils mit der Verfahrensrüge geltend gemacht werden muss. Letztere setzt voraus, dass der Revisionsführer gem. § 344 II 2 StPO die für die Beurteilung des Mangels maßgeblichen Umstände umfassend und vollständig mitteilt, im Rahmen der Rüge des Fehlens einer ordnungsgemäßen Ladung sämtliche hierfür maßgeblichen Umstände (vgl. OLG Stuttgart Justiz 2006, 235; OLG Hamm NSTZ-RR 2005, 114; BayObLG NSTZ-RR 2001, 374; OLG Karlsruhe VRS 90, 438; Meyer-Goßner 50. Aufl., § 329 Rn 48; LR-Gössel, 25. Aufl., § 329 Rn 100; KMR-Brunner, § 329 Rn 51; SK-StPO-Frisch, § 329 Rn 68). Nur wenn die Revisionschrift diesen Anforderungen gerecht wird, kann das RevGer. prüfen, ob der gerügte Verfahrensfehler vorliegt, und im Wege des Freibeweises feststellen, ob die ihn tragenden Tatsachen vorliegen.“ (KG aaO)

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 40 I**Unterlassungsanspruch
Rechtsweg für Widerruf von Äußerungen eines Gemeinderatsmitglieds**

VwGO

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

Der **Anspruch auf Unterlassung und Widerruf rufschädigender Äußerungen**, die ein Mitglied des Gemeinderats in Wahrnehmung seiner Kompetenzen als Ratsmitglied getätigt hat und die nicht rein persönlicher Art sind, ist regelmäßig **öffentlich-rechtlicher Natur**, sodass der **Verwaltungsrechtsweg eröffnet** ist.

„Der im Recht der persönlichen Ehre gründende Abwehr- und Widerrufsanspruch ist im bürgerlichen Recht ebenso anerkannt wie im Verwaltungsrecht. Öffentlich-rechtlicher Natur sind Klagen entsprechend § 1004 I BGB auf Widerruf von ehrverletzenden Äußerungen, die von Bediensteten eines Trägers öffentlicher Verwaltung bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben gestützt auf vorhandene oder vermeidliche öffentlich-rechtliche Befugnisse gegenüber eines außerhalb der Verwaltung stehenden Bürgers abgegeben werden. Dagegen ist grundsätzlich der ordentliche Rechtsweg gegeben, wenn die beanstandeten Äußerungen nicht in amtlicher Eigenschaft, sondern nur gelegentlich einer nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Tätigkeit gemacht werden, wenn sie allein Ausdruck einer persönlichen Meinung oder Einstellung sind oder einen Lebensbereich treffen, der durch bürgerlich rechtliche Gleichordnung geprägt ist. Die Unterlassung und der Widerruf von Äußerungen, die von einem Amtsträger in dienstlicher Eigenschaft abgegeben werden, sind grds. im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen. Dagegen sind durch Beziehungen bürgerlich-rechtlicher Gleichordnung geprägte Äußerungen oder persönliche Erklärungen des Amtsträgers grundsätzlich Gegenstand zivilgerichtlicher Streitigkeiten (vgl. OLG Frankfurt a.M. NVwZ-RR 1999, 814; VGH Mannheim NJW 1990, 1808; OVG Koblenz NJW 1992, 1844ff.; VGH Kassel NVwZ-RR 1994, 700; OLG Zweibrücken NVwZ 1982, 322; VGH Mannheim NVwZ 1993, 285).

Die **Klage auf Unterlassung und Widerruf von Äußerungen mit rein persönlichen Vorwürfen**, die ein Gemeinderatsmitglied in einer Gemeinderatssitzung anlässlich einer Aussprache über einen kommunalpolitischen Gegenstand gegenüber einem anderen Gemeinderatsmitglied abgegeben hat, ist nach einer in der Rspr. vertretenen Auffassung keine öffentlich-rechtliche, sondern zivilrechtliche Streitigkeit, weil es sich um **rein persönliche Äußerungen eines Gemeinderatsmitglieds** bei einer **Aussprache im Gemeinderat** handelt, die nicht in **amtlicher Eigenschaft** gefallen oder **einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zuzurechnen** sind und nicht gegenüber einem außerhalb der Verwaltung stehenden Bürger abgegeben worden sind und bei der kommunalverfassungsrechtliche Befugnisse außer Streit stehen (so: VGH Mannheim NJW 1990, 1808; a.A. OVG Koblenz NJW 1992, 1844).“ (BVerwG aaO).

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 152a**Anhörungsrüge**
inhaltliche Anforderungen

VwGO

(BVerwG in NJW 2009, 457; Beschluss vom 28.11.2008 - 7 BN 5/08)

Eine **Anhörungsrüge** kann **nicht darauf gestützt** werden, **dass dem BVerwG** bei der Überprüfung eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz, insbes. eines angeblichen Verstoßes der Vorinstanz gegen das rechtliche Gehör, **ein Rechtsfehler unterlaufen ist**. Eine **Anhörungsrüge** gegen einen Beschluss, mit dem eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen worden ist, **ist daher unzulässig, wenn sie sich nicht gegen eine neue und eigenständige Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das BVerwG richtet**, sondern sich darauf beschränkt, eine bereits der Vorinstanz unterlaufene Verletzung des rechtlichen Gehörs (erneut) geltend zu machen.

„Die Anhörungsrüge kann nicht darauf gestützt werden, dass dem BVerwG bei der Überprüfung eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz, namentlich eines angeblichen Verstoßes der Vorinstanz gegen das rechtliche Gehör, ein Rechtsfehler unterlaufen ist. Eine Anhörungsrüge gegen einen Beschluss, mit dem eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen worden ist, ist unzulässig, wenn sie sich nicht gegen eine **neue und eigenständige Verletzung des rechtlichen Gehörs** durch das BVerwG richtet, sondern sich darauf beschränkt, eine bereits der Vorinstanz unterlaufene Verletzung des rechtlichen Gehörs (erneut) geltend zu machen (BGH NJW 2008, 923).“ (BVerwG aaO).

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§§ 72 ff**Streitverkündung**

BGB

in disziplinar- u. verwaltungsgerichtlichen VerfahrenVwGO
§ 173 S.1

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2008, 846; Beschluss vom 03.07.2008 – 3 B 10651/08)

Im **disziplinar- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren** ist eine Anwendung der Regeln über die **Streitverkündung nach §§ 72ff. ZPO über § 21 RhPfDiszG bzw. § 173 S. 1 VwGO ausgeschlossen**.

„Gem. § 21 RhPfDiszG sind im gerichtlichen Disziplinarverfahren zur Ergänzung die Bestimmungen der VwGO entsprechend anzuwenden, soweit sie nicht zu den Bestimmungen des Landesdisziplinalgesetzes in Widerspruch stehen oder im Landesdisziplinalgesetz etwas Anderes bestimmt ist. Solche einschlägigen Regelungen zur Zulässigkeit einer Streitverkündung enthält das Landesdisziplinalgesetz nicht, so dass grundsätzlich die Vorschriften der VwGO zur Anwendung gelangen können. Jedoch sind im herkömmlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Vorschriften der §§ 72ff. ZPO über die Streitverkündung weder direkt noch entsprechend anwendbar. Anders nämlich als bei den Bestimmungen über die Streitgenossenschaft (§§ 59 bis 62 ZPO), für die mit § 64 VwGO eine spezielle Regelung besteht, fehlt diese hinsichtlich einer Streitverkündung und kann auch nicht in der generellen Verweisungsvorschrift des § 173 S. 1 VwGO gefunden werden. Danach kommt eine entsprechende Anwendung der Zivilprozessordnung in Betracht, soweit die VwGO keine Bestimmungen über das Verfahren enthält. Eine solche Bestimmung stellt jedoch § 63 VwGO dar. Dort ist abschließend aufgeführt, wer Bet. am Verfahren sein kann. Der Streitverkündete zählt nicht dazu (vgl. BVerwG BeckRS 2006, 20302).

Die dargelegte **Rechtsauffassung wird in Rspr. und Lit. einhellig vertreten**: Zwar hat das BVerwG (BeckRS 2006, 23282) die Frage der Zulässigkeit einer Streitverkündung im Verwaltungsprozess offen gelassen. Jedoch entspricht es seiner st. Rspr., eine Nebenintervention gem. §§ 66ff. ZPO im verwaltungsgerichtliche Verfahren für unzulässig zu erachten (BVerwG Buchholz 451.29 Schornsteinfeger Nr. 31 S. 3 [6] = NVwZ 1986, 1026; BVerwG BeckRS 2006, 20302). Die **Funktionen des zivilprozessualen Instituts der Nebenintervention würden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren weitgehend von den Bestimmungen über die Beiladung wahrgenommen**. Deren Regelungen gewährleisteten eine Beteiligung solcher Dritter, die am Ausgang des Verfahrens ein rechtliches Interesse hätten und würden ihnen zugleich ausreichend prozessuale Rechte geben. Diese Überlegungen treffen in gleicher Weise auf das Institut der Streitverkündung zu, welches in seinen rechtlichen Konsequenzen gem. § 74 III 3 i.V. mit § 68 ZPO ausdrücklich der Streitverkündung gleichgestellt ist. Gerade sie wird aber aus den dargelegten Erwägungen im Verwaltungsprozess durch das Institut der Beiladung in entsprechender Form gewährleistet. auch die Rspr. im Übrigen (VGH Kassel NJW 1987, 1036; OVG Münster NVwZ-RR 1994, 203) geht davon aus, eine Anwendung der Regeln über die Streitverkündung nach der Zivilprozessordnung über § 173 VwGO komme nicht in Betracht, da ihre Funktion durch das Institut der Beiladung nach § 65 VwGO erfüllt werde. Diese Auffassung wird von der einschlägigen Kommentarlit. ausnahmslos geteilt (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 15. Ergänzungsfg. 2007, § 65 Rn 2; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 173 Rn 122; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. [2007], § 65 Rn 2; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 14. Aufl. [2004], § 64 Rn 1; Eyermann, VwGO, 12. Aufl. [2006], § 65 Rn 4; Södan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. [2006], § 64 Rn 2).

Die dargelegte Rechtsauffassung zur Unzulässigkeit der Streitverkündung in verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten gilt erst recht in disziplinargerichtlichen Verfahren: Hier ist es bereits **fraglich, ob überhaupt die Vorschriften der §§ 64 bis 66 VwGO zur Streitgenossenschaft sowie Beiladung Anwendung finden**, da sie im gerichtlichen Disziplinarverfahren ausgeschlossen sein könnten (so Gansen, DisziplinarR in Bund und Ländern, § 3 Rn 8). Das **Verfahren ist nämlich auf die disziplinarische Ahndung von Beamten begangener Dienstvergehen (§ 2 I 1 Nr. 1 RhPfDiszG) ausgerichtet** und nicht auf die Feststellung einer gemeinschaftlichen Berechtigung oder Verpflichtung mehrerer Personen bzw. die Berührung rechtlicher Interessen Dritter.“ (OVG Koblenz aaO).

- ZA 02/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

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

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

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

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

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

II. Strafrecht

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

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

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

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

3. **Korte:** Aus der Rspr. zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - 2007 (NStZ 2009, 18)
4. **Roth:** Aus der Rspr. zum StVollzG - Entscheidungen aus den Jahren 2007 und 2008 (NStZ 2008, 679)
5. **Werner:** „MoMiG“ – Auswirkungen auf das Strafrecht (KammerR Hamm Heft 5/08, 25)

III. öffentliches Recht

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

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

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

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

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

sind demnach in einen Ausgleich zu bringen, wobei die **Versagungstatbestände der Informationsfreiheitsgesetze als Spezialregelungen dem Prozessrecht der VwGO vorgehen** müssen. - Die Möglichkeit einer **Sperrklärung der Aufsichtsbehörde nach § 99 I 2 VwGO** für Informationen, die auf Grund eines Gesetzes geheim zu halten sind, erlaubt es, auch in den Informationsfreiheitsgesetzen eine Konkretisierung der Prozessnorm zu sehen; das der Aufsichtsbehörde nach den Regelungen der VwGO eingeräumte Ermessen im Hinblick auf die Abgabe einer solchen Sperrklärung ist im Falle des Vorliegens eines IFG-Versagungstatbestands daher regelmäßig reduziert. - Als **Alternative zur Gewährleistung der Geheimhaltungsinteressen** kommt die **Erstreckung des in-camera-Verfahrens auf das Hauptsachegericht** in Betracht; solange jedoch eine entsprechende Änderung der VwGO nicht erfolgt, muss es bei dem durch eine regelmäßig abzugebende Sperrklärung der Aufsichtsbehörde auslösbareren Zwischenverfahren zum Ausgleich von Informations- und Geheimhaltungsinteressen bleiben.

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

IV. Richter / Staatsanwälte / Notare / Rechtsanwälte

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

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

2. **Bernau/Rau/Zschieschack:** Die Übernahme einer Betreuung – ein straf- und zivilrechtliches Haftungsrisiko? (NJW 2008, 3756)
3. **Stackmann:** Fehlervermeidung im Berufungsverfahren (NJW 2008, 3665)
4. **Grunewald:** Die Entwicklung der Rspr. zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2006 -2008 (NJW 2008, 3621)

Aufbauschema

Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag und Bestand der gesicherten Hauptforderung

1. Einigung des Bürgen mit dem Gläubiger im Sinne des § 765 BGB, dass der Bürge für die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, die Hauptforderung eintreten will.

- a) **Auslegung der Sicherungszusage (Bürgschaft / Schuldbeitritt / Garantie**

- b) **Hinreichende Bestimmtheit der Forderung**

2. **Einhaltung der Formvorschriften § 766 BGB**

Das Bürgschaftsversprechen, nicht der Vertrag, muss nach § 766 BGB schriftlich abgegeben werden, Ausnahme § 350 HGB. Aus dem Versprechen müssen sich die zu sichernde Forderung und die Parteien ergeben

3. **Akzessorietät § 767 BGB**

- Ist die Forderung nicht entstanden, so wird die Forderung nicht gesichert, § 812 BGB (str.).
- Ist in Folge einer Leistungsstörung eine Ersatzforderung entstanden, so wird diese gesichert.
- Die Bürgschaft bleibt bestehen, wenn die Hauptforderung in Folge von Insolvenz oder Vergleich gemindert wird.

II. Erlöschen der Bürgschaft und Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft

1. **Erlöschen**

- § 776 BGB ⇒ wenn der Gläubiger eine Sicherung preisgibt, die dem Bürgen im Falle der Zahlung gehaftet hätte.
- § 418 I 1 BGB ⇒ Übernahme der Hauptschuld durch einen neuen Schuldner.
- § 777 BGB ⇒ wenn der Gl bei einer zeitlich begrenzten Bürgschaft nicht unverzüglich aus der Bürgschaft vorgeht.
- durch wirksame Kündigung für Forderungen, die nach Ablauf der Kündigungsfrist entstehen.

2. **Befreiung**

- § 775 BGB ⇒ wenn sich die Vermögenslage des Hauptschuldners verschlechtert, besteht Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner, nicht aber gegen den Gl.
- Nach den Grundsätzen des § 313 BGB, wenn der Umstand wegfällt, der den Bürgen maßgeblich zur Abgabe der Bürgschaftserklärung veranlasst hat und dieser nicht in dessen Risikobereich fällt.

III. Durchsetzbarkeit

Sie fehlt, wenn dem Bürgen Einreden zustehen.

1. **Eigene Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag**, z.B. Stundung, Verjährung

2. § 768 BGB: **alle Einreden, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehen**

- auch wenn der Hauptschuldner auf Einrede verzichtet, § 768 II BGB
- gilt nicht für Einwendungen; für diese bereits Akzessorietät, § 767 BGB

3. **Besondere Einreden aus dem Bürgschaftsverhältnis**

- Einrede der Anfechtbarkeit der Hauptschuld, § 770 I BGB, § 768 II BGB gilt nicht; § 770 I BGB analog für Rücktritt oder Minderung
- Einrede der Aufrechnungsmöglichkeit des Gl, § 770 II BGB
- Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB); Ausschlussgründe (§ 773 BGB), insbesondere selbstschuldnerische Bürgschaft nach Nr. 1; Insolvenz des Hauptschuldners nach Nr. 3.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung

Öffentliches Recht

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

Land: Baden-Württemberg	Prüfer (mit Titel usw.) Prof. Dr. H	Tag d. mündl. Prüfung 19.11.2008
-----------------------------------	---	--

Zur Person:

Prof. Dr. H war bei unserer Prüfung freundlich und gelöst und nicht so wirr, wie in anderen Protokollen beschrieben. Er hörte bei allen Prüfungsabschnitten aufmerksam zu und unterhielt sich teilweise angeregt mit Herrn G über die gestellten Fragen. Bei der Prüfung im Öffentlichen Recht war er geduldig, obwohl wir ziemlich im Dunkeln tappten, was die Beantwortung seiner Fragen anging. Entgegen der Beschreibung in früheren Protokollen wurde er trotz unserer Unwissenheit nicht ungehalten.

Zur Sache:

Den größten Teil der Prüfung versuchten wir, die von ihm eigentlich als Einstieg gedachte Frage zu beantworten, welche Auswirkungen es hätte, wenn die geplante EU-Verfassung ebenfalls eine Bestimmung mit dem Wortlaut des Art. 1 III GG enthalten würde.

Wir behaupteten zunächst, dass es keine gravierenden Auswirkungen hätte, da wir - zu Unrecht - davon ausgingen, dass in der EU-Verfassung im wesentlichen die gleichen Grundrechte wie im GG verankert werden sollten. Schließlich versuchten wir es noch mit Art. 23 GG und mit der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG, dessen Voraussetzungen wir auf Nachfrage erläutern sollten. Die richtige Antwort war das aber auch nicht.

Er ließ uns dann noch einen Vergleich der Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung mit dem Grundrechtsschutz im GG anstellen, der mangels konkretem Wissen nicht ergiebig war und uns nicht weiterhalf. Auch nach dem Hinweis, dass das GG keine sozialen Grundrechte enthält, solche aber in der EU-Verfassung enthalten sein sollen, konnten wir seine Frage nicht beantworten.

Dieser Teil der Prüfung verlief extrem schleppend und unergiebig, da keiner von uns eine Antwort wusste.

Schließlich stelle Prof. Dr. H noch einen kleinen Fall:

Die Landesregierung von BW erlässt einen Regierungsbeschluss, nach dem Handwerker ein Startkapital von 15.000 € bekommen, wenn sie sich selbstständig machen. Voraussetzung ist allerdings, dass Männer innerhalb von 2 Jahren und Frauen innerhalb von 5 Jahren nach der Meisterprüfung ihren eigenen Betrieb gründen.

Herr A beantragt, 3 Jahre nachdem er seine Meisterprüfung abgelegt hat, dieses Startkapital und erhält einen ablehnenden Bescheid. Was kann er tun?

Zunächst grenzten wir die Verpflichtungs- von der Anfechtungsklage ab und kamen dazu, dass die richtige Klageart eine Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage ist.

Im Rahmen der Begründetheit mussten wir eine Grundlage für den Anspruch des A finden. Anzusprechen war hier, dass der Beschluss keine Außenwirkung hat und daher keine Rechte für A begründen kann. Er könnte aber einen Anspruch aus Art. 3 GG i.V.m. den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung haben.

Wir kamen noch kurz darauf zu sprechen, ob der Beschluss wegen Verstoßes gegen Art. 3 III GG verfassungswidrig ist und unter welchen Voraussetzungen eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechtes ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann. Wir nannten biologische Gründe, sowie solche, die zwingend mit dem Geschlecht zusammenhängen.

Zum Schluss gingen wir noch kurz auf die Voraussetzungen der Staatszielbestimmung des Art. 3 II GG ein. Als Voraussetzungen wurde eine Unterrepräsentation von Frauen und eine gravierende Benachteiligung von Frauen auf einem bestimmten Gebiet vorgeschlagen. Was richtig gewesen wäre, erfuhren wir nicht mehr, weil die Zeit glücklicherweise endlich vorbei war.

In Anbetracht unseres geringen Wissens und dem schleppenden Verlauf der Prüfung war die Benotung in Ordnung.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessor-Prüfung Strafrecht

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

Land: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) RiBayOLG a.D. H	Tag d. mündl. Prüfung 03.12.2008
------------------------	---	--

Zur Person:

H ist ein älterer Prüfer, der sich gut auf die Prüfung vorbereitet. Er ist grundsätzlich freundlich und wohlwollend, kann allerdings auch ein wenig ungehalten reagieren, „wenn es nicht vorangeht“.

Zur Sache:

Fall:

1. A nimmt in einem Münchner Kaufhaus am 01.10. eine Lederjacke (Wert 150 EUR) vom Kleiderständer, geht damit in die Umkleidekabine, bricht das Sicherungsetikett ab, zieht sie unter seinem Mantel an und verlässt das Kaufhaus.
2. Am 05.10. fährt A mit seinem Pkw, nachdem er in seiner Stammkneipe einige Biere getrunken hat, nach Hause. Im Bereich Freising gerät er von der Straße, streift einen Baum (der unbeschädigt bleibt) und beschädigt dabei seinen Pkw leicht. Es gibt keine Anwesenden an dieser Stelle; A fährt weiter, bis er kurz darauf von einer Polizeistreife angehalten wird. Die Polizei ordnet eine Blutentnahme an, aus der sich ergibt, dass A (eine Stunde nach dem Vorfall mit dem Baum) eine BAK von 0,95 Promille hat.

Zu 1):

§ 242 StGB obj. TB:

Lederjacke = fremde (nicht im Alleineigentum des A stehende) bewegliche Sache.

Wegnahme = Bruch fremden und Begründung neuen, hier tätereigenen Gewahrsams, wobei unter Gewahrsam die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft zu verstehen ist.

Bruch des Gewahrsams des Kaufhausinhabers bereits durch Ansichnahme der Lederjacke in die körperliche Nähesphäre (sog. Enklaventheorie); dies geschieht hier zwar noch im generellen Herrschaftsbereich des Kaufhausinhabers, begründet aber eine tatsächliche Sachherrschaft, wie sie näher nicht sein könnte (geschützt durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG), und aus Sicht des Kaufhausinhabers müsste dieser nun selbst tätig werden, um seinen Gewahrsam wiederzuerlangen.

Subj. TB: Vorsatz bzgl. der Tatbestandsverwirklichung

Absicht rechtswidriger (Eigen-)Zueignung = zwei Komponenten, nämlich Absicht, sich die Sache zumindest vorübergehend anzueignen und mindestens bedingter Vorsatz, den Berechtigten dauerhaft zu enteignen.

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor = A hat sich eines vollendeten Diebstahl gem. § 242 I StGB schuldig gemacht.

Das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB („Sache, die durch eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist“) wurde nicht verwirklicht, da das Sicherungsetikett nicht geeignet ist, die Lederjacke vor einer Wegnahme zu sichern, sondern lediglich nach bereits vollendetem Diebstahl die Wiedererlangung des Gewahrsams bzw. die Ergreifung des Täters zu ermöglichen.

Zu 2): § 315c StGB obj. TB:

A hat „im Straßenverkehr ein Fahrzeug geführt, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen“: Da innerhalb der ersten zwei Stunden nach Trinkende keine Rückrechnung (0,1 Promille pro Stunde) er-

folgt, ist hier der BAK-Wert von 0,95 Promille zugrunde zu legen; unterhalb von 1,1 Promille liegt lediglich relative Fahruntüchtigkeit vor (Was ist das? Eine reine Begrifflichkeit, die von der Rspr. für das Maß der erforderlichen Beweisanzeichen hinsichtlich des TB-Merkmals „Fahruntüchtigkeit“ entwickelt wurde). Um die Fahruntüchtigkeit als erwiesen zu erachten, müssen bei der relativen Fahruntüchtigkeit weitere Ausfallerscheinungen hinzutreten. Dies ist hier in Form des Abkommens von der Straße gegeben.

Jedoch wurden keine fremden Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, da der Baum unbeschadet blieb und das tätereigene Kfz weder fremd war, noch als Tatobjekt überhaupt in Betracht kommt (wäre es im Eigentum eines anderen, wäre es zwar fremd, aber als Tatmittel könnte es nicht Gefährdungsobjekt sein, da ansonsten ein Wertungswiderspruch bestünde).

Somit scheidet eine Strafbarkeit nach § 315c StGB aus; übrig bleibt jedoch als Grundtatbestand eine Strafbarkeit nach § 316 StGB, wobei H offen ließ, ob hier von fahrlässiger oder sogar vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr auszugehen ist (m.E. bis zum Abkommen von der Straße fahrlässig, danach vorsätzlich aufgrund eines neuen Tatentschlusses zum Weiterfahren, obwohl dem A durch den „Beinahe-Unfall“ seine Fahruntüchtigkeit klar vor Augen geführt wurde).

Frage: Welches Gericht ist für eine Verurteilung der Delikte zuständig?

Sachlich der Strafrichter am Amtsgericht, §§ 24, 25 Nr. 2 GVG, örtlich entweder in München oder in Freising, §§ 7, 13 StPO.

Formulieren Sie den Tenor des Strafurteils:

1. Der Angeklagte ist schuldig eines Diebstahls in Tatmehrheit mit einer fahrlässigen Trunkenheit im Verkehr.
2. Er wird deshalb zu einer Gesamtgeldstrafe von ... verurteilt.
3. Dem Angeklagten wird die Fahrerlaubnis entzogen. Sein Führerschein wird eingezogen. Die Verwaltungsbehörde wird angewiesen, dem Angeklagten vor Ablauf einer Frist von ... keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen.
4. Der Angeklagte hat die Kosten des Verfahrens und seine notwendigen Auslagen zu tragen.

Fall: Der Strafrichter hat fälschlicherweise die Verwirklichung des Regelbeispiels aus § 243 I 2 Nr. 2 StGB angenommen und A zu einer Freiheitsstrafe von 5 Monaten auf Bewährung verurteilt, wobei sich die Gesamtfreiheitsstrafe aus 4 Monaten für den Diebstahl im besonders schweren Fall und 2 Monaten für die Trunkenheitsfahrt zusammensetzt.

Was tun Sie als Verteidiger des A?

Entweder Berufung oder besser Sprungrevision einlegen. Die Sprungrevision wird gem. § 341 I StPO beim Amtsgericht/Strafrichter eingereicht; über die Sprungrevision wird in Bayern gem. § 335 II StPO i.V.m. § 121 I Nr. 1b GVG, Art. 9 EGGVG, Art. 11 II Nr. 2 AGGVG vom BayOLG entschieden!

Fall: A legt zunächst unbeschränkt Berufung ein und das Berufungsgericht verwirft die Berufung als unbegründet. Dagegen legt A Revision ein und rügt die Verletzung materiellen Rechts.

In welcher Form ergeht die Revisionsentscheidung und mit welchem Inhalt?

Es ergeht ein Urteil (§ 349 V StPO), wenn nicht ein Fall des § 349 II oder IV StPO vorliegt. Inhaltlich wird das Berufungsurteil nur hinsichtlich seines Strafausspruchs (Gesamtfreiheitsstrafe) aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Berufungsgerichts (LG) zurückverwiesen, nicht jedoch hinsichtlich des Schuldspruchs, denn hier erfolgte trotz Bejahung des § 243 StGB nur der Ausspruch „ist schuldig eines Diebstahls“, wie es ja richtig ist! § 243 StGB taucht erst bei den „Angewandten Strafvorschriften“ auf!

Ich wünsche meinen Nachfolgern ganz, ganz viel Glück und gute Nerven!

