

Herausgeber:

JuCon - Personalberatung,
RA Dr. Kues, Dr. Schweinberger, RA Soltner
GbR

ZARA

Ausgabe März/09
2. Jahrgang

Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

Redaktion Zivilrecht:
RA Soltner

Redaktion Öffentliches Recht:
RA Dr. Kues

**Redaktion Strafrecht, Arbeitsrecht,
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht:**
Assessor Dr. Schweinberger

Inhaltsverzeichnis:

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 10.03.2009 – VIII ZR 34/08 – Gebrauchtwagenkauf: Standzeit als Mangel	S. 3
BGH, Urt. v. 11.03.2009 – I ZR 114/06 – Ebay-Nutzer haften für Missbrauch bei ungeschütztem Konto	S. 4
BGH, Urt. v. 29.01.2009 – VIII ZR 7/08 – Kündigung zur wirtschaftlichen Verwertung bei Abriss und Neubau	S. 4
BGH, Urt. v. 10.10.2008 – V ZR 137/07 – Wirkung der Vormerkung bei unechtem Vertrag zugunsten Dritter	S. 5
BGH, Beschl. v. 11.03.2008 – VI ZR 75/07 – Haftungsprivileg von Kindern im Straßenverkehr	S. 8
BGH, Urt. v. 11.12.2008 – VIII ZR 170/07 – Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht	S. 11
BGH, Beschl. v. 23.10.2008 – VII ZB 16/08 – Pfändungs- und Überweisungsbeschluss: Beurteilungszeitpunkt	S. 12

Strafrecht

BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07 – Rspr. zur „Rügeverkümmung“ verfassungsgemäß	S. 14
---	-------

Öffentliches Recht

BVerfG, Beschl. v. 17.02.2009 – 1 BvR 2492/08 – Eilantrag gegen BayVersG teilweise erfolgreich	S. 18
VG Hannover, Urt. v. 09.12.2008 – 11 A 1537/07 – Zulassung zur Veranstaltung: Ausrichtung an Attraktivität zulässig	S. 21
BVerwG, Beschl. v. 08.05.2008 – 6 B 64/07 – Praktische Konkordanz: Sexualkunde und Erziehungsrecht	S. 24
OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.03.2008 – 13 OB 31/08 – Rechtsweg bei Feststellungsklage gegen Ratsbeschluss	S. 26

Arbeitsrecht

BAG, Urt. v. 12.03.2009 – 2 AZR 894/07 – ArbN können sich nicht auf Unwirksamkeit der Eigenkündigung berufen	S. 29
BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 10 AZR 338/08 – Diskriminierungsverbot von Teilzeitbeschäftigten	S. 30

Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH, Urt. v. 19.06.2008 – III ZR 46/06 – Zustandekommen eines Vertrags mit einer GbR	S. 30
--	-------

Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Das Repetitorium Jura Intensiv SSK möchte von den ehemaligen Teilnehmern Examensnoten erfahren.
- Die Kanzlei Taylor Wessing LLP blickt zurück auf einen sehr gelungenen Law Event (Anzeige auf S. 9)
- Die Hansa Capital GmbH & Co. KG bietet Ihnen eine umfassende Versicherungs- und Finanzberatung (Anzeige auf S. 17).

JuCon Personalberatung

Dr. Dirk Kues, Dr. Dirk Schweinberger, Oliver Soltner GbR

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

in der vorliegenden Ausgabe stehen einige Urteile aus dem Bereich des Verfassungsrechts im Mittelpunkt. So hat, was vor allem für Referendare relevant ist – das BVerfG entschieden, dass die Rspr. des Gr. Senat des BGH zur „rügeverkümmerten Protokollberichtigung“ verfassungsgemäß ist (ab S. 14). Weiterhin hat das BVerfG in einem Eilantrag eine Verfassungsbeschwerde gegen das bayerische Versammlungsg als teilweise begründet angesehen (ab S. 18). Schließlich hat das BVerfG lehrreiche Ausführungen zur praktischen Konkordanz im Kontext des elterlichen Erziehungsrechts gemacht (ab S. 24).

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen. Leider schlägt die Wirtschaftskrise auch und gerade auf die großen Kanzleien durch, die deshalb in diesem Monat keine Angebote an Sie in der ZARA unterbreiten.

Sollten Sie selbst an der Platzierung einer Anzeige in der ZARA interessiert sein, finden Sie im Impressum die notwendigen Kontaktdaten unter denen Sie von uns weitere Informationen erhalten.

Über die ZARA hinaus will die JuCon GbR Arbeitgeber und Bewerber zusammenführen. Sprechen Sie uns an, wenn Sie an unseren Diensten interessiert sind.

Wir wünschen Ihnen viel Lernerfolg bei der Lektüre der aktuellen ZARA.

Herzlich

Dr. Dirk Schweinberger

Dr. Dirk Kues

Oliver Soltner

ZARA – Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung

Redaktion: RA Dr. Dirk Kues (Öffentliches Recht), Assessor Dr. Dirk Schweinberger (Strafrecht, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht), RA Oliver Soltner (Zivilrecht)

Anzeigen: JuCon Personalberatung; E-Mail: info@JuCon-online.net

Herausgegeben von der JuCon Personalberatung, Dr. Kues, Dr. Schweinberger, Soltner GbR, Am Kreuzberg 9, 63776 Mömbris; Raiffeisenbank Aschaffenburg eG, Kto.-Nr. 32 59 420, BLZ 795 625 14

Erscheinungsweise: Monatlich.

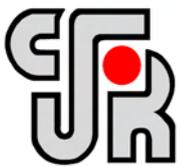
Examensnoten

Liebe Ehemalige,

wir würden uns sehr freuen, wenn wir von Ihnen eine Mitteilung erhielten, mit welchem Ergebnis Sie die Examensprüfung abgeschlossen haben.

1. Prüfung: Halbjährliche Prämierung und Verlosung im Februar und im August

J u r a Pro Jahr: Gutscheine im Wert



Intensiv

von 1.980,- € für Assex-Kurs

Wenn Sie uns das Ergebnis Ihrer 1. Prüfung mitteilen, haben Sie automatisch die Chance, einen der jährlich 18 Gutscheine für den Assessor-Kurs von Jura Intensiv (SSK) zu erhalten.

Teilnahmeberechtigt sind alle ehemaligen Teilnehmerinnen und Teilnehmer an einem Examenskurs von Jura Intensiv (SSK) [Frankfurt/M., Mainz, Gießen, Marburg, Heidelberg und Mannheim], die ihr **Examen im Jahr 2007 oder danach** bestanden haben.

3 Gutscheine à 230,- € für die 3 Besten

Alle 6 Monate gewinnen diejenigen mit den jeweils 3 besten Ergebnissen jeweils einen der 3 ausgelobten **230-€-Gutscheine**.

Maßgebend ist alleine die Note aus der staatlichen Pflichtfachprüfung.

6 Gutscheine à 50,- € werden verlost

Alle 6 Monate werden weitere 6 Gutscheine à 50,- € unter allen Einsendern verlost.

Um an der Verlosung teilnehmen zu können, müssen Sie uns die folgenden Angaben machen:

1. Endnote der „1. Prüfung“ in Punkten sowie separate Angabe der Teilnote der staatlichen Pflichtfachprüfung.
2. Prüfungsort sowie Zeitpunkt des Klausurtermins und des Termins der mündlichen Prüfung der Pflichtfachprüfung.

Sobald die entsprechenden Angaben bei uns eingegangen sind, nehmen Sie automatisch an der nächsten Verlosung der 9 Gutscheine für den Assessor-Kurs von Jura Intensiv (SSK) teil. Die Verlosungen finden jeweils im Februar und im August statt. Die Gewinner werden dann jeweils in der Februar-Ausgabe bzw. der August-Ausgabe der ZARA bekannt

gemacht. Darüber hinaus wird den Siegern der Gutscheine per Post übersandt.

Der Gutschein kann nur an den Standorten Frankfurt/M., Mainz, Gießen und Heidelberg eingelöst werden. Der Gutschein ist an die Person des Gewinners gebunden und kann nicht übertragen werden. Der Gutschein kann nur eingelöst werden in den Assessorkursen Zivilrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht.

Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass uns alle Gewinner die gemachten Angaben durch eine Kopie des Examenszeugnisses belegen müssen.

2. Examen: Halbjährliche Prämierung und Verlosung im Februar und im August

Champagner für das 2. Examen!

Sie sind **ehemalige Teilnehmerin oder ehemaliger Teilnehmer des Assessorurses von Jura Intensiv (SSK)** und haben erfolgreich das 2. Examen absolviert?

Herzlichen Glückwunsch

Wir freuen uns mit Ihnen und gratulieren Ihnen ganz herzlich zum erfolgreichen Abschluss Ihrer juristischen Ausbildung. Das ist uns jedes Jahr **ein dutzend Champagner-Flaschen wert!**

Zweimal im Jahr (Februar und August) spendieren wir Ihnen jeweils 6 Flaschen Champagner.

3 mal Champagner für die besten Noten!

Von allen mitgeteilten Examensergebnissen erhalten die 3 Besten von uns jeweils eine Flasche Champagner zugeschickt.

Verlosung: 3 mal Champagner

Alle anderen, die uns das Ergebnis Ihres 2. Examens mitteilen, nehmen automatisch an der nächsten Verlosung von 3 Flaschen Champagner teil.

Schicken Sie uns einfach eine E-Mail mit Ihrem Namen, Ihrer Examensnote, dem Bundesland, in

welchem Sie die Prüfung abgelegt haben und das Datum Ihrer mündlichen Prüfung.

Sobald die entsprechenden Angaben bei uns eingegangen sind, nehmen Sie automatisch an der nächsten „Champagner-Runde“ teil. Die Prämierungen der Besten und die Verlosungen finden jeweils im Februar und im August statt. Die Gewinner werden dann jeweils in der Februar- bzw. der August-Ausgabe der ZARA bekannt gemacht.

Teilnahmeberechtigt sind alle ehemaligen Assessorkurs Teilnehmer, die Ihr Examen **im Jahr 2007 oder danach** bestanden haben.

Zivilrecht

Gericht: BGH	Gebrauchtwagenkauf: Standzeit als Mangel	BGB § 434
Aktenzeichen: VIII ZR 34/08		
Datum: 10.03.2009		

	Bei der Frage, ob ein verkaufter älterer Gebrauchtwagen wegen einer zuvor längeren Standzeit frei von Sachmängeln ist, kommt es grundsätzlich nicht auf die Standzeit als solche an, sondern darauf, ob bei dem Fahrzeug keine standzeitbedingten Mängel vorliegen. Ob sich derartige Mängel einstellen, hängt insbesondere davon ab, unter welchen Bedingungen und mit welchen Vorsorgemaßnahmen ein stillgelegtes Fahrzeug abgestellt wird.
---	---

Sachverhalt: Der Kläger betreibt einen Autohandel und verkaufte dem Beklagten am 14.09.2006 einen Chevrolet Van 20 zum Preis von 13.900 Euro. Das damals rund zehn Jahre alte Fahrzeug war vor dem Verkauf für 19 Monate stillgelegt gewesen. Daraufhin verweigerte die Zulassungsstelle wegen überzogener Stilllegungsfristen die erneute Zulassung.

Der Kläger holte das für die Zulassung erforderliche Gutachten ein und forderte den Beklagten m 27.09.2006 zur Abholung und Bezahlung auf. Der Beklagte erklärte allerdings den Rücktritt vom Vertrag und berief sich unter anderem auf ein Fixgeschäft.

Nach vergeblicher Fristsetzung erklärte auch der Kläger den Rücktritt vom Vertrag und forderte insgesamt 2.255,80 Euro vom Beklagten. Das AG gab der Klage statt; das LG wies sie ab. Auf die Revision des Klägers hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

Lösung:

Da an dem verkauften Fahrzeug kein Sachmangel im Sinn des § 434 Abs.1 BGB vorlag, konnte der Beklagte nicht vom Vertrag zurücktreten.

Es lässt sich nicht feststellen, dass eine Standzeit von 19 Monaten bei einem Gebrauchtfahrzeug eine Beschaffenheit darstellt, die nicht mehr üblich ist und die der Käufer nicht erwarten musste. Eine allgemeingültige Bestimmung, welche Standzeit üblich ist, kann nicht getroffen werden, weil die Standzeit eines Gebrauchtwagens stark von der jeweiligen Marktlage abhängt. Außerdem lässt sich allein auf statistischer Grundlage keine Aussage dazu treffen, welche Käufererwartung hinsichtlich der Standzeit objektiv berechtigt ist. Die Standzeit des Fahrzeugs ist für den Gebrauchtwagenkäufer nicht als solche, sondern allein im Hinblick auf mögliche standzeitbedingte Schäden von Interesse.

Ob sich derartige Mängel einstellen, hängt insbesondere davon ab, unter welchen Bedingungen und mit welchen Vorsorgemaßnahmen ein stillgelegtes Fahrzeug abgestellt wird. Geschieht dies unter ungünstigen Bedingungen, ohne fachmännische Vorbereitung, können schon nach kurzer Standzeit Korrosions- und andere Schäden auftreten. Umgekehrt kann bei fachmännischem Vorgehen der Zustand eines auch längere Zeit stillgelegten Fahrzeugs besser sein als der von gleichaltrigen Fahrzeugen ohne Standzeit.

Somit ist hinsichtlich der Frage, ob ein verkaufter älterer Gebrauchtwagen wegen einer dem Verkauf vorausgegangen längeren Standzeit im Sinn von § 434 Abs.1 S.2 Nr.2 BGB frei von Sachmängeln ist, – anders als bei der Standzeit eines Jahreswagens bis zum Zeitpunkt seiner Erstzulassung – grundsätzlich nicht auf die Standzeit als solche abzustellen. Vielmehr kommt es darauf an, ob bei dem Fahrzeug keine Mängel vorliegen, die auf die Standzeit zurückzuführen sind und die gleichartige Fahrzeuge ohne entsprechende Standzeit üblicherweise nicht aufweisen.

Da das LG offen gelassen hatte, ob ein Fixgeschäft im Sinn des § 323 Abs.2 Nr.2 BGB vorlag, muss es im weiteren Verfahren gegebenenfalls erforderliche Feststellungen nachholen.

Gericht: BGH	Ebay-Nutzer haften für Missbrauch bei ungeschütztem Konto	MarkenG
Aktenzeichen: I ZR 114/06		§ 14
Datum: 11.03.2009		

	Inhaber von Mitgliedskonten bei der Internet-Auktionsplattform eBay haften dafür, dass andere Personen unter Nutzung ihrer unzureichend vor Zugriffen Dritter geschützten Konten Waren anbieten und dabei Urheber- und Wettbewerbsrechte verletzen. Der Zurechnungsgrund für diese Haftung besteht in der vom Inhaber des Mitgliedskontos geschaffenen Gefahr einer Unklarheit darüber, wer unter dem betreffenden Mitgliedskonto bei eBay gehandelt hat und im Fall einer Vertrags- oder Schutzrechtsverletzung in Anspruch genommen werden kann.
---	--

Sachverhalt: Der Beklagte war eBay-Nutzer und dort unter einem Mitgliedsnamen registriert. Im Juni 2003 wurde unter diesem Mitgliedsnamen ein Halsband zum Mindestgebot von 30 Euro angeboten. In der Beschreibung hieß es unter anderem: "... Halsband, Art Cartier ... Mit kl. Pantere, tupische simwol fon Cartier Haus ...".

Die Klägerinnen sahen darin eine Verletzung ihrer Marke "Cartier", eine Urheberrechtsverletzung sowie einen Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Sie verklagten den Beklagten auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht. Der Beklagte war der Ansicht, er sei nicht dafür verantwortlich, weil seine aus Lettland stammende Ehefrau sein Mitgliedskonto bei eBay ohne sein Wissen zum Verkauf persönlicher Gegenstände benutzt und dabei das Schmuckstück versteigert habe.

LG und OLG wiesen die Klage ab. Auf die Revision der Klägerinnen hob der BGH die Urteile auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

Lösung:

Der Beklagte haftet gegenüber den Klägerinnen wegen Schutzrechtsverletzung sowie Wettbewerbsverstoßes. Zwar scheidet eine Haftung des Beklagten als Mittäter oder Teilnehmer mangels Vorsatzes für die von seiner Ehefrau möglicherweise begangenen Rechtsverletzungen aus. Doch hatte er nicht hinreichend dafür gesorgt, dass diese keinen Zugriff auf die Kontrolldaten seines Mitgliedskontos erlangen konnte und kann deshalb wegen Verletzung eines Schutzrechts und Verstoßes gegen den Wettbewerb zur Verantwortung gezogen werden. Benutzt ein Dritter ein fremdes Mitgliedskonto bei eBay, nachdem er an die Zugangsdaten gelangt ist, weil der Inhaber diese nicht hinreichend vor dem Zugriff Dritter gesichert hat, muss der Inhaber des Mitgliedskontos sich so behandeln lassen, als wenn er selbst gehandelt hätte. Der selbständige Zurechnungsgrund für diese Haftung besteht in der vom Inhaber des Mitgliedskontos geschaffenen Gefahr einer Unklarheit darüber, wer unter dem betreffenden Mitgliedskonto bei eBay gehandelt hat und im Fall einer Vertrags- oder Schutzrechtsverletzung in Anspruch genommen werden kann.

Gericht: BGH	Kündigung zur wirtschaftlichen Verwertung bei Abriss und Neubau	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 7/08		§ 573 II Nr. 3
Datum: 29.01.2009		

	Eigentümer maroder Mietshäuser dürfen wegen eines geplanten Abrisses ihrem Mieter kündigen. Voraussetzung: Eine Sanierung wäre wirtschaftlich sinnlos. Der Vermieter darf nicht an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung gehindert werden.
---	---

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

Lösung:

Die KI. 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 KI 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 KI. 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 KI. 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 KI. 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 Beispielsfall für eine Verwertungskündigung angeführt. In Anbetracht dieser Umstände lässt die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass eine Fortsetzung der Mietverhältnisse für die KI. zu erheblichen Nachteilen i. S. des § 573 11 Nr. 3 BGB führen würde, keine Rechtsfehler erkennen ... (BGH aaO)

Gericht: BGH	Wirkung der Vormerkung bei unechtem Vertrag zugunsten Dritter	BGB
Aktenzeichen: V ZR 137/07		§§ 883, 885,
Datum: 10.10.2008		888

	<ol style="list-style-type: none"> 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)

Sachverhalt: 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 O 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 O in das Grundbuch „als Berechtigte der Auflassungsvormerkung gemäß Bewilligung vom 28.02.2005“ eingetragen. O hat von B die Zustimmung zur Löschung der Sicherungshypotheken verlangt.

Hat sie hierauf einen Anspruch?

Lösung:

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, § 883 Rn 20; Staudinger/Gursky, § 883 Rn 71). Das Vorliegen eines solchen Vertrags hat das BerG er. 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 unechten 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 11 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 Beingetragene 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.

Gericht: BGH	Haftungsprivileg von Kindern im Straßenverkehr	BGB
Aktenzeichen: VI ZR 75/07		§ 828 II
Datum: 11.03.2008		

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
---	---

A. Grundlagenwissen: § 828 II BGB

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 1 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 1 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 II BGB.“

Der Haftungsausschluss des § 828 II 1 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 1 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)

Sachverhalt: 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?



LAW EVENT AM 5.3.2009

TAYLOR WESSING LLP

In Kooperation mit JuCon GbR und Jura Intensiv (SSK)

Im Rahmen des 1. Law Events der Kanzlei Taylor Wessing LLP konnten 19 aktuelle und ehemalige TeilnehmerInnen des juristischen Repetitoriums Jura Intensiv einen sehr authentischen Eindruck von der Arbeitsweise und der Unternehmensphilosophie von Taylor Wessing LLP gewinnen. Die Teilnehmer bekamen durch diese Veranstaltung ein schärferes Bild von international aufgestellten Kanzleien, oder zumindest von Taylor Wessing LLP.

Lösung:

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 Voraussetzungen 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 8jährigen 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 II 1 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 einer Schwebebahn 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 und NJW-RR 2005, 327).“ (BGH aaO) Hieraus ergibt sich aber nicht, dass eine Anwendung der Haftungsprivilegierung im ruhenden Verkehr grundsätzlich ausscheidet. Auch im Zusammenhang mit dem ruhenden Verkehrs 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 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; BGHZ 172, 83 = NJW 2007, 2113; NJW 2008, 147.“ (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 des Kindes durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe im motorisierten Straßenverkehr vor.“ (BGH aaO)

Gericht: BGH	Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 170/07		§ 179 III
Datum: 11.12.2008		

	Selbst wenn ein vollmachtloser Vertreter im Namen einer nicht existierenden Gesellschaft handelt, ist seine Haftung gemäß § 179 Abs.1 BGB bereits dann ausgeschlossen, wenn der Vertragspartner Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht hat. Dabei ist für den Haftungsausschluss nicht erforderlich, dass der Vertragspartner darüber hinaus auch Kenntnis davon hat, dass die vertretene Gesellschaft nicht existiert.
---	---

Sachverhalt: Die Klägerin war alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der A-GmbH. Sie verkaufte im April 2001 ihre Geschäftsanteile an die B-GmbH. Später griff sie den Kaufvertrag gerichtlich an und verpflichtete sich in einem Vergleich, ihre Geschäftsanteile zum Kaufpreis von 372.500 DM an die R-GbR zu übertragen, die angeblich aus den Gesellschaftern S., B. und R. bestand. Bei Vertragsschluss trat auf Verkäuferseite ein Rechtsanwalt mit der Erklärung auf, er handele "nicht für sich selbst im eigenen Namen, sondern als vollmachtloser Vertreter" für die Klägerin. Auf der Käuferseite trat der Beklagte auf, der ebenfalls erklärte, er handele "nicht für sich selbst im eigenen Namen, sondern als vollmachtloser Vertreter" der GbR.

Die Klägerin genehmigte die Erklärung ihres Rechtsanwalts. Für die Käuferseite legte der Beklagte eine von R. unterzeichnete Erklärung vor, in der dieser die Erklärungen des Beklagten bei Vertragsschluss genehmigte. R. zahlte auf den vereinbarten Kaufpreis 53.869 Euro. Die Zwangsvollstreckung gegen ihn verlief fruchtlos. Die Klägerin nahm daraufhin S. und B. wegen des Restkaufpreises in Anspruch. Die Klage wurde abgewiesen. Dabei stellte sich heraus, dass die GbR nie bestanden hatte.

Daraufhin nahm die Klägerin den Beklagten als vollmachtlosen Vertreter beim Abschluss des Kaufvertrags auf Schadensersatz in Höhe von 244.773 Euro in Anspruch. Das LG wies die Klage ab; das OLG gab dem Klageantrag dem Grunde nach statt. Auf die Revision des Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Klage ab.

Lösung:

Der Klägerin steht kein Schadensersatzanspruch gemäß § 179 I und II BGB gegenüber dem Beklagten zu.

Die Haftung des Beklagten gemäß § 179 III 1 BGB ist ausgeschlossen, da nach dieser Vorschrift der Vertreter nicht haftet, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Der Beklagte erklärte in dem Vertrag ausdrücklich, er handle für die Käufer "als vollmachtloser Vertreter". Damit hatte die Klägerin die zum Haftungsausschluss führende Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht des Beklagten.

Der Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Vertragspartner, der - wie die Klägerin - davon Kenntnis hat, dass er einen Vertrag mit einem vollmachtlos handelnden Vertreter schließt, auf das Wirksamwerden des Vertrages nicht vertrauen kann. Wer von der fehlenden Vertretungsmacht des Vertreters weiß, hat es selbst in der Hand, eine Klärung der Frage herbeizuführen. So hätte auch die Klägerin die vom Beklagten vertretene Gesellschaft, deren vermeintliche Gesellschafter im Vertrag namentlich aufgeführt waren, zur Erklärung über die Genehmigung auffordern können. Nicht erforderlich ist dabei, dass der Vertragspartner darüber hinaus auch Kenntnis davon hat, dass der Vertretene nicht existiert.

Dem vollmachtlosen Vertreter ist es gemäß § 242 BGB nur dann verwehrt, sich auf den Haftungsausschluss gemäß § 179 III 1 BGB zu berufen, wenn der andere Teil aufgrund besonderer Umstände - insbesondere entsprechender Erklärungen des Vertreters - auf das Wirksamwerden des Vertrages vertrauen durfte. Die schlichte Angabe im notariellen Vertrag, dass der Beklagte als vollmachtloser Vertreter für die im Vertrag genannte Gesellschaft handle, reicht hierfür allerdings nicht aus.

Vor allem für Referendare:

Gericht: BGH	Pfändungs- und Überweisungsbeschluss: Beurteilungszeitpunkt	ZPO
Aktenzeichen: VII ZB 16/08		§ 829, 835
Datum: 23.10.2008		

	<p>1. Die Nichtigkeit eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ist nur bei einem besonders schweren, offenkundigen Fehler anzunehmen.</p> <p>2. Das Abtretungsverbot des § 2 114 BetrVG ist ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB. Die sich hieraus ergebende zivilrechtliche Nichtigkeit der Abtretung ist für die Frage, ob der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss als staatlicher Hoheitsakt unwirksam ist, ohne Bedeutung.</p> <p>3. 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.</p> <p>4. Maßgebend ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Erinnerung, nicht diejenige zur Zeit der Pfändung oder der Einlegung der Erinnerung.</p>
---	---

A. Grundlagenwissen: Rechtsbehelfe gegen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss

Über den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses entscheidet nach § 828 I ZPO das Vollstreckungsgericht und dort nach § 20 Nr. 17 S. 1 RPflG der Rechtspfleger. Grundsätzlich kommen daher die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO, die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO und die Rechtspflegererinnerung nach § 11 II RPflG in Betracht.

I. Rechtsbehelfe gegen PfÜB

1. Rechtspflegererinnerung, § 11 II RPflG

Die Rechtspflegererinnerung kommt nur in Betracht, wenn der Rechtspfleger eine Entscheidung getroffen hat, gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist.

Gegen Entscheidungen ohne notwendige mündliche Verhandlung im Vollstreckungsverfahren ist die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO statthaft. Liegt keine Entscheidung vor, so ist die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO gegeben.

Da für die Entscheidung über einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss keine mündliche Verhandlung vorgesehen ist, der Schuldner nach § 834 ZPO noch nicht einmal anzuhören ist, scheidet die Rechtspflegererinnerung aus.

2. Abgrenzung zwischen § 766 ZPO und § 793 ZPO

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine Vollstreckungsmaßnahme vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO anzuwenden.

Fraglich ist dabei allerdings, wann von einer Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO auszugehen ist.

Eine Entscheidung liegt nach h.M. dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den Gegner angehört hat oder einen Antrag des Gläubigers ablehnt. Ist die Anhörung unterblieben, obwohl sie gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 850b 111 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)

Sachverhalt: 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 0 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.

Lösung:

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, § 829 Rn. 29; Zöller/Stöber, ZPO, § 829 Rn 24, 27; Stöber, Forderungspfändung, Rn 748, 750). Ein besonders schwerer, offenkundiger Fehler,

der Nichtigkeit zur Folge haben könnte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 - IX ZR 226191, 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, § 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, 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 Vol/recht erstarkt ist (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, § 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, Rn 892 a. 920, 872; vgl. auch Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 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, § 766 Rn 27; Schuschke/Walker/Walker, ZPO, § 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)

Strafrecht

Gericht: BVerfG	Rspr. zur „Rügeverkümmern“ verfassungsgemäß	StPO § 274
Aktenzeichen: 2 BvR 2044/07		
Datum: 15.01.2009		

	<p>Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der "Rügeverkümmern" im Strafverfahren wahrt die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfindung und begegnet auch im Hinblick auf die Beschuldigtenrechte auf ein faires Verfahren und auf effektiven Rechtsschutz keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.</p>
--	--

Sachverhalt: Der Beschwerdeführer war wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt worden. In der Revision machte er mit einer Verfahrensrüge geltend, der Anklagesatz sei in der tatrichterlichen Hauptverhandlung nicht verlesen worden. Zum Beweis berief sich der Beschwerdeführer auf das Sitzungsprotokoll, in der die Verlesung des Anklagesatzes nicht beurkundet war. Der Vorsitzende der Strafkammer leitete daraufhin ein Protokollberichtigungsverfahren ein. Nachdem sämtliche Kammermitglieder, die Urkundsbeamtin und der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft erklärt hatten, dass der Anklagesatz tatsächlich verlesen worden sei, wurde das Protokoll entsprechend berichtigt.

Der für die Revision zuständige 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hielt die Verfahrensrüge für unbegründet, weil er die Protokollberichtigung als beachtlich ansah. An der beabsichtigten Verwerfung der Revision sah der Senat sich indes durch die bis dahin praktizierte Rechtsprechung zum "Verbot der Rügeverkümmern" gehindert.

Nach dieser bereits durch das Reichsgericht begründeten Rechtsprechung war eine Berichtigung des tatrichterlichen Protokolls für das Revisionsgericht ausnahmsweise unbeachtlich, wenn durch die Protokollberichtigung einer bereits erhobenen Verfahrensrüge die Grundlage im Protokoll entzogen wurde.

Der 1. Strafsenat legte daher dem Großen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs die Sache zur Entscheidung vor. Dieser rückte von der bisherigen Rechtsprechung zum "Verbot der Rügeverkümmernng" ab und erkannte, dass durch eine zulässige Berichtigung des Protokolls auch zum Nachteil des Beschwerdeführers einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen werden kann.

Die Urkundspersonen hätten im Vorfeld einer rügeverkümmernnden Protokollberichtigung allerdings den Beschwerdeführer anzuhören und - wenn dieser der Protokollberichtigung substantiiert widerspreche – die Protokollberichtigungsentscheidung zu begründen. Die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung unterliege im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht, wobei im Zweifel das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung gelte. Auf der Grundlage dieser neuen Rechtsprechung zur Rügeverkümmernng verwarf der 1. Strafsenat die Revision des Beschwerdeführers als unbegründet.

Lösung:

Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers wies der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit folgender Begründung zurück:

Die Revisionsentscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs wahrt die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfindung. Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs ist in vertretbarer Weise davon ausgegangen, dass die Strafprozessordnung im Hinblick auf die Zulässigkeit und Beachtlichkeit "rügeverkümmernnder" Protokollberichtigung eine Lücke aufweist, und hat diese Lücke in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise ausgefüllt.

Die neue Rechtsprechung zur "Rügeverkümmernng" steht auch mit den Beschuldigtenrechten auf effektiven Rechtsschutz und auf ein faires Verfahren im Einklang. Sie gewährt dem Angeklagten effektiven Schutz vor unberechtigten Protokollberichtigungen. Zudem ermöglicht die Zulassung "rügeverkümmernnder" Protokollberichtigungen es den Gerichten, dem Phänomen der unwahren, auf das Protokoll gestützten Verfahrensrüge zu begegnen. Sie trägt damit dem verfassungsrechtlichen Anliegen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, dem Beschleunigungsgrundsatz und dem Gesichtspunkt des Opferschutzes Rechnung.

Im Einzelnen liegen der Entscheidung folgende Erwägungen zu Grunde:

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beachtlichkeit nachträglicher Protokollberichtigungen begegnet im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfindung keinen Bedenken. Die Auffassung der Revisionsgerichte, die Strafprozessordnung weise in Bezug auf die Zulässigkeit nachträglicher Protokollberichtigungen eine planwidrige Regelungslücke auf, ist nicht zu beanstanden. Das Gesetz selbst enthält keine Regelung zur nachträglichen Protokollberichtigung und auch den Motiven zur Strafprozessordnung sind insoweit keine eindeutigen Hinweise zu entnehmen. Die Motive erwähnen den Fall der nachträglichen Protokollberichtigung nicht.

Die neue Rechtsprechung setzt sich auch insoweit nicht über die in § 274 StPO niedergelegten Entscheidungen des Gesetzgebers hinweg, als sie annimmt, die ausschließliche Beweiskraft nach § 274 StPO gehe im Falle einer nachträglichen Protokollberichtigung grundsätzlich auf die berichtigte Fassung des Protokolls über. Der grundsätzliche Übergang der Beweiskraft auf die berichtigte Protokollfassung steht nicht im Widerspruch zu § 274 StPO. § 274 Satz 1 StPO spricht davon, dass die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch "das Protokoll" bewiesen werden kann, und lässt damit offen, welcher Protokollfassung - der ursprünglichen oder der berichtigten - im Falle einer nachträglichen Protokollberichtigung die ausschließliche Beweiskraft zukommen soll.

Auch die im Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vorgesehene Regelung, wonach die Beachtlichkeit rügeverkümmernnder Protokollberichtigungen im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt, wahrt die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfindung. Nach § 274 StPO darf zwar die Beachtung dieser Förmlichkeiten grundsätzlich nicht zum unmittelbaren Gegenstand von Beweiserhebungen im Rechtsmittelzug gemacht werden. Die Möglichkeit einer solchen Beweiserhebung unmittelbar über wesentliche Förmlichkeiten des Hauptverfahrens wird indes durch die neue Rechtsprechung nicht eröffnet. Vielmehr sind die Revisionsgerichte lediglich zu einer Überprüfung der "Beachtlichkeit der

Protokollberichtigung" befugt und verpflichtet. Nur in diesem Rahmen haben die Revisionsgerichte auch die Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten des Hauptverfahrens zu überprüfen.

Der Bundesgerichtshof hat die Grenzen richterlicher Rechtsfindung auch nicht überschritten, indem er das Verbot der Rügeverkümmern aufgegeben hat. Es gehört zu den anerkannten Aufgaben der Rechtsprechung, im Rahmen der Gesetze von ihr als rechtsgrundsätzlich aufgestellte Rechtssätze zu überprüfen und sie, wenn erforderlich, weiter zu entwickeln. Der Umstand, dass ein im Wege richterlicher Rechtsfindung gewonnener Rechtssatz über einen langen Zeitraum Beachtung fand, mag in die Entscheidung einfließen, ob es gerechtfertigt ist, einen abweichenden Rechtssatz aufzustellen, er verleiht indes dem bisherigen Rechtssatz keine höhere Wertigkeit oder gar eine verfassungsrechtlich erhebliche Bestandsgarantie.

Der angegriffene Revisionsverwerfungsbeschluss verletzt den Beschwerdeführer auch nicht in seinen Rechten auf effektiven Rechtsschutz und auf ein faires Verfahren. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht - auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte - ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.

Im Rahmen dieser Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen. Das Rechtsstaatsprinzip, das die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, fordert nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. Es gestattet und verlangt auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.

Bei der Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren ist auch der verfassungsrechtliche Beschleunigungsgrundsatz zu berücksichtigen. Eine funktionstüchtige Strafrechtspflege erfordert nicht nur die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs überhaupt, sondern auch eine Durchsetzung innerhalb so kurzer Zeit, dass die Rechtsgemeinschaft die Strafe noch als Reaktion auf geschehenes Unrecht wahrnehmen kann.

Nach diesen Grundsätzen begegnet der angegriffene Revisionsverwerfungsbeschluss keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Zulassung rügeverkümmern Protokollberichtigungen ermöglicht den Gerichten, dem Phänomen der unwahren, auf das Protokoll gestützten Verfahrensrüge zu begegnen, und trägt damit dem verfassungsrechtlichen Anliegen einer effektiven Strafverfolgung, dem Beschleunigungsgrundsatz und dem Gesichtspunkt des Opferschutzes Rechnung. Die neue Rechtsprechung gewährt dem Angeklagten und Revisionsführer effektiven Schutz vor unberechtigten Protokollberichtigungen durch ein zu beachtendes Berichtigungsverfahren und eine Prüfungspflicht des Revisionsgerichts. Im Übrigen ergibt eine Gesamtbetrachtung der strafrechtlichen Revision, dass deren Koordinatensystem sich in den letzten Jahren und Jahrzehnten keineswegs einseitig zu Lasten des Beschuldigten verschoben hat. Vielmehr stellt sich die Aufgabe des Verbots der Rügeverkümmern als Teil einer Gesamtentwicklung des Revisionsrechts dar, durch die die Gesichtspunkte der materiellen Wahrheit und der Einzelfallgerechtigkeit in den Vordergrund der revisionsgerichtlichen Überprüfung gerückt wurden.

Sondervotum des Vizepräsidenten Voßkuhle, der Richterin Osterloh und des Richters Di Fabio

Vizepräsident Voßkuhle, Richterin Osterloh und Richter Di Fabio sind der Auffassung, der Senat verkenne die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfindung. (...) Klar erkennbare gesetzgeberische Regelungskonzepte seien vom Richter zu respektieren. (...) habe der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten, indem er ein Protokollberichtigungsverfahren mit der möglichen Rechtsfolge der Beachtlichkeit der berichtigten Fassung im Revisionsverfahren eingeführt und dadurch die in § 274 StPO klar zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Konzeption durch seine eigene, als vorzuzugswürdig empfundene Konzeption ersetzt habe. (...)

Sondervotum des Richters Gerhard

Richter Gerhard stimmt der Entscheidung des Senats im Ergebnis zu, ist aber der Meinung, dass der Senat mit seinen Erwägungen zur Wahrung der Grenzen richterlicher Rechtsfindung die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts überschritten hat. Die Auslegung von Gesetzen und die Fortbildung des Rechts seien den in ein komplexes Rechtsmittelsystem eingebundenen Fachgerichten übertragen. Dieses System stelle - auch praktisch - sicher, dass Grundsatzfragen nicht in richterlicher "Selbstherrlichkeit", also ohne die Bereitschaft, sich Recht und Gesetz zu unterwerfen, entschieden würden. Es sei nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, sich in die Rolle der Superrevisionsinstanz zu begeben und die Entscheidung eines obersten Bundesgerichts nachvollziehend auf ihre Vereinbarkeit mit dem, was das Bundesverfassungsgericht selbst und unter Umständen mit erheblichem Aufwand zur Rechtslage ermittelt habe, zu überprüfen.

Hansa Capital GmbH & Co. KG

Ihr überregionaler Finanz- und Versicherungsmakler



Mit über 10 Jahren Finanzdienstleistungserfahrung sind wir mit den Details juristischer Karrieren vertraut wie kaum ein anderer. Im Zentrum unserer Aktivitäten steht die Lebens begleitende Beratung und Betreuung. Angefangen mit zielgerichteten Informationen zum Studium, zum Berufseinstieg und zur Karriere, bieten wir Ihnen ein ganzheitliches Vorsorge- und Vermögensmanagement.

Als Makler vergleichen wir für Sie Preise und Leistungen und bringen Transparenz in den unübersichtlichen Markt aus Anbietern, Produkten, Tarifen und Bedingungen.

Zu unserem Leistungsspektrum zählen u.a. die Sparten:
Berufshaftpflichtversicherung, private Krankenversicherung,
Berufsunfähigkeitsversicherung, Altersvorsorge, Sachversicherungen,
Geldanlage, Immobilien- und Existenzgründungsfinanzierungen.

Die Hansa Capital GmbH & Co. KG ist umgezogen und ist nun direkt im Rhein-Main-Gebiet ansässig.

Damit stehen Ihnen unsere Dienstleistungen noch direkter zur Verfügung und wir können sie noch persönlicher betreuen.

Wenden Sie sich vertrauensvoll an uns.

Dipl.-Kfm. Jens Ohlrogge
Bankkaufmann
Geschäftsführer

Hansa Capital GmbH & Co. KG
Hagenauer Strasse 42 Trias Forum
65203 Wiesbaden

Telefon: 0611/2386034
ohlrogge@hansa-capital.de
www.hansa-capital.de

Öffentliches Recht

Gericht: BVerfG	Eilantrag gegen BayVersG teilweise erfolgreich	GG Art. 8 I
Aktenzeichen: 1 BvR 2492/08		
Datum: 17.02.2009		

	<p>1. Artikel 21 Nummer 1, 2, 7, 13 und 14 des Bayerischen Versammlungsgesetzes vom 22. Juli 2008 (GVBl S. 421) wird einstweilen außer Kraft gesetzt.</p> <p>2. Artikel 9 Absatz 2 Satz 2 des Bayerischen Versammlungsgesetzes ist einstweilen mit der Maßgabe anzuwenden, dass zugleich die Voraussetzungen des Artikel 9 Absatz 1 Satz 1 des Bayerischen Versammlungsgesetzes vorliegen müssen. Eine Auswertung der Übersichtsaufzeichnungen ist nur unverzüglich nach Beendigung der Versammlung zulässig. Soweit danach die Daten nicht in Bezug auf einzelne Personen zur Verfolgung von Straftaten im Zusammenhang mit der aufgezeichneten Versammlung oder zur Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren gemäß Artikel 9 Absatz 4 Satz 1 Nummer 2 des Bayerischen Versammlungsgesetzes benötigt werden, müssen sie innerhalb von zwei Monaten gelöscht oder irreversibel anonymisiert werden. Soweit Artikel 9 Absatz 2 und 4 des Bayerischen Versammlungsgesetzes weitergehende Nutzungen zulässt, wird die Vorschrift einstweilen außer Kraft gesetzt.</p> <p>3. Artikel 9 Absatz 2 Satz 1 des Bayerischen Versammlungsgesetzes ist einstweilen mit der Maßgabe anzuwenden, dass Übersichtsaufnahmen zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes nur zulässig sind, wenn sie wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Versammlung im Einzelfall erforderlich sind.</p>
---	---

Sachverhalt: Die Beschwerdeführer begehren mit ihrem Eilantrag, das Bayerische Versammlungsgesetz (BayVersG) vom 22. Juli 2008 (GVBl S. 421) als Ganzes, mit Ausnahme von Art. 15 Abs. 2 Nr. 1a und 2 sowie -bezogen hierauf - Abs. 3 BayVersG, bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde einstweilen außer Kraft zu setzen. Dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung liegt eine Verfassungsbeschwerde mehrerer Landesverbände von Gewerkschaften und Parteien sowie anderer nichtstaatlicher Organisationen gegen annähernd das gesamte BayVersG zugrunde. Die Beschwerdeführer rügen einen versammlungsfeindlichen Charakter des Gesetzes als Ganzes sowie seiner Regelungen im Einzelnen. Die Vorschriften führten zu bürokratischer Gängelei und Kontrolle der Bürger, die von der Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit abschreckten. Ausdrücklich ausgenommen von den Angriffen sind allerdings die Vorschriften, die spezifischen Gefahren rechtsextremistischer Versammlungen begegnen sollen (Art. 15 Abs. 2 Nr. 1a und 2 BayVersG).

Lösung:

Dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist teilweise stattzugeben.

1. Gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erwiese sich von vornherein als insgesamt unzulässig oder offensichtlich unbegründet.

2. Die Verfassungsbeschwerde ist weder offensichtlich unzulässig noch offensichtlich unbegründet. Die angegriffenen Vorschriften werfen Rechtsfragen auf, die sich aus der bisherigen Rechtsprechung nicht ohne weiteres beantworten lassen. Das Bayerische Versammlungsgesetz versteht sich als Verwirklichung eines eigenständigen rechts- und ordnungspolitischen Konzepts, das gezielt dem Versammlungsrecht eigene Akzente verleihen will. Es knüpft zwar vielfach an bestehende Regelungen an, sucht hierbei aber mit den im vorliegenden Verfahren angegriffenen Normen bewusst, diese weiterbildend zu konkretisieren und bisher offene Streitfragen zu klären. Dabei stellt es in verschiedenen Regelungen erhöhte Anforderungen an die Veranstaltung von Versammlungen. So sind die Bekanntmachungs- und Anzeigepflichten ausführlicher und formalisierter gestaltet als nach bisher geltendem Recht, die Anforderungen an die Versammlungsleitung erhöht, ein allgemeines Militanzverbot eingeführt, der Katalog für polizeiliche Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen erweitert sowie daran anknüpfend zahlreiche neue Ordnungswidrigkeitstatbestände unmittelbar für Verstöße gegen gesetzliche Ge- und Verbote in das Versammlungsrecht aufgenommen worden. All diese Regelungen betreffen unmittelbar die Ausübung des durch Art. 8 Abs. 1 GG gewährleisteten Versammlungsrechts und werfen verfassungsrechtliche Fragen auf, die noch nicht abschließend geklärt sind. Für die Erfolgsaussichten wird es

darauf ankommen, ob und gegebenenfalls mit welchen Maßgaben diese Begrenzungen, in denen die Beschwerdeführer einen grundlegenden Paradigmenwechsel hin zu einem Präventionskonzept sehen, mit der Versammlungsfreiheit vereinbar sind. Es wird hierbei auf die Bedeutung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Anmelde- und Erlaubnisfreiheit von Versammlungen einzugehen sein und auf die Frage, ob derartige Pflichten für alle Arten von Versammlungen, unabhängig von ihrem Gefahrenpotential und ihrer Größe, gleich zu beurteilen sind. Zu klären ist weiter, welche Bestimmtheitsanforderungen an versammlungsbezogene Pflichten zu stellen sind und welche Bedeutung hierbei deren Konkretisierung durch Verwaltungsakt beziehungsweise deren Sanktionierung durch Bußgeldvorschriften zukommt. Auch werfen die angegriffenen Vorschriften ungeklärte Fragen zu den Anforderungen an die Erhebung und Nutzung von Daten im Zusammenhang mit Versammlungen auf wie insbesondere die Anfertigung, Speicherung und Nutzung von Übersichtsaufzeichnungen, mit welchen insbesondere auch nichtstörende Versammlungsteilnehmer erfasst werden, sowie die Heimlichkeit von Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen. All diese Fragen bedürfen näherer Prüfung und sind dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

3. Kann, wie hier, nicht festgestellt werden, dass die Verfassungsbeschwerde insgesamt von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist und muss der Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens folglich als offen angesehen werden, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde später aber Erfolg hätte, gegen die Nachteile abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben. Das Bundesverfassungsgericht darf von seiner Befugnis, das Inkrafttreten eines Gesetzes zu verzögern oder ein in Kraft getretenes Gesetz wieder außer Kraft zu setzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist. Ein Gesetz darf deshalb nur dann vorläufig außer Kraft gesetzt werden, wenn die Nachteile, die mit seiner Geltung nach späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit verbunden wären, ganz besonderes Gewicht haben und in Ausmaß und Schwere deutlich die Nachteile überwiegen, die im Falle der vorläufigen Außerkraftsetzung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes eintreten.

4. Nach diesen Maßstäben ist dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung teilweise stattzugeben. Die Folgenabwägung ergibt, dass die Bußgeldvorschriften des Art. 21 Nr. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG einstweilen außer Kraft zu setzen sind (a). Demgegenüber ist eine einstweilige Außerkraftsetzung der mit diesen Vorschriften korrespondierenden verwaltungsrechtlichen Pflichten gemäß Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 und 2 BayVersG nicht geboten (b). Mit einschränkenden Maßgaben zu versehen ist hingegen weiterhin die Anwendung des Art. 9 Abs. 2 und 4 BayVersG (c), nicht aber des Art. 9 Abs. 3 BayVersG (d).

a) Die genannten Vorschriften erheben den Verstoß gegen weitreichende versammlungsrechtliche Mitwirkungspflichten und Verbote unmittelbar zu einer Ordnungswidrigkeit. Die Verhängung einer Geldbuße bedeutet dabei die Verhängung einer repressiven Sanktion, verbunden mit dem staatlichen Tadel rechtswidrigen vorwerfbareren Fehlverhaltens (vgl. § 1 Abs. 1 OWiG). Zwar bleibt der mit einer Ordnungswidrigkeit erhobene Schuldvorwurf gegenüber Sanktionen, die als Strafe ausgestaltet sind, deutlich zurück. Jedoch liegt auch in der Belegung mit einer Geldbuße eine nachdrückliche Pflichtenmahnung und eine förmliche Missbilligung des Betroffenen als der Rechtsgemeinschaft verantwortlicher Person. Die Wirkung der Bußgeldbewehrung unterscheidet sich damit grundlegend von der Statuierung allein verwaltungsrechtlicher Pflichten und Verbote. Diese werden gegenüber dem Bürger grundsätzlich auf der Grundlage eines Verwaltungsakts durchgesetzt. Was in der jeweiligen Situation für den Einzelnen verbindlich ist, wird damit zunächst einzelfallbezogen festgestellt und dem Bürger, Rechtsklarheit schaffend und mit Rechtsmitteln überprüfbar, vor Augen gehalten. Die jeweiligen Rechtspflichten werden so durch die Verwaltung für den Einzelnen konkretisiert, ohne dass ein Schuldvorwurf erhoben wird. Das Risiko der Unkenntnis oder der Fehleinschätzung von Rechtspflichten angesichts der jeweiligen Umstände wird dem Bürger damit weitgehend genommen. Diese rechtsstaatliche Funktion des Verwaltungsakts ist gerade in Bezug auf die hier in Rede stehenden Pflichten - unbeschadet der erst im Hauptsacheverfahren zu entscheidenden Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit - von Bedeutung. Denn diese sind vom Gesetzgeber teils detailgenau ausdifferenziert, teils konkretisierungsbedürftig offen ausgestaltet und setzen damit fachliche Kenntnisse oder adäquate Situationseinschätzungen voraus. Dass sich darüber Unsicherheiten und Fehleinschätzungen hinsichtlich der im Einzelfall geltenden Anforderungen auch für Bürger ergeben können, die sich rechtstreu verhalten wollen, liegt nicht fern. So bezieht sich die Pflicht zur Angabe von Ort, Zeit, Thema sowie Namen des Veranstalters bei einer Einladung oder Bekanntgabe auf jede öffentliche Versammlung ab zwei

Personen, unabhängig davon, ob sie klein oder groß ist, im Freien oder in geschlossenen Räumen stattfindet, spontan oder geplant abgehalten wird (Art. 3 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 BayVersG). Jede offene Einladung zu einem politischen Stammtisch seitens einer Studentengruppe oder zu einer öffentlichen Diskussion in arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen kann hiervon betroffen sein. Auch wenn die erforderlichen Angaben für sich gesehen einfach sind, kann die Frage, was als Einladung oder Bekanntmachung zu qualifizieren ist, welche Genauigkeit erforderlich ist oder wie die Angaben bei zeitgemäßen Formen der elektronischen Kommunikation - wie SMS - zu gewährleisten sind, ernsthaft fraglich sein. Vielfach werden sich Veranstalter - bei denen keine Verwaltungsrechtskenntnisse vorausgesetzt werden können - solche Fragen überhaupt nicht stellen. Entsprechendes gilt für die Anzeigepflichten des Art. 13 Abs. 1 BayVersG und die in Bezug genommenen Anforderungen des Absatzes 2. Wann Angaben etwa zum beabsichtigten Ablauf der Versammlung vollständig sind (Abs. 2 Satz 1 Nr. 6) oder wann unverzüglich mitzuteilende Änderungen rechtzeitig übermittelt werden (Abs. 2 Satz 3), ist wertungsabhängig und konkretisierungsbedürftig. Erst recht beruhen die Pflichten des Versammlungsleiters nach Art. 4 Abs. 3 BayVersG auf unsicheren Einschätzungen. Was „geeignete Maßnahmen“ sind, um „Gewalttätigkeiten“ „aus der Versammlung heraus“ zu „verhindern“, und wann eine Versammlung mangels Durchsetzungsfähigkeit aufzulösen ist, ist von schwierigen Bewertungen in oftmals unübersichtlichen, volatilen und emotionsgeladenen Situationen abhängig. Nichts anderes gilt für die an den einzelnen Teilnehmer adressierte Pflicht, an Versammlungen nicht in einer Art und Weise teilzunehmen, die dazu beiträgt, dass die Versammlung ein bestimmtes Erscheinungsbild mit einschüchternder Wirkung erhält. Dabei wird die Konkretisierungsbedürftigkeit dieser Pflichten nicht dadurch gemindert, dass das Gesetz seiner Begründung nach vor allem auf die extremistischen Spektren abzielt (vgl. Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung, LTDrucks 15/10181, S. 1 f.). Eine Anknüpfung daran, ob Versammlungen links- oder rechtsradikales Gedankengut verbreiten, ist sowohl für die Schaffung als auch für die Auslegung von die Versammlungsfreiheit einschränkenden Vorschriften verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Die Anwendbarkeit von Bußgeldvorschriften, die den Verstoß gegen diese Pflichten zur Ordnungswidrigkeit erheben, wäre ein Nachteil von ganz besonderem Gewicht. Verbindet sich die Wahrnehmung des Versammlungsrechts in dieser Weise mit einem schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen, drohte dies der Inanspruchnahme eines elementaren demokratischen Kommunikationsgrundrechts die Unbefangenheit zu nehmen.

b) Eine vorläufige Außerkraftsetzung auch der den Bußgeldvorschriften zugrunde liegenden verwaltungsrechtlichen Ge- und Verbote selbst ist demgegenüber nicht geboten. Die strengen Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung unmittelbar gegen Gesetze liegen insoweit nicht vor. Eine solche hätte zur Folge, dass dem Bayerischen Versammlungsrecht bis zur Entscheidung über die Hauptsache an zentralen Vorschriften, wie etwa schon generell an einer Anzeigepflicht fehlte. Damit wäre eine sichere Wahrnehmung des Versammlungsrechts zumindest erheblich gefährdet. Das Bundesverfassungsgericht müsste wenigstens einige der angegriffenen Vorschriften durch eine gerichtliche Anordnung ersetzen. Das aber kann allenfalls in Sonderkonstellationen gerechtfertigt sein, die hier nicht gegeben sind.

c) Teilweise Erfolg muss der Antrag hingegen haben, soweit er sich auf Art. 9 Abs. 2 und 4 BayVersG erstreckt. Eine Folgenabwägung ergibt hier, dass die Nachteile einer vorläufigen Anwendbarkeit die Nachteile einer - sachlich beschränkten - vorläufigen Außerkraftsetzung überwiegen.

aa) Die Nachteile der uneingeschränkten vorläufigen Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 2 und 4 BayVersG sind gravierend: Bei jeder Versammlung muss jeder Teilnehmer damit rechnen, dass das gesamte Geschehen an eine Leitstelle übermittelt und zugleich aufgezeichnet wird. Art. 9 Abs. 2 Satz 1 BayVersG erlaubt zunächst Übersichtsaufnahmen (Kamera-Monitor-Übertragungen) von jeder Versammlung unabhängig von deren Größe und Gefahrenpotential, auch in geschlossenen Räumen, soweit dies nur dem Ziel der „Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes“ dient. Dass aus dieser Zielsetzung irgendeine tatbestandliche Begrenzung folgt oder folgen soll, ist nicht ersichtlich. Auch die Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BayVersG ist der Polizei praktisch immer erlaubt. Die gesetzliche Maßgabe, nach der die Übersichtsaufzeichnung zur „Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens“ erforderlich sein muss, begrenzt diese Befugnis nicht, da eine Auswertung des Polizeieinsatzes als solche rechtlich immer zulässig und auf eine Fixierung der Aufnahmen notwendigerweise auch angewiesen ist. Der Sache nach ermächtigt Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BayVersG zu einer anlasslosen Bildaufzeichnung des gesamten Versammlungsgeschehens. Dabei ist die Anfertigung solcher Übersichtsaufzeichnungen nach dem heutigen Stand der Technik für die Aufgezeichneten immer ein Grundrechtseingriff, da auch in Übersichtsaufzeichnungen die Einzelpersonen in der Regel individualisierbar mit erfasst sind Sie können, ohne dass technisch weitere Bearbeitungsschritte erforderlich sind, durch schlichte

Fokussierung erkennbar gemacht werden, so dass einzelne Personen identifizierbar sind. Ein prinzipieller Unterschied zwischen Übersichtsaufzeichnungen und personenbezogenen Aufzeichnungen besteht diesbezüglich, jedenfalls nach dem Stand der heutigen Technik, nicht. Eine solche anlasslose Datenbevorratung, die allein an die Wahrnehmung des Versammlungsrechts und damit an das Gebrauchmachen von einem für die demokratische Meinungsbildung elementaren Grundrecht anknüpft, führt zu durchgreifenden Nachteilen.

bb) Angesichts der besonders strengen Anforderungen an die vorläufige Außerkraftsetzung von Gesetzen ist allerdings nicht eine vollständige Außerkraftsetzung des Art. 9 Abs. 2 und 4 BayVersG geboten. Für eine vorläufige Regelung reicht es - in Anknüpfung an die herrschende Auffassung zu § 12a VersG - aus, die Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BayVersG unter die Bedingungen des Art. 9 Abs. 1 BayVersG zu stellen. Übersichtsaufzeichnungen sind danach nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von der Versammlung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Im Ergebnis können bei Versammlungen, von denen nach diesen Maßstäben eine Gefahr ausgeht, mittels Übersichtsaufzeichnungen auch die Bilddaten von rechtstreuen Versammlungsteilnehmern erhoben werden. Dies bleibt ein gewichtiger Nachteil, ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch im Respekt vor dem Gesetzgeber hinzunehmen. Durch die einstweilige Anordnung ist jedoch sicherzustellen, dass Teilnehmer nicht fürchten müssen, ihre Teilnahme werde über die konkrete Versammlung hinaus anlasslos festgehalten, und dass die Daten nicht für Zwecke genutzt werden, die mit der Versammlung in keinem Zusammenhang stehen. Es ist deshalb anzuordnen, dass eine Auswertung der Daten unverzüglich zu erfolgen hat. Soweit die Daten nach dieser Auswertung nicht in Bezug auf einzelne Personen zur Verfolgung von Straftaten im Zusammenhang mit der aufgezeichneten Versammlung oder zur Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BayVersG benötigt werden, müssen sie spätestens innerhalb von zwei Monaten gelöscht oder zumindest irreversibel anonymisiert werden. Von deutlich geringerem Gewicht sind demgegenüber die Nachteile von Übersichtsaufnahmen in Echtzeitübertragung, die nicht gespeichert werden und damit nur flüchtiger Natur sind.

d) Im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes nicht außer Kraft zu setzen ist schließlich Art. 9 Abs. 3 BayVersG. Zwar erlaubt dieser, wie der Verweis auf Art. 30 Abs. 3 BayPAG zeigt, unter Umständen auch verdeckte Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen, wodurch die Einschüchterungswirkung solcher Befugnisse nochmals verstärkt wird. Der durch Art. 9 Abs. 3 BayVersG in Bezug genommene Art. 30 Abs. 3 Satz 1 BayPAG verpflichtet jedoch die Behörden, Datenerhebungen grundsätzlich offen zu gestalten. Die Möglichkeit verdeckter Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen ist damit gesetzlich als enge Ausnahme gefasst. Ihre Handhabung muss dabei der grundlegenden Bedeutung des Art. 8 Abs. 1 GG Rechnung tragen und auf eng begrenzte Sondersituationen beschränkt bleiben. Für den Zeitraum bis zur Entscheidung in der Hauptsache ist diese Rechtslage, nicht zuletzt angesichts der insoweit unklaren bisherigen Rechtspraxis unter Geltung des Bundesversammlungsgesetzes, hinzunehmen. Der Erlass einer darüber hinausgehenden einstweiligen Anordnung ist mangels Dringlichkeit nicht geboten.

Gericht: VG Hannover	Zulassung zur Veranstaltung: Ausrichtung an Attraktivität zulässig	GewO
Aktenzeichen: 11 A 1537/07		§ 70
Datum: 09.12.2008		

	<ol style="list-style-type: none"> 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 § 70 111 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.
---	---

Sachverhalt: 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 § 70 111 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 berücksichtigt werden können. Hat die hiergegen nach erfolgloser Durchführung eines Widerspruchsverfahren gerichtete Klage Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

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

I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn alle allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen 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). 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 nachprüfaren Ermessen des Veranstalters (vgl. Nds. OVG, Urteil v. 16.06.2005 - 7 LC 201103 -, NVwZ-RR 2006, 117). § 70 III GewO gibt einen bestimmten Auswahlmodus nicht vor. Der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 713859, 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 aaO).“ (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 11462199 - 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 Geschäftes - eine gesicherte Zulassungschance (so auch: OVG NRW aaO: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn 19). 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 eingeräumten 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.

Anm.: 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.“

Gericht: BVerwG	Praktische Konkordanz: Sexualkunde und Erziehungsrecht	GG
Aktenzeichen: 6 B 64/07		Art. 4 I, 6 I,
Datum: 08.05.2008		II, 7 I

	<ol style="list-style-type: none"> 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 1 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)

Sachverhalt: 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?

Lösung:

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 § 43 111 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, 11 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; BVerfG in FamRZ 2006, 1094, und BVerfG in NVwZ 2008, 72 [73]).“ (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 [76 f.] = NJW 1978, 807; BVerwGE 57, 360 [364 f.] = NJW 1979, 1616). 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 KI. 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. Ein darüber hinausgehender allgemeiner Klärungsbedarf ist nicht erkennbar.“ (BVerwG aaO)

Vor allem für Referendare:

Gericht: OVG Lüneburg	Rechtsweg bei Feststellungsklage gegen Ratsbeschluss	VwGO
Aktenzeichen: 13 OB 31/08		§ 40 I
Datum: 17.03.2008		

	<p>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</p> <p>2. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die Handlungsform der öffentlichen Hand eindeutig öffentlich-rechtlich ist.</p> <p>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.</p>
---	---

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 ZOG 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 öffentlichrechtliche 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-Unterverhältnis 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 Kehrseitentheorie 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. Sei 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 Enteignungsentschädigung.

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)

Sachverhalt: Die Kirchengemeinde G in der Stadt B will K ein Grundstück veräußern. Der Rat der Stadt B in Niedersachsen hat beschlossen, dass sich die Kirchengemeinde K in dem Vertrag zur Errichtung einer Zisterne verpflichten 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 111 GVG den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet erklärt. Hiergegen ist die Stadt B mit einer sofortigen Beschwerde beim OVG Lüneburg vorgegangen.

Lösung:

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 Berichtstatters, 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 öffentlichrechtliche 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, § 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 ist eine Modalität, die den Vertrag nach seinem Vertragsgegenstand nicht zu einem öffentlichrechtlichen 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).

Arbeitsrecht

Gericht: BAG	ArbN können sich nicht auf Unwirksamkeit der Eigenkündigung berufen	BGB
Aktenzeichen: 2 AZR 894/07		§ 626
Datum: 12.03.2009		

	Auch eine vom Arbeitnehmer ausgesprochene außerordentliche Kündigung bedarf zwar nach § 626 Abs.1 BGB eines wichtigen Grundes. Fehlt dieser, kann aber regelmäßig nur der Arbeitgeber die Unwirksamkeit der Kündigung gerichtlich geltend machen. Dagegen verstößt der Arbeitnehmer mit einer Berufung auf die Unwirksamkeit der Kündigung in aller Regel gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger war bei der B. GmbH als Marketing- und Vertriebsleiter beschäftigt. Die B-GmbH befand sich seit August 2002 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. In der Folge kam es immer wieder zu Verzögerungen oder einem gänzlichen Ausfall der Gehaltszahlungen. Nachdem der Geschäftsführer der B. GmbH im August 2003 einen Insolvenzantrag gestellt hatte, kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der B. GmbH wegen der Gehaltsrückstände (in Höhe von rund 54.000 Euro) fristlos.

Der Kläger verlangte von der Beklagten die Zahlung dieser Gehaltsrückstände. Er behauptete, dass sein Arbeitsverhältnis im September 2003 im Wege des Betriebsübergangs auf die Beklagte übergegangen sei. Das Arbeitsverhältnis habe im Zeitpunkt des Betriebsübergangs ungekündigt fortbestanden, da seine zuvor ausgesprochene Eigenkündigung unwirksam gewesen sei. Es habe an einem wichtigen Grund im Sinn von § 626 Abs.1 BGB gefehlt, weil er die B-GmbH wegen der Gehaltsrückstände nicht abgemahnt habe. Im Übrigen habe er auch die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs.2 S.1 BGB nicht eingehalten.

Die Beklagte bestritt das Vorliegen eines Betriebsübergangs und machte außerdem geltend, dass eine Abmahnung entbehrlich gewesen sei.

Die Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

Lösung:

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der ausstehenden Gehälter. Dabei kann offen bleiben, ob ein Betriebsübergang im Sinn von § 613a BGB stattgefunden hat. Denn das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der B. GmbH ist jedenfalls schon vor einem etwaigen Betriebsübergang durch die vom Kläger ausgesprochene fristlose Kündigung beendet worden.

Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg auf die Unwirksamkeit seiner Kündigung berufen. Zwar gelten auch für vom Arbeitnehmer ausgesprochene außerordentliche Kündigungen die Wirksamkeitsanforderungen des § 626 BGB; die Kündigung muss also durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt sein und innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von den die Kündigung rechtfertigenden Tatsachen erklärt werden. Die Unwirksamkeit einer solchen arbeitnehmerseitigen außerordentlichen Kündigung kann aber regelmäßig nur der Arbeitgeber gerichtlich geltend machen.

Nimmt ein Arbeitgeber – wie hier – die schriftliche Eigenkündigung des Arbeitnehmers dagegen hin, so kann sich der Arbeitnehmer in aller Regel nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen. Anderenfalls verstößt er gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ("Venire contra factum proprium").

Gericht: BAG	Diskriminierungsverbot von Teilzeitbeschäftigten	TzBfG
Aktenzeichen: 10 AZR 338/08		§ 4 I 1
Datum: 18.03.2009		

	Eine tarifliche Funktionszulage für die Verrichtung bestimmter Tätigkeiten in einem gewissen Stundenumfang steht anteilig auch Teilzeitbeschäftigten zu, die den Stundenumfang nicht erreichen. Dies folgt aus § 4 I 1 TzBfG, wonach Teilzeitbeschäftigte beim Arbeitentgelt nicht benachteiligt werden dürfen. Dieses gesetzliche Diskriminierungsverbot müssen auch die Tarifvertragsparteien beachten.
---	---

Sachverhalt: Die Klägerin ist bei dem beklagten Einzelhandelsunternehmen in Teilzeit beschäftigt. Der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Manteltarifvertrag für den Einzelhandel in Sachsen-Anhalt sieht die Zahlung einer Funktionszulage von vier Prozent des Tarifgehalts vor, wenn die Arbeitnehmer im Wochendurchschnitt mehr als 24 Stunden an Ausgangskassen tätig sind. Die regelmäßige tarifliche Wochenarbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten beträgt 38 Stunden.

Die Klägerin beehrte auch für Monate, in denen sie weniger als 24 Stunden pro Woche an Ausgangskassen tätig war, die Zahlung einer (anteiligen) Funktionszulage. Diese stehe ihr jedenfalls dann zu, wenn der Anteil ihrer Tätigkeit an Ausgangskassen dem bei Vollzeitbeschäftigten erforderlichen Anteil entspreche. Soweit Teilzeitbeschäftigte von der Funktionszulage ausgeschlossen seien, liege ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus § 4 I 1 TzBfG vor.

ArbG und LAG wiesen die Klage ab. Auf die Revision der Klägerin hob das BAG die Vorentscheidung auf und gab der Klage statt.

Lösung:

Die Klägerin hat gegen die Beklagte für die Monate, in denen sie zu mehr als 24/38 ihrer Arbeitszeit an einer Ausgangskasse tätig war, einen Anspruch auf Zahlung der tariflichen Funktionszulage. Anspruchsgrundlage hierfür ist § 4 I 1 TzBfG, wonach Teilzeitbeschäftigten Arbeitentgelt mindestens in dem Umfang zusteht, der dem Anteil ihrer Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Dieses Diskriminierungsverbot müssen auch die Tarifvertragsparteien bei Vergütungsregelungen beachten.

Bei der streitigen Zusatzzahlungen handelt es sich auch nicht um eine Erschwerniszulage, die erst gerechtfertigt ist, wenn ein Arbeitnehmer die Tätigkeit in dem tariflichen festgelegten zeitlichen Umfang verrichtet. Die Parteien haben die Zulage ausdrücklich als Funktionszulage bezeichnet. Diese knüpft nicht an eine durch äußere Umstände begründete Erschwernis an, sondern stellt eine zusätzliche Vergütung für die Tätigkeit an einer Ausgangskasse dar.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Gericht: BGH	Zustandekommen eines Vertrags mit einer GbR	BGB
Aktenzeichen: III ZR 46/06		§§ 164, 709,
Datum: 19.06.2008		714

	Soll ein Vertrag mit einer GbR auch für den Gegner erkennbar auf deren Seite von mehreren Gesellschaftern geschlossen werden, kommt der Vertrag im Zweifel erst dann zu Stande, wenn alle diese Gesellschafter die notwendige Willenserklärung abgegeben haben. Dies gilt auch, wenn bereits vorher ein einzelvertretungsbefugter Gesellschafter dem Vertragsschluss zugestimmt hat.
---	--

1. Soll ein Vertrag mit einer GbR auch für den Gegner erkennbar auf deren Seite von mehreren Gesellschaftern geschlossen werden, kommt der Vertrag im Zweifel erst dann zu Stande, wenn alle diese Gesellschafter die notwendige Willenserklärung abgegeben haben. Dies gilt auch, wenn bereits vorher ein einzelvertretungsbefugter Gesellschafter dem Vertragsschluss zugestimmt hat (im Anschl. an RGZ 90, 21; BGH, NJW 1997, 2678).

2. Der Widerspruch eines einzelvertretungsbefugten Gesellschafters gegen eine Willenserklärung eines anderen einzelvertretungsbefugten Gesellschafters beschränkt dessen Vertretungsmacht im Außenverhältnis grundsätzlich nicht. Dies gilt auch, wenn der widersprechende Gesellschafter durch die Vornahme gegenläufiger Rechtsgeschäfte umgehend die vorherigen Erklärungen des anderen Gesellschafters konterkarieren könnte (im Anschl. an BGHZ 16, 394 = NJW 1955, 825).

3. Nimmt der Gesellschafter einer GbR den Schuldner einer Gesellschaftsforderung im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft mit der Begründung in Anspruch, eine Klage im Namen der Gesellschaft sei aus gesellschaftswidrigen Gründen unterblieben und der Schuldner sei an dem gesellschaftswidrigen Verhalten des die Gesellschaftsklage ablehnenden Mitgesellschafters beteiligt, müssen diese Voraussetzungen für die Prozessführungsbefugnis (vgl. BGHZ 39, 14 = NJW 1963, 641; BGH, NJW 2000, 734) positiv feststehen. Lediglich ernsthafte Anhaltspunkte genügen hingegen nicht (im Anschl. an BGH, NJW 2000, 738 = NZI 2000, 125).

Auch einem etwaigen Widerspruch H bliebe nach § 711 BGB die Außenwirkung versagt, weil der Widerspruch eines Mitgesellschafters die Vertretungsmacht des anderen Gesellschafters im Außenverhältnis nicht beschränkt (vgl. grdl. BGHZ 16, 394 [398] = NJW 1955, 825; so auch die heute ganz h.A., z.B. Erman/Westermann, 12. Aufl., § 711 Rdnr. 5; Ulmer, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 711 Rdnrn. 14f.; Palandt/Sprau, 67. Aufl., § 711 Rdnr. 1; Staudinger/Habermeier, 2003, § 711 Rdnr. 10 jeweils m.w. Nachw.).

Die Argumentation, dass jeder einzelvertretungsberechtigte Mitgesellschafter durch gegenläufige Rechtsgeschäfte umgehend die vorherigen Erklärungen eines anderen Gesellschafters konterkarieren könnte, ist auf jeden Fall der Einzelvertretungsbefugnis von Gesellschaftern bürgerlichen Rechts übertragbar. Rechtfertigte der Grundgedanke des BerGer. die Annahme, dass der Widerspruch eines einzelvertretungsbefugten Gesellschafters zur Unwirksamkeit der Willenserklärungen eines anderen Mitgesellschafters gegenüber Dritten führt, würden deshalb Vereinbarungen über die Einzelvertretung insgesamt obsolet. Die Gesellschaften bürgerlichen Rechts könnten nach außen handlungsunfähig werden, was gerade durch die Vereinbarung der Einzelvertretungsbefugnis vermieden werden soll (vgl. auch BGHZ 16, 394 [399] = NJW 1955, 825).

Zum Thema der Prozessführungsbefugnis:

Im Allgemeinen ist der Gesellschafter einer GbR allein nicht berechtigt, eine der Gesamthand zustehende Forderung gegen einen Dritten im eigenen Namen geltend zu machen. Nach § 709 I und § 730 II 2 BGB können die Gesellschafter, falls nicht ein anderes vereinbart ist, die Geschäfte der Gesellschaft nur gemeinschaftlich führen, mithin auch nur gemeinschaftlich die Forderung einklagen (z.B. BGHZ 102, 152 [154] = NJW 1988, 558 m.w. Nachw.).

In besonders gelagerten Konstellationen ist allerdings die Prozessführungsbefugnis einzelner Gesellschafter darüber hinaus zu bejahen. Dies ist der Fall, wenn der kl. Gesellschafter ein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen hat, eine Klage im Namen der Gesellschaft aus gesellschaftswidrigen Gründen unterblieben ist und der verklagte Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten des die Gesellschaftsklage ablehnenden Mitgesellschafters beteiligt ist (z.B. BGHZ 39, 14 [16] = NJW 1963, 641; BGHZ 102, 152 [154f.] = NJW 1988, 558; BGH, NJW 2000, 734).

Das BerGer. hat bei der Zulässigkeitsprüfung „erhebliche Anhaltspunkte“ für das Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen einer Prozessführungsbefugnis ausreichen lassen. Es hat im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung insbesondere offengelassen, ob der Mitgesellschafter H seine Mitwirkung aus sachgerechten Gründen verweigert, weil dem behaupteten Rückforderungsanspruch wirksame Nachtragsvereinbarungen entgegenstehen, und ob der Mitgesellschafter dem Kl. einen durch gefälschte Verträge unrechtmäßig erlangten Vermögensvorteil zum Nachteil der Bekl. zu 1 und 2 erhalten will. Dies genügt nicht, um die Prozessführungsbefugnis zu bejahen. Vielmehr müssen deren Voraussetzungen positiv feststehen (BGH, NJW 2000, 738; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., Vorb. § 50 Rdnrn. 19, 47a; vgl. auch BGHZ 100, 217 [219] = NJW 1987, 2018). Anderenfalls ist die Klage durch Prozessurteil abzuweisen (BGH, NJW 2000, 738 [739]; Zöller/Vollkommer, Vorb. § 50 Rdnr. 19).