

Herausgeber:

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

ZARA

Ausgabe Mai/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

OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2008 – 28 U 145/07 – Mangelhaftigkeit eines Motorrades	S. 3
BGH, VU vom 20.11.2008 – IX ZR 180/07 – Zubehöreigenschaft einer Einbauküche	S. 6
BGH, Urt. v. 29.04.2009 – VIII ZR 142/08 – Fristlose Kündigung wegen erheblicher Abweichung der Wohnfläche	S. 9

Strafrecht

AG Rosenheim, Urt. v. 17.10.2008 – 7 Os 201 Js 18444/08 – Körperverletzung bei Tätowierung von Mitgefangenen	S. 10
BGH, Urt. v. 30.10.2008 – 4 StR 352/08 – Kindstötung als niedriger Beweggrund	S. 13
BGH, Beschl. v. 29.06.2008 – 3 StR 545/07 – Unterbrechung der Verfolgungsverjährung	S. 13

Öffentliches Recht

BVerwG, Urt. v. 22.01.2009 – 4 C 18.07 – Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Forschungsanlage	S. 16
BVerwG, Beschl. v. 23.03.2009 – 8 B 2.09 – Getränkeauschank im Bordell	S. 18
OVG Weimar, Beschl. v. 16.09.2008 – 2 EO 490/08 – Anspruch auf Nutzung einer Stadthalle für Bundesparteitag	S. 19
OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.12.2008 – 2 M 198/08 – Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten	S. 22
OVG Magdeburg, Beschl. v. 04.02.2009 – 2 M 2/09 – Beschwerdebegündung beim unzuständigen Gericht	S. 25

Arbeitsrecht

BAG, Urt. v. 22.04.2009 – 5 AZR 436/08 – Lohnwucher bei Tarifunterschreitung um mehr als ein Drittel	S. 28
BAG, Urt. v. 23.04.2009 – 6 AZR 189/08 – Zum Beweisverwertungsverbot bei zufällig mitgehörtem Telefonat	S. 29

Familienrecht

BVerfG, Beschl. v. 05.05.2009 – 1 BvR 1155/03 – Beschränkung auf Ehedoppelpname ist verfassungsgemäß	S. 30
--	-------

Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Wir weisen besonders auf die **Hausarbeits- und Klausurensammlung der Giraffen** hin (Anzeige auf S. 2).
- Die **Hansa Capital GmbH & Co. KG** bietet Ihnen eine umfassende Versicherungs- und Finanzberatung (Anzeige auf S. 8).

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 möchten wir Sie auf zwei Entscheidungen besonders hinweisen. Es ist dies zum einen die Entscheidung des OLG Hamm zur Mangelhaftigkeit eines Motorrads, die hinsichtlich der Auslegung des § 434 I 2 Nr. 2 BGB sehr lehrreich ist. Zum anderen ist dies die Entscheidung des AG Rosenheim, welches bezüglich der Einwilligung in die Körperverletzung gut zur Wiederholung geeignet ist.

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.

»Erste Hilfe« für Juristen!

Die Studienbedingungen an den Unis sind nach wie vor schlecht, die Vorlesungen und Übungen sind voll, die Betreuung ist häufig nicht ausreichend, Studiengebühren bedrohen uns immer noch, und die folgenden Probleme kennst Du zur Genüge:

Du schreibst Deine erste Hausarbeit oder Klausur und hast keine Ahnung, wie die Anforderungen hierfür sind.

- Wie baue ich die Arbeit auf? – Welche Form wird erwartet? - Was und wie wird geprüft?
- Wie formuliere ich richtig? - Welche Fehler sollte ich unbedingt vermeiden?

oder

Du hast zwar schon mal eine Hausarbeit oder Klausur geschrieben, brauchst aber für eine aktuelle Arbeit noch ein paar Ideen für die möglichen Lösungswege oder Hinweise zur Literatur.

oder

Du bereitest Dich schon auf Dein Examen vor und willst zur Übung nochmals Sachverhalte wie in den Klausurenkursen selbst lösen?

Dann

kann Dir die JURA-HAUSARBEITEN- UND KLAUSUREN-AG an der Uni Frankfurt sicher weiterhelfen.

Wir sind ein ehrenamtliches, nicht-kommerzielles studentisches Projekt im Rahmen der Fachschaft Jura und haben mittlerweile über 4.000 juristische Originalarbeiten mit Originalkorrekturen und teilweise mit Lösungsskizzen der Lehrstühle aus allen Rechtsgebieten gesammelt, layoutet und katalogisiert. Wir geben die Arbeiten gegen lediglich Erstattung der Kopier- und Layoutkosten ab. Die Höhe der Kosten richtet sich nach der Anzahl der Seiten, also je dicker desto teurer. Höhere Preise bei Klausuren deuten auf Lösungsskizzen oder Abschriften der Bearbeitung hin

Du kannst Dir auf unserer Homepage <http://www.giraffen-uni-frankfurt.de> unter dem Hinweis „**Sammlung**“ alle aktuellen Inhaltsverzeichnisse zu den einzelnen Rechtsgebieten (Kleiner und Großer Schein dogmatische Fächer sowie Grundlagenscheine und Examinatorien) ansehen.

Du kannst, um Arbeiten zu bekommen,

entweder

in unseren **Öffnungszeiten: Mo. 14.30 – 17.00 Uhr, Do. 13.30.- 17.00 Uhr und 20.00 – 22.30 Uhr** zu uns in unser Büro in der Johann Wolfgang Goethe-Universität, 60325 Frankfurt am Main (Bockenheimer Warte), **Studentenhaus Jügelstraße, 1. OG, Raum 136** kommen - die Anreise ist mit dem Semesterticket problemlos möglich.

oder

die Arbeiten auch per Post bestellen; hierfür lies Dir bitte die „Hinweise für Studenten anderer Unis“ durch, die Du auch auf unserer Homepage findest.

Gerne kannst Du uns auch Deine Hausarbeiten und Klausuren (möglichst mit Lösungsskizzen, auch Klausurenkurse) mitbringen, für die Modalitäten rufe einfach bei uns an. Für Deine Arbeiten, die wir in die Sammlung aufnehmen, erhältst Du eine kleine finanzielle Anerkennung.

Impressum:

JURA-HAUSARBEITEN- UND KLAUSUREN-AG an der Uni Frankfurt, Silvia Ohde, Studentenhaus, Jügelstraße 1, 60325 Frankfurt am Main, Tel.: (069) 798-23452; e-mail s.ohde@interhousing.de

Zivilrecht

Gericht: OLG Hamm	Mangelhaftigkeit eines Motorrades	BGB
Aktenzeichen: 28 U 145/07		§ 434 I 2
Datum: 15.05.2008		Nr. 2

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Maßstab für die technische Beurteilung der Funktionstauglichkeit eines Fahrzeugs nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB bildet ein Vergleich mit dem Entwicklungsstand aller in dieser Fahrzeugklasse vergleichbaren Kraftfahrzeuge. 2. Im Rahmen des § 434 I 2 Nr. 2 BGB ist auf die berechtigte Erwartungshaltung des Durchschnittskäufers abzustellen. 3. Mangelhaftigkeit LS.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB kann nicht allein dann angenommen werden kann, wenn ein Fahrzeug bei Tests schlechter abschneidet als andere vergleichbare. Hinzu kommen muss, dass es im Vergleich mit den anderen den Rahmen des Üblichen i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB verlässt. 4. Eigenständige Bedeutung erlangt § 434 I 3 BGB nur dann, wenn die Werbung Eigenschaften vermittelt, die als solche ohne die entsprechende Anpreisung noch nicht zum Üblichen bei gewöhnlicher Verwendung gezählt hätten.
---	---

Sachverhalt: V betreibt als Honda-Vertragshändlerin einen Motorradhandel in H. K. macht Mängelrechte aus einem Fahrzeugkauf geltend. Auf der Grundlage einer verbindlichen Bestellung vom 08.06.2004 erwarb K bei V das neue Motorrad Honda ST 1300, Baujahr 2004, Motorleistung 1261 cm³• Leistung: 93 kw, zu einem Gesamtpreis von 15.580,00 Euro. Seine gebrauchte BMW K 1200L T gab er für 9.800,00 Euro in Zahlung. Der Restbetrag wurde über die Hondabank finanziert.

In dem von dem Hersteller Honda herausgegebenen Prospekt mit dem Titel „Pan-European ABS - Touring vom Feinsten“ heißt es u.a.: (...) die atemberaubende Beschleunigung lässt Sie immer wieder staunen. Bei so reichlich bemessenen Kraftreserven ist das Überholen selbst bergauf und mit vollem Gepäck kein Problem (...). Die im Windkanal getestete Konstruktion verbindet ein beruhigendes Gefühl der Stabilität bei Autobahngeschwindigkeit mit berechenbarem Kurvenhandling. Perfekt ergänzt wird die aerodynamische Verkleidung durch eine auf Knopfdruck elektrisch verstellbare Verkleidungsscheibe, die Wind und Turbulenzen erheblich reduziert. Zentralisierung der Massen war auch bei der Pan-European ein Entwicklungsziel - deshalb fährt sie mit der Leichtfüßigkeit einer mittelgroßen Maschine selbst im Soziusbetrieb und mit Tourgepäck (...).

Das neue Motorrad, das für Höchstgeschwindigkeiten von bis zu 240 km/h ausgelegt ist, wurde am 23.06.2004 an K ausgeliefert. In der Folgezeit erhob er Reklamationen, die insbesondere das Fahrverhalten bei höheren Geschwindigkeiten betrafen. Daraufhin ließ V das Motorrad im Oktober 2004 bei dem Hersteller in P. vorführen. Dort gelangte man jedoch zu dem Ergebnis, dass sich das Fahrzeug in einem einwandfreien Zustand befinde und dem Stand der Serie entspreche. Nachdem es in der Vergangenheit Kritik an der Fahrstabilität früherer Reihen des Modells ST 1300 gegeben habe. seien werkseitig Verbesserungen vorgenommen worden, die das an K veräußerte Motorrad aus dem Baujahr 2004 bereits aufweise. So habe es auch bei Fahrversuchen bis in den Höchstgeschwindigkeitsbereich von ca. 240 km/h hinein keine Probleme gegeben.

Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 10.03.2005 erklärte K den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte V zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 24.03.2005 auf. Sollte ihm allerdings binnen gleicher Frist durch V ein Minderwert in Höhe von 3.000,00 Euro erstattet werden, so wäre er bereit, von dem erklärten Rücktritt Abstand zu nehmen und den Kaufvertrag bestehen zu lassen. Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 14.03.2005 ließ V den Rücktritt des K zurückweisen und erklärte sich auch nicht zu einer Zahlung in Höhe von 3.000,00 Euro bereit.

Hat V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises?

Lösung:

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags nach Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V, 346 BGB haben.

I. Kaufvertrag

Zwischen den Parteien ist ein Kaufvertrag zu Stande gekommen.

II. Sachmangel

Das Motorrad müsste auch bei Gefahrübergang mangelhaft im Sinne des § 434 BGB gewesen sein.

K beanstandet, dass das Motorrad bei höheren Geschwindigkeiten instabil und deshalb ein sicheres Führen nicht mehr möglich sei. Bereits im Bereich über 160 km/h beim Wegnehmen des Gases sowie beim Last- und Fahrspurwechsel beginne das Motorrad zu pendeln, d.h. es bleibe nicht spurtreu.

1. Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit, § 434 I 1 BGB

Das Motorrad könnte wegen des Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit nach § 434 I 1 BGB mangelhaft sein. Dann müsste die Spurtreue auch bei hohen Geschwindigkeiten aber Gegenstand der kaufvertraglichen Vereinbarung gewesen sein. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt K (vgl. BGH, NJW 2006, 434, 2250; BGH, NJW 2005, 3490; BGH, NJW 2004, 2299)

Vereinbart ist eine Beschaffenheit dann, wenn der Inhalt des Kaufvertrags von vornherein oder nachträglich die Pflicht des Verkäufers bestimmt, die gekaufte Sache in dem Zustand zu übereignen und zu übergeben, wie ihre Beschaffenheit im Vertrag festgelegt ist - Sollbeschaffenheit (Palandt/Weidenkaff, BGB, § 434 Rn. 15ff.; Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rn. 1208).

Auf eine Beschaffenheitsvereinbarung in diesem Sinne beruft sich K selbst nicht ausdrücklich. Er hat zwar erstinstanzlich behauptet, bei Erwerb des Motorrads mit dem Verkäufer der V über die aus der Fachpresse bekannten Fahrwerksprobleme aus der Modelreihe des Jahres 2001 gesprochen zu haben. Dabei sei ihm zugesichert worden, dass diese werksseitig durch eine andere Konstruktion behoben worden seien.

Jedoch kommt einer derartigen - von V. nicht bestrittenen - Äußerung des Verkäufers nicht die rechtliche Qualität einer bindenden Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB zu. Vielmehr bewegt sie sich im Rahmen der üblichen allgemeinen Anpreisungen während eines Verkaufsgesprächs.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB über das Motorrad ist zwischen den Parteien daher nicht getroffen worden, so dass kein Mangel nach § 434 I 1 BGB vorliegt.

2. Fehlende Eignung für die gewöhnliche Verwendung, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Das Motorrad könnte aber wegen Fehlens der Eignung für die gewöhnliche Verwendung nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB mangelhaft sein.

Den Maßstab für die technische Beurteilung der Funktionstauglichkeit eines Fahrzeugs bildet ein Vergleich mit anderen typgleichen Fahrzeugen unter Berücksichtigung des jeweiligen Stands der Technik (Reinking/Eggert, Rn. 230, 237, 1235). Denn eine Beschränkung auf den Standard des Herstellers für sein Produkt würde dazu führen, dass für Konstruktions- oder Fertigungsfehler einer ganzen Serie keine Gewährleistung erfolgen müsste. Der Stand der Technik hingegen ist der Entwicklungsstand aller in dieser Fahrzeugklasse vergleichbaren Kraftfahrzeuge (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2008, 137, 138; OLG Düsseldorf, NJW 2005, 2235; OLG Oldenburg, DAR 2000, 219).

Bei dem von K erworbenen Motorrad Pan-European handelt es sich um ein schweres und stark motorisiertes Touren- bzw. Reisemotorrad. Es ist mit einer Vollverkleidung und integrierten Gepäcktaschen ausgestattet. Damit ein Pendelvorgang zu Stande komme, sei es erforderlich, dass verschiedene Faktoren zusammentreffen. Einerseits beeinflussen Umgebungsparameter wie Straßenbeschaffenheit und Wind, andererseits Systemparameter wie Motorradbauart, Reifen, Beladung und die Aufsassen das Pendelverhalten. Die Bewertung des Sachverständigen kam zu folgendem Ergebnis:

Bei den zunächst durchgeführten Versuchsfahrten im überlieferten Zustand mit dem empfohlenen Reifendruck konnten Pendelerscheinungen im gesamten Geschwindigkeitsbereich mit hoch- und heruntergefahrter Windschutzscheibe nicht festgestellt werden. Hält man die in der Bedienungsanleitung des Motorrads empfohlene Geschwindigkeitsbegrenzung auf 130 km/h ein, so tritt kein Pendeln auf. Das Fahrzeug bleibt stabil. Eine solche Geschwindigkeitsbegrenzung von 130 km/h werde generell bei allen Fahrzeugen im beladenen Zustand empfohlen. Sie gelte also nicht nur für Honda Pan-European Motorräder.

Bei Fahrversuchen mit neuen Reifen, hoher Scheibe und unbeladenem Zustand hat das Motorrad kurzzeitig schwache Pendelerscheinungen gezeigt, die von allein wieder abgeklungen seien. Zu einem gefährlichen Aufschaukeln sei es nicht gekommen.

Bei Fahrversuchen mit neuen Reifen, hoch gestellter Scheibe und beladenem Zustand seien im Geschwindigkeitsbereich um 180 km/h gleich bleibende Pendelschwingungen aufgetreten. Diese wurden von dem Testfahrer zwar als unangenehm und den Komfort mindernd beschrieben. subjektiv aber nicht als gefährlich eingestuft. da die Bewegungen gleich bleibend waren und nicht an Intensität zugenommen haben.

Dies reicht jedoch nicht aus, um daraus einen Sachmangel i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB herleiten zu können.

Insofern ist zu berücksichtigen, dass hier eine sehr spezifische Konstellation unter denkbar ungünstigsten Voraussetzungen zu Grunde lag. die im Fahralltag wegen der Kumulation der Faktoren (insbesondere neue Reifen und beladener Zustand) nur ausnahmsweise auftritt.

Nach allem ergibt sich aus der Gesamtschau der überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen, dass die Problematik der Pendelbewegungen untrennbar mit Individuellen Faktoren wie dem Gewicht und dem Fahrverhalten sowie insbesondere den subjektiven Empfindungen des Kunden verbunden ist. Die objektivierbare Feststellung einer Abweichung von der üblichen Beschaffenheit oder einer fehlenden Eignung für die gewöhnliche Verwendung des Motorrads kann dementsprechend nicht getroffen werden.

3. Fehlen einer Beschaffenheit, welche der Käufer erwarten darf, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Ein Mangel liegt nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB auch bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung dann vor, wenn die Sache nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und von dem Käufer nach der Art der Sache erwartet werden darf. Hierbei ist auf den Erwartungshorizont des Durchschnittskäufers abzustellen, wobei die Erwartung berechtigt sein muss (BGH, NJW 2007,1351).

Vor diesem Hintergrund haben die Sachverständigen auch überzeugend dargelegt, dass ein Vergleich mit den Motorrädern anderer Hersteller mit demselben Qualitätsstandard und aus der entsprechenden Preiskategorie hier nicht zu aussagekräftigen abweichenden Resultaten führen kann.

Man habe im Wesentlichen herausgefunden, dass eine ganze Reihe von Einflüssen vorhanden sei, welche die Stabilität jeglichen Motorrads beeinträchtigen, denen man jedoch technisch und rechnerisch nicht entgegenwirken könne. Dies betreffe z.B. die Reifen bzw. deren Profil und die Beladung der Maschine. Außerdem habe natürlich vor allem der Fahrer einen sehr großen Einfluss auf die Stabilität. So wirke sich ein großer schwerer Fahrer anders aus als ein kleiner schwächtiger. Dann komme es auch darauf an, wie der Fahrer auf dem Motorrad sitzt.

Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang in rechtlicher Hinsicht zu bedenken, dass eine Mangelhaftigkeit i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB nicht schon allein dann angenommen werden kann, wenn ein Fahrzeug bei Tests schlechter abschneidet als andere vergleichbare.

Anderenfalls müsste nämlich stets derjenige Hersteller, dessen Produkt in einer bestimmten Preis- und Qualitätskategorie die niedrigsten Werte erzielt, Gewährleistungsansprüche im Hinblick auf die gesamte Serie hinnehmen. Es kann also nicht bereits ausreichen, dass ein Fahrzeug bei Tests den letzten Platz seiner Gruppe belegt. Hinzu kommen muss, dass es im Vergleich mit den anderen den Rahmen des Üblichen i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB verlässt Dies aber ist hier ohnehin nicht der Fall. Den Ausführungen der Sachverständigen ist gerade nicht zu entnehmen, dass sie dem Motorrad des KI. eine in negativer Hinsicht unübliche Qualität zumessen wollen.

4. Modifizierung der Erwartungshaltung durch öffentliche Äußerungen des Herstellers, § 434 I 3 BGB

Soweit K gem. § 434 I 3 BGB auch auf die öffentlichen Äußerungen des Motorradherstellers Honda abstellt, ergibt sich hieraus im vorliegenden Fall jedoch keine über § 434 I 2 Nr. 2 BGB hinausgehende Anforderung an die Soll-Beschaffenheit des Motorrads. Eine eigenständige Bedeutung erlangt § 434 I 3 BGB mithin nur dann, wenn die Werbung zusätzliche Eigenschaften vermittelt, die als solche ohne die entsprechende Anpreisung noch nicht zum Üblichen bei gewöhnlicher Verwendung gezählt hätten. Dies ist hier aber nicht der Fall.

Insgesamt wird dadurch der Eindruck eines bequemen und gefahrlosen Reisens auch bei hohen Geschwindigkeiten erweckt. Alle diese Eigenschaften hätten aber auch ohne ausdrückliche Erwähnung in dem Prospekt des Herstellers bereits auf Grund der sonstigen üblichen Beschaffenheit zur gewöhnlichen Verwendung erwartet werden können Insofern ergibt sich auch in tatsächlicher Hinsicht keine abweichende Bewertung im Vergleich zu den vorstehend erörterten Voraussetzungen des § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

Das Motorrad weist daher keinen Mangel auf, so dass K nicht zum Rücktritt berechtigt war und daher auch keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hat.

Gericht: BGH	Zubehöreigenschaft einer Einbauküche	BGB
Aktenzeichen: IX ZR 180/07		§ 97
Datum: 20.11.2008		

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Der Ersteigerer erwirbt nach §§ 55 11, 37 Nr. 5 ZVG Eigentum auch solchem Zubehör, dass im Eigentum Dritter steht, wenn diese nicht widersprechen. 2. Die Frage, ob eine Einbauküche als Zubehör anzusehen ist, wird regional unterschiedlich bewertet. 3. Selbst wenn man dies annimmt, kommt es nach § 97 11 18GB darauf an, ob lediglich eine vorübergehende Nutzung der Einbauküche für die Wohnung begründet wurde.
---	---

Sachverhalt: Die Parteien streiten um das Eigentum an einer Einbauküche und die Berechtigung der B, bei ihrem Auszug aus der Wohnung die wesentlichen Teile davon mitzunehmen.

Die K ersteigerten am 13.04.2006 das Grundstück M-Straße in V. Dieses stand zuvor im Eigentum der Tochter der B. Zum Zeitpunkt des Zuschlags befand sich in der Wohnung im ersten Obergeschoss des Gebäudes die streitige Einbauküche. Mieter dieser Wohnung waren die Beklagten. Bei ihrem Auszug entfernten sie die Einbauküche mit Ausnahme eines Eckspülelements. Zu diesem Zweck durchsägten sie die Arbeitsplatte auf beiden Seiten der Spüle. K verlangen von B, die Einbauküche auf ihre Kosten wieder einzubauen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Der Räumung der Wohnung war ein Rechtsstreit zwischen den Parteien vorausgegangen, in dem sich die B gegen K durch Vergleich vom 28.07.2006 unter anderem verpflichteten, "es zu unterlassen, von dem Anwesen M-Straße wesentliche Bestandteile und/oder Zubehör des Grundstücks und/oder des Gebäudes zu entfernen". K sind der Meinung, die Einbauküche sei wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, mindestens Zubehör, und deshalb mit dem Zuschlagsbeschluss ihr Eigentum geworden. Mit der Entfernung der Küche hätte die B zudem gegen ihre Verpflichtung aus dem Vergleich verstoßen. Sie bestreiten, dass B die Küche gekauft haben. Die B seien zu diesem Zeitpunkt auch nicht Mieter gewesen. Ein Mietvertrag sei erst später mit der Zwangsverwalterin abgeschlossen worden. B behaupten, die hätten die Küche erworben, wenn auch der Kauf über das Einkaufskonto ihrer Tochter, der Grundstückseigentümerin, abgewickelt worden sei. Sie hätten die Küche als Mieter in die Wohnung eingebracht. Was ein Mieter zu vorübergehendem Zweck in die Wohnung einbringe, könne weder Zubehör noch wesentlicher Bestandteil geworden sein.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung:

K haben einen Anspruch auf Herausgabe der Küche und deren Wiedereinbau, aus §§ 984, 823 BGB sowie aus dem abgeschlossenen Vergleich, wenn sie im Wege der Zwangsversteigerung Eigentum an ihr erworben hatten.

Grundsätzlich erwirbt der Ersteigerer durch den Zuschlagsbeschluss nicht nur das Grundstück, sondern auch dessen wesentliche Bestandteile. Für Zubehör gilt dies nicht ohne weiteres, da dieses auch im Eigentum Dritter stehen kann. Befindet sich dieses Zubehör aber im Besitz des Schuldners, so erwirbt der Ersteigerer nach § 55 11 ZVG gleichwohl Eigentum auch an diesen fremden Zubehörstücken, wenn der Dritte nicht nach § 37 Nr. 5 ZVG seine Rechte geltend macht. Die Küche befand sich im Haus der Tochter der B und damit zumindest in deren Besitz, da die B noch gar nicht eingezogen waren. Da Sie ihr Eigentum aber nicht geltend gemacht haben, wäre das Eigentum an der Küche - auch wenn sie als Zubehör und nicht als wesentlicher Bestandteil anzusehen wäre, auf die K übergegangen.

I. Einbauküche als wesentlicher Bestandteil, § 94 BGB

Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören nach § 94 I 1 BGB die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Dies kommt bei einer Einbauküche nicht in Betracht. Allerdings gehört ein Gebäude mit allen seinen wesentlichen Bestandteilen zum Grundstück und damit nach § 94 11 BGB auch die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen.

Regional unterschiedlich ist die Beurteilung von Einbauküchen aus Serienproduktion, die bei einem Umzug einigermaßen problemlos mitgenommen werden können (BGH NJW-RR 1990, 586, 587 und 914 f, jeweils m.w.N.). Sie sind angeblich Im norddt. Raum wesentlicher Bestandteil (OLG Hamburg MDR 1978, 138;

grundsätzlich anders OLG Celle NJW-RR 1989, 913, jedoch in concreto dennoch bejaht), im Rest von Deutschland dagegen kein wesentlicher Bestandteil (KG KGR Berlin 1999, 8; OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 19 und 1988, 459, 460; OLG Düsseldorf NJWR 1994, 1039; OLG Hamm NJW-RR 1989, 333; OLG Köln NJW-RR 1993, 861 f; OLG Frankfurt ZMR 1988, 136; OLG Saarbrücken VersR 1996, 97, 98; OLG Zweibrücken Rpfleger 1993, 169), weil man sie in der Regel wieder ausbauen und anderweitig verwenden kann (BGH NJW-RR 1990, 586, 587 und 914 f, jeweils m.w.N.). Das gilt auch, wenn die Serienküche bereits bei der Gebäudeerrichtung eingefügt wird und/oder Teil der Planung bzw. der vom Bauunternehmer geschuldeten Leistung ist (str, KG KGR Berlin 1999, 8; aA OLG Nürnberg MDR 1973, 758; Palandt/Heinrichs, BGB § 93 Rn 5). Dagegen fallen speziell angefertigte oder besonders in das Gebäude eingepasste Einbauküchen unstreitig überall unter § 94 II (BGH NJW-RR 1990, 586, 587 und 914 f, jeweils m.w.N.; OLG Celle NJW-RR 1989, 913 f; OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 84).

Hier wurde die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil abgelehnt.

II. Einbauküche als Zubehör, § 97 BGB

Nach § 97 BGB ist eine bewegliche Sache grundsätzlich dann Zubehör, wenn sie, ohne schon Bestandteil der Hauptsache zu sein, nicht nur überübergehend deren wirtschaftlichem Zweck zu dienen bestimmt ist und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis steht (BGHZ 165, 261, 263).

Die erforderliche Zweckbestimmung erfolgt in der Regel durch schlüssige Handlung, für die die tatsächliche Benutzung der Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache in Indiz sein kann. Dazu genügt nicht, dass die Verbindung nur für einen von vornherein begrenzten Zeitraum oder lediglich zur Befriedigung der Bedürfnisse des derzeitigen Nutzers erfolgt (BGHZ 62, 49, 52, BGH WM 1990, 603, 605).

Für das richterliche Ermessen, was im Einzelfall als Zubehör anzusehen ist, besteht zwar ein weiter Spielraum (BGHZ 165, 261, 263). Die Beurteilung muss aber widerspruchs- und denkfehlerfrei erfolgen.

In der Regel ist anzunehmen, dass ein Mieter die Küche beim Auszug wieder mitnehmen will, er also gerade keine Zweckbestimmung trifft, dass die Einbauküche Zubehör werden soll. Dies könnte hier anders zu bewerten sein.

1. keine unbestimmte Nutzungsdauer der Wohnung

Das Berufungsgericht unterstellt, ohne Feststellungen dazu zu treffen, dass die Nutzung der Wohnung unbegrenzt dauern sollte. B hätten nicht damit rechnen müssen, die Wohnung einmal verlassen zu müssen. Dies ist mit der Unterstellung eines Mietvertrages nicht vereinbar; B hatten kein gesichertes Wohnrecht. Ihnen konnte wie einem fremden Mieter gekündigt werden.

2. keine gesicherte Erwartungshaltung der Tochter wegen Kaufhilfe

In dem Umstand, dass die Tochter es gestattet hatte, den Kauf über Ihr Einkaufskonto abzuwickeln, mag eine Hilfe zu sehen sein. Irgendwelche Nachteile waren damit für die Tochter ersichtlich nicht verbunden; dementsprechend durfte sie auch nicht erwarten, die Küche werde bei einem Auszug ihrer Mieter, der B, eingebaut zurückbleiben.

3. Wille zur dauerhaften Einfügung wegen Eckspülelement

Nicht nachvollziehbar ist die Annahme des Berufungsgerichts, das Zurücklassen des Eckspülelements spreche für den Willen zur dauerhaften Einfügung der Küche. Auf der Hand liegt vielmehr, dass die Spüle in der neuen Wohnung keine Verwendung finden konnte oder sollte.

4. Wertverlust

Schließlich spricht auch das Wertverlustargument und das Nachkaufproblem nicht für einen auf Dauer angelegten Einbau bei einer acht Jahre alten Küche. Die durchschnittliche Verwendungs- und Lebensdauer einer Einbauküche ist weitaus länger als acht Jahre. Demgemäß haben die B sie auch mitgenommen.

Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht die Frage nach der Zubehöreigenschaft neu zu bewerten,

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

Gericht: BGH	Fristlose Kündigung wegen erheblicher Abweichung der Wohnfläche	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 142/08		§ 543 II 1
Datum: 29.04.2009		

	Eine erhebliche Abweichung der tatsächlichen von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche (hier: 22,63 Prozent) stellt einen der in § 543 II 1 Nr.1 bis 3 BGB aufgeführten gesetzlich typisierten Fälle der Unzumutbarkeit dar und berechtigt den Mieter zur fristlosen Kündigung des Mietvertrags. Um sein Kündigungsrecht nicht zu verwirken, muss der Mieter davon Gebrauch machen, sobald er erkennt, dass die tatsächliche Wohnfläche die im Mietvertrag angegebene um mehr als zehn Prozent unterschreitet.
---	--

Der Sachverhalt: Die Kläger waren seit Mai 2002 Mieter des Beklagten. Am 24.01.2005 erklärten sie ihm gegenüber schriftlich die fristlose Kündigung, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zum 30.04.2005. Wie sich nach Einholung eines Sachverständigengutachtens herausstellte betrug die tatsächliche Wohnfläche nicht 100 Quadratmeter, sondern lediglich 77,37 Quadratmeter. Sie wich damit um 22,63 Prozent von der vereinbarten Fläche ab.

Die Kläger beehrten unter anderem die Rückzahlung überzahlter Miete von 4.901 Euro. Der Beklagte verlangte im Wege der Widerklage 2.045 Euro Miete für Februar bis April 2005.

Das AG verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 4.901 Euro und gab der Widerklage in Höhe von 1.600 Euro statt. Auf die Berufung der Kläger reduzierte das LG die auf die Widerklage erfolgte Verurteilung auf 1.263 Euro und wies die Berufung im Übrigen zurück. Auf die Revision der Kläger hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Widerklage ab.

Lösung: Da die fristlose Kündigung der Kläger wirksam gewesen war, konnte der Beklagte keine Mietzahlung für Februar bis April 2005 von ihnen geltend machen.

Mit einer Wohnflächenabweichung von 22,63 Prozent war ein Mangel gegeben, der zur Folge hatte, dass den Klägern der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt worden war. Infolgedessen lagen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 II 1 Nr.1 BGB vor. Eine solche erfordert - entgegen der Auffassung des LG - nicht, dass der Mieter darlegt, warum ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar ist.

Vielmehr genügt für die Wirksamkeit einer Kündigung, wenn einer der in § 543 II 1 Nr.1 bis 3 BGB aufgeführten Tatbestände vorliegt. Bei diesen Kündigungsgründen handelt es sich um gesetzlich typisierte Fälle der Unzumutbarkeit. Soweit deren tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt sind, ist grundsätzlich auch ein wichtiger Grund im Sinn des § 543 I BGB zur fristlosen Kündigung gegeben.

Ausnahmsweise kann das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls verwirkt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn der Mieter bei Mietbeginn oder danach erkennt, dass die tatsächliche Wohnfläche die im Mietvertrag angegebene um mehr als zehn Prozent unterschreitet, ohne dies zeitnah zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen. Im vorliegenden Fall waren allerdings keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

Anzeige



Crash-Kurse im Juli und August 2009

Öff. Recht / Zivilrecht / Strafrecht. An drei Wochenenden (Samstag und Sonntag).

Jeweils 9.30 – 12.30 Uhr und 13.30 – 16.30 Uhr

Goetheplatz 5, Frankfurt (Nähe Hauptwache)

Strafrecht

Gericht: AG Rosenheim	Körperverletzung bei Tätowierung von Mitgefängenen	StGB
Aktenzeichen: 7 Os 201 Js 18444/08		§§ 223, 228
Datum: 17.10.2008		

	<p>1. Die Vornahme von Tätowierungen an Mitgefängenen mit deren Einwilligung ist nicht strafbar.</p> <p>2. Die von dem Mitgefängenen erteilte Einwilligung verstößt auch nicht deswegen gegen die guten Sitten (§ 228 StGB), weil die Durchführung der Tätowierungen gegen die Hausordnung der JVA verstoßen.</p>
---	---

A. Grundlagenwissen: Die rechtfertigende Einwilligung

I. Allgemeines

1. Da das Gesetz selbst mit Ausnahme der §§ 216, 228 StGB, die die objektiven Grenzen einer Einwilligung regeln, keine Aussagen über Grund und Voraussetzungen der Einwilligung enthält, ist die Einwilligungsdogmatik von Rspr. und Lit. selbstständig entwickelt worden und in Einzelheiten umstritten.

Die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung beruht auf dem Grundsatz "volenti non fit iniuris", wonach derjenige keines strafrechtlichen Schutzes bedarf, der in die Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter eingewilligt hat. Im Unterschied zum tatbestandsausschließenden Einverständnis kommt die rechtfertigende Einwilligung bei den Delikten in Betracht, bei denen die Rechtsgutverletzung zwar regelmäßig, nicht aber notwendigerweise gegen den Willen des Berechtigten erfolgt.

2. Als tatsächlichen Vorgang, dem rechtliche Bedeutung zukommt, behandelt die heute überwiegend vertretene eingeschränkte Willenserklärungstheorie den zustimmenden Willen, der nach außen (sei es ausdrücklich oder konkludent) kundgetan worden ist. Der rein innerlich gebliebene Wille wird nur beim Einverständnis akzeptiert. Da es sich bei der Einwilligung um eine Freiheitsgestaltung unter bewusster (partieller) Aufopferung des Gutes handelt, wird die Einwilligung jedenfalls bei Vorsatzerfolgsdelikten in erster Linie auf den tatbestandsmäßigen Erfolg bezogen. Anderes gilt nach h.M. bei den Fahrlässigkeitsdelikten, wo im Falle der einverständlichen Fremdgefährdung die riskante Handlung Einwilligungsgegenstand ("Risikoeinwilligung") sein soll und die von Konstellationen der tatbestandslosen Beteiligung an fremder Selbstgefährdung abzugrenzen ist.

II. Objektive Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung ist zunächst, dass sie der Rechtsgutsinhaber dem Gutseingriff zugestimmt hat; Rechtsgüter der Allgemeinheit (wie z.B. die Sicherheit des Straßenverkehrs oder die Rechtspflege) sind grds. nicht einwilligungsfähig.

1. Aus der Rechtsgutsinhaberschaft folgt grds. die Dispositionsfreiheit, die durch den Berechtigten selbst oder seinen Stellvertreter (etwa Eltern oder Vormund) ausgeübt wird.

Allerdings ist die Verfügungsfreiheit nicht unbeschränkt gegeben: Es gibt eine Reihe sog. Einwilligungssperren, die aus unterschiedlichen Gründen Verfügungsoptionen z.T. drastisch verkürzen. So ordnet die - in ihrer Legitimation kräftig umstrittene - absolute Einwilligungssperre gem. § 216 StGB für das Individualrechtsgut "Leben" an, dass selbst die zu einem ernstlichen und ausdrücklichen Verlangen gesteigerte Einwilligung die gewünschte Tötung durch einen anderen nicht straflos macht, sondern nur zu einer Strafmilderung führt.

2. Die größten Anwendungsprobleme ergeben sich wegen der Unbestimmtheit des Begriffs der Sittenwidrigkeit jedoch bei § 228 StGB als relative Einwilligungssperre im Bereich der Körperverletzungsdelikte. Dieses Problem entschärft sich nur dadurch, dass in den bisher praktischen Anwendungsfällen des § 228 StGB zahlreiche Spezialgesetze (z.B. das Kastrations- und Transplantationsgesetz) abschließende Regelungen getroffen haben.

III. Schließlich darf die Einwilligung nicht an Fehlern leiden, die in der Person des Einwilligenden begründet sind, also seine "innere" Freiheit im Umgang mit seinen Gütern einschränken. Subjektive Wirksamkeitsschranken sind unter dem Gesichtspunkt der Einwilligungsunfähigkeit und der Willensmängel zu prüfen.

1. Nach ganz h.M. ist einwilligungsfähig, wer nach seiner geistigen und sittlichen Reife dazu im Stande ist, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen.

Da es insofern auf die individuelle Reife des Einwilligenden und die Art des Rechtsguts ankommt, bestehen hier i.d.R. keine festen Altersgrenzen: die zivilrechtlichen Wertungen der §§ 105ff. BGB sind nach h.M. im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte nicht zu beachten.

2. Darüber hinaus muss die Einwilligung frei von wesentlichen Willensmängeln erteilt worden sein. Umstritten ist dabei, welche Willensmängel zur Unwirksamkeit der Zustimmung führen. Jedenfalls bei vom Täter herbeigeführten Zwangslagen orientiert sich die h.M. am Zwangsgrad des § 240 StGB (einschließlich dessen Abs. 2), "Sachzwänge" (etwa die schwere Krankheit) hingegen haben keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Einwilligung.

3. Bei den Irrtümern dominiert in der Lehre eine ("täterfreundliche") These, wonach Fehlvorstellungen nur dann die Wirksamkeit der Einwilligung beseitigen, wenn sie rechtsgutsbezogen sind, d.h. der Rechtsgutsinhaber über Art, Umfang und Gefährlichkeit des Eingriffs irrt.

IV. Die mutmaßliche Einwilligung

Ist eine ausdrückliche Einwilligung nicht erklärt worden, hätte ihren Voraussetzungen nach aber erteilt werden können, kommt auch der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung in betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass das Handeln des Täters im mutmaßlichen Interesse des Betroffenen erfolgt oder davon ausgegangen werden kann, dass der Betroffene kein Interesse an der Erhaltung bzw. dem Schutz des Rechtsguts hat.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass im erstgenannten Fall eine mutmaßliche Einwilligung nur angenommen werden kann, wenn eine tatsächliche Einwilligung nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden kann.

B. Körperverletzung bei Tätowierung eines Mitgefangenen (AG Rosenheim in NStZ 2009,215)

Sachverhalt: Der Angekl. ist Strafgefangener in der JVA. Während seiner Haftzeit nahm er bei mehreren Mitgefangenen Tätowierungen mittels nicht ordnungsgemäßer Tätowierwerkzeuge vor, ohne hierfür eine entsprechende Ausbildung zu haben. Die Mitgefangenen waren zwar jeweils einverstanden mit der Tätowierung bzw. wünschten diese ausdrücklich. Ihnen und dem Angekl. war jedoch bewusst, dass es gem. Nr. 20.6 der Hausordnung der JVA verboten ist, sich oder andere zu tätowieren oder zu piercen oder sich tätowieren oder piercen zu lassen. Ebenso ist der Besitz von entsprechenden Werkzeugen untersagt. Außerdem war dem Angesch. bekannt, dass auf Grund mangelnder Hygienebedingungen eine enorme Infektionsgefahr für die Beteiligten bestand. Im Zeitraum von März bis Mai 2008 tätowierte der Angesch. in seinem Haftraum die Mitgefangenen K, Mund S.

Lösung:

I. Nach § 228 StGB handelt derjenige, der eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

Im Umkehrschluss nimmt also die Einwilligung des Verletzten der Körperverletzung zunächst grundsätzlich ihre Rechtswidrigkeit.

II. § 228 StGB stellt diese rechtfertigende Wirkung sodann unter den Vorbehalt normativer Bewertung nach Maßgabe der "guten Sitten".

Bedeutung und Reichweite des § 228 StGB sind dabei im Einzelnen weithin umstritten:

1. Teilweise wird die Norm wegen ihrer Konturenlosigkeit verfassungsrechtlich in Zweifel gezogen (vgl. hierzu die Nachw. bei Schönke/Schröder-Stree, StGB, § 228 Rn 6).

2. Diese Bedenken teilt die höchstrichterliche Rspr. nicht (vgl. BGHSt 49, 34 = NJW 2004, 1054). Jedoch muss der Begriff der guten Sitten restriktiv ausgelegt werden, um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafen genügen zu können (Art. 10311 GG).

a) Demnach kann nach der Rspr. des BGH ein Verstoß der Körperverletzungstat gegen die guten Sitten nur dann angenommen werden, wenn sie nach allgemein gültigen moralischen Maßstäben, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden können, mit dem eindeutigen Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist. Auf die Wertvorstellung einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder auf die mit der Tat befassten Strafverfolgungsorgane ist danach nicht abzustellen (BGH NJW 2004, 1054).

b) Maßgebend für die Auslegung des § 228 StGB ist zudem das Bestreben der Norm, den in seinem Individualrechtsgut der körperlichen Integrität Verletzten gegen seine eigene Kurzsichtigkeit zu schützen (Arzt/Weber StrafR BT, Rn 274).

c) Strittig und durch die Rspr. bislang nicht abschließend entschieden ist die Frage, ob mit der Tat verfolgte unlautere Zwecke ebenfalls für das Sittenwidrigkeitsurteil relevant sind oder ob insoweit ausschließlich auf den Umfang der durch das Opfer hinzunehmenden körperlichen Misshandlung und den Grad der damit verbundenen weiteren Leibes- oder Lebensgefahr abzustellen ist.

Für die letztere Auffassung spricht, dass die §§ 223ff. StGB allein das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit im Blick haben (vgl. MüKo-StGB/Hardtung, § 228 Rn 18 ff. mwN).

Letztlich kann dieser Streit hier dahinstehen: Denn auch nach der st. Rspr. des BGH lässt sich aus dem strafrechtlichen Schutz bestimmter Universalrechtsgüter, auch sofern diese mittelbar dem Schutz von Individualrechtsgütern dienen sollten, nichts für die Beantwortung der Frage der Sittenwidrigkeit ableiten. So hat der BGH zuletzt für den Fall der einverständlichen Injektion von Heroin entschieden, dass diese nicht schon deswegen sitten- und damit gemäß § 228 StGB rechtswidrig ist, weil sich der Angekl. durch die Tat zugleich nach § 29 I Nr. 6b BtMG strafbar gemacht hat (BGH NJW 2004, 1054).

Nichts anderes kann für den Fall gelten, dass der hier Angekl. bei Vornahme der Tätowierungen zugleich gegen das disziplinarrechtlich abgesicherte Tätowierverbot verstoßen hat. Demzufolge müssen die durch das Tätowierverbot geschützten Allgemeinrechtsgüter der "Gefangenengesundheit" und "Lebensmittelsicherheit" bei der im Rahmen des § 228 StGB anzustellenden normativen Bewertung außen vor bleiben. Die für den jeweiligen tätowierten Gefangenen bestehenden Gesundheitsgefahren sind freilich für sich genommen nicht derart schwerwiegend, dass sie zwingend das Verdikt der Sittenwidrigkeit nach sich ziehen würden. Denn insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Einwilligung in lebensgefährliche Verletzungen von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) umfasst ist und daher strafrechtlich zulässig bleibt (Fischer, StGB, § 228 Rn 4). Oberdies ist auch in vielen Tätowierstudios außerhalb des Strafvollzugs eine hohe Infektionsgefahr durch die Verwendung nicht steriler Spritzen gegeben.

Vor diesem Hintergrund wird nicht ersichtlich, weshalb die körperliche Integrität desjenigen, der sich als Strafgefangener im Vollzug unerlaubt tätowieren lässt, stärker geschützt werden soll, als die eines Kunden in einem unsauber arbeitenden Tätowierstudio.

Bei der Entscheidung eines Strafgefangenen, sich tätowieren zu lassen, mögen zwar im Einzelfall stärkere gruppenspezifische Prozesse wirksam werden, als außerhalb des Strafvollzugs. Dieser Gesichtspunkt ist aber ausschließlich bei der Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligungserklärung zu berücksichtigen. Ein unterschiedliches Schutzniveau außerhalb und innerhalb des Strafvollzugs vermag er nicht zu rechtfertigen.

d) Für den Fall der einverständlichen Verabreichung illegaler Betäubungsmittel hat der BGH außerdem entschieden, dass nach allgemein sittlichem Empfinden die Grenze moralischer Verwerflichkeit erst dann überschritten sei, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Betroffene durch das Verabreichen des Betäubungsmittels in konkrete Todesgefahr gebracht werde.

Dieser Maßstab ist auch hier zur Anwendung zu bringen.

III. Ergebnis: Die Vornahme von Tätowierungen an Mitgefangenen mit deren Einwilligung stellt zwar einen schweren Disziplinarverstoß gegen die Hausordnung des JVA dar (OLG Karlsruhe NStZ-RR 2006, 190), eine Strafbarkeit scheidet jedoch aus, da die erteilten Einwilligungen den Taten ihre Rechtswidrigkeit nehmen.

Gericht: BGH	Kindstötung als niedriger Beweggrund	StGB § 211
Aktenzeichen: 4 StR 352/08		
Datum: 30.10.2008		

	Nach der Aufhebung der Regelung des § 217 StGB a.F. durch das 6. StrRG wird in Fällen der Kindstötung (in oder unmittelbar nach der unehelichen Geburt) die Annahme von Mord nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Anders verhält es sich dann, wenn die Tat von besonders krasser Selbstsucht geprägt ist.
---	---

Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind und - in deutlich weiterreichendem Maße als ein Totschlag - verachtenswert erscheinen, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 47, 128, 130 mwN). Bei den insoweit zu treffenden Wertungen steht dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zu, den das RevGer. nicht durch eigene Erwägungen ausfüllen kann (vgl. BGHR StGB § 211 II niedrige Beweggründe 47; Senatsurt. v. 19. 6. 2008 - 4 StR 105/08). Danach ist die Annahme niedriger Beweggründe hier aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Die Angeklagte wollte, als sie sich zur Tötung des Kindes entschloss, nach ihren eigenen Angaben „noch etwas erleben“ und jetzt noch nicht die Verantwortung für ein Kind übernehmen. Demgegenüber war - wie das LG mit tragfähiger Begründung ausgeführt hat - die diffuse Angst der Angeklagten, ihr heutiger Verlobter könne sich wegen des Kindes womöglich von ihr trennen, nur von untergeordneter Bedeutung. Vielmehr wollte die Angeklagte nach der rechtsfehlerfrei gewonnenen Überzeugung des LG „entscheidungslenkend“ das Kind als „Störfaktor“ beseitigen, um ihr bisheriges Leben in gewohnter Form fortsetzen zu können. Dass der Täter auch eigene Interessen verfolgt, ist zwar der Regelfall der vorsätzlichen Tötung eines Anderen und rechtfertigt deshalb noch nicht ohne weiteres die Qualifikation der Tat als Mord. Deshalb wird auch nach Aufhebung des § 217 StGB a.F. durch das 6. StrRG (vgl. dazu BT-Dr 13/8587, S. 34) in den Fällen der Kindstötung die Annahme von Mord nur ausnahmsweise in Betracht kommen (vgl. Senatsurt. v. 19. 6. 2008 - 4 StR 105/08). Anders verhält es sich jedoch, wenn die Tat von besonders krasser Selbstsucht geprägt ist. So liegt es hier.

Vor allem für Referendare:

Gericht: BGH	Unterbrechung der Verfolgungsverjährung	StPO § 78e
Aktenzeichen: 3 StR 545/07		
Datum: 29.06.2008		

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Sind mehrere selbstständige Straftaten LS.v. § 264 I StPO Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens, so erstrecken sich verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlungen grundsätzlich auf alle diese Taten, sofern nicht der Verfolgungswille des tätig werdenden Strafverfolgungsorgans erkennbar auf eine oder mehrere der Taten beschränkt ist. 2. Sämtliche Maßnahmen des § 78c I Nr. 1 StGB bilden eine Einheit, so dass, sobald eine der dort genannten Unterbrechungshandlungen durchgeführt worden ist, die Verjährung durch eine andere der in Nr. 1 aufgezählten Maßnahmen nicht erneut unterbrochen werden kann.
---	--

Sachverhalt: Der Angekl. täuschte durch falsche Angaben und unzutreffende Verkaufsunterlagen 4 Anleger eigenhändig sowie 146 Anleger mittels gutgläubiger Anlageberater über die Renditeerwartung und Sicherheiten einer Kapitalanlage in Form der stillen Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft. Im Zeitraum vom 22.11.1996 bis 24.01.2001 zahlten diese 150 Anleger irrtumsbedingt Einlagen zwischen 10.000 und 100.000 DM in einem Gesamtvolumen von etwa 4 Mio. DM. In der Folgezeit verwendete der Angekl. das Vermögen der KG für andere Unternehmen der "M-Gruppe" sowie für sich und seine Familie. Wie vom Angekl. von Anfang an zumindest billigend in Kauf genommen, wurde eine Rendite weder erzielt noch an die Anleger ausgeschüttet. Mit ihren Rückforderungsansprüchen in Folge der vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen verfügten Rückabwicklung der Anlagegeschäfte fielen die Anleger hinsichtlich der geleisteten Einlagen bei einer Insolvenzquote von 1,17% weitestgehend aus.

Lösung:

Fraglich ist, ob die Ahndung der Betrugstaten wegen Eintritts der Verfolgungsverjährung nach § 78c I 1 StGB ausgeschlossen ist.

I. Der letzte Betrug war mit Zahlung der Einlage am 24.01.2001 beendet. Die damit in Lauf gesetzte (§ 78a StGB) 5-jährige Verjährungsfrist (§§ 263 I, 78 111 Nr. 4 StGB) ist zwar durch die Anordnung der ersten Vernehmung des Angekl. als Beschuldigter vom 09.04.2001 unterbrochen worden (§ 78c I Nr. 1 StGB). Bis zur nächsten in Betracht kommenden Unterbrechungshandlung, nämlich der Anklageerhebung vom 24.04.2006 (§ 78c I Nr. 6 StGB), sind jedoch mehr als 5 Jahre vergangen, ohne dass die Verjährung in der Zwischenzeit durch eine sonstige Maßnahme erneut unterbrochen worden wäre.

II. Die Anordnung der ersten Beschuldigtenvernehmung vom 09.04.2001 hat die Verjährung sämtlicher in Betracht kommender Delikte des Angekl. zur Erlangung und bei der weiteren Verwendung der Einlagegelder unterbrochen. Dies gilt auch dann, wenn die dem Angekl. im Laufe der Ermittlungen angelasteten Untreuetaten einer- und die Betrugstaten andererseits prozessual eigenständige Taten darstellen.

1. Sind mehrere selbstständige Straftaten i.S.d. § 264 I StPO Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens, so erstrecken sich verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlungen grundsätzlich auf alle diese Taten, sofern nicht der Verfolgungswille des tätig werdenden Strafverfolgungsorgans erkennbar auf eine oder mehrere der Taten beschränkt ist (BGH NStZ 2001, 191; 1990, 436; LK-Schmid, § 78c Rn 8).

2. Entscheidendes Kriterium für die sachliche Reichweite der Unterbrechungswirkung einer Verfahrenshandlung ist daher der Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden. Für die Bestimmung dessen Umfangs ist maßgeblich, was nach dem Wortlaut der Maßnahme, nach dem sonstigen Akteninhalt sowie dem Sach- und Verfahrenszusammenhang mit der jeweiligen Untersuchungshandlung bezweckt wird (BGH NStZ 2000, 427; 2007, 213).

Dabei dürfen die Anforderungen an die Konkretisierung des Verfolgungswillens in einem frühen Verfahrensstadium nicht überspannt werden; es genügt vielmehr, wenn die von ihm erkennbar erfassten Taten derart individualisiert sind, dass sie von denkbaren ähnlichen oder gleichartigen Vorkommnissen unterscheidbar sind (BGH NStZ 2001, 191). Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob es sich im konkreten Fall zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angekl. auswirkt, wenn der in Rede stehenden Verfahrensmaßnahme verjährungsunterbrechende Wirkung zukommt. Verbleiben hieran Zweifel, so ist zu Gunsten des Angekl. zu entscheiden (BGH NStZ 1996, 274).

3. Nach dem Wortlaut der die Beschuldigtenvernehmung anordnenden Verfügung vom 09.04.2001, dem weiteren Akteninhalt sowie dem Sach- und Verfahrenszusammenhang sind von der verjährungsunterbrechenden Wirkung der Anordnung nicht nur die Untreuehandlungen bezüglich der Zinserträge der Anleger sowie der Entnahmen zum Nachteil der KG, sondern auch die zur Verurteilung gelangten Betrugstaten erfasst worden.

Zwar hatte sich die ermittlungsauslösende Strafanzeige des amtlich bestellten Abwicklers der KG vom 26.03.2001 vornehmlich auf die veruntreuende Verwendung der vereinnahmten Gelder gestützt; jedoch waren durch die der Anzeige beigefügten Anlagen von Anfang an verdachtsbegründende Tatsachen auch hinsichtlich der betrügerischen Akquise der Gelder zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangt. Diesen Anlagen entsprechend hat die staatsanwaltschaftliche Verfügung vom 09.04.2001 den Tatvorwurf als „versuchten Betrug“ bezeichnet. Das daraufhin verfasste Schreiben des Polizeipräsidiums an das BKA vom 18.05.2001, das über den Sach- und Verfahrenszusammenhang Rückschlüsse auf den Ermittlungsauftrag und das Verfolgungsinteresse zulässt, hat den Tatvorwurf als "Anlagebetrug" bezeichnet, die Tathandlung in der Erlangung der Gelder im Wege von Beteiligungsverträgen mit den Anlegern als stillen Gesellschaftern gesehen und den Schaden mit 3,7 Mio. DM, der damaligen Summe der geleisteten Einlagen, berechnet.

4. Weitere Maßnahmen, die zur erneuten Unterbrechung der Verjährung innerhalb der ab dem 09.04.2001 neu laufenden (§ 78c 111 1 StGB) 5-jährigen Verjährungsfrist geführt hätten, liegen nicht vor.

a) Weder die Gewährung von Akteneinsicht am 25.05.2001 noch die Mitteilung des Eingangs weiterer Anzeigen am 23.10.2001 konnten als Maßnahmen i.S.d. § 78c I Nr. 1 StGB zu einer Verjährungsunterbrechung führen.

Zwar kann die Gewährung von Akteneinsicht grundsätzlich als verjährungsunterbrechende Handlung nach § 78c I Nr. 1 StGB angesehen werden (BGH StraFo 2008, 155 mwN). ebenso die Mitteilung des Eingangs weiterer Anzeigen. Da allerdings die Verjährung bereits am 09.04.2001 nach § 78c I Nr. 1 StGB für alle in Betracht kommenden Betrugs- und Untreuetaten unterbrochen worden war, konnte die Akteneinsicht und die Mitteilung des Eingangs neuer Anzeigen nicht zu einer nochmaligen Unterbrechung führen. Denn sämtliche Maßnahmen des § 78c I Nr. 1 StGB bilden eine Einheit, so dass, sobald eine der dort genannten Unterbrechungshandlungen durchgeführt worden ist, die Verjährung durch eine andere der in Nr. 1 aufgezählten Maßnahmen nicht erneut unterbrochen werden kann (vgl. BGH NStZ 2005, 33; Schönke/Schröder-Stree, StGB, § 78c Rn 5). Alle in Nr. 1 aufgeführten Handlungen sind lediglich zu einer einmaligen Unterbrechung der Verjährung geeignet und stehen hierfür nur alternativ zur Verfügung (LK-Schmid aaO, Rn 19).

b) Die schriftliche Befragung des Abwicklers der KG als sachverständigen Zeugen vom 08.06.2001 war ebenfalls zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet; denn sie stellte keine staatsanwaltschaftliche Beauftragung eines Sachverständigen i.S.d. § 78c I Nr. 3 StGB dar.

Zwar hätten die an den über besonderen Sachverstand verfügenden Abwickler der KG gestellten Fragen auch Beweisthema eines Sachverständigengutachtens sein können und sind mit Übersendung eines anderweit erstellten „Abwicklungsgutachtens“ beantwortet worden; jedoch hat die schriftliche Beantwortung der Fragen ausweislich des Schreibens der StA lediglich die zeugenschaftliche Vernehmung des Abwicklers ersetzen sollen. Ein Sachverständigenauftrag ist dabei weder ausdrücklich noch der Sache nach erteilt worden. Damit steht in Einklang, dass sowohl in der (unwirksamen) Anklage vom 09.10.2002 als auch in der (wirksamen) Anklage vom 17.03.2006 der Abwickler der KG jeweils als Zeuge und nicht als Sachverständiger aufgeführt wurde. Eine Auslegung des abschließenden und eng auszulegenden Katalogs des § 78c I StGB dahin, dass auch die schriftliche Befragung eines sachverständigen Zeugen erfasst sei, ist nicht möglich (vgl. BGHSt 28, 381ft. mwN).

c) Ebenso wenig hat die Erhebung der ersten Anklage vom 09.10.2002 die Verjährung nach § 78c I Nr. 6 StGB unterbrochen, denn diese Anklage ist wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitserfordernis des § 200 I 1 StPO unwirksam gewesen, weil sich ihr nicht hat entnehmen lassen, welche genauen Tatvorwürfe gegen den Angekl. erhoben werden sollten.

Durch die Erhebung einer Anklage, die den Voraussetzungen des § 200 StPO nicht entspricht und deshalb unwirksam ist, kann die Verjährung indes nicht gem. § 78c I Nr. 6 StGB unterbrochen werden. Dies entspricht der bisherigen Rspr. des BGH zur Frage der verjährungsunterbrechenden Wirkung von unwirksamen - und nicht nur fehlerhaften - Eröffnungsbeschlüssen und von nicht konkretisierten richterlichen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen (Schönke/Schröder-Stree, StGB, § 78c Rn 14; LK-Schmid, § 78c Rn 9 und 30; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 78c Rn 16; BGHSt 29, 351; BGH NStZ 2000, 427; 2004, 275).

Für die Erhebung einer unwirksamen Anklage kann nichts anderes gelten. Auf die Frage, ob die wegen des Vorwurfs der Untreue erhobene Anklage die Verjährung auch bezüglich der dem Angekl. angelasteten Betrugstaten überhaupt hätte unterbrechen können, kommt es danach nicht an.

d) Schließlich hat auch die anschließende Mitteilung der StA vom 12.09.2003 über die Fortsetzung bzw. Wiederaufnahme der Ermittlungen unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt die Verjährung nicht unterbrochen.

Da bereits am 09.04.2001 die Beschuldigtenvernehmung mit verjährungsunterbrechender Wirkung auch für die dem Angekl. angelasteten Betrugstaten angeordnet worden war und die Maßnahmen nach § 78c I Nr. 1 StGB eine Einheit bilden, von denen nur die erste die Verjährung unterbricht, hat diese Mitteilung verjährungsrechtlich keine Wirkung entfaltet.

aa) Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass es das LG abgelehnt hat, die Anklage vom 09.10.2002 zur Hauptverhandlung zuzulassen, denn dies hat nicht zu einer "Erledigung" des Ermittlungsverfahrens geführt mit der Folge, dass dessen Fortführung bzw. die "Wiederaufnahme" der Ermittlungen der Einleitung eines neuen Ermittlungsverfahrens gleichgestanden hätte und der diesbezüglichen Mitteilung daher Unterbrechungswirkung nach § 78c I Nr. 1 StGB zugekommen wäre (vgl. hierzu LK-Schmid, § 78c Rn 21 unter Hinweis auf OLG Koblenz OLGSt OWiG § 84 Nr. 1: Erledigung eines Ermittlungsverfahrens wegen Ordnungswidrigkeit durch bestandskräftigen Bußgeldbescheid mit anschließender Aufnahme der Ermittlungen wg. Straftaten).

Durch die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens ist vielmehr lediglich das durch die - unwirksame - Anklageerhebung eingeleitete gerichtliche Verfahren nach §§ 199ff. StPO abgeschlossen worden, nicht dagegen das - nunmehr wieder in den Händen der StA liegende - Verfahren insgesamt, das jederzeit, sei es nach weiteren Ermittlungen oder nicht, durch erneute Anklageerhebung (wegen Untreue oder wegen Betruges oder wegen beidem) wieder beim LG anhängig gemacht werden konnte. Zwar hat die StA den Ermittlungsschwerpunkt nunmehr von der Veruntreuung der Zinserträge der Anleger sowie des Vermögens der KG hin zu der betrügerischen Erlangung der Einlagen verlagert; dies steht jedoch nicht der Einleitung eines neuen Ermittlungsverfahrens gleich, zumal der Verfolgungswille sich schon zu Beginn der ursprünglichen Ermittlungen im April 2001 auf die Betrugstaten erstreckt hatte.

bb) Zudem erfasst der Wortlaut des § 78c I Nr. 1 StGB, der auf die "erste" Vernehmung bzw. die Bekanntgabe, dass ein Ermittlungsverfahren "eingeleitet ist" abstellt, den Fall der "Wiederaufnahme bzw. Fortsetzung" der Ermittlungen nicht. Eine entsprechende Anwendung des abschließenden Katalogs des § 78c I Nr. 1 StGB zu Ungunsten des Angekl. verbietet sich, weil die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung als materiellrechtliche Ausnahmeregelungen einer Analogie nicht zugänglich sind (BGH NStZ-RR 2005, 44; Fischer, StGB, § 78c Rn 7).

Zum Zeitpunkt der wirksamen Anklageerhebung am 24.04.2006 waren seit dem ersten Vernehmungsauftrag vom 09.04.2001 mehr als 5 Jahre vergangen. Dass der Abschlussvermerk der StA und die Anklage vom 17.03.2006 datieren, einem Zeitpunkt, als noch keine Verjährung eingetreten war, ist unerheblich; denn für den Zeitpunkt der Erhebung der Anklage i.S.d. § 78c I Nr. 6 StGB kommt es allein auf deren Eingang bei Gericht an. Dieser erfolgte erst am 24.04.2006 und damit in verjährter Zeit.

III. Ergebnis: Das Hauptverfahren darf wegen des Verfahrenshindernisses der Verfolgungsverjährung nicht eröffnet werden, § 204 I StPO.

Öffentliches Recht

Gericht: BVerwG	Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Forschungsanlage	BauGB
Aktenzeichen: 4 C 18.07		§ 35
Datum: 22.01.2009		

	Die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich kann sich auch auf Solaranlagen erstrecken, deren Beitrag zur Deckung des Eigenenergiebedarfs von Windenergieanlagen erforscht werden soll.
---	--

Sachverhalt: Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Erteilung eines Bauvorbescheides zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit einer Medium-Hybrid-Energieerzeugungsanlage in Anspruch. Mit Bauvoranfrage vom 16. September 2005 beantragte sie die Erteilung eines Bauvorbescheides für eine Energieerzeugungsanlage bestehend aus einer Windenergieanlage mit einer Nabenhöhe von 30,80 m und einem Rotordurchmesser von 7,40 m (Leistung: 10 kW) sowie auf zwei Ebenen einem 1-achsig windnachgeführten und einem 1-achsig helligkeitsnachgeführten Beplattungsvarianten-Modulträger mit einer Höhe von 12,7 m und einer Breite von 15 m für eine Photovoltaikbeplattung mit einer Leistung von 15 kWp und einer Vorrichtung zur Adaption zweier magnetodynamischer Speicher mit einer maximalen Leistung von generatorisch/motorisch jeweils 900 kW. Das Vorhaben soll auf einem Außenbereichsgrundstück in der Gemarkung Olsdorf im Abstand von etwa 70 bis 100 m von einer vorhandenen Groß-Windenergieanlage mit einer Leistung von 2 000 kW errichtet werden. Zur Betriebsweise führte die Klägerin aus, bei ihrem Vorhaben handele es sich um eine windkraftdominierte Hybridanlage mit der Groß-Windenergieanlage als Symbiont, die deren Einrichtungen (Erschließung, Telekommunikation, Steuerungs- und Regelungstechnik, Netzinfrastruktur und Blitzschutzeinrichtungen) nutze, sie aber auch mit Strom versorge. Der drehbare modulbeplattete Gittermast solle der Strömungsmessung und der Erforschung von Klein-Windenergieanlagen-Adaptionen zu deren Einbindung in die Konzepte Food-Power-Station (Biomasseerzeugung) und Energy-Water-Station (Trinkwasseraufbereitung) dienen. Insgesamt handele es sich um

ein Forschungsvorhaben von großer Bedeutung. Der Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 17. November 2005 ab. Das Vorhaben sei nicht im Außenbereich privilegiert, da die Photovoltaikanlage wegen ihres Umfangs und ihrer Kapazität keine bodenrechtliche Nebensache zu der Windenergieanlage darstelle. Der Widerspruch der Klägerin blieb erfolglos. Das Verwaltungsgericht hat den Beklagten mit Urteil vom 28. Juni 2006 zur Erteilung des beantragten Bauvorbescheides verpflichtet, das Oberverwaltungsgericht hat die erstinstanzliche Entscheidung bestätigt. Gegen das Berufungsurteil hat der Beklagte die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt, mit der er in Abrede stellt, dass das Vorhaben der Klägerin vom Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB erfasst wird.

Lösung:

Die Revision des Beklagten ist unbegründet. Das Berufungsurteil steht mit Bundesrecht im Einklang. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist ein Vorhaben im Außenbereich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und es der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient. Der Ausgang des Revisionsverfahrens hängt davon ab, ob das Vorhaben als Zwecken der Windenergie dienend privilegiert zulässig ist. Das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist zwischen den Beteiligten nicht streitig.

1. Das Oberverwaltungsgericht hat sich davon überzeugt, dass der Medium-Hybrid ein Projekt zur Erforschung und Entwicklung der Windenergie ist. Es hat entscheidungstragend darauf abgestellt, dass die Klägerin hinreichend deutlich gemacht habe, vor allem untersuchen zu wollen, welche Leistungen der Medium-Hybrid als Hilfsenergiequelle zur Deckung des Eigenenergiebedarfs der benachbarten Groß-Windenergieanlage bei längerfristigem Ausfall des Windrades und bei längerfristigen Netzausfällen erbringen könne. Die Photovoltaikkomponente solle zum Ausgleich der für den Betrieb der Groß-Windenergieanlage nachteiligen Folgen kurzfristiger Unterbrechungen des Stromnetzes (sog. KU-Abschaltungen im Millisekundenbereich) mittelbar dienlich sein, indem sie die insofern wesentliche Speichereinheit speise. Dem Befund des Oberverwaltungsgerichts liegt die zutreffende Auffassung zugrunde, dass eine Anlage als Projekt zur Erforschung und Entwicklung der Windenergie anzuerkennen ist, wenn der Antragsteller anhand eines Forschungs- und Entwicklungskonzepts plausibel darlegt, dass die von ihm konstruierte Anlage nach gegenwärtigem Erkenntnisstand geeignet ist, die Nutzung der Windenergie mehr als nur unerheblich zu verbessern, die Anlage aber noch praktisch erprobt werden muss. Diese tatrichterliche Würdigung ist bundesrechtlich ebenso wenig zu beanstanden wie der Umstand, dass das Oberverwaltungsgericht auch im Übrigen keine weitergehenden Anforderungen an das Forschungs- und Entwicklungskonzept der Klägerin gestellt, sondern die Formulierung konkreter Forschungs- und Entwicklungsziele als ausreichenden Beleg für die Ernsthaftigkeit des Forschungswillens angesehen hat.

2. Das Oberverwaltungsgericht hat angenommen, dass der Medium-Hybrid der Erforschung und Entwicklung der Windenergie „dient“. Das hält der revisionsgerichtlichen Kontrolle stand.

a) Das Oberverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass sowohl der Medium-Hybrid als auch die in ihm enthaltene Photovoltaikkomponente bei isolierter Betrachtung nicht privilegiert sind und der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie daher nur „dienen“ können, wenn sie von der Privilegierung der benachbarten Groß-Windenergieanlage „mitgezogen“ werden. Die Teilnahme einer nichtprivilegierten Anlage an der Privilegierung einer anderen Anlage ist zunächst davon abhängig, dass die hinzutretende Anlage eine bodenrechtliche Nebensache ist. Das ist dann der Fall, wenn sie der Hauptanlage unmittelbar (funktional) zu- und untergeordnet ist und durch diese Zu- und Unterordnung auch äußerlich erkennbar geprägt wird. Die funktionale Zu- und Unterordnung des Medium-Hybriden unter die benachbarte privilegierte Groß-Windenergieanlage folgt daraus, dass der Medium-Hybrid in seiner Funktion als Hilfsenergiequelle für die benachbarte Groß-Windenergieanlage erprobt werden soll. Sie wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Betreiber der beiden Anlagen personenverschieden sind. Ob zwischen Haupt- und Nebenanlage eine Beziehung besteht, die die Anwendung der Grundsätze über den mitgezogenen Betriebsteil rechtfertigt, bestimmt sich nach der Zweckbestimmung der Anlagen, nicht nach der Person ihrer Bauherren, Eigentümer oder Betreiber. Allerdings muss gewährleistet sein, dass die mitgezogene Nebenanlage zur Unterstützung der Hauptanlage eingesetzt wird. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts ist das der Fall, weil sich die Betreiber der Groß-Windenergieanlage gegenüber der Klägerin bereit erklärt haben, ihre Anlage für die Erprobung des Medium-Hybriden zur Verfügung zu stellen. Der Einbeziehung des Medium-Hybriden in die Privilegierung der Groß-Windenergieanlage steht nicht entgegen, dass ein Vorhaben das Privileg des § 35 Abs. 1 BauGB nur dann genießt, wenn es den Privilegierungstatbestand

absehbar auf Dauer erfüllen soll. Mit der Forderung nach dauerhafter Zuordnung eines Vorhabens zu einer Privilegierung soll verhindert werden, dass das Vorhaben zwar zu einem privilegierten Zweck errichtet wird, die spätere Nutzung zu einem nichtprivilegierten Zweck aber beabsichtigt ist. Die Annahme des Beklagten, dass der Medium-Hybrid in seiner Funktion als Forschungs- und Entwicklungsprojekt vor Abgängigkeit der Groß-Windenergieanlage ausgedient haben wird, mag zutreffen. Das bedeutet jedoch nicht, dass er lediglich genehmigungsfähig wäre, wenn auch die Groß-Windenergieanlage nur zur Erforschung und Entwicklung der Windenergie genehmigt und errichtet worden wäre.

b) Dass der Medium-Hybrid der Groß-Windenergieanlage zu- und untergeordnet ist und durch diese Zu- und Unterordnung auch äußerlich erkennbar geprägt wird, ergibt für sich allein noch kein „Dienen“. Es reicht nicht aus, dass das klägerische Vorhaben der Windenergie in irgendeiner Weise förderlich ist. Andererseits kann auch die Notwendigkeit bzw. Unentbehrlichkeit nicht verlangt werden. Vielmehr muss für das Merkmal des Dienens darauf abgestellt werden, ob ein vernünftiger Bauherr auch und gerade unter Berücksichtigung des Gebots größtmöglicher Schonung des Außenbereichs das Bauvorhaben mit etwa gleichem Verwendungszweck und gleicher Ausstattung errichten würde. Die eigentliche Zweckbestimmung des Erfordernisses des Dienens liegt darin, Missbrauchsversuchen begegnen zu können. Nicht der nur behauptete Zweck des Vorhabens, sondern seine wirkliche Funktion soll entscheidend sein. Es sollen Vorhaben verhindert werden, die zwar an sich objektiv geeignet wären, einem privilegierten Vorhaben zu dienen, mit denen aber in Wirklichkeit andere Zwecke verfolgt werden. Deshalb ist das Merkmal des Dienens zu verneinen, wenn das Vorhaben zwar nach seinem Verwendungszweck gerechtfertigt sein mag, nach seiner Gestaltung, Beschaffenheit oder Ausstattung aber nicht durch diesen Verwendungszweck erschöpfend geprägt wird. Fehlt es an einer entsprechenden Prägung, wird in aller Regel auch die Frage zu verneinen sein, ob ein vernünftiger Bauherr auch und gerade unter Berücksichtigung des Gebots größtmöglicher Schonung des Außenbereichs ein Vorhaben mit gleicher Gestaltung und Ausstattung errichten würde. Von diesen Grundsätzen hat sich das Oberverwaltungsgericht leiten lassen und ist zu Recht der von ihm im Ergebnis bejahten Frage nachgegangen, ob die Dimensionierung der Photovoltaikkomponente an dem erstrebten Hilfsnutzen für die Groß-Windenergieanlage orientiert ist.

c) Entgegen der Ansicht des Beklagten ist nicht von Belang, ob der Medium-Hybrid ohne Einbußen in seiner Funktion als Hilfsenergiequelle für die Groß-Windenergieanlage statt im Außenbereich auch in einem benachbarten Gewerbegebiet aufgestellt werden könnte. Die Wahl des Standorts ist keine Frage des Dienens.

Gericht: BVerwG	Getränkeausschank im Bordell	GastG
Aktenzeichen: 8 B 2.09		§ 4 I Nr. 1
Datum: 23.03.2009		

	Durch den Erlass des Prostitutionsgesetzes ist ein Wandel der sozialetischen Wertvorstellungen zum Ausdruck gekommen. Die kommerzielle Ausnutzung sexueller Bedürfnisse oder Interessen ist nicht mehr grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen. Somit kann auch die gaststättenrechtliche Erlaubnis für den Ausschank von (alkoholischen und nichtalkoholischen) Getränken in einem Bordell nicht mehr mit der Begründung verweigert werden, dass dadurch der Unsittlichkeit im Sinne von § 4 I Nr. 1 GastG Vorschub geleistet werde.
---	--

Die Beschwerde, die sich allein auf eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO beruft, hat keinen Erfolg. Der geltend gemachte Zulassungsgrund liegt nicht vor. Die von der Beschwerdeführerin gestellte Frage,

„Ist die gaststättenrechtliche Erlaubnis für den Ausschank von (alkoholischen und nichtalkoholischen) Getränken in einem Bordell zu versagen, weil dadurch der Unsittlichkeit im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG Vorschub geleistet wird?“,

erfordert keine Klärung in einem Revisionsverfahren.

Der Rechtsbegriff der Unsittlichkeit ist nicht als moralische Kategorie oder ethische Forderung zu verstehen, sondern im Hinblick auf den Normzweck der Gefahrenabwehr und mit Rücksicht auf die grundrechtlichen Gewährleistungen in Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG auszulegen. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG soll das

Zusammenleben der Menschen ordnen, soweit deren Verhalten sozialrelevant ist, d.h. nach außen in Erscheinung tritt und das Allgemeinwohl beeinträchtigen kann. Die Vorschrift dient nicht dazu, die Sittlichkeit um ihrer selbst willen zu wahren, sie zu fördern oder zu ihr zu erziehen. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich auf Vorgänge, die dem grundgesetzlich verbürgten Menschenbild widersprechen, mit Strafe oder Bußgeld bedroht sind oder wegen ihres Öffentlichkeitsbezugs einem sozialetischen Unwerturteil unterliegen. Dazu zählt sexuelles Verhalten, das schutzwürdige Belange der Allgemeinheit berührt, insbesondere, wenn es nach außen tritt und dadurch die ungestörte Entwicklung junger Menschen in ihrer Sexualsphäre gefährden kann oder andere Personen, die hiervon unbehelligt bleiben wollen, erheblich belästigt. Auf freier Selbstbestimmung beruhende, den Regelungen des Prostitutionsgesetzes entsprechende sexuelle Handlungen ohne Öffentlichkeitsbezug widersprechen nicht schon wegen ihrer Entgeltlichkeit dem Menschenbild des Grundgesetzes. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 I GG gewährleisten die freie Selbstbestimmung auch in sexueller Hinsicht. Sie schützen den Einzelnen vor einer Beeinträchtigung dieser Selbstbestimmung und vor einer Behandlung oder Darstellung, die seine Subjektqualität oder seinen Wert- und Achtungsanspruch leugnet, indem sie ihn zum entpersonalisierten Objekt entwürdigt. Für die Frage, ob die Prostitution wegen ihres Öffentlichkeitsbezugs einem sozialetischen Unwerturteil unterliegt, sind die sozialetischen Wertvorstellungen maßgeblich, die in der Rechtsgemeinschaft als Ordnungsvoraussetzungen anerkannt, jedoch dem geschichtlichen Wandel unterworfen sind. Der früheren Rechtsprechung, die aufgrund der damaligen Wertvorstellungen die Prostitution stets für unsittlich hielt und deshalb den Betrieb eines sie fördernden Ausschanks als Vorschubleisten im Sinne des § 4 I 1 Nr. 1 GastG beurteilte, hat der im Erlass des Prostitutionsgesetzes zum Ausdruck kommende Wandel der sozialetischen Wertvorstellungen die Grundlage entzogen. Nach den heutigen Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft ist die kommerzielle Ausnutzung sexueller Bedürfnisse oder Interessen nicht mehr grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen. Selbst entgeltliche sexuelle Handlungen werden nicht mehr „automatisch“ als unsittlich beurteilt. Die von der Beteiligten sinngemäß gestellte abschließende Frage, ob zumindest die gewerbliche Förderung der Prostitution durch Dritte - unabhängig von der sozialetischen Beurteilung der Prostitution selbst - den Tatbestand des § 4 I 1 Nr. 1 GastG erfülle, beantwortet sich ohne weiteres aus dem Gesetz. Danach hängt die Tatbestandsmäßigkeit eines „Vorschub leistenden“ Förderns von der sozialetischen Beurteilung des geförderten Verhaltens ab. Die Förderung der Prostitution ist daher ebenso differenziert zu beurteilen wie die Prostitution selbst. Eine Divergenz im Sinne des § 132 II Nr. 2 VwGO ist daher weder dargelegt, noch lässt die Grundsatzrüge sich entsprechend umdeuten.

Gericht: OVG Weimar	Anspruch auf Nutzung einer Stadthalle für Bundesparteitag	GG
Aktenzeichen: 2 EO 490/08		Art. 3 I
Datum: 16.09.2008		

	<p>1. Der Anspruch einer politischer Partei auf Nutzung einer Stadthalle kann sich aus dem ihr grundsätzlich zustehenden Gleichbehandlungsanspruch aus § 5 I 1 PartG i.V.m. Art. 3 und Art. 21 I GG ergeben.</p> <p>2. Dieser Anspruch wird durch den Zweck der Einrichtung begrenzt, der auch in einer kommunalen Satzung festgelegt sein kann.</p> <p>3. Bei einer Änderung der Benutzungssatzung kommt es - anders als bei einer Änderung der Verwaltungspraxis - nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung, sondern den Zeitpunkt der - auch gerichtlichen - Entscheidung an. Obergangsregelungen sind insofern verfassungsrechtlich nicht erforderlich.</p>
---	---

Sachverhalt: P - eine politische Partei - beantragte unter dem 0210.2007 bei der Stadt A die Zulassung zur Nutzung der Stadthalle für die Durchführung ihres Bundesparteitages im Okt. bzw. Nov. 2008. A regelt seit dem 01.03.2007 die Zulassung zur Nutzung ihrer Stadthalle in einer "Stadthallenbenutzungssatzung", die sie in der Zwischenzeit mehrfach geändert hat.

Im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung wird der Zweck der Stadthalle durch die "Stadthallenbenutzungssatzung" vom 19.02.2007 i.d.F. der Dritten Änderungssatzung vom 16.07.2008, die am 24.07.2008 in Kraft trat, bestimmt. Die hier relevanten §§ 2 und 3 der Stadthallenbenutzungssatzung haben nunmehr folgende Fassung:

§ 2 Widmung, Entwidmung

(1) Die multifunktionalen Räume der Stadthalle G dienen als öffentliche Einrichtungen der Stadt A. dem kulturellen, gesellschaftlichen, gewerblichen und politischen Leben der Stadt. Sie stehen für Kongresse, Tagungen, Seminare. Versammlungen, Vorträge, Schulungen, öffentliche Vergnügungen, Betriebs-, Familien-, und Vereinsfeiern sowie

Modeschauen, Ausstellungen, Produktpräsentationen und sonstige Veranstaltungen zur Verfügung, soweit sie nicht für den Verwaltungsgebrauch der Stadt benötigt werden (Eigengebrauch).

(2) Abweichend von Abs. 1 dürfen die multifunktionalen Räume der Stadthalle G durch Nutzungsberechtigte im Sinne des § 3 Abs. 3 dieser Satzung nur für solche Veranstaltungen benutzt werden,

a) die organisatorischen oder internen Zwecken im Sinne des § 9 Parteiengesetzes dienen (z.B. Parteitage, Hauptversammlungen, Mitgliederversammlungen zur Aufstellung von Kandidaten für bevorstehende Wahlen, parteinterne Veranstaltungen zu Programmentwürfen, etc. pp), und

b) die einen konkreten regional- oder landespolitischen Bezug zum Altenburger Land oder des Freistaates Thüringen aufweisen.

(3) ...

§ 3 Nutzungsberechtigte

(1) Die Einwohner der Stadt A. sowie die im Stadtgebiet ansässigen juristischen Personen und Personenvereinigungen sind berechtigt, die multifunktionalen Räume der Stadthalle G nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Satzung zu nutzen.

(2) Auswärtigen natürlichen oder juristischen Personen oder Personenvereinigungen kann die Benutzung der multifunktionalen Räume der Stadthalle G gestattet werden.

(3) Parteien im Sinne des § 2 des Parteiengesetzes, Wählervereinigungen oder Wählergruppen sind zur Benutzung der multifunktionalen Räume der Stadthalle G berechtigt.“

Durch Bescheid vom 22.05.2008 lehnte A den Antrag der P auf Zulassung zur Benutzung der Räume der Stadthalle für die Durchführung eines Bundesparteitages in der Zeit vom 04.10.5.10.2008 ab.

Besteht ein Anspruch auf Zulassung?

Lösung:

I. Anspruch aus den kommunalrechtlichen Nutzungsregelungen

Nach den Gemeindeordnungen der Länder steht Einwohnern einer Gemeinde grundsätzlich der Zugang zu den öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde offen, soweit sich die begehrte Nutzung im Rahmen des Widmungszweckes hält und die Nutzung im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten noch möglich ist, wobei die Vergabe grundsätzlich nach dem Prioritätsprinzip zu erfolgen hat, von dem die Gemeinde aber aus sachlichen Gründen abweichen kann.

Dies gilt grundsätzlich auch für Grundbesitzer und Gewerbetreibende, die keine Einwohner der Gemeinde sind, aber ihren Grundbesitz oder ihr Gewerbe dort haben sowie für juristische Personen und Personenvereinigungen mit Sitz in der Gemeinde (vgl. § 10 GemO BW; § 20 GO Hess; § 14 GemO RP).

Ein solcher Anspruch könnte sich hier aus § 14 I, III KO Thür. ergeben.

Nach der vorgenannten Bestimmung sind juristische Personen und Personenvereinigungen im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen zu nutzen. Nach dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen und dem systematischen Zusammenhang zwischen Abs. 1 und Abs. 3 des § 14 ThürKO haben einen solchen Anspruch nur solche juristischen Personen und Personenvereinigungen, die ihren Sitz und ihren Tätigkeitsbereich schwerpunktmäßig in der Gemeinde haben (vgl. Senatsbeschluss v. 26. 10. 2004 - 2 EO 1377/04. juris, Rn. 38).

Diese Voraussetzungen erfüllt P nicht, so dass ein Nutzungsanspruch nach kommunalrechtlichen Regelungen über die Nutzung öffentlicher Einrichtungen, hier nach § 14 I, III KO Thür. nicht besteht.

II. Anspruch aus grundrechtlichen Regelungen

Ein Anspruch der P könnte sich jedoch aus dem ihr als politischer Partei grundsätzlich zustehenden Gleichbehandlungsanspruch aus § 5 I 1 PartG i.V.m. Art. 3 und Art. 21 I GG ergeben.

Danach sollen alle Parteien gleich behandelt werden, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt den Parteien Einrichtungen zur Verfügung gestellt hat. Auch Kommunen als Träger öffentlicher Gewalt sind grundsätzlich verpflichtet, diesen Anspruch auf Gleichbehandlung der Parteien zu beachten (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.10.1969 - VII C 27.69 und 29.69, Buchholz 150 § 5 Nr. 2 und 3; Urt. v. 18.07.1969 VII C 4.69, Buchholz 150 § 5 Nr. 1; VGH Mannheim, NVwZ 1994, 587; NVwZ-RR 1996, 681).

Der nach den o.g. Vorschriften in diesem Rahmen grundsätzlich gegebene Zulassungsanspruch zu einer öffentlichen Einrichtung besteht jedoch nicht unbeschränkt. Vielmehr wird er durch den Zweck der öffentlichen Einrichtung begrenzt. Der Zweck der öffentlichen Einrichtung wird von der Gemeinde in der Regel in einer Benutzungssatzung (§ 20 II Nr. 1 ThürKO), in einer Benutzungsordnung, einem Beschluss über die Widmung oder einer Widmung durch tatsächliches Überlassen festgelegt.

1. Rechtslage nach der Stadthallenbenutzungssatzung

A hat den Zweck ihrer öffentlichen Einrichtung - der Stadthalle - durch ihre Satzung über die Zulassung zur Benutzung der multifunktionalen Räume der Stadthalle G - Stadthallenbenutzungssatzung - näher bestimmt.

Da P. hier eine Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung in Form einer Begünstigung begehrt, ist für die Beurteilung dieses geltend gemachten Anspruchs die Sach- und Rechtslage auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abzustellen.

Maßgeblich ist daher die Satzung vom 19.02.2007 i.d.F. der Dritten Änderungssatzung vom 16.07.2008. In Anwendung dieser Fassung der Benutzungssatzung wird der von P geplante Bundesparteitag nicht vom Zweck der Stadthalle gedeckt, weil der nach § 3 III i.V.m. § 2 II Buchst. b Stadthallenbenutzungssatzung erforderliche landes- bzw. regionalpolitische Bezug fehlt.

2. Wirksamkeit der Stadthallenbenutzungssatzung

Die Stadthallenbenutzungssatzung könnte aber wegen Verstoßes gegen den bei der Überlassung der Stadthalle an Parteien zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I i.V.m. Art. 21 GG unwirksam sein.

Dieser Grundsatz verlangt nicht, dass Gemeinden politischen Parteien Veranstaltungsräume bereitstellen, wenn gewährleistet bleibt, dass diese nicht völlig von der Möglichkeit, parteipolitische Veranstaltungen durchzuführen, ausgeschlossen werden (vgl. BVerwGE 32, 333). Stellt jedoch ein Träger öffentlicher Gewalt - wie hier - eine öffentliche Einrichtung Parteien zur Verfügung, gebietet es der Gleichbehandlungsgrundsatz, alle Parteien gleich zu behandeln (vgl. z.8. OVG Münster, NVwZ-RR 1991, 508). Dies gilt auch bei einer Begrenzung der Nutzbarkeit einer öffentlichen Einrichtung durch eine Satzungsregelung.

Da A hier allen politischen Parteien i.S.d. Art. 21 GG die Nutzung ihrer Stadthalle für die Durchführung von Bundesparteitagen verwehrt, kommt ein offenkundiger Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 5 I 1 PartG nicht in Betracht.

Fraglich ist allerdings, ob hier die Änderung der Stadthallenbenutzungssatzung nach Beantragung der Nutzung zu einer anderen Bewertung führen muss.

Es bleibt bei der Gleichbehandlung deshalb auch dann, falls A durch den Zulassungsantrag der P zu der Satzungsänderung veranlasst wurde. Ab Inkrafttreten der Satzungsänderung sind damit alle Parteien der Begrenzung des Zwecks unterworfen. Es gibt zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Begrenzung unverhältnismäßig sein könnte. Bei der Stadthalle handelt es sich um eine kommunale öffentliche Einrichtung, die in erster Linie den Einwohnern der A zugute kommen soll.

Zwar galt im Zeitpunkt der Antragstellung mit Schreiben vom 02.10.2007 eine Fassung der Stadthallensatzung, nach der die Nutzung für Bundesparteitagen nicht ausgeschlossen war. Das materielle Recht gebietet es jedoch nicht, die Satzung in der im Zeitpunkt der Antragstellung noch geltenden Fassung anzuwenden.

Auf eine unzulässige Änderung einer Verwaltungspraxis kann sich P insoweit nicht berufen.

Zwar hat das BVerwG entschieden, dass ein bereits gestellter Antrag einer politischen Partei auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung, die politischen Parteien in der Vergangenheit durch tatsächliche Überlassung - also ohne satzungsrechtliche Regelung - zur Verfügung gestellt wurde, nach bisher geltenden Grundsätzen beschieden werden muss, wenn sich nach Antragstellung die Überlassungspraxis ändert (vgl. BVerwGE 31, 368); dies lässt sich jedoch nicht auf den Fall der Regelung des Nutzungszwecks durch Satzung übertragen. Die durch tatsächliche Überlassung getroffene Zweckbestimmung lässt sich für die Zukunft jederzeit ohne Einhaltung besonderer Verfahrensbestimmungen ändern. Aus diesem Grund erscheint es geboten, einen Zulassungsanspruch, der nur durch tatsächliche Verwaltungspraxis und eine damit einhergehende Ermessensbindung konkretisiert wurde, schon bei Antragstellung aus Gleichbehandlungsgründen als schutzwürdig einzustufen.

So liegt es hier im Fall der Nutzungsregelung durch Satzung nicht. Der Zulassungsanspruch ist in diesen Fällen nicht nur durch tatsächliche Verwaltungspraxis, sondern durch einen Rechtssatz geregelt. Allein diese abstrakt-generelle Regelung durch den gesetzlich legitimierten autonomen Satzungsgeber bestimmt den Umfang der Zulassung. Der Anspruch steht von vornherein unter dem Vorbehalt einer Änderung durch den Satzungsgeber, der seinerseits dafür die Verfahrensvorschriften des § 21 ThürKO zu beachten hat.

Auch Gründe des Vertrauensschutzes gebieten nicht, dass P noch die frühere Rechtslage zugute kommt.

Enthält eine ändernde Vorschrift wie hier keine Übergangsregelung, erfasst diese grundsätzlich auch auf vor Inkrafttreten dieser Bestimmung gestellte und bei Inkrafttreten noch nicht endgültig beschiedene Genehmigungsanträge. Dies ergibt sich aus dem im intertemporalen Verwaltungsrecht allgemein geltenden Grundsatz, dass neues Verfahrensrecht und materielles Recht vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens an regelmäßig auch anhängige Verfahren erfasst (vgl. BVerwGE 129, 243; NJW 1990, 590; NVwZ 1986, 45).

Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz geht nicht soweit, die Staatsbürger (bzw. wie hier von diesen gegründete Vereinigungen) vor jeder Enttäuschung zu bewahren (vgl. BVerfGE 14, 288; 24, 220; 43, 242). Schutzwürdig ist von Verfassungen wegen überhaupt nur das betätigte Vertrauen, also die „Vertrauensinvestition“, die zur Erlangung einer Rechtsposition geführt hat (vgl. BVerfGE 75, 246-283). Das in der Stadthallenbenutzungssatzung vom 01.03.2007 ausdrücklich geregelte Zulassungsverfahren war und ist generell nicht geeignet, eine schutzwürdige Vertrauensposition entstehen zu lassen, bevor eine positive Zulassungsentscheidung ergangen ist. Vor diesem Hintergrund erscheinen jedenfalls die Investitionen, die ein Betroffener nur im Hinblick darauf tätigt, dass ein Zulassungsantrag gestellt wurde, nicht schutzwürdig. Die Antragstellung selbst schützt den Betroffenen nicht vor für ihn negativen Änderungen der Rechtslage.

P hat keinen Anspruch auf Zulassung zur Nutzung der Stadthalle.

Gericht: OVG Magdeburg	Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten	BauGB
Aktenzeichen: 2 M 198/08		§ 34
Datum: 15.12.2008		

	<p>1. Für die Beurteilung eines Anspruchs auf bauaufsichtliches Einschreiten kommt es für die Natur eines Bebauungszusammenhangs nach § 34 II BauGB auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung an.</p> <p>2. Welche Anforderungen das Gebot der Rücksichtnahme (objektivrechtlich) stellt, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen ab. Maßgebend ist unter anderem Art und Ausmaß der schutzwürdigen Stellung des Rücksichtnahmebegünstigten</p> <p>3. Die von einem genehmigten Betrieb ausgehenden Belastungen, die sich auf eine vorhandene Wohnbebauung auswirken, können deren Schutzwürdigkeit mindern,</p> <p>4. Die Verschlechterung der Immissionslage bewirkt noch nicht zwingend eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots. Bei Großgemengelagen ist eine Art "Mittelwert" zu bilden.</p>
---	---

Sachverhalt: B betreibt auf seinem Grundstück in der D-Straße in A einen Baustoffhandel, den er um eine Eisenbiegerei erweitert hat. E ist Eigentümer einer Wohngrundstücks, das nördlich des Betriebsgrundstücks des B mit seinem rückwärtigen Teil an die O-Straße angrenzt. Die Grundstücke liegen im unbeplanten Innenbereich der Stadt A. E fühlt sich durch die vom Betriebsgrundstück des B ausgehenden Immissionen beeinträchtigt. Hauptemissionsquellen der Eisenbiegerei sind die bei den Stangenschneideautomaten. Er verlangte daher von der Stadt A ein bauordnungsrechtliches Einschreiten. Diesen Begehren kam die A nach und gab dem B auf, die Stangenschneideautomaten durch einen Schall absorbierenden Schirm einzuhausen, der dieser Aufforderung nachkam. Bei danach durchgeführten Immissionsmessungen der A wurde der unter Berücksichtigung der Lärmvorbelastung maßgebliche Richtwert von 60 dB (A) deutlich unterschritten. Zudem hat B auf Betreiben der A im Rahmen des noch laufenden Baugenehmigungsverfahrens bestätigt, die vorhandene Schallschutzwand zwischen den Hallen zu erhöhen, so dass nach den Ausführungen des Gutachters und dessen Schallschutzprognose am Immissionsort IP 01 ein maximaler Wert von 53,4 dB (A) eingehalten werde. Dieser Wert liegt nach Nr. 6.1 der TA-Lärm unterhalb des für ein allgemeines Wohngebiet geltenden Richtwerts von 55 dB (A).

Diese Maßnahmen erscheinen E jedoch unzureichend. A ist zu weiteren Maßnahmen nicht bereit. E begehrt nun im Wege der einstweiligen Anordnung, die A zu verpflichten, dem B die bauliche Nutzung seines Grundstücks in der D-Straße in A. zum Betrieb einer - bisher baurechtlich nicht genehmigten Eisenbiegerei vorläufig zu untersagen.

Wird der Antrag Erfolg haben?

Lösung:

I. Zulässigkeit des Antrags

Da um den Erlass einer Bauordnungsverfügung gestritten wird, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Der Antrag nach § 123 I VwGO ist auch statthaft, da die Geltendmachung eines Anspruchs auf Erlass einer Ordnungsverfügung gegen einen Dritten in der Hauptsache mit der Verpflichtungsklage zu verfolgen ist, so dass das Verfahren nach § 80 V VwGO nicht statthaft ist, sondern nach § 123 V VwGO ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt werden kann.

II. Begründetheit des Antrags

Mit dem Erlass einer Bauordnungsverfügung begehrt E eine Erweiterung seines Rechtskreises, so dass es sich vorliegend um eine Regelungsverfügung handelt. Es müssen daher ein Regelungsanspruch und ein Regelungsgrund vorliegen.

1. Regelungsanspruch

Ein Regelungsanspruch besteht, wenn E von S den Erlass einer gegen B gerichteten Bauordnungsverfügung verlangen kann. Der Erlass einer Bauordnungsverfügung steht jedoch nach § 64 II 2 BauO LSA im Ermessen der Bauordnungsbehörde, so dass E allenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung haben kann (vgl. § 47 I 2 LBO BW; § 53 II 2 BO Hess; § 59 I 1 LBauO RP).

Es kommt daher zunächst darauf an, ob überhaupt die Tatbestandsvoraussetzungen für ein bauordnungsbehördliches Einschreiten vorliegen. Ist dies der Fall, besteht gleichwohl ein Anspruch nur dann, wenn das begehrte Einschreiten im Rahmen einer Ermessensreduzierung auf Null die einzig ermessensgerechte Entscheidung ist.

Der Erlass einer Bauordnungsverfügung gegen B setzt voraus, dass dessen Betrieb gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Hier kommt lediglich ein Verstoß gegen Bauplanungsrecht in Betracht.

a) Einhaltung der Vorgaben des § 34 BauGB

Maßgeblich für die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich ist § 34 BauGB. Danach muss sich ein Vorhaben nach Art und Maß der baulichen Nutzung, sowie nach der Gestaltung der Anlage in die nähere Umgebung einfügen.

Hinsichtlich des Einfügens bezüglich der Art der Nutzung ist zunächst zu prüfen, ob der vorhandene Bebauungszusammenhang einem der Baugebiete der BauNVO entspricht. In diesem Fall beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens hinsichtlich der Art der Nutzung gem. § 34 II BauGB nach den dortigen Vorgaben.

Der Bebauungszusammenhang könnte entweder einem reinen Wohngebiet nach Maßgabe des § 3 BauNVO entsprechen.

Ohne Erfolg wendet E ein, sein Grundstück befinde sich in einem faktischen reinen Wohngebiet i.S. von § 34 II BauGB i.V.m. § 3 BauNVO. Für die Frage, ob der Ast. einen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten hat, sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgebend. In den Verwaltungsvorgängen der A. befindet sich eine Übersicht vom 24.06.2008 über die bauliche Nutzung in der „Kompottsiedlung“, in der sich das Grundstück des E befindet. Danach werden 25 der insgesamt etwa 250 Grundstücke gewerblich genutzt. Hiernach dürfte die Einstufung des Gebiets als reines Wohngebiet nicht in Betracht kommen.

Der Bebauungszusammenhang könnte als Mischgebiet nach § 6 BauNVO oder als Dorfgebiet nach § 5 BauNVO anzusehen, in welchem Gewerbebetriebe ohne weiteres zulässig sind.

b) Verstoß gegen das nachbarliche Rücksichtnahmegebot

Allerdings könnte durch die Erweiterung der Eisenbiegerei das nachbarliche Rücksichtnahmegebot verletzt sein. Welche Anforderungen das Gebot der Rücksichtnahme (objektivrechtlich) stellt, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen ab. Maßgebend ist unter anderem Art und Ausmaß der schutzwürdigen Stellung des Rücksichtnahmebegünstigten. Dessen Schutzbedürfnis ist gegen die ihrerseits schutzwürdigen Interessen des Bauherrn mit der Fragestellung abzuwägen, was dem einen und dem anderen nach Lage der Dinge - billigerweise - ‚zuzumuten‘ ist. Bei der Interessenabwägung dürfen bestehende Vorbelastungen nicht außer Betracht bleiben. Was von einem genehmigten Betrieb - legal - an Belastungen verursacht wird und sich auf eine vorhandene Wohnbebauung auswirkt, kann deren Schutzwürdigkeit mindern (BVerwG, NVwZ 1983, 609, 610). Daraus folgt, dass eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots grundsätzlich (nur) dann in Betracht kommt, wenn eine Verschlechterung der Immissionslage eintritt, es sei denn, die vorhandenen Immissionen überschreiten bereits die Grenze des schweren und unerträglichen Eingriffs (BVerwG, NVwZ 1983, 609; 1991, 66).

Die Verschlechterung der Immissionslage bewirkt andererseits noch nicht zwingend eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots.

Nutzungskonflikte In folge Lärmimmissionen in so genannten Großgemengelagen, d.h. in Bereichen, in denen Gebiete unterschiedlicher Qualität und Schutzwürdigkeit zusammentreffen, sind dem Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme entsprechend auszugleichen. Angesichts der Belastung der Grundstücksnutzung mit einer gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme ist eine Art ‚Mittelwert‘ zu bilden, der zwischen den Immissionsrichtwerten liegt, die für benachbarte Gebiete unterschiedlicher Nutzung und damit unterschiedlicher Schutzwürdigkeit - bei jeweils isolierter Betrachtung - vorgegeben sind.

Bei einem solchermaßen zu gewinnenden Mittelwert müssen zur Bestimmung der Zumutbarkeit zudem die Ortsüblichkeit und die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden, wobei insbesondere auch die Priorität der entgegenstehenden Nutzungen von Bedeutung ist. Es besteht ein Vertrauen des Eigentümers eines Wohngrundstücks (lediglich) dahingehend, dass er im Zusammenhang mit einer anders gearteten Nutzung benachbarter Grundstücke nicht mit einer Lärmbelastung rechnen muss, die über das Maß hinausgeht, das in einem ebenso dem Wohnen dienenden Misch- und Dorfgebiet zulässig ist, (vgl. zum Ganzen: BVerwG, BeckRS 2007, 26967 m.w.N.).

Eine solche Großgemengelage besteht hier auf Grund der Nähe des faktischen (allgemeinen) Wohngebiets, in dem sich das Grundstück des E befindet, zu dem Gewerbegebiet, in dem das Betriebsgrundstück der B liegt. Die Anlagen, aus denen sich Vorbelastungen ergeben, sind baurechtlich genehmigt.

Der aufgrund dieser Vorbelastungen zu ermittelnde Zwischenwert mag hier nicht das arithmetische Mittel zwischen dem für allgemeine Wohngebiete geltenden Richtwert von 55 dB (A) und dem für Gewerbegebiete geltenden Richtwert von 65 dB (A) sein, sondern ein niedrigerer Wert als 60 dB (A). Nach derzeitigem Sach- und Streitstand kann aber nicht festgestellt werden, dass die Lärmimmissionen, denen E durch den Betrieb der Eisenbiegerei nach Durchführung der dem B aufgegebenen Lärminderungsmaßnahmen ausgesetzt sein wird, (nennenswert) über dem für allgemeine Wohngebiete geltenden Richtwert von 55 dB (A) liegen. Nach der letzten schalltechnischen Untersuchung wird ein maximaler Wert von 53,4 dB (A) erreicht.

c) Schutz aus dem Flächennutzungsplan

E kann sich auch nicht darauf berufen, das Gewerbegebiet, in welchem sich die streitige Eisenbiegerei befindet, habe nach dem Flächennutzungsplan der A eine Einschränkung dergestalt erfahren, dass das benachbarte Wohngebiet keinen zusätzlichen Belastungen ausgesetzt, sondern von einer Weiterentwicklung der bis dahin vorhandenen Nutzung abgesehen werden sollte.

Wie das VG bereits ausgeführt hat, setzt ein bauaufsichtliches Einschreiten voraus, dass die angegriffene bauliche Nutzung nachbarschützende Vorschriften verletzt. Der Flächennutzungsplan ist indes - anders als der Bebauungsplan - keine Rechtsnorm und entfaltet aus sich heraus nicht unmittelbar Rechtswirkungen gegenüber Dritten. Ansprüche können unmittelbar aus dem Flächennutzungsplan nicht hergeleitet werden (vgl. Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, BauplanungsR, Rn. 112).

Das Vorhaben des B verstößt daher gegen keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Bauordnungsverfügung nicht vorliegen. Wegen des Fehlens der Tatbestandsvoraussetzungen scheidet daher auch ein Anspruch auf ein Einschreiten gegen B aus. Ein Regelungsanspruch besteht nicht.

2. Regelungsgrund

Unabhängig vom Bestehen eines Anordnungsanspruchs hat E auch nicht glaubhaft gemacht, weshalb es ihm nicht zuzumuten ist, eine Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten (Anordnungsgrund). Ein Anordnungsgrund liegt - bei der hier begehrten Regelungsanordnung - nur vor, wenn die vorläufige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen notwendig erscheint (§ 123 I 2 VwGO). E hat lediglich vorgetragen, vor allem seine Gesundheit sei zu schützen. Eine Gesundheitsgefährdung während der Dauer des Widerspruchs- und eines sich möglicherweise anschließenden Klageverfahrens ist jedoch in Anbetracht der nach der schalltechnischen Untersuchung zu erwartenden Lärmimmissionen nicht erkennbar. Im Übrigen wird die streitige Eisenbiegerei bereits seit 1999 betrieben.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I 2 VwGO ist daher nicht begründet, so dass er keinen Erfolg haben kann.

Vor allem für Referendare:

Gericht: OVG Magdeburg	Beschwerdebegründung beim unzuständigen Gericht	VwGO
Aktenzeichen: 2 M 2/09		§ 60 I,
Datum: 04.02.2009		146 IV

	<p>1. Im Rahmen der nachwirkenden Fürsorgepflicht des Gerichts muss dieses bei ihm fehlerhaft eingereichte fristgebundene Schriftsätze für das Rechtsmittelverfahren im Zuge des ordentlichen Geschäftsgangs an das Rechtsmittelgericht weiterreichen.</p> <p>2. Unter „ordentlichem Geschäftsgang“ ist lediglich eine Verfahrensweise zu verstehen, die einerseits zwar jede unnötige Verzögerung vermeidet, andererseits aber auch auf außergewöhnliche Beschleunigungsmittel wie Eilvermerke, Telefax oder Anrufe beim Rechtsmittelführer verzichtet.</p>
---	--

A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 60 VwGO

I. Zulässigkeit eines Wiedereinsetzungsantrags

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

1. Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen

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

2. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

a) wiedereinsetzungsfähige Frist

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

bb) Fristversäumung

Darüber hinaus ist der Wiedereinsetzungsantrag nur statthaft, wenn auch tatsächlich nach den obigen Maßstäben eine Fristversäumung festgestellt werden kann.

3. ordnungsgemäße Antragstellung

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

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

4. Zuständigkeit des Gerichts

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

5. Rechtsschutzbedürfnis

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

II. Nachholung der Rechtshandlung

Die versäumte Rechtshandlung muss nach § 60 II 3 VwGO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen Wiedereinsetzung gewähren.

III. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

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

1. Hinderungsgründe des Beteiligten selbst

Zunächst kann der Beteiligte selbst an der Einhaltung der Frist gehindert gewesen sein (z.B. Ortsabwesenheit, Krankheit, Inhaftierung). Sorgfaltsmaßstab ist hierbei die im Rahmen eines Verfahrens verkehrsübliche Sorgfalt.

2. Verschulden des (Prozess-)Bevollmächtigten

Das Verschulden des gesetzlichen Vertreters steht nach § 173 VwGO i.V.m. § 51 II ZPO dem Verschulden der Partei gleich. Dies gilt nach § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO auch für das Verschulden des Bevollmächtigten.

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

3. externe Hinderungsgründe

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

4. Kausalität

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

B. Beschwerdebegründung beim unzuständigen Gericht (keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (OVG Magdeburg in LKV 2009,144)

Sachverhalt: Der angefochtene Beschluss des VG über die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung wurde dem Prozessbevollmächtigten des A am 11.12.2008 zugestellt. Die an das VG adressierte Begründung der (fristgemäß erhobenen) Beschwerde ist am Tage des Ablaufs der Beschwerdebegründungsfrist, Montag den

12.01.2009, dort eingegangen. Das VG hat den Schriftsatz am selben Tag per Post an das OVG gesandt; dort ist er am 13.01.2009 eingegangen. Ist die Beschwerdebegründungsfrist des § 146 IV 1 VwGO eingehalten?

Lösung:

I. Einhaltung der Beschwerdebegründungsfrist

Die Beschwerde gegen Beschlüsse des VG nach § 123 VwGO ist nach § 146 IV VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, nach § 146 IV 2 VwGO beim OVG einzureichen. Die Beschwerdebegründung wurde hier jedoch nachträglich beim Verwaltungsgericht eingereicht. Die Frist lief nach § 57 I VwGO ab dem 11.12.2008 bis zum 11.01.2009. Da es sich hierbei jedoch um einen Sonntag handelte, lief die Frist nach § 57 II VwGO i.V.m. § 222 II ZPO am 12.01.2009 ab. Innerhalb dieser Frist hat die Beschwerdebegründung jedoch nur das VG, nicht jedoch das OVG erreicht.

II. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Möglicher Weise ist A jedoch auch ohne Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, da er die Rechtshandlung „Beschwerdebegründung“ umgehend (innerhalb eines Tages) nachgeholt hat.

Bei der Frist zur Einreichung einer Beschwerdebegründung nach § 146 IV VwGO handelt es sich gem. § 60 I VwGO um eine gesetzliche Frist. Diese Frist hat der Prozessbevollmächtigte des A nicht eingehalten. Angesichts des strengen Sorgfaltsmaßstabs an Rechtsanwälte und des eindeutigen Wortlauts des § 146 IV 2 VwGO darüber, wo die Beschwerdebegründung einzureichen ist, ist auch ohne weiteres ein Anwaltsverschulden anzunehmen, welches sich A über § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO zurechnen lassen muss. Möglicherweise war dieser Fehler des Prozessbevollmächtigten des A jedoch nicht kausal, da es das VG unterlassen hat, die eingegangene Beschwerdebegründung umgehend bei Telefax an das OVG weiterzuleiten.

Das OVG verneint einen Verstoß gegen die nachwirkende Fürsorgepflicht des Gerichts. bei ihm fehlerhaft eingereichte fristgebundene Schriftsätze für das Rechtsmittelverfahren im Zuge des ordentlichen Geschäftsgangs an das Rechtsmittelgericht weiterzureichen. Denn die Beschwerdebegründung des A sei nicht so zeitig beim VG eingegangen, dass bei der (hier erfolgten) Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang die Frist des § 146 IV 1 VwGO noch gewahrt werden konnte.

Unter „ordentlichem Geschäftsgang“ ist lediglich eine Verfahrensweise zu verstehen, die einerseits zwar jede unnötige Verzögerung vermeidet, andererseits aber auch auf außergewöhnliche Beschleunigungsmittel wie Eilvermerke, Telefax oder Anrufe beim Rechtsmittelführer verzichtet (VGH München, DÖV 2003, 383).

Von Verfassungs wegen habe für das VG keine Verpflichtung bestanden, die Partei oder ihre Prozessbevollmächtigten innerhalb der Frist durch Telefonat oder Telefax von der Einreichung beim unzuständigen Gericht zu unterrichten: anderenfalls würde den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten die Verantwortung für die Einhaltung der Formalien vollständig abgenommen und die Anforderungen an die richterliche Fürsorgepflicht überspannt (BVerfG, NJW 2001, 1343).

Eine Pflicht zur Weiterleitung des fristgebundenen Schriftsatzes per Fax war auch nicht ausnahmsweise begründet; das VG selbst hatte nicht durch eine verfahrensordnungswidrige Information im Bestätigungsschreiben für den Rechtsmitteleingang dazu beigetragen, dass es zu einer Fehladressierung gekommen ist (vgl. hierzu OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 688).

Keiner Entscheidung bedurfte, ob eine Weiterleitung per Telefax dann geboten sei, wenn eine besondere Eilbedürftigkeit aus dem fehlgeleiteten Schriftsatz selbst ohne weiteres ersichtlich ist. Die vom 09.01.2009 datierende Beschwerdebegründung enthielt weder einen Hinweis auf den Tag des Fristablaufs noch einen sonstigen Eilvermerk. Sie war dem VG mit normaler Post und nicht (vorab) per Telefax übermittelt worden.

Die Beschwerdebegründungsfrist des § 146 IV 1 VwGO ist nicht eingehalten.

Arbeitsrecht

Gericht: BAG	Lohnwucher bei Tarifunterschreitung um mehr als ein Drittel	BGB § 138 II
Aktenzeichen: 5 AZR 436/08		
Datum: 22.04.2009		

	Ein unzulässiger Lohnwucher im Sinn von § 138 II BGB liegt vor, wenn der Arbeitslohn (hier: 3,25 Euro pro Stunde) den in der entsprechenden Branche und Region üblichen Tariflohn um mehr als ein Drittel unterschreitet. Maßgeblich ist der Vergleich mit der tariflichen Stunden- und Monatsvergütung ohne Zulagen und Zuschläge, wobei auch die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Ein zunächst nicht zu beanstandender Arbeitslohn kann durch die spätere Entwicklung des Tariflohns wucherisch werden.
---	---

Sachverhalt: Die Klägerin war seit 1992 in dem Gartenbaubetrieb des Beklagten bei Hamburg als ungelernte Hilfskraft tätig. Ihr Stundenlohn betrug zunächst 6,00 DM netto und später 3,35 Euro netto. Der Beklagte hatte der Klägerin zudem eine 50 Quadratmeter große Wohnung auf dem Betriebsgelände überlassen und der Klägerin gestattet, einen Teil des Betriebsgeländes als Gemüsegarten und zur Hühnerhaltung zu nutzen. Die Klägerin arbeitete monatlich bis zu 352 Stunden, was einer wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 80 Stunden entspricht. Die Arbeitsvertragsparteien waren nicht tarifgebunden.

Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin die Nachzahlung der Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten und dem tarifüblichen Entgelt für die Zeit von Dezember 1999 bis Mai 2002 in Höhe von insgesamt 37.000 Euro. Der einschlägige Tarifvertrag für die Gartenbaubetriebe in den Länder Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Hamburg und Bremen habe für ungelernte Arbeitnehmer ab dem 01.07.2000 Stundenlöhne zwischen 11,10 DM und 15,07 DM sowie ab dem 01.01.2002 zwischen 5,68 und 7,84 pro Stunde vorgesehen. Verglichen hiermit sei der von dem Beklagten gezahlte Lohn wucherisch.

ArbG und LAG wiesen die Klage ab. Auf die Revision der Klägerin hob das BAG die Vorentscheidungen auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurück.

Lösung: Es kann noch nicht abschließend entschieden werden, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Klägerin eine Lohnnachzahlung verlangen kann.

Ob ein unzulässiger Lohnwucher vorliegt, beurteilt sich nach § 138 Abs.2 BGB. Hiernach ist ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das sich jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit oder des Mangels an Urteilsvermögen eines anderen für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen. Diese Regelung gilt auch für Arbeitsverhältnisse.

Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung liegt vor, wenn der Arbeitslohn nicht einmal zwei Drittel des in der jeweiligen Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Auch unter Einbeziehung der Sachbezüge in Form der Nutzungsüberlassung an der Wohnung und einem Teil des Betriebsgeländes unterschritt der gezahlte Stundenlohn im Klagezeitraum die tarifliche Stundenvergütung um mehr als ein Drittel. Die Gesamtumstände, insbesondere die gesetzwidrig hohen und zudem unregelmäßigen Arbeitszeiten verdeutlichen die Ausbeutung der Klägerin.

Die Sache ist allerdings noch nicht entscheidungsreif. Das LAG muss noch weitere Feststellungen zur Üblichkeit des Lohns in den Gartenbaubetrieben der Region sowie zur Kenntnis des Beklagten vom Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen treffen.

Vor allem für Referendare:

Gericht: BAG	Zum Beweisverwertungsverbot bei zufällig mitgehörtem Telefonat	BGB
Aktenzeichen: 6 AZR 189/08		§ 612a
Datum: 23.04.2009		

	Für heimlich mitgehörte Telefonate besteht zwar grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot. Der Mithörende kann aber dann als Zeuge zum Gesprächsinhalt vernommen werden, wenn der Angerufene nichts dazu beigetragen hat, dass der Dritte das Telefongespräch mithören konnte. Das kommt zum Beispiel in Betracht, wenn der Angerufene weder den Raumlautsprecher des Telefons angestellt noch das Gerät absichtlich vom Ohr weggehalten hat.
---	---

Der Sachverhalt: Die Klägerin war bei der Beklagten, die ein Zeitarbeitsunternehmen betreibt, als Helferin beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis innerhalb der sechsmonatigen Probezeit. Zum Zeitpunkt der Kündigung war die Klägerin krankheitsbedingt arbeitsunfähig.

Mit ihrer Klage machte die Klägerin den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend. Sie hielt die Kündigung für sittenwidrig. Die zuständige Personaldisponentin der Beklagten habe ihr telefonisch mitgeteilt, dass sie trotz der Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit kommen solle; anderenfalls müsse sie mit einer Kündigung rechnen. Die von ihr benannte Zeugin Z. habe das Telefongespräch ungewollt mit angehört, da das Handy versehentlich auf maximale Lautstärke geschaltet gewesen sei. Das sei ihr während des Gesprächs nicht aufgefallen. Erst nach dem Gespräch habe sie von Z. erfahren, dass diese alles mitgehört habe.

Die Beklagte bestritt die von der Klägerin behaupteten Äußerungen der Personaldisponentin.

Das ArbG wies die Klage ab, ohne Z. als Zeugin zu vernehmen, da es insoweit von einem Beweisverwertungsverbot ausging. Das LAG bestätigte die Entscheidung. Auf die Revision der Klägerin wies das BAG die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das LAG zurück.

Lösung: Ob für Beweise die entgegen eines generellen Beweiserhebungsverbotes erhoben wurde ein Beweisverwertungsverbot besteht, ist im Zivilprozess umstritten. Nach herrschender Meinung besteht ein Verwertungsverbot, wenn das Beweismittel unter Verletzung verfassungsrechtlich geschützter Recht erfolgt und kein Rechtfertigungsgrund besteht. Letzteres ist im Rahmen einer Interessensabwägung zu ermitteln (BVerfG, JA 2003, 274; BGH, JA 2003, 625)

Vorliegend kann noch nicht abschließend entschieden werden, ob die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin wirksam gekündigt hat. Nach dem Vortrag der Klägerin kommt ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot aus § 612a BGB in Betracht. Hiernach darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht wegen zulässiger Ausübung seiner Rechte (hier: Fernbleiben von der Arbeit wegen Arbeitsunfähigkeit) benachteiligen.

Ob die Klägerin mit ihrem Sachvortrag durchdringen kann, hängt davon ab, ob Z. als Zeugin zu vernehmen ist. Das heimliche, von einem der Gesprächsteilnehmer zielgerichtet ermöglichte Mithören von Telefongesprächen durch Dritte verletzt zwar das Persönlichkeitsrecht des anderen Gesprächsteilnehmers. Diese Rechtsverletzung hat nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Folge, dass der Mithörende nicht als Zeuge zum Inhalt des Gesprächs vernommen werden darf.

Ein Beweisverwertungsverbot scheidet aber aus, wenn der Angerufene nichts dazu beigetragen hat, dass der Dritte das Telefongespräch mithören konnte. In diesem Fall muss das Interesse des Anrufers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts hinter dem Interesse des Angerufenen an der Durchsetzung seiner Rechte im gerichtlichen Verfahren und dem Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Rechtspflege zurücktreten.

Nach diesen Grundsätzen durfte im Streitfall eine Vernehmung der Z. als Zeugin nur unterbleiben, wenn die Klägerin ihr gezielt ein heimliches Mithören ermöglicht hatte. Das LAG hat hierzu bislang keine Feststellungen getroffen und muss dies im zweiten Rechtsgang nachholen.

Familienrecht

Gericht: BVerfG	Beschränkung auf Ehedoppelname ist verfassungsgemäß	BGB § 1355 IV 2
Aktenzeichen: 1 BvR 1155/03		
Datum: 05.05.2009		

	§ 1355 IV 2 BGB folgt dem gesetzgeberischen Anliegen, Namen zu bilden, die einerseits auch im Rechts- und Geschäftsverkehr praktikabel sind und andererseits in nachfolgenden Generationen nicht zu Namensketten führen. Die Norm ist insofern mit dem Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 II in Verbindung mit Art. 1 I GG vereinbar und beeinträchtigt auch nicht den Schutz der Ehe gemäß Art. 6 I GG, die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 I GG und den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 I GG.
---	--

Sachverhalt: Der Beschwerdeführer zu 1) führt einen Doppelnamen und betreibt seit vielen Jahren eine Rechtsanwaltskanzlei. Die Beschwerdeführerin zu 2) führt lediglich einen Namen, hat Kinder aus erster Ehe und ist praktizierende Zahnärztin. Die Beschwerdeführer heirateten, jeweils in zweiter Ehe, im Mai 1997, ohne zunächst einen Ehenamen zu bestimmen. Später entschlossen sie sich, den Doppelnamen des Beschwerdeführers zu 1) zum Ehenamen zu nehmen, wobei die Beschwerdeführerin zu 2) beabsichtigte, ihren Namen als Begleitnamen voranzustellen.

Das Standesamt lehnte den Antrag der Beschwerdeführer ab. Die Rechtsmittel in den folgenden Instanzen blieben ebenfalls erfolglos. Das BVerfG wies die daraufhin erhobene Verfassungsbeschwerde zurück.

Lösung:

§ 1355 IV 2 BGB ist mit dem Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG vereinbar und beeinträchtigt auch nicht den Schutz der Ehe gemäß Art. 6 I GG, die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 I GG und den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 I GG.

§ 1355 IV 2 BGB folgt dem Anliegen, Namen zu bilden, die einerseits auch im Rechts- und Geschäftsverkehr praktikabel sind und andererseits in nachfolgenden Generationen nicht zu Namensketten führen. Die Norm verhindert, dass ein Namensträger einen Namen führt, der im Fall von bisher von den Ehegatten geführten echten Doppelnamen aus bis zu vier Namen bestehen kann. Gleichzeitig schließt der Gesetzgeber damit aus, dass Kinder einen mehrgliedrigen, aus drei Namen bestehenden Geburtsnamen erhalten können.

Auch wenn der Gesetzgeber mit §§ 1617 I und 1617a BGB sein Ziel, schon Doppelnamen vor allem als Geburtsnamen von Kindern zu vermeiden, nicht konsequent verfolgt, dient § 1355 IV 2 BGB jedenfalls dem legitimen Zweck, das Entstehen von geführten Namen, die aus mehr als zwei Namen bestehen, auszuschließen und damit auch zu verhindern, dass diese zum Geburtsnamen von Kindern werden. Die Norm ist insofern auch geeignet und erforderlich, die vom Gesetzgeber gewünschte Eindämmung von Namensketten zu erreichen.

Schließlich ist die Einschränkung des § 1355 IV 2 BGB auch zumutbar, weil der Gesetzgeber den Ehegatten trotz des Ausschlusses, einem gewählten Ehedoppelnamen einen Begleitnamen hinzuzufügen, bei der Wahl ihrer nach Eheschluss geführten Namen eine große Variationsmöglichkeit belassen hat, die ihnen erlaubt, auch ihrem Bedürfnis nach Ausdruck der eigenen Identität nachzukommen.

Die Regelung verletzt auch nicht Art. 6 I GG, da die Ehegatten die Möglichkeit haben, einen ihrer bisher geführten Namen zum Ehenamen zu bestimmen. Ebenso verstößt sie nicht gegen Art. 12 I GG, da es dem betroffenen Ehegatten unbenommen bleibt, keinen Ehenamen zu bestimmen und seinen bisherigen Namen weiterzuführen, oder bei Wahl eines Ehedoppelnamens als berufliche Bezeichnung unter seinem bisherigen Namen weiter aufzutreten. Und schließlich ist auch Art. 3 I GG nicht verletzt, da mit dem Anliegen, Namensketten zu vermeiden, ein hinreichender Grund vorliegt, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt.