

Herausgeber:

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

# ZARA

Ausgabe Oktober/09  
2. Jahrgang

## Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

**Redaktion Zivilrecht:**  
RA Soltner

**Redaktion Öffentliches Recht:**  
RA Dr. Kues

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

### Inhaltsverzeichnis:

#### Zivilrecht

BGH, 15.09.2009 – VI ZR 13/09 – Aufrechnungsverbot bei unerlaubten Handlungen	S. 4
BGH, 30.09.2009 – VIII ZR 7/09 – Kaufrecht: Freiberufler als Verbraucher	S. 5
BGH, 30.09.2009 – VIII ZR 238/08 – Kein Anspruch auf Mietschuldfreiheitsbescheinigung	S. 6
OLG Frankfurt, 26.02.2009 – 16 U 152/08 – Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung	S. 7
OLG Karlsruhe, 30.01.2009 – 1 U 192/08 – Mitverschulden des Beifahrers bei Mitfahrt mit betrunkenem Fahrer	S. 9

#### Strafrecht

BGH, 09.06.2009 – 4 StR 164/09 – Zurechenbarkeit mittäterschaftlichen Handels	S. 9
BGH, 25.06.2009 – 5 StR 141/09 – Einschränkung des Notwehrrechts bei schuldhafter Provokation	S. 12
BGH, 09.06.2009 – 4 StR 170/09 – Belehrungspflicht bei Spontanäußerung des Verdächtigen	S. 13

#### Öffentliches Recht

HessSTGH, 11.02.2009 – P. St. 2184 – Grundrechtsklage gegen Rechtsnorm / Subsidiarität	S. 15
OVG Münster, 19.03.2009 – 13 A 476/08 – Drittanfechtung eines VA / Verletzung in eigenen Rechten	S. 18
BVerfG, 02.09.2009 – Pressemitteilung 104/2009 – Überlange Verfahrensdauer und effektiver Rechtsschutz	S. 20
EuGH, 24.03.2009 – C-445/06 – Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch	S. 21
OVG Bautzen, 26.05.2009 – 4 B 400/08 – Obliegenheiten des Prüflings bei Mängeln während des Examens	S. 25

#### Arbeitsrecht

BVerwG, 30.09.2009 – 5 C 32.08 – Arbeitnehmer in Elternzeit sind bei Betriebsstillegungen ungeschützt	S. 26
---	-------

#### Unser Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Bretttschneider & Michaelis-Hatje bietet Ihnen eine kompetente Beratung bei Examensanfechtungen. Herr Lars Bretttschneider war jahrelang in Hessen bei Jura Intensiv als Repetitor tätig. Alle Gesellschafter der JuCon GbR können ihn persönlich ohne Vorbehalte empfehlen.

## **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 Oktober-Ausgabe der ZARA möchten wir Sie im zivilrechtlichen Teil besonders auf das Urteil des BGH zum Aufrechnungsverbot bei unerlaubten Handlungen (S. 4) hinweisen. Im strafrechtlichen Bereich sind alle 3 abgedruckten Urteile von besonderer Relevanz. Im öffentlichen-rechtlichen Teil verdient das Urteil des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch (S. 21) Ihre besondere Aufmerksamkeit.

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen. Beachten Sie in diesem Zusammenhang unser neues Projekt zur Karriereberatung und Karrierebegleitung (S. 27).

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](mailto: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.

---

# Einzelunterricht

**Sie suchen eine besonders intensive und persönliche Form der Betreuung und Anleitung beim Lernen?**

**Dann ist der Einzelunterricht bei *Jura Intensiv* für Sie genau das richtige Angebot.**

Wir haben ein Team aus hochqualifizierten Referendaren, Doktoranten und Volljuristen zusammengestellt, um Ihnen ein auf Ihre Wünsche maßgeschneidertes individuelles Lernangebot unterbreiten zu können.

Das Ziel des Einzelunterrichts sowie der Umfang werden Ihren Wünschen und Bedürfnissen angepasst.

Sie können nur wenige Sitzungen buchen, um sich z.B. gezielt auf eine Klausur vorzubereiten, sie können aber auf der anderen Seite auch Ihre komplette Examensvorbereitung im Einzelunterricht absolvieren.

**Der Einzelunterricht kostet pro 3 Zeitstunden 250,- €  
(inklusive einer 15-minütigen Pause).**

**Bei kürzeren Terminen berechnen wir 90 € pro Zeitstunde.**

Sofern Sie Interesse am Einzelunterricht bei Jura Intensiv haben, melden Sie sich bitte im Büro bei Frau Müller, die alle weiteren Fragen mit Ihnen klären wird.

**Kontakt: *Jura Intensiv*, Tel: 069 / 21 99 56 46**



# Wir schauen Ihren Prüfern auf die Finger!

Kompetente Hilfe bei allen Fragen des  
**Hochschul- und Prüfungsrechts**



Rechtsanwalt Lars Brettschneider ist seit vielen Jahren als Repetitor für Öffentliches Recht tätig. Er kennt daher den Prüfungsstoff und die Probleme der juristischen Staatsexamina aus langjähriger Praxis. Im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit beschäftigt er sich mit dem Hochschul- und Prüfungsrecht und ist bundesweit tätig.

## **Anwalts- und Notarkanzlei**

### **BRETTSCHNEIDER & MICHAELIS-HATJE**

Lange Str. 55 ■ 27232 Sulingen ■ Tel. 04271/2087 ■ Fax 04271/6408

info@bmb-recht.de ■ www.bmb-recht.de

WULF BRETTSCHNEIDER  
Rechtsanwalt und Notar

KARIN MICHAELIS-HATJE  
Rechtsanwältin und Mediatorin  
Fachanwältin für Familienrecht

LARS BRETTSCHNEIDER  
Rechtsanwalt  
Repetitor für Öff. Recht

## Zivilrecht

Gericht: BGH	<b>Aufrechnungsverbot bei unerlaubten Handlungen</b>	BGB § 393
Aktenzeichen: VI ZR 13/09		
Datum: 15.09.2009		

	Nach dem klaren Wortlaut von § 393 BGB ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht zulässig. Dieses gesetzliche Aufrechnungsverbot gilt auch dann, wenn auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen gegeben sind, die aus einem einheitlichen Lebensverhältnis resultieren.
---	---

**Sachverhalt:** Zwischen den Parteien kam es zu einer tätlichen Auseinandersetzung, wobei der Kläger einen Kieferbruch und der Beklagte u.a. eine Gehirnerschütterung erlitt. Der Kläger machte daraufhin Schmerzensgeld und die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten hinsichtlich zukünftiger materieller und immaterieller Schäden geltend. Der Beklagte beantragte Klageabweisung und erklärte hilfsweise die Aufrechnung mit Ansprüchen auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens.

Das LG gab der Klage teilweise statt und berücksichtigte dabei ein Mitverschulden des Klägers zu 25 Prozent. Auf dessen Berufung verneinte das OLG ein Mitverschulden des Klägers und gab der Klage vollumfänglich statt. Die Berufung des Beklagten wies das OLG zurück; insbes. die Hilfsaufrechnung des Beklagten ließ es wegen des in § 393 BGB geregelten Aufrechnungsverbots nicht durchgreifen. Der BGH wies den auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Revision gerichteten Antrag des Beklagten zurück.

### Lösung:

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe war zurückzuweisen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 S. 1 ZPO). Nach dem klaren Wortlaut von § 393 BGB ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht zulässig.

In der Literatur wird zwar die Auffassung vertreten, ein Aufrechnungsverbot sei zu verneinen, wenn auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen gegeben sind. Im Hinblick darauf wird teilweise eine eingeschränkte Nichtanwendbarkeit des Aufrechnungsverbots nur für solche Fälle befürwortet, in denen die gegenseitigen Ansprüche auf einem einheitlichen Lebensverhältnis - wie etwa einer Prügelei - beruhen. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Vorschrift einem kalkulierten Missbrauch des Aufrechnungsrechts zum Zwecke der Privatrache gegenüber einem zahlungsunfähigen Erstschädiger vorbeugen wolle. Diese Gefahr bestehe aber dann nicht, wenn das Zweitdelikt innerhalb desselben Raufhandels begangen sei.

Eine eingeschränkte Nichtanwendbarkeit des Aufrechnungsverbots nur für solche Fälle, in denen die gegenseitigen Ansprüche auf einem einheitlichen Lebensverhältnis beruhen, ist jedoch abzulehnen. Sie würde zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit führen, weil dann in jedem Einzelfall geprüft werden müsste, ob die Voraussetzung eines einheitlichen Lebensvorgangs gegeben ist. Der Gesetzgeber hat zudem die in der Literatur geäußerten Korrekturvorschläge weder bei Modernisierung des Schuldrechts im Jahr 2001 noch bei der Änderung der schadensersatzrechtlichen Vorschriften im Jahr 2002 aufgegriffen. Nach wohl h.M. gilt das Aufrechnungsverbot deshalb uneingeschränkt.

Anzeige

	<h2 style="margin: 0;">Crash-Kurs im Januar/Februar 2010</h2> <p style="margin: 5px 0 0 0;">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)</p>
---	--

Gericht: BGH	<b>Kaufrecht: Freiberufler als Verbraucher</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 7/09		§ 13
Datum: 30.09.2009		

	Eine natürliche Person, die sowohl als Verbraucher als auch in ihrer freiberuflichen Tätigkeit als Unternehmer am Rechtsverkehr teilnimmt, ist im konkreten rechtsgeschäftlichen Handeln lediglich dann nicht als Verbraucher anzusehen, wenn dieses Handeln eindeutig ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann. Das ist etwa der Fall, wenn sie dies ihrem Vertragspartner durch ihr Verhalten unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zweifelsfrei zu erkennen gibt.
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin ist Rechtsanwältin. Sie hatte am 7.10.2007 über die Internetplattform der Beklagten u.a. drei Lampen zu einem Gesamtpreis von 766 € für ihre Privatwohnung bestellt. Dabei gab die Klägerin als Liefer- und Rechnungsadresse ihren Namen ohne Berufsbezeichnung und die Anschrift der Kanzlei, in der sie tätig war, an.

Am 19.11.2007 widerrief die Klägerin den Kaufvertrag mit der Begründung, dass die Lampen für ihre Privatwohnung bestimmt gewesen seien und ihr deshalb ein Widerrufsrecht gem. § 355 Abs. 1, § 312d Abs. 1, § 312b Abs. 1 zustehe. Darüber sei sie allerdings nicht von der Beklagten ordnungsgemäß belehrt worden. Infolgedessen verlangte sie von der Beklagten Rückzahlung des Kaufpreises.

Das AG gab der Klage statt; das LG wies sie ab. Es war der Ansicht, dass die Klägerin nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht als Verbraucherin gehandelt habe und ihr daher ein Widerrufsrecht nach den fernabsatzrechtlichen Vorschriften nicht zustehe. Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und gab der Klage statt.

#### Lösung:

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Rückzahlungsanspruch, da sie den Kaufvertrag als Verbraucherin wirksam widerrufen hatte.

Eine natürliche Person, die - wie die Klägerin - sowohl als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB als auch in ihrer freiberuflichen Tätigkeit als Unternehmer gem. § 14 BGB am Rechtsverkehr teilnimmt, ist im konkreten rechtsgeschäftlichen Handeln lediglich dann nicht als Verbraucher anzusehen, wenn dieses Handeln eindeutig und zweifelsfrei ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das in Rede stehende Rechtsgeschäft objektiv in Ausübung der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit der natürlichen Person abgeschlossen wird.

Darüber hinaus ist rechtsgeschäftliches Handeln nur dann der unternehmerischen Tätigkeit der natürlichen Person zuzuordnen, wenn sie dies ihrem Vertragspartner durch ihr Verhalten unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zweifelsfrei zu erkennen gegeben hat. Infolgedessen war die Klägerin bei der Bestellung der Lampen als Verbraucherin tätig geworden.

Die Klägerin hatte die Lampen für ihre Privatwohnung gekauft. Konkrete Umstände, aus denen die Beklagte zweifelsfrei hätte schließen können, dass der Lampenkauf der freiberuflichen Sphäre der Klägerin zuzurechnen sei, lagen nicht vor. Insbesondere konnte die Beklagte aus der Angabe der Kanzleiadresse als Liefer- und Rechnungsadresse nichts Eindeutiges für ein Handeln zu freiberuflichen Zwecken herleiten, da hieraus nicht deutlich wurde, dass die Klägerin in der Kanzlei als Rechtsanwältin - und nicht etwa als Kanzleiangestellte - tätig war.

Anzeige



## Assessorkurse von *Jura Intensiv*

[Anfang März 2010 beginnen in Frankfurt und Gießen die neuen Assessorkurse. Kursbeginn in Mainz und Heidelberg ist im April 2010. Alle Infos auf unserer Homepage.](#)

Gericht: BGH	<b>Kein Anspruch auf Mietschuldfreiheitsbescheinigung</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 238/08		§ 241
Datum: 30.09.2009		

	<b>Mieter können von einem ehemaligen Vermieter nicht Verlangen, dass dieser ihnen eine Mietschuldfreiheitsbescheinigung ausstellt, die über eine Quittung für die erhaltenen Mietzahlungen hinausgeht. Die Abgabe einer solchen - in ihren Wirkungen unter Umständen weiter reichenden - Erklärung kann einem Vermieter schon wegen einer möglichen Gefährdung eigener Rechtspositionen nicht zugemutet werden.</b>
---	--

**Der Sachverhalt:** Die Kläger waren Mieter einer Wohnung der Beklagten. Sie kündigten das Mietverhältnis und zogen in eine andere Wohnung im Raum Dresden um. Da der Vermieter der neuen Wohnung von den Klägern eine Mietschuldfreiheitsbescheinigung verlangte, forderten die Kläger die Beklagte zur Ausstellung einer solchen Bescheinigung auf.

Die Beklagte hat den mit der Klage zunächst erhobenen Anspruch auf Erteilung von Quittungen über die geleisteten Mietzahlungen sofort anerkannt und entsprechende Quittungen erteilt. Die Abgabe einer von den Klägern geforderten weitergehenden Erklärung des Inhalts, dass die Miete einschließlich vereinbarter Betriebskostenvorauszahlungen für den Mietzeitraum bezahlt worden sei, dass ein Nachzahlungsbetrag aus der Betriebskostenabrechnung für 2006 wegen Strittigkeit der Forderung nicht bezahlt worden sei, dass die Betriebskostenabrechnung für 2007 noch nicht erteilt worden sei und dass sich die von den Klägern geleistete Kautions noch bei der Beklagten befinde, hat sie dagegen verweigert.

AG und LG haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Kläger hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

**Lösung:**

Die Kläger haben keinen Anspruch auf Erteilung der begehrten Mietschuldfreiheitsbescheinigung.

Der Mietvertrag enthielt hierzu keine Regelung. Eine solche Verpflichtung bestand auch nicht als mietvertragliche Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB. Eine Verpflichtung zur Auskunft über das Bestehen oder Nichtbestehen von Mietschulden würde voraussetzen, dass der Mieter über Art und Umfang seiner Mietverbindlichkeiten im Ungewissen ist. Hieran fehlt es, weil der Mieter anhand eigener Zahlungsbelege sowie der vom Vermieter nach § 368 BGB geschuldeten und erteilten Quittungen über die geleisteten Zahlungen ohne weiteres feststellen kann, ob alle mietvertraglich geschuldeten Zahlungen geleistet sind. Ebenso ist er in der Lage, die Erfüllung seiner aus dem Mietvertrag folgenden Zahlungsverpflichtungen zu belegen.

Die Abgabe einer in ihren Wirkungen unter Umständen weiter reichenden Erklärung kann einem Vermieter hingegen schon wegen einer möglichen Gefährdung eigener Rechtspositionen nicht zugemutet werden. Denn es erscheint nicht fernliegend, dass eine solche Bescheinigung auch als Ausgleichsquittung angesehen werden könnte, durch die der Vermieter auf alle eventuell noch bestehenden Ansprüche gegen den Mieter verzichten würde, oder dass darin ein sog. "Zeugnis gegen sich selbst" liegt, das für ihn beweisrechtlich nachteilig wäre, falls nachträglich noch Streit über den Bestand oder die Erfüllung von Mietforderungen entstehen sollte.

Auch eine allgemeine Pflicht zur Ausstellung einer solchen Bescheinigung wegen einer dahin entstandenen Verkehrssitte war im Streitfall nicht anzunehmen. Das Vorbringen der Kläger, wonach ein Vermieter in Dresden mit einem Bestand von 42.000 Wohnungen von jedem neuen Mietinteressenten die Beibringung einer Mietschuldfreiheitsbescheinigung verlangt, reichte für die Annahme einer Verkehrssitte nicht aus. Eine solche setzt voraus, dass sich innerhalb aller beteiligten Kreise und nicht nur eines Teiles, sei er auch quantitativ erheblich, dazu eine einheitliche Praxis durchgesetzt hat.

Gericht: OLG Frankfurt	<b>Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung</b>	BGB
Aktenzeichen: 16 U 152/08		§ 823
Datum: 26.02.2009		

	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ein Recht zur Gegendarstellung kann sich im Wege der Naturalrestitution auch als Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB ergeben.</li> <li>2. Die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerung ist danach vorzunehmen, dass die Tatsachenbehauptung dem Beweis zugänglich ist, die Meinungsäußerung hingegen nicht.</li> <li>3. Sind beide Äußerungsformen miteinander verbunden und macht dies gemeinsam den Sinn der Äußerung aus, so liegt dann insgesamt eine Meinungsäußerung vor, wenn das Gesamtergebnis durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt wird.</li> <li>4. In diesem Fall kann die Richtigkeit der Tatsachengrundlage bei der rechtlichen Bewertung der Meinungsäußerung in die Abwägung eingestellt werden.</li> </ol>
---	---

### A. Grundlagenwissen: Recht auf Gegendarstellung

Zwar sehen die Pressegesetze der Länder zwischenzeitlich weitgehend Gegendarstellungsansprüche vor, daneben kann der Gegendarstellungsanspruch aber im Rahmen der in § 249 I BGB vorgesehenen Naturalrestitution auch als Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines durch § 823 I BGB geschützten sonstigen Rechts geltend gemacht werden.

Gegendarstellungsansprüche in den Pressegesetzen der Länder: § 11 I PressG BW, § 11 HPresseG, § 11 I MG RhlPf.

#### Voraussetzungen eines solchen Anspruchs sind:

1. rechtliches Interesse des Betroffenen an der Gegendarstellung,
2. Betroffenheit von Tatsachenbehauptungen,
3. Angemessenheit der Gegendarstellung im Vergleich mit dem Umfang der Erstmitteilungen,
4. Schriftform,
5. keine strafbaren Inhalte,
6. Anspruch des Betroffenen und seines Vertreters auf Abdruck.
7. Einhaltung einer 3-monatigen Ausschlussfrist.

### B. Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung

**Sachverhalt:** Die B hat am 17.04.2008 in einer mit "Toleranzpreis für Kirchengemeinde und Aktionsbündnis gegen Rechtsextremismus" übertitelten Meldung über die Verleihung eines Preises an die Gewinner eines von der Bundesregierung ausgeschriebenen Wettbewerbs "Aktive Demokratie und Toleranz 2007" veröffentlicht hat. Berichtet wird darin auch über eine Rede des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium der Justiz X mit dem folgenden Text:

Zugleich erhob der Staatssekretär schwere Vorwürfe gegen die Zeitung Junge Freiheit, die das Projekt 2006 in einem Artikel verunglimpft habe. "Die Junge Freiheit werde von der Jugendorganisation der NPD gelenkt", erklärte er.

Wegen dieser Veröffentlichung forderte die A die B zum Abdruck einer Gegendarstellung auf. Einem entsprechenden Begehren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat das Landgericht stattgegeben und nach Widerspruch der B die einstweilige Verfügung auch bestätigt.

Zur Begründung hat es darauf abgestellt, dass es sich bei der Streitgegenständlichen Äußerung "die Junge Freiheit werde von der Jugendorganisation der NPD gelenkt" um eine Tatsachenbehauptung handle. Es lasse sich der Äußerung des Staatssekretärs nämlich der Tatsachenkern entnehmen, dass die A mit der Jugendorganisation der NPD in einer Verbindung stehe und über entsprechende Kontakte bzw. die Möglichkeit der Einflussnahme verfüge. Der Empfänger verstehe darunter die Möglichkeit, dass die Jugendorganisation der NPD aufgrund von persönlichen und/oder rechtlichen Beziehungen Entscheidungsprozesse der A steuern könnte. Diese Umstände

sein dem Beweis zugänglich. Entsprechend habe die A hinreichend glaubhaft gemacht, dass keinerlei Einfluss auf ihre Tätigkeit, insbesondere nicht auf die redaktionelle Berichterstattung, durch die Jugendorganisation der NPD ausgeübt werde.

Gegen das Urteil hat die B Berufung eingelegt, mit der sie weiterhin geltend macht, dass es sich bei der streitgegenständlichen Äußerung um eine Meinungsäußerung gehandelt habe.

**Lösung:**

A hat einen Anspruch auf Gegendarstellung, wenn die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. Ein rechtliches Interesse ist anzunehmen, fraglich ist jedoch, ob es sich bei der streitigen Äußerung, um deren Abdruck es geht, um eine Tatsachenbehauptung handelt, wegen der ein Gegendarstellungsanspruch gegeben sein kann oder ob es sich lediglich um eine Meinungsäußerung handelt, die keinen Gegendarstellungsanspruch gewährt.

**I. Allgemeine Abgrenzung**

Tatsachenbehauptungen liegen dann vor, wenn sich die Richtigkeit der Gesamtbehauptung durch eine Beweiserhebung klären lässt, es sich also um beweisbare Vorgänge handelt. Demgegenüber sind Meinungsäußerungen in ihrem wesentlichen Inhalt durch Elemente des Meinens und Dafürhaltens gekennzeichnet und einem objektiven Richtigkeitsbeweis nicht zugänglich

Sind beide Äußerungsformen miteinander verbunden und macht dies gemeinsam den Sinn der Äußerung aus, so liegt dann insgesamt eine Meinungsäußerung vor, wenn das Gesamtergebnis durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt wird, insbesondere wenn durch eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte der Sinn der Äußerung aufgehoben oder verfälscht würde.

Vermengen sich in einer Äußerung wertende und tatsächliche Elemente in der Weise, dass die Äußerung insgesamt als Werturteil anzusehen ist, kann im Rahmen der Abwägung zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen die Richtigkeit der in der Meinungsäußerung enthaltenen tatsächlichen Behauptungen eine Rolle spielen. Es ist eine einzelfallbezogene Abwägung vorzunehmen.

**II. Bewertung im Fall**

Soweit zunächst die Frage der Beweisbarkeit der maßgeblichen Äußerung betroffen ist, so wird diese nicht durch weitere Tatsachen untermauert, so dass von vornherein nicht gesagt werden kann, wie und auf welche Weise die "Lenkung" der Antragstellerin durch die Jugendorganisation stattfinden sollte. Die B hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass dies auf die unterschiedlichsten Arten möglich ist, ohne dass sich hier allerdings irgendwelche Anhaltspunkte dafür ergeben, welche konkreten Umstände eine solche Lenkung dokumentieren sollen. Soweit das Landgericht - zusammen mit der A - sich Gedanken darüber macht, wie diese Lenkung stattfindet - ob über rechtliche oder wirtschaftliche Verbindungen, Einflussnahme auf die redaktionelle Tätigkeit der A - , handelt es sich um nichts anderes als Mutmaßungen, die eines realen Tatsachenkerns gerade entbehren.

Nimmt man den Zusammenhang dazu, in dem die Äußerung gefallen ist, dann ergibt sich nach Auffassung des Senats, dass schon der Staatssekretär und erst recht die A eine Meinungsäußerung kundtun wollten, die unmittelbar mit dem vorausgegangenen Artikel in dem Blatt der A zusammenhängt, in dem - zwischen den Parteien unstrittig - das Projekt 2006 verunglimpft wurde. Erwähnt wird in dem Artikel der B zusätzlich, dass der Staatssekretär schwere Vorwürfe gegen die A erhoben hat, die zusammenfassend in der Formulierung kumulierten, die A werde durch die Jugendorganisation der NPD gelenkt in dem Sinne, dass sie - die A - rechtsradikales Gedankengut transportiere und daher in einen Zusammenhang mit einer dieses verbreitenden Organisation zu rücken sei.

**Ergebnis:** Der Äußerung kommt überwiegend die Qualität einer Meinungsäußerung zu mit der Folge, dass sie nicht Gegenstand einer Gegendarstellung sein kann. Ein Anspruch auf Gegendarstellung nach §§ 823 I, 249 I BGB ist nicht gegeben.

Gericht: OLG Karlsruhe	<b>Mitverschulden des Beifahrers bei Mitfahrt mit betrunkenem Fahrer</b>	BGB
Aktenzeichen: 1 U 192/08		§§ 254, 823,
Datum: 30.01.2009		827

	<p>1. In der Teilnahme eines Beifahrers an einer Autofahrt trotz erkennbarer Trunkenheit des Fahrers liegt ein Verstoß gegen die eigenen Interessen.</p> <p>2. Im Rahmen des § 254 BGB gilt § 827 S. 2 BGB entsprechend. Danach kann ein Beifahrer für den objektiven Verstoß gegen die ihm obliegende Eigensorgfalt verantwortlich sein, weil er sich selbstverschuldet in den vorübergehenden Zustand des Ausschlusses der freien Willensbestimmung versetzt hat. Der Mitverschuldensvorwurf wird durch diese Vorschrift vorverlagert und zielt auf die Tatsache ab, dass der Beifahrer zumindest fahrlässig durch seinen Alkoholkonsum eine Situation herbeigeführt hat, in der er nicht mehr die zum Selbstschutz erforderliche Einsichtsfähigkeit hatte.</p> <p>3. Bei der Bemessung des Mitverschuldens eines Beifahrers darf nicht übersehen werden, dass den einen Verkehrsunfall verursachenden betrunkenen Fahrzeugführer in der Regel eine größere Verantwortung trifft als den geschädigten Beifahrer. Dabei ist zu berücksichtigen, dass einen Fahrzeugführer eine Fürsorgepflicht gegenüber einem alkoholisierten Insassen trifft und er insbesondere für das ordnungsgemäße Anlegen des Sicherheitsgurts des Beifahrers Sorge zu tragen hat. Auch ein wegen Alkoholisierung absolut fahruntüchtiger Fahrer, der eine andere alkoholisierte Person in seinem Pkw mitnimmt, hat dafür zu sorgen, dass sich der Mitfahrer anschnallt.</p>
---	---

Im Rahmen des § 254 BGB gilt § 827 S. 2 BGB entsprechend.

Zwar ist der rechtliche Ansatz zutreffend, wonach in der Teilnahme an der Heimfahrt trotz erkennbarer Trunkenheit des Fahrers ein Verstoß gegen die eigenen Interessen des klagenden Beifahrers zu sehen ist und im Rahmen des § 254 BGB § 827 S. 2 BGB entsprechend gilt (vgl. dazu auch OLG Saarbrücken, VersR 1968, 905; BGH, VersR 1971, 473 = BeckRS 1971; OLG Hamm, VersR 1997, 126; OLG Karlsruhe, Urt. v. 15. 12. 2006 - 10 U 177/05). Danach ist der Kl. für den objektiven Verstoß gegen die ihm obliegende Eigensorgfalt verantwortlich, weil er sich selbstverschuldet in den vorübergehenden Zustand des Ausschlusses der freien Willensbestimmung versetzt hat. Der Mitverschuldensvorwurf wird durch diese Vorschrift vorverlagert und zielt auf die Tatsache ab, dass der Kl. zumindest fahrlässig durch seinen Alkoholkonsum eine Situation herbeigeführt hat, in der er nicht mehr die zum Selbstschutz erforderliche Einsichtsfähigkeit hatte.

## Strafrecht

Gericht: BGH	<b>Zurechenbarkeit mittäterschaftlichen Handelns</b>	StGB
Aktenzeichen: 4 StR 164/09		§ 25 II
Datum: 09.06.2009		

	<p>Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die ein anderer unmittelbar herbeigeführt hat, auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt, sofern die Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Täter hinsichtlich des Erfolges Fahrlässigkeit zur Last fällt.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Das Landgericht hat die Angeklagten wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt, den Angeklagten R. zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten und den Angeklagten J. zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten. Nach den Feststellungen hielten sich beide Angeklagte in den Abendstunden des 13. Mai 2008 in der Wohnung der Marianne H. in Wernigerode auf und genossen, wie schon am Nachmittag zuvor, im Einzelnen nicht näher feststellbare Mengen Alkohol. In den frühen Morgenstunden des 14. Mai 2008 unternahm der erheblich unter Alkoholeinfluss stehende Marco Pi., der ebenfalls in der Wohnung anwesend war, Annäherungsversuche gegenüber Marianne H. und berührte sie an verschiedenen Körperteilen. Auf den Versuch des Angeklagten J., Marco Pi. von weiteren Übergriffen abzuhalten und ihn zu diesem Zweck von Marianne H. zu trennen, reagierte Pi. mit einer abwehrenden Armbewegung, wobei er den Angeklagten J. am Hals berührte. Über dieses Verhalten ärgerte sich der Angeklagte R. und beschloss, Marco Pi. dafür mit körperlicher Züchtigung zu bestrafen. Er versetzte diesem drei bis vier Faustschläge auf die linke Gesichtshälfte, woraufhin der

Angeklagte J., der ebenso verärgert war, nun seinerseits beschloss, sich der Bestrafung des Marco Pi. anzuschließen und bei den Körperverletzungshandlungen mitzuwirken. Er schlug mehrfach gegen den Körper des Marco Pi. und trat auch mindestens einmal gegen ihn. In der Zwischenzeit beteiligte sich auch der Angeklagte R. weiter an den mit heftigen Schlägen geführten körperlichen Misshandlungen des mittlerweile von der Couch gerutschten Geschädigten. Beide Angeklagte hätten dabei aufgrund ihrer persönlichen Kenntnisse und Erfahrungen trotz erheblichen Alkoholgenusses erkennen können, dass der aufgrund erheblicher Alkoholisierung (BAK: 4,0 Promille) nahezu wehrlose Geschädigte bei einer derartigen Behandlung ums Leben kommen könne und dass dieser Erfolg durch ein Unterlassen der Gewalthandlungen hätte vermieden werden können. Der Geschädigte erlitt unter anderem eine Schädel-Hirn-Verletzung mit Brückenvenenabriss. Die dadurch verursachten Blutungen führten noch am selben Tag zum Tode. Das sachverständig beratene Landgericht ist davon ausgegangen, dass die massive Einblutung in das Hirn des Geschädigten infolge des Abrisses mehrerer Brückenvenen todesursächlich war. Hierfür komme eine stumpfe Gewalteinwirkung gegen den frei beweglichen Kopf des Geschädigten in Betracht; bei Anwendung entsprechender Kraft könne dafür schon ein Schlag ausreichend sein. Ob schon allein die vor dem Eingreifen des Angeklagten J. von R. begangenen Gewalthandlungen für den Eintritt des Brückenvenenabrisses ursächlich waren, hat das Landgericht jedoch nicht feststellen vermocht; auch das Zusammenwirken mehrerer Verletzungshandlungen für den Eintritt des Erfolges hat es nicht feststellen können. Mit der Erwägung, es könne dahinstehen, wer von den beiden Angeklagten die Handlungen ausgeführt habe, die die tödliche Verletzung hervorrief, hat es beide Angeklagte wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt; beide Angeklagte müssten sich auf Grund der mittäterschaftlichen Begehungsweise die Tatbeiträge des jeweils Anderen zurechnen lassen.

### **Lösung:**

Die Revision der Angeklagten hiergegen hatte teilweise Erfolg.

#### **1. Verurteilung des Angeklagten R.**

Der Schuldspruch wegen Körperverletzung mit Todesfolge ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen beschloss der Angeklagte J., sich der von dem Angeklagten R. begonnenen „Bestrafung“ des Geschädigten anzuschließen und setzte diesen Entschluss sodann in die Tat um. Die Gewaltanwendung in diesem zweiten Tatabschnitt erfolgte somit im gegenseitigen Einverständnis und Zusammenwirken beider Angeklagter. Daher muss sich der Angeklagte R. auch die Schläge und den Fußtritt des in diesem Handlungsabschnitt hinzutretenden Angeklagten J. gegen das Tatopfer zurechnen lassen. Dass R. die todesursächliche Verletzungshandlung - möglicherweise - nicht selbst vorgenommen hat, steht einer Strafbarkeit gemäß § 227 StGB nicht entgegen. Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die ein anderer unmittelbar herbeigeführt hat, auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt, sofern die Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Täter hinsichtlich des Erfolges Fahrlässigkeit zur Last fällt. So liegt es hier.

#### **2. Verurteilung des Angeklagten J.**

Im Hinblick auf den Angeklagten J. begegnet der Schuldspruch wegen Körperverletzung mit Todesfolge jedoch durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Entgegen der Auffassung des Landgerichts führt der Umstand, dass J. die von ihm beobachtete vorangegangene Gewaltanwendung durch den Angeklagten R. billigte und sich zur Teilnahme an dessen weiterer Gewaltanwendung entschloss, nicht dazu, dass die ihm bereits vor seinem Tatentschluss durch R. allein verwirklichten Tatumstände zuzurechnen wären.

a) Kann der Hinzutretende die weitere Tatausführung nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und bleibt deshalb sein eigenes Handeln ohne Einfluss auf den späteren Tod des Geschädigten, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft und eine Mitwirkung an einem Verbrechen des § 227 StGB trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen Anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht.

b) Da das Landgericht rechtsfehlerfrei nicht feststellen konnte, welche der von beiden Angeklagten ausgeübten Gewalteinwirkungen für den todesursächlichen Brückenvenenabriss in der Hirnkammer des Geschädigten ursächlich war, war in Anwendung des Zweifelssatzes davon auszugehen, dass dem Geschädigten die zum Tode führende Verletzung schon im ersten Teil des Geschehens und damit vor dem Zeitpunkt zugefügt worden war, als der Angeklagte J. beschloss, sich der durch den Mitangeklagten R. begonnenen Bestrafung des Tatopfers anzuschließen und bei den Körperverletzungshandlungen mitzuwirken. Sollte die zur neuen Verhandlung und Entscheidung berufene Strafkammer insoweit zu keinen weiteren Feststellungen gelangen können, kommt hinsichtlich des Angeklagten J. lediglich eine Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung in Betracht.

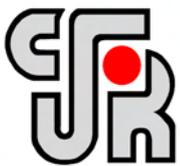
# Examensnoten

Liebe Ehemalige,

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

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

J u r a Pro Jahr: Gutscheine im Wert



**Intensiv**

von 1.980,- € für Assex-Kurs

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

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

### 3 Gutscheine à 230,- € für die 3 Besten

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

**Maßgebend ist alleine die Note aus der staatlichen Pflichtfachprüfung.**

### 6 Gutscheine à 50,- € werden verlost

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

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

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

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

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

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

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

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

# Champagner für das 2. Examen!

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

### Herzlichen Glückwunsch

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

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

### 3 mal Champagner für die besten Noten!

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

### Verlosung: 3 mal Champagner

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

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

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

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

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

Gericht: BGH	<b>Einschränkung des Notwehrrechts bei schuldhafter Provokation</b>	StGB § 32
Aktenzeichen: 5 StR 141/09		
Datum: 25.06.2009		

	<b>Eine schuldhafte Provokation kann zur Einschränkung des Notwehrrechts führen, wenn bei vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls der Angriff als adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheint.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Die Schwurgerichtskammer des Landgerichts hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Kriegswaffen in Tateinheit mit vorsätzlichem unerlaubtem Besitz zweier verbotener Gegenstände und mit unerlaubtem Besitz von Munition in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Der Angeklagte betreibt auf einem größeren Gartengrundstück ökologischen Nutzpflanzenanbau, Kleintierzucht und eine Imkerei. Er baute in einem Gewächshaus unter anderem auch Cannabis an und setzte das gewonnene Haschisch zur Förderung der eigenen Gesundheit und bei der Imkerei (zur Beruhigung der Bienen durch Raucherzeugung) ein. Bereits im Herbst 2007 war das Anwesen des Angeklagten mehrfach von Dieben aufgesucht worden. Unter anderem hatten drei junge Männer, E., M. und der Nebenkläger Me. den Zaun des Grundstücks des Angeklagten überstiegen, die Folie des Gewächshauses durchschnitten und Hanfpflanzen gestohlen. Am frühen Nachmittag des 16. Oktober 2007 überstieg E. erneut den Zaun, schnitt das Gewächshaus auf und wollte wiederum Cannabispflanzen stehlen. Der Angeklagte stellte ihn und setzte Pfefferspray ein. E. flüchtete über das Feld und ließ sein am Rande des Nachbargrundstückes abgestelltes Fahrrad zurück. Der Angeklagte versteckte dieses später in einem angrenzenden Gebüsch. E. informierte seine Freunde M. und den Nebenkläger. Alle drei beschlossen, das Fahrrad zurückzuholen, dem Angeklagten eine Abreibung zu verpassen und weitere Hanfpflanzen zu stehlen. M. parkte den Pkw abrufbereit; der zierliche E. wartete zunächst außerhalb des Grundstücks. Der 90 kg schwere und durchtrainierte Nebenkläger drang auf das Grundstück des Angeklagten ein, um nach dem Fahrrad sowie dem dort vermuteten Angeklagten zu suchen. Vor dem Eingang des Gewächshauses traf der sich anschleichende Nebenkläger auf den mittlerweile aufmerksam gewordenen Angeklagten, der sein bei der Arbeit verwendetes Messer (15 cm Länge; Klingenlänge 5,5 cm) in der rechten Hand hielt. Es entstand sogleich ein Gerangel. Dabei fasste der Nebenkläger dem Angeklagten an den Kragen und ging zum direkten Angriff über. Er umklammerte den Angeklagten von vorn und drückte ihm die Luft ab. Der Angeklagte geriet in Todesangst und setzte das Messer ein. Er stieß das Messer wuchtig zunächst in den Bereich der linken Flanke oberhalb des Beckenkammes, sodann fügte er ihm durch einen weiteren Stich eine Verletzung der Zwischenrippenmuskulatur und des Rippenfelles sowie durch einen dritten Stich eine Verletzung am Kinn sowie durch eine Kopfbewegung des Nebenklägers nach links hinten zugleich an der linken Halsseite hinter dem Kopfwendermuskel zu. Das Landgericht hat dem Angeklagten zugebilligt, dass er sich gegen die Umklammerung zur Wehr gesetzt und sein Eigentum und sein Hausrecht verteidigt habe. Indes habe er an dem Zustandekommen der Notwehrlage durch die im Verstecken des Fahrrades des E. enthaltene Provokation mitgewirkt. Der massive Einsatz des Messers habe dem Angeklagten im Rahmen seines eingeschränkten Notwehrrechts nicht zugestanden. Das Landgericht verurteile den Angeklagten daher (auch) wegen gefährlicher Körperverletzung.

### Lösung:

Auf seine Revision sprach ihn der BGH von diesem Vorwurf frei. Das Handeln des Angeklagten war durch Notwehr (§ 32 StGB) gedeckt.

1. Zwar ist anerkannt, dass eine schuldhafte Provokation zur Einschränkung des Notwehrrechts führen kann, wenn bei vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls der Angriff als adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheint.

2. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

a) Es ist schon zweifelhaft, ob das Verstecken des Fahrrades überhaupt zu einer Einschränkung des Notwehrrechts des Angeklagten hinsichtlich eines Angriffs auf die körperliche Integrität führen kann. Jedenfalls stand der Angriff des Nebenklägers damit in keinem Zusammenhang. Er beruhte auf dessen Entscheidung und der seiner Freunde, dem Angeklagten wegen der Vertreibung des E. eine Abreibung zu erteilen. Hierdurch war das Notwehrrecht des Angeklagten nicht eingeschränkt.

b) Die drei Messerstiche des Angeklagten stellten noch eine erforderliche Verteidigung im Sinne des § 32 II StGB dar. Sie waren geeignet, den Angriff zu beenden. Zwar muss der Angegriffene das mildeste Mittel gegen einen Angriff wählen. Zur Beurteilung der Frage, welches Mittel wie wirksam ist, um die endgültige Beseitigung der Gefahr zu gewährleisten, kommt es auf die Stärke des Angriffs, die Gefährlichkeit des Angreifers und die zur Verfügung stehenden Abwehrmittel an. Hierbei muss sich der Angegriffene nicht auf das Risiko einer nur unzureichenden Abwehrhandlung und des Eintritts eines mehr als belanglosen Schadens an seiner körperlichen Unversehrtheit einlassen. Die Erforderlichkeit der Verteidigung ist im Wege einer ex-ante-Betrachtung objektiv zu bestimmen. Maßgebend ist, wie ein besonnener Dritter in der Lage des Angegriffenen die im Zeitpunkt des Angriffs gegebenen und objektiv erkennbaren Umstände beurteilt hätte, wobei § 32 StGB (im Prinzip) keine Güterabwägung voraus setzt. Nach diesen Grundsätzen war der Einsatz des Messers, selbst wenn man wie das Landgericht einen bedingten Tötungsvorsatz annehmen wollte, gerechtfertigt: Der Angeklagte befand sich durch die Umklammerung des Me. nicht mehr in einer Lage, in der es ihm zumutbar gewesen wäre, den Einsatz des Messers anzukündigen oder in eine „weniger gefährdete“ Körperregion zu stechen. Die Umklammerung verringerte nach der unwiderlegten Einlassung des Angeklagten dessen Luftzufuhr, so dass er in Todesangst geriet. Zudem war es dem Angeklagten angesichts der fortdauernden Umklammerung des körperlich überlegenen Nebenklägers nicht zumutbar, die Wirkung des ersten oder zweiten Stiches abzuwarten.

3. Der Senat schließt aus, dass eine neue Hauptverhandlung Umstände ergeben kann, die eine Einschränkung des Notwehrrechts gebieten könnten, und spricht den Angeklagten insoweit auf Antrag des Generalbundesanwalts frei. Die Sache ist zur Bestimmung einer neuen Gesamtfreiheitsstrafe an eine allgemeine Strafkammer zurückzuverweisen.

Gericht: BGH	<b>Belehrungspflicht bei Spontanäußerungen des Verdächtigen</b>	StPO
Aktenzeichen: 4 StR 170/09		§ 136a
Datum: 09.06.2009		

	<p>1. Zur Frage der Belehrungspflicht bei Spontanäußerungen des Verdächtigen.</p> <p>2. Zu den Folgen einer unterbliebenen „qualifizierten“ Belehrung.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Der Angeklagte wurde vom Landgericht wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner Revision rügt er eine Verletzung der Belehrungspflichten gemäß § 136 I 2 StPO. Noch in der Tatnacht habe der Angeklagte in Begleitung seiner Ehefrau die Polizeiwache aufgesucht, um sich zu stellen. Ohne vorherige Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter habe er die Tat zugegeben, woraufhin er wegen des dringenden Verdachts eines Tötungsdelikts vorläufig festgenommen worden sei. Er sei dann mit einem Polizei-Pkw zur Kreispolizeibehörde gebracht worden und habe auf der Fahrt gegenüber den Polizeibeamten Einzelheiten des Tatgeschehens geschildert. Erst dort seien ihm nach ärztlicher Feststellung seiner Vernehmungsfähigkeit von den Kriminalbeamten L. und R. unter erneuter Eröffnung des Tatvorwurfs seine Rechte als Beschuldigter erläutert worden. Der Angeklagte habe daraufhin erklärt, den Polizeibeamten doch schon alles gesagt zu haben; er wolle jetzt keine Aussage mehr machen, sondern alles über seinen Anwalt regeln. Von dem Kriminalbeamten L. sinngemäß darauf hingewiesen, eine mögliche Aussage könne auch seiner Entlastung dienen und entlastende Angaben könnten bei der – zum damaligen Zeitpunkt noch andauernden – Spurensuche am Tatort berücksichtigt werden, habe der Angeklagte geäußert, dann könne er auch jetzt einfach alles erzählen. Die umfangreichen Angaben des Angeklagten wurden sodann von den vernehmenden Beamten in einem Vermerk niedergelegt. Das Landgericht hat die Einlassung des Angeklagten, er habe den Geschädigten zu keinem Zeitpunkt lebensbedrohlich verletzen wollen, sondern sich lediglich gegen dessen Schläge und Tritte gewehrt, als widerlegt angesehen. Seine Überzeugung, der Angeklagte habe mit seinem Messer zielgerichtet und deshalb zumindest mit bedingtem Tötungsvorsatz auf den Oberkörper des Geschädigten eingestochen, hat es auch auf die Bekundungen der in der Hauptverhandlung vernommenen Kriminalbeamtin R. gestützt. Diese hat in der Hauptverhandlung u.a. über die in ihrem Vermerk niedergelegten Angaben des Angeklagten vom 22. August 2008 ausgesagt. Insoweit hat der Angeklagte der Vernehmung widersprochen und einen Gerichtsbeschluss herbeigeführt.

**Lösung:**

Die Revision des Angeklagten blieb ohne Erfolg. Zwar hätte der Angeklagte schon zu einem früheren Zeitpunkt als tatsächlich geschehen gemäß § 136 I 2 StPO belehrt werden müssen. Dies hindert jedoch nicht die Verwertung der Aussage der Kriminalbeamtin R. auch hinsichtlich der Angaben des Angeklagten in dessen Beschuldigtenvernehmung in der angegriffenen Entscheidung.

**1a)** Die Belehrung nach § 136 I 2 StPO soll sicherstellen, dass ein Beschuldigter nicht im Glauben an eine vermeintliche Aussagepflicht Angaben macht und sich damit unfreiwillig selbst belastet. Für den Fall der von einem Polizeibeamten durchgeführten Befragung ist zum einen die Stärke des Tatverdachts, den der Beamte gegenüber dem Befragten hegt, bedeutsam für die Entscheidung, von welchem Zeitpunkt an die Belehrung erforderlich ist. Daneben ist von Bedeutung, wie sich das Verhalten des Beamten aus Sicht des Befragten darstellt. Polizeiliche Verhaltensweisen wie die Mitnahme eines Befragten zur Polizeiwache, die Durchsuchung seiner Wohnung oder seine vorläufige Festnahme belegen dabei schon ihrem äußeren Befund nach, dass der Polizeibeamte dem Befragten als Beschuldigtem begegnet, mag er dies auch nicht zum Ausdruck bringen.

**b)** Ob die vorstehend dargelegten Grundsätze ohne Einschränkung auch dann gelten, wenn der Polizeibeamte keine gezielte Befragung durchführt, sondern lediglich passiv spontane Äußerungen eines Dritten entgegennimmt, mit denen sich dieser selbst belastet, ist in der Rechtsprechung bislang nicht abschließend geklärt. Eine Verwertbarkeit solcher Äußerungen trotz fehlender Belehrung über die Beschuldigtenrechte wird in der Regel für zulässig gehalten, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Belehrungspflichten gezielt umgangen wurden, um den Betroffenen zu einer Selbstbelastung zu verleiten. Dieses erschiene jedoch zumindest dann bedenklich, wenn sich Polizeibeamte von einem Tatverdächtigen nach pauschalem Geständnis einer schweren Straftat und der unmittelbar darauf erfolgten Festnahme über eine beträchtliche Zeitspanne Einzelheiten der Tat berichten ließen, ohne den von ihnen ersichtlich als Beschuldigten behandelten Täter auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen. Einer näheren Aufklärung des Verhaltens der Polizeibeamten im vorliegenden Fall bedarf es jedoch nicht, da das Urteil auf einem etwaigen Verfahrensverstöß nicht beruht. Die Angaben des Angeklagten gegenüber den Polizeibeamten bis zu seiner Ankunft in der Kreispolizeibehörde hat das Landgericht der Urteilsfindung nicht zu Grunde gelegt.

**2.** Gegen die Verwertung der Aussage der Zeugin R. bestehen dagegen keine Bedenken.

**a)** Zwar hätte der Angeklagte zu Beginn seiner Beschuldigtenvernehmung durch die Kriminalbeamten zusammen mit der Belehrung nach § 136 I 2 StPO darauf hingewiesen werden müssen, dass wegen der bis dahin unterbliebenen Belehrung die zuvor gemachten Angaben unverwertbar seien (sog. qualifizierte Belehrung). Daraus, dass dies nicht geschehen ist, würde jedoch nicht ohne Weiteres folgen, dass auch die Angaben, die der Angeklagte nach erfolgter Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter gemacht hat, einem Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot unterlagen. Die (qualifizierte) Belehrung soll verhindern, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zustande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können. Da der Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 I 2 StPO hat, ist in einem solchen Fall die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln. Die Abwägung ist unter Berücksichtigung des Interesses an der Sachaufklärung einerseits sowie des Gewichts des Verfahrensverstößes andererseits vorzunehmen. Sie ergibt hier, dass das Landgericht an einer Verwertung nicht gehindert war.

**b)** Eine bewusste Umgehung der Belehrungspflichten auf der Polizeiwache sowie auf dem anschließenden Transport des Angekl. ist nicht ersichtlich. Es spricht auch nichts dafür, dass der Angekl. zum Zeitpunkt der Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter annahm, er könne von seinen Angaben gegenüber den im Polizei-Pkw anwesenden Beamten nicht mehr abrücken. Zu einer solchen Aussage ist der Angekl. auch nicht in unzulässiger Weise gedrängt worden. Weder die StPO noch der verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz eines fairen Verfahrens verbieten es, eine Vernehmung im Anschluss an eine anfängliche Aussageverweigerung fortzusetzen, solange nicht mit verbotenen Mitteln auf die Willensfreiheit des zu Vernehmenden und die Durchsetzbarkeit seines Aussageverweigerungsrechts eingewirkt wird. Solche Mittel haben die Vernehmungsbeamten nicht eingesetzt. Die Bemerkung des Kriminalbeamten L. zur möglicherweise entlastenden Wirkung einer Aussage, verbunden mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Verifikation von Einzelheiten während der noch andauernden Spurensuche am Tatort, stellte ersichtlich keine Irreführung dar. Es handelte sich vielmehr um einen neutralen, nach Lage der Dinge zumindest nicht fern liegenden Hinweis auf die möglichen Nachteile des Schweigens. Der Angekl., der sich einem schweren Tatvorwurf ausgesetzt sah, war so in der Lage, die möglichen Vorteile einer Verteidigung durch Einlassung zur Sache zu erfassen und zwischen Aussage und Schweigen eine informierte Entscheidung zu treffen.

## Öffentliches Recht

Gericht: HessStGH	<b>Grundrechtsklage gegen Rechtsnorm / Subsidiarität</b>	HessStGHG § 43
Aktenzeichen: P. St. 2184		
Datum: 11.02.2009		

	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Bei der Klage gegen Rechtsnormen hat die Anrufung der Fachgerichte Vorrang. Hierbei sind alle Rechtsbehelfe auszuschöpfen, die nicht vollkommen aussichtslos sind.</li> <li>2. Vorrang hat auch die Berufung auf in der Norm vorgesehene Ausnahmeregelungen mit sich - im Falle der Ablehnung - anschließendem Verwaltungsprozess.</li> <li>3. Eine Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht ausnahmsweise auch dann nicht, wenn sie dem Betroffenen nicht zuzumuten ist,             <ul style="list-style-type: none"> <li>• weil dies offensichtlich aussichtslos wäre,</li> <li>• wenn die angegriffene Regelung zu Dispositionen zwingt, die später nicht mehr korrigiert werden können,</li> <li>• in den Fällen, in denen gern. § 44 II HessStGHG (vgl. § 90 II BVerfGG) von der Erschöpfung des Rechtsweges abgesehen werden kann.</li> </ul> </li> <li>4. Der Begründungszwang für einen Antrag führt nicht zur Unzumutbarkeit.</li> </ol>
---	--

**Sachverhalt:** Der Ast. wandte sich mit seiner Grundrechtsklage gegen den durch Art. 1 Nr. 2 des Neunten Gesetzes zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 28. 9. 2007 (GVBI I 634) neu in das Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) eingefügten § 43a. Die Vorschrift lautet auszugsweise:

(1) Die nicht gewerbsmäßige Haltung eines gefährlichen Tieres einer wild lebenden Art ist verboten. Gefährliche Tiere sind solche, die in ausgewachsenem Zustand Menschen durch Körperkraft, Gifte oder Verhalten erheblich verletzen können und ihrer Art nach unabhängig von individuellen Eigenschaften allgemein gefährlich sind. Die Bezirksordnungsbehörde kann auf Antrag Ausnahmen von dem Verbot zulassen, wenn die Halterin oder der Halter ein berechtigtes Interesse an der Haltung nachweist. Ein berechtigtes Interesse kann für die Haltung zum Zwecke der Wissenschaft oder Forschung oder für vergleichbare Zwecke angenommen werden. Das Verbot nach Absatz 1 Satz 1 gilt nicht für zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits gehaltene gefährliche Tiere einer wild lebenden Art, wenn die Haltung durch die Halterin oder den Halter bis spätestens zum 30.04.2008 der Bezirksordnungsbehörde schriftlich angezeigt wird. Satz 1 gilt entsprechend für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Verbots nach Absatz 1 Satz 1 bereits erzeugte Nachkömmlinge. (...)

Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig dem Verbot nach Absatz 1 Satz 1 zuwiderhandelt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Euro geahndet werden. Tiere, auf die sich die Ordnungswidrigkeit bezieht, und Gegenstände, die zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, können eingezogen werden.

Der Ast. hält und züchtet nichtgewerblich seltene Schlangenarten. Er hält vor allem Giftschlangen und sieht sich durch § 43a HSOG in seinen Grundrechten aus Art. 1, 2 und 45 HessVerf. verletzt. Darüber hinaus rügte er die Verletzung von Art. 20a GG. § 43a HSOG schränke die durch Art. 2 HessVerf. geschützte allgemeine Handlungsfreiheit in unzulässiger Weise ein.

Wird die Grundrechtsklage Erfolg haben?

### Lösung:

Die Grundrechtsklage nach Art. 131 HessVerf i.V.m. § 43 HessStGHG entspricht auf Bundesebene der Verfassungsbeschwerde. Sie kann auf die Verletzung von Landes- und von Bundesverfassungsrecht gestützt werden. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen entsprechen daher denen der Gesetzesverfassungsbeschwerde.

### I. Statthaftigkeit der Grundrechtsklage (Art. 131 HessVerf, § 43 HessStGHG)

Der Bürger als dem Staat gegenüberstehend muss sich gegen eine Maßnahme des Staates Hessen wenden. Dies ist bei dem einem Gesetz (hier: HSOG) der Fall.

## II. Klagegegenstand

Klagegegenstand der Grundrechtsklage ist ein Akt öffentlicher Gewalt. Da hiervon alle deutschen Staatsgewalten erfasst sind, also auch die Legislative, sind formelle Gesetze wie das HSOG ein tauglicher Klagegegenstand.

## III. Klagebefugnis

Der Ast. muss geltend machen, durch die öffentliche Gewalt in einem durch die Verfassung des Landes Hessen gewährten Grundrecht verletzt worden zu sein.

Der Ast. beruft sich auf die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 1 (Gleichheitsgrundsatz), 2 (Allgemeine Handlungsfreiheit) und 45 (Eigentumsschutz) HessVerf. Eine Verletzung dieser Rechte ist nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen.

Zudem ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind.

### 1. Selbstbetroffenheit

Da Giftschlangen gefährliche Tiere sind und der Ast. solche Tiere hält, ist er von der Neuregelung in § 43a HSOG ohne weiteres selbst betroffen.

### 2. Gegenwärtigkeit und Unmittelbarkeit

Der Beschwerdeführer muss aktuell betroffen sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus.

Wird die Grundrechtsklage gegen Normen erhoben, ohne dass bereits ein Umsetzungsakt erfolgt ist, besteht die Betroffenheit in der Regel nur für die Zukunft und die Beschwerdebefugnis ist abzulehnen. Ohne Vorliegen eines Umsetzungsaktes ist eine unmittelbare Betroffenheit anzunehmen, wenn die angegriffene Norm Sanktionen bei Verstoß gegen die getroffenen Regelungen vorsieht. Hier geht man davon aus, dass es dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann, zunächst gegen die Norm zu verstoßen und dann die Sanktion zu erhalten, um die Verfassungsmäßigkeit der Norm dann bei einem Vorgehen gegen die Sanktion überprüfen zu lassen.

Da § 43a HSOG derartige Sanktionen in Form von Bußgeldern vorsieht, ist auch ohne Umsetzungsakt schon eine gegenwärtige, unmittelbare Betroffenheit anzunehmen.

## IV. Frist, § 45 II HessStGHG

Die Grundrechtsklage gegen Gesetze ist innerhalb von 1 Jahr nach Erlass zu erheben. Diese Frist ist hier eingehalten.

## V. Rechtswegerschöpfung, § 44 I StGHG

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Etwas anderes gilt nach § 44 II HessStGHG nur, wenn die Bedeutung der Sache über den Einzelfall hinausgeht oder wenn der antragstellenden Person ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls sie zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde. Da gegen Gesetze ein Rechtsweg im Sinne dieser Vorschrift nicht eröffnet ist, stellt die Rechtswegerschöpfung bei Gesetzesverfassungsbeschwerden kein Problem dar.

## VI. Subsidiarität der Grundrechtsklage

### I. Grundsätze der Subsidiarität

1. Der Rechtsschutz vor den Fachgerichten ist vorrangig.

2. Sieht die angegriffene Regelung Ausnahmen vor, so muss der Betroffene versuchen, die Beseitigung des Eingriffs unter Berufung auf die Ausnahmeregelung zu erwirken, wenn dies nicht vollkommen aussichtslos ist (BVerfGE 78, 58 (69) = NJW 1988, 2594; BVerfG, BeckRS 2008, 41313).

3. Anderenfalls hat der Betroffene alle diejenigen Rechtsbehelfe auszuschöpfen, die nicht offensichtlich unzulässig sind.

Dadurch soll gewährleistet werden, dass einem Verfassungsgericht nicht nur die abstrakte Rechtsfrage, sondern auch die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch ein für die Materie speziell zuständiges Gericht unterbreitet wird, so dass es nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weit reichende Entscheidungen trifft.

Diese Gesichtspunkte fallen vor allem dann ins Gewicht, wenn - wie hier - das angegriffene Gesetz der Verwaltung oder den Gerichten einen Auslegungs- oder Entscheidungsspielraum lässt, der für die Frage seiner Verfassungsmäßigkeit Gewicht erlangen kann (BVerfGE 74,69 [75]; 79, 1 [20]; BVerfG, BeckRS 2008, 41313).

4. Eine Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht ausnahmsweise auch dann nicht, wenn sie dem Betroffenen, nicht zuzumuten ist,

- weil dies offensichtlich aussichtslos wäre,
- wenn die angegriffene Regelung zu Dispositionen zwingt, die später nicht mehr korrigiert werden können,
- in den Fällen, in denen gern. § 44 11 HessStGHG von der Erschöpfung des Rechtsweges abgesehen werden kann (HessStGH, StAnz 1989, 2084 [2087]; BVerfGE 79, 1 [20]).

Droht einem Grundrechtskl, der sich unmittelbar gegen ein Gesetz wendet, bei der Verweisung auf den Rechtsweg in der Hauptsache ein schwerer Nachteil, kann er nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Grundrechtsklage allerdings gehalten sein, vor der Anrufung des Verfassungsgerichts wenigstens den Rechtsweg im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erschöpfen (BVerfG, NVwZ 2004, 977 [979]).

Hält ein Gericht eine für seine Entscheidung maßgebliche Gesetzesnorm für verfassungswidrig, so ist es nicht gehindert, vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des HessStGH vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn

- dies im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint
- und die Hauptsache dadurch nicht vorweggenommen wird (dazu BVerfGE 86, 382 [389]).

5. Kann der mit dem Subsidiaritätsgrundsatz insbesondere verfolgte Zweck, eine Klärung der verfassungsrechtlich relevanten Sach- und Rechtsfragen herbeizuführen, im einschlägigen Rechtsweg indes überhaupt nicht erreicht werden, ist die vorherige Anrufung der Gerichte gleichfalls entbehrlich (BVerfGE 79, 1 [20]).

## II. Anwendung auf den Fall

### 1. Möglichkeit eines Feststellungsklage

Als Rechtsbehelf kommt insbesondere eine Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten in Betracht, mit der die Feststellung begehrt wird, dass der Kl. ohne behördliche Ausnahmegenehmigung Giftschlangen erwerben, halten und züchten darf (vgl. BVerfGE 74, 69 [76]; 115, 81 [95]).

Die Rechtsprechung des BVerwG und die herrschende Meinung in der Literatur halten derartige Feststellungsklagen gerade dann für zulässig, wenn - wie hier der Fall - die Norm keines besonderen Vollzugsaktes mehr bedarf und ihre Anwendung auf einen bestimmten, bereits übersehbaren Sachverhalt streitig ist (BVerwGE 111, 276 [278] = NJW 2000, 3584).

### 2. Beseitigung der Verbotswirkung und fristgerechte Anzeige

Soweit das Verbot des § 43a I 1 HSOG Tiere des Ast. betrifft, die bei Inkrafttreten der Norm am 9. 10. 2007 von ihm gehalten wurden oder schon erzeugt waren. hätte er im Übrigen gem. § 43a 11 1 HSOG diesen Sachverhalt lediglich bis zum 30.04.2008 der Bezirksordnungsbehörde schriftlich anzeigen müssen. Bereits die bloße schriftliche Anzeige hätte die Verbotswirkung ohne weiteres beseitigt.

### 3. Beantragung eines Ausnahmegenehmigung

Sollte der Ast. von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben oder geht es um den Erwerb und die Zucht neuer Tiere ab dem 09.10.2007, so hat er nach § 43a I 3 HSOG die Möglichkeit, eine Ausnahme von dem Verbot nach § 43a I 1 HSOG zu beantragen. Wird die Genehmigung verweigert, kann über die Rechtmäßigkeit dieser gesetzesanwendenden Maßnahme eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden (so auch BVerfG, BeckRS 2008, 41313).

Die Durchführung des behördlichen Erlaubnisverfahrens mit anschließender Anrufung des VG ist dem Ast. auch zumutbar.

Die Notwendigkeit, im Erlaubnisverfahren Anträge zu begründen, um der zuständigen Behörde Grundlagen für deren Entscheidung zu geben, ist - entgegen der Einschätzung des Ast. - der Norma/fall und keinesfalls unzumutbar. Dies gilt auch für die vom Ast. hervorgehobene Unsicherheit über die Entscheidung, da diese Ungewissheit des Ausgangs ein weiteres Wesensmerkmal von Erlaubnisverfahren ist, bei denen die Behörde einen im Gesetz genannten Begriff - hier: das "berechtigte Interesse" an der Haltung - auszulegen hat (in diesem Sinne auch: BVerfG, BeckRS 2008, 41313).

Bei einer ablehnenden Entscheidung wäre die anschließende Erhebung einer Klage nur dann unzumutbar, wenn die Anrufung der Fachgerichte offensichtlich aussichtslos wäre, beispielsweise weil ein Abweichen von einer gesicherten Rechtsprechung nicht zu erwarten ist (BVerfGE 68, 376 [380f.]; 79, 1 [20]; 86, 382 [387]; 102, 197 [208]).

Der Misserfolg eines vom Ast. zu betreibenden Verwaltungsgerichtsverfahrens stünde jedoch gerade nicht von vornherein fest. Die Entscheidung der Bezirksordnungsbehörde über die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 43a I 3 HSOG steht im Ermessen der Behörde, auf dessen fehlerfreie Ausübung der Ast. einen Anspruch hat. Ob ein Ermessensfehler vorliegt, ist - in dem durch § 114 S. 1 VwGO gezogenen Rahmen - der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich (dazu Hufen, VerwProzR, § 25 Rn. 22 ff.).

Da zudem bei einer erst unlängst in Kraft getretenen Gesetzesbestimmung eine gefestigte Rechtsprechung naturgemäß (noch) nicht vorliegt, ist der Ausgang eines solchen Verfahrens offen. Im Übrigen ist es dem Ast. unbenommen, vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu beantragen.

**Ergebnis:** Die Grundrechtsklage genügt nicht dem Grundsatz der Subsidiarität und ist daher unzulässig.

Gericht: OVG Münster	<b>Drittanfechtung eines VA / Verletzung in eigenen Rechten</b>	VwGO
Aktenzeichen: 13 A 476/08		§ 113
Datum: 19.03.2009		

	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Im Rahmen einer Drittanfechtungsklage kommt die Aufhebung des Verwaltungsaktes selbst bei Rechtswidrigkeit nur in Betracht, wenn diese zugleich auch zu einer Rechtsverletzung des Klägers führt.</li> <li>2. Bei Drittanfechtungsklage ist es unverzichtbar, nach der Schutznormtheorie zu prüfen, ob die verletzte Norm dem Schutz des Dritten dient.</li> <li>3. Dazu muss der Dritte in den geschützten Personenkreis fallen und die Norm muss das von ihm geltend gemachte Interesse vor Verletzungen der geltend gemachten Art schützen.</li> <li>4. Der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst auch das Recht, den Inhalt vertraglicher Vereinbarungen mit der Gegenseite frei von staatlichen Bindungen auszuhandeln.</li> <li>5. Für eine Berufung auf die grundgesetzlich gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit ist kein Raum, soweit diese Freiheit durch ein ordnungsgemäß zustande gekommenes und inhaltlich mit der Verfassung in Einklang stehendes Gesetz eingeschränkt ist</li> </ol>
---	--

**Sachverhalt:** Im Juli 2002 entschied die (frühere) Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - RegTP (heute: Bundesnetzagentur) im sog. Price-Cap-Verfahren (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG) über die Zusammenfassung von Dienstleistungen und die Vorgabe von Maßgrößen für Briefsendungen bis 1000 Gramm für den Zeitraum 2003 bis 2007; der Zeitraum wurde in Price-Cap-Perioden von jeweils einem Jahr unterteilt. Auf der Grundlage dieses Beschlusses erteilte die RegTP der Beigeladenen (Deutsche Post AG) Genehmigungen für die Entgelte für die Price-Cap-Perioden 2003 bis 2005. Der Kläger (Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V.), dessen Rechtsmittel gegen die Price-Cap-Entscheidung der RegTP von 2002 erfolglos waren, erhob gegen die Entgeltgenehmigungen Klage.

Ist die Klage begründet?

**Lösung:**

Eine Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt. Gerade bei einer Drittanfechtungsklage, bei der also nicht der Adressat eines Verwaltungsaktes gegen diesen vorgeht, sondern ein Dritter, der sich von der Entscheidung nachteilig betroffen fühlt, ist die Verletzung in eigenen Rechten von entscheidender Bedeutung.

Das Verwaltungsprozessrecht geht auf der Grundlage von Art. 19 IV 4 GG und einer entsprechenden generellen Systementscheidung des Gesetzgebers von der Beschränkung auf den Schutz subjektiver Rechte aus und gewährt ein Klagerecht (nur) zum effektiven Schutz eigener Rechte. nicht aber zum Zwecke der Veranlassung einer gerichtlichen Prüfung, ob die Rechtsordnung objektiv gewahrt ist und der Verwaltungsakt mit der Rechtsordnung schlechthin in Einklang steht oder nicht (BVerfG, NVwZ 2009, 240; Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Anm. 8.)

Die Aufhebung eines Verwaltungsakts im Rahmen einer Anfechtungsklage ist nicht schon dann geboten, wenn der Verwaltungsakt objektiv ganz oder teilweise rechtswidrig ist, sondern erst und nur dann, wenn ein Kläger dadurch in seinen subjektiven Rechten verletzt wird (§ 113 I 1 VwGO). Ein (rechtswidriger) Verwaltungsakt, der einen Kläger nicht in seinen Rechten verletzt, unterliegt folglich nicht der Aufhebung.

Die Frage der Verletzung in eigenen subjektiven Rechten ist dabei namentlich bei sog. Drittklagen von Bedeutung, die auch hier gegeben sind. Der Kläger ist nicht Adressat der angefochtenen Entgeltgenehmigungen, sondern nicht diese Verwaltungsakte (vgl. § 46 Abs. 3 Satz 1 PostG i. V.m. § 73 Abs. 1 Satz 2 TKG 1996, § 132 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004) als nicht unmittelbar beteiligter Dritter an. In einem solchen Fall liegt eine die Aufhebung des Verwaltungsakts rechtfertigende Rechtsverletzung nur vor, wenn die verletzte materielle Norm zumindest auch dem Schutz des Dritten dient (Schutznormtheorie).

Bei Drittklagen ist es daher unverzichtbar, durch Auslegung die Frage nach der drittschützenden Wirkung der Norm zu klären, denn die Rechtsverletzung des Drittanfechtenden muss, soll seine Anfechtungsklage Erfolg haben, gerade auf der Verletzung der konkreten drittschützenden Norm beruhen.

Nach der Schutznormtheorie liegt eine drittschützende Norm vor, wenn diese nicht ausschließlich dem öffentlichen Interesse, sondern zumindest auch dem Schutz des Individualinteresses zu dienen bestimmt ist und zwar derart, dass die Geschützten die Einhaltung des Rechtssatzes sollen verlangen können.

Dazu muss der Drittkläger unter den geschützten Personenkreis fallen und die Norm muss das von ihm geltend gemachte Interesse vor Verletzungen der geltend gemachten Art schützen.

**I. Verletzung von Art. 19 IV GG**

Weder Art. 19 IV GG noch die in Art. 2 I GG normierte allgemeine Handlungsfreiheit begründen einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch, auf den die Notwendigkeit einer Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme in jedem Fall - unabhängig von der Frage einer Verletzung in eigenen Rechten hinauslaufen würde. Art. 19 IV 4 GG begründet auch nicht (subjektive) Rechte, sondern setzt solche voraus (vgl. Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Anm. 119, 122, 143).

**II. Verletzung von Art. 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit)**

Der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst auch das Recht, den Inhalt vertraglicher Vereinbarungen mit der Gegenseite frei von staatlichen Bindungen auszuhandeln (vgl. BVerwG, NVwZ 2003, 605; BVerwGE 100, 230). Dieses könnte durch den angegriffenen Verwaltungsakt verletzt worden sein.

Der Ansatz des VG, die verfassungsmäßige Rechtsordnung als Grenze der allgemeinen Handlungsfreiheit und Art. 87 f GG als verfassungsgemäße Beschränkung anzusehen, entspricht dabei der Formulierung in der Grundrechtsnorm, wonach das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit u.a. nur besteht, soweit nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen wird. Dabei muss der Senat nicht der Frage nachgehen, ob alleiniger Prüfungsmaßstab Art. 87f GG ist und Art. 2 Abs. 1 GG nicht zur Anwendung gelangt (vgl. BVerfG, NVwZ 2004, 329.)

Der Ansatz des VG deckt sich zudem mit der obergerichtlichen Bewertung, dass für eine Berufung auf die grundgesetzlich gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit kein Raum ist, soweit diese Freiheit durch ein

ordnungsgemäß zustande gekommenes und inhaltlich mit der Verfassung in Einklang stehendes Gesetz eingeschränkt ist.

Ein verfassungsrechtlich relevantes Schutzdefizit hat der Kläger im Hinblick auf die Entgeltregulierung nicht schlüssig dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Eine aus einem Grundrecht folgende Schutzpflicht ist erst dann verletzt, wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzniveau zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben (vgl. BVerfGE 92, 26).

**Ergebnis:** Die Anfechtungsklage ist unbegründet.

Gericht: BVerfG	<b>Überlange Verfahrensdauer und effektiver Rechtsschutz</b>	GG
Pressemitteilung 104/2009		Art. 20 III
Datum: 02.09.2009		

	<b>Eine überlange Verfahrensdauer kann eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz darstellen.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Die Beschwerdeführerin klagt auf Abfindungsansprüche nach Kündigung des Sozietätsvertrages einer Steuerberaterpraxis. Sie hatte die Kündigung erklärt, weil der Beklagte Mandate auf eigene Rechnung bearbeitet hatte. Sie hatte ihre Klage im Jahre 1995, also vor 14 Jahren, beim Landgericht Hannover eingereicht. Zwei Teilurteile des Landgerichts hatte das Oberlandesgericht 2004 und 2008 aufgehoben und den Rechtsstreit jeweils an das Landgericht zurückverweisen. Umstritten ist neben dem Wert der Praxis vor allem, ob und inwieweit die Beschwerdeführerin Mandate nach Kündigung des Sozietätsvertrages weiter betreut und dadurch Umsätze erwirtschaftet hat, die ihren Abfindungsanspruch mindern würden. Der Verfahrensausgang ist für die Beschwerdeführerin von besonderer Bedeutung, weil der geltend gemachte Anspruch ihrer Schilderung nach den Hauptbestandteil ihres Vermögens ausmacht und sie durch Schulden, die sie im Zusammenhang mit dem Erwerb der gekündigten Beteiligung an der Steuerberaterpraxis aufgenommen hatte, noch belastet ist.

Die außergewöhnlich lange Dauer des komplizierten Verfahrens, in dem bislang ein Gutachten und fünf Ergänzungsgutachten angefordert wurden, beruht auf einigen dem Gericht nicht anzulastenden Umständen: Neben der Komplexität des Rechtsstreits ist insbesondere zu berücksichtigen, dass erhebliche Zeit durch die Einholung der Gutachten verstrichen ist. Deren Erstellung wurde dadurch verzögert, dass erforderliche Unterlagen zeitweise durch die Staatsanwaltschaft beschlagnahmt waren, überdies das Ergebnis der staatsanwaltlichen Ermittlungen für den Praxiswert von Bedeutung war und deshalb aus arbeits-ökonomischen Gründen abgewartet wurde, so dass das erste Gutachten erst im Jahr 2000 vorgelegt werden konnte. Eine im Jahr 2001 erhobene Widerklage und im Jahr 2002 geltend gemachte Aufrechnungen haben zu einer weiteren Erschwerung und Verzögerung des Verfahrens geführt.

Die Beschwerdeführerin sieht hierdurch ihr Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzt und hat Verfassungsbeschwerde erhoben.

**Lösung:**

Das BVerfG hat nunmehr eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III 3 GG festgestellt. Dem Landgericht ist zwar nicht vorzuwerfen, dass es das Verfahren durch schlichte Nichtbearbeitung verzögert hätte, es hätte aber wegen der außergewöhnlich langen Verfahrensdauer das Verfahren nicht wie einen gewöhnlichen Rechtsstreit behandeln dürfen, sondern hätte nach wenigen Jahren sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung nutzen müssen. Auch ein Bemühen um gerichtsinterne Entlastungsmaßnahmen wäre in Betracht zu ziehen gewesen.

Es fällt besonders ins Gewicht, dass das Landgericht jedenfalls bis April 2009 nicht in die Beweiserhebung über die Frage einer Minderung des Anspruchs der Beschwerdeführerin wegen der möglichen Weiterbetreuung von Sozietätsmandaten eingetreten ist, obwohl die Parteien eine Vielzahl von Zeugen benannt hatten und die Relevanz

dieses Punktes bereits im Jahr 2004 vom Oberlandesgericht bindend festgestellt worden war. Zeugen hätten parallel zur Einholung der Ergänzungsgutachten vernommen werden können. Der mit dem dafür erforderlichen Anlegen einer Zweitakte verbundene Aufwand war angesichts der Verfahrensdauer in Kauf zu nehmen. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, weshalb das Landgericht das vierte Ergänzungsgutachten nicht parallel zum Berufungsverfahren über das zweite Teilurteil im Jahr 2007 in Auftrag gegeben hat.

Der Beschluss bestätigt, dass bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Frage, ab wann ein Verfahren unverhältnismäßig lange dauert, sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, vor allem: die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache für die Parteien; die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten; die Schwierigkeit der Sachmaterie; das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere Verfahrensverzögerungen durch sie sowie die gerichtlich nicht zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen. Ferner haben die Gerichte auch die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen.

Gericht: EuGH	<b>Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch</b>	BGB
Aktenzeichen: C-445/06		§§ 195, 839
Datum: 24.03.2009		

	<p>1. Die Grundsätze der Effektivität und der Gleichwertigkeit stehen einer 3-jährigen Verjährungsfrist des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nicht entgegen; auch nicht, soweit die Verjährung bereits mit dem Beginn und nicht erst mit dem Ende des Schadenseintritts beginnt zu laufen.</p> <p>2. Ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV hemmt nicht den Lauf der Verjährungsfrist des gemeinschaftsrechtlichen Amtshaftungsanspruchs.</p> <p>3. Nach einem allgemeinen, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsatz muss sich der Geschädigte in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Schaden selbst tragen zu müssen.</p>
--	--

## A. Grundlagenwissen: Verjährung und Subsidiarität des Amtshaftungsanspruchs nach deutschem nationalen Recht

### I. Verjährung des nationalen Amtshaftungsanspruchs

Der Schadensersatzanspruch verjährt nach § 195 BGB nach 3 Jahren. Die Verjährung beginnt nach § 199 I BGB mit Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners.

### II. Subsidiarität des nationalen Amtshaftungsanspruchs

Ein Amtshaftungsanspruch wegen Amtspflichtverletzung nach § 839 III BGB kann nur dann geltend gemacht werden, wenn die rechtswidrige Handlung und die mit ihr verbundenen schädigenden Folgen nicht durch die Einlegung von Rechtsmitteln beseitigt werden konnten (= kein dulde und liquidiere).

Wurde ein mögliches Rechtsmittel nicht eingelegt, so ist die Geltendmachung des Amtshaftungsanspruchs allerdings nur dann ausgeschlossen, wenn die Einlegung für den Gläubiger zumutbar war oder die Versäumung für den Schadenseintritt kausal war.

## B. Grundlagenwissen: Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch

Grundlage für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen gemeinschaftsrechtswidrigem Handeln der BRD ist § 249 EGV i.V.m. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.

Der Grundsatz der Haftung eines Mitgliedsstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, folgt aus dem Wesen des EG-Vertrags. Dies gilt für jeden Verstoß eines Mitgliedsstaats gegen das Gemeinschaftsrecht unabhängig davon, welches mitgliedstaatliche Organ durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat, unabhängig davon welche Staatsgewalt gehandelt hat (vgl. EuGH NJW 2003, 3539 m.w.N.). Alle staatlichen Instanzen einschließlich der Legislative haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Normen zu beachten.

**Merke:** Es handelt sich hierbei nicht um einen Anspruch, der mit der Amtshaftungsklage nach Art. 235 EGV i.V.m. Art. 288 11 EGV geltend gemacht wird, denn er beruht auf dem gemeinschaftsrechtswidrigen Verhalten nationaler Organe, während mit der Amtshaftungsklage nach 235 EGV i.V.m. Art. 288 11 EGV die Haftung wegen eines Fehlverhaltens von Gemeinschaftsorganen geltend gemacht wird.

Ein solcher Anspruch besteht bei Vorliegen folgender Voraussetzungen:

1. Die gemeinschaftsrechtliche Norm, die als verletzt gerügt wird, verleiht dem Geschädigten hinreichend bestimmte Rechte.
2. Es liegt ein qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vor.
3. Dem Geschädigten ist ein Schaden entstanden.
4. Zwischen dem Verstoß und dem eingetretenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.

### **C. Verjährung und Subsidiarität des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs (EuGH in NVwZ 2009, 771)**

**Sachverhalt:** Danske Slagterier - ein Branchenverband genossenschaftlich organisierter dänischer Schlachthofgesellschaften und Schweinezüchter - begehrt aus abgetretenem Recht ihrer Mitglieder von der BRD Schadensersatz wegen einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts. Die BRD hatte von 1993 bis 1999 ein Importverbot für Fleisch von nicht kastrierten männlichen Schweinen verhängt, wodurch zahlreiche Lieferungen aus Dänemark zurückgewiesen wurden und die Züchter die Zucht wieder auf kastrierte männlich Schweine umstellen mussten, um den Absatz zu sichern. Erste finanzielle Schäden sind daraufhin bereits im Jahre 1993 eingetreten.

Gegen dieses Importverbot hatte die Kommission am 27.03.1996 ein Vertragsverletzungsverfahren anhängig gemacht. Der Gerichtshof hat daraufhin mit Urteil vom 12.11.1998, Kommission/Deutschland (Slg. 1998, I-6871 = BeckRS 2004, 74048), festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch das Importverbot gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 5 J lit. 0 und Art. 6 I lit. b der Richtlinie 64/433/EWG sowie aus Art. 5 I, Art. 7 und 8 der Richtlinie 89/662/EWG verstoßen hat.

Das LG Bonn, das am 06.12.1999 von Danske Slagterier mit einer Klage auf Zahlung von Schadensersatz gegen die Bundesrepublik Deutschland in Höhe von 280 Mio DM befasst wurde, erklärte diese für die Zeit ab 07.12.1996 dem Grunde nach für gerechtfertigt und wies sie als verjährt ab, soweit es um Ersatzansprüche für Schäden ging, die vor diesem Datum entstanden waren. Das mit der Berufung befasste OLG Köln erklärte die Klage insgesamt dem Grunde nach für gerechtfertigt. Mit der beim BGH eingelegten Revision erstrebt die Bundesrepublik Deutschland die vollständige Abweisung der Klage.

Der BGH möchte unter anderem wissen:

- (1. und 2.)
3. Ob das Gemeinschaftsrecht verlangt, dass die in der nationalen Regelung vorgesehene Verjährung des Staatshaftungsanspruchs wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht während eines von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 226 EG anhängig gemachten Vertragsverletzungsverfahrens unterbrochen oder gehemmt wird, sofern es in diesem Staat an einem effektiven Rechtsbehelf fehlt, um ihn zur Umsetzung einer Richtlinie zu zwingen.
4. Ob die Verjährungsfrist für einen Staatshaftungsanspruch wegen fehlerhafter Umsetzung einer Richtlinie unabhängig vom anwendbaren nationalen Recht erst mit der vollständigen Umsetzung der Richtlinie zu laufen beginnt oder ob sie in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht dann in Lauf gesetzt wird, wenn die ersten Schadensfolgen der fehlerhaften Umsetzung eingetreten und weitere Schadensfolgen absehbar sind. Für den Fall, dass die vollständige Umsetzung den Fristenlauf beeinflussen sollte, fragt das vorliegende Gericht, ob dies allgemein gilt oder nur dann, wenn die Richtlinie dem Einzelnen ein Recht verleiht.
5. Ob das Gemeinschaftsrecht einer Regelung wie in § 839 III BGB entgegensteht, nach der ein Einzelner keinen Ersatz für einen Schaden verlangen kann, bei dem er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, ihn durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden und ob eine solche nationale Regelung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, sofern sie unter dem Vorbehalt angewandt wird, dass die Inanspruchnahme dieses Primärrechtsschutzes dem Betroffenen zumutbar sein muss. Das vorliegende Gericht möchte schließlich wissen, ob der Gebrauch eines

Rechtsmittels als zumutbar angesehen werden kann, wenn das angerufene Gericht voraussichtlich ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG einreichen wird, oder wenn bereits ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG anhängig gemacht worden ist.

**Lösung:**

**I. Anwendbarkeit nationaler Verjährungsvorschriften auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch**

Wendet man, wie der BGH beabsichtigt, die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 I BGB a.F. jetzt: § 195 BGB) an, so würde die Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 I BGB Mitte 1993 zu laufen beginnen, da die Geschädigten zu diesem Zeitpunkt vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis hatten.

Es ist jedoch fraglich, ob die nationale Verjährungsfrist analog auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch angewendet werden kann.

Nach st. Rspr. ist es mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung Sache der nationalen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen auszugestalten, die den vollen Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Daher hat der Staat die Folgen des entstandenen Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben, wobei die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen (Grundsatz der Gleichwertigkeit) und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen (Grundsatz der Effektivität) (vgl. u.a. Urt. Francovich u.a., Rn 42 und 43; EuGH, NJW 1997, 2588 Rn 27 - Palmisani).

Zum Effektivitätsgrundsatz hat der Gerichtshof entschieden, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit, die zugleich den Abgabepflichtigen und die Behörde schützt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist (vgl. EuGH, Slg. 1998.1-7141 = BeckRS 2004. 75242 Rn 19 und die dort angeführte Rspr. - Aprile). Solche Fristen sind nämlich nicht geeignet, die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine nationale Verjährungsfrist von drei Jahren angemessen (vgl. u.a. Urt. Aprile, Rn 19, und EuGH, BeckRS 2004. 77628 Rn 35 - Marks & Spencer).

Es ist Sache des nationalen Gerichts unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Ereignisse des Ausgangsverfahrens im Hinblick auf den Grundsatz der Effektivität zu prüfen, ob die analoge Anwendung der Frist des § 852 I BGB a.F. auf Ersatzansprüche für Schäden, die auf einen Verstoß des betreffenden Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht zurückzuführen sind, für den Einzelnen hinreichend vorhersehbar war.

Was ferner die Vereinbarkeit der analogen Anwendung dieser Frist mit dem Grundsatz der Gleichwertigkeit betrifft, ist es ebenfalls Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Ersatz von Schäden, die Einzelnen durch den Verstoß des betreffenden Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, wegen einer solchen analogen Anwendung nicht möglicherweise ungünstiger waren als diejenigen für den Ersatz vergleichbarer Schäden innerstaatlicher Natur.

Es könnte aber anzunehmen sein, dass der Lauf der Verjährungsfrist durch das von der Kommission am 27.03.1996 anhängig gemachte Vertragsverletzungsverfahren gehemmt werden muss, damit die Rechtsverfolgung nicht unnötig erschwert wird.

Ein Einzelner kann Schadensersatz nach den dafür im nationalen Recht vorgesehenen Verfahrensmodalitäten geltend machen, ohne ein den Verstoß des Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht feststellendes Urteil abwarten zu müssen. Folglich wird dem Einzelnen die Ausübung der ihm durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht dadurch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert, dass die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage nicht die Verjährung unterbricht oder hemmt.

Allerdings könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichwertigkeit darin zu sehen sein, dass das deutsche Recht die Unterbrechung (jetzt: Hemmung) der Verjährung bei paralleler Einlegung eines nationalen Rechtsbehelfs

nach § 839 BGB vorsehe und eine Klage nach Art. 226 EG einem solchen Rechtsbehelf gleichgestellt werden müsse.

Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Kommission im Rahmen der Zuständigkeiten, die ihr durch Art. 226 EG eingeräumt sind, kein Rechtsschutzinteresse nachzuweisen braucht (vgl. EuGH BeckRS 2004, 71904 Rn 15 - Kommission/Frankreich; EuGH, NVwZ 2003, 1231 Rn 29 Kommission/Deutschland). Der Kommission fällt nämlich kraft ihres Amtes die Aufgabe zu, die Ausführung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten im allgemeinen Interesse zu überwachen und etwaige Verstöße gegen die sich hieraus ergebenden Verpflichtungen feststellen zu lassen, damit sie abgestellt werden (vgl. Urt. Kommission/Frankreich, Rn. 15. und v. 10.04.2003, Kommission/Deutschland, Rn. 29).

Art. 226 EG soll also nicht die eigenen Rechte der Kommission schützen (EuGH, BeckRS 2005, 70408 Rn 16 und die dort angeführte Rspr. - Kommission/Griechenland). Die Kommission verfügt demnach in dieser Hinsicht über ein Ermessen, das ein Recht Einzelner, von ihr eine Stellungnahme in einem bestimmten Sinn zu verlangen, ausschließt (vgl. Urt. EuGH, BeckRS 2004, 72605 Rn 11 - Star Fruit/Kommission).

Somit ist festzustellen, dass bei einer nationalen Regelung, die keine Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung des Staatshaftungsanspruchs wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht vorsieht, wenn die Kommission ein Verfahren nach Art. 226 EG anhängig gemacht hat, der Grundsatz der Gleichwertigkeit gewahrt ist.

## **II. Beginn der Verjährungsfrist**

Dass die Verjährungsfrist des nationalen Rechts zu laufen beginnt, wenn die ersten Schadensfolgen eingetreten sind, obschon weitere Schadensfolgen absehbar sind, kann die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte ebenfalls nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Aus der Vorlageentscheidung geht nämlich hervor, dass die in dieser Rechtssache fragliche Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnen kann, wenn der Verletzte vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Unter solchen Umständen ist es also nicht möglich, dass sich ein Geschädigter in der Lage befindet, dass die Verjährungsfrist zu laufen beginnt oder sogar schon abgelaufen ist, ohne dass er überhaupt weiß, dass er einen Schaden erlitten hat, wie dies in der Rechtssache, in der das Urteil Manfredi u.a. (EuGH, EuZW 2006, 529) ergangen ist, hätte der Fall sein können.

Daher ist auf die vierte Frage zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht es nicht verwehrt, die Verjährungsfrist für einen Staatshaftungsanspruch wegen fehlerhafter Umsetzung einer Richtlinie zu dem Zeitpunkt in Lauf zu setzen, in dem die ersten Schadensfolgen der fehlerhaften Umsetzung eingetreten und weitere Schadensfolgen absehbar sind, selbst wenn dieser Zeitpunkt vor der ordnungsgemäßen Umsetzung dieser Richtlinie liegt.

## **III. Vorrang des Primärrechtsschutzes (Subsidiarität)**

Nach deutschem Recht (§ 839 III BGB) muss der Geschädigte alles Zumutbare tun, um den Schaden durch Gebrauch von Rechtsmitteln abzuwenden. Fraglich ist, ob dieser Grundsatz auch auf den gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruch angewendet werden kann.

Zur Inanspruchnahme der zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten hat der Gerichtshof in Rn 84 des Urteils *Brasserie du pecheur und Factortame* bei der Frage der Haftung eines Mitgliedstaats wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht festgestellt, dass das nationale Gericht prüfen kann, ob sich der Geschädigte in angemessener Form um die Verhinderung des Schadenseintritts oder um die Begrenzung des Schadensumfangs bemüht hat und ob er insbesondere rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat.

Nach einem allgemeinen, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsatz muss sich nämlich der Geschädigte in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Schaden selbst tragen zu müssen (EuGH, NJW 1993, 316 Rn 33, und Urt. *Brasserie du pecheur und Factortame*, Rn 85).

Jedoch widerspräche es dem Grundsatz der Effektivität, von den Geschädigten zu verlangen, systematisch von allen ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen, selbst wenn dies zu übermäßigen Schwierigkeiten führen würde oder ihnen nicht zugemutet werden könnte.

Zur Zumutbarkeit der Verpflichtung, von den zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen, obwohl eine Vertragsverletzungsklage beim Gerichtshof anhängig ist, genügt die Feststellung, dass das Verfahren nach Art. 226 EG völlig unabhängig von den nationalen Verfahren ist und diese nicht ersetzt. Wie bei der Beantwortung der dritten Frage ausgeführt, stellt eine Vertragsverletzungsklage nämlich eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle im Allgemeininteresse dar. Auch wenn das Ergebnis einer solchen Klage Individualinteressen dienen kann, bleibt es für den Einzelnen gleichwohl zumutbar, den Schaden mit Hilfe aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel, also auch durch die Inanspruchnahme der verfügbaren Rechtsschutzmöglichkeiten, abzuwenden.

Daher ist auf die fünfte Frage zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht der Anwendung einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der ein Einzelner keinen Ersatz für einen Schaden verlangen kann, bei dem er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, ihn durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, vorausgesetzt, dass der Gebrauch dieses Rechtsmittels dem Geschädigten zumutbar ist; es ist Sache des vorliegenden Gerichts, dies anhand aller Umstände des Ausgangsrechtsstreits zu prüfen. Die Wahrscheinlichkeit, dass das nationale Gericht nach Art. 234 EG ein Vorabentscheidungsersuchen stellt, oder eine beim Gerichtshof anhängige Vertragsverletzungsklage lassen für sich genommen nicht den Schluss zu, dass der Gebrauch eines Rechtsmittels unzumutbar ist.

Gericht: OVG Bautzen	<b>Obliegenheiten des Prüflings bei Mängeln während des Examens</b>	VwGO § 91
Aktenzeichen: 4 B 400/08		
Datum: 26.05.2009		

	<p>1. Ein Prüfling, der sich durch äußere Umstände bei einer Prüfung gestört fühlt, hat dies unverzüglich der Prüfungsaufsicht mitzuteilen.</p> <p>2. Wird der gerügte Mangel nicht oder nicht hinreichend beseitigt oder ausgeglichen, hat der Prüfling zur Wahrung seiner Rechte unverzüglich schriftlich beim Landesjustizprüfungsamt einen Antrag auf Beseitigung des Mangels, insbesondere auf Wiederholung der Prüfungsleistung zu stellen.</p>
---	---

§ 10 II 1 SächsJAPO bestimmt, dass ein Antrag nach Abs. 1 unverzüglich schriftlich beim Landesjustizprüfungsamt zu stellen ist. Nach § 10 II 3 SächsJAPO ist die Geltendmachung ausgeschlossen, wenn seit dem Abschluss des Teils des Prüfungsverfahrens, der mit dem Mangel behaftet war, ein Monat verstrichen ist. Damit bringt § 10 SächsJAPO zum Ausdruck, dass ein Prüfling, der sich durch äußere Umstände bei einer Prüfung gestört fühlt, dies unverzüglich der Prüfungsaufsicht mitzuteilen hat, wird der gerügte Mangel nicht oder nicht hinreichend beseitigt oder ausgeglichen, hat er zur Wahrung seiner Rechte unverzüglich schriftlich beim Landesjustizprüfungsamt einen Antrag auf Beseitigung des Mangels, insbesondere auf Wiederholung der Prüfungsleistung zu stellen. § 10 II 3 SächsJAPO kommt die Bedeutung zu, dass ein Antrag nach Abs. 2 Satz 1 nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg gestellt werden kann, wenn seit dem Abschluss des - möglicherweise mangelbehafteten - Prüfungsteils (schriftliche oder mündliche Prüfung) ein Monat verstrichen ist. Eine solche Fristversäumung führt zur Präklusion dahin, dass der Kandidat sich in diesem Fall auf den behaupteten Verfahrensfehler nicht mehr berufen kann (vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 16. 8. 2006 - 9 S 675/06, BeckRS 2006 25522, zu der mit § 10 SächsJAPO vergleichbaren Vorschrift des § 24 II 3 und 4 JAPrO sowie OVG Münster, Beschl. v. 9. 10. 2008 - 14 A 3388/07, BeckRS 2008 39956, zu § 13 IV 3 JAG).

Anzeige \_\_\_\_\_

	<h2>Assessorkurse von <i>Jura Intensiv</i></h2> <p><u><a href="#">Anfang März 2010 beginnen in Frankfurt und Gießen die neuen Assessorkurse. Kursbeginn in Mainz und Heidelberg ist im April 2010. Alle Infos auf unserer Homepage.</a></u></p>
---	---

## Arbeitsrecht

Gericht: BVerwG	<b>Arbeitnehmer in Elternzeit sind bei Betriebsstilllegungen ungeschützt</b>	<b>BEEG § 18 I 1</b>
Aktenzeichen: 5 C 32.08		
Datum: 30.09.2009		

	Soll einem Arbeitnehmer in Elternzeit wegen der Stilllegung des Betriebs gekündigt werden, so muss die für den Arbeitsschutz zuständige Behörde einem Antrag auf Zulassung der Kündigung in aller Regel stattgeben. Der Antrag kann insbesondere nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass dem Arbeitnehmer während der Elternzeit eine beitragsfreie Weiterversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung ermöglicht werden solle.
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger ist der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Aktiengesellschaft. Eine bei der Aktiengesellschaft beschäftigte Arbeitnehmerin hatte im Dezember 2006 mitgeteilt, dass sie im Januar 2007 ein Kind erwarte und nach Beendigung des Mutterschutzes drei Jahre Elternzeit in Anspruch nehme. Ende 2006 wurde über das Vermögen der Aktiengesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet.

Im Februar 2007 beantragte der Kläger beim beklagten Freistaat Bayern, die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin für zulässig zu erklären. Der Beklagte genehmigte die Kündigung lediglich mit der Einschränkung, dass sie erst zum Ende der Elternzeit oder frühestens zum Zeitpunkt der Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister wirksam werden dürfe. Er begründete seine Entscheidung damit, dass der Arbeitnehmerin während der Elternzeit eine beitragsfreie Weiterversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung ermöglicht werden solle.

Die hiergegen gerichtete Klage wies das VG München. Das BVerwG hob diese Entscheidung auf und verpflichtete den Beklagten, die Kündigung uneingeschränkt zuzulassen.

### **Lösung:**

Der Beklagte muss die Kündigung uneingeschränkt zulassen. Gemäß § 18 Abs.1 Satz 1 BEEG können Arbeitgeber Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die sich in Elternzeit befinden, zwar grundsätzlich nicht kündigen. Nach Satz 2 dieser Vorschrift kann die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde die Kündigung **in besonderen Fällen** aber ausnahmsweise für zulässig erklären. Ein solcher besonderer Fall liegt vor, wenn der Betrieb – wie hier – dauerhaft stillgelegt werden soll.

Der Beklagte hat das ihm in § 18 Abs. 1 BEEG eingeräumte Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Das Verbot von Kündigungen während der Elternzeit soll nicht etwa eine beitragsfreie Weiterversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung gewährleisten, sondern die Arbeitnehmer vor einem Verlust ihres Arbeitsplatzes schützen. Dieses Ziel kann aber bei einer dauerhaften Betriebsstilllegung nicht mehr erreicht werden.

# Karriereberatung und Karriereplanung

vermittelt durch *JuCon* und *Jura Intensiv*

**Sie planen eine Karriere in einer großen Kanzlei  
oder in einem Unternehmen?**

**Sie haben ein überdurchschnittlich gutes 1. Examen  
sowie gute bis sehr gute Englischkenntnisse?**

**Dann ist unser neues Karriere-Projekt genau  
das richtige Angebot für Sie!**

Der juristische Arbeitsmarkt ist für den Referendar und für den Berufseinsteiger kaum noch zu überschauen. Die Vielzahl an Kanzleien mit ihren unterschiedlichen Ausrichtungen und Spezialisierungen und den unterschiedlichen Unternehmensphilosophien machen es schwer, die individuell „richtige“ Kanzlei zu finden.

Deshalb sind wir eine Kooperation mit einer Personalberatung eingegangen, die sich auf Juristen spezialisiert hat, um Sie bei Ihrer Karriereplanung und Ihrem Berufseinstieg zu unterstützen.

**Geeigneten Teilnehmern des Assessorkurses von *Jura Intensiv* bietet die Personalberatung auf unsere Vermittlung hin völlig kostenfrei:**

- **Eine langfristige Karriereplanung. Finden Sie die Ausbildungsstationen, die Ihren Lebenslauf abrunden.**
- **Einen Überblick über die Perspektiven und Chancen am Arbeitsmarkt.**
- **Einen gelungenen Einstieg in das Berufsleben durch die richtige Auswahl des auf Sie und Ihre Ziele und Wünsche passenden Arbeitgebers.**

**Schicken Sie Ihre Bewerbungsunterlagen als PDF-Datei an: [info@jucon-online.net](mailto:info@jucon-online.net)**

Ihre Unterlagen enthalten bitte nur das Zeugnis des 1. (und evtl. gar 2.) Examins, Nachweise über Promotion bzw. LLM und ein kurzes Anschreiben, in welchem Sie kurz Ihren bisherigen Werdegang und Ihre beruflichen Ziele bzw. Optionen beschreiben.