RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 05/2011

Öffentliches Recht

Grundrechtlicher Schutz von Hyperlinks 255
VA-Befugnis bei Rückforderung unionsrechtswidriger Subventionen 260
Keine Aufwandsentschädigung für inaktives Ratsmitglied 263
Gebietsgewährleistungsanspruch im Gewerbegebiet 266

Zivilrecht

Verzugseintritt bei selbstschuldnerischer Bürgschaft 270
Zum Spannungsverhältnis von Deliktsrecht und Art. 8 I GG 274
Meistbegünstigungstheorie und Rechtswegzuständigkeit 278
Beweislast für Fehlschlagen der Nacherfüllung 280

Strafrecht

Vermögensverlust großen Ausmaßes bei mehreren Geschädigten 283
Keine Bewertungseinheit von Urkunden- und Wahlfälschung 287
Notwehr bei wechselseitigen Angriffen 291

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: Polizeifestigkeit von Vorfeldmaßnahmen (“Papamobil”) 295
Zivilrecht: Leasingvertrag 304
Strafrecht: Zur Zuneigungs- und Bereicherungsabsicht 308

Literaturauswertung

. 321

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: Meinungsfreiheit Problem: Schutz von Hyperlinks

BGH, URTEIL VOM 14.10.2010
I ZR 191/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte der BGH zu entscheiden, ob und in welchem Umfang Hyperlinks am Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit teilnehmen. Konkret hatte ein Verlag eine Abmahnung kassiert, weil er in seinem Online-Auftritt auf Software zur Umgehung von Kopierschutzmechanismen bei CDs und DVDs verlinkt hatte.

A. Ausgangspunkt war ein Anspruch der klagenden Rechteinhaber aus § 823 II BGB i.V.m. § 95a III UrhG auf Unterlassen des Setzens der Hyperlinks. Ein solcher setzt voraus, dass das Handeln des beklagten Verlages rechtswidrig war. Eine Rechtfertigung könnte es jedoch durch die Meinungs- und Pressefreiheit erfahren, die - vom BGH unausgesprochen - über die Generalklauseln des Zivilrechts auch unter Privaten mittelbar gilt.

B. Der BGH meint, Hyperlinks fielen regelmäßig unter die Meinungs- und Pressefreiheit, weil sie sich nicht in ihrer rein technischen Funktion erschöpfen, die Auffindbarkeit der verlinkten Seite zu erleichtern, sondern den Zugang zu weiteren Informationen eröffnen. Das Gericht zieht insoweit den Vergleich mit einer Fußnote. Ähnlich wie diese seien Hyperlinks - so wörtlich "in die Beiträge und in die in ihnen enthaltenen Stellungnahmen als Belege und ergänzende Angaben eingebettet und werden schon aus diesem Grund nicht nur vom Gewährleistungsgehalt der Pressefreiheit, sondern auch von der Meinungsfreiheit erfasst".

C. Danach war eine ausgleichende Abwägung der Meinungs- und Pressefreiheit mit den Interessen der betroffenen Rechteinhaber notwendig. Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass nach dieser dem Setzen eines Hyperlinks nichts im Wege stünde, da sich einerseits die Folgen für die Betroffenen in engen Grenzen hielten (die verlinkten Seiten wären auch über Google o.ä. leicht zu finden gewesen) und andererseits das Informationsinteresse der Öffentlichkeit bei einem so populären Thema wie Kopierschutz von digitalen Medien erhebliches Gewicht habe.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil ist bahnbrechend zur umstrittenen Diskussion des Schutzes von Hyperlinks über Art. 5 I 1, 2 GG. Allerdings enthält es aus öffentlich-rechtlicher Sicht für die Bearbeitung von Examensklausuren zwei unschöne Ungenauigkeiten:

A. Der BGH meint, Meinungs- *und* Pressefreiheit seien hier betroffen. Zur Stützung dieser Ansicht beruft sich das Gericht explizit auf BVerfG, NJW-RR 2010, 470. Dort steht aber das genaue Gegenteil. Dies überrascht nicht, denn das BVerfG trennt seit jeher stets sauber zwischen Meinungs- und Pressefreiheit (vgl. Vertiefungshinweise). Zitat aus BVerfG, a.a.O. Rn 58 ff.:

"Die angegriffene Verurteilung zur Unterlassung ist vorrangig an der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG zu messen. [...] Zum von Art. 5 I 1 GG geschützten Kommunikationsprozess kann auch die Mitteilung einer fremden Meinung oder Tatsachenbehauptung zählen, und zwar auch dann, wenn der Mitteilende sich diese weder zu eigen macht noch sie in eine eigene Stellungnahme einbindet, sondern die fremde Äußerung lediglich verbreitet.[...] Ob daneben auch der Schutzbereich der Pressefreiheit betroffen ist, kann offenbleiben. Handelt es sich - wie hier - um die Frage, ob eine bestimmte Äußerung zulässig ist, insbesondere ob ein Dritter eine für ihn nachteilige Äußerung hinzunehmen hat, ist ungeachtet des Verbreitungsmediums Art. 5 I 1 GG einschlägig. Etwas anderes mag gelten, soweit ein Presseunternehmen lediglich Äußerungen eines Dritten veröffentlicht und hierbei keine eigene Meinung äußert, wie es bei der Veröffentlichung von Werbeanzeigen der Fall ist (vgl. BVerfGE 21, 271 [278f.] = NJW 1967, 976). In diesem Fall ist von einer Untersagung der Veröffentlichung zwar nicht die Meinungsfreiheit des Presseorgans betroffen, jedoch kann es sich auf die Pressefreiheit berufen, welche den Schutz, den die Äußerung des Dritten durch die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG genießt, einschließt (vgl. BVerfGE 102, 347 [359] = NJW 2001, 591). Eines solchen Rückgriffs auf die Pressefreiheit bedarf es aber allenfalls dann, wenn die Veröffentlichung des Presseunternehmens eines Elements des eigenen Meinens oder des meinungsbezogenen Behauptens entbehrt und sich auf die bloße technische Verbreitung der Äußerungen Dritter beschränkt."

Fazit: Es heißt nach BVerfG also nicht *und*, sondern *entweder - oder*.

B. Der BGH setzt Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 I 1, 2 GG mit den Grundrechten auf freie Meinungsäußerung und auf freie Berichterstattung aus Art. 11 I, II der EU-Grundrechtecharta gleich, ja prüft deren Schutzbereiche und die Rechtfertigung sogar zusammen. Dies dürfte jedenfalls in einer Examensklausur nicht zu empfehlen sein. Zum ersten wird sich kaum einmal eine solche Notwendigkeit ergeben (ließe man den Fall bspw. vor dem BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde spielen, prüfte das BVerfG nur Art. 5 GG; wäre Klausurgegenstand ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH nach Art. 267 AEUV, prüfte dieser nur Art. 11 EU-Grundrechtecharta). Zum zweiten unterscheiden sich die Schutzbereiche und Rechtfertigungsanforderungen nicht unerheblich (man denke nur daran, dass Art. 5 II GG als Schranke ein "allgemeines Gesetz" fordert, Art. 11 EU-Grundrechtecharta aber nicht). Es gilt daher selbst im Fall der Fälle: Jedes Grundrecht getrennt prüfen! Es ist das wesentlich kleinere Übel, einmal mehr auf oben zu verweisen, als alle Dogmatik in einem Einheitsbrei zu versenken.

Vertiefungshinweise:

❑ Vorinstanzen: OLG München, GRUR-RR 2009, 85 = MMR 2009, 118; LG München I, GRUR-RR 2008, 237 = MMR 2008, 192

❑ Einstweiliges Verfügungsverfahren in dieser Sache: *LG München I*, CR 2008, 186 = MMR 2008, 192

❑ Zur Abgrenzung von Meinungs- und Pressefreiheit: *BVerfGE* 85, 1 [12f.]; 95, 28 [34]; 97, 391 [400]; *BVerfG*, NJW-RR 2000, 1209; NVwZ 1997, 261; NZA 1999, 837

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Soldaten sind Mörder"

Leitsatz:

Sind in einem im Internet veröffentlichten, seinem übrigen Inhalt nach dem Schutz der Presse- und Meinungsfreiheit unterfallenden Beitrag elektronische Verweise (Links) auf fremde Internetseiten in der Weise eingebettet, dass sie einzelne Angaben des Beitrags belegen oder diese durch zusätzliche Informationen ergänzen sollen, so werden auch diese Verweise von der Presse- und Meinungsfreiheit umfasst.

Sachverhalt:

Die Klägerinnen sind Inhaberinnen von Bild- und Tonträgerrechten an CDs und DVDs. Der beklagte Verlag bringt unter anderem die Zeitschrift c't heraus und betreibt unter der Internetadresse www.heise.de den Nachrichtendienst "heise online".

Am 19. Januar 2005 veröffentlichte der Beklagte einen Artikel in "heise online", in dem auf das Produkt "AnyDVD" des in Antigua ansässigen Herstellers SlySoft hingewiesen wurde. Bei "AnyDVD" handelt es sich um einen Kopierschutzknacker. Der Artikel enthielt neben einem Interview mit dem Inhaber von SlySoft detaillierte Angaben darüber, welche Kopierschutzmechanismen mit "AnyDVD" überwunden werden können, sowie einen Hyperlink auf die Internet-Seiten von Slysoft, auf denen - nach automatischer Weiterleitung auf die deutschen Seiten der Gesellschaft - "AnyDVD" zum Download angeboten wurde. Unter dem Artikel fand sich folgender Hinweis:

"AnyDVD ist ein Treiber, der im Hintergrund automatisch und unbemerkt eingelegte DVD-Filme entschlüsselt. Für das Betriebssystem und alle Programme scheint diese DVD niemals einen Kopierschutz oder Regionalcode-Beschränkungen gehabt zu haben. Mit Hilfe von AnyDVD sind somit auch DVD-Kopierprogramme wie CloneDVD, Pinnacle InstantCopy, Intervideo DVDCopy u.a. in der Lage, kopiergeschützte DVD-Filme zu verarbeiten. AnyDVD entschlüsselt aber nicht nur DVDs: AnyDVD ermöglicht auch das Abspielen, Kopieren und Rippen kopiergeschützter Audio-CDs!"

Mit E-Mail vom 20. Januar 2005 wandten sich die anwaltlichen Vertreter der Klägerinnen an den Beklagten und forderten ihn zur Unterlassung des Links auf die Seite von SlySoft auf, wobei sie auf die Rechtswidrigkeit des Programms AnyDVD hinwiesen. Nachdem der Justiziar des Beklagten jegliche Änderung des Artikels abgelehnt hatte, forderten die Klägerinnen den Beklagten mit Schreiben vom 28. Januar 2005 zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Der Beklagte veröffentlichte noch am selben Tag in "heise online" einen unter dem Titel "Musikindustrie mahnt heise online wegen Bericht über Kopiersoftware ab" einen Beitrag über die Abmahnung, in dem deren Geschichte nacherzählt und die Abmahnung inhaltlich zurückgewiesen wurde. In dem Beitrag wurde erneut ein Link auf den Artikel vom 19. Januar 2005 gesetzt, der seinerseits weiterhin den Link auf den Internetauftritt von SlySoft enthielt.

Am 9. Februar 2005 veröffentlichte der Beklagte einen weiteren Beitrag in "heise online" zu "AnyDVD" und "CloneCD", einem weiteren Produkt von Skysoft, die er darin als Programme zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen bezeichnete, wobei er in den Beitrag erneut einen Link auf den Internetauftritt von SlySoft aufnahm.

Die Klägerinnen haben - zunächst mit Erfolg im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung - beantragt, dem Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verbieten, den Bezug

der Software "AnyDVD" durch das Setzen eines Hyperlinks auf einen Internetauftritt der Herstellerfirma, auf dem diese Software zum Download angeboten wird, zu ermöglichen. Auch im Hauptsacheverfahren obsiegten die Klägerinnen vor dem LG München I und dem OLG München. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des Berufungsgerichts

[8] Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerinnen könnten vom Beklagten jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Teilnehmerhaftung gemäß § 823 Abs. 2, § 830 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 95a Abs. 3 UrhG Unterlassung des mit dem Klageantrag beanstandeten Verhaltens verlangen. Zur näheren Begründung hat es ausgeführt:

I. Verstoß gegen das UrhG durch die verlinkte Internetseite

[9] Der Internetauftritt von SlySoft, zu dem der beanstandete Link geführt habe, habe gegen § 95a Abs. 3 UrhG verstoßen. Die Regelung des § 95a Abs. 3 UrhG stelle ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB dar. Die Verbreitung des Programms AnyDVD sei durch § 95a Abs. 3 UrhG verboten.

II. Deliktisches Verhalten durch Setzen des Hyperlinks

[10] Der Beklagte habe den Verstoß von SlySoft durch den beanstandeten Link gefördert, weil er den Lesern des Artikels den Zugang zum rechtswidrigen Internetauftritt von SlySoft erleichtert habe, von dem AnyDVD habe heruntergeladen werden können. Angesichts der automatischen Weiterleitung zu der deutschsprachigen Seite des Auftritts mit der Adresse www.slysoft.com/de sei es unerheblich, dass der Beklagte den Link lediglich auf die Adresse www.slysoft.com gesetzt habe.

[11] Ohne Bedeutung sei auch, dass die Leser des Artikels den Internetauftritt von SlySoft unter Zuhilfenahme der bloßen Nennung dieses Unternehmens, die ohne Link als Berichterstattung zulässig sei, durch eigene Maßnahmen selbst hätten auffinden können. Dass eine rechtswidrige Haupttat auch ohne den Beihilfebeitrag erfolgen könnte, lasse den Unterstützungscharakter der tatsächlich erfolgten Gehilfenhandlung nicht entfallen.

III. Vorsatz

[12] Der Beklagte habe bei der Linksetzung mit Teilnehmervorsatz gehandelt. Er habe selbstverständlich gewusst, dass er seinen Lesern durch den Link die Zugangsmöglichkeit zum Internetauftritt von SlySoft erleichterte. Der Beklagte habe auch gewusst, dass SlySoft das Programm AnyDVD per Download über das Internet verbreitete und deren Internetauftritt dem Vertrieb diente. Die Rechtswidrigkeit des Angebots sei dem Beklagten bekannt gewesen. Die Teilnehmerhaftung des Beklagten sei jedenfalls dadurch begründet worden, dass er nach der Abmahnung mit den Beiträgen vom 28. Januar und 9. Februar 2005 weiterhin einen Link auf den Internetauftritt von SlySoft gesetzt habe.

IV. Rechtswidrigkeit

[13] Die Unterstützung der rechtswidrigen Handlungen von SlySoft durch den Beklagten sei nicht als Pressetätigkeit durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gerechtfertigt. Im Streitfall könne zwar im Hinblick auf die distanzierenden und kommentierenden Ausführungen in dem Artikel des Beklagten nicht davon ausgegangen werden, dass er sich durch die Linksetzung die Aussagen von SlySoft in dem verlinkten Internetauftritt habe zu eigen machen wollen. Die Regelung des § 95a Abs. 3 UrhG sowie die Grundsätze der Teilnehmerhaftung stellten jedoch einschränkende allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG dar. Bei der danach gebotenen Abwägung der gegenläufigen grundrechtlichen Belange unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Streitfalls sei ausschlaggebend, dass der Beklagte in Kenntnis der Rechtswidrigkeit des SlySoft-Angebots und damit vorsätzlich gehandelt habe. Jedenfalls wenn Verletzungen urheberrechtlicher Schutzgesetze gewerbsmäßig und in erheblichem Umfang erfolgten, rechtfertigten weder der grundrechtliche Schutz der Medien im Allgemeinen noch die besondere Bedeutung der Linksetzung für den Online-Journalismus eine vorsätzliche Unterstützung der Rechtsverletzung.

B. Entscheidung des BGH

[14] Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg; sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die beanstandeten Handlungen des Beklagten seien nicht durch das Recht des Beklagten auf freie Meinungsäußerung und freie Presseberichterstattung gerechtfertigt, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. [...]

[20] Die Vorschrift des § 95a UrhG beruht auf Art. 6 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. Nach Art. 8 Abs. 1 dieser Richtlinie haben die Mitgliedstaaten bei Verletzungen der in der Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten angemessene Sanktionen und Rechtsbehelfe vorzusehen und alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um deren Anwendung sicherzustellen. Die betreffenden Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Bei der Aus-

legung der Richtlinie sowie des ihrer Umsetzung dienenden nationalen Rechts (§ 95a UrhG) sind nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechtecharta die in dieser niedergelegten Grundrechte zu beachten (vgl. EuGH, Urteil vom 20. Mai 2003 - C-465/00, Slg. 2003, I-4989 = EuGRZ 2003, 232 Rn. 68, 80 - Rechnungshof/Österreichischer Rundfunk u.a.; BVerfK 10, 153 = GRUR 2007, 1064 Rn. 20; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 51 Rn. 16). Die Grundrechte auf freie Meinungsäußerung und auf freie Berichterstattung (Art. 11 Abs. 1 und 2 EU-Grundrechtecharta) dürfen nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden (vgl. Jarass aaO Art. 11 Rn. 19, 42 mwN).

I. Eingriff in den Schutzbereich

1. Definition des Schutzbereichs

[21] Der Schutz der Pressefreiheit umfasst ebenso wie der Schutz der Meinungsfreiheit das Recht, den Gegenstand einer Berichterstattung frei zu wählen. Inhalt und Qualität der vermittelten Information oder Meinung sind für die Anwendung von Art. 11 EU-Grundrechtecharta ohne Belang (vgl. EuGH, Urteil vom 6. März 2001 - C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 = DVBl 2001, 716 Rn. 39 - Connolly/Kommission; Jarass aaO Art. 11 Rn. 8 mwN). Es ist daher insbesondere nicht Aufgabe der Gerichte zu entscheiden, ob ein bestimmtes Thema überhaupt berichtenswert ist oder nicht (vgl. EGMR, NJW 2000, 1015 Rn. 63; vgl. zu Art. 5 GG BVerfG(Kammer), NJW 2001, 1921, 1922; AfP 2010, 365 Rn. 29). Der Grundrechtsschutz umfasst die Meinungs- und Pressefreiheit in sämtlichen Aspekten. Er erstreckt sich nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Form der Meinungsäußerung oder Berichterstattung (vgl. Jarass aaO Art. 11 Rn. 10 mwN; zu Art. 5 GG BVerfGE 93, 266, 289 = NJW 1995, 3303); zum Recht auf freie Presseberichterstattung gehört gleichfalls neben der inhaltlichen die formale Gestaltungsfreiheit (vgl. EGMR, NJW 2000, 1015 Rn. 63; zu Art. 5 GG vgl. BVerfGE 97, 125, 144; BVerfG, NJW 2000, 1021, 1024 mwN).

2. Subsumtion

[22] Der beanstandete Link in den Beiträgen des Beklagten auf die Internetseite von SlySoft gehört in diesem Sinne zum nach Art. 11 EU-Grundrechtecharta, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG geschützten Bereich der freien Berichterstattung. Er beschränkt sich nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, auf eine bloß technische Erleichterung für den Aufruf der betreffenden Internetseite. Wie auch das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, erschließt ein Link vergleichbar einer Fußnote zusätzliche Informationsquellen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 - I ZR 259/00, BGHZ 156, 1, 15 - Paperboy). Indem das Berufungsgericht diesen informationsverschaffenden Charakter des Links auf der einen Seite und seine in der Erleichterung des Aufrufs der verlinkten Internetseite bestehende technische Funktion auf der anderen Seite als zwei gesondert zu würdigende Aspekte betrachtet, berücksichtigt es nicht hinreichend, welche Bedeutung den vom Beklagten gesetzten Links auf fremde Internetseiten nach dem Gesamteindruck der beanstandeten Beiträge vom 19. und 28. Januar sowie vom 9. Februar 2005 für das Recht auf freie Berichterstattung zukommt.

[23] Die in dem Beitrag vom 19. Januar 2005 verwendeten Links sollen, wie für den Leser schon aus dem Beitrag selbst ersichtlich ist, weitere Informationen über das Unternehmen SlySoft, über UnCDs, die in dem Beitrag genannten Kopierschutzprogramme ARccOS und Settec Alpha-DVD sowie über die Regelung des § 95a UrhG zugänglich machen. Sie dienen im Zusammenhang des gesamten Beitrags damit entweder als Beleg für einzelne ausdrückliche Angaben oder sollen diese durch zusätzliche Informationen ergänzen. Dasselbe gilt für die Links in den Beiträgen vom 28. Januar und 9. Februar 2005. So wird beispielsweise in dem Beitrag vom 9. Februar 2005 mit dem Link auf die Vereinbarung zwischen der DDB und dem Bundesverband der phonographischen Wirtschaft sowie dem Börsenverein des deutschen Buchhandels nicht nur belegt, dass eine solche Vereinbarung tatsächlich geschlossen worden ist, sondern es wird ergänzend deren genauer Inhalt zugänglich gemacht. Dieselbe Funktion haben in diesem Beitrag die Links auf den von den Klägerinnen beanstandeten Beitrag vom 19. Januar 2005 und auf deren dagegen gerichtete Abmahnung.

[24] Die Links in den Beiträgen des Beklagten erschöpfen sich demnach nicht in ihrer technischen Funktion, den Aufruf der verlinkten Seiten zu erleichtern. Sie sind vielmehr in die Beiträge und in die in ihnen enthaltenen Stellungnahmen als Belege und ergänzende Angaben eingebettet und werden schon aus diesem Grund nicht nur vom Gewährleistungsgehalt der Pressefreiheit, sondern auch von der Meinungsfreiheit erfasst (vgl. dazu BVerfG, NJW-RR 2010, 470 Rn. 58 f.).

Der vom Berufungsgericht angeführte Umstand, dass die durch die Linksetzung zugänglich gemachten Informationen auch im Wege der (ausdrücklichen) Berichterstattung vermittelt werden könnten, also auch durch unmittelbare Wiedergabe in dem entsprechenden Beitrag, steht dem nicht entgegen, da - wie dargelegt - zum einen der Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit auch die äußere Form der Berichterstattung umfasst und es zum anderen wegen des Selbstbestimmungsrechts des jeweiligen Grundrechtsträgers diesem überlassen bleiben muss, welche Form der Gestaltung er für seine Berichterstattung wählt. Auch die

Entscheidung darüber, ob weitere Angaben über ein Unternehmen und die Produkte (hier: SlySoft), über seine in einem grundsätzlich in den Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit fallenden Beitrag berichtet wird, ausdrücklich in den Beitrag aufgenommen oder mit Hilfe eines Links auf die Internetseite dieses Unternehmens zugänglich gemacht werden, genießt folglich den Grundrechtsschutz.

II. Rechtfertigung

[25] Die Interessenabwägung des Berufungsgerichts kann schon aus diesem Grund keinen Bestand haben. Sie ist darüber hinaus aus Rechtsgründen zu beanstanden, weil das Berufungsgericht dem Umstand, dass der Beklagte Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Angebots der SlySoft hatte, ein zu großes Gewicht beigemessen hat.

1. Verbreitungsinteresse trotz rechtswidrigen Äußerungsgegenstands

[26] Der Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit umfasst auch Informationen, die Dritte beleidigen, aus der Fassung bringen oder sonst stören können (vgl. EuGH, Urteil vom 6. März 2001 - C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611 = DVBl 2001, 716 Rn. 39 - Connolly/Kommission; EGMR, NJW 2000, 1015 Rn. 62). Grundsätzlich darf daher auch über Äußerungen, durch die in rechtswidriger Weise Persönlichkeitsrechte Dritter beeinträchtigt worden sind, trotz der in der Weiterverbreitung liegenden Perpetuierung oder sogar Vertiefung des Ersteingriffs berichtet werden, wenn ein überwiegendes Informationsinteresse besteht und der Verbreiter sich die berichtete Äußerung nicht zu eigen macht (vgl. EGMR, NJW 2000, 1015 Rn. 59 ff.; vgl. zu Art. 5 GG BVerfGK 10, 153; BVerfG, NJW 2004, 590, 591). Ein solches überwiegendes Informationsinteresse kann auch gegeben sein, wenn die Berichterstattung eine unzweifelhaft rechtswidrige Äußerung zum Gegenstand hat (vgl. BVerfGK 10, 153 = GRUR 2007, 1064 Rn. 19), also gegebenenfalls selbst dann, wenn dem Verbreiter die Rechtswidrigkeit des Vorgangs bekannt ist, über den er berichtet. Dem wird die Würdigung des Berufungsgerichts nicht gerecht, das dem Umstand, dass der Beklagte Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Angebots der SlySoft hatte, unabhängig von der Schwere des Eingriffs in die urheberrechtlichen Befugnisse der Kl. auf der einen und dem Gewicht des von dem Bekl. wahrgenommenen Informationsinteresses auf der anderen Seite eine für die Abwägung der widerstreitenden Interessen ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat.

2. Geringes Schadenspotenzial, da leichte anderweitige Auffindbarkeit der verlinkten Seiten im Internet

[27] Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang weiter darauf abgestellt, dass jedenfalls dann, wenn urheberrechtliche Schutzgesetze in einem erheblichen Umfang gewerbsmäßig verletzt würden, eine vorsätzliche Unterstützung der Rechtsverletzung durch eine Berichterstattung der vorliegenden Art nicht gerechtfertigt sei. Dabei hat es nicht hinreichend berücksichtigt, dass gerade die Schwere des in Frage stehenden Verstoßes ein besonderes Informationsinteresse begründen kann. Dem kann zwar auf der anderen Seite auch ein aus der Schwere des Verstoßes herrührendes besonderes Gewicht des Eingriffs in die grundrechtlich geschützten Positionen des von der Berichterstattung betroffenen Grundrechtsträgers entgegenstehen. Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht für die Berichterstattung des Beklagten als solche jedoch mit Recht angenommen, dass insoweit ein gegenüber dem damit verbundenen Eingriff in die urheberrechtlichen Interessen der Klägerinnen überwiegendes öffentliches Informationsinteresse bestanden hat. Dann ist aber nicht ersichtlich, dass der Eingriff in die urheberrechtlichen Befugnisse der Klägerinnen durch die Setzung des Links auf die Internetseite von SlySoft erheblich vertieft worden ist. Denn für den durchschnittlichen Internetnutzer war es bereits aufgrund der Angabe der Unternehmensbezeichnung SlySoft mit Hilfe von Suchmaschinen ohne weiteres möglich, den Internetauftritt dieses Unternehmens aufzufinden.

3. Hinweis auf Rechtswidrigkeit schwächt Folgen ab

[28] Die isolierte, allein auf die technische Funktion des Links abstellende Beurteilung des Berufungsgerichts lässt ferner außer Acht, dass in den Beiträgen des Beklagten deutlich auf die Rechtswidrigkeit des Angebots von SlySoft hingewiesen worden ist. Das Berufungsgericht hat insoweit für den Beitrag vom 19. Januar 2005 rechtsfehlerfrei festgestellt, dort sei für den Leser unmissverständlich ausgedrückt, dass das Angebot von AnyDVD rechtswidrig sei. Für die Beiträge vom 28. Januar und 9. Februar 2005 ergibt sich dies mit derselben Deutlichkeit schon aus dem dort geschilderten Vorgehen der Klägerinnen gegen den Beklagten. Dem Leser der Beiträge des Beklagten, der den dort gesetzten Link zum Internetauftritt von SlySoft nutzt, ist demnach bewusst, dass das auf den aufgerufenen Seiten der SlySoft von dieser beworbene Angebot jedenfalls vom Beklagten und den angeführten Unternehmen der Musikindustrie als rechtswidrig angesehen wird. Auch wegen dieser mit den Beiträgen des Beklagten verbundenen Warnfunktion kommt der Setzung des Links bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein ausschlaggebendes Gewicht zu. [...]

III. Ergebnis

[31] Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Standort: Subventionsrecht Problem: Rückforderung bei Unionsrechtswidrigkeit

OVG WEIMAR, URTEIL VOM 29.06.2010
3 KO 524/08 (DVBL 2011, 242)

Problemdarstellung:

Der Klägerin war in Form eines Darlehens eine Subvention gewährt worden, die gegen EU-Recht verstieß. Sie hatte bei der Beklagten auf amtlichem Formular um eine Darlehensgewährung ersucht; das Darlehen war ihr von ihrer Hausbank schließlich bewilligt worden, weil die Beklagte Haftungsgarantien abgab. Die Beklagte trat in vielfacher Form als Vermittlerin zugunsten der Klägerin gegenüber der Hausbank auf, eine förmliche Bewilligung der Subvention durch die Beklagte gegenüber der Klägerin im Form eines Verwaltungsakts hatte es jedoch nicht gegeben.

Gleichwohl nahm die Beklagte "ihre Bewilligungsentscheidung" durch Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurück und forderte nach freiwillig erfolgter Rückzahlung des Darlehens noch Zinsen ein. Das OVG Weimar hielt dies für rechtswidrig:

A. Wie das Gericht zutreffend ausführt, benötigt eine Behörde, um einen Verwaltungsakt (VA) erlassen zu dürfen, eine gesetzliche Ermächtigung. Nicht nur der Inhalt eines VA, sondern allein schon die Wahl der Handlungsform stelle einen Grundrechtseingriff zu Lasten des Bürgers dar, weil sich die Klageobliegenheit verschiebe (nicht mehr der Staat muss auf Rückzahlung, sondern der Bürger gegen den Rückzahlungs-VA klagen). Somit erstrecke sich auch der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG auch auf den Erlass eines Verwaltungsakts an sich.

B. Diese sog. "VA-Befugnis" ist - vom OVG nicht erwähnt - im Subordinationsverhältnis zwar gewohnheitsrechtlich anerkannt. Hier lag im Ausgangsverhältnis aber keine Subordination, sondern Gleichordnung (Darlehensvertrag) vor.

C. Also machte sich das OVG auf die Suche nach einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts.

I. § 49a I 2 VwVfG schied aus. Dieser enthält zwar eine explizite "VA-Befugnis", nach der zu erstattende Beträge durch VA eingefordert werden können, aber nur, nachdem ein VA mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder sonstwie unwirksam geworden ist. Hier war die Subvention aber nicht durch VA bewilligt worden; vielmehr war es unmittelbar zum Abschluss eines Darlehensvertrages gekommen, den die Behörde zwar vermittelt, nicht aber durch VA bewilligt hatte.

II. In einer Aufsehen erregenden Entscheidung von 2006 hatte das OVG Berlin-Brandenburg eine VA-Befugnis bei Unionsrechtswidrigkeit der Subvention unmittelbar aus der EG-Verordnung 659/1999 entnommen. Nach dieser hat jeder Mitgliedsstaat eine unionsrechtswidrige Beihilfe "unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats" aufzuheben und zurückzufordern. Diese Entscheidung - in der RA (2006, 197) bereits ablehnend besprochen - hat in der Folgezeit in der Literatur ebenfalls ausschließlich Kritik erfahren, weil in der besagten EG-VO kein Wort zur Rückforderung *durch VA* steht, sie ganz im Gegenteil ausdrücklich bestimmt, die Rückforderungsmodalitäten richteten sich nach nationalem Recht. So sieht es auch das OVG Weimar, das dem OVG Berlin-Brandenburg explizit entgegen tritt.

III. Ließ sich eine Ermächtigungsgrundlage somit nicht finden, war der angefochtene Bescheid allein deshalb rechtswidrig, weil er in Form eines VA ergangen war.

Prüfungsrelevanz:

A. Dass ein Verwaltungsakt stets eine VA-Befugnis voraussetzt (vgl. zu dieser auch die Vertiefungshinweise), kann gar nicht oft genug betont werden. Das Problem wird nur oft dadurch zugedeckt, dass im Subordinationsverhältnis eine solche schon gewohnheitsrechtlich bestehen soll. Liegt - wie hier - einmal Gleichordnung vor, wird es sofort problematisch.

B. Noch einmal zusammengefasst kann man aus dem vorliegenden Urteil also Folgendes lernen:

I. Wird eine Subvention durch VA gewährt und dieser später rückwirkend zurückgenommen, ergibt sich die Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung des Geldes aus § 49a I VwVfG. Dieser enthält in Satz 2 explizit eine VA-Befugnis, diese ist also unproblematisch gegeben.

II. Basiert die Subvention allein auf einem Darlehensvertrag, so ist zu unterscheiden:

1. Ist dieser unionsrechtswidrig und daher von Anfang an unwirksam, ist streitig, ob die Gelder durch VA zurückgefordert werden können. Das OVG Brandenburg bejaht in diesem Fall eine VA-Befugnis aus EG-Verordnung 659/1999, die ganz h.M. lehnt dies mit den besseren Argumenten ab. Danach fehlt die VA-Befugnis, ein Rückforderungs-VA wäre allein aus diesem Grund rechtswidrig, unabhängig von der Frage, ob ein Rückzahlungsanspruch besteht.

2. Ebenso liegt es, wenn der Vertrag nicht gegen Unionsrecht verstößt, sondern aus anderen Gründen unwirksam sein sollte. Dann spielt die EG-Verordnung 659/1999 keine Rolle, eine VA-Befugnis würde unstreitig fehlen.

C. Übrigens bedeutet die Verneinung einer VA-Befugnis nicht, dass die Behörde ihre Rückzahlungsansprü-

che nicht durchsetzen kann. Sie darf eben nur keinen VA erlassen, sie kann aber jederzeit eine Leistungsklage erheben. Unterstellt, dass ihr die durch VA festgesetzten Ansprüche tatsächlich zustehen, wäre diese ohne Weiteres begründet. Eine allgemeine Leistungsklage kann im Verwaltungsprozess nicht nur vom Bürger gegen den Staat, sondern auch vom Staat gegen den Bürger erhoben werden.

Vertiefungshinweise:

❑ Für eine VA-Befugnis aus EG-Verordnung 659/1999 bei Rückforderung von unionsrechtswidrigen Subventionen: *OVG Berlin-Brandenburg*, 2006, 197 = NVwZ 2006, 106

❑ Gegen eine VA-Befugnis aus EG-Verordnung 659/1999 bei Rückforderung von unionsrechtswidrigen Subventionen: *OVG Weimar*, DVBl. 2010, 1042; *Uwer*, DÖV 2006, 989; *Hildebrandt/Castillon*, NVwZ 2006, 298; *Vögler*, NVwZ 2007, 294

❑ Zur Notwendigkeit einer "VA-Befugnis": *VGH Kassel*, RA 2010, 597 = NVwZ 2010, 1254; *BVerwG*, RA 2006, 3 = DVBl 2005, 119; NJW 1986, 1120; *VG Frankfurt*, RA 2003, 76 = NVwZ-RR 2003, 69

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Machtwort aus Brüssel"

Leitsätze:

1. Nimmt die Verwaltung eine (vermeintliche) Bewilligungsentscheidung zurück und verbindet dies mit einem durch Leistungsbescheid geltend gemachten Rückzahlungsverlangen, handelt es sich dabei um einen Akt der Eingriffsverwaltung, der nach dem Vorbehalt des Gesetzes grundsätzlich einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

2. Sieht die Behörde bei der Gewährung eines zinsvergünstigten Darlehens über die Hausbank des Endkreditnehmers (sog. Bankenverfahren) vom Erlass eines an den Endkreditnehmer adressierten Bewilligungsbescheides ab, kann sie etwaige Rückforderungsansprüche diesem gegenüber nicht mittels Rücknahme- und Leistungsbescheids durchsetzen.

3. Die erforderliche (nationalstaatliche) Ermächtigungsgrundlage für die Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs durch Verwaltungsakt ist nicht deshalb ausnahmsweise entbehrlich, weil es sich bei der zurückgeforderten Zinsvergünstigung nach einer Entscheidung der Europäischen Kommission um eine mit dem gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe handelt, die zurückzufordern ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 14 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999, wonach die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats zu erfolgen hat, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird.

Sachverhalt:

Die Klägerin wendet sich gegen einen Rücknahme- und Leistungsbescheid der Beklagten.

Sie beantragte unter dem 15.08.1995 auf einem von der Beklagten herausgegebenen Formblatt die Bewilligung eines Darlehens in Höhe von 300.000,00 DM. Die Beklagte setzte sich daraufhin mit der Hausbank H der Klägerin in Verbindung, die ihr - mit Sicherheiten der Beklagten als Primärhaftender im Rücken - das Darlehen schließlich gewährte.

Nachdem die Europäische Kommission am 27.11.2002 eine Entscheidung getroffen hatte, nach der das der Klägerin ausgezahlte Darlehen mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar sei, nahm die Beklagte nach Anhörung der Klägerin mit Bescheid vom 04.07.2003 ihre "dem Darlehensangebot der H-Bank zugrunde liegende Bewilligungsentscheidung" mit Wirkung für die Vergangenheit zurück. Zugleich forderte sie unter Berücksichtigung der vollständigen Rückzahlung des Darlehensbetrages sowie der Darlehenszinsen die Zahlung eines Weiteren Zinsbetrags in Höhe von 3.256,43 €.

Die von der Klägerin hiergegen erhobenen Rechtsbehelfe blieben erfolglos.

Aus den Gründen:

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der angefochtene Rücknahme- und Leistungsbescheid vom 04.07.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.09.2003 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Beklagte durfte sie nicht durch Verwaltungsakt in Anspruch nehmen.

A. Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung einer VA-Befugnis

Bei der Rücknahme der (vermeintlichen) Bewilligungsentscheidung der Beklagten und der damit verbundenen Rückforderung eines Zinsbetrags in Höhe von 3.256,43 € durch Verwaltungsakt handelt es sich um einen Akt der Eingriffsverwaltung, der nach dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage bedarf (BVerwGE 72, 265; aus der Lit. Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2008, § 44 Rdn. 55 ff., insb. Rdn. 56 m. w. N.). Der Senat hat hierzu in seinem Urteil vom 09. 12.2009 - 3 KO 343/07 - (juris Rdn. 34) ausgeführt:

"Der Senat teilt nicht die teilweise in der Literatur vertretene Auffassung, eine spezifische Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsakts sei entbehrlich (so

etwa Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 10 Rdn. 5, der aber die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche mittels Verwaltungsakts für unzulässig hält, vgl. a. a. O. Rdn. 6). Macht die Behörde - wie hier - Ansprüche gegenüber dem Betroffenen durch Verwaltungsakt geltend, stellt dies für ihn über die materiellrechtliche Inanspruchnahme hinaus eine zusätzliche Belastung (Beschwer) dar. Die Verwaltung verschafft sich hierdurch selbst einen Vollstreckungstitel und zwingt den Bürger - will er die Vollstreckung verhindern -, dagegen mit Widerspruch und Klage vorzugehen. Soll der Behörde diese Eingriffsmöglichkeit eingeräumt werden, muss dies deshalb ausdrücklich gesetzlich geregelt sein (so etwa Nds. OVG, Urteil vom 19.06.1996 - 13 L 6935/95 -, NJW 1996, 292 = juris Rdn. 5 m. w. N.)." Daran ist festzuhalten.

B. Ermächtigungsgrundlage

I. §§ 48, 49a ThürVwVfG

Die erforderliche Rechtsgrundlage kann entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht in den §§ 48 Abs. 2, 49a Abs. 1 ThürVwVfG erblickt werden. § 4 3 KO 524/08 1 Abs. 2 ThürVwVfG ermöglicht unter den dort genannten Voraussetzungen die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts, der eine einmalige oder laufende Geldleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist. Daran anknüpfend sieht § 49a Abs. 1 ThürVwVfG vor, dass im Fall der Rücknahme oder des Widerrufs eines Verwaltungsakts bereits erbrachte Leistungen zu erstatten sind (Satz 1) und die zu erstattende Leistung durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen ist (Satz 2). Die Gewährung des Darlehens erfolgte hier nicht durch oder auf der Grundlage eines begünstigenden Verwaltungsakts, den die Beklagte gegenüber der Klägerin hätte zurücknehmen können. [wird ausgeführt.]

II. Art. 14 III VO-EG 659/1999

Die erforderliche Ermächtigungsgrundlage jedenfalls für die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs durch Verwaltungsakt (wobei die im Bescheid vom 04.07.2003 ausgesprochene Rücknahme der Bewilligungsentscheidung dann ins Leere ginge, aber auch entbehrlich wäre) kann entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht unmittelbar in Art. 14 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 (Amtsblatt L 83 vom 27.03.1999, S. 1) gesehen werden. Nach dieser Bestimmung hat die Rückforderung "unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats" zu erfolgen, "sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird". Zu diesem Zweck sollen "die betreffenden Mitgliedstaaten im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten unbeschadet des Gemeinschaftsrechts alle in ihren Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen" unternehmen (vgl. in diesem Sinne auch den 13. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 659/1999). Die genannte verordnungsrechtliche Bestimmung verweist für das Rückforderungsverfahren ausdrücklich auf das jeweilige nationale Recht und will die Mitgliedstaaten nicht dazu zwingen, sich über das jeweils geltende Recht hinwegzusetzen. Die Bestimmung enthält auch nicht etwa eine eigenständige Rechtsgrundlage dafür, im Falle des Fehlens hinreichend „effizienter" nationalstaatlicher Regelungen (für deren Erlass hier im Übrigen nicht der Bund, sondern der Freistaat Thüringen zuständig wäre) Rückforderungsbegehren mittels Verwaltungsakts durchzusetzen.

1. Mindermeinung: Bejahend

Soweit demgegenüber das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Auffassung vertreten (und daran später - ebenfalls in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes - festgehalten) hat, es fehle für die Geltendmachung des (dort angenommenen) Erstattungsanspruchs durch (sofort vollziehbaren) Verwaltungsakt zwar an einer an sich erforderlichen nationalen gesetzlichen Grundlage, dies sei aber im Hinblick auf Art. 14 Abs. 3 der genannten Verordnung unschädlich (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 07.11.2005 - OVG 8 S 93.05 -, NVwZ 2006, 104 und juris sowie vom 29.12.2006 - OVG 8 S 42.06 - juris), folgt der Senat dem nicht.

2. Herschende Meinung: Verneinend

Sofern die jeweiligen nationalstaatlichen Regelungen nicht ausreichen, um Rückforderungsbegehren effektiv durchzusetzen, mag der nationale Gesetzgeber gehalten sein, Abhilfe zu schaffen. Die nach der genannten EG-Verordnung gebotene effektive Durchsetzung von Rückforderungsbegehren darf aber nicht dazu führen, den verfassungsrechtlich verankerten Vorbehalt des Gesetzes zu missachten. Dementsprechend ist die genannte Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 07.11.2005 in der Literatur zu Recht auf (wohl) einhellige Ablehnung gestoßen (so etwa Uwer, DÖV 2006, 989 ff.; Hildebrandt/Castillon, NVwZ 2006, 298 ff.; Vögler, NVwZ 2007, 294 ff., der auch auf den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verweist).

Im Übrigen hätte es die Beklagte hier ohne weiteres in der Hand gehabt, gegenüber der Klägerin einen Subventionsbescheid zu erlassen; dann hätten hier mit den §§ 48 Abs. 2, 49a Abs. 1 ThürVwVfG geeignete Rechtsgrundlagen für eine schnelle und effektive Durchsetzung des geltend gemachten Rückforderungs-

anspruchs zur Verfügung gestanden. Wenn sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, kann dies keinen unmittelbaren Rückgriff auf Art. 14 Abs. 3 der genannten Verordnung als (vermeintliche) Rechtsgrundlage für den Erlass eines Rückforderungsbescheids rechtfertigen. Auch die Kommissionsentscheidung vom 27.11.2002 selbst bietet keine Grundlage dafür, gegenüber der Klägerin ohne hinreichende gesetzliche Grundlage mittels Verwaltungsakts vorzugehen (vgl. zu diesem Aspekt näher Vögler, a. a. O. S. 297 f.). [...]

Ob die Beklagte den Zinsanspruch in anderer Weise - mittels Leistungsklage -unmittelbar gegen die Klägerin durchsetzen kann, oder ob sie sich auf ein Vorgehen gegen die Hausbank verweisen lassen muss, mag dahinstehen.

Standort: Kommunalrecht Problem: Aufwandsentschädigung für Ratsmitglied

VG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 29.10.2010
1 K 8272/09 (NWVBL 2011, 193)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte ein Ratsmitglied sein Mandat faktisch seit Jahren nicht mehr ausgeübt, woraufhin die Gemeinde ihm die Aufwandsentschädigung strich. Seine Klage auf Fortzahlung derselben blieb ohne Erfolg.

A. Das VG hält eine Verpflichtungsklage gem. § 42 I 2. Fall VwGO für statthaft, geht also davon aus, dass es sich bei der Bewilligung der Aufwandsentschädigung um einen begünstigenden Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG handelt.

I. Hinsichtlich des Merkmals "Regelung" ist dies unmittelbar einleuchtend: Es geht nicht um die Zahlung von Geld (dies wäre ein Realakt), sondern um die Bewilligung der Zahlung, weil die Auszahlung von einer vorherigen Prüfung abhängt (z.B. ob der Antragsteller tatsächlich Ratsmitglied ist, in welcher Höhe die Gelder zu zahlen sind usw); im Übrigen bedarf es eines bewilligenden Verwaltungsakts auch, um einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Geldes zu schaffen.

II. Auch war Außenwirkung gegeben. Zwar standen sich hier Ratsmitglied und Gemeinde gegenüber, aber die Aufwandsentschädigung fließt nicht dienstlich dem Ratsmitglied Zwecks Ausübung seines Mandats zu, sondern kann für private Zwecke verwendet werden (anders etwa als Zuwendungen an eine Fraktion nach § 56 III GO NRW). Dies ergibt sich aus der Funktion der Aufwandsentschädigung, die einen mandatsbedingten (privaten) Mehraufwand an Fahrten, im Haushalt usw. kompensieren soll.

B. Sodann stellt das VG fest, dass der Anspruch auf Aufwandsentschädigung zweierlei voraussetzt: Man muss (vom VG unausgesprochen vorausgesetzt) Ratsmitglied sein und einen Aufwand getätigt haben. An letzterem fehlt es, wenn man das Mandat überhaupt nicht mehr wahrnimmt. So lag es hier.

Allerdings stellt das Gericht auch klar, dass die Aufwandsentschädigung nicht etwa gestrichen werden kann, wenn jemand nach Mehrheitsmeinung im Rat sein Mandat schlecht oder unzureichend wahrnimmt. Die Aufwandsentschädigung ist kein Machtinstrument der Mehrheit über die Minderheit. Das VG bemüht insoweit eine Zwei-Stufen-Theorie: "Ob" das Mandat ausgeübt werde, sei Anspruchsvoraussetzung, "wie" es ausgeübt werde hingegen irrelevant. Dabei weiß das Gericht sich im Einklang mit dem BVerfG, dessen entsprechende Rechtsprechung zur Aufwandsentschädigung von Bundestagsabgeordneten es zitiert und auf die kommunale Ebene überträgt.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall ist zum einen wegen der Außenwirkung der Maßnahme interessant. Die RA hatte bereits über einen ähnlichen Fall berichtet (OVG Münster, RA 2010, 423 = NWVBl 2010, 237), in dem ein Ratsmitglied wegen Verletzung seiner Verschwiegenheitspflichten ein Ordnungsgeld zahlen musste. Dort hatte das Ratsmitglied also kein Geld erhalten, sondern musste es zahlen, aber in das Sache war es dasselbe: Sobald es um das Privatvermögen geht, besitzt eine Maßnahme Außenwirkung.

Natürlich könnte der Fall nicht nur auf kommunaler, sondern auch auf Bundesebene spielen. Dies verdeutlichen auch die Ausführungen des BVerfG, auf die das VG weithin Bezug nimmt.

Vertiefungshinweise:

❑ Ordnungsgeld gegen Ratsmitglied: *OVG Münster*, RA 2010, 423 = NWVBl 2010, 237; *BVerwG*, NVwZ 1989, 975; *VGH München*, NVwZ 1989, 182

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Der Zeitungsreporter"
❑ *Examenskurs:* "Der Pöbel im Rat"

Leitsatz:

Ein Ratsmitglied hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Aufwandsentschädigung, wenn es aus eigenem Entschluss sein Mandat dauerhaft nicht ausübt.

Sachverhalt:

Der Kläger war in der Wahlperiode 2004 bis 2009

Mitglied des Rates der Stadt N. Im Februar 2008 wurde er aus der SPD-Ratsfraktion ausgeschlossen und war bis zum Ende der Wahlperiode fraktionsloses Ratsmitglied. Von Januar 2008 bis zum Ende der Wahlperiode nahm der Kläger an keiner Rats- oder Ausschusssitzung teil.
Am 27. November 2008 beschloss der Rat der Stadt N, dem Kläger, der sein Mandat demonstrativ nicht ausübe, keine weiteren monatlichen Aufwandsentschädigungen zu zahlen. Der Kläger erhielt daraufhin ab Dezember 2008 bis zum Ende der Wahlperiode keine Aufwandsentschädigung mehr. Nachdem er die Beklagte mehrfach zur Zahlung aufgefordert hatte, erhob er Klage. Diese blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:
Die Klage hat keinen Erfolg. Sie ist zulässig, aber unbegründet.

A. Zulässigkeit
Die Klage ist als Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 2. Var. Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) statthaft. Die Gewährung der Aufwandsentschädigung ist ein Verwaltungsakt im Sinne von § 35 Satz 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

I. Regelungswirkung
Sie enthält eine Regelung, denn mit der Zahlung ist die Entscheidung verbunden, dass und in welcher Höhe dem jeweiligen Ratsmitglied die Aufwandsentschädigung konkret zusteht.

II. Außenwirkung
Ihr kommt auch Außenwirkung zu, denn der Anspruch auf Aufwandsentschädigung stellt kein organschaftliches Recht des Ratsmitglieds dar. Die Entschädigung dient vielmehr der Kompensation von Nachteilen, die den Einzelnen in seinem privaten Vermögen durch die Mandatswahrnehmung treffen. Der Kläger ist daher in seinen privaten finanziellen Belangen berührt und nicht in seinem kommunalverfassungsrechtlichen Status als Ratsmitglied, vgl. Nds. OVG, Urteil vom 21. September 1999 - 10 L 1997/99 -, juris; VG Gießen, Urteil vom 12. März 1997 - 8 E 667/96 -, juris, die - allerdings ohne nähere Begründung - die Gewährung der Verdienstausfallentschädigung als Verwaltungsakt qualifizieren; zur Verwaltungsaktqualität der Gewährung von Sitzungsgeldern vgl. VG Oldenburg, Urteil vom 23. Mai 2001 - 2 A 790/99 -, NVwZ 2002, 119, 120.

B. Begründetheit
Die Klage ist jedoch unbegründet. Der Kläger hat für die Monate Dezember 2008 bis September 2009 keinen Anspruch auf die Gewährung einer Aufwandsentschädigung in Höhe von 332,00 € monatlich (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

I. Anspruchsgrundlage
Gemäß § 45 Abs. 4 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) in Verbindung mit § 6 Abs. 3 lit. a Hauptsatzung der Stadt N vom 21. Juni 2000 in der Fassung vom 2. Mai 2008, § 1 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 Nr. 1 lit. b Verordnung über die Entschädigung der Mitglieder kommunaler Vertretungen und Ausschüsse (EntschVO) erhalten Mitglieder kommunaler Vertretungen in Gemeinden von 150.001 bis 450.000 Einwohnern, zu denen auch die Stadt N zählt, eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 332,00 Euro und für die Teilnahme an Sitzungen des Rates, seiner Ausschüsse, der Fraktionen sowie weiterer abschließend aufgezählter Gremien ein Sitzungsgeld.
Die Aufwandsentschädigung wird den Ratsmitgliedern zusätzlich zu Verdienstausfall- und Haushaltsentschädigung (vgl. § 45 Absätze 1 bis 3 GO NRW) gewährt. Die Aufwandsentschädigung nach § 45 Abs. 4 GO NRW hat den früheren in § 30 Abs. 5 GO NRW a. F. geregelten Auslagenersatz für die einzelnen Tätigkeiten in pauschaler Form abgelöst. Hierdurch soll ohne Vorlage eines Nachweises im Einzelfall der gesamte finanzielle Aufwand abgegolten werden, der mit der Tätigkeit eines Ratsmitglieds verbunden ist, vgl. Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, GO NRW, Losebl., Stand: Nov. 2009, § 45 Anm. IV 2.
Insoweit unterscheidet sich die Aufwandsentschädigung von der Verdienstausfallentschädigung, die nur erhält, wer tatsächlich einen finanziellen Nachteil erleidet, und der Haushaltsentschädigung, die nur bei nachgewiesenen Kosten gezahlt wird.

II. Tatbestand
Die gesetzlichen Vorschriften normieren für die Aufwandsentschädigung keine weiteren Voraussetzungen. Hieraus folgt indes nicht, dass die Zahlung der Aufwandsentschädigung im Einzelfall nicht verweigert werden kann.

1. Tatsächliche Ausübung des Mandats ("Aufwand" betrieben)
Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Zahlung der Aufwandsentschädigung nicht besteht. Dass ein Anspruch aber jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn das Ratsmitglied aus eigenem Entschluss keine Mandatstätigkeit mehr ausübt, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Aufwandsentschädigung.

a. Wortlaut
Die Aufwandsentschädigung setzt nach allgemeinem Sprachverständnis voraus, dass dem Berechtigten ein

Aufwand entstanden sein muss.

b. Teleologie

aa. BVerfG-Rechtsprechung zur Aufwandsentschädigung von Bundestagsabgeordneten

Auch das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang mit der Aufwandsentschädigung der Bundestagsabgeordneten klargestellt, dass die (steuerfreie) Aufwandsentschädigung nur für wirklich entstandenen, sachlich angemessenen und mit dem Mandat verbundenen Aufwand gewährt wird. Es sei zwar nicht ausgeschlossen, dass diese Aufwandsentschädigung pauschaliert werde. Die Pauschalierung sei aber in Orientierung am tatsächlichen Aufwand vorzunehmen, vgl. BVerfGE 40, 296; 49, 1; 96, 224, welches es ebenfalls als zwingende Voraussetzung für die Gewährung einer Aufwandsentschädigung ansieht, dass aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte bzw. tatsächlicher Erhebungen nachvollziehbar ist, dass und in welcher Höhe (dienstbezogene) finanzielle Aufwendungen typischerweise entstehen.

Der Charakter der Aufwandsentschädigung entspreche dabei einem pauschalierten Auslagenersatz für Kosten, deren tatsächlicher Anfall vermutet werde, BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26. Juli 2010 - 2 BvR 222/708, 2 BvR 2228/08 -, juris Rdn. 8.

bb. Übertragbarkeit auf die kommunale Ebene

Diese Grundsätze lassen sich auf die Aufwandsentschädigung für Ratsmitglieder übertragen, wenngleich der Rat ein Organ der vollziehenden Gewalt ist. Die Aufwandsentschädigung nach der Gemeindeordnung stellt, ebenso wie die Kostenpauschale der Abgeordneten (vgl. § 12 Abs. 2 Abgeordnetengesetz - AbgG -), eine pauschale Erstattung der mit der Amtsausübung verbundenen finanziellen Belastung dar. Beide Arten von Entschädigungsleistungen sind - die kommunale Aufwandsentschädigung zumindest bis zu einem gewissen Betrag - steuerfrei, im Rahmen des Üblichen nach § 850a Nr. 3 Zivilprozessordnung (ZPO) unpfändbar und insoweit auch nicht abtretbar, vgl. zur Aufwandsentschädigung nach § 45 Abs. 4 GO NRW Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, GO NRW, Losebl., Stand: Nov. 2009, § 45 Anm. IV 4 und 6; Erlenkämper, in: Arcticus/Schneider, GO NRW, 3. Aufl. 2009, § 45 Anm. 5.3; zur Steuerfreiheit der Kostenpauschale der Bundestagsabgeordneten vgl. Braun/Jantsch/Klante, Abgeordnetengesetz, 2002, § 12 Rdn. 96.

Dass die bei der Mandatsausübung anfallenden Kosten, die durch die pauschalierte Aufwandsentschädigung kompensiert werden sollen, nur vermutet werden, gilt damit auch für die Auslagen, die bei Ausübung eines Ratsmandats entstehen.

c. Ergebnis

Es entspricht indes dem Wesen der (tatsächlichen) Vermutung, dass sie erschüttert werden kann. Dabei gebietet freilich der Grundsatz des freien Mandats, an die Erschütterung strenge Anforderungen zu stellen. Die Ratsmitglieder entscheiden in freier Eigenverantwortlichkeit über die Form der Wahrnehmung ihres Mandats. Sie sind hierbei nur an das Gesetz sowie an ihre an der Wahrung des öffentlichen Wohls zu orientierenden Überzeugung gebunden (vgl. § 43 Abs. 1 GO NRW), vgl. zum freien Mandat der Ratsmitglieder BVerwG, Urteil vom 27.03.1992 - 7 C 20/91 -, juris Rdn. 9 (= BVerwGE 90, 104); Erlenkämper, in: Arcticus/Schneider, GO NRW, 3. Aufl. 2009, § 43 Anm 1.1.

aa. "Wie" der Mandatsausübung irrelevant

Die Aufwandsentschädigung ist daher unabhängig von der Art und Weise der Mandatsausübung im Einzelfall zu gewähren, vgl. zur Kostenpauschale der Bundestagsabgeordneten Braun/ Jantsch/Klante, Abgeordnetengesetz, 2002, § 12 Rdn. 77.

Die Zahlung oder Nichtzahlung der Aufwandsentschädigung darf nicht missbraucht werden, um auf die konkrete Mandatsausübung des einzelnen Ratsmitglieds Einfluss zu nehmen. Für die Erschütterung der Vermutung kann es daher nicht genügen, zu behaupten, der Betreffende habe sein Mandat qualitativ oder quantitativ unzureichend ausgeübt, so dass ihm nur eine geringere Aufwandsentschädigung zustehe.

bb. "Ob" hingegen erforderlich

Ausreichend ist hingegen jedenfalls der substantiierte Vortrag, der Betreffende habe sein Mandat aus eigenem Entschluss dauerhaft überhaupt nicht ausgeübt. In diesem Fall können mandatsbedingte Kosten nicht anfallen.

Eine Verletzung des Grundsatzes des freien Mandats ist hierin nicht zu sehen. Die Freiheit des Mandats gewährleistet nicht eine Freiheit von Pflichten, sondern lediglich die Freiheit in der inhaltlichen Wahrnehmung dieser Pflichten. Nicht das „Ob", sondern das „Wie" der Repräsentation steht im Ermessen des Abgeordneten, vgl. BVerfG, Urteil vom 4. Juli 2007 - 2 BvE 1/06, 2 BvE 2/06, 2 BvE 3/06, 2 BvE 4/06 -, juris Rdn. 210 (= BVerfGE 118, 277) m. N. a. H. H. Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 48 Rdn. 34. Ist daher das „Ob" der Mandatsausübung zu verneinen, steht der Grundsatz des freien Mandats der Verweigerung der Aufwandsentschädigung nicht entgegen.

2. Subsumtion

Unter Anwendung dieser Maßstäbe hat die Beklagte vorliegend die Vermutung mit ihrem Vortrag erschüttert, der Kläger habe sein Ratsmandat seit seinem Ausschluss aus der Fraktion bis zum Ende der Wahlperi-

ode nicht mehr ausgeübt. Die Beklagte hat hinreichend dargelegt, warum davon auszugehen ist, dass der Kläger seine Mandatstätigkeit vorsätzlich vollständig eingestellt hat. Sie hat sich insbesondere nicht auf den Hinweis beschränkt, der Kläger habe seit Januar 2008 an keiner Sitzung eines politischen Gremiums mehr teilgenommen. Dieser Umstand ist zwar ein gewichtiges Indiz, dürfte für sich allein aber für eine Erschütterung nicht ausreichend sein, zumal der bei der Sitzungsteilnahme entstehende Aufwand nicht durch die pauschale Aufwandsentschädigung, sondern das daneben gezahlte Sitzungsgeld kompensiert wird. Die Beklagte hat vorliegend weitere Anhaltspunkte genannt (keine Teilnahme am öffentlichen Gemeindeleben, keine Leerung des Postfachs, keine Stellung von Anträgen, keine Bemühungen Ausschussmitglied zu werden), die den Rückschluss zulassen, dass der Kläger sich vollständig aus der Mandatstätigkeit zurückgezogen hat. Ein solcher Vortrag ist für die Erschütterung der Vermutung ausreichend. [...]

Ist die Vermutung erschüttert, obliegt es dem Ratsmitglied der Erschütterung mit einer substanziierten Darlegung der von ihm ausgeübten Mandatstätigkeit entgegenzutreten, mit der Folge, dass die Vermutung wieder zum Tragen kommt und die Aufwandsentschädigung in voller Höhe zu gewähren ist. Dies hat der Kläger nicht getan. [...]

Standort: Baurecht

Problem: Gebietsgewährleistungsanspruch

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 21.12.2010
2 A 1419/09 (DVBL 2011, 570)

Problemdarstellung:

Das OVG Münster befasst sich in diesem geradezu lehrbuchhaft abgefassten Urteil ausführlich mit dem sog. "Gebietsgewährleistungsanspruch" (auch "Gebietserhaltungsanspruch" genannt).

A. Wenn ein Nachbar gegen eine Baugenehmigung vorgehen will, kann er sich auf nachbarschützende Vorschriften berufen. Soweit diese zu seinen Gunsten eingreifen, bedarf es keines Rückgriffs auf den Gebietsgewährleistungsanspruch.

B. Wie aber, wenn sich jemand gegen ein Bauvorhaben wehrt, der nicht unmittelbarer Nachbar ist, wohl aber - nach dem Motto: "wehret den Anfängen" - zutreffend eine Umgestaltung des ganzen Gebiets befürchtet, die mittelfristig auch für ihn Nachteile bedeuten könnte (im Fall: durch Ansiedlung eines großen Einkaufszentrums)? In dieser Situation kann nur der Gebietsgewährleistungsanspruch helfen. Dieser setzt Folgendes voraus:

I. Das angegriffene Bauvorhaben muss sich in einem Baugebiet i.S.d. § 1 III BauNVO befinden.

II. Der Kläger muss Eigentümer eines Grundstücks innerhalb desselben Baugebiets sein.

III. Das Bauvorhaben muss nach §§ 2-14 BauNVO unzulässig und auch nicht im Dispenswege (§ 31 II BauBG) genehmigungsfähig sein.

IV. Die bauliche Nutzung des Grundstücks des Klägers selbst muss legal (d.h. genehmigt oder durch Bestandsschutz gedeckt) sein (so jedenfalls OVG Münster, ZfBR 2010, 287).

V. Das angegriffene Bauvorhaben muss zu einer faktischen Umgestaltung des gesamten Baugebiets führen.

C. Liegen diese Voraussetzungen vor, verleiht die Vorschrift der BauNVO, gegen welche das gebietsverändernde Vorhaben verstößt, dem gebietsansässigen Kläger die notwendige Klagebefugnis nach § 42 II VwGO, auch wenn er nicht Nachbar ist.

D. Hier bejaht das OVG einen solchen Abwehranspruch gegen ein Einkaufszentrum in einem Gewerbegebiet: Aus § 11 III BauNVO ergebe sich, dass ein solches nur in Kern- und Sondergebieten (§§ 7, 11 BauNVO) zulässig sein solle. Ein Gewerbegebiet hingegen könne durch die Ansiedlung eines solchen - je nach Größe - eine völlige Umgestaltung erfahren.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil besitzt in Klausuren zum Baunachbarrecht Prüfungsrelevanz. Zwar dürfte es in solchen nicht *allein* um Gebietsgewährleistungsansprüche gehen; aber es ist durchaus denkbar, dass sich etwa in einem Ausgangsfall zunächst ein Nachbar wehrt, und dann als Abwandlung die Frage gestellt wird, wie es mit dem Drittschutz eines Eigentümers aussieht, der zwar im Plangebiet ansässig, aber nicht Nachbar ist.

Zwei weitere Feststellungen des OVG verdienen am Rande Beachtung: Erstens sei der Gebietsgewährleistungsanspruch ausdrücklich nicht für Gebietsfremde anwendbar (es lassen sich ja auch Fälle denken, wo der Kläger knapp außerhalb des Plangebiets wohnt), und zweitens lebe ein durch einen neuen Bebauungsplan abgelöster alter Bebauungsplan wieder auf, wenn der neue Bebauungsplan vom OVG im Wege einer Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 1 VwGO für unwirksam erklärt werde. Letzteres war hier besonders wichtig, denn die Gemeinde hatte für das Grundstück, auf dem das Einkaufszentrum entstehen sollte, extra einen eigenen ("vorhabenbezogenen") Bebauungsplan erlassen mit der Folge, dass die Eigentümer von Grundstücken in der Umgebung nicht mehr im selben Plangebiet ansässig waren (vgl. oben A.II.). Diesen Trick

ließ das OVG aber nicht durchgehen: Es hob den vorhabenbezogenen Bebauungsplan auf mit der Folge, dass sich wieder alle Grundstücke innerhalb des Geltungsbereichs des alten Bebauungsplans befanden, der ein Gewerbegebiet festsetzte.

Vertiefungshinweise:

❑ Grundlegende Entwicklung des Gebietsgewährleistungsanspruchs: *BVerwGE* 94, 151 = NJW 1994, 1546

❑ Gebietsgewährleistungsansprüche gegen Einkaufsmärkte: *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2005, 231; *OVG Münster*, NVwZ-RR 2004, 245

❑ Abwehranspruch gegen Bauvorhaben in angrenzendem Gebiet: *OVG Münster*, NVwZ-RR 2003, 818; *VGH Mannheim*, VBlBW 2001, 487

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Die Eissporthalle"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Gebietsgewährleistungsanspruch ist darauf gerichtet, dass sich ein Nachbar in einem Baugebiet im Sinne von § 1 Abs. 3 und 2 BauNVO auch dann gegen die Zulassung einer in dem Baugebiet gebietswidrigen Nutzung wenden können soll, wenn er durch sie selbst nicht unzumutbar beeinträchtigt wird.

2. Er greift gegenüber Vorhaben ein, die in dem betreffenden Baugebiet weder planungsrechtlich regelhaft zulässig sind noch nach § 31 I, II BauGB im Wege einer Ausnahme oder Befreiung zugelassen werden können.

3.§ 11 III 1 Nr. 1 BauNVO vermittelt einen solchen Gebietsgewährleistungsanspruch.

4. Nachbarn in einem lediglich angrenzenden Plangebiet können sich auf den Gebietsgewährleistungsanspruch nicht berufen. Der Nachbarschutz eines außerhalb der Grenzen des Plangebiets belegenen Grundstückseigentümers bestimmt sich bundesrechtlich prinzipiell (nur) nach dem in § 15 I 2 BauNVO enthaltenen Gebot der Rücksichtnahme.

Sachverhalt:

Die Beigeladene und die Kläger sind Eigentümer von Grundstücken, die sich ursprünglich im Geltungsbereich eines 1985 beschlossenen Bebauungsplans befanden, der das Gebiet als Gewerbegebiet (GE) festsetzte. Die Kläger betreiben auf ihrem Grundstück ein Medienzentrum und eine Druckerei.

In einem - mittlerweile auf Antrag der Kläger nach § 47 VwGO für unwirksam erklärten - vorhabenbezogenen Bebauungsplan aus 2004 setzte der Rat der Beklagten das Grundstück der Beigeladenen als Sondergebiet (SO) gem. § 11 III BauNVO fest, das der Unterbringung eines Einkaufszentrums dient. Gegen die der Beigeladenen anschließend erteilte Baugenehmigung für das Einkaufszentrum wehren sich die Kläger. Diese sind zwar nicht Nachbarn und daher nicht selbst unmittelbar von den Auswirkungen des Einkaufszentrums betroffen, sie befürchten jedoch eine schleichende Umgestaltung des Gebiets und berufen sich daher auf ihren Gebietserhaltungsanspruch.

Das VG hatte die Klage abgewiesen. Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Kläger hat gegenüber dem genehmigten Vorhaben einen Gebietsgewährleistungsanspruch, der zur Aufhebung der angefochtenen Baugenehmigung führt. Darauf, ob die Genehmigung darüber hinaus gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, die zumindest auch dem Schutz des Klägers zu dienen bestimmt sind - wie das in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO verankerte Rücksichtnahmegebot oder die Standsicherheitsbestimmungen der §§ 15 Abs. 1 Satz 2, 16 Satz 2 BauO NRW - kommt es damit nicht an.

A. Herleitung des Gebietsgewährleistungsanspruchs

Der Gebietsgewährleistungsanspruch ist darauf gerichtet, dass sich ein Nachbar in einem Baugebiet im Sinne von § 1 Abs. 3 und 2 BauNVO auch dann gegen die Zulassung einer in dem Baugebiet gebietswidrigen Nutzung wenden können soll, wenn er durch sie selbst nicht unzumutbar beeinträchtigt wird.

Die Festsetzung von Baugebieten durch einen Bebauungsplan hat grundsätzlich nachbarschützende Funktion zugunsten der Grundstückseigentümer im jeweiligen Baugebiet. Hauptanwendungsfall für diesen Grundsatz, der auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses beruht, sind die Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung. Weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Nutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er deren Beachtung grundsätzlich auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen. Die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten wird dadurch ausgeglichen, dass auch die anderen Grundstückseigentümer diesen Beschränkungen unterworfen sind. Das dadurch geschaffene Austauschverhältnis darf nicht einseitig aufgehoben werden, weil der gewollte Interessenausgleich, der sowohl die Grenzen der Baufreiheit als auch den Wert der Grundstücke beeinflusst, sonst aus dem Gleichgewicht gebracht würde. Im Rahmen des durch eine Baugebietsfestsetzung begründeten nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses soll jeder Planbetroffene im Baugebiet das Eindringen einer gebietsfremden Nutzung und damit die schleichende Umwandlung des Bauge-

biets unabhängig von einer konkreten Beeinträchtigung verhindern können (BVerwG, BRS 71 Nr. 68; BRS 63 Nr. 80; BRS 63 Nr. 190; BVerwGE 101, 364; 94, 151; 82, 61; 27, 29; OVG NRW, Beschluss vom 22. Juni 2010 - 7 B 479/10; Urteil vom 17. Dezember 2008 - 10 A 3001/07; Beschluss vom 28. November 2002 - 10 B 1618/02 -, BRS 66 Nr. 168).

Das nachbarschaftliche Austauschverhältnis, auf dem der Gebietsgewährleistungsanspruch beruht, muss sich nicht auf mögliche Bodennutzungskonflikte beziehen, die ihre Grundlage in unterschiedlichen Arten baulicher Nutzung haben. Auch eine Festsetzung eines Bebauungsplans, die eine bauliche Nutzung ausschließt, kann - je nach den Umständen des Falles - Teil eines Austauschverhältnisses sein, wenn mit der Festsetzung die spezifische Qualität des Plangebiets und damit dessen Gebietscharakter begründet werden soll.

B. Anwendbarkeit

I. Gebietsfremdes Vorhaben

Der Gebietsgewährleistungsanspruch greift demnach gegenüber Vorhaben ein, die in dem betreffenden Baugebiet weder planungsrechtlich regelhaft zulässig sind noch nach § 31 Abs. 1 oder 2 BauGB im Wege einer Ausnahme oder Befreiung zugelassen werden können (OVG NRW, Urteil vom 17. Dezember 2008 - 10 A 3001/07).

Daran anschließend hat etwa auch der Eigentümer eines Grundstücks in einem durch Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebiet gegen die Genehmigung eines im Sinne des § 8 Abs. 1 BauNVO - seiner Art nach - erheblich belästigenden und daher nur in einem Industriegebiet nach § 9 BauNVO zulässigen Gewerbebetriebs einen Gebietsgewährleistungsanspruch. Auch der Grundstückseigentümer in einem Gewerbegebiet muss Rechtsschutzmöglichkeiten dagegen haben, dass in dem Gewerbegebiet keine baugebietswidrigen Nutzungen zugelassen werden, welche den Gebietscharakter in einer Weise verfremden, die ihm eine gewerbliche Nutzung nicht mehr oder nur noch unter Schwierigkeiten gestatten, weil sie ihn entweder selbst stören oder ihn hinsichtlich seines eigenen Betriebs zur Rücksichtnahme zwingen können, und damit die von ihm eingesetzten Investitionen nachträglich in Frage stellen (BVerwG, BRS 63 Nr. 80; BRS 63 Nr. 190; Sendler, BauR 1970, 4, 10).

II. Kläger Eigentümer eines Grundstücks im Plangebiet

Demgegenüber besteht ein baugebietsübergreifender Schutz des Nachbarn vor gebietsfremden Nutzungen in einem lediglich angrenzenden Plangebiet mangels wechselseitigen Austauschverhältnisses zwischen den Grundstückseigentümern unabhängig von konkreten Beeinträchtigungen in der Regel nicht. Der Nachbarschutz eines außerhalb der Grenzen des Plangebiets belegenen Grundstückseigentümers bestimmt sich bundesrechtlich prinzipiell (nur) nach dem in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO enthaltenen Gebot der Rücksichtnahme (BVerwG, BRS 71 Nr. 68; OVG NRW, BRS 66 Nr. 168).

C. Subsumtion

Ausgehend von diesen Grundsätzen steht dem Kläger bereits in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung (vgl. dazu BVerwG, BRS 60 Nr. 178; BRS 58 Nr. 157; OVG NRW, BRS 71 Nr. 159) ein Gebietsgewährleistungsanspruch gegenüber dem genehmigten Vorhaben zu. Auf eine zu ihren Gunsten zu berücksichtigende zwischenzeitliche Änderung der Sach- und Rechtslage kann sich die Beigeladene zu 2. nicht berufen. Das Grundstück des Klägers und das Grundstück, auf dem das Einkaufszentrum genehmigt ist, liegen jeweils innerhalb eines durch den Bebauungsplan Nr. 1.1 der Stadt W. in der Fassung der 3. Änderung festgesetzten Gewerbegebiets. Das Einkaufszentrum ist in dem Gewerbegebiet gemäß § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauNVO unzulässig. Die Festsetzung „Gewerbegebiet“ des Bebauungsplans Nr. 1.1 vermittelt dem Kläger gegenüber dem genehmigten Einkaufszentrum einen Gebietsgewährleistungsanspruch.

I. Grundstück innerhalb des Plangebiets

Nachdem der 7. Senat des erkennenden Gerichts den vorhabenbezogenen Bebauungsplan Nr. 16 durch Urteil vom 11. September 2008 - 7 D 74/07.NE - für unwirksam erklärt hat, steht gemäß § 47 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 VwGO allgemein verbindlich für jedermann fest, dass dieser Bebauungsplan zu keinem Zeitpunkt Bestandteil der Rechtsordnung war (vgl. zu dieser Rechtsfolge: BVerwG, BRS 64 Nr. 58; BRS 62 Nr. 26; BVerwGE 108, 71; OVG NRW, BRS 50 Nr. 37; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage 2010, § 47 Rn. 364 f). Folge der Unwirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans Nr. 16 ist, dass an seine Stelle (wieder) die Gewerbegebietsfestsetzungen des Bebauungsplans Nr. 1.1 in der Fassung der 3. Änderung treten.

Wenn eine Gemeinde ihre frühere Bauleitplanung ändert, insbesondere einen Bebauungsplan durch einen neuen ersetzt, verliert der alte Bebauungsplan seine frühere rechtliche Wirkung, weil über § 10 BauGB der gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtssatz gilt, dass die spätere Norm die frühere verdrängt; unerheblich ist, ob ein gerade hierauf zielender Wille der Gemeinde besteht oder als bestehend zu unterstellen ist. Entfällt wegen der Unwirksamkeit der späteren Norm die Möglichkeit der Normenkollision, dann gilt die alte Rechtsnorm unverändert fort (BVerwGE 85, 289). [...]

II. Unzulässigkeit des angegriffenen Bauvorhabens
Das genehmigte Einkaufszentrum ist in dem durch den solchermaßen für die Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit maßgeblichen Bebauungsplan 1.1 in der Fassung der 3. Änderung festgesetzten Gewerbegebiet gemäß § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauNVO unzulässig. Denn nach dieser Vorschrift sind Einkaufszentren, worunter regelmäßig Gebäudekomplexe zu verstehen sind, in denen Einzelhandelsbetriebe verschiedener Art und Größe räumlich konzentriert werden und die einzelnen Betriebe aus der Sicht der Kunden als aufeinander bezogen, also durch ein räumliches Konzept und durch Kooperation miteinander verbunden in Erscheinung treten (BVerwG, BRS 71 Nr. 64; BVerwGE 117, 25) außer in Kerngebieten nur in für sie festgesetzten Sondergebieten zulässig. Sie dürfen in Misch-, Gewerbe- oder Industriegebieten nicht verwirklicht werden. [...]

D. Ergebnis
Die Festsetzung „Gewerbegebiet" des Bebauungsplans Nr. 1.1 in der Fassung der 3. Änderung vermittelt dem Kläger gegenüber dem genehmigten Einkaufszentrum einen Gebietsgewährleistungsanspruch. Dessen oben dargestellte, in der Rechtsprechung ausgeformte Voraussetzungen sind erfüllt: Das Grundstück des Klägers und das Vorhabengrundstück sind jeweils durch den hier maßgebenden Bebauungsplan Nr. 1.1 in der Fassung der 3. Änderung als Gewerbegebiet ausgewiesen. Da ein Einkaufszentrum in einem Gewerbegebiet gemäß § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauNVO unzulässig ist, kann der Kläger die durch die Baugenehmigung vom 15. September 2005 baugebietswidrig zugelassene Nutzung abwehren. [...]

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de - ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (*zugleich Öffentliches Recht*)
REDAKTEURE:	Rechtsanwalt Wofgang Schmidt & Martin Jansen (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte *früherer* Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

Zivilrecht

Standort: Schuldrecht Problem: Verzug (§ 286 BGB)

BGH, URTEIL VOM 10.02.2011
VII ZR 53/10 (WM 2011, 541)

Problemdarstellung:

Die Kl. beauftragte die Schuldnerin – eine Bauunternehmung – im Juni 2007 mit Rohbauarbeiten für den Neubau eines Ärztehauses. Für die Erfüllung der Pflichten der Schuldnerin aus diesem Vertrag verbürgte sich die Bekl. am 25.06.2007 mit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft. Nachdem die Schuldnerin die Arbeiten mangelhaft ausgeführt hatte, kündigte die Kl. den Bauvertrag und beauftrage Drittfirmen mit der Ersatzvornahme. Mit Schreiben vom 07.07.2008 forderte der Rechtsanwalt der Kl. die Bekl. unter Fristsetzung bis zum 25.07.2008 zur Zahlung der Bürgschaftssumme auf. Diesem Schreiben fügte er einen Klageentwurf bei, der hinsichtlich der baulichen Mängel auf mehrere Anlagen verweist, die dem Schreiben jedoch nicht beilagen. Mit einem standardisierten Schreiben vom 14.07.2008 lehnte die Bekl. die Zahlung der Bürgschaftssumme zunächst ab und forderte weitere Unterlagen, u.a. ein „Teil-Schlussrechnungsblatt“ (Nr. 4) und „Vorlage der Originalvollmacht“ (Nr. 8). Dem kam die Kl. nicht nach und erhob nach Ablauf der Frist Klage auf Zahlung der Bürgschaftssumme. Während des Rechtsstreits erkannte die Bekl. ihre Zahlungspflicht an und kam dieser am 20.03.2009 durch Überweisung des geforderten Betrags nach.

Die Kl. meint, die Bekl. schulde ihr außerdem Verzugszinsen für den Zeitraum vom 26.05.2008 (Folgetag des Fristablaufs) bis zum 20.03.2009 (Erfüllung). Die Bekl. beruft sich darauf,

- dass die Bürgschaftsforderung nicht fällig war,
- eine wirksame Mahnung nicht vorgelegen habe, da sie die Zahlungsaufforderung der Kl. wegen mangelnden Nachweises der Vollmacht zurückgewiesen habe und
- sie aufgrund der fehlenden Unterlagen zur Prüfung der Forderung jedenfalls unverschuldet gehandelt habe.

Prüfungsrelevanz:

Die Bürgschaft als wohl bekannteste Personalsicherheit ist gelegentlich Thema in Examensklausuren. Die Besonderheit der Bürgschaft besteht darin, dass dem Gläubiger zur Befriedigung seiner Forderung nicht nur der Schuldner, sondern auch der Bürge zur Verfügung steht. Das hieraus entstehende Dreipersonenverhältnis wirft einige, examensrelevante Schwierigkeiten auf; einen aktuellen Überblick bietet *Schmolke*, Grundfälle zum Bürgschaftsrecht, JuS 2009, 585 ff., 679 ff. und 784 ff.

Die Kl. macht vorliegend einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen aus §§ 280 I, II; 286; 288 I, II BGB geltend. Dan müsste der Schuldner (hier: der Bürge) trotz Mahnung eine fällige und durchsetzbare Leistung nicht erbracht haben (vgl. § 286 I, II BGB), es sei denn, er hat die Nichtleistung nicht zu vertreten (§ 286 IV bzw. § 280 I 2 BGB).

A. Fälligkeit

Die Kl. konnte die Forderung aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft im Zeitpunkt des Mahnschreibens am 07.07.2008 fordern; sie war mithin fällig (vgl. § 271 BGB). Denn die Forderung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft wird zeitgleich mit der Hauptforderung fällig. Einer besonderen Leistungsaufforderung an den Bürgen bedarf es nicht mehr (so schon *BGH*, NJW 2008, 1729).

B. Wirksame Mahnung

Die Kl. hatte die Bekl. auch wirksam gemahnt. Mahnung ist die eindeutige und bestimmte Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die geschuldete Leistung zu erbringen (MünchKommBGB/E*rnst*, § 286 Rn. 46, 48). Mit dem Schreiben vom 07.07.2008 hatte die Kl. die Bekl. unmissverständlich zur Zahlung bis zum 25.07.2008 aufgefordert. Dies war auch wirksam, da die Bekl. entgegen ihres Vortrages die Mahnung nicht wegen mangelnder Vollmacht entsprechend § 174 BGB zurückgewiesen hatte. Nach dieser Vorschrift ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Auf die Mahnung als geschäftsähnliche Handlung findet § 174 BGB entsprechende Anwendung (*BGH*, NJW 1983, 1542). Zwar muss diese Zurückweisung nicht ausdrücklich unter Berufung auf § 174 BGB bzw. die fehlende Vollmacht erfolgen, sondern kann sich auch aus den Umständen ergeben. Das war

hier jedoch nicht der Fall. Denn aus dem Ablehnungsschreiben vom 14.07.2008 ergibt sich allenfalls, dass die Bekl. die Vollmacht zur Prüfung der materiellen Ansprüche einsehen wollte, nicht jedoch um sich die Vertretungsmacht des Rechtsanwalts der Kl. nachweisen zu lassen.

C. Vertretenmüssen (§ 286 IV BGB)

Schließlich war fraglich, ob die Bekl. ihre Nichtleistung zu vertreten hatte. Ein Schuldner kommt mangels Verschulden nicht in Verzug, wenn er an der Leistung durch eine nicht zu vertretende Ungewissheit über das Bestehen und den Umfang der gesicherten Forderung gehindert ist (*BGH*, NJW 2006, 3271 [3272]). Diese Situation kann gerade auf einen Bürgen zutreffen, der nicht Vertragspartei der Hauptforderung ist und daher eventuell einem Informationsdefizit unterliegt. Jedoch muss der Bürge im Falle eines Informationsdefizits eigene Anstrengungen unternehmen, um dieses zu beseitigen. Das hat die Bekl. vorliegend nicht getan. Das Schreiben vom 14.07.2008 geht als standardisiertes Schreiben auf die Fragen nach dem Bestehen der Hauptforderung gar nicht ein. Die Hauptforderung – ein Schadensersatzanspruch der Kl. wegen Baumängeln – basiert wesentlich auf dem Vorliegen der Mängel. Diese hatte die Kl. zwar tatsächlich nicht nachgewiesen, da sie ihrem Schreiben vom 07.07.2008 nicht die im Klageentwurf angesprochenen Anlagen beigefügt hatte. Jedoch stehen die von der Bekl. nachgeforderten Unterlagen in keinem sachlichen Zusammenhang zum Bestehen der Mängel bzw. zum Bestehen der Hauptforderung (z.B. „Teil-Schlussrechnungsblatt"). Im übrigen hatte die Kl. durch die Beifügung des Klageentwurfs das Bestehen des Anspruchs schlüssig dargestellt. Ein etwaiger Informationsnachteil der Bekl. lässt das Verschulden i.S.d. § 286 IV BGB daher nicht entfallen.

Vertiefungshinweise:

❑ Bürgschaftsrecht im Allgemeinen: *OLG Karlsruhe*, NJW-Spezial 2011, 238 (Bürgschaft einer Versicherung statt Bankbürgschaft); *Foerste,* NJW 2010, 3611 (Prozessbürgschaft); *Zeisung*, WM 2010, 2204 (Gläubigerschutz bei Regress des Bürgen); *Grüneberg*, WM-Sonderbeilage 2010, 1 (Aktuelle Rechtsprechung zur Bürgschaft); Schmolke, JuS 2009, 585, 679 und 784

❑ Zum Schuldnerverzug gem. § 286 BGB: *Haberzettl*, NJW 2007, 1328; *Wirth*, JuS 2002, 764; *Derleder/Hoolmanns*, NJW 2004, 2787

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Drum prüfe wer für Papi bürgt!"

Leitsätze:

1. Die Forderung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft wird grundsätzlich mit der Fälligkeit der Hauptschuld fällig; einer Leistungsaufforderung des Gläubigers und der Vorlage von die Hauptschuld belegenden Unterlagen bedarf es dazu nicht (im Anschluss an BGHZ 175, 161).

2a. Werden dem Bürgen die notwendigen Informationen zur Hauptschuld vom Gläubiger nicht erteilt, gerät er nicht in Verzug, wenn ihn kein eigenes Verschulden daran trifft, dass er sie nicht erhalten hat.

2b. Ein eigenes Verschulden trifft den Bürgen, wenn er nicht selbst ausreichende, ihm zumutbare Anstrengungen unternimmt, die ihm fehlenden Informationen zu erlangen.

Sachverhalt:

Die Klägerin beauftragte die Sch. Bauunternehmung GmbH & Co. KG (im Folgenden: Schuldnerin) im Juni 2007 mit Rohbauarbeiten für den Neubau eines Ärztehauses. Die Beklagte hat sich unter dem 25. Juni 2007 mit zwei selbstschuldnerischen Bürgschaften gegenüber der Klägerin für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen der Schuldnerin aus dem Bauvertrag bis zu einer Gesamthöhe von 80.000 € verbürgt.

Nachdem die Schuldnerin die Betonierarbeiten und die Arbeiten an der Litzenankerkopfkonstruktion mangelhaft ausgeführt hatte, kündigte die Klägerin den Bauvertrag und beauftragte bei einem erwarteten Kostenaufwand von mehr als 650.000 € Drittfirmen mit der Ersatzvornahme.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 7. Juli 2008 forderte die Klägerin die Beklagte unter Beifügung eines Entwurfs der Klageschrift zur Zahlung der Bürgschaftssumme bis 25. Juli 2008 auf. Der Entwurf nahm auf insgesamt dreißig Anlagen Bezug, die der Beklagten nicht vorgelegt wurden. Die Beklagte verlangte mit einem Standardschreiben vom 14. Juli 2008 u. a. die Vorlage folgender Unterlagen:

4. Teil-Schlussrechnungsblatt mit Schlusszahlungsbetrag und entsprechendem Auszahlungsbeleg;

8. Vorlage der Original-Vollmacht.

Sie kündigte an, nach Erhalt und Prüfung der Unterlagen auf die Angelegenheit zurückzukommen und behielt sich die Anforderung weiterer Unterlagen vor.

Die Klägerin kam dem Verlangen der Beklagten nicht nach. Sie hat nach Ablauf der gesetzten Frist Klage auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen eingereicht. Die Beklagte hat die Forderdung im erstinstanzlichen Verfahren anerkennt und den (...) Betrag am 20. März 2009 bezahlt. Die Klägerin verlangt von der Beklagten - soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung - die Zahlung von Verzugszinsen.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[8] Das Berufungsgericht nimmt an, die Beklagte sei nach Ablauf der mit Zahlungsaufforderung gesetzten Frist in Verzug gekommen, der erst durch den Zahlungseingang am 20. März 2009 beendet worden sei.

[9] Die Klägerin habe die Beklagte wirksam gemahnt. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 14. Juli 2008 ergebe sich nicht, dass die Zahlungsaufforderung wegen der fehlenden Originalvollmacht zurückgewiesen worden sei, sondern lediglich, dass Überprüfungsbedarf hinsichtlich der Berechtigung der geltend gemachten Forderung gesehen worden sei. Der Klägerin habe gegen die Schuldnerin wegen deren mangelhafter Leistungen ein fälliger Schadensersatzanspruch in einer 80.000 € weit übersteigenden Höhe zugestanden. Mit dem Anspruch gegen die Schuldnerin sei auch der Anspruch aus der Bürgschaft fällig geworden. Die Fälligkeit sei nicht von der Übersendung von Unterlagen an die Beklagte abhängig gewesen; die erforderliche schlüssige Begründung des Anspruchs sei durch den der Zahlungsaufforderung beigefügten Entwurf der Klageschrift erfolgt. Der Verzugseintritt sei nicht mangels Verschuldens der Beklagten ausgeschlossen. Ein solcher Verschuldensausschluss komme zwar im Einzelfall in Betracht, solange der Bürge keine zur Forderungsprüfung ausreichenden Unterlagen erhalte. Voraussetzung sei insoweit aber, dass dem Bürgen zur Beurteilung des Eintritts des Bürgschaftsfalles zwingend erforderliche Unterlagen, die er von dem Hauptschuldner nicht erhalten könne, vom Gläubiger trotz Anforderung vorenthalten würden. Diese Voraussetzungen seien nicht gegeben. Die angeforderten Unterlagen - Bauvertrag, Leistungsverzeichnis und Kündigungserklärung - hätte die Beklagte von der Schuldnerin erhalten können. Hinsichtlich der übrigen Unterlagen sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte diese zur Prüfung der geltend gemachten Ansprüche benötigt habe. Dies ergebe sich nicht nur daraus, dass es sich bei dem Anforderungsschreiben um ein Standardschreiben gehandelt habe, sondern auch daraus, dass die Beklagte die Forderung im laufenden Verfahren anerkannt habe, obwohl die angeforderten Unterlagen zum großen Teil auch im Prozess nicht vorgelegt worden seien.

B. Entscheidung des BGH

[10] Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Beklagte befand sich vom 26. Juli 2008 bis 19. März 2009 in Zahlungsverzug und ist dementsprechend zur Verzinsung des Bürgschaftsbetrags verpflichtet.

[11] Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 7. Juli 2008 wirksam gemahnt hat.

I. Fälliger, durchsetzbarer Anspruch der Kl.

[12] Die Forderung aus den selbstschuldnerischen Bürgschaften der Beklagten war bei Abfassung dieses Schreibens fällig. Das Berufungsgericht hat von der Revision unbeanstandet angenommen, dass die von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche zu diesem Zeitpunkt bereits fällig waren. Zeitgleich damit wurden auch die Forderungen aus den Bürgschaften fällig; einer zusätzlichen Leistungsaufforderung bedurfte es dazu nicht (BGH, Urteil vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161, 169).

II. Wirksame Mahnung

[13] Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, dass die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 7. Juli 2008 gemahnt hat und diese Mahnung nicht deshalb unwirksam ist, weil die Beklagte mit Schreiben vom 14. Juli 2008 die Vorlage der Originalvollmacht der anwaltlichen Vertreter der Klägerin gefordert hat. Gemäß § 174 Satz 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Auf die Mahnung als geschäftsähnliche Handlung ist § 174 BGB entsprechend anwendbar (BGH, Urteil vom 25. November 1982 - III ZR 92/81, NJW 1983, 1542). Die Revision führt unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, NJW 1981, 2374, 2375) zutreffend aus, dass die Zurückweisung der Mahnung wegen Fehlens der Vollmachtsurkunde nicht ausdrücklich erfolgen muss. Erforderlich ist aber, dass sich die Zurückweisung der Mahnung aus der dafür gegebenen Begründung oder aus sonstigen Umständen eindeutig und für den Mahnenden zweifelsfrei erkennbar ergibt. Dies ist hier nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat das Schreiben vom 14. Juli 2008 dahin ausgelegt, dass die Beklagte die Vorlage der Vollmacht lediglich im Rahmen der von ihr vorzunehmenden Prüfung der geltend gemachten Ansprüche angefordert hat. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach ständiger Rechtsprechung darf die Auslegung des Tatrichters revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie gesetzliche und allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder auf Verfahrensverstößen beruht (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 213/08, BauR 2010, 1921 = NZBau 2010, 622, Rn. 13; Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 255/08, BauR 2009, 1908 = NZBau 2009, 781 = ZfBR 2010, 94, Rn. 18 m.w.N.). Derartige Umstände legt die Revision nicht dar.

III. Nichtleistung zu vertreten(§ 286 IV BGB)

[14] Die Beklagte ist mit Ablauf der mit Schreiben vom 7. Juli 2008 gesetzten Frist in Verzug geraten, § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die von ihr geforderte Leistung nicht gemäß § 286 Abs. 4 BGB infolge eines Umstandes unterblieben ist, den sie nicht zu vertreten hat.

[15] Gemäß § 286 Abs. 1 BGB kommt der Bürge grundsätzlich in Verzug, wenn er auf eine Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Etwas Anderes gilt gemäß § 286 Abs. 4 BGB nur dann, wenn die Leistung aufgrund von Umständen unterbleibt, die der Bürge nicht zu vertreten hat. Dass solche den Verzugseintritt ausschließende Umstände vorlagen, hat der Bürge darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (J. Hager in: Erman, BGB, 12. Aufl., § 286 Rn. 58; Staudinger/Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann, BGB [2009], § 286 Rn. 132 und 171). (...)

1. Kein Verschulden des Bürgen bei Ungewissheit über Bestehen der Forderung

[16] Ob den Eintritt des Verzugs hindernde Umstände gegeben sind, unterliegt der Beurteilung im Einzelfall. Der Bürge kommt, wie jeder andere Schuldner, nicht in Verzug, wenn er an der Leistung durch eine nicht zu vertretende Ungewissheit über das Bestehen und den Umfang der gesicherten Forderung gehindert ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 - X ZR 157/05, NJW 2006, 3271, 3272). Zu berücksichtigen ist, dass ein Bürge nicht Partei des Vertrages ist, aus dem der Gläubiger einen von ihm, dem Bürgen, abgesicherten Anspruch gegen den Schuldner erhebt. Er ist häufig nicht über die Umstände informiert, die diesen Anspruch begründen können. (...)

2. Bürge muss erforderliche Unterlagen nachfordern

[17] Ein eigenes Verschulden trifft den Bürgen, wenn er nicht selbst ausreichende, ihm zumutbare Anstrengungen unternimmt, die ihm fehlenden Informationen zu erlangen. Reichen dem Bürgen die ihm mit der Mahnung zur Verfügung gestellten Unterlagen zur Prüfung der Berechtigung der geltend gemachten Forderung nicht aus, darf er entgegen der Auffassung der Revision nicht untätig bleiben. Er muss vielmehr zur Vermeidung des Verzugseintritts dem Gläubiger von dem Leistungshindernis Mitteilung machen (Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 286 Rn. 32) und die zur Prüfung aus seiner Sicht erforderlichen Unterlagen anfordern. Diese Anforderung muss ausreichend deutlich machen, welche fallbezogenen Unterlagen fehlen, so dass der Gläubiger ohne weiteres in die Lage versetzt wird, darauf zu reagieren. (...)

3. Subsumtion

[19] Die Beklagte hat mit ihrem Schreiben vom 14. Juli 2008 nicht die Vorlage der den Vortrag der Klägerin stützenden Unterlagen gefordert, sondern nur solche Dokumente, die sie bei Geltendmachung von Bürgschaftsforderungen standardmäßig verlangt. Das Standardschreiben nahm auf die Darstellung der Klägerin im Entwurf der Klageschrift in keiner Weise Bezug. Es enthielt standardisierte Anforderungen, die zum Teil in keinem Zusammenhang mit der geltend gemachten Forderung standen. Das betrifft beispielsweise die Forderung nach Vorlage eines Teil-Schlussrechnungsblattes oder der Auszahlungsnachweise. Die Beklagte hat sich weder mit dem geltend gemachten Anspruch, noch mit den darauf bezogenen detaillierten Behauptungen der Klägerin, noch damit auseinandergesetzt, dass der ihr übersandte Entwurf einer Klageschrift auf Anlagen Bezug nahm, die ihr nicht vorgelegt worden waren. Sie hat insbesondere nicht deutlich gemacht, welche der in dem Entwurf der Klageschrift als Anlage aufgeführten Unterlagen ihr zur Prüfung der Berechtigung ihrer Inanspruchnahme fehlten. Die Begründetheit des Anspruchs hing erkennbar davon ab, dass die Werkleistung der Schuldnerin die von der Klägerin behaupteten Mängel aufwies und zu deren Beseitigung der verbürgte Betrag erforderlich war. Die im Klageentwurf dazu in Bezug genommenen Anlagen hat die Beklagte nicht angefordert. Ihrem Verlangen nach Vorlage von Unterlagen zum Bautenstand ist entgegen der Auffassung der Revision nicht zu entnehmen, dass damit die im Klageentwurf genannten gutachterlichen Stellungnahmen, Sachstandsberichte und Baubesprechungsprotokolle gemeint sein sollten. Auch aus der Anforderung von Nachweisen der Restfertigstellungsaufwendungen erschließt sich nicht, dass sich dies auf Unterlagen zu den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen bezogen haben soll, wie sie in den Anlagen K 20 ff. dokumentiert sind. Mit dem Standardschreiben hat die Beklagte daher nicht die Anforderungen erfüllt, die an die Sorgfalt des Schuldners einer Forderung für den Fall zu stellen sind, dass ihm ausreichende Informationen zur Beurteilung des gegen ihn erhobenen Anspruchs fehlen.

Standort: Deliktsrecht Problem: Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)

OLG SCHLESWIG, URTEIL VOM 25.02.2011
1 U 39/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In der Nacht vom 09.02. auf den 10.02.2008 befestigten sich die Bekl. und drei weitere Aktivisten mittels eines Stahlseils am Schienenstrang der Bahnstrecke zwischen Husum und Jübek, so dass ein Transportzug der Bundeswehr stoppen musste. Auch auf Aufforderung von Polizeibeamten entfernte sich die Bekl. nicht, da sie dies zum einen nicht selbständig könne und zum anderen hierzu nicht gewillt sei, solange die Versammlung nicht aufgelöst sei. Auf Anweisung der Polizei wurde das Gleisstück auf einer Länge von mehreren Metern teilweise herausgetrennt und die Bekl. sodann entfernt.

Die Kl., die als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Deutschen Bahn AG, die eingleisige Bahnverbindung zwischen Husum und Jübek betreibt, verlangt von der Bekl. Schadensersatz für die Beschädigung des Gleisstückes sowie für die Tatsache, dass die betroffene Bahnstrecke bis zur Reparatur der Gleise nicht nutzbar war und daher Schienenersatzverkehr eingerichtet werden musste. Die Bekl. meint, dies sei mit der Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG, die zwischen ihr und der Bekl. jedenfalls mittelbar zu berücksichtigen sei, nicht zu vereinbaren.

Prüfungsrelevanz:

Aufgabenstellungen, die „Transferleistungen" (wie hier zwischen dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht) verlangen, gelten als besonders anspruchsvoll und sind daher für Examensklausuren interessant.

Ein Schadensersatzanspruch der Kl. kam nur aus deliktischen Anspruchsgrundlagen, hier insbesondere aus § 823 I BGB in Betracht. Die Kl. konnte sich aufgrund der Substanzverletzung des Gleisabschnittes auf eine Eigentumsverletzung berufen. Zwar gehört das Schienennetz dem Bund, doch hält dieser sämtliche Anteile an der Deutschen Bahn AG und damit auch an der Kl. als deren Tochter (sog. privatrechtlich organisiertes Staatsunternehmen). Zudem konnte sich die Kl. darauf berufen, dass der betroffene Gleisabschnitt bis zur Reparatur nicht befahrbar war und damit nicht bestimmungsgemäß verwendet werden konnte. Denn zur Annahme einer Eigentumsbeeinträchtigung ist eine Substanzverletzung nach Ansicht de Rechtsprechung nicht erforderlich, wenn die Verwendungsbeeinträchtigung – wie hier – eine gewisse Intensität erreicht (vgl. sog. Fleet-Fall, *BGH*, NJW 1971, 886; die Annahme einer EIgentumsverletzung gem. § 823 I BGB ist allerdings umstritten, s.u. Vertiefungshinweise).

Schließlich war außerdem ein Eingriff in den gem. Art. 14 GG geschützten, eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB zu bejahen. Ein solcher Eingriff setzt voraus, dass der Kernbereich des Gewerbebetriebes unmittelbar betroffen ist, also ein betriebsbezogener, finaler Eingriff vorliegt (*BGH*, NJW 2004, 356). Der Kernbereich des Unternehmens der Kl. liegt in der Bereitstellung des Schienennetzes. Dies wurde ihr zielgerichtet durch die Bekl. verwehrt, so dass die Finalität des Eingriffs zu bejahen war.

Die Aktion war auch rechtswidrig, da nicht von Art. 8 I GG gedeckt. Zunächst war festzustellen, dass zwischen der Kl. als privatrechtlich-organisiertem Unternehmen und der Bekl. nur mittelbare Grundrechtswirkung herrscht. Zudem waren – wie bereits festgestellt – auch grundrechtlich geschützte Positionen der Kl. betroffen. Dies erforderte eine Interessenabwägung, die hier zugunsten des Kl. ausfällt: Wie ein privater Eigentümer auf seinem Grundstück keine Versammlungen i.S.d. Art. 8 I GG dulden muss, kann auch die Kl. als Eigentümerin des Schiennetzes andere von der Einwirkung auf ihr Eigentum ausschließen (vgl. § 903 BGB). Zudem ist das Grundrecht der Bekl. aus Art. 8 GG verfassungsgemäß durch die Eisenbahn-, Bau- und Betriebsordnung (EBO) eingeschränkt worden. Letztlich kann auch das von der Bekl. vorgebrachte Argument der Polizeifestigkeit der Versammlung nicht durchgreifen. Denn selbst wenn die Polizei die Versammlung zunächst hätte auflösen müssen, betrifft dies nicht das Verhältnis zwischen der Kl. und der Bekl. Als juristische Person des Privatrechts muss sich die Kl. das Verhalten der Sicherbehörden nämlich nicht zurechnen lassen.

Im Ergebnis lag ein Entschädigungsanspruch der Kl. vor.

Vertiefungshinweise:

❑ Eigentumsverletzung durch Verwendungsbeeinträchtigung: *BGH*, NJW-RR 2005, 673 [674] (Beschädigung der Oberleitung an einem Gleisabschnitt; Eigentumsverletzung bejaht); NJW 1998, 377 (mehrtägige Blockade von Baumaschinen als Eigentumsverletzung); NJW 1983, 2313 (Deichbruch, ähnlich Fleet-Fall, jedoch keine Bejahung einer Eigentumsverletzung); NJW 1971, 886 (Fleet-Fall; Eigentumsverletzung bzgl. des „eingesperrten" Schiffes); VersR 1979, 905 [906]; *OLG Karlsruhe* VersR 1975, 36 (Frachtgüter); *Möschel*, JuS 1977, 1 (für eine generelle Berücksichtigung der Nutzungsbeeinträchtigung als Eigentumsverletzung)

❑ Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Ge-

werbebetrieb: *BGH*, NJW 2008, 2502 (Keine Haftung bei Schädigung eines Arbeitnehmers); NJW 2004, 356; NJW 2003, 1041 (zur Betriebsbezogenheit); NJW, 1968, 1279 (Keine Haftung bei Beschädigung eines Stromkabels)

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs:* "Der defekte Gaszug"
❑ *Examenskurs:* "Der betrunkene Kranführer"

Leitsätze:
1. Die Wahrnehmung des Grundrechtes der Versammlungsfreiheit gem. Art 8 GG verleiht einem Teilnehmer nicht mehr Rechte, als sie der Einzelne im Rahmen der allgemeinen Gesetze hat.
2. Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit führt nicht zu dem Privileg, sich unabhängig und einschränkungslos gegenüber den Rechten Dritter in beliebiger Form zu versammeln.
3. Das gilt auch mit Rücksicht auf die neueste Rechtsprechung des BVerfG zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in den Bereichen, in denen der Staat sich privatrechtlicher Handlungsformen bedient (BVerfG 1 BvR 699/06). Denn die damit verbundene unmittelbare Grundrechtsbindung von öffentlich beherrschten Subjekten des Privatrechtes erstreckt sich auf deren vorwiegend dem öffentlichen Verkehr gewidmete Flächen zu dem Zweck der Teilnahme am gegenseitigen Meinungskampf im Wege der friedlichen Versammlung. Eine Freistellung von den Regelungen im Zivilrecht für den Fall der Entstehung von Schäden dabei enthält sie nicht.

Sachverhalt (vereinfacht):
Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz für die Reparatur eines nach einer Blockadeaktion beschädigten Gleises.
Die Klägerin betreibt als Tochtergesellschaft der Deutschen Bahn AG u. a. die eingleisige Bahnverbindung zwischen H. und J. Die Beklagte ist eine langjährig aktive Antimilitaristin und begab sich gemeinsam mit drei weiteren Personen in der Nacht vom 9. auf den 10. Februar 2008 zu dieser Bahnstrecke, wo sie sich auf das Gleis legte, ihre Unterarme, an denen jeweils Stahlseile befestigt waren, in ein von ihr oder ihrem Umfeld unter den Schienenstrang eingebrachtes Stahlrohr steckte und die beiden Seile dann mit einem arretierten Schloss verband. Mit dieser Aktion wollte sie einen Zug mit Bundeswehrausrüstungsteilen an der Weiterfahrt in Richtung P. hindern. Der Zug musste anhalten. Die Beklagte verließ das Gleis trotz entsprechender Aufforderung durch sowohl Sicherheitskräfte der Landes- als auch der Bundespolizei unter Hinweis darauf nicht, sie selbst könne die Fixierung nicht lösen. Schließlich wurde das Gleis auf Anweisung der Bundespolizei auf einer Länge von mehreren Metern teilweise herausgetrennt und die Beklagte sodann samt Rohr aus dem Gleisbereich entfernt, sodass der Zug nach der Reparatur des Gleises seine Fahrt morgens fortsetzen konnte.

Aus den Gründen:
Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

A. Anspruch aus § 823 I BGB dem Grunde nach gegeben
Die angefochtene Entscheidung hält einer Überprüfung im zweiten Rechtszug stand, denn die Klägerin hat gegen die Beklagte dem Grunde nach einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 2 ZPO (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., 2010, § 540 Rn. 13 m. w. N.) auf die im Ergebnis zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Grundurteils Bezug genommen.

I. Eigentumsverletzung

1. Nichtbenutzbarkeit der Schienen
Die einen Anspruch dem Grunde nach voraussetzende Eigentumsverletzung liegt in der durch die Schienenblockade bedingten Nichtbenutzbarkeit der Schienen, wobei eine Beeinträchtigung der Substanz nicht erforderlich ist. Es reicht vielmehr die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache über einen nicht nur kurzfristigen Zeitraum aus. Ausweislich der Feststellungen der 3. Kleinen Strafkammer des Landgerichts Flensburg in dem Urteil vom 30. November 2010 - III Ns 62/10 - musste die Bahnstrecke zwischen H. und J. von 3.00 Uhr bis 6.48 Uhr gesperrt werden, sodass es sich nicht um eine lediglich kurzfristige Beeinträchtigung handelte.

2. Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb
Außerdem hat die Beklagte mit ihrer Aktion das Recht der Klägerin an ihrem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt, das ebenfalls von § 823 BGB geschützt wird. Dem Landgericht kann nicht darin beigepflichtet werden, dass die zeitweise Einschränkung der Bewegungsfreiheit des Zuges in eine Richtung keine auf den Gewerbebetrieb bezogene Verletzungshandlung beinhalte. Nach § 823 Abs. 1 BGB kommt ein Anspruch wegen Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs in Betracht, wenn die Beeinträchtigung unmittelbar in dessen Kernbereich eingreift, also betriebsbezogen ist und nicht die Rechte betrifft, die von dem Gewerbebetrieb ohne weiteres abgelöst werden können (BGH NJW 2004, 356). Um eine solche zielgerichtete Betriebsbeein-

trächtigung handelt es sich hier, denn die Klägerin war durch die Aktion der Beklagten unmittelbar an dem bestimmungsgemäßen Gebrauch ihres Gleises gehindert.

Zwar gehört nach der von dem Landgericht insoweit herangezogenen Entscheidung (BGH NJW-RR 2005, 673) die Befahrbarkeit von Gleisen nicht zum Gewerbebetrieb eines Eisenbahnverkehrsunternehmens. Anders als in dem dortigen Fall ist die Klägerin hier jedoch kein Verkehrsunternehmen, sondern macht einen Schadensersatzanspruch als Netzbetreiberunternehmen geltend. Mit der Beeinträchtigung des Schienenweges zwischen H. und J. ist auch dessen Nutzbarkeit und damit der Gewerbebetrieb unmittelbar betroffen, denn der Geschäftsgegenstand des Betriebes der Klägerin als Netzbetreiberin besteht gerade darin, den mit ihr über die verschiedenen Nutzungsverträge verbundenen Eisenbahnverkehrsunternehmen wie hier der … die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit der Schienenwege zu ermöglichen. Ist der Klägerin eine solche Zurverfügungstellung des Gleises wie hier infolge der Aktion der Beklagten nicht möglich, so sieht sie sich etwaigen Regressforderungen der Verkehrsunternehmen ausgesetzt und ist insoweit in ihrem originären Geschäftsfeld als Anbieterin des Fahrweges betroffen. Die Aktion der Beklagten ist auch zielgerichtet gegen diesen Teil des Geschäftsgegenstandes der Klägerin gerichtet gewesen, denn die Beklagte wollte den Zugbetrieb für die Dauer ihrer Aktion lahm legen und auf diesem Wege indirekten Druck in Gestalt der Erzeugung wirtschaftlicher Einbußen auf die Klägerin ausüben.

II. Rechtswidrigkeit

Die Aktion war auch rechtswidrig, denn die Beklagte kann sich wegen ihres Tuns nicht mit Erfolg auf ihre Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG berufen, da diesem Grundrecht das auch für die Klägerin als juristische Person geschützte Grundrecht deren Eigentums aus Art. 14 GG entgegensteht, welches zugleich die Versammlungsfreiheit unabhängig davon begrenzt, ob die durch die Bundespolizei verfügte Entfernung der Beklagten aus dem Gleisbereich rechtmäßig oder rechtswidrig war.

1. Mittelbare Grundrechtswirkung

Zunächst ist der Schutzbereich des Art. 8 GG als unmittelbar geltendes Grundrecht der Beklagten nicht betroffen. (...)

Aber auch unter Berücksichtigung einer mittelbaren Geltung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit ist die im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB widerrechtliche Aktion der Beklagten nicht zu rechtfertigen. Neben der unmittelbaren Schutzfunktion entfalten die Grundrechte zwischen natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts eine drittschützende Wirkung, so dass es in den vorliegenden Fällen grundsätzlich mit der Prüfung des Art. 8 GG als direkt geltendem Schutzrecht nicht sein Bewenden haben kann. Eine unmittelbare Drittwirkung der originär als Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliche Eingriffe konzipierten Grundrechte ist zwar insoweit nicht anerkannt (vgl. BVerfGE 7, 198; 54, 208 (217); von Münch/Kunig-von Münch, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., Vorb. Art. 1 - 19 GG, Rn. 31). Allerdings sind die Grundrechte zumindest in Gestalt einer mittelbaren Drittwirkung aufgrund ihres Charakters als objektive verfassungsrechtliche Wertentscheidungen bei der Auslegung der für Private geltenden Rechtsnormen heranzuziehen (OLGR Saarbrücken, 2004, 497).

2. Abwägung

Mithin beantwortet sich die Frage der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Aktion der Beklagten vor dem Hintergrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Wege einer wertenden Betrachtung der jeweils grundrechtlich geschützten Positionen der Parteien. Nur wenn sich im Rahmen dieser Abwägung feststellen ließe, dass die Versammlungsfreiheit der Beklagten in der hier zur Überprüfung gestellten Form ihrer Ausübung gegenüber dem Grundrechtsschutz der Klägerin das Übergewicht hätte, müsste die Klägerin die Aktion der Beklagten entschädigungslos dulden. Allerdings zeigt eine interessengerechte Bewertung der jeweiligen Rechtsgüter der Parteien, dass dies bei Weitem nicht der Fall ist.

a) Eigentümer muss keine Versammlungen auf einem Grundstück dulden (§ 903 BGB)

Nach der generellen Systematik des Grundrechtskatalogs berechtigt die in die Schrankensystematik der anderen Grundrechte eingebundene Versammlungsfreiheit grundsätzlich nicht dazu, eine Versammlung gegen den Willen des Eigentümers auf einem Privatgrundstück durchzuführen. Art. 8 GG beinhaltet in erster Linie ein Abwehrrecht gegen den Staat (BVerfGE 69, 315), welches grundsätzlich etwa nur das Recht einräumt, eine im Allgemeingebrauch stehende Straße mit zu benutzen (BVerfGE 73, 206), aber keine Rechte gegenüber einem Eigentümer verleiht, der eine Versammlung auf seinem Grundstück nicht dulden will. Zwar gilt dies für von der öffentlichen Hand beherrschte oder in deren Alleineigentum stehende Unternehmen des Privatrechts nicht mehr uneingeschränkt. Allerdings beschränkt sich deren unmittelbare Grundrechtsbindung auf Bereiche, die der Öffentlichkeit allgemein zugänglich oder dem öffentlichen Verkehr allgemein gewidmet worden sind (vgl. BVerfG a. a. O., Rn. 65 f.). Wenn solche Orte nicht betroffen sind, können auch diese Unternehmen grundsätzlich andere von jeder Einwirkung auf ihre Grundstücke gemäß § 903 BGB ausschließen. Art. 8

GG garantiert die Beteiligung an einer geistigen Auseinandersetzung. In solch einer Beteiligung erschöpft sich auch grundsätzlich die Rolle dieses Grundrechts im Zusammenhang mit der öffentlichen Meinungsbildung. Die Versammlungsfreiheit kann Verhaltensweisen, die dem Einzelnen verboten sind, nicht deshalb rechtfertigen, weil sie in der Form einer Versammlung praktiziert werden. Sie gibt einem Versammlungsteilnehmer nicht das Recht, im Rahmen der Versammlung Dinge zu tun, die er als Einzelner nicht tun dürfte. Der Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit wird dort verlassen, wo es nicht mehr nur um die geistige Auseinandersetzung, die Artikulierung der gegensätzlichen Standpunkte im Meinungskampf und die Kundbarmachung des Protestes geht, sondern wo die Aktionen darauf angelegt sind, durch zielgerichtete Ausübung von Zwang Dritte in rechtlich erheblicher Weise daran zu hindern, ihre geschützten Rechtsgüter zu nutzen. Das Recht der Versammlungsfreiheit deckt grundsätzlich nicht Maßnahmen, die nicht zur Überzeugung der Gegenseite im Meinungskampf, sondern dazu führen sollen, dass sich die Gegenseite ohne Möglichkeit zu eigener freier Willensentscheidung einem auf sie ausgeübten Zwang beugt (OLG Dresden, Urteil vom 16. November 2010 - 9 U 765/10). Es gibt kein wie auch immer geartetes Versammlungsprivileg, das es erlaubte, sich unabhängig und einschränkungslos gegenüber den Rechten Dritter in einer Form zu versammeln, wie immer es dem Teilnehmer beliebt (vgl. BayObLG NVwZ 1995, 311) oder in der etwa auf schützenswerte Rechtspositionen Dritter unverhältnismäßiger Druck ausgeübt würde.

Nach diesen Maßstäben muss das Eigentum bzw. das Gewerbe der Klägerin nicht hinter die Versammlungsfreiheit der Beklagten zurücktreten. Als in Trägerschaft der Deutschen Bahn AG und damit in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft geführtes Netzbetreiberunternehmen ist die Klägerin Teil der nach der Umstrukturierung der ehemaligen Deutschen Bundesbahn in privater Rechtsform vorgehaltenen öffentlichen Daseinsvorsorge. Als wesentlicher und auch wichtigster Teil ihres insoweit zu verzeichnenden Vorsorgeauftrags obliegt ihr in erster Linie die Zurverfügungstellung eines leistungsfähigen Schienennetzes für die Belange des öffentlichen Schienennah- und -fernverkehrs.

b) Verstoß gegen Vorschriften der EBO (Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung)

Allerdings ist in die vorgenannte Wertungsentscheidung einzustellen, dass sich die Beklagte mit der Ausübung des Versammlungsrechtes in der von ihr gewählten Aktionsform nicht im Rahmen der Gesetze bewegt hat. Unabhängig davon, dass sie insoweit wegen ihres Verhaltens durch die 3. Kleine Strafkammer des Landgerichts Flensburg mit dem Urteil vom 30. November 2010 - III Ns 62/10 - wegen der Störung öffentlicher Betriebe gemäß § 316 b Abs. 1 StGB in Tateinheit mit Nötigung gemäß § 240 StGB zu einer Geldstrafe verurteilt worden ist, hat das Landgericht in dem hier angefochtenen Grundurteil zutreffend darauf abgestellt, dass die Beklagte sich mit ihrer Aktion auch über die §§ 62, 63 Abs. 2, 64 b EBO hinweggesetzt hat, wobei aus Sicht des Senats ergänzend noch § 64 EBO heranzuziehen ist, denn die Beklagte hat mit ihrer Aktion auch ein Fahrhindernis dargestellt.

c) Polizeifestigkeit der Versammlung

Auch das Prinzip der „Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts“ führt zu keinem anderen Ergebnis. (...) Mithin könnte unterstellt werden, dass der insoweit zuständigen Landespolizei ein Fehler unterlaufen ist, da dieser Fehler - worauf bereits das Landgericht zutreffend abgehoben hat - das Verhältnis der Beklagten zu den Sicherheitsbehörden beträfe und die Klägerin sich deren Verhalten als juristische Person des Privatrechts nicht zurechnen lassen müsste.

III. Haftungsausfüllende Kausalität

Auch im Hinblick auf die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität durch die Aktion der Beklagten begegnet das angefochtene Grundurteil des Landgerichts keinen berufungsrechtlichen Bedenken. Zutreffend erscheint insbesondere die Feststellung, dass es nicht zum Einsatz der Sicherheitskräfte gekommen wäre, wenn die Beklagte sich nicht an die Gleise arretiert gehabt hätte. (...) Ergänzend ist anzumerken, dass das auf Veranlassung der Klägerin zu verzeichnende Tätigwerden der Bundespolizei bzw. der Feuerwehr als Ausübung der gegen verbotene Eigenmacht erlaubten Selbsthilfe des Besitzers i. S. v. § 859 BGB anzusehen ist. Der Beklagten war bewusst bzw. ist spätestens mit der Aufforderung der Polizisten bewusst geworden, das Gleis zu verlassen, dass die Ankettung nicht auf das Einverständnis der Klägerin stieß. Mithin stellte die Aktion verbotene Eigenmacht dar, gegen die sich die Klägerin auch als juristische Person des Privatrechts mit unmittelbarer Gewalt hätte erwehren dürfen. Dass sie sich insoweit der Bundespolizei zur Entfernung der Beklagten aus dem Gleisbett bediente, führt in diesem Zusammenhang ebenso wenig zu einer anderen Bewertung wie der Umstand, dass die Beklagte - nach ihren Angaben - sich von alleine aus ihrer Ankettung hätte befreien können und dies im Falle einer ordnungsgemäßen Auflösung der Versammlung auch getan hätte.

Standort: ZPO I Problem: Rechtsmittel

OLG FRANKFURT A.M., BESCHL. VOM 21.04.2011
3 U 216/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Kl. beschäftigte den Bekl., dem sie – nach ihrer Ansicht – zuviel Provision gezahlt hatte. Der Bekl. trägt die Bezeichnung Handelsvertreter, ist jedoch tatsächlich nur für die Kl. tätig und erzielte innerhalb der letzten sechs Monate durchschnittlich nicht mehr als 1.000 € Provision. Vor dem zuständigen Landgericht erhob die Kl. Klage, gerichtet auf Provisionsrückerstattung. Das Landgericht hat die Klage durch Urteil als unzulässig abgewiesen, da der Rechtsweg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht gegeben sei. Hiergegen richtet sich die Berufung der Kl.

Prüfungsrelevanz:

Der Handelsvertreter i.S.d. § 84 HGB muss selbständiger Kaufmann sein (Löwisch in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 84 HGB Rn. 12). Damit unterscheidet er sich wesentlich vom Arbeitnehmer, den gerade die soziale Abhängigkeit vom Arbeitgeber, also die Unselbständigkeit auszeichnet. Rechtsstreitigkeiten des und gegen den Handelsvertreter gehören daher regelmäßig vor die ordentlichen Gerichte (Löwisch in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 84 HGB Rn. 22). Ausnahmsweise gilt jedoch auch der Handelsvertreter gem. § 5 III ArbGG i.V.m. § 92 a HGB als Arbeitnehmer. Es handelt sich dabei um den sog. Einfirmenvertreter, der tatsächlich nicht selbständig ist, sondern einen dem Arbeitnehmer vergleichbaren Status hat. Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Einfirmenvertretern sind daher vor der Arbeitsgerichtsbarkeit auszutragen (§ 2 I Nr. 3 a ArbGG), so dass die Klage vor dem Landgericht mangels Rechtswegzuständigkeit unzulässig war.

Jedoch hatte das Landgericht verkannt, dass § 17 a GVG einschlägig war, der u.a. das Verfahren bei Rechtswegunzuständigkeit regelt. § 17 a GVG soll der Verfahrensbeschleunigung dienen, was sich insbesondere darin ausdrückt, dass Entscheidungen zur Rechtswegzuständigkeit vorab möglich sind und keinen Antrag des Betroffenen voraussetzen (MünchKommZPO/Zimmermann, § 17 a GVG Rn. 1). Dementsprechend bestimmt § 17 a II, IV GVG, dass das Gericht die Klage nicht durch Prozessurteil abweisen darf, wenn es den Rechtsweg für nicht gegeben hält, sondern per Beschluss entscheiden muss (MünchKommZPO/Zimmermann, § 17 a GVG Rn. 13). Das richtige Rechtsmittel gegen eine derartige Entscheidung ist folglich nicht die Berufung, sondern die sofortige Beschwerde gem. § 17 a IV 3 GVG i.V.m. §§ 567 ff. ZPO. Das Landgericht hatte hier jedoch fälschlich durch Urteil entschieden. In diesem Fall greift der Grundsatz der Meistbegünstigung, wonach dem Betroffenen nicht nur das eigentlich einschlägig Rechtsmittel zur Verfügung steht, sondern auch dasjenige, das der Form der Entscheidung entspricht (Musielak, Vor §§ 511 ff. Rn. 31). Da gegen Endurteile der ersten Instanz gem. § 511 I ZPO die Berufung statthaft ist, konnte die Kl. auch hier im Wege der Berufung vorgehen. In der Sache ändert dies jedoch nichts: Der Senat verweist hier gem. § 17 a II 1 GVG an das zuständige Arbeitsgericht.

Für Kandidaten des zweiten Staatsexamens dürfte zudem der Antrag der Kl. interessant sein, die nur „äußerst hilfsweise“ die Verweisung an das Arbeitsgericht beantragt hatte (Rn. 1 des Beschl.). Das entspricht nicht einem klassischen Hilfsantrag. Nach wohl herrschender Ansicht ist jedoch auch ein hilfsweise gestellter Prozessantrag zulässig, um Verzögerungen des Rechtsstreits zu vermeiden (zusammenfassend: Anders/Gehle, Rn. K-24 m.w.N.) Der Senat musste sich hierzu nicht äußeren, da er aufgrund seiner Verweisungskompetenz aus § 17 a II 1 GVG ohnehin nicht an den (Hilfs-)Verweisungsantrag gebunden war.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Prinzip der Meistbegünstigung: *OLG Frankfurt a.M.*, RA 2011, 217 = NJW-RR 2011, 216 (Berufung als statthaftes Rechtsmittel gegen 2. VU); *BGH*, NJW 1999, 583 [584]; NJW 1987, 442; NJW 1999, 1113; *Hennemann/Hess*, JuS 2010, 987 (Klausur); *Deubner*, JuS 2007, 528

Kursprogramm:

❑ *Assessorkurs*: “Ein englisches Teeservice”

❑ *Assessorkurs*: “Wer nicht zahlt, der fliegt...”

Leitsätze (der Redaktion):

Entscheidungen zur Rechtswegunzuständigkeit trifft das angerufene Gericht im Wege des Beschlusses. Hiergegen steht dem Beschwerten die sofortige Beschwerde gem. § 17 a IV 3 GVG i.V.m. §§ 567 ff. ZPO als Rechtsmittel zur Verfügung. Hat das angerufene Gericht jedoch fälschlich durch Urteil entschieden, ist nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung auch die Berufung statthaft.

Sachverhalt:

[1] Durch das angegriffene Urteil, auf das zur Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird (Bl.

109 - 113 d.A.) hat das Landgericht die auf Provisionsrückerstattung gerichtete Klage als unzulässig abgewiesen, weil der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet sei. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die ihr erstinstanzliches Ziel weiter verfolgt. Sie begehrt hilfsweise die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht zur Durchführung einer Entscheidung nach § 17 a GVG, äußerst hilfsweise die Verweisung an das Arbeitsgericht Frankfurt am Main.

Aus den Gründen:

A. Berufung statthaft

[2] Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Da das Landgericht durch Urteil anstatt - wie durch § 17 a Abs. 2 und Abs. 4 GVG vorgegeben - durch Beschluss entschieden hat (Zöller-Lückemann, ZPO 28. Aufl., § 17 a GVG, Rdz. 17 m.N. aus der Rechtsprechung) war nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung die Berufung statthaft und zulässig. Das Berufungsgericht ist auch nicht durch § 17 a Abs. 5 GVG gehindert, die Zulässigkeit des Rechtsweges zu überprüfen. Denn es ist weder eine Entscheidung in der Hauptsache noch eine von Amts wegen zu treffende Entscheidung nach § 17 a GVG ergangen. Die Rechtswegfrage ist im Berufungsverfahren nach wie vor entscheidungserheblich, denn das Landgericht hat den Zivilrechtsweg für nicht gegeben erachtet, woran der Beklagte im Berufungsverfahren festhält, indem er das angefochtene Urteil verteidigt.

B. Zivilrechtsweg nicht gegeben

[3] Inhaltlich ist das Landgericht mit Recht davon ausgegangen, dass der Zivilrechtsweg nicht gegeben ist, weil der Beklagte unter dem Kreis der in §§ 92 a HGB, 5 Abs. 3 Arbeitsgerichtsgesetz genannten Handelsvertreter fällt. Dass er in den letzten 6 Monaten des Vertragsverhältnisses nicht mehr als durchschnittlich € 1.000,-- verdient hat, ist dabei unstreitig.

I. Bekl. ist „Einfirmenvertreter" i.S.d. § 5 III ArbGG i.V.m. § 92 a HGB

[4] Der Beklagte ist auch als Handelsvertreter zu behandeln, welcher vertraglich nicht für weitere Unternehmen tätig werden darf (sog. Einfirmenvertreter).

[5] Gemäß § 24 des Vertriebspartnervertrages durfte der Beklagte für andere Gesellschaften im Bereich der Vermittlung und der Beratung, bezogen auf Versicherungen und Finanzdienstleistungen nur mit ausdrücklicher Einwilligung der Klägerin unmittelbar oder mittelbar tätig werden. Die Berufung argumentiert, dabei handele es sich nur um die Konkretisierung des ohnehin nach § 86 HGB bestehenden Wettbewerbsverbotes für den Handelsvertreter. Dem kann nicht gefolgt werden. Denn das Wettbewerbsverbot ist auf das Absatzgebiet des Unternehmers beschränkt (Baumbach/Hopt, HGB 34. Aufl. 2010, § 86, Rdz. 27). Dabei kann es dahinstehen, wie das Absatzgebiet zu definieren ist, ob es sich beispielsweise auf den dem Handelsvertreter zugewiesenen Bezirk beschränkt (MK-v. Hoyningen-Huene, 3. Aufl. 2010, § 86, Rdz. 37). Eine solche Einschränkung auf das Absatzgebiet findet sich nämlich in § 24 des Vertriebspartnervertrages nicht. Im Übrigen gehr der ausdrückliche Einwilligungsvorbehalt über das nur mittelbar auf den Vertrag einwirkende Wettbewerbsverbot aus § 86 HGB hinaus. Die vorgesehene Einwilligung ist hier nicht erteilt worden (vgl. LAG Hamm, Beschluss vom 18.2.2009 - 2 Ta 863/07). Ob der Beklagte um eine solche nachgesucht hat, ist dabei unerheblich.

[6] Das weitere Argument, der Beklagte sei nicht daran gehindert, außerhalb der durch § 24 des Vertriebspartnervertrages untersagten Tätigkeit etwas anderes zu tun, vermag eine anders lautende Entscheidung nicht zu rechtfertigen. Dieses Kriterium ist nicht maßgeblich für die Beurteilung, ob der Handelsvertreter als Einfirmenvertreter anzusehen ist, denn auch ein Handelsvertreter im Nebenberuf fällt unter die Vorschrift des § 92 a HGB (BAG NJW 2005, 1146). Die von der Klägerin herangezogene Entscheidung des hiesigen Oberlandesgerichts (22. Zivilsenat, Beschluss vom 8.1.2010 - 22 W 55/09) ist daher ebenfalls nicht einschlägig.

II. Verweisung an das Arbeitsgericht, § 17 a II GVG

[7] Obwohl das Landgericht im Ergebnis inhaltlich zutreffend entschieden hat, konnte das Urteil keinen Bestand haben, weil es die Klage nicht als unzulässig hätte abweisen dürfen (Zöller, a.a.O., Rdz. 9). Für eine Entscheidung nach § 17 a Abs. 2 GVG bedurfte es dabei keines Verweisungsantrages, weil über die Rechtswegfrage von Amtswegen zu entscheiden ist. Das angegriffene Urteil war daher aufzuheben und der Rechtsstreit durch Beschluss an das Arbeitsgericht Frankfurt am Main zu verweisen (Zöller, a.a.O., Rdz. 17; OLG Rostock, NJW 2006, 2563).

C. Kostenentscheidung nicht veranlasst

[8] Eine Kostenentscheidung war im Hinblick auf § 17 b Abs. 2 GVG nicht veranlasst. Die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens waren allerdings wegen unrichtiger Sachbehandlung durch das Landgericht nicht zu erheben, weil sie bei richtiger Sachbehandlung nicht entstanden wären (§ 21 GKG, vgl. Zöller-Heßler a.a.O., § 538, Rdz. 58).

[9] Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die Entscheidung keine grundsätzliche Bedeutung hat. Es handelt sich um einen Einzelfall. Im Übrigen liegt keine Divergenz im Sinne von § 17 a Abs. 4 S. 5 GVG vor.

Standort: Kaufrecht Problem: Nacherfüllung

BGH, URTEIL VOM 09.03.2010
VIII ZR 266/09 (BB 2011, 898)

Problemdarstellung:

Der Kl. leaste zu unternehmerischen Zwecken ein Audi S4-Cabriolet von der A-Leasing-GmbH, das diese zuvor von der Bekl. erworben hatte. Bereits wenige Tage nach der Übergabe stellte der Kl. Mängel fest und führte den Pkw zur Nachbesserung bei der Bekl. vor. Diese behob in insgesamt zwei Reparaturversuchen einen Teil der Mängel. Es blieb jedoch ein Fehler des Motors, der sich in Zündaussetzern, sporadischem Leistungsverlust und Rütteln des Motors zeigte. Daraufhin trat der Kl. vom Vertrag zurück und verlangte von der Bekl. die Rückzahlung des Kaufpreises an die Leasinggeberin Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw.

Die Instanzgerichte haben die Klage abgewiesen, da der Kl. beweisfällig geblieben sei. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage, ob der Kl. seiner Beweislast für das Fehlschlagen der Nacherfüllung nachgekommen ist.

Dies deutet zunächst auf ein zivilprozessuales Problem hin. Tatsächlich spielen Beweislastfragen insbesondere im Kaufrecht auch in der materiell-rechtlichen Falllösung eine Rolle. Denn § 363 BGB weist dem Käufer u.a. die Beweislast dafür zu, dass die Kaufsache bereits bei Übergabe an einem Mangel i.S.d. §§ 434, 435 BGB litt. In der Fallprüfung wird die Beweislastfrage häufig im Zusammenhang mit der Vermutung des § 476 BGB behandelt, wonach die Beweislast für das Vorliegen des Mangels im Verbrauchsgüterkauf entgegen § 363 BGB den Verkäufer trifft.

Vorliegend ging es jedoch nicht um das Vorliegen des Mangels bei Übergabe, sondern um das Fortbestehen eines Mangels nach zwei Nachbesserungsversuchen der Bekl.

Der Kl. war vom Kaufvertrag zurückgetreten und begehrte nun aus abgetretenem Recht die Rückabwicklung gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 346, 348 BGB von der Bekl. Jedoch hatte der Kl. keine Frist gem. § 323 I BGB gesetzt, sondern sich auf das Fehlschlagen der Nachbesserung gem. § 440 S. 2 BGB berufen, wodurch das Fristsetzungserfordernis entfällt (§ 440 S. 1 BGB). Die Nachbesserung gilt nach dem zweiten erfolglosen Nachbesserungsversuch als fehlgeschlagen. Auch hier setzt sich die in § 363 BGB enthaltene Beweislastverteilung fort, so dass der Käufer grds. beweisen muss, dass der Mangel trotz zweifach versuchter Nachbesserung fortbesteht – auf die Beweislastumkehr des § 476 BGB konnte sich der Kl. mangels Verbrauchsgüterkauf nicht berufen. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, da der Kl. nicht beweisen konnte, dass das erneute Auftreten des Mangels auf den Misserfolg der Nacherfüllung zurückzuführen sei. Insofern sei nach Ansicht des Berufungsgerichts auch denkbar, dass der Mangel auf eine neue Mängelursache zurückzuführen sei. Die Unaufklärbarkeit gehe zulasten des Kl.

Der Senat erkennt jedoch, dass diese Ansicht die Anforderungen an die Beweislast des Kl. überspannt. Dieser genügt seiner Beweislast bereits durch den Nachweis, dass das Mangelsymptom auch nach der versuchten Nachbesserung weiterhin auftritt. Eine andere Bewertung ist nur dann gerechtfertigt, wenn das erneute Auftreten des Mangelsymptoms eventuell auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach deren erneuter Übernahme durch den Käufer (bzw. Leasingnehmer) beruht (so schon BGH, NJW 2009, 1341). Hierfür waren jedoch keine Anhaltspunkte erkennbar. Der Nachweis, dass das Mangelsymptom auch weiterhin auftritt, war bereits im Verfahren vor dem Landgericht von einem Sachverständigen festgestellt und somit geführt worden. Der Kl. ist folglich wirksam zurückgetreten und konnte die Rückabwicklung begehren.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Fehlschlagen der Nacherfüllung: *BGH*, NJW 2009, 1341 (Zur Beweislast); NJW 2007, 504 (Reparaturversuch in Drittwerkstatt)

❑ Zur Beweislast im Zivilrecht: *Zieglmeier*, JuS 2007, 701 (Zu § 280 I 2 BGB); *Gsell*, JuS 2005, 967 (Zur Beweislast für den Sachmangel beim Verbrauchsgüterkauf); *Schmidt*, JuS 2003, 1007

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Augen auf beim Mustangkauf"

❑ *Examenskurs:* "Das verschmähte Gefährt

Leitsatz:

Der Käufer einer Sache genügt seiner Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung durch den Nachweis, dass das von ihm gerügte Mangelsymptom weiterhin auftritt. Anders ist dies nur, wenn das erneute Auftreten des Mangelsymptoms möglicherweise auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach deren erneuter Übernahme durch den Käufer beruht (im Anschluss an Senatsurteil in NJW 2009, 1341).

Sachverhalt:
Der Kläger ist Leasingnehmer eines als Geschäftsfahrzeug genutzten A. Cabriolet. Die Beklagte verkaufte das Kraftfahrzeug zu einem Kaufpreis von 68.398,48 € an die A. Leasing GmbH, die es mit Leasingvertrag vom 25. Mai 2004 unter Abtretung sämtlicher ihr zustehender Ansprüche und Rechte gegen Dritte wegen Mängeln des Fahrzeugs an den Kläger verleaste.
Das bestellte Kraftfahrzeug wurde dem Kläger am 1. Juni 2004 von der Beklagten übergeben. Bereits kurze Zeit danach beanstandete der Kläger das Auftreten verschiedener Mängel, die zum Teil von der Beklagten behoben wurden. Es blieb jedoch ein Fehler des Motors, der sich in Zündaussetzern, sporadischem Leistungsverlust und Rütteln des Motors (unruhiger Lauf) zeigte. Die Beklagte führte insoweit Reparaturen am 7./8. Juli 2004 (Austausch eines Spannungsversorgungsrelais) und bei einem zweiwöchigen Werkstattaufenthalt des Fahrzeugs zwischen dem 15. und 30. September 2004 (Austausch des elektronischen Nockenwellenverstellers) aus.
Am 7. Oktober 2004 erklärte der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich eines Wertersatzes für Gebrauchsvorteile in Höhe von 1.622,41 €, somit in Höhe von 66.370,47 €, an die A. Leasing GmbH Zug um Zug gegen Übergabe des A. Cabriolet in Anspruch.
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Aus den Gründen:
[5] Die Revision hat Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[6] Das Berufungsgericht hat ausgeführt:
[7] Das vom Kläger geltend gemachte Rücktrittsrecht gemäß § 437 Nr. 2, §§ 440, 439, 323 BGB bestehe nicht.
[8] Soweit sich die Beklagte auf Nachbesserungsarbeiten eingelassen habe, könne sie später zwar nicht mehr in Abrede stellen, dass der Mangel bei Übergabe des Fahrzeugs an den Käufer vorgelegen habe. Habe aber der Käufer die Kaufsache nach einer Nachbesserung des Verkäufers wieder entgegengenommen, trage er die Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung. Bleibe nach zweimaliger Nachbesserung ungeklärt, ob das erneute Auftreten eines Mangels auf den Misserfolg der Nachbesserung des Verkäufers oder auf eine neue Mängelursache zurückzuführen sei, so gehe dies zu Lasten des Käufers.

B. Entscheidung des BGH
[10] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Klägers aus abgetretenem Recht gemäß §§ 398, 437 Nr. 2, §§ 323, 440, 346 Abs. 1, § 348 BGB gegen die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises - abzüglich gezogener Gebrauchsvorteile - in Höhe von 66.370,47 € an die A. Leasing GmbH Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs nicht verneint werden. Das Berufungsgericht verkennt, dass der Käufer grundsätzlich nicht die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, auf welche Ursache ein Sachmangel der verkauften Sache zurückzuführen ist. Etwas anderes gilt nur, wenn nach einer vorausgegangenen Nachbesserung durch den Verkäufer ungeklärt bleibt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf der erfolglosen Nachbesserung oder auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach deren erneuter Übernahme durch den Käufer beruht (Senatsurteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 274/07, NJW 2009, 1341 Rn. 23). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

I. Käufer hat Fortbestehen des Mangels zu beweisen
[11] Der Käufer ist beweisbelastet dafür, dass ein Mangel bei Übergabe der Kaufsache (§ 434 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 446 Satz 1 BGB) vorlag und dieser trotz Nachbesserungsversuchen des Verkäufers weiter vorhanden ist. Die aus § 363 BGB folgende Beweislastverteilung gilt gleichermaßen, wenn der Käufer die Kaufsache nach einer erfolglosen Nachbesserung wieder entgegengenommen hat. In diesem Fall muss der Käufer das Fortbestehen des Mangels, mithin die Erfolglosigkeit des Nachbesserungsversuchs, beweisen (Senatsurteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 274/07, aaO Rn. 14 f.).

II. Subsumtion
[12] Diesen Beweis hat der Kläger jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts geführt. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, die dieses auf der Grundlage der entsprechenden Ausführungen des Sachverständigen getroffen hat, weist das A. Cabriolet auch nach den Nachbesserungsversuchen der Beklagten noch den - ebenso in der Fehlermeldung der Motorelektronik dokumentierten - Mangel "Verbrennungsaussetzer" verbunden mit Rütteln und unrundem Lauf des Motors auf. Der vom Landgericht beauftragte Sachverständige hat zwar bei den ersten beiden Begutachtungen des Fahrzeugs keine Mängel in Bezug auf die Motorleistung feststellen können. Bei der dritten Begutachtung hat der Sachverständige jedoch zweimal einen geringen Leistungsverlust und leichtes Rütteln des Motors und damit verbunden einen unruhigen Lauf des Motors festgestellt. Auch hat er zweimal die Fehlermeldung "Verbrennungsaussetzer" im Fehlerspeicher des Motorsteuergeräts gefunden.

III. Beweislast erstreckt sich jedoch nicht auf die Mangelursache

[13] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts obliegt es dem Kläger dagegen nicht nachzuweisen, dass die vom Sachverständigen bestätigten Verbrennungsaussetzer auf derselben Ursache wie die kurz nach der Übergabe des Fahrzeugs aufgetretenen Motorstörungen beruhen. Das Berufungsgericht verkennt, dass es nicht darauf ankommt, ob ein Sachmangel möglicherweise auf eine neue Mangelursache zurückgeführt werden kann, wenn die Mangelursache allein im Fahrzeug zu suchen ist und nicht auf einer unsachgemäßen Behandlung seitens des Käufers oder eines Dritten beruhen kann. So ist es hier.

[14] Anders als in dem der vorgenannten Entscheidung (Senatsurteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 274/07, aaO) zugrunde liegenden Fall kommen hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ausschließlich Ursachen für die Verbrennungsaussetzer in Betracht, die im Fahrzeug selbst begründet liegen und nichts mit einer unsachgemäßen Behandlung durch den Käufer oder Dritte zu tun haben, nämlich "eine defekte Zündspule, defekte Zündkerze, defektes Einspritzventil, mechanische Defekte am Motor oder ein Wackelkontakt in der Elektrik des Fahrzeugs". Auf welche dieser Ursachen die Verbrennungsaussetzer zurückzuführen sind, die der Kläger bereits kurz nach der Übernahme des Fahrzeugs im Juni 2004 bemängelte, ist unerheblich, weil jede einzelne der dafür in Frage kommenden Ursachen einen Sachmangel darstellt.

IV. Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen richtig

[15] Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

[16] Den Mangel eines zeitweiligen Leistungsverlusts verbunden mit Rütteln und unrundem Lauf des Motors zeigte der Kläger der Beklagten bereits kurz nach der Übergabe des Fahrzeugs an, was zu den zumindest zwei Nachbesserungsversuchen im Juli und September 2004 führte. Bei dieser Sachlage kann, auch wenn mangels Vorliegens der Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs nicht die Vermutung des § 476 BGB zugunsten des Klägers eingreift, kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass der Sachmangel - die Ursache der damals aufgetretenen Mangelsymptome - bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs des Fahrzeugs vorlag. Ungeklärt geblieben ist allerdings, ob die später bei der Begutachtung des Fahrzeugs durch den vom Landgericht beauftragten Sachverständigen festgestellten Verbrennungsaussetzer auf dieselbe Ursache zurückzuführen sind wie die anfänglich aufgetretenen Motorstörungen. Diese Ungewissheit geht indessen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu Lasten des Klägers. Der Käufer genügt seiner Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung durch den Nachweis, dass das Mangelsymptom - hier: zeitweiliger Leistungsverlust, Rütteln und unrunder Lauf des Motors - weiterhin auftritt. Anders verhält es sich nur dann, wenn das erneute Auftreten des Mangelsymptoms möglicherweise auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach deren erneuter Übernahme durch den Käufer beruht (Senatsurteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 274/07, aaO). Dafür bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte.

Strafrecht

Standort: § 33 StGB **Problem: Handeln aus Furcht bei Motivbündel**

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Vorfeldmaßnahmen bei Versammlung

VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 08.03.2010
10 B 09.1102 U.A. (BAYVBL 2011, 109)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatten übereifrige Polizisten im Vorfeld des Cristopher Street Day (CSD) 2006 in München den Klägern verboten, mit einem als "Papamobil" gekennzeichneten Wagen am CSD teilzunehmen. Der Wagen zeigte auf Plakaten den Papst in einer Fotomontage mit Kondomen in der Hand und war mit zahlreichen Transparenten versehen, auf denen kritische Zitate Benedikts XVI. über Homosexuelle wiedergegeben waren. Die Polizisten beriefen sich darauf, sie hätten zur Verhinderung von Straftaten (§§ 103, 185, 166 StGB) einschreiten müssen. Dem war i.E. nicht so, das Verhalten der Kläger war straflos. Da dies auch für die Polizisten vor Ort erkennbar war (Merke: Ein Tatsachenirrtum, nicht aber ein Rechtsirrtum kann eine Anscheinsgefahr begründen), handelten sie rechtswidrig.

A. Prozessual war der Fall in eine sog. Fortsetzungsfeststellungsklage eingekleidet. Schon in deren Zulässigkeit macht das Gericht hochinteressante Ausführungen, z.B. zur Erledigung eines Verwaltungsakts durch Vollzug und zum Rehabilitationsinteresse bei Grundrechtsbeeinträchtigungen, vor allem aber zur Klagebefugnis einer Person, die zwar nicht Adressat des angegriffenen Verwaltungsakts ist, aber dennoch mittelbar von ihm betroffen wird. Nach (zutreffender) Ansicht des VGH können auch mittelbar eingreifende Maßnahmen Grundrechte verkürzen mit der Folge, dass auch ein nur mittelbar Betroffener aus Grundrechten klagebefugt sein kann.

B. Materiell war schon bei der Ermächtigungsgrundlage zu klären, wie sich das Versammlungsgesetz (im Fall noch das VersG des Bundes, heute hat Bayern bekanntlich ein eigenes Landes-VersG) zum allgemeinen Polizeirecht verhält. Namentlich ging es um die Frage, ob bei sog. "Vorfeldmaßnahmen" gegen Teilnehmer einer Versammlung auf die landesrechtliche Generalklausel des Polizeirechts zurückgegriffen werden darf, weil das VersG keine Vorfeldmaßnahmen regelt, oder ob das VersG für alle versammlungsrechtlich relevanten Eingriffe abschließend ist mit der Folge, dass ein Rückgriff auf Landesrecht gesperrt ist ("Polizeifestigkeit von Versammlungen"). Der VGH München entschied sich für ersteres, allerdings ohne Begründung und unter angreifbarem Verweis auf das BVerwG.

C. Weiterhin zeigt der Fall, dass auch in einer öffentlich-rechtlichen Klausur Strafrecht zu prüfen sein kann, nämlich dann, wenn ein Verstoß gegen Strafgesetze als Teil des geschriebenen Rechts zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit führen könnte. Im Rahmen der Strafrechtsprüfung kann dann wiederum öffentliches Recht eine Rolle spielen, so hier im Rahmen der §§ 103, 185 StGB die Meinungs- und Kunstfreiheit aus Art. 5 I 1, III GG (sog. "Wechselwirkungslehre" des BVerfG).

Prüfungsrelevanz:

Der Fall könnte ohne jede Veränderung in eine Examensklausur übernommen werden. Er spielt in Bayern, ließe sich aber ohne Probleme auf jedes andere Bundesland übertragen. Besondere Examensrelevanz erhält er daraus, dass die Zulässigkeit von Veranstaltungen wie der Loveparade, des CSD und ähnlichen Aufzügen immer wieder öffentlich und juristisch kontrovers diskutiert werden. Ferner ist die "Polizeifestigkeit von Versammlungen" und ihre Durchbrechung eines der gegenwärtig am häufigsten von den Gerichten behandelten ordnungsrechtlichen Themen überhaupt. Die RA hat darüber in den vergangenen Monaten immer wieder berichtet (vgl. Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

❑ Polizeifestigkeit von Versammlungen: *VGH Mannheim*, RA 2010, 753 = VBlBW 2010, 468; *BVerfG*, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; *BVerwGE* 82, 34 [38]; *VGH Mannheim*, DVBl 1998, 837 [839]; RA 2007, 705; *OLG Celle*, RA 2006, 270 = NVwZ-RR 2006, 25; *Meßmann*, JuS 2007, 524

❑ Versammlungsbegriff: *VG Lüneburg*, RA 2007, 38 = NJW 2006, 3299; NdsVBl 2003, 249 (speziell zu Skinhead-Konzerten); *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274 (allgemein zum streitigen Versammlungsbegriff)

❑ Spaßveranstaltungen sind keine Versammlung: *VG Hamburg*, RA 2001, 450; *Deger*, NJW 1997, 923

❑ Keine Vermutung von Gefahren bei rechtsgerichteter Versammlung: *BVerfG*, BayVBl 2005, 594 = RA 2005, 629

❑ Voraussetzungen einer Schmähkritik: *BVerfG*, NJW

2003, 961
❑ Grenzen der Meinungsfreiheit bei Satire: *BVerfG*, NJW 2002, 3767
❑ Satirische Äußerung in Fernseh-Talkshow: *BVerfG*, NJW 1998, 1386 ("Münzen-Erna")

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs:* "XY ungelöst"
❑ *Examenskurs:* "Waffen-SS"

Leitsätze:
1. Zur Klagebefugnis bei Grundrechtsbeeinträchtigungen durch polizeiliche Maßnahmen.
2. Die polizeiliche Befugnis, Straftaten zu verhüten oder zu unterbinden, setzt eine rechtswidrige Tat voraus, die den Tatbestand eines Strafgesetzes tatsächlich erfüllt. Eine juristisch fehlerhafte Bewertung durch die Polizei reicht zur Rechtfertigung einer auf diese Befugnis gestützten Anordnung nicht aus.

Sachverhalt:
Anlässlich des jährlichen Christopher Street Days - CSD - sollte in München (M) im Jahre 2006 ein großer politischer Umzug mit mehr als 30 Wagen stattfinden. Veranstaltet wurde der CSD von vier Vereinen, die zur Durchführung eine GmbH gegründet haben, welche die Veranstaltungen vorbereitet, koordiniert und als politische Demonstration bei der Stadt M. angemeldet hat.
An dem Aufzug sollte auch der streitgegenständliche Wagen der Kläger (Kl. zu 1 und 2), ein kleinerer Lkw, teilnehmen, der von den Klägern gemeinsam geschmückt und bei der CSD-GmbH angemeldet worden war. Auf dem Wagen befand sich beim Eintreffen der (von einem katholischen Priester alarmierten) Polizei gegen 10.20 Uhr ein Schild mit der Aufschrift "PAPAMOBIL Wir sind Papst???". An den offenen Seiten des Lkw waren große Plakate mit Abbildungen des Papstes Benedikt XVI. angebracht. Auf allen durch Fotomontage hergestellten Porträts war der Papst, dem auf zwei Plakaten eine Aids-Schleife an die weiße Soutane angeheftet war, mit einem dem kleinen Finger der rechten Hand übergezogenen Kondom zu sehen. Auf zwei Plakaten waren darüber hinaus Mund und Augen des Papstes geschminkt sowie die Haare teilweise gefärbt. Auf diesen beiden Bildern hielt der Papst zusätzlich ein weiteres Kondom zwischen Daumen und Zeigefinger der rechten Hand. Unter den Plakaten waren Schriftzüge angebracht, die wie folgt lauteten:
- Homosexuelle Beziehungen sind zutiefst unmoralisch
- Homosexualität ist eine schwere Sünde!
- Homosexuellen ist mit Achtung, Mitleid und Takt zu begegnen!
- Homosexuelle sind gerufen, ein keusches Leben zu führen.
Auf der Ladefläche des Lkw befand sich eine sitzende Puppe, die mit einem Messgewand bekleidet war und offensichtlich den Papst darstellen sollte. Sie trug eine violette Stola, auf der eine Vielzahl von Ansteckern angebracht war, darunter auch deutlich das doppelte Zeichen für "männlich".
Wegen des Anfangsverdachtes der Begehung einer Straftat forderte der Einsatzleiter der Polizei den zu diesem Zeitpunkt allein anwesenden Kläger zu 1 formell ordnungsgemäß auf, die Papst-Plakate sowie die Papst-Puppe zu entfernen, andernfalls dürfe der Wagen an der Parade nicht teilnehmen. Der Kläger zu 1 kam der Aufforderung nach.
Ein gegen den Kläger zu 1 eingeleitetes Ermittlungsverfahren wegen Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten (§ 103 StGB) und Beschimpfung von Bekenntnissen (§ 166 StGB) wurde sanktionslos eingestellt.
Anschließend erhoben die Kläger Klage vor dem Verwaltungsgericht (VG) und begehrten Feststellung, dass das polizeiliche Vorgehen rechtswidrig war. Sie fühlen sich in ihren Grundrechten aus Art. 5 I, III und 8 I GG verletzt.
Der beklagte Freistaat Bayern (Bekl.) hingegen meint, der Kläger zu 2 sei schon nicht klagebefugt, weil sich die polizeiliche Maßnahme allein an den Kläger zu 1 gerichtet habe. Im Übrigen müssten die Grundrechte der Kläger zurückstehen, wenn der Verdacht der Begehung von Straftaten im Raum gestanden habe. Dass eine solche nach Prüfung der Staatsanwaltschaft i.E. nicht vorgelegen habe, sei ohne Belang, da für die Polizisten vor Ort nicht ohne weiteres erkennbar gewesen. Ferner sei die Ausstrahlungswirkung des Art. 4 I GG zugunsten des auf den Bildern verschmähten und verunstalteten Papstes zu beachten.

Wie wird das VG entscheiden?

[Auszug aus dem Bay. Polizeiaufgabengesetz (PAG):

§ 11 - Allgemeine Befugnisse
(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die § 12 bis 48 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.
(2) Eine Maßnahme im Sinn des Absatzes 1 kann die Polizei insbesondere dann treffen, wenn sie notwendig ist, um
1. Straftaten, Ordnungswidrigkeiten oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden,

2. durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen oder
3. Gefahren abzuwehren oder Zustände zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit der Person oder die Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen.
Straftaten im Sinn dieses Gesetzes sind rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen. Ordnungswidrigkeiten im Sinn dieses Gesetzes sind rechtswidrige Taten, die den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen.]

Lösung:
Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg
Um vor dem VG Erfolg zu haben, müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Nach § 40 I 1 VwGO setzt dies eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraus. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind, was wiederum der Fall ist, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigen bzw. verpflichten. So liegt es mit den hier streitentscheidenden Normen des BayPAG, namentlich des Art. 11 I, oder des BayVersG, die jeweils Behörden und damit zwingend Hoheitsträger berechtigen. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Da ferner keine abdrängenden Sonderregelungen i.S.d. § 40 I 1 VwGO vorliegen, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart
Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren der Kläger, § 88 VwGO. Diese wenden sich hier gegen die polizeiliche Anordnung zur Entfernung der Papstpuppe und -plakate. Der VGH München hält hierfür eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO für statthaft:
"Die vorliegenden Klagen sind als Fortsetzungsfeststellungsklagen analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig."

[Anm.: Der VGH erwähnt also nicht einmal die m.M., welche bei Erledigung des VA vor Klageerhebung nicht § 113 I 4 VwGO analog, sondern die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO anwenden will. Das BVerwG hatte in einer Entscheidung von 1999 einmal in diese Richtung tendiert (BVerwG, RA 1999, 592 = DVBl 1999, 1660), diese aber in der Folge nicht bestätigt. Dennoch sollte in einer Klausur die a.A. zumindest angesprochen - wenn auch abgelehnt - werden. Gegen eine Anwendung des § 43 I VwGO spricht, dass der möglicherweise zufällige Erledigungszeitpunkt nicht zu unterschiedlichen Klagearten führen kann, und ferner, dass ein VA kein Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO darstellt. Zwar mag aus dem VA ein Rechtsverhältnis folgen, dieses ist aber erstens nicht Gegenstand des Klägerbegehrens und würde zweitens auch bei unterstellter Rechtswidrigkeit des VA bestehen (nur unwirksame Verwaltungsakte entfalten keine Rechtswirkung); eine Klage auf Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses nach § 43 I 2. Fall VwGO hätte also von vornherein keine Aussicht auf Erfolg.]

"Die angefochtene Maßnahme stellt einen Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 Satz 1 BayVwVfG dar, der sich bereits vor Klageerhebung dadurch erledigt hat, dass die polizeiliche Anordnung, die Plakate mit den Papstabbildungen sowie die Papstpuppe auf dem für den Christopher Street Day geschmückten Wagen der Kläger zu entfernen, sich in ihren rechtlichen Auswirkungen mit ihrer Vollziehung erschöpft hat, ohne dass eine Rückgängigmachung dieser Vollziehung noch möglich wäre (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, RdNr. 103 zu § 113 VwGO)."

[Anm.: Fehlerhaft wäre es gewesen, die Erledigung hier durch Zeitablauf zu bejahen, denn für die Verfügung des Polizisten, Papstpuppe und -plakate zu entfernen, mag der CSD Motiv gewesen sein, sie war aber nicht zeitlich auf diesen beschränkt (hätte eine Straftat vorgelegen, zu deren Abwehr die Polizei ja eingeschritten ist, wäre deren Fortdauer auch nicht auf den CSD beschränkt gewesen). Deshalb hatte sich die Verfügung nicht etwa mit Ende des CSD erledigt. Es blieb nur eine Erledigung "auf andere Weise" i.S.d. § 43 II VwVfG (hier: Art. 43 II BayVwVfG), nämlich durch Vollzug. Vollzug kann einen VA zwar nur erledigen, wenn es sich nicht um einen Dauer-VA handelt und dieser nicht mehr als Rechtsgrund für das Aufrechterhalten des status quo oder den Erlass eines Kostenbescheids dienen muss. Diese engen Voraussetzungen lagen hier aber vor. Die Verfügung war kein Dauer-VA, sondern erschöpfte sich in einem einmaligen Verhalten; für das Aufrechterhalten des status quo bedurfte es auch keiner Fortgeltung des VA (anders z.B. bei Geldleistungen), und da der Kläger zu 1 den VA selbst befolgt hatte, waren auch keine Kosten (etwa für eine Ersatzvornahme) entstanden. Somit ist die Annahme einer Erledigung durch Vollzug hier vielleicht für ein Gutachten zu knapp begründet, i.E. aber richtig (vgl. hierzu ausführlich BVerwG, RA 2009, 81 = NVwZ 2009, 122).]

III. Klagebefugnis
"Wie bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist das Bestehen einer Klagebefugnis gemäß § 42 Abs.

2 VwGO Sachurteilsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, RdNr. 125 zu § 113 VwGO)."

1. Kläger zu 1)
Während sich beim Kläger zu 1 die Klagebefugnis bereits daraus ergibt, dass er Adressat des streitgegenständlichen Verwaltungsaktes war, mit dem ihm die Entfernung der Papstplakate und der Papstpuppe auferlegt worden war und er sich dadurch in seinen Rechten verletzt fühlte, ist dem Kläger zu 2 gegenüber tatsächlich keine Anordnung erlassen worden.

2. Kläger zu 2)
Jedoch ergibt sich für diesen die Klagebefugnis daraus, dass der streitgegenständliche Verwaltungsakt auch für ihn eine Grundrechtsbeeinträchtigung darstellt. Hierfür ist erforderlich, dass der Verwaltungsakt materiell eine Regelung trifft, welche die persönliche Rechtssphäre des Klägers berührt (Happ in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, RdNr. 101 zu § 42 VwGO). Es darf sich nicht um lediglich refllexartige Wirkungen des Verwaltungsakts handeln, sondern die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung muss für den Betroffenen rechtliche Bindungswirkung auslösen.
Dies ist vorliegend der Fall. Der Kläger zu 2 hat [...] das von der Polizei beanstandete Fahrzeug gemeinsam mit anderen für den Einsatz am CSD vorbereitet. Er hat dieses Fahrzeug zum Teil hergerichtet und war auch für die Anmeldung und die Sicherheit des Fahrzeugs gegenüber der Organisation des CSD verantwortlich. Mit der auf dem Fahrzeug angebrachten und von der Polizei beanstandeten Dekoration wollte auch der Kläger zu 2 seine Kritik an den Äußerungen der katholischen Kirche zur Homosexualität zum Ausdruck bringen. [...] Nach Entfernung der Plakate und der Papstpuppe aufgrund der streitgegenständlichen polizeilichen Anordnung war es dem Kläger zu 2 nicht mehr möglich, mit diesem Fahrzeug seine Meinung zu den Äußerungen des Papstes kundzutun. Sein Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 GG war unmittelbar durch den erlassenen Verwaltungsakt beeinträchtigt. Aufgrund der Tatsache, dass es nur ein Fahrzeug gab, das zur Äußerung dieser Meinung vorbereitet und geeignet war, ergibt sich unmittelbar die rechtliche Bindungswirkung für den Kläger zu 2."

IV. Fortsetzungsfeststellunginteresse
"Für ihr Klagebegehren haben die Kläger auch ein berechtigtes Feststellungsinteresse im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Nach ständiger Rechtsprechung (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, RdNr. 129 zu § 113 VwGO) genügt dafür jedes nach vernünftigen Erwägungen nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art. Neben dem Interesse an der Geltendmachung von Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen wird ein Feststellungsinteresse auch anerkannt, wenn die begehrte Feststellung, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war, zur Rehabilitierung erforderlich ist, weil der Verwaltungsakt diskriminierenden Charakter hatte oder wegen der konkreten Gefahr der Wiederholung gleichartiger Verwaltungsakte."

1. Rehabilitationsinteresse
"Im vorliegenden Fall kann den Klägern das für ihre Fortsetzungsfeststellungsklagen erforderliche Rehabilitationsinteresse nicht abgesprochen werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann ein ideelles Feststellungsinteresse auch in Betracht kommen, wenn noch im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts die in Frage stehende Maßnahme den Kläger objektiv in seinem grundrechtlich geschützten Bereich beeinträchtigt (vgl. BVerwG vom 23.3.1999 NVwZ 1999, 991). Hierzu zählen namentlich Feststellungsbegehren, die polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben (vgl. BVerwG vom 29.4.1997 NJW 1997, 2534). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es zwar mit dem Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, grundsätzlich vereinbar, wenn die Gerichte ein Rechtsschutzinteresse nur so lange als gegeben ansehen, als ein gerichtliches Verfahren dazu dienen kann, eine gegenwärtige Beschwer auszuräumen, einer Wiederholungsgefahr zu begegnen oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff zu beseitigen. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gebietet es aber, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, in Fällen tiefgreifender, tatsächlich jedoch nicht fortwirkender Grundrechtseingriffe auch dann die Rechtmäßigkeit des Eingriffs gerichtlich klären zu lassen, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz darf nicht von der weiteren Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass an dem Betroffenen ein Exempel statuiert oder sein Ansehen in der Öffentlichkeit herabgesetzt wurde (vgl. BVerfG vom 7.12.1998 NVwZ 1999, 290).
Unter Anwendung dieser Grundsätze ist ein berechtigtes Interesse der Kläger, die Rechtswidrigkeit der Anordnung vom 12. August 2006 feststellen zu lassen, gegeben. Die Kläger haben sich auf die Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Im Hinblick auf das Spannungsfeld zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung der Kläger und dem polizeilichen Auftrag der Unterbindung von Straftaten haben die Kläger ein berechtigtes Interesse an der Klärung, ob die von ihnen durch die verfremdeten

Papstdarstellungen und die Papstpuppe geäußerte Kritik an der Lehre der Katholischen Kirche zu Fragen der Homosexualität Straftaten darstellen oder ob ihre Meinungsäußerung in Form der Satire geschützt ist. Diese Frage hat Bedeutung für die weitere kritische Auseinandersetzung von Homosexuellen mit kirchlichen Lehrmeinungen. Es würde der Bedeutung des grundrechtlich geschützten Rechts auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG nicht entsprechen, wenn die Möglichkeit der gerichtlichen Klärung der streitgegenständlichen Rechtsfragen entfiele."

2. Wiederholungsgefahr
"Das Feststellungsinteresse wäre darüber hinaus wohl auch wegen der bestehenden Wiederholungsgefahr zu bejahen. Die Kläger haben in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie mit dem Wagen in den nächsten Jahren wieder am CSD teilnehmen und dabei die beanstandeten Papstbilder und die Papstpuppe zeigen wollen."

IV. Vorverfahren
Fraglich ist, ob in analoger Anwendung des § 68 I 1 VwGO vor Erhebung der Fortsetzungsfeststellungsklage ein Vorverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Dies ist bei Erledigung vor Klageerhebung streitig (Einzelheiten bei Ehlers, Jura 2001, 415, 420). Eine m.M. (Schenke, Jura 1980, 133, 140) spricht sich dafür aus, um der Behörde noch eine Selbstkontrolle zu ermöglichen. Die h.M. (BVerwGE 26, 161, 166; NJW 1989, 2486; st.Rspr.) hingegen lehnt eine vergleichbare Interessenlage zwischen geregeltem Fall - Anfechtungsklage - und ungeregeltem Fall - Fortsetzungsfeststellungsklage - ab, da in letzterem Fall das Ziel des Vorverfahrens, nämlich die Aufhebung des VA, nicht mehr erreicht werden kann; der VA ist ja bereits erledigt und somit allein deshalb schon unwirksam geworden, § 43 II VwVfG.
Diese Streitfrage kann hier jedoch auf sich beruhen, da in Bayern jedenfalls durch Art. 15 II BayAGVwGO das Vorverfahren abgeschafft wurde. Diese Vorschrift würde entsprechend auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage gelten, sofern man auf diese ungeachtet der o.g. Bedenken § 68 I 1 VwGO doch analog anwenden wollte. Somit ist jedenfalls hier kein Vorverfahren durchzuführen gewesen.

V. Frist
Weiterhin streitig ist, ob für die Fortsetzungsfeststellungsklage die Fristen des § 74 I VwGO analog gelten (bzw. mangels Rechtsmittelbelehrung dann § 58 II VwGO gilt), oder nur an Verwirkung zu denken ist. Hier mag all dies jedoch auf sich beruhen, da aus dem Sachverhalt weder Daten für eine Verfristung noch gar für eine Verwirkung ersichtlich sind.

[Anm.: Das BVerwG (RA 1999, 592 = DVBl 1999, 1660) hat explizit entschieden, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht fristgebunden ist, somit nur Verwirkung in Betracht kommt. Eine Streitentscheidung wird aber nur selten erforderlich sein, da sich die Verwirkung ebenfalls an § 58 II VwGO anlehnt, also auch frühestens nach einem Jahr in Betracht kommt.]

Die Klagen sind nach alledem zulässig.

B. Streitgenossenschaft
Die Kläger klagen gegen den selben Verwaltungsakt. Sie werden also aus dem selben rechtlichen Grund verpflichtet und können ihre Klagen daher als Streitgenossen nach §§ 64 VwGO i.V.m. 59 ff. ZPO miteinander verbinden.

C. Begründetheit
Die Klage ist begründet, wenn gegen den richtigen Beklagten (Passivlegitimation) vorgegangen wird, der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig war und die Kläger dadurch in ihren Rechten verletzt wurden, § 113 I 1, 4 VwGO.

I. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO
Richtiger Beklagter und damit passivlegitimiert ist hier der Freistaat Bayern als Rechtsträger der bayerischen Polizei, Art. 1 PAG i.V.m. Art. 1 I, II POG.

[Anm.: Außerhalb Bayerns wird der richtige Beklagte zutreffenderweise als Zulässigkeitsmerkmal geprüft. Da der Fall jedoch in München spielt, erfolgt die Prüfung hier gemäß den bayerischen Gewohnheiten zu Beginn der Begründetheitsprüfung. Selbstverständlich dürfen im Gutachten zu Aufbaufragen keine Ausführungen gemacht werden, vgl. zu den Hintergründen aber die kritische Darstellung von Heidebach, BayVBl 2010, 170, der das bayerischen Modell als "historisches Relikt" bezeichnet.]

II. Rechtswidrigkeit des VA
Fraglich ist, ob die Polizei rechtmäßig gehandelt hat. Dann müsste die Verfügung, Papstpuppe und -plakate zu entfernen, von einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage gedeckt gewesen sein und deren formelle und materielle Voraussetzungen müssten vorgelegen haben. Fehlte es an einer dieser Voraussetzungen, wäre das polizeiliche Handeln rechtswidrig gewesen.

1. Ermächtigungsgrundlage
Fraglich ist, welche Ermächtigungsgrundlage hier in Betracht kommt.

a. Versammlungsgesetz
Beim CSD könnte es sich um eine öffentliche Ver-

sammlung handeln mit der Folge, dass das Versammlungsgesetz (VersG) Anwendung finden könnte. Was unter einer Versammlung zu verstehen ist, ist im einzelnen streitig. Aber auch nach dem engsten Versammlungsbegriff liegt eine Versammlung vor, wenn mehrere Personen zum Zwecke öffentlich-politischer Meinungskundgabe an einem Ort zusammenkommen. Dass dies bezüglich des CSD insgesamt und des Wagens der Kläger im besonderen der Fall ist, unterliegt keinem Zweifel. Die Rolle der Homosexuellen in der Gesellschaft und die Haltung der katholischen Kirche zu dieser Frage sind Gegenstand öffentlich-politischer Diskussion. Am CSD kann ferner jedermann teilnehmen, sodass es sich auch um eine öffentliche Versammlung i.S.d. VersG handelt.
Allerdings enthält das VersG keine Ermächtigungsgrundlage für ein Handeln wie das hier streitgegenständliche. Die Polizei ist im Vorfeld des eigentlichen CSD gegen die Kläger eingeschritten, indem sie diese mit ihrem nach ihren Vorstellungen gestalteten Wagen erst gar nicht am CSD hat teilnehmen lassen. Solche Vorfeldmaßnahmen gegen Versammlungsteilnehmer erfasst das VersG nicht; vielmehr enthält es in diesem Stadium lediglich Regelungen, die sich an die Veranstalter wenden (z.B. §§ 5, 14, 15 VersG). Zwar könnte man auf den Gedanken kommen, § 15 I VersG anzuwenden (so kommentarlos BVerfG, RA 2010, 451 = NVwZ-RR 2010, 625 für die Anordnung einer Durchsuchung aller potenziellen Teilnehmer), dem steht jedoch der zwingende Gesetzeswortlaut entgegen, wonach "die Versammlung" von Auflagen abhängig gemacht werden kann. Erstens setzt § 15 I VersG also eine bereits bestehende Versammlung voraus, und zweitens sind dort nicht die einzelnen Teilnehmer Adressaten von Maßnahmen, sondern die Veranstalter.

b. Allgemeines Polizeirecht
Scheidet das VersG als Ermächtigungsgrundlage für Vorfeldmaßnahmen gegen Versammlungsteilnehmer aus, so bleibt fraglich, ob in diesen Fällen auf allgemeines Polizeirecht zurückgegriffen werden kann.

aa. Rückgriff erlaubt
Der BayVGH hat damit überhaupt keine Probleme:
"Als Rechtsgrundlage für die streitgegenständliche Anordnung kommt allein Art. 11 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz - PAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.9.1990 (GVBl S. 397) in Betracht, da die Polizeibeamten im Vorfeld der Versammlung tätig geworden sind und das im Jahr 2006 geltende Versammlungsgesetz des Bundes für solche Anordnungen gegen Teilnehmer der Versammlung keine spezielle Regelung aufwies (vgl. BVerwGE 129, 142 = NVwZ 2007, 1439; Meßmann, JuS 2007, 524, 526)."

[Anm.: Ob der VGH sich hier zu Recht auf das BVerwG beruft, ist mehr als fraglich. In der zitierten Entscheidung hat das BVerwG zwar in der Tat eine Vorfeldmaßnahme gegen Versammlungsteilnehmer (nämlich eine Meldeauflage) nach allgemeinem Polizeirecht zugelassen, aber explizit nur, weil es um die Abwehr von Störungen der Versammlung durch unfriedliche Teilnehmer ging. Wörtlich heißt es beim BVerwG (NVwZ 2007, 1439, 1441 f., Hervorhebungen v.d.Red.): "Art. 8 I GG gebietet aber nicht, dass jeder Eingriff in die Versammlungsfreiheit unabhängig von seiner Art und seinem Gewicht eine besondere versammlungsrechtliche Regelung erfährt. Eine solche Regelung ist insbesondere für die Meldeauflage entbehrlich, weil diese [...] nicht darauf abzielt, das Grundrecht über die in ihm selbst angelegten Grenzen hinaus einzuschränken. Da die Polizei mit der Meldeauflage das Ziel verfolgt, eine Person von der Versammlung fernzuhalten, die sich – mutmaßlich – unfriedlich verhalten und somit nicht dem Schutz des Art. 8 I GG unterfallen wird, beabsichtigt sie nicht die Einschränkung des Grundrechts, sondern nimmt diese nur – für den Fall der Fehlprognose – als unbeabsichtigte Nebenfolge in Kauf."
Dass hier die Kläger als friedliche Teilnehmer am CSD in den Genuss des Art. 8 I GG gekommen wären, also im Gegensatz zur BVerwG-Entscheidung ein gezielter Eingriff in ihre Versammlungsfreiheit in Form der Unterbindung ihrer Meinungsäußerung vorlag, ist evident. Es darf daher sehr bezweifelt werden, dass das BVerwG auch in diesem Fall eine Durchbrechung der Polizeifestigkeit zugelassen hätte.]

bb. Polizeifestigkeit der Versammlung
Dagegen wird angeführt, das VersG regele die Rechtsverhältnisse von (öffentlichen) Versammlungen abschließend. Soweit eine solche vorliege, sei ein Rückgriff auf allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht der Länder daher gesperrt (sog. "Polizeifestigkeit der Versammlung", vgl zu dieser nur VGH Mannheim, RA 2010, 753 = VBlBW 2010, 468; BVerfG, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80), schon um die strengeren Anforderungen des VersG nicht durch Berufung auf eine allgemeine Generalklausel umgehen zu können.
Nach dieser Auffassung läge schon keine Ermächtigungsgrundlage vor. Das VersG enthält eine solche nicht, und der Rückgriff auf Art. 11 PAG wäre der Polizei verwehrt.

cc. Stellungnahme
Der zweiten Ansicht ist zuzugeben, dass auch die Anreise zu Versammlungen von der Versammlungsfreiheit des Art. 8 I GG umfasst ist, Maßnahmen im Vor-

feld einer Versammlung also auch in den Schutzbereich des Art. 8 I GG eingreifen können. Allerdings nimmt das BVerwG (BVerwGE 129, 142) mit Recht an, dass dies nicht automatisch bedeutet, dass das VersG für jede versammlungsrelevante Maßnahme abschließend ist. Lässt das VersG einen ganzen Bereich - wie die Vorfeldmaßnahmen gegen potenzielle Versammlungsteilnehmer - völlig unerwähnt, so kann nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass den Behörden in diesem Bereich keinerlei Handlungsmöglichkeiten gegeben werden sollten. Man denke nur an Fälle, in denen Waffen etc. zum Versammlungsort gebracht werden sollen, um Unfrieden zu stiften. Vielmehr lässt die entsprechende Lücke im VersG darauf schließen, dass der Gesetzgeber diesen Bereich noch dem allgemeinen Polizeirecht unterwerfen wollte. Erst wenn eine Versammlung tatsächlich vorliegt, gilt ausschließlich das VersG mit seinen strengen Eingriffsvoraussetzungen (ebenso Meßmann, JuS 2007, 524, 526). Danach kommt Art. 11 PAG hier als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

[Anm.: Der Fall spielt 2006, sodass es nur auf das Verhältnis des Bundes-VersG zum BayPAG ankam. Mittlerweile verfügt Bayern jedoch über ein eigenes Landes-VersG. In diesem finden sich sehr wohl Regelungen zu Vorfeldmaßnahmen gegenüber Versammlungsteilnehmern (z.B. Art. 6 II BayVersG: "auf dem Weg zur Versammlung..."), allerdings keine, die die hier ergangene Verfügung rechtfertigen könnten. Spätestens unter Geltung des BayVersG bekäme die zweite Meinung also erheblichen Aufwind: Man wird jedenfalls nicht mehr sagen können, der Gesetzgeber habe den Bereich der Vorfeldmaßnahmen gegen Teilnehmer aus dem Landes-VersG ausgenommen. Konsequenterweise müsste man dann von einer Polizeifestigkeit ausgehen.
Außer in Bayern gibt es gegenwärtig nur in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Niedersachsen Landes-Versammlungsgesetze. Soweit diese auch Vorfeldmaßnahmen gegen Teilnehmer enthalten (z.B. in § 3 II Nr. 1 NdsVersG), gilt das soeben zum BayVersG Gesagte entsprechend.]

2. Formelle Rechtmäßigkeit
Laut Sachverhalt handelte die Polizei formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit
In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein. Der VGH umreißt zunächst kurz den Tatbestand:
"Gemäß Art. 11 Abs. 1 PAG kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren. Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 PAG bestimmt, dass die Polizei eine Maßnahme im Sinne des Absatzes 1 insbesondere dann treffen kann, wenn sie notwendig ist, um Straftaten zu verhüten oder zu unterbinden. Straftaten im Sinn dieses Gesetzes sind rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen (Art. 11 Abs. 2 Satz 2 PAG)."

a. Gefahr
Fraglich ist zunächst, ob hier die tatsächliche Gefahr der Begehung einer Straftat bestand. Der VGH prüft die in Betracht kommenden Straftatbestände der Reihe nach durch, kommt aber zu dem Ergebnis, dass keine Verwirklichung eines Straftatbestandes zu befürchten war:

(1). § 185 StGB
"Unter Beleidigung ist nach der Rechtsprechung der Angriff auf die Ehre eines anderen durch die Kundgabe von Nicht-, Gering- oder Missachtung zu verstehen (Lenckner in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, RdNr. 1 zu § 185 StGB). Rechtsgut der §§ 185 ff. StGB ist nach herrschender Meinung ausschließlich die Ehre in dem Sinn, dass Schutzobjekt einer Beleidigung der auf die Personenwürde gegründete, einem Menschen berechtigterweise zustehende Geltungswert ist bzw. der aus diesem folgende Anspruch, nicht unverdient herabgesetzt zu werden, (Leckner a. a. O., RdNr. 1 Vorbem. zu §§ 185 ff. StGB). Damit erfordert die Beleidigung eine Äußerung von Missachtung oder Nichtachtung in dem spezifischen Sinn, dass dem Betroffenen der sittliche, personale oder soziale Geltungswert abgesprochen wird. Bei der Anwendung des § 185 StGB verlangt allerdings Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG eine Abwägung zwischen dem Ehrenschutz des Betroffenen und der Meinungsfreiheit des Äußernden (vgl. BVerfG vom 10.10.1995 BVerfGE 93, 266)."

(a). Wechselwirkungslehre: Ausstrahlungswirkung des Art. 5 I GG zu beachten
"Im Hinblick darauf ist eine Interpretation von § 185 StGB mit Art. 5 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn der Begriff der Beleidigung so weit ausgedehnt wird, dass er die Erfordernisse des Ehrenschutzes überschreitet oder für die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit keinen Raum mehr lässt. Desgleichen verbietet Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG eine Auslegung der §§ 185 ff. StGB, von der ein abschreckender Effekt auf den Gebrauch des Grundrechts ausgeht, der dazu führt, dass aus Furcht vor Sanktionen auch zulässige Kritik unterbleibt."

(b). Subsumtion
"Bei der dadurch gebotenen Abwägung hat der Be-

klagte bei Erlass der streitgegenständlichen Anordnung die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf Meinungsfreiheit verkannt.

Die Darstellung des Papstes mit homosexuellen Attributen tastet weder seine Menschenwürde an, weil sie über sexuelle Praktiken der Person keine Aussage trifft (vgl. BVerfG vom 3.6.1987 BVerfGE 75, 369), noch enthält die Darstellung eine Formalbeleidigung oder Schmähung des Papstes. [...] Da der Aufzug, an dem der Wagen der Kläger teilnehmen sollte, sich gegen die Ausgrenzung und Diskriminierung homosexueller Personen richtete, scheidet die Annahme einer persönlichen Verunglimpfung des Papstes wegen dessen (vermeintlicher) sexueller Ausrichtung von vornherein aus. Auch wenn man die Darstellung des Papstes als überzogen oder ausfallend ansieht, steht wegen der mit der bildlichen Darstellung verbundenen Texte nicht die Diffamierung der Person, sondern die Auseinandersetzung mit der Sache im Vordergrund (vgl. BVerfG vom 26.6.1990 BVerfGE 82, 272).

Mit der Teilnahme des Wagens der Kläger an dem im Rahmen des CSD von Homosexuellen und Bisexuellen veranstalteten Aufzug wurde auf die sehr kritische und ablehnende, von den Klägern und auch von Teilen der Bevölkerung als diskriminierend und diffamierend empfundene Haltung des Papstes und der katholischen Kirche gegenüber Homosexuellen aufmerksam gemacht. Dass sich die Kritik auf den derzeitigen Papst konzentriert, hängt zum einen damit zusammen, dass der Papst das Oberhaupt der katholischen Kirche ist, zum anderen, dass Benedikt XVI. in seiner Eigenschaft als Präfekt der Glaubenskongregation bereits vor seiner Wahl zum Papst für die Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls, die sich ganz entschieden gegen homosexuelle Neigungen und Lebensgemeinschaften gewandt haben, verantwortlich war. Da es sich bei der umstrittenen Darstellung um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung handelt, spricht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Vermutung zugunsten der Meinungsfreiheit, ohne dass es darauf ankommt, ob die Kritik berechtigt ist (vgl. BVerfG vom 15.1.1958 BVerfGE 7, 198; vom 31.10.1984 BVerfGE 68, 226).

Die Verfremdung der Papstbilder und die Aufmachung der Papstpuppe [...] sind vielmehr eindeutig als Meinungsäußerungen in Form von Satire bzw. Karikatur anzusehen, denen bei der Abwägung zwischen der Ehrverletzung und der Meinungsfreiheit eine Sonderstellung zukommt, weshalb hier ein größeres Maß an Gestaltungsfreiheit zugestanden werden muss (vgl. BVerfG vom 3.6.1987 BVerfGE 75, 369). [...] Wie oben bereits dargelegt, sollte der dekorierte Wagen im Rahmen eines Umzugs am CSD gezeigt werden. Mit seinem Aussagekern, nämlich der Kritik an der Einstellung der katholischen Kirche zur Homosexualität, wurde er dem Motto des Tages gerecht. Der Aussagekern lässt sich von einem unbefangenen Betrachter ohne weiteres ermitteln. Die Hinweise auf den Papst lassen im Zusammenhang mit der Bedeutung des CSD erkennen, dass hier die katholische Kirche kritisiert werden soll. Gerade der krasse Unterschied zwischen den auf den Untertiteln zu den verfremdeten Papstabbildungen in Originalzitaten wiedergegebenen Aussagen der katholischen Kirche zu Homosexuellen [...] und den dazu in Kontrast stehenden verfremdeten Abbildungen des Papstes lassen für jeden verständigen Betrachter erkennen, dass nach Auffassung der Kläger die Einstellung der katholischen Kirche zur Homosexualität ebenso wenig zutreffend sei wie eine durch die bildliche Darstellung nahegelegte Affinität des Papstes zur homosexuellen Lebensweise. Der Aussagekern des klägerischen Wagens ist damit eindeutig ausschließlich als kritische Meinungsäußerung anzusehen und stellt keine Beleidigung dar."

[Anm.: Der VGH führt weiter aus, dass auch in der äußeren Gestaltung der Papstpuppe und der Plakate keine Beleidigung gesehen werden kann. Es wäre nämlich denkbar, dass zwar der Aussagekern an sich keine Beleidigung darstellt, wohl aber die äußere Form, in die er gekleidet ist (in Worten des VGH: die "Einkleidung"). Die hier gewählte Darstellung des Papstes in Verbindung mit Kondomen kommt dem VGH eher harmlos vor, jedenfalls sei keinesfalls die Grenze des satirisch-karikierend Zulässigen überschritten.]

(2). § 103 StGB

"Die Anordnung [...] konnte auch nicht auf die Verwirklichung des Straftatbestandes der Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes nach § 103 StGB gestützt werden. Die Tathandlung in § 103 StGB entspricht der der Beleidigung nach § 185 StGB. Eine solche liegt jedoch, wie oben ausgeführt wurde, durch das Vorzeigen der Papstplakate und der Papstpuppe nicht vor."

(3). § 166 StGB

"Schließlich haben die Kläger mit ihrem dekorierten „Papamobil" auch nicht den Tatbestand des § 166 StGB erfüllt. Danach wird bestraft, wer öffentlich den Inhalt des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses anderer (§ 166 Abs. 1 StGB) oder öffentlich eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgemeinschaft (§ 166 Abs. 2 StGB) in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

Abgesehen davon, dass es wohl bereits an einem „Beschimpfen" fehlt, weil die katholische Kirche lediglich kritisiert, nicht aber verächtlich gemacht werden sollte, fehlt es jedenfalls an der Eignung des "Papamobils", den öffentlichen Frieden zu stören.

(a). Definition des "öffentlichen Friedens"
"Nicht tragfähig für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Meinungsfreiheit ist nämlich ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor subjektiver Beunruhigung der Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen oder auf die Wahrung von als grundlegend angesehenen sozialen oder ethischen Anschauungen zielt (vgl. BVerfG vom 4.11.2009 DVBl 2010, 41 RdNr. 77). Eine Meinungsäußerung ist nur dann geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören, wenn sie ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt ist, d. h. den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markiert (vgl. BVerfG a. a. O. Rd.Nr. 78).

(b). Subsumtion
"An derartigen „auf rechtsgutgefährdende Handlungen" hin angelegten Meinungsäußerungen der Kläger fehlt es hier jedoch. Aufgrund der glaubhaften Aussage der Kläger, sie wollten durch die Papstdarstellungen und die Papstpuppe lediglich ihre Kritik an der Lehre der katholischen Kirche bezüglich der Homosexualität zum Ausdruck bringen sowie der oben geschilderten Art und Weise der satirischen Umsetzung ihrer Kritik, steht zur Überzeugung des Senats fest, dass diese Kritik in der Form ihrer satirischen Ausgestaltung eher den bunten, fröhlichen Charakter des Christopher Street Days widerspiegelt, aber kein Kennzeichen von Aggression trägt, geschweige denn einen „Rechtsbruch" markiert. Die Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders wird durch die in ihre satirische Form gekleidete Meinungsäußerung der Kläger nicht beeinträchtigt. Weder wollten sie dadurch die Zuschauer beim Christopher Street Day emotionalisieren, deren Hemmschwelle herabsetzen und schon gar nicht Dritte unmittelbar einschüchtern. Aus diesen Gründen liegt auch der Straftatbestand des § 166 StGB nicht vor."

b. Zwischenergebnis
Tatsächlich lag hier keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit in Form eines Verstoßes gegen geschriebenes Recht (Strafrecht) vor. Dies gilt i.Ü. auch für die Individualrechtsgüter als weiteres Schutzgeut der öffentlichen Sicherheit, namentlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Papstes. Wie oben ausgeführt, wurde dieses durch die Handlungen der Kläger nicht in Mitleidenschaft gezogen.

c. Anscheinsgefahr
Mag tatsächlich auch keine Gefahr vorgelegen haben, so könnte es aus objektiver ex-ante-Sicht anders gewesen sein. Würde man die Gefahrenprognose nicht aus ex-ante-Sicht stellen, riskierten die handelnden Beamten bei unklarer Sachlage entweder ein rechtswidriges Handeln, oder sie sähen sich außerstande, effektive Gefahrenabwehr zu betreiben. Hätte sich also für einen neutralen Betrachter in der Situation der handelnden Polizeibeamten das Vorliegen einer Straftat als wahrscheinlich dargestellt, wäre es unschädlich, dass sich ex-post herausgestellt hat, dass eine solche tatsächlich nicht vorlag. Der VGH verneint hier aber auch das Vorliegen einer solchen sog. "Anscheinsgefahr":
"Schließlich lag im Zeitpunkt der Anordnung auch keine Anscheinsgefahr vor, die ein Einschreiten der Polizei hätte rechtfertigen können. Eine Anscheinsgefahr ist immer dann gegeben, wenn bei objektiver Betrachtung zur Zeit der polizeilichen Maßnahme Tatsachen auf eine drohende Gefahr hindeuten, sie aber in Wirklichkeit nicht vorliegt. Beispiel hierfür ist der Fall, in dem jemand mit einer Spielzeugpistole bewaffnet ist, die Polizei diese aber für eine echte Pistole halten muss. Im vorliegenden Fall waren dagegen die Tatsachen in vollem Umfang geklärt. Die Polizei hat sich lediglich bei der juristischen Bewertung geirrt. Ein solcher Irrtum in der Wertung von Tatsachen stellt keine Anscheinsgefahr dar, die als Anlass für ein rechtmäßiges Einschreiten der Polizei genommen werden könnte."

d. Zwischenergebnis
Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 11 PAG lagen nicht vor. Das Einschreiten der Polizei war rechtswidrig.

II. Rechtsverletzung der Kläger
Wie oben bereits angedeutet, wurden die Kläger durch das polizeiliche Einschreiten auch in ihren Grundrechten aus Art. 5 I, III GG und Art. 8 I GG verletzt.

III. Ergebnis
Die Klagen sind auch begründet. Sie haben insgesamt Erfolg.

Standort: Zivilrecht Problem: Leasingvertrag

BGH, URTEIL VOM 30.03.2011
VIII ZR 94/10 (BB 2011, 898)

Problemdarstellung:

Der Kl. schloss im Oktober 2006 mit der Bekl. einen Leasingvertrag über einen Audi A6 ab, der für den Geschäftsbetrieb des Kl. bestimmt war. Der Leasingvertrag kam unter Vermittlung des Autohauses T zustande; er sieht die Zahlung monatlicher Raten in Höhe von 880,44 € inkl. Mehrwertsteuer vor. Am selben Tag schloss der Kl. einen „Werbevertrag" mit der H, in dem sich H zur Erstattung der Leasingraten verpflichtete, wenn der Kl. dem Autohaus T innerhalb der nächsten 24 Monate mindestens drei neue Kunden vermittelte, die ebenfalls entsprechende Werbeverträge mit der H abschließen sollten. Von diesem Werbevertrag wusste die Bekl nichts. Der Kl. vermittelte dem Autohaus T in der Folgezeit drei neue Kunden, so dass die H dem Kl. monatlich 880,44 € zahlte. Diese Zahlungen stellte sie im November 2007 ein. Der Kl., dem zwischenzeitlich Zweifel an der Rechtmäßigkeit der getroffenen Vereinbarung gekommen waren, focht am 01.09.2007 den Leasingvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Er verlangt nun die Rückzahlung der erbrachten Leasingraten von der Bekl.

Prüfungsrelevanz:

Der Kl. könnte von der Bekl. die Rückabwicklung des Leasingvertrages gem. §§ 812 I 1 Var. 1, 818 BGB verlangen, wenn er den Vertrag wirksam gem. §§ 123, 142 BGB angefochten hatte. Der Bekl. ist hier allerdings kein arglistiges Verhalten vorzuwerfen, so dass nur die Täuschung eines Repräsentanten i.S.d. § 123 II BGB in Betracht kommt.

H und T könnte vorzuwerfen sein, dass sie den Kl. im Vorfeld nicht darüber aufgeklärt hatten, dass der abgeschlossene Werbevertrag zu einem sog. Schneeballsystem zu rechnen und die Anwerbung neuer Kunden extrem schwierig ist. Die von dem Werbevertrag bezweckte Kostenneutralität kann nur erreicht werden, wenn die geworbenen Neukunden ihrerseits neue Kunden werben, die ebenfalls entsprechende Werbeverträge abschließen etc. Das ist im Ergebnis nicht realisierbar und führt dazu, dass allenfalls die ersten Vertragspartner des Werbevertrages ihre Leasingkosten erstattet bekommen. Alle später hinzugewonnen Neukunden werden dagegen nicht in den Genuss der Kostenerstattung kommen. Die Rechtsprechung erachtet ein derartiges System als sittenwidrig, wenn es darauf abzielt die Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit der (potentiellen) Vertragspartner auszunutzen (Grundsatzentscheidung des OLG München, NJW 1986, 880; vgl. auch BGH, WM 1978, 875 [877]; NJW 1979, 868).

Der Senat musste hier jedoch gar nicht entscheiden, ob ein derartiges System vorliegt und H bzw. T hierüber arglistig getäuscht hatten. Denn jedenfalls ist der Bekl. das Verhalten von H bzw. T nicht gem. § 123 II BGB zurechenbar. Im Rahmen des § 123 II BGB hat der Anfechtungsgegner zum einen für Dritte einzustehen, wenn er deren Verhalten kannte oder kennen musste (§ 123 II 1 BGB). Zum anderen muss er sich ein Verhalten zurechnen lassen, das zwar nicht von einem Dritten i.S.d. § 123 II BGB stammt, seinem eigenem Verhalten jedoch gleichzusetzen ist. Das ist der Fall, wenn ein Repräsentant oder eine Vertrauensperson des Anfechtungsgegners gehandelt hat.

Vorliegend hatte die Bekl. von dem Abschluss des Werbevertrages keine Kenntnis, so dass sie insoweit nicht bereits für das Handeln Dritter i.S.d. § 123 II BGB einzustehen hat. Außerdem handelten H bzw. T nicht als Repräsentanten oder Vertrauenspersonen der Bekl. Wie bei § 278 BGB ist entscheidend, ob die vorgenommene Handlung noch in den sachlichen Aufgabenbereich fällt, der dem Handelnden zugewiesen wurde, oder ob die Vornahme der Handlung lediglich bei Gelegenheit der Erfüllung geschieht. Dem Autohaus T war hier zwar die Vorbereitung des Leasingvertrages aufgegeben, jedoch nicht die Vermittlung von Geschäften mit Dritten. Zudem stand das von H und T praktizierte Geschäftsmodell in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit den leasingvertraglichen Rechten und Pflichten.

Mangels Anfechtungsgrund besteht der Leasingvertrag zwischen Kl. und Bekl. weiterhin fort. Eine Rückabwicklung schied daher aus.

Die Entscheidung drängt sich zur Umsetzung als Examensklausur auf. Die Bearbeitung setzt Kenntnisse des Leasingrechts, als auch solche des Allgemeinen Teils voraus. Zudem ließen sich Probleme des Verbraucherkreditrechts einbauen: Wäre der Kl. hier als Verbraucher aufgetreten, hätte sich die Frage gestellt, ob der vom Autohaus vermittelte Leasingvertrag mit dem Werbevertrag ein verbundenes Geschäft gem. § 358 III 1 BGB bilden.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Leasingrecht: Omlor, JuS 2011 (unter Berücksichtigung von Gewährleistungs-, Verbraucherschutz- und Aufsichtsrecht); Rösler, JuS 2005, 27; BGH, RA 2011, 211 = NJW 2011, 996 (Haftung des Leasingnehmers im Zusammenhang mit § 7 StVG)

❑ Zum Schneeball- und Schenkkreissystem: OLG München, RA 2008, 784; BGH, RA 2008, 427 = NJW

2008, 1942 (Rückforderung unter Mitspielern eines Schenkkreises); LG Karlsruhe, NJW-RR 2007, 200 (Sittenwidrigkeit des "Thailändischen Share-Spiels"); OLG Hamm, NJW-RR 2007, 1433 (Rechtsschutz bei Rückforderung eines Schenkkreisbetrages); BGH, RA 2005, 735 = NJW 2006, 45 (Rückforderung eines Gebers vom Initiator eines Schenkkreises); OLG München, NJW 1986, 880 (Grundsatzentscheidung zur Sittenwidrigkeit); Finger, ZRP 2006, 159 (Strafbarkeit bei Kettenbrief-, Schneeball- und Pyramidendsystem)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Hubschrauberleasing"

❑ *Examenskurs:* "Schwarzarbeit"

Leitsätze:

1. Zur Frage einer Zurechnung des Verhaltens eines vom Leasinggeber mit der Vorbereitung des Leasingvertrags betrauten Lieferanten, der dem Leasingnehmer unter Hinweis auf eine angebliche "Kostenneutralität" des Gesamtgeschäfts ohne Wissen des Leasinggebers den Abschluss eines "Werbevertrags" anrät (im Anschluss an BGH, Urteile vom 20. Oktober 2004, VIII ZR 36/03, NJW 2005, 365 und BGH, 1. Juni 2005, VIII ZR 234/04, NJW-RR 2005, 1421).

2. Zur Frage des Vorliegens eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, wenn der Leasingnehmer neben dem Leasingvertrag einen "Werbevertrag" mit einem Dritten abschließt, der eine Erstattung der Leasingraten gegen Empfehlung von Neukunden vorsieht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8. Juli 2009, VIII ZR 327/08, NJW 2009, 3295).

Sachverhalt:

K benötigt für seinen Geschäftsbetrieb eine neues, repräsentatives Fahrzeug. Er begibt sich am 27.10.2006 zum Autohaus T und wird auf einen Audi A6 Avant 2,7 TDI Automatic aufmerksam. Der Kaufpreis von knapp 50.000 € übersteigt jedoch das derzeitige Budget der Firma. T bietet daraufhin an, das Fahrzeug über die B-Leasinggesellschaft für monatlich 880, 44 € zu leasen. Da T mit der B zusammenarbeitet, kann er dem K sofort die entsprechenden Unterlagen zum Abschluss des Leasingvertrages aushändigen. K nimmt das Angebot erfreut an. Daneben macht T dem K ein weiteres Angebot: Sofern er – K – einen Werbevertrag mit seinem Geschäftspartner H unterzeichne, könne er die Leasingraten sogar vollständig erstattet bekommen. Er müsse nichts anderes tun, als dem Autohaus T innerhalb der nächsten 24 Monate drei Neukunden zu vermitteln, die ebenfalls ein Auto leasen oder kaufen und den gleichen Werbevertrag unterschreiben. Die monatlichen Leasingraten würde K ab sofort von H als Werbekostenzuschuss zurückerhalten. K hält dies für eine ausgezeichnete Idee und unterschreibt auch den Werbevertrag. Handschriftlich vermerkt er auf dem Formular des Leasingvertrages mit B: „Werbevertrag mit H." T weist den K jedoch daraufhin, dass es sein könne, dass B keine handschriftlichen Vermerke auf dem Vertragsformular akzeptiere. Um sicher zu gehen, unterzeichnet K daher ein neues Formular des Leasingvertrages. Der Wagen wird ihm noch am selben Tag ausgehändigt.

Tatsächlich gelingt es dem K in der Folgezeit, dem Autohaus T drei Neukunden zu vermitteln. Dennoch stellt H die Zahlung des Werbekostenzuschusses im November 2007 ein. Zwischenzeitlich hatte K Zweifel entwickelt, ob das von T und H praktizierte Geschäftsmodell „wasserdicht" ist. Am 01.09.2008 ficht er den Leasingvertrag gegenüber B und gegenüber T an. Von B verlangt er nun die geleisteten Leasingraten abzüglich der Gebrauchsvorteile aus der Überlassung des Pkw, sowie der seitens H geleisteten Werbekostenzuschüsse zurück.

B lehnt dies ab. Von einem Werbevertrag wisse sie nichts; auch sei ihr H unbekannt. Richtig sei zwar, dass T mit der Vorbereitung der Leasingverträge betraut sei, weitere Befugnisse habe T jedoch nicht.

Kann K von B die geleisteten Leasingraten zurückverlangen?

Aus den Gründen:

A. Freistellungsanspruch des K aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (culpa in contrahendo)

K könnte gegen B einen Anspruch auf Freistellung von den Leasingraten aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB zustehen.

I. Vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 II BGB

Zunächst müsste zwischen K und B ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 II BGB entstanden sein. Hier könnten K und B Vertragsverhandlungen i.S.d. § 311 II Nr. 1 BGB aufgenommen haben. Vertragsverhandlungen setzen einen gegenseitigen Informationsaustausch voraus, der unter der Vorstellung eines demnächst zu schließenden Vertrages stattfindet (vgl. BeckOK/Gehrlein/Sutschet, § 311 Rn. 45). Indem K das Vertragsformular unterzeichnete äußerte er eine Willenserklärung in Richtung der B, die diese – vertreten durch das Autohaus T – annahm. Somit kommunizierten K und B im Hinblick auf einen konkreten Vertragsschluss. Damit lag auch ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 1 BGB vor.

[Anm.: Dem steht nicht entgegen, dass es sogar zum Abschluss des Leasingvertrages kam. Insoweit geht jedem Schuldverhältnis i.S.d. §§ 311 I, 241 I BGB ein

vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.d. §§ 311 II, 241 II BGB voraus. Jedoch „verbraucht" sich das vorvertragliche Schuldverhältnis nicht, wenn es zum Abschluss des Vertrages kommt. Denn im Hinblick auf eine mögliche Leistungsstörung ist darauf abzustellen, aus welchem Bereich die Pflichtverletzung stammt. Wurzelt diese im vorvertraglichen Bereich – etwa weil der Vertragspartner eine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt hatte – ist auch die Anspruchsgrundlage dem vorvertraglichen Bereich zu entnehmen.]

II. Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB

B müsste eine Pflicht i.S.d. § 241 II BGB verletzt haben. Hier könnte B die Pflicht verletzt haben, den Leasingnehmer K vorsorglich über die konkrete Realisierbarkeit des Werbevertrages und die etwaige Schwierigkeit der Neukundenwerbung informiert zu haben.

Fraglich ist, ob den Leasinggeber eine solche vorsorgliche Informationspflicht trifft. Zwar mag es sein, dass derartige Werbeverträge gelegentlich vermittelt werden, ohne dass auf die Risiken eines solchen Vertrages hingewiesen wird. Jedoch trifft den Leasinggeber nicht die Pflicht, auf solche Vertragsgestaltungen von vorneherein hinzuweisen:

„[27] Entgegen der Auffassung der Revision war die Beklagte, die keine Kenntnis von dem Abschluss des "Werbevertrags" hatte, nicht verpflichtet, den Kläger bei den Vertragsverhandlungen vorsorglich darüber zu belehren oder durch Erfüllungsgehilfen belehren zu lassen, dass im Falle einer mit einem Dritten möglicherweise gesondert zustande kommenden Subventionierungsvereinbarung die beiden Verträge nicht zu einem einheitlichen Gesamtgeschäft verknüpft würden. Denn es ist Sache des ein solches Nebengeschäft abschließenden Leasingnehmers, dem Leasinggeber gegenüber deutlich zu machen, dass er den Leasingvertrag nur im Verbund mit dem Nebengeschäft abschließen will. Die von der Revision verlangte Belehrung liegt damit außerhalb des Pflichtenkreises der Beklagten."

Da B schon keine vorsorgliche Aufklärungspflicht trifft, kann auch keine Pflichtverletzung vorliegen. Ein Anspruch des K aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB scheidet daher aus.

B. Kondiktionsanspruch des K aus §§ 812 I 1 Var. 1, 818 BGB

K könnte jedoch einen Anspruch auf Rückzahlung der Leasingraten gem. §§ 812 I 1 Var. 1, 818 BGB wegen ungerechtfertigter Bereicherung der B haben.

I. Etwas erlangt

B hat monatlich eine Buchungsposition über 880,44 €, mithin einen Auszahlungsanspruch gegen ihre Bank (§ 488 I 2 BGB oder §§ 667, 675 BGB) erlangt. Dies ist eine vermögenswerte Rechtsposition, so dass B „etwas" i.S.d. § 812 I BGB erlangt hat.

II. Durch Leistung des K

Die Bereicherung der B müsste durch Leistung des K eingetreten sein. Leistung ist bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (BGH, NJW 1964, 399; BGHZ 58, 184 [188]; NJW 1999, 1393 [1394]; NJW 2004, 1169). K hat bewusst das Vermögen der B um die Buchungspositionen bzw. Auszahlungsansprüche gemehrt, um zweckgerichtet seinen Verpflichtungen aus dem Leasingvertrag nachzukommen. Eine Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinn liegt vor.

III. Ohne Rechtsgrund

Die Leistung müsste rechtsgrundlos geschehen sein. Als Rechtsgrund kommt allerdings der zugrundeliegende Leasingvertrag (§ 535 BGB analog) in Betracht. Fraglich ist, ob dieser wirksam ist.

1. Anfechtung des K vom 01.09.2008

Der Leasingvertrages könnte zunächst durch die Anfechtung des K vom 01.09.2008 beseitigt worden sein (§ 142 I BGB).

a) Anfechtungserklärung gem. § 143 I BGB

K hat am 01.09.2008 ausdrücklich die Anfechtung erklärt

b) Richtiger Gegner gem. § 143 II BGB

K hat die Anfechtung u.a. ggü. B ausgesprochen, die als „anderer Teil" i.S.d. § 143 II BGB die richtige Anfechtungsgegnerin ist.

c) Anfechtungsgrund

Dem K müsste auch ein Anfechtungsgrund zustehen. In Betracht kommt eine arglistige Täuschung der B gem. §123 BGB.

aa) Eigenes Verhalten der B

Eine Täuschung durch eigenes Verhalten der ist nicht ersichtlich, denn B hat sich beim Abschluss des Leasingvertrages von T vertreten lassen. Auch ist der B – wie bereits gezeigt (s. oben unter A.) – nicht vorzuwerfen, dass sie nicht vorsorglich vor dem Abschluss und den Risiken eines Refinanzierungsgeschäfts warnte.

bb) Fremdes Verhalten, das der B zurechenbar ist

Jedoch könnte der B das Verhalten von H und T zuzurechnen sein.

1. Haftung für Dritte gem. § 123 II 1 BGB

Allerdings kommt eine Haftung der B für Dritte i.S.d. § 123 II 1 BGB nicht in Betracht, da B nichts vom Ab-

schluss des Werbevertrages wusste. Sie hätte auch nicht wissen müssen, dass H und T derartige Vertragskonstellationen vermitteln. Denn B hatte keine Anhaltspunkte dafür, dass H und T zum Abschluss derartiger Geschäfte neigen. Dies zeigt sich auch daran, dass T das mit einem handschriftlichen Vermerk versehene Vertragsformular nicht an die B weiterleiten wollte.

(2) Haftung für Repräsentanten bzw. Vertrauenspersonen

Der Anfechtungsgegner haftet jedoch auch für das Verhalten von Repräsentanten oder Vertrauenspersonen, die keine Dritten i.S.d. § 123 II 1 BGB sind. Auf Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, da das Verhalten des Handelnden dem des Anfechtungsgegners gleichgesetzt wird (vgl. insgesamt BGH, NJW 1996, 1051; NJW-RR 1992, 1005 [1006]; NJW 1990, 1661 [1662]). Repräsentant oder Vertrauensperson ist, wer in einer engen Beziehung zum Erklärungsempfänger steht und maßgeblich am Zustandekommen des Vertrages beteiligt ist (BeckOK/Wendtland, § 123 Rn. 22 m.w.N.). Dies gilt beispielsweise für den Vertreter (BGH, NJW 1974, 1505). Im Hinblick auf den Abschluss des Leasingvertrages ist T gem. § 164 BGB als Vertreter der B aufgetreten und füllt damit eine Repräsentantenfunktion aus.

Jedoch liegt das vorwerfbare Verhalten von T und H nicht im Abschluss des Leasingvertrages, sondern in der Vermittlung des Refinanzierungsvertrages. Auch für dieses Rechtsgeschäft müsste mithin eine Repräsentantenstellung zu bejahen sein:

(a) Maßstab des § 278 BGB

Um beurteilen zu können, ob ein Verhalten noch den Vertreter repräsentiert oder einen derartigen eigenständigen Charakter aufweist, dass von einer Repräsentation nicht mehr gesprochen werden kann, sind die Maßstände des § 278 BGB heranzuziehen. Es kommt mithin darauf an, ob zwischen der ursprünglichen Aufgabenstellung und dem tatsächlichen Verhalten noch ein unmittelbarer sachlicher und inhaltlicher Zusammenhang besteht:

"[16] (…) Jedoch hat [das Berfungsgericht] auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen eine Repräsentantenstellung des Lieferanten und dessen Geschäftsführers im Zusammenhang mit dem vom Kläger zu Refinanzierungszwecken abgeschlossenen "Werbevertrag" verneint. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigt nicht jeder von einem Verhandlungsführer arglistig hervorgerufene Motivirrtum eine Anfechtung des vorgenommenen Rechtsgeschäfts. Da sich die Zurechenbarkeit des Verhaltens einer Hilfsperson nach denselben Maßstäben wie bei § 278 BGB bestimmt (Senatsurteile vom 28. September 1988 - VIII ZR 160/87, aaO unter II 4 c; vom 30. Januar 1995 - VIII ZR 328/93, aaO), ist entscheidend, ob eine von ihr vorgenommene Handlung zu dem allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereichs gehört, zu dessen Wahrnehmung sie bestellt worden ist (vgl. BGH, Urteile vom 15. Dezember 1959 - VI ZR 222/58, BGHZ 31, 358, 366; vom 14. Februar 1989 - VI ZR 121/88, NJW-RR 1989, 723 unter II 2 a dd; Senatsurteil vom 20. Oktober 2004 - VIII ZR 36/03, NJW 2005, 365 unter II 2 d). Dies ist nicht der Fall, wenn zwischen der aufgetragenen Verrichtung und der Handlung zwar ein kausaler und zeitlicher Zusammenhang, nicht aber ein innerer, sachlicher Zusammenhang besteht (BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 121/88, aaO)."

3) Zwischenergebnis

Nach alldem gelten weder T noch H als Repräsentanten der B im Hinblick auf den Abschluss des Werbevertrages. Somit ist der B kein arglistiges Verhalten vorzuwerfen.

Da weitere Anfechtungsgründe nicht ersichtlich sind, steht dem K kein Anfechtungsrecht zu. Der Leasingvertrag ist damit nicht gem. §§ 123, 142 I BGB rückwirkend beseitig worden.

2. Unwirksamkeit des Leasingvertrages als einheitliches Rechtsgeschäft (§ 139 BGB)

Jedoch könnte der Leasingvertrag unwirksam sein, wenn der zur Refinanzierung abgeschlossene Werbevertrag sittenwidrig gem. § 138 BGB ist und beide Verträge ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB darstellen.

Ein solches Rechtsgeschäft liegt vor, wenn es von einem Einheitlichkeitswillen getragen wird. Ein solcher Wille ist gegeben, wenn sich unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten und der Verkehrssitte im konkreten Einzelfall ergibt, dass die Geschäfte miteinander stehen und fallen sollen wobei es auf den rechtlichen Zusammenhang und nicht auf eine wirtschaftliche Verknüpfung ankommt (BeckOK/Wendtland, § 139 Rn. 8 m.w.N.). Ein solcher Wille muss nicht gleichermaßen für beide Vertragspartner tragend sein; es genügt insoweit, wenn einer der Vertragspartner einen solchen Willen erkennen lässt und der andere ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt (BGH, NJW-RR 2007, 395). Davon ist hier nicht auszugehen:

„[26] Der Beklagten war nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bekannt, dass dem Kläger unter Hinweis auf die Kostenneutralität des Gesamtgeschäfts der Abschluss eines "Werbevertrags" mit der H. angetragen worden war. Das Antragsformular mit dem von ihm angebrachten Zusatz "Werbevertrag H." ist der Beklagten nicht zugegangen; vielmehr wurde ihr ein vom Kläger neu unterzeichnetes Formular übermittelt, das diesen Vermerk

nicht enthielt. Ihr ist auch nicht das Wissen des Geschäftsführers des Autohauses T. in entsprechender Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen, denn dieser ist bei der Vermittlung des "Werbevertrags" nicht als deren Wissensvertreter tätig geworden. Dies würde voraussetzen, dass der Geschäftsführer des Autohauses auch insoweit eine ihm von der Beklagten übertragene Aufgabe wahrgenommen hätte und hierbei als deren Repräsentant tätig geworden wäre (vgl. Senatsurteile vom 1. Juni 2005 - VIII ZR 234/04, aaO; vom 20. Oktober 2004 - VIII ZR 36/03, aaO unter II 3). Das ist - wie bereits an anderer Stelle ausgeführt - nicht der Fall. Mangels Kenntnis der Beklagten von der Existenz eines "Werbevertrags" konnte und musste sie das Angebot des Klägers auf Abschluss eines Leasingvertrags nicht dahin verstehen, dass der Kläger beide Verträge zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft zusammengefasst wissen wollte. Folglich ist die wirtschaftliche Einheit des Gesamtgeschäfts nicht Inhalt des Leasingvertrags geworden."

Da ein Einheitlichkeitswille fehlt, kommt eine Anwendung des § 139 BGB nicht in Betracht. Folglich muss auch nicht entschieden werden, ob der Werbevertrag sittenwidrig gem. § 138 BGB ist.

[Anm.: Sollte es in einer Klausur auf die Sittenwidrigkeit ankommen, kann diese durchaus bejaht werden. Die Werbeverträge zielen darauf ab, möglichst viele Kunden zu werben, die ihrerseits neue Kunden werben müssen. Dieses System ist zum Scheitern verurteilt, da es eine unbegrenzte Anzahl neuer, zahlungswilliger Kunden voraussetzt. Folglich wird – wenn überhaupt – nur ein minimaler Anteil der Vertragspartner in den Genuss der versprochenen Kostenerstattung kommen. Kunden, die erst später angeworben werden und daher selbst keine Neukunden mehr werben können, werden leer ausgehen. Dieses Risiko wird den potentiellen Vertragspartnern unter Ausnutzung ihrer Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit nicht mitgeteilt. Die Verträge sind somit sittenwidrig gem. § 138 I BGB.]

3. Unwirksamkeit wegen verbundenen Vertrages gem. §§ 358, 359 BGB

Schließlich kommt auch eine Unwirksamkeit wegen einer Verbundenheit der Verträge gem. §§ 358, 359 BGB nicht in Betracht, da K nicht als Verbraucher gem. § 13 BGB handelte.

IV. Ergebnis

K kann von B nicht die gezahlten Leasingraten gem. §§ 812 I 1 Var. 1, 818 BGB zurückverlangen.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Lund, Charsten: "Das Bierbike - Nachwuchs bei den Sondernutzungsfällen?"
Fundstelle:	DVBl 2011, 339 (Heft 4)
Inhalt:	Kritische Besprechung des in der RA veröffentlichten Urteils des VG Düsseldorf vom 6.10.2010 (RA 2010, 685), in welchem das VG das Fahren mit sog. "Bierbikes" auf öffentlichen Straßen als erlaubnispflichtige Sondernutzung angesehen hat. Der Autor vertritt die gegenteilige Auffassung, wonach erlaubnisfreier Gemeingebrauch vorliege.

Autor/Titel:	Barczak, Tristan / Görisch, Christoph: "Das Organstreitverfahren als objektives Rechtsschutzverfahren"
Fundstelle:	DVBl 2011, 332 (Heft 4)
Inhalt:	In seiner Heiligendamm-Entscheidung (RA 2010, 353 = JuS 2010, 1036) hat das BVerfG bekanntlich die Ansicht vertreten, das Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG sei ein rein kontradiktorisches Verfahren, weshalb keine objektive Verfassungskontrolle der angegriffenen Maßnahme stattfinde, sondern nur subjektive Rechte des Antragstellers (oder des Organs, dem er angehört) aus dem Grundgesetz zu prüfen seien. Die Autoren treten dieser - mit § 67 S. 1 BVerfGG schwerlich vereinbaren - Ansicht entgegen und weisen unter Heranziehung der gängigen Auslegungsmethoden nach, dass es sich - wie der Titel des Beitrags andeutet - um ein objektives Verfahren handelt, in dem das BVerfG nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist, die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme insgesamt zu prüfen. Wie bereits in der RA (2010, 353, 354) empfohlen, ist der Prüfungsumfang im Organstreitverfahren also ggf. streitig darzustellen.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Petersen, Jens: "Die Privatautonomie und ihre Grenzen"
Fundstelle:	JURA 2011, 184 (Heft 3)
Inhalt:	Dieser kurze Beitrag wendet sich besonders an Studierende. Er beleuchtet das Spannungsverhältnis von Privatautonomie (unterteilt in Eigentumsschutz, Vertragsfreiheit und Testierfreiheit) einerseits und ihren Grenzen (unterteilt in Kontrahierungszwang und Willkürverbot) andererseits.

Autor/Titel:	Petershagen, Jörg: "Der Schutz des Rechts am eigenen Bild vor Hyperlinks"
Fundstelle:	NJW 2011, 705 (Heft 11)

Autor/Titel:	Petershagen, Jörg: "Der Schutz des Rechts am eigenen Bild vor Hyperlinks"
Inhalt:	Der Autor setzt sich mit der Frage auseinander, welche Ansprüche auf Unterlassen und/oder Schadensersatz bestehen können, wenn ein Dritter ohne Einwilligung einen Hyperlink auf eine Internetseite setzt, auf der ein Bild des Anspruchstellers zu sehen ist. Er kommt zu der Auffassung, dass eine Verletzungshandlung nach § 22 KUG vorliegen könne mit der Folge, dass Ansprüche aus §§ 823 I, II BGB und § 1004 BGB (analog) in betracht kommen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Bosch, Nikolaus: "Der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB)"
Fundstelle:	JURA 2011, 268 (Heft 4)
Inhalt:	Der § 113 StGB mag zwar im Examen vielleicht nicht allzu häufig auftauchen, wenn dies allerdings der Fall ist, dann ist die entsprechende Prüfung - insb. aufgrund der gem. § 113 III StGB vorzunehmenden Inzidentprüfung der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung - immer sehr anspruchsvoll. Dieser Aufsatz geht auf die einzelnen Merkmale des § 113 StGB ein und schildert deren Voraussetzungen inklusive der insofern relevanten Streitstände sehr anschaulich unter Verwendung zahlreicher Beispielsfälle. Auch wenn ein Prüfungsschema sinnvoll gewesen wäre, dürfte ein gründliches Studium dieses Aufsatzes eine ausreichende Examensvorbereitung zu § 113 StGB darstellen.

Autor/Titel:	Frisch, Wolfgang: "Objektive Zurechnung des Erfolgs"
Fundstelle:	JuS 2011, 205 (Heft 3)
Inhalt:	Im letzten Teil der Aufsatzserie (s. auch JuS 2011, 19 und 116) stellt der Verfasser diejenigen Fallgruppen dar, in denen eine objektive Zurechnung des Erfolges daran scheitert, dass die vom Täter geschaffene Gefahr sich nicht im Erfolg realisiert. Die entsprechende Einteilung ist vielleicht etwas unübersichtlich, jedoch werden alle wichtigen Fallgruppen behandelt, wobei gerade auf die streitige Konstellation des risikoerhöhenden Täterverhaltens besonderes Augenmerk gelegt wird. Auf den abschließenden Ausblick und die Erwähnung "offener Fragen" hätte ein Examenskandidat zwar zugunsten von Beispielsfällen sicher gerne verzichtet, dennoch ist der Aufsatz zur Wiederholung durchaus geeignet.