



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

**35. Jahrg.**

**Juli 2010**

**Heft 07**

---

**Aus dem Inhalt:**

- |                       |                                                  |
|-----------------------|--------------------------------------------------|
| <b>BGH:</b>           | Verjährung bei ärztlichen Behandlungsfehlern     |
| <b>OLG Hamburg:</b>   | Besitzverschaffung bei Internet-Pornografie      |
| <b>OLG Bautzen:</b>   | Bindungswirkung einer Baugenehmigung             |
| <b>BVerfG:</b>        | Anrechnung von Kindergeld auf Hartz IV           |
| <b>BGH:</b>           | Anforderung an Verlängerungsantrag               |
| <b>BGH:</b>           | Keine Strafbefreiung bei einer Teilselbstanzeige |
| <b>OVG Magdeburg:</b> | Isolierte Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen   |



#### **Impressum:**

##### **Verlag und Redaktion:**

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)

##### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

##### **Urheber und Verlagsrechte:**

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die der Übersetzung in fremde Sprachen, sind vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilme oder andere Verfahren - reproduziert, gespeichert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen Eigengebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen und Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind.

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreis:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Änderung der BKA-Daten-Verordnung.....	1
----------------------------------------	---

### Brandaktuell

BGH: Abwesenheit des Angeklagten als absoluter Revisionsgrund (auch bei Verhandlung über Entlassung nach Entfernung) .....	2
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Verjährungsbeginn wegen grob fahrlässiger Unkenntnis (Maßstab bei ärztlichen Behandlungsfehlern).....	3
BVerfG: quasinegatorischer Unterlassungsanspruch ( persönlichkeitsverletzende Prangerwirkung).....	7

#### Strafrecht

BGH: kriminelle Vereinigung („Kameradschaft Sturm“).....	10
OLG Hamburg: Internet-Kinderpornografie (Besitzverschaffung) .....	15

#### öffentl. Recht

OVG Bautzen: Bindungswirkung der Baugenehmigung (Umfang gegenüber anderen Behörden) .....	20
BVerfG: Anrechnung von Kindergeld auf Hartz IV (kein Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz).....	23

#### Kurzauslese I

BGH: Dekorations-AGB (Prinzip der Gesamtnunwirksamkeit).....	27
BGH: Nacherfüllungsverlangen (Käufer muss dem Verkäufer den mangelbehafteten Kaufgegenstand überlassen).....	27
OLG Oldenburg: Garantieverprechen (nicht durch Werbeaussage).....	27
BGH: gefährliche Körperverletzung (Scheinstrangulation).....	29
OLG Celle: Betrug (unberechtigter Empfang von Lohn).....	29
BGH: Untreue (durch Notar bei Auszahlung hinterlegter Gelder).....	31
OVG Münster: Vollzugsdienst einer Ordnungsbehörde (kein Vollzugsdienst i.S.d. § 52 III StVZO).....	31
VGH Mannheim: Beschlagnahme- u. Einziehungsanordnung (Eigentumsübergang erst nach Vollzug der Beschlagnahmeverfügung und Besitzbegründung).....	33
VG Frankfurt : Fragerecht ggü. dem Gemeindevorstand (nur für den einzelnen Gemeindevertreter, nicht aber für Fraktion).....	35

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

BGH : Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist (Anforderungen an Verlängerungsantrag).....	37
BGH: Revisionsgrund der grundsätzlichen Bedeutung (einheitliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte).....	40

**Strafrecht**

BGH:	strafbefreiende Selbstanzeige (Teilselbstanzeige ist nicht ausreichend).....	44
------	---------------------------------------------------------------------------------	----

**öffentl. Recht**

OVG Magdeburg:	Isolierte Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen (Feststellung des Umfangs des Suspensiveffekts) .....	48
OVG Münster/ OVG Saarlouis:	Erfordernis vorheriger Antragstellung bei Eilrechtsschutz (Entbehrlichkeit bei Studienzulassung außerhalb Kapazität) .....	52

**Kurzauslese II**

OLG Stuttgart:	Rechtsmittelbelehrung (Rechtsanwalt darf sich nicht auf die Richtigkeit verlassen) .....	57
BGH:	gesetzlicher Richter (keine Anwendung der gesetzl. Vorschriften auf Rechtspfleger).....	57
LG Berlin:	Eilkompetenz der Ermittlungsbehörde (“unwilliger“ Ermittlungsrichter).....	59
LG Bochum:	Verwertungsverbot (Beweismittel aus „Datendiebstahl“).....	59
OLG Brandenburg:	gerichtsbekannte Tatsachen (zulässige Verwertung).....	61
OLG Hamm:	Zurückverweisung durch das Berufungsgericht (zulässig bei fehlender Verhandlung zur Sache).....	61
BVerwG:	mangelnde Rechtskenntnis (kein unverschuldetes Hindernis i.S.d. § 60 I VwGO).....	61
OVG Münster:	Sorgfaltspflichten einer Behörde (bei Versendung fristwahrender Schriftsätze).....	63
BVerwG:	Rechtskraftbindung (Rücknahme einer Ausweisung) .....	63

<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....		65
------------------------------------------	--	----

Übersicht:	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	68
------------	------------------------------------------	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Strafrecht.....	69
Assessorprüfung:	öffentl. Recht.....	70

## Aus der Gesetzgebung

### Änderung der „BKA-Daten-Verordnung“

#### Schaffung einer Rechtsgrundlage für die sog. „Hooligan-Datei

Verordnung über die Art der Daten, die nach den §§ 8 u. 9 des Bundeskriminalamtgesetzes gespeichert werden dürfen v. 04.06.2010 – In-Kraft-Treten am 09.06.2010 (BGBl I, S. 7169)

#### I. Allgemeines

Die BKA-Daten-Verordnung regelt Einzelheiten zu der Art der Daten, die beim Bundeskriminalamt (BKA) in seiner Funktion als **Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen** und für die Kriminalpolizeien der Länder in Dateien gespeichert werden dürfen. Auch für die Dateien des polizeilichen Informationssystems INPOL, die als Verbunddateien im direkten Lese- und Schreibzugriff der Polizeien des Bundes und der Länder geführt werden, gelten diese Vorschriften.

Zum INPOL gehört z.B. die **Personenfahndungsdatei**, aber auch zahlreiche weitere Dateien, darunter die **Datei „Gewalttäter Sport“ (sog. „Hooligan-Datei“)**, die in ihrer Gesamtheit ein unerlässliches Hilfsmittel für die polizeiliche Arbeit darstellen. Das OVG Nds. bezeichnete deren bereits zehn Jahre zurückliegende Einrichtung als illegal, da das Informationssystem auf keiner klaren Rechtsgrundlage beruhe. Auf dieses Manko haben das Innenministerium und die Länderkammer nunmehr reagiert und dabei auch gleich Fakten geschaffen für die Einrichtung später angelegter Dateien etwa zur "Erfassung politisch links motivierter Straftaten", "Erfassung rechtsorientiert politisch motivierter Straftäter" und "Straftäter politisch motivierter Ausländerkriminalität". Auch die umfassende **Anti-Terror-Datei** wird von der Rechtsverordnung berührt: Vorausblickend erfolgen zudem Anpassungen der Rechtslage an die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des ins Schlingern geratenen **Schengener Informationssystems II**.

#### II. Die Änderungen im Überblick

Konkret benennt die Verordnung in **§ 1** eine weite Palette an personenbezogenen Daten von Beschuldigten und "anderen zur Identifizierung geeigneten Merkmalen", die erfasst werden dürfen.

Sie reicht von Namen einschließlich Spitznamen und Alias-Personalien über den Familienstand, das Geburtsdatum, den Geburtsort oder die Volkszugehörigkeit bis hin zu Lichtbildern, Personenbeschreibungen nebst Merkmalen wie äußerer Erscheinung, besonderen körperlichen Merkmalen, Stimm- und Sprachmerkmalen oder Identitätsdokumenten.

**§ 2** umreißt "weitere" Daten, die u. a. auch von Verdächtigen gesammelt werden könnten. Dazu gehören etwa Angaben zu Kenntnissen und Fähigkeiten wie im Umgang mit Waffen, zu verwendeten Kommunikationsmitteln samt IP-Adresse und Diensteanbieter oder zu Fahrzeugen und anderen Verkehrsmitteln. Ferner werden Informationen zu Konten, Finanztransaktionen, Betäubungsmitteln oder zur Religionszugehörigkeit zur Terrorismusbekämpfung angeführt. Ein Eintrag in der DNA-Analyse-Datei oder der Status einer Person nach polizeilichen Definitionen wie "Gefährder" oder "relevante Person" sind ebenfalls eingeschlossen.

Außerdem werden weitere personenbezogene Datenbestände beschrieben, wie sie etwa bei der Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen der bei einer polizeilichen Fahndung erhoben werden.

Abschließend **legt die Verordnung Kategorien von Dateien fest, die das BKA führen darf**; eingeschlossen sind Datenbanken "im Bereich der politische motivierten Kriminalität" oder "sonstiger Straftaten bei öffentlichen Veranstaltungen und Nukleartransporten". Das BKA soll u. a. auch festlegen dürfen, dass weitere personenbezogene Daten von Beschuldigten in deliktbezogenen Dateien, Kriminalaktennachweisen oder Gewalttäterdateien aufbewahrt werden dürfen.

## Brandaktuell

**StPO § 247      Abwesenheit des Angeklagten als absoluter Revisionsgrund      StPO**  
**auch bei Verhandlung über Zeugenentlassung nach Entfernung**  
 (BGH, Pressemitteilung Nr. 118/2010 vom 15.06.2010 - GSSt 1/09)

**Fall:** Der Große Senat für Strafsachen hatte auf eine Vorlage des 5. Strafsenats über die Frage zu entscheiden, ob die Abwesenheit des gemäß § 247 StPO für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen ausgeschlossenen Angeklagten während der anschließenden Verhandlung über die Entlassung des Zeugen eine Verletzung seines Anwesenheitsrechts bedeutet und einen absoluten Revisionsgrund darstellt. Die Rechtsprechung hatte dies bisher stets angenommen, so dass auf eine entsprechende Revisionsrüge das Urteil in der Regel aufgehoben werden musste. Demgegenüber wollte der 5. Strafsenat den Verfahrensvorgang der Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen noch als Teil der Vernehmung verstehen, so dass die während dieser Zeitspanne fortdauernde Abwesenheit des Angeklagten von dem Ausschlussgrund gedeckt wäre. Die Rechte des Angeklagten sah er durch einen relativen Revisionsgrund der Verletzung des Fragerechts hinreichend gesichert.

Nach § 247 StPO kann das Gericht als **Ausnahme von dem Anwesenheitsrecht des Angeklagten** in bestimmten Fällen anordnen, dass sich der Angeklagte während einer Vernehmung aus dem Sitzungszimmer entfernt. Dies ist der Fall,

- wenn zu befürchten ist, ein Mitangeklagter oder ein Zeuge bei seiner Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten die **Wahrheit nicht sagen** werde
- wenn bei der Vernehmung einer Person unter 18 Jahren als Zeuge in Gegenwart des Angeklagten ein erheblicher **Nachteil für das Wohl des Zeugen** zu befürchten ist,
- wenn bei einer Vernehmung einer anderen Person als Zeuge in Gegenwart des Angeklagten die dringende Gefahr eines **schwerwiegenden Nachteils für ihre Gesundheit** besteht.

Darüber hinaus kann Entfernung des Angeklagten für die Dauer von Erörterungen über den **Zustand des Angeklagten und die Behandlungsaussichten** angeordnet werden, wenn ein erheblicher Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

Allerdings hat der Vorsitzende hat den **Angeklagten, sobald dieser wieder anwesend** ist, von dem wesentlichen Inhalt dessen zu **unterrichten**, was während seiner Abwesenheit ausgesagt oder sonst verhandelt worden ist. Dauert die Abwesenheit auch noch bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen an, so stellt dies nach der **Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen** entgegen der Ansicht des 5. Senats einen **absoluten Revisionsgrund** dar.

*„Die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen wird vom Begriff der Vernehmung i. S. v. § 247 StPO nicht erfasst. Diese restriktive Auslegung trägt vor allem der hohen Bedeutung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten in der Hauptverhandlung sowie seinem Anspruch auf rechtliches Gehör und auf eine angemessene Verteidigung Rechnung.*

*Seine Rechte können nur in eng begrenzten Ausnahmefällen eingeschränkt werden, in denen andere wichtige Belange dies notwendig erscheinen lassen. So sieht § 247 Satz 1 StPO aus Gründen der Wahrheitserforschung und § 247 Satz 2 StPO aus Gründen des Zeugen- und Opferschutzes die Möglichkeit vor, den Angeklagten für die Dauer der Vernehmung aus dem Sitzungssaal zu entfernen, wenn zu befürchten ist, dass der Zeuge sonst aus Angst nicht die Wahrheit sagen werde, oder für ihn aus gesundheitlichen Gründen Gefahren bestehen. Ein Ausschluss des Angeklagten von der Entlassungsverhandlung ist aber weder aus Gründen der Wahrheitserforschung erforderlich noch zum Schutz des Zeugen stets unerlässlich.*

*Die Verhandlung über die Entlassung eines in Abwesenheit des Angeklagten vernommenen Zeugen ist grundsätzlich ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung. Dauert der Ausschluss der Angeklagten in dieser Zeit fort, wird er gehindert, im unmittelbaren Anschluss an die Zeugenvernehmung Fragen und Anträge zu stellen und so seine Mitwirkungsrechte wahrzunehmen. Dies erfüllt die Voraussetzungen des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 5 StPO.“ (BGH aaO)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 199 I Nr. 2

### Verjährungsbeginn wegen grob fahrlässiger Unkenntnis Maßstab bei ärztlichen Behandlungsfehlern

SchuldR

(BGH in NJW-RR 2010, 681; Urteil vom 10.11.2009 – VI ZR 247/08)

1. **Kenntnis** vom Schaden kann **nicht** schon dann bejaht werden, wenn dem Patienten lediglich der **negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt ist**.
2. Es gehört zur Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen das Wissen, dass sich in dem **Misslingen** der ärztlichen Tätigkeit das **Behandlungs- und nicht das Krankheitsrisiko verwirklicht** hat.
3. Der Kenntnis ist es gleichzustellen, wenn sich der Geschädigte rechtsmißbräuchlich einer sich aufdrängenden Kenntnis verschlossen hat, das **Sichberufen auf die Unkenntnis daher als bloße Förmerei** erscheint.
4. Grob fahrlässige Unkenntnis i.S. von § 199 I Nr. 2 BGB liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche **Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt** und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen.
5. Der Gläubiger hat **keine generelle Obliegenheit**, im Interesse des Schädigers an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist **Initiative zur Klärung** zu ergreifen. Das Unterlassen einer Nachfrage nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn **weitere Umstände** hinzutreten, die das **Unterlassen** aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten als **unverständlich erscheinen lassen**.
6. Allein der **negative Ausgang einer Behandlung** führt ohne weitere sich aufdrängende Anhaltspunkte für ein behandlungsfehlerhaftes Geschehen nicht dazu, dass der **Patient** zur Vermeidung der Verjährung seiner Ansprüche **Initiative zur Aufklärung des Behandlungsgeschehens entfalten müsste**. Denn das **Ausbleiben des Erfolgs ärztlicher Maßnahmen** muss nicht in der Unzulänglichkeit ärztlicher Bemühungen seinen Grund haben, sondern kann **schicksalhaft** und auf die **Eigenart der Erkrankung** zurückzuführen sein.

**Fall:** Die Kl. begehrt von der Bekl. zu 1 als Klinikträgerin und dem Bekl. zu 2 als behandelndem Arzt mit der im Jahre 2007 erhobenen Klage Ersatz materiellen und immateriellen Schadens wegen behaupteter Behandlungsfehler bei der Geburt ihres Kindes am 16.05.1998. Bei dieser Entbindung kam es infolge des Einsatzes einer Geburtszange zu einem Dammriss sowie einem Riss des unteren bis mittleren Vaginaldrittels. Die auf Grund dessen erforderlichen Nähte setzte der Bekl. zu 2. Die Kl. macht geltend, durch fehlerhaftes ärztliches Vorgehen seien Vernarbungen im Vaginalbereich eingetreten, die seit der Entbindung schmerzhaft seien und unter denen sie bis heute leide. Dass ihre Beschwerden auf eine fehlerhafte Behandlung zurückzuführen seien, habe sie erst durch den Hinweis einer Gynäkologin am 23.06.2006 erfahren. Die Bekl. haben unter anderem die Einrede der Verjährung erhoben. Zu Recht?

Der Anspruch der Klägerin auf Schmerzensgeld ergibt sich aus **§ 852 BGB a.F.** Nach Art. 229 § 5 S.1 EGBGB kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs an. Dies war im Jahre 1998, also unter Geltung des § 852 BGB a.F. als Anspruchsgrundlage für Schmerzensgeldansprüche in der Folge deliktischen Handelns, zu dem auch ärztliche Behandlungsfehler zählen. Fraglich ist allerdings, wann dieser Anspruch verjährt.

#### I. Anwendbares Verjährungsrecht

Nach § 195 BGB a.F. verjährten derartige Ansprüche erst in 30 Jahren. Allerdings galt für § 852 BGB a.F. eine Sonderregelung. Nach § 852 I BGB verjährten Schmerzensgeldansprüche in 3 Jahren ab **Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen**. Die Verjährungsfrist selbst entspricht daher der allgemeine Verjährungsfrist nach § 195 BGB n.F.. Allerdings ist jetzt der Beginn der Verjährung nicht mehr nur von der Kenntnis, sondern nach § 199 I Nr. 2 BGB auch von einer **grob fahrlässigen Unkenntnis** abhängig.

## 1. Prüfungsmaßstab

Grundsätzlich findet auf Ansprüche, die am 01.01.2002 bereits bestanden, aber noch nicht verjährt waren, nach **Art. 229 § 6 I 1 EGBGB** die neuen Regelungen Anwendung, wenn der Anspruch der Klägerin zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt war. Allerdings gelten nach Art. 229 § 6 I 2 EGBGB für den Verjährungsbeginn die alten Vorschriften.

Zudem ist Art. 229 § 6 IV EGBGB zu beachten. Danach ist zunächst zu klären, ob die Verjährungsfrist nach neuem Recht kürzer ist als diejenige nach altem Recht. In diesem Fall wird die kürzere Frist von dem 01.01.2002 an berechnet. Läuft jedoch die Verjährungsfrist nach altem Recht früher ab, als diejenige nach neuem Recht, so findet das alte Recht Anwendung.

## 2. Berechnung der Verjährungsfrist nach den alten Vorschriften

Der Anspruch der Klägerin ist am 16.05.1998 entstanden. Er verjährt nach § 852 I BGB a.F. in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an.

Da die Höchstfrist von 30 Jahren am 01.01.2002 keinesfalls abgelaufen war, kommt es darauf an, ob die Klägerin Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen i.S.d. § 852 BGB a.F. hatte.

### a) Maßstab für Annahme von Kenntnis

Zunächst stellt sich die Frage, wann von der Kenntnis des Patienten von den anspruchsbegründenden Tatsachen des § 852 BGB a.F. ausgegangen werden kann.

*„Wie der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen hat, kann die **Kenntnis** vom Schaden i.S. des § 852 I BGB a.F. (§ 199 I Nr. 2 BGB n.F.) **nicht** schon dann bejaht werden, wenn dem Patienten lediglich der **negative Ausgang der ärztlichen Behandlung** bekannt ist (Senat, NJW 1984, 661]; VersR 1985, 740 [741]; NJW 1995, 776; NJW 1998, 2736). Denn das Ausbleiben des Erfolgs ärztlicher Maßnahmen kann in der Eigenart der Erkrankung oder in der Unzulänglichkeit ärztlicher Bemühungen seinen Grund haben.*

*Deshalb gehört zur Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen das Wissen, dass sich in dem **Mislingen** der ärztlichen Tätigkeit das **Behandlungs- und nicht das Krankheitsrisiko verwirklicht** hat (Senat, NJW 1991, 2350). Hierzu genügt es nicht schon, dass der Patient Einzelheiten des ärztlichen Tuns oder Unterlassens kennt, wie hier den Einsatz der Geburtszange, das Nähen des Risses oder das Unterlassen einer Sectio. Vielmehr muss ihm aus seiner **Laiensicht** der Stellenwert des ärztlichen Vorgehens für den Behandlungserfolg bewusst sein. Deshalb begann die Verjährungsfrist gem. § 852 BGB a.F. nicht zu laufen, bevor nicht der **Patient als medizinischer Laie Kenntnis von Tatsachen erlangt** hatte, aus denen sich ergab, dass der Arzt von dem üblichen ärztlichen Vorgehen abgewichen war oder Maßnahmen nicht getroffen hatte, die **nach ärztlichem Standard** zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich gewesen wären (st. Rspr., vgl. Senat, VersR 1985, 740 [741]; NJW 1988, 1516 [1517], insoweit in VersR 1988, 495 nicht abgedruckt; NJW 1991, 2350; NJW 1995, 776; NJW 1998, 2736; NJW 2001, 885, insoweit in BGHZ 145, 358 nicht abgedruckt; BGH, NJW 1999, 2734).*

*Diese Kenntnis ist erst vorhanden, wenn die dem Anspruchsteller bekannten **Tatsachen** ausreichen, um den **Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners** und auf die Ursache dieses Verhaltens für den Schaden bzw. die erforderliche Folgeoperation als naheliegend erscheinen zu lassen (Senat, VersR 1971, 154 [155] = BeckRS 1970 30373983; r + s1986, 307; NJW 1988, 1516). Denn nur dann wäre dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, erfolgsversprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich (st. Rspr., vgl. Senat, VersR 1995, 551 [552] = BeckRS 1995, 30384293; VersR 2004, 123 m.w.N.; BGH, NJW 2009, 584 [588]).“ (BGH aaO)*

Von einer Kenntnis der Klägerin bis zum Jahre 2006 kann daher nicht ausgegangen werden.

### b) rechtsmissbräuchliche Unkenntnis

Auch wenn § 852 I BGB a.F. den Verjährungsbeginn von der Kenntnis abhängig macht, hat der BGH schon früher den Fall gleichgestellt, in welchem sich der betroffene rechtsmissbräuchlich einer sich aufdrängenden Kenntnis verschlossen hat.

*„Dies ist dann der Fall, wenn der Geschädigte diese Kenntnis nur deswegen nicht besitzt, weil er vor einer sich ihm ohne Weiteres anbietenden, gleichsam **auf der Hand liegenden Erkenntnismöglichkeit**, die **weder besondere Kosten noch nennenswerte Mühe** verursacht, die Augen verschlossen hat (st. Rspr., vgl. Senat, NJW 1987, 3120; NJW-RR 1988; NJW 1989, 2323; NJW 1990, 2808; NJW 1994, 3092 [3093]; NJW*

1995, 776; VersR 1995, 551 [552] = BeckRS 1995, 30384293; NJW 2001, 1721; NJW 2003, 288; NJW 2004, 510). Diese Rechtsprechung betrifft aber nur Fälle, in denen letztlich das **Sichberufen auf die Unkenntnis als Förmelei** erscheint, weil jeder andere in der Lage des Geschädigten unter denselben konkreten Umständen die Kenntnis gehabt hätte (vgl. Senat, NJW 1996, 2933; NJW 2002, 1877; NJW 1985, 2022; NJW 1989, 2323; NJW-RR 1990, 606; NJW 1994, 3092; NJW 1998, 988; NJW 1999, 423; NJW 2000, 953; NJW 2001, 964; NJW 2001, 1721; NJW 2003, 288; NJW 2004, 510). In diesem Fall gelten die maßgebenden Umstände in dem Augenblick als bekannt, in dem der Geschädigte auf die entsprechende Erkundigung hin die Kenntnis erhalten hätte (Senat, NJW 2004, 510 = VersR 2004, 123 m.w.N.). Ein Anwendungsfall dieser Rechtsprechung liegt jedoch insbesondere dann nicht vor, wenn der Geschädigte – wie hier – **besondere Recherchen hinsichtlich der Schadensursache durchführen müsste**.“ (BGH aaO)

Das Vorliegen eines Behandlungsfehlers musste sich hier der Klägerin jedoch nicht aufdrängen.

„Die **möglicherweise schicksalhafte, ungünstige Narbenbildung** weist nicht ohne Weiteres auf ein Fehlverhalten des behandelnden Arztes hin, denn die zu Grunde liegende **Verletzung (Dammriss)** gehört nicht zu den vermeidbaren, **unüblichen Verletzungen bei einer Entbindung** (vgl. Senat, NJW 1984, 661). Auch im Übrigen ist nach den getroffenen Feststellungen nicht ersichtlich, dass der Geburtsvorgang für die Kl. einen Hinweis auf ein Verschulden des Bekl. zu 2 geboten hätte (vgl. Senat, VersR 1974, 1082 [1083] = BeckRS 1974, 30397636; VersR 1985, 740 [741]).“ (BGH aaO)

Nach alter Rechtslage wäre der Anspruch mangels Kenntnis der Klägerin daher am 01.01.2002 noch nicht verjährt gewesen.

„Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. die erhobenen Ansprüche **einheitlich der dreijährigen Regelverjährung** des § 195 BGB n.F. unterstellt und die Verjährungsfrist nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 I, IV 1 EGBGB ab dem 01.01.2002 berechnet.

Denn die neue Frist eröffnet für die Verjährung deliktischer Ansprüche mit der Gleichstellung von Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis einen zusätzlichen Anwendungsfall. Zutreffend ist auch, dass **bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen** von § 199 I Nr. 2 BGB schon vor dem 01.01.2002 die **neue Verjährungsfrist zum 31.12.2004** abgelaufen wäre, mithin deliktische Ansprüche der Kl. zu diesem Zeitpunkt verjähren konnten (vgl. BGH NJW 2007, 1584; BGH, NJW-RR 2008, 1237; NJW 2008, 2427 [2428]; NJW 2008, 2576 [2578]).“ (BGH aaO)

Da insofern die Verjährungsfrist des § 852 BGB a.F. erst ab Kenntnis läuft und diejenige des § 195 BGB n.F. nach § 199 I Nr. 2 BGB n.F. auch schon ab grob fahrlässiger Unkenntnis läuft, die diejenige **nach neuem Recht kürzer**, so dass nach § Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB die Verjährungsfrist **ab dem 01.01.2002 neu zu berechnen** ist und bei Klageerhebung abgelaufen sein könnte.

## II. Verjährung des Anspruchs nach neuem Recht

Nach § 195 BGB n.F. verjähren Ansprüche auf Schmerzensgeld in 3 Jahren. Nach § 199 I BGB beginnt die Verjährungsfrist mit dem Ende des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners **Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen**.

Der hier maßgebliche Anspruch ist im Jahre 1998 entstanden und Kenntnis hat die Klägerin von den anspruchsbegründenden Umständen erst im Jahre 2006 erlangt. Fraglich ist jedoch, ob die bis dahin bestehende Unkenntnis nicht grob fahrlässig bestehen blieb.

### 1. Maßstab für grobe Fahrlässigkeit

„Grobe Fahrlässigkeit setzt einen **objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß** gegen die Anforderungen der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt** voraus. Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche **Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt** und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen (st. Rspr.; zuletzt vgl. Senat, NJW 2009, 1482; NJW-RR 2009, 812; BGH, NJW-RR 2009, 544 [546]; NJW 2009, 587 m.w.N.). Ihm muss persönlich ein **schwerer Obliegenheitsverstoß** in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können (Mansel, NJW 2002, 89 [91]; vgl. Piekenbrock, Jahrb. Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, 309 [325]; Rebhahn, in: Festschr. f. Welsler, 2004, S. 849, 857).“ (BGH aaO)

### 2. Umfasste Tatsachen

„Dabei bezieht sich die **grob fahrlässige Unkenntnis** ebenso wie die Kenntnis auf **Tatsachen**, auf alle **Merkmale der Anspruchsgrundlage** und bei der Verschuldenshaftung auf das **Vertretenmüssen** des Schuldners, wobei es auf eine zutreffende rechtliche Würdigung nicht ankommt (BGH, NJW-RR 2008, 1237; Mansel, NJW 2002, 89 [92]). Ausreichend ist, wenn dem **Gläubiger** auf Grund der ihm grob fahrlässig unbekannt gebliebenen Tatsachen **zugemutet werden kann**, zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegen eine bestimmte Person **aussichtsreich**, wenn auch nicht risikolos **Klage** – sei es auch nur in Form einer Feststellungsklage – **zu erheben** (vgl. Senat, NJW 2000, 953 m.w.N. und NJW 2004, 510 m.w.N.; Mansel, NJW 2002, 89 [92]).“ (BGH aaO)

### 3. Nachforschungspflichten

„Nach gefestigter Rechtsprechung besteht für den Gläubiger **keine generelle Obliegenheit**, im Interesse des Schädigers an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist **Initiative zur Klärung** von Schadenshergang oder Person des Schädigers zu entfalten (zu § 852 BGB a.F. vgl. Senat, NJW 1996, 2933; NJW-RR 1990, 606; ; NJW 1995, 776; VersR 1995, 551 [552]; NJW 2000, 953 m.w.N.; NJW 2001, 1721). Daran hat sich durch die Neuregelung des Verjährungsrechts in § 199 BGB nichts geändert (BGH, NJW-RR 2006, 384; OLG Saarbrücken, OLGR 2008, 817 [818]; Geiß/Greiner, *ArzthaftpflichtR*, 6. Aufl., Rn D 8; Erman/Schmidt-Räntsch, *BGB*, 12. Aufl., § 199 Rn 20; Grothe, in: *MünchKomm*, 5. Aufl., § 199 Rn 28; Wendtland, in: *Haas/Medicus/ Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht*, 2002, Kap. 2 Rn. 17f.; Rohlfing, *MDR* 2006, 721 [723]).

Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger zur Vermeidung der groben Fahrlässigkeit zu einer aktiven Ermittlung gehalten ist, kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an. Das **Unterlassen einer Nachfrage** ist ebenso wie in den Fällen des § 932 II BGB auch nach § 199 I Nr. 2 BGB **nur dann als grob fahrlässig** einzustufen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das **Unterlassen** aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten als **unverständlich erscheinen** lassen. Für den Gläubiger müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs ersichtlich sein und sich ihm der **Verdacht einer möglichen Schädigung** aufdrängen (zu 199 I Nr. 2 BGB: vgl. BGH, NJW-RR 2009, 544; OLG Köln, GRUR-RR 2003, 187 [188]; OLG Celle, OLG-Report 2009, 422.; Erman/Schmidt-Räntsch, § 199 Rn 20; Palandt/Heinrichs, *BGB*, 68. Aufl., § 199 Rn 36; vgl. Staudinger/Greger, *BGB*, Neubearb. 2007, § 199 Rn 54f.; vgl. Bäune/Dahn, *MedR* 2004, 645 [653]; Geiß/Greiner, Rn D 8; zu § 932 II BGB: BGH NJW 1980, 2245; BGH, NJW 1966, 1959; NJW-RR 1987, 1456; NJW 1992, 310; NJW 1994, 2022 [2023]; vgl. Otto, *Die Bestimmung des § 199 I Nr. 2 BGB*, 2006, S. 229; Soergel/Henssler, *BGB*, 13. Aufl., § 932 Rn 23).“ (BGH aaO)

### 4. Anwendung auf den Fall

„In Arzthaftungssachen ist bei der Prüfung, ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, zu Gunsten des Patienten zu berücksichtigen, dass dieser nicht ohne Weiteres aus einer Verletzungshandlung, die zu einem Schaden geführt hat, auf einen schuldhaften Behandlungs- oder Aufklärungsfehler zu schließen braucht. Deshalb führt allein der **negative Ausgang einer Behandlung** ohne weitere sich aufdrängende Anhaltspunkte für ein behandlungsfehlerhaftes Geschehen nicht dazu, dass der **Patient** zur Vermeidung der Verjährung seiner Ansprüche **Initiative zur Aufklärung des Behandlungsgeschehens entfalten müsste** (vgl. Grothe, in: *MünchKomm*, § 199 Rn. 30, 39; vgl. Bäune/Dahn, *MedR* 2004, 645 [653]). Denn das **Ausbleiben des Erfolgs ärztlicher Maßnahmen** muss nicht in der Unzulänglichkeit ärztlicher Bemühungen seinen Grund haben, sondern kann **schicksalhaft** und auf die **Eigenart der Erkrankung** zurückzuführen sein (vgl. Senat, NJW 1984, 661; VersR 1985, 740 [741]; NJW 1995, 776; NJW 1998, 2736).

Hier musste sich der Kl. ein **behandlungsfehlerhaftes Verhalten** der Bekl. nach den Umständen des Falls bis zu dem Gespräch mit der Gynäkologin im Jahr 2006 **nicht aufdrängen**. Zwar litt die Kl. nach eigenen Angaben seit der Entbindung unter erheblichen Beschwerden, die ihre Lebensführung stark einschränkten und deren operative Beseitigungsmöglichkeit von ihr mit Ärzten besprochen wurde. Eine **schmerzhafte Narbenbildung** kann aber ebenso wie ein bei der Entbindung eingetretener Dammriss **schicksalhaft** sein und gibt einem verständigen, auf seine Interessen bedachten Patienten **nicht ohne Weiteres Veranlassung**, wegen eines **Behandlungsfehlers** nachzuforschen. Welche konkreten Umstände abgesehen vom negativen Ausgang der ärztlichen Behandlung der Kl. Veranlassung hätten geben sollen, wegen eines Behandlungsfehlers nachzufragen, hat das BerGer. nicht aufgezeigt.“ (BGH aaO)

Die Klägerin hatte daher bis 2006 auch nicht aus grober Fahrlässigkeit keine Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen. Nach § 199 I Nr. 2 BGB n.F. begann die Verjährungsfrist damit erst 2006 an zu laufen und war im Zeitpunkt der Klageerhebung damit noch nicht abgelaufen.

III. **Ergebnis:** Die Einrede der Verjährung greift nicht durch.

BGB  
§§ 823, 1004**Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch  
persönlichkeitsverletzende Prangerwirkung**

DeliktsR

(BVerfG in NJW 2010, 1587; Urteil vom 18.02.2010 – 1 BvR 2477/08)

1. Annahme einer Verletzung des allgem. Persönlichkeitsrechts wegen der **Prangerwirkung wahrer Tatsachenbehauptungen** setzt eine nachvollziehbare, alle wesentlichen Umstände berücksichtigende Begründung dahingehend voraus, dass die Behauptung ein **schwerwiegendes Unwerturteil des Durchschnittspublikums** nach sich ziehen könnte.
2. Das **öffentliche Informationsinteresse** ist ein **wesentlicher Abwägungsfaktor** der Kollision zwischen der Meinungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Dies bedeutet aber **nicht**, dass die **Meinungsfreiheit nur unter dem Vorbehalt des öffentlichen Interesses geschützt** wäre und von dem Grundrechtsträger nur gleichsam treuhänderisch für das demokratisch verfasste Gemeinwesen ausgeübt würde.
3. Art. 5 I GG gewährleistet primär die **Meinungsäußerung** des Einzelnen. Es wird unzulässig verkürzt, wenn dem Betroffenen nur deshalb ein Unterlassungsanspruch **zuerkannt** wird, weil sein allgemeines Persönlichkeitsrecht das Informationsinteresse der Öffentlichkeit überwiegt.
4. Die **Äußerung wahrer Tatsachen**, zumal solcher aus dem Bereich der Sozialsphäre, muss **regelmäßig hingenommen** werden.

**Fall:** Der Bf. betreibt eine Internetseite, auf der er die „N. Zeitung online“ publiziert. Im Jahr 2006 beabsichtigte er, dort einen Artikel seines Mitbkl. des hier zu Grunde liegenden Ausgangsverfahrens, R, zu veröffentlichen. Dieser hatte ein Buch über ein Bankhaus verfasst und war deswegen auf Unterlassung in Anspruch genommen worden. Der Artikel befasste sich mit jenem Rechtsstreit, insbesondere mit dem Verhalten des von dem klagenden Bankhaus bevollmächtigten Rechtsanwalts H in einem Gerichtstermin. Da der Bf. den Artikel bebildern wollte, fragte er schriftlich bei dem Sozios des Prozessvertreters H – dem Kl. des hier zu Grunde liegenden Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Kl.) – an, ob er ein auf dessen Kanzleihomepage vorhandenes Foto für die Veröffentlichung verwenden dürfe. Die Anfrage war in einem teils unfreundlichen und ironischen Ton gehalten. Sie begann mit der Anrede „Sehr geehrter (?) Herr S“ und enthielt die Ankündigung, dass sich der Bf. „auch künftig nicht einschüchtern lassen“ und man sich vielleicht vor dem BVerfG wiedertreffen werde. Weiter hieß es wörtlich:

*„Noch eine Frage: Da ich in der nächsten N.-Ausgabe einen Artikel über Rs Termin in Berlin veröffentlichen werde, an dem Ihr Kollege H so schön beteiligt war, wäre ich Ihnen dankbar, wenn Sie mir erlauben würden, das Foto von Ihrer website (...) dafür zu verwenden. Teilen Sie mir doch bitte auch gleich mit, an welcher Stelle Herr H zu sehen ist. Dass Sie in der Mitte stehen, dürfte ja klar sein. Dann wissen unsere LeserInnen doch auch, wie Sie und Ihre Kollegen sich öffentlich präsentieren.“*

Der Kl. antwortete mit E-Mail vom 12.09.2006, in der er der Nutzung von Bildnissen seiner Person und seines Sozios' widersprach und mit rechtlichen Schritten drohte. Wörtlich hieß es: *„...wir widersprechen ausdrücklich jedweder Nutzung von Bildnissen von Herrn H und meiner Person. Sollten Sie hiergegen verstoßen, werden wir eigenständige rechtliche Schritte einleiten. Wir weisen darauf hin, dass wir unlängst auch anderen Medienunternehmern die Veröffentlichung von Bildnissen unsererseits verboten haben.“*

Am selben Tag erschien der Artikel auf der Website des Bf. Darin wurde über den Verlauf einer mündlichen Verhandlung in dem Rechtsstreit über das Buch berichtet, wobei das Auftreten des Rechtsanwalts H, aber auch seine äußere Erscheinung abfällig kommentiert wurden. Dem Text war eine Anmerkung der Redaktion beigefügt, in deren Rahmen mitgeteilt wurde, dass der Kl. auf Anfrage „ein eindrucksvolles Homepage-Foto seiner ‚Kanzlei‘ zu Rs Glosse“ nicht habe freigeben wollen. Zudem wurde der Inhalt der E-Mail des Kl. sowie einer weiteren E-Mail, mit der der Rechtsanwalt H ebenfalls mit deutlichen Worten der Veröffentlichung eines Bildnisses entgegengetreten war, wörtlich wiedergegeben. Der Kl. nahm den Bf. und seinen Mitbkl. daraufhin bei dem LG Berlin auf Unterlassung wörtlicher Zitate aus anwaltlichen Schreiben wie in dem streitgegenständlichen Artikel in Anspruch. Besteht ein solcher Anspruch?

Der Kl. könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung analog §§ 1004, 823 BGB haben.

**I. Störung eines geschützten Rechtsguts im Sinne der §§ 823 ff BGB**

Zunächst muss ein von §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut gestört sein. In Betracht kommt hier eine Störung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Kl.

Das **Allgemeine Persönlichkeitsrecht** ist ein absolutes umfassendes Recht auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit, gestützt auf Art. 2 I GG i.V.m. mit Art. 1 I GG (vgl. BVerfG, NJW 1980, 2070).

Der Inhalt dieses Rechts ist nicht allgemein und abschließend umschreiben (vgl. im Einzelnen „Überblick: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht“ in diesem Heft). Jedenfalls gehören dazu das

Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, die soziale Anerkennung sowie die persönliche Ehre (vgl. BVerfG NJW 1999, 1322, NJW 2006, 207). Durch die negative Darstellung der Person des Kl. durch den Bekl. wird dieses Recht gestört.

## II. Rechtswidrigkeit

Diese Störung muss rechtswidrig sein. Dies ist sie insbesondere dann, wenn nach § 1004 II BGB keine Duldungspflicht besteht. Auf ein Verschulden des Verursachers kommt es nicht an. Die Rechtswidrigkeit wird in der Regel **durch die Rechtsgutverletzung indiziert**. Dies gilt jedoch nicht für die sogenannten **Rahmenrechte** wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Hierbei ist eine **umfassende Güter- und Interessenabwägung** erforderlich.

Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kl. steht hier das Recht auf freie Meinungsäußerung des Bf. gegenüber.

### 1. Berufung auf den Schutz des Art. 5 I 1 GG durch den Bf.

Grundsätzlich fallen unter den Schutzbereich alle **Meinungsäußerungen**. Ihnen immanent ist das Wesen der **Stellungnahme**; sie können daher nicht als wahr oder unwahr nachgewiesen werden. Geschützt ist dabei **jede Form der Meinungskundgabe**, also auch die negative Meinungsäußerungsfreiheit. Meinung ist eine **Stellungnahme des Dafürhaltens** im Rahmen einer **geistigen Auseinandersetzung**, wobei es auf den Wert, die Richtigkeit und die Vernünftigkeit der Äußerung nicht ankommt.

Fraglich ist daher, ob auch **Tatsachenbehauptungen** dem Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG unterfallen. Da hierbei zumindest auch eine Tatsachenauswahl stattfindet, vertritt das BVerfG einen sehr weiten Begriff der Meinung. Danach ist Meinung auch eine Äußerung, die durch Elemente der Stellungnahme geprägt ist, wenn sich diese Elemente mit Elementen einer Tatsachenmitteilung oder Behauptung verbinden oder vermischen. Nicht umfasst sind damit Zitate und bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen.

*„In dessen Schutzbereich fallen außer Werturteilen auch **Tatsachenbehauptungen**, sofern sie zur **Bildung von Meinungen** beitragen können (vgl. BVerfGE 61, 1 [8] = NJW 1983, 1415; BVerfGE 71, 162 [179] = NJW 1986, 1533; BVerfGE 99, 185 [197] = NJW 1999, 1322, st. Rspr.). Dies ist bei einem Zitat wie dem hier streitgegenständlichen ersichtlich der Fall, denn die **Wiedergabe der ablehnenden Antwort** war – wovon auch die Gerichte ausgegangen sind – geeignet, zu einer **Bewertung des Kl.** beizutragen.“ (BVerfG aaO)*

### 2. Eingriff

In den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG müsste durch die angegriffene Entscheidung eingegriffen worden sein.

Eingriff ist **jedes staatliche Handeln, das dem einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, unmöglich macht oder erschwert**, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt. Notwendig ist allerdings, dass diese Wirkung von einem ursächlichen und zurechenbaren Verhalten eines Trägers öffentlicher Gewalt ausgeht. Die gerichtliche Untersagung der Meinungsäußerung durch den Bf. stellt daher ohne weiteres einen staatlichen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG dar.

### 3. Abwägung zwischen Art. 5 I 1 GG und Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

#### a) Beschränkbarkeit des Rechts auf freie Meinungsäußerung

*„Das Grundrecht aus Art. 5 I 1 GG ist zwar nicht vorbehaltlos gewährt, sondern steht gem. Art. 5 II GG insbesondere unter der **Schranke der allgemeinen Gesetze**, zu denen auch die hier angewendeten Vorschriften der §§ 823, 1004 BGB gehören. Jedoch haben die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung der grundrechtsbeschränkenden Normen des einfachen Rechts die **wertsetzende Bedeutung des beeinträchtigten Grundrechts** zu berücksichtigen.“ (BVerfG aaO)*

#### b) Beschränkbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

*„Vor dem Hintergrund, dass das Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG seinem Träger **keinen Anspruch darauf** vermittelt, öffentlich **nur so dargestellt** zu werden, wie es ihm **selbst genehm** ist (vgl. BVerfGE 82, 236 [269] = NJW 1991, 91; BVerfGE 97, 125 [149] = NJW 1998, 1381), begegnet bereits die Annahme der Gerichte, dass die Veröffentlichung des Zitats das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kl. beeinträchtigt, erheblichen Bedenken.“ (BVerfG aaO)*

### c) Rechtswidrigkeit der Darstellung wegen Prangerwirkung

#### aa) Voraussetzungen der Annahme einer Prangerwirkung

„Diese wird von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung dann erwogen, wenn ein – nach Auffassung des Äußernden – **beanstandungswürdiges Verhalten aus der Sozialsphäre einer breiteren Öffentlichkeit bekannt gemacht** wird und sich dies schwerwiegend auf Ansehen und Persönlichkeitsentfaltung des Betroffenen auswirkt (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 619 [620f.] = GRUR 2007, 350; BGHZ 181, 328 = NJW 2009, 2888 [2892] = MMR 2009, 608), was insbesondere dort in Betracht kommt, wo eine Einzelperson aus der Vielzahl derjenigen, die das vom Äußernden kritisierte Verhalten gezeigt haben, herausgehoben wird, um die **Kritik des als negativ bewerteten Geschehens durch Personalisierung** zu verdeutlichen (vgl. BGH, GRUR 1994, 913 = VersR 1994, 1116 [1118]). Dabei kann die Anprangerung dazu führen, dass die **regelmäßig zulässige Äußerung einer wahren Tatsache** aus der Sozialsphäre im Einzelfall **mit Rücksicht auf die überwiegenden Persönlichkeitsbelange** des Betroffenen zu **untersagen** ist. Diese Rechtsprechung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfGE 35, 202 [233] = NJW 1973, 1226; BVerfGE 97, 391 [406] = NJW 1998, 2889; BVerfGK 8, 107 [115] = NJOZ 2008, 151).“ (BVerfG aaO)

#### bb) Annahme einer Prangerwirkung im vorliegenden Fall

Das mit dem Zitat berichtete Verhalten des Kl. müsste ein **schwerwiegendes Unwerturteil des Durchschnittspublikums** oder wesentlicher Teile desselben nach sich ziehen können.

„Es erscheint vielmehr zweifelhaft, ob die Mitteilung, dass jemand sich in scharfer Form gegen die Veröffentlichung des eigenen Bildes verwahrt, **überhaupt geeignet** ist, sich **abträglich auf dessen Ehre oder dessen Ansehen auszuwirken**. Werden dem Leser Tatsachen mitgeteilt, aus denen er erkennbar **eigene wertende Schlussfolgerungen ziehen soll**, so dürfen dabei keine wesentlichen Umstände verschwiegen werden, die **geeignet sind, den Vorgang in einem anderen Licht erscheinen zu lassen** (vgl. BVerfGE 12, 113 [130f.] = NJW 1961, 819; BVerfGE 114, 339 [353f.] = NJW 2006, 207; BGH, NJW 2006, 601 [603]).“ (BVerfG aaO)

Insofern ist zu berücksichtigen, dass der Beitrag auch den Wortlaut der Anfrage enthält.

„Es stellt sich die Frage, ob nicht gerade die **bemerkenswerte Schärfe der E-Mail** die Annahme, dass lediglich eine „schlichte Anfrage“ vorausgegangen sei, für den maßgeblichen Durchschnittsleser fernliegend erscheinen lassen musste. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass in dem Text ausdrücklich mitgeteilt wird, die Anfrage habe sich auf eine Verwendung des Bildes für eine „Glosse“ bezogen, die von dem Prozessgegner des von der Kanzlei des Kl. vertretenen Bankhauses verfasst war und somit **keine positive Darstellung des Kl. erwarten ließ**.“ (BVerfG aaO)

#### cc) Abwägung

„Insofern heben die angegriffenen Entscheidungen wesentlich darauf ab, dass das **öffentliche Informationsinteresse an der streitgegenständlichen Äußerung gering** sei. Diese Erwägung lässt befürchten, dass die Gerichte den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 5 I GG grundlegend verkannt haben.

Zwar handelt es sich bei dem – hier als gering erachteten – **öffentlichen Informationsinteresse um einen wesentlichen Abwägungsfaktor** in Fällen einer **Kollision** der grundrechtlich geschützten Äußerungsinteressen einerseits und der **Persönlichkeitsbelange** des von der Äußerung Betroffenen andererseits. Dies bedeutet aber nicht, dass die Meinungsfreiheit nur unter dem Vorbehalt des öffentlichen Interesses geschützt wäre und von dem Grundrechtsträger nur gleichsam treuhänderisch für das demokratisch verfasste Gemeinwesen ausgeübt würde. Vielmehr gewährleistet das **Grundrecht aus Art. 5 I GG primär die Selbstbestimmung des einzelnen Grundrechtsträgers** über die Entfaltung seiner Persönlichkeit in der Kommunikation mit anderen. Bereits hieraus bezieht das Grundrecht sein in eine Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einzustellendes Gewicht, das durch ein mögliches **öffentliches Informationsinteresse lediglich weiter erhöht** werden kann.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Äußerung wahrer Tatsachen, zumal solcher aus dem Bereich der Sozialsphäre, **regelmäßig hingenommen** werden muss (vgl. BVerfGE 97, 391 [403] = NJW 1998, 2889; BVerfGE 99, 185 [196f.] = NJW 1999, 1322). Angesichts dessen stellt es eine verfassungsrechtlich bedenkliche Verkürzung dar, wenn die Gerichte dem Kl. vorliegend allein deshalb einen Unterlassungsanspruch zuerkennen, weil dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht das Informationsinteresse der Öffentlichkeit überwiege.“ (BVerfG aaO)

**III. Ergebnis:** Das Interesse des Kl. am Schutz seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts überwiegt nicht das Interesse des Bf. am Schutz seiner Meinungsfreiheit, so dass die Störung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht rechtswidrig ist und daher kein Anspruch des Kl. auf Unterlassung analog §§ 823, 1004 BGB besteht.

(BGH in NJW 2010, 179; Urteil vom 03.12.2009 – 3 StR 277/09)

Verfolgen die Mitglieder einer Gruppierung durch **koordiniertes Handeln** nicht nur kurzfristig ein **gemeinsames Ziel**, das **über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht**, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, so ergibt sich hieraus regelmäßig der für eine Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB notwendige **übergeordnete Gemeinschaftswillen**.

**Fall:** Ab dem Jahre 2005 traf sich eine Gruppe politisch rechtsorientierter Jugendlicher aus M., die sich den Namen „Division Sächsischer Sturm“ gegeben hatte und zu der auch die Angekl. gehörten. Zwischen dieser Gruppe und anderen Personen in der Umgebung kam es häufig zu gewalttätigen Auseinandersetzungen, wobei sich die Angriffe der Gruppenmitglieder bevorzugt gegen Punker, „Linke“ und „Kiffer“ richteten.

Anfang 2006 kam innerhalb der Gruppe die Idee auf, eine Kameradschaft zu gründen. Im Januar 2006 trafen sich etwa 20 ausgewählte Personen, darunter auch die Angekl. W, T und R. Es wurde besprochen, dass die Kameradschaft einen Namen und ein Abzeichen bekommen sollte; man dachte auch über eine einheitliche Kleidung nach, um nach außen Geschlossenheit zu demonstrieren. Im Bauhof sollte Ordnung geschaffen und die Teilnahme an rechtsorientierten Veranstaltungen organisiert werden. Hauptziel der Kameradschaft war jedoch, M. durch die Schaffung einer sog. nationalbefreiten Zone „zeckenfrei“ und „braun“ zu machen. Dies bedeutete, dass gegen alle Personen, die keine rechtsorientierte politische Gesinnung hatten, mit Gewalt vorgegangen werden sollte. Der Angekl. W beabsichtigte, ein „Sammelbecken von Nationalisten“ zu schaffen, in dem er Hooligans und Skinheads zusammenführen wollte. Es sollten weiterhin sog. Skinheadkontrollrunden durchgeführt werden, bei denen die Teilnehmer nach missliebigen Personen Ausschau hielten. Wurden solche angetroffen, organisierte und formierte man eine größere Einheit und ging gewalttätig gegen sie vor.

Nach dieser Vorbesprechung entwickelte der Angekl. G nach Recherchen in der Geschichte des Nationalsozialismus den Namen „Kameradschaft Sturm 34“. Am ersten Wochenende im März 2006 wurde eine der üblichen Zusammenkünfte im Bauhof spontan zur Gründungsveranstaltung genutzt. Neben anderen Personen hielt der Angekl. G eine Rede und erklärte den 30 bis 50 anwesenden Personen den vorherigen Absprachen entsprechend, wie eine Kameradschaft zu funktionieren habe, wie es zu dem Namen „Kameradschaft Sturm 34“ komme und welche gemeinsamen Ziele verfolgt werden sollten. Die Anwesenden taten ihre Zustimmung kund und waren sich einig, dass damit die „Kameradschaft Sturm 34“ gegründet war. Der Vorschlag, eine Mitgliederliste aufzulegen, wurde unter anderem deshalb nicht umgesetzt, weil der Angekl. R einwandte, dass eine solche Liste im Falle polizeilicher Ermittlungen nachteilig wäre.

Der Angekl. W nahm in der Folgezeit in der Gruppierung eine Anführerstellung ein. Er bildete mit den Angekl. P, T und G sowie weiteren Personen den „harten Kern“ der Kameradschaft. Die Bet. waren sich einig, dass ihre Ziele nur mittels Gewaltanwendung durchgesetzt werden konnten. Lediglich dem Angekl. G schwebte eine gewaltfreie Kameradschaft vor; er schied später aus der Gruppierung aus. Später wurde auch ein Vorstand gewählt; dieser bestand aus dem Angekl. W und drei weiteren Personen, unter denen sich mit H auch ein weibliches Mitglied befand. Eine schriftliche Satzung wurde in der Folgezeit nicht niedergelegt, einheitliche Kleidung nicht angeschafft. Offizielle Regeln, nach denen die Entscheidungen getroffen werden sollten, wurden nicht aufgestellt. Man legte auch nicht ausdrücklich fest, wer als Mitglied der Kameradschaft anzusehen war. Die Teilnahme an den Aktionen gegen „Zecken“ und andere war den im Bauhof Anwesenden freigestellt. Der Angekl. W gab in der Regel den Ton an; seine Anweisungen wurden indes nicht allgemein akzeptiert. Der Austritt aus der Kameradschaft war ohne Weiteres möglich; auch das Ausscheiden des Angekl. G wurde ohne Diskussion hingenommen.

Nach Gründung der „Kameradschaft Sturm 34“ kam es zu diversen Straftaten, an denen die Angekl. in unterschiedlicher Konstellation beteiligt waren.

Zu prüfen ist, ob die Angekl. sich wegen **mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung** strafbar gemacht haben.

Dann müsste die „Kameradschaft Sturm 34“ als **kriminelle Vereinigung i. S. des § 129 I StGB** anzusehen sein.

I. Das **Vorliegen einer Vereinigung hängt** nach bislang in der Rspr. gebräuchlicher Definition von **verschiedenen personellen, organisatorischen, voluntativen sowie zeitlichen Kriterien ab:**

Als Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB ist danach der **auf eine gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mind. drei Personen** zu verstehen, die bei **Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen** und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als **einheitlicher Verband** fühlen.

st. Rspr.; zuletzt BGH NJW 2009, 3448 = NSTz 2010, 44; s. auch BGHSt 28, 147 = NJW 1979, 172; BGHSt 31, 202 = NJW 1983, 1334 = NSTz 1983, 365; BGHSt 31, 239 = NJW 1983, 1686 = NSTz 1983, 311; BGHSt 45, 26 = NJW 1999,

1876 = NSTZ 1999, 524; BGH NJW 2005, 1668 = NSTZ 2005, 377; NJW 2006, 1603 = NSTZ-RR 2006, 267; BGHR StGB § 129 Vereinigung 3

II. **BGH aaO hält** – mit gewissen Modifikationen beim Willenselement – **an dieser Bestimmung** des Begriffs der Vereinigung für den Tatbestand der Bildung krimineller Vereinigungen nach § 129 StGB **fest**.

1. Der Begriff der kriminellen bzw. terroristischen Vereinigung wird in mehreren **europarechtlichen Regelungen** näher definiert; vor dem Hintergrund der dortigen Umschreibungen wird in der Lit. insbesondere für die terroristische Vereinigung (§§ 129a, 129b StGB) teilweise die Auffassung vertreten, der bisher verwendete Vereinigungsbegriff sei „europarechtsfreundlich“ zu interpretieren; deshalb sei er dahin zu modifizieren, dass die Anforderungen an die organisatorischen und voluntativen Voraussetzungen herabgesetzt werden (Krauß, LK-StGB, 12. Aufl., § 129a Rn 26; Kress JA 2005, 220; v. Heintschel-Heinegg, Festschr.f. Schroeder, S. 799; krit. Rudolphi/Stein, SK-StGB, § 129 Rn 6b).

Diese Auffassung ist von den Instanzgerichten teilweise übernommen worden (OLG Düsseldorf, Urteil v. 05.12.2007 – III-VI 10/05).

2. BGH aaO hat eine derartige Neubestimmung des Vereinigungsbegriffs für den Bereich der terroristischen Vereinigung ebenfalls zunächst grds. in den Blick genommen, ohne sich indes im Einzelnen hierzu zu verhalten (BGH NJW 2006, 1603 = NSTZ-RR 2006, 267). Insbesondere für die kriminelle Vereinigung i.S. des § 129 StGB hat er jedoch vor dem Hintergrund des abgestuften Systems der Strafbarkeit von Tatvollendung, Versuch und Vorbereitungshandlung, der erforderlichen Abgrenzbarkeit der Vereinigung von einer Bande oder nur mittäterschaftlichen Zusammenschlüssen, der prozessualen Folgewirkungen sowie des Strafzwecks der §§ 129 ff. StGB in späteren Entscheidungen erhebliche Bedenken geäußert.

BGH BGHR StGB § 129 Vereinigung 3; s. auch für die terroristische Vereinigung BGH NJW 2009, 3448 = NSTZ 2010, 44

3. Nunmehr stellt **BGH aaO** klar, dass es **für den hier relevanten Begriff der kriminellen Vereinigung i.S. des § 129 StGB** für alle in Betracht kommenden Gruppierungen einheitlich **bei der bisher in der Rspr. gebräuchlichen Definition der Vereinigung zu verbleiben hat**. Danach gilt Folgendes:

- a) Nach Art. 1 Nr. 1 EWG des Rahmenbeschlusses des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (ABIEU 2008 Nr. L 300, S. 42) **bezeichnet der Ausdruck kriminelle Vereinigung einen auf Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen**, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind.

Art. 1 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses umschreibt einen organisierten Zusammenschluss in diesem Sinne als einen Zusammenschluss, der nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung eines Verbrechens gebildet wird und der auch nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat.

- b) Diese **Begriffsbestimmungen können nicht unmittelbar für die §§ 129 ff. StGB übernommen werden**: Zwar sind bei der Auslegung des deutschen Rechts auch die in Rahmenbeschlüssen des Rates der Europäischen Union enthaltenen Vorgaben grds. zu berücksichtigen; denn die nationalen Gerichte haben ihre Auslegung des innerstaatlichen Rechts auch an deren Wortlaut und Zweck auszurichten (Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung, s. EuGH NJW 2005, 2839 – Pupino). Diese Verpflichtung der nationalen Gerichte besteht jedoch nicht uneingeschränkt; sie wird vielmehr durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt (EuGH NJW 2005, 2839).

Einer Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB, die sich an den zitierten Begriffsbestimmungen des Rahmenbeschlusses orientiert, stehen aber allgemeine Rechtsgrundsätze des deutschen Strafrechts entgegen.

„Die **Übertragung der Definition einer kriminellen Vereinigung** in Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24.10.2008 in das nationale Recht würde zu einem **unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen**, auf dem das

deutsche materielle Strafrecht beruht. Die Umschreibung einer kriminellen Vereinigung nach Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24.10.2008 unterscheidet sich in ihrem inhaltlichen Gehalt allenfalls nur noch in unwesentlichen Randbereichen von derjenigen einer Bande, wie sie in der neueren Rspr. (BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266 = NStZ 2001, 421) vorgenommen wird. Eine Bande ist danach gekennzeichnet durch den Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten zu begehen; ein gefestigter Bandenwille und ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse sind dem gegenüber nicht mehr erforderlich (BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266 = NStZ 2001, 421). Nach dt. Recht ist indes allein die Mitgliedschaft in einer Bande nicht strafbar; vielmehr führt das Handeln als Bandenmitglied (lediglich) dazu, dass der Täter nicht nur einen strafrechtlichen Grundtatbestand erfüllt, sondern ein Qualifikationsmerkmal (s. etwa §§ 146 II, 244 I Nr. 2, 244a I, 250 I Nr. 2, 263 V, 267 IV StGB, §§ 30 I Nr. 1, 30a I BtMG) bzw. ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall (s. etwa §§ 263 II 2 Nr. 1, 267 III 2 Nr. 1, 303b IV 2 Nr. 2 StGB) verwirklicht. Die **Mitgliedschaft in einer Bande ist** deshalb kein strafbegründendes, sondern ein **strafschärfendes Merkmal**. Demgegenüber stellt § 129 I StGB mit Blick auf vereinigungsspezifische Gefährdungen gewichtiger Rechtsgüter bereits unter anderem die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung als solche unter Strafe. Dieser grundlegende Unterschied ginge bei einer Übernahme des europarechtlichen Begriffs der kriminellen Vereinigung verloren, denn in diesem Fall wäre bereits die Mitgliedschaft in einer Gruppierung strafbar, die lediglich die Voraussetzungen einer Bande erfüllt.

Hieraus folgt, dass eine „europarechtsfreundliche“ Modifikation des bisherigen Begriffs der kriminellen Vereinigung durch die Rspr. nicht möglich ist. Sie wäre vielmehr allein Sache des Gesetzgebers (für die kriminelle Vereinigung im Ergebnis ebenso Krauß, LK-StGB, § 129 Rn 49), der bei einer Neuregelung allerdings auch dafür Sorge zu tragen hätte, dass das deutsche materielle Strafrechtsgefüge insgesamt in sich stimmig bleibt.“ (BGH aaO)

- III. Dass sich in der „Kameradschaft Sturm 34“ mindestens drei Personen für eine gewisse Dauer zusammenschlossen und somit die **Anforderungen an eine Vereinigung in personeller und zeitlicher Hinsicht erfüllt** sind, unterliegt keinen Zweifeln.
- IV. Zu den maßgebenden Gesichtspunkten bzgl. der **Organisation** der „Kameradschaft Sturm 34“ gilt Folgendes:
1. Eine Vereinigung ist in **struktureller Hinsicht** dadurch gekennzeichnet, dass ein **Mindestmaß an fester Organisation mit einer gegenseitigen Verpflichtung der Mitglieder** besteht (BGHSt 31, 202 = NJW 1983, 1334 = NStZ 1983, 365; BGHSt 31, 239 = NJW 1983, 1686 = NStZ 1983, 311). Diese innere Organisation muss so stark sein, dass sich die **Durchsetzung der Ziele der Vereinigung nach bestimmten Gruppenregeln vollzieht** und der **individuelle Gestaltungseinfluss des Einzelnen dahinter zurücktritt**. Die Straftaten und Aktionen, die von den Mitgliedern der Vereinigung geplant und begangen werden, müssen vor diesem Hintergrund stattfinden. Erforderlich ist dabei ein **mitgliedschaftliches Zusammenwirken zu einem gemeinsamen Zweck** mit verteilten Rollen und einer abgestimmten, koordinierten Aufgabenverteilung (BGH NJW 1992, 1518).
  2. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, denn innerhalb der „Kameradschaft Sturm 34“ war eine ausreichende organisatorische Struktur vorhanden, um die gemeinsam verfolgten Ziele – Schaffung einer „national-befreiten Zone“ in der Gegend um M. usw. – zu verwirklichen.
 

„Die **Mittel**, deren sich die Mitglieder der Kameradschaft hierfür bedienen wollten, **waren von Beginn an festgelegt**. Insbesondere die Durchführung der sog. „Skinheadkontrollrunden“ und ggf. die sich unmittelbar an diese anschließenden Aktionen gegen missliebige Personen erforderten ein beachtliches Maß an Koordination zwischen den Beteiligten. Auch die mit einem **nicht unerheblichen logistischen Aufwand** verbundene Art und Weise, in der die konkreten Straftaten begangen wurden, belegt eine intensive vorherige Abstimmung zwischen den Mitgliedern der Organisation (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 300). In dem Bauhof war ein **ständiger Gruppentreff** und damit ein **räumlicher Fixpunkt eingerichtet** (vgl. Krauß, LK-StGB, § 129 Rn 25), von dem die gewalttätigen Aktionen ausgingen und zu dem die Teilnehmer an den konkreten Straftaten nach deren Begehung jeweils zurückkehrten. [Dies] lässt ein **bemerkenswertes Maß an Planung und personeller Geschlossenheit** erkennen; sie ist deshalb ebenfalls ein gewichtiges Indiz für den **organisatorischen Zusammenhalt der Gruppenmitglieder**. Hinzu kommt, dass die Bestimmung der Ziele der Gruppe und der zu deren Erreichung eingesetzten Mittel auf einer gemeinsamen politisch-ideologischen Grundhaltung der Beteiligten beruhte (vgl. zu diesem Kriterium auch den Sachverhalt, welcher der Entscheidung BGHSt 41, 47 = NJW 1995, 2117 = NStZ 1995, 340 zu Grunde liegt). Die Mitglieder der „Kameradschaft Sturm 34“ einte eine politisch im extrem rechten Bereich zu verortende Überzeugung, welche Grundlage der Straftaten war, auf deren Begehung die Gruppierung gerichtet war. All diese Umstände belegen einen hohen Organisationsgrad der Gruppierung, der den Anforderungen genügt, die in organisationspezifischer Hinsicht an eine Vereinigung zu stellen sind.“ (BGH aaO)
  3. Auch das erforderliche **Willenselement** der Vereinigung liegt vor.
    - a) Nach bisher st. Rspr. ist wesentlich für eine Vereinigung die **subjektive Einbindung der Beteiligten in die kriminellen Ziele der Organisation und in deren entsprechende**

**Willensbildung unter Zurückstellung individueller Einzelmeinungen.** Innerhalb der Vereinigung müssen deshalb grds. bestimmte, von ihren Mitgliedern anerkannte Entscheidungsstrukturen bestehen; dieser organisierten Willensbildung müssen sich die Mitglieder als für alle verbindlich unterwerfen. Der bloße Wille mehrerer Personen, gemeinsam Straftaten zu begehen, verbindet diese noch nicht zu einer kriminellen Vereinigung, weil der Wille des Einzelnen maßgeblich bleibt und die Unterordnung unter einen Gruppenwillen unterbleibt.

Die Art und Weise der Willensbildung ist allerdings gleichgültig; maßgeblich ist allein, dass sie von den Mitgliedern der Vereinigung übereinstimmend anerkannt wird. Die für alle Mitglieder verbindlichen Regeln können etwa dem Demokratieprinzip entsprechen oder auf dem Prinzip von Befehl und Gehorsam aufgebaut sein. Die Annahme einer Vereinigung scheidet indes aus, wenn die Mitglieder einer Gruppierung sich nur jeweils der autoritären Führung einer Person unterwerfen, ohne dass dies vom Gruppenwillen abgeleitet wird.

BGHSt 31, 239 = NJW 1983, 1686 = NSTZ 1983, 311; BGHSt 45, 26 = NJW 1999, 1876 = NSTZ 1999, 524; BGH NJW 1992, 1518; NJW 2009, 3448 = NSTZ 2010, 44

- b) An der in den bislang zu diesem Fragenkomplex ergangenen BGH- Entscheidungen zum Ausdruck kommenden Tendenz, bei der Beurteilung des notwendigen voluntativen Elements der Vereinigung den Schwerpunkt der Betrachtung weniger auf die Regeln zu legen, nach denen sich die Willensbildung vollzieht, vielmehr vor allem die **Zielsetzung der Vereinigung und den Gemeinschaftswillen** selbst in den Blick zu nehmen, hält BGH aaO fest.

*„Verfolgen die Mitglieder der Organisation **nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel**, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, und handeln sie hierbei – etwa im Rahmen der Vorbereitung oder der Verwirklichung dieser Straftaten – koordiniert zusammen, so belegt dies regelmäßig für sich bereits hinreichend, dass innerhalb des Verbands der für eine Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB notwendige **übergeordnete Gemeinschaftswille** besteht und von den Mitgliedern anerkannt wird; denn die nachhaltige, aufeinander abgestimmte gemeinsame Verfolgung einer derartigen übergeordneten Zielsetzung ist in der Regel nur dann möglich, wenn die Mitglieder der Gruppierung sich unter Zurückstellung ihrer individuellen Einzelmeinungen einem auf die Erreichung des gemeinsamen Ziels gerichteten Gruppenwillen unterordnen. In diesen Fällen ist das Bestehen ausdrücklicher, verbindlicher Regeln, nach denen die Entscheidungen innerhalb der Gruppierung zu treffen sind, für das voluntative Element der Vereinigung nicht konstitutiv; deshalb erübrigen sich nähere Feststellungen dazu, auf welche formale Art und Weise der gemeinschaftliche Wille gebildet wird. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Sachverhalt ausnahmsweise Besonderheiten aufweist, die aus der Verfolgung des gemeinsamen übergeordneten Ziels keinen ausreichenden Schluss auf die Existenz eines den individuellen Interessen der Einzelnen vorgehenden Gemeinschaftswillens zulassen.“* (BGH aaO)

Dieses Verständnis ergibt sich insbes. aus einer **an Sinn und Zweck des § 129 StGB orientierten Auslegung des Vereinigungsbegriffs**.

*„Denn vor dem Hintergrund des **Normzwecks der Vereinigungsdelikte** kommt es – jedenfalls in den Fällen, in denen die Mitglieder der Organisation eine über den bloßen Zweckzusammenhang der Vereinigung hinausreichende Zielsetzung verfolgen – wesentlich auf die Existenz dieses Gemeinschaftswillens, nicht aber darauf an, nach welchen verbindlichen Regeln sich die Willensbildung im Einzelfall vollzieht. § 129 StGB soll die erhöhte kriminelle Intensität erfassen, die in der Gründung oder Fortführung einer ausreichend festgefügt Organisation ihren Ausdruck findet und die kraft der ihr innewohnenden Eigendynamik eine erhöhte Gefährlichkeit für wichtige Rechtsgüter der Gemeinschaft mit sich bringt (BGHSt 31, 202 = NJW 1983, 1334 = NSTZ 1983, 365; BGHSt 41, 47 = NJW 1995, 2117 = NSTZ 1995, 340).*

*Diese für größere Personenzusammenschlüsse **typische Eigendynamik** hat ihre besondere Gefährlichkeit darin, dass sie geeignet ist, dem einzelnen Beteiligten die Begehung von Straftaten zu erleichtern und bei ihm das Gefühl persönlicher Verantwortung zurückzudrängen (BGHSt 28, 147 = NJW 1979, 172; BGH NJW 1992, 1518). Für die so verstandene spezifisch **vereinigungsbezogene Gefährlichkeit** ist die konkrete Ausgestaltung der Art und Weise der Bildung des gemeinschaftlichen Willens jedenfalls in den Fallgestaltungen ohne erheblichen Belang, in denen die in Rede stehende Eigendynamik vor allem dadurch in Gang gesetzt werden kann, dass die Beteiligten sich in der Verfolgung eines gemeinsamen Zieles verbunden fühlen.“* (BGH aaO)

Auch wenn in den Fällen der koordinierten Verfolgung eines übergeordneten Ziels durch die Gruppenmitglieder bei der Bewertung des Willenselements der Vereinigung maßgeblich auf die Existenz eines Gruppenwillens als solchen und nicht auf die Art seines Zustandekommens abgestellt wird, unterscheidet sich die Vereinigung hinreichend sicher von anderen Formen des strafbaren Zusammenwirkens mehrerer.

*„Dies gilt zunächst im Verhältnis zu der Begehung von Straftaten durch die Mitglieder einer Bande. Der Senat verkennt nicht, dass bei einer Herleitung des maßgebenden Gemeinschaftswillens aus der gemeinsa-*

men Verfolgung eines übergeordneten Ziels wesentlich auf ein tatsächliches Element abgestellt wird, das Ähnlichkeiten zu dem übergeordneten Interesse aufweist, welches die frühere Rechtsprechung als für eine Bande konstitutives Merkmal angesehen hatte (BGHSt 42, 255 = NJW 1997, 810 = NStZ 1997, 132; BGH NStZ 1997, 90; BGHR BtMG § 30a Bande 8). Mit diesem Erfordernis war die Bandentat allerdings ohnehin bereits in die Nähe des Organisationsdelikts nach § 129 StGB gerückt worden (BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266 = NStZ 2001, 421). Entscheidend ist jedoch, dass – wie bereits aufgezeigt – nach neuem Verständnis der Rspr. ein derartiges übergeordnetes Interesse für eine Bande nicht mehr notwendig ist. Die Mitglieder einer Bande können – und werden regelmäßig – ihre eigenen Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung sowie Beute- und Gewinnerzielung verfolgen (BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266 = NStZ 2001, 421). Gerade hierin besteht – auch nach dem dargelegten Verständnis des Senats – neben den bedeutend geringeren Anforderungen an die Organisation der Gruppierung ein weiterer wesentlicher Unterschied zu einer Vereinigung.“ (BGH aaO)

Gemessen an den dargelegten Maßstäben ist vorliegend der erforderliche Gruppenwille zu bejahen.

„Die Mitglieder der „Kameradschaft Sturm 34“ verfolgten ein **von einem gemeinschaftlichen Bestreben getragenes Ziel**, das über die Begehung der einzelnen strafbaren Gewalttätigkeiten hinausging; sie einte das in gemeinsamer rechtsgerichteter politisch-ideologischer Überzeugung wurzelnde, von übereinstimmenden Vorstellungen getragene Vorhaben, M. und Umgebung durch die Vertreibung politisch Andersdenkender „zeckenfrei“ und „braun“ zu machen. Die Umsetzung dieses Ziels durch die Begehung gewalttätiger Straftaten war ebenfalls vom Gruppenwillen umfasst, ohne dass es insoweit einer jeweils ausdrücklichen Form des Willensbildungsprozesses bedurfte. Die **Mitglieder** der „Kameradschaft Sturm 34“ **wirkten planvoll und zielgerichtet zusammen**; ihr bereits längere Zeit vor der Gründung der Kameradschaft und nach diesem Zeitpunkt praktiziertes Vorgehen gegen missliebige Personen folgte einem eingeschliffenen Verhaltensmuster.

Dies belegt ein **nicht unbeträchtliches Maß an gemeinschaftlicher Willensbildung**, der sich die einzelnen Mitglieder der Gruppierung unter Zurückstellung der jeweiligen Vorstellungen des Einzelnen unterordneten; denn anderenfalls wäre die gemeinsame Durchführung der gewalttätigen Aktionen in der festgestellten Form nicht möglich gewesen.

Für das Bestehen eines **verbindlichen übergeordneten Gruppenwillens** spricht auch, dass der Angekl. G sein Ziel einer gewaltfreien Kameradschaft nicht durchsetzen konnte und später aus dem Verband ausschied.“ (BGH aaO)

- V. Der Argumentation, dass vorliegend die Voraussetzungen einer kriminellen Vereinigung nicht gegeben seien, weil eine **Satzung** noch nicht erstellt war, eine **Mitgliederliste** nicht geführt wurde, keine **Mitgliedsbeiträge** erhoben wurden und **keine festen Veranstaltungstermine, Teilnahmepflichten** sowie **Verpflichtungen zur einheitlichen Kleidung oder Tätowierung** bestanden, ist zu widersprechen, weil damit die Bedeutung der vorgenannten Kriterien verkannt werden.

„Diese Umstände sind zwar, wenn sie festzustellen sind, **Indizien**, die für das Vorliegen einer Vereinigung sprechen. Sie sind **jedoch für eine kriminelle Vereinigung nicht konstitutiv**; allein aus ihrem Fehlen kann deshalb nicht geschlossen werden, dass die Voraussetzungen einer Vereinigung nicht gegeben sind.

Entsprechendes gilt für die Erwägung, dass die einzelnen Mitglieder der Kameradschaft nicht zur Beteiligung an den konkreten Gewalttätigkeiten verpflichtet waren. Auch dieser Umstand findet als Voraussetzung für das Bestehen einer Vereinigung im Gesetz keine Stütze. Die §§ 129 ff. StGB setzen als Vorfelddelikte nach ihrer Struktur nicht voraus, dass überhaupt von den Mitgliedern der Vereinigung konkrete Straftaten begangen werden, solche müssen noch nicht einmal konkret geplant oder vorbereitet sein (vgl. BGHSt 49, 268 = NJW 2005, 80 = NStZ-RR 2005, 306). Erst recht ist es nicht notwendig, dass bei den einzelnen Taten alle oder jeweils dieselben Mitglieder der Vereinigung aktiv werden; vielmehr ist auch eine Begehung in wechselnder Besetzung möglich (BGHSt 31, 202 = NJW 1983, 1334 = NStZ 1983, 365). Mit Blick auf den Strafzweck der Vereinigungsdelikte (BGHSt 31, 202 = NJW 1983, 1334 = NStZ 1983, 365; BGHSt 41, 47 = NJW 1995, 2117 = NStZ 1995, 340) ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Zwecke oder Tätigkeit der Vereinigung auf die Begehung solcher Delikte gerichtet ist.“ (BGH aaO)

- VI. Ebenso wenig hängt die Bewertung der Kameradschaft als kriminelle Vereinigung davon ab, ob eine ausdrückliche Festlegung dahin existierte, wer als Mitglied der Kameradschaft gelten sollte.

„Nach den Feststellungen sind jedenfalls diejenigen als Mitglied der Kameradschaft – d.h. als Person, die sich unter Eingliederung in die Organisation deren Willen unterordnet und eine Tätigkeit zur Förderung der kriminellen Ziele der Vereinigung entfaltet – anzusehen, die regelmäßig die Treffen im Bauhof besuchten. Es liegt nahe, dass dies auch für diejenigen anzunehmen ist, die an der Gründungsveranstaltung teilnahmen oder sich an der Wahl des Vorstands beteiligten. Somit lassen sich die Mitglieder der Kameradschaft auch ohne ausdrückliche Regelung hinreichend sicher von solchen Personen abgrenzen, die nicht auf Dauer oder zumindest längere Zeit am „Kameradschaftsleben“ teilnahmen. I. Ü. ist im Randbereich die Abgrenzung von Mitgliedern, Unterstützern und Sympathisanten einer Vereinigung häufig im Einzelfall problematisch; dies stellt jedoch nicht per se deren Existenz in Frage.“ (BGH aaO)

(OLG Hamburg in NJW 2010,1893; Urteil vom 15.02.2010 – 2-27/09)

1. Wer **bewusst und gewollt Seiten mit kinderpornografischem Inhalt aus dem Internet aufruft** und auf dem Bildschirm seines Computers betrachtet, **unternimmt es, sich den Besitz** von kinderpornografischen Schriften (hier: Dateien) **zu verschaffen**.
2. Für die Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestands ist es **nicht erforderlich, dass der Täter plant, die Datei manuell abzuspeichern**, oder weiß, dass die Datei im sog. Internet-Cache automatisch gespeichert wird.

## A. Grundlagenwissen

Es ist in **Rspr. und Lit.** noch **nicht abschließend geklärt, ob ein strafbarer Besitz kinderpornografischer Schriften i.S. des § 184b IV StGB gegeben ist, wenn der Täter im Internet gezielt nach solchen Inhalten sucht** und sie aufruft, um sie auf seinem Computerbildschirm zu betrachten, **ohne sie gesondert zu speichern**.

- I. **Einigkeit** herrscht grds. nur insoweit, dass derjenige, der solche Dateien **auf einem permanenten Speichermedium ablegt, strafbaren Besitz an diesen Daten erlangt**.
- II. **Umstritten** ist jedoch, **wie es zu beurteilen ist, wenn der Internetnutzer bewusst auf eine separate Speicherung der Dateien verzichtet** und ob in diesem Falle ein „Besitzverschaffen“ i.S. des § 184b IV StGB vorliegt.

Die **Schwierigkeiten** hinsichtlich der Auslegung des Besitzbegriffs beim Betrachten kinderpornografischer Dateien im Internet **resultieren daraus, dass der Tatbestand des § 184b IV StGB an den körperlichen Besitzbegriff anknüpft**. Er geht von der Annahme aus, dass der Täter nur betrachten kann, was er auch besitzt. Dieser ursprünglich für Wiedergabemedien wie Videokassetten entwickelte Ansatz (vgl. BT-Dr 12/3001, S. 4) ist durch das Medium Internet obsolet geworden, denn es ermöglicht die Wahrnehmung von Inhalten, die sich nicht im Besitz des Betrachters befinden müssen. Mit einer erweiternden Auslegung wird zwar versucht, den Gegebenheiten des Internets gerecht zu werden und die Norm an die rasante technische Entwicklung anzupassen (vgl. zur ähnl. Problematik bei § 284 StGB Mintas, Glücksspiele im Internet, 2009, S. 124ff.).

**Problematisch** ist aber, **dass dabei zugleich die Wortlautgrenze überschritten wird**, denn § 184b StGB ist mit seinen vielen Tatmodalitäten sehr detailliert ausgestaltet. **Das „bloße“ visuelle Wahrnehmen kinderpornografischer Inhalte ist aber gerade nicht als mögliche strafbare Handlung aufgeführt**. Deshalb wird für ein Tätigwerden des Gesetzgebers dahingehend plädiert, das virtuelle Betrachten kinderpornografischer Dateien in den Gesetzestext des § 184 b StGB aufzunehmen, damit auch diese Fälle strafrechtlich erfasst werden können.

## B. Die Besitzverschaffung beim Betrachten kinderpornografischer Dateien im Internet (OLG Hamburg in NJW 2010,1893)

**Fall:** Der Angekl. sah sich an 16 verschiedenen Tagen vom 17.03.2007 bis zum 21.12.2007 auf dem Bildschirm seines Computers in seiner Wohnung online mindestens 18 Bilddateien und eine Videodatei mit kinderpornografischem Inhalt an. Die Dateien zeigten Abbildungen von Kindern im Alter von etwa zwischen vier und elf Jahren, die an sexuellen Tätigkeiten beteiligt sind, nämlich den Vaginal-, Oral-, Anal- und Handverkehr mit und an Erwachsenen ausüben, an eigenen Geschlechtsorganen oder denen von Erwachsenen manipulieren oder vor den Erwachsenen sexuelle Tätigkeiten ausüben. Der Angekl. hatte zum einen im Internet gezielt nach dem einschlägigen Material gesucht und zum anderen (unaufgefordert) E-Mails mit „Links“ auf Seiten mit kinderpornografischem Inhalt oder Lockangebote für „free tours“ empfangen, so dass er der Versuchung erlegen war, das übermittelte Material zu betrachten. Regelmäßig vergrößerte er die kleinen Vorschaubilder durch deren Anklicken. Die fraglichen Dateien wurden automatisch im „Cache-Verzeichnis“ (Anmerkung: auch „Internet-Cache“, „Cache-Speicher“ oder „Browser-Speicher“ genannt) des vom Angekl. genutzten Computers abgelegt und waren dadurch für den Angekl. jederzeit abrufbar; diese Umstände waren dem Angekl. nicht bewusst. Darüber hinausgehend nahm der Angekl. keine gesonderte manuelle Speicherung der betrachteten Dateien vor; eine solche hatte er auch zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt.

Der Angekl. könnte sich **wegen des Besitzes von Kinderpornografie nach § 184b IV StGB strafbar** gemacht haben, indem er **Seiten mit kinderpornografischem Inhalt aus dem Internet aufgerufen und** sodann die Bild- und Videodateien auf dem Bildschirm **betrachtet hat**.

Der rechtlichen Beurteilung des Geschehens aus dem Jahre 2007 ist § 184b StGB in der seit dem 01.04.2004 geltenden Fassung zu Grunde zu legen, der an die Stelle des § 184 V StGB a.F. getreten ist.

Bestraft wird, wer es unternimmt (§ 11 I Nr. 6 StGB: Versuch oder Vollendung), sich den Besitz von kinderpornografischen Schriften zu verschaffen, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben (S. 1), oder wer solche Schriften besitzt (S. 2).

- I. Die hier in Frage stehenden **Bild- und Videodateien** sind als **kinderpornografische Schriften** i.S. von § 184b IV i.V.m. § 11 III StGB zu bewerten.

Die vom Angekl. **mit dem Aufruf zum Betrachten kurzfristig in den Arbeitsspeicher geladenen Dateien enthalten** (ebenso wie deren automatisch gespeicherte Version im Internet-Cache auf der Festplatte des Computers) **Darstellungen, die auf einem Datenspeicher festgehalten sind, und sind damit Schriften i.S. von § 11 III StGB.**

Schriften stehen nach der **Legaldefinition des § 11 III StGB** Ton- und Bildträger, Abbildungen sowie andere Darstellungen gleich, soweit in anderen Vorschriften – wie in § 184b IV i.V.m. I StGB – auf diesen Absatz verwiesen wird.

Diese **Gleichstellung erfasst auch „Datenspeicher“**. Datenspeicher sind **permanente Speichermedien, die der dauerhaften Aufzeichnung elektronischer, elektromagnetischer und anderer Daten dienen**, wie z.B. CD-Roms, USB-Sticks, Festplatten und die internen Speicher einer EDV-Anlage einschließlich Arbeitsspeicher.

vgl. MüKo-StGB/Radtke, § 11 Rn 118; Hilgendorf, LK-StGB, 12. Aufl., § 11 Rn 121; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 11 Rn 36; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 11 Rn 78

Nach der Rspr. sind Dateien, die auf Datenspeichern – wozu auch Arbeitsspeicher gehören (vgl. BGHSt 47, 55 = NJW 2001, 3558 = NSTZ 2001, 596; a.A. Harms NSTZ 2003, 646 – festgehalten sind, selbst Datenspeicher und stehen somit Schriften gleich.

vgl. schon zu früherem Recht OLG Hamburg NSTZ-RR 1999, 329; BGH NSTZ 2005, 444; NSTZ 2007, 95; BGHR StGB § 184b Konkurrenzen 1; OLG Hamburg StV 2009, 469; OLG Schleswig NSTZ-RR 2007, 41; a.A. Rudolphi/Stein, SK-StGB, § 11 Rn 62

- II. Mit dem **Aufrufen der Dateien aus dem Internet**, dem damit verbundenen **Herunterladen in den Arbeitsspeicher zum Betrachten der Bilder** sowie dem – zumal regelmäßig unter gezielter Vergrößerung erfolgten – Betrachten der Bilder auf dem Bildschirm hat der Angekl. es i.S. des § 184b IV 1 StGB unternommen, sich **Besitz an den Dateien zu verschaffen**.

1. Die **Anforderungen, die an die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals** des Besitzes bei Aufruf einer Datei aus dem Internet zwecks Betrachtung auf dem Computerbildschirm zu stellen sind, sind **in Rspr. und Lit. umstritten**.

a) **Umfassen Wissen und Wollen des Internet-Nutzers die mit dem Aufruf verbundene automatische Abspeicherung im Internet-Cache, wird** von der inzwischen h. M. zutreffend ein Unternehmen der **Besitzbeschaffung bejaht** (vgl. BGH NJW 2007, 933 = NSTZ 2007, 95; OLG Hamburg StV 2009, 469).

b) Demgegenüber hat sich für die hier festgestellte Sachverhaltskonstellation des **bloßen Aufrufs zwecks Betrachtens** mit Herunterladen der Datei in den Arbeitsspeicher ohne weitergehenden Speichervorsatz bisher **keine überwiegende Ansicht** herausgebildet.

- bejahend: OLG Schleswig NSTZ-RR 2007, 41; Laufhütte/Roggenbruck, LK-StGB, § 184b Rn 8; Heinrich NSTZ 2005, 361; Eckstein ZStW 117 [2005], 107
- ablehnend: Fischer, § 184b Rn 21b; Schönke/Schröder, § 184b Rn 15; MüKo-StGB/Hörnle, § 184b Rn 27; Wolters, SK-StGB, § 184b Rn 13; Lackner/Kühl, § 184b Rn 8
- offengelassen OLG Hamburg NSTZ-RR 1999, 329

2. Die gebotene Auslegung des Gesetzes hat in Anwendung von Art. 103 II GG, § 1 StGB den in der Gesetzesbestimmung zum Ausdruck kommenden **objektivierten Willen des Gesetzgebers** zu erfassen, wie er sich aus dem **Wortlaut der Gesetzesbestimmung**

und dem **Sinnzusammenhang** ergibt, in den diese hineingestellt worden ist. Die **Materialien zur Entstehungsgeschichte** dürfen nicht mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichgesetzt werden, sondern sind **nur unterstützend heranzuziehen**, soweit sie auf den objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen (vgl. BVerfGE 64, 261 = NJW 1984, 33 = NStZ 1983, 476)

Der mögliche Wortsinn in der Bedeutung des für den Adressaten erkennbaren und verstehbaren Wortlauts markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (vgl. BVerfGE 71, 108 = NJW 1986, 1671). Er ist grds. nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Gegenwart zu bestimmen (vgl. Fischer, § 1 Rn 10). Eine Korrektur des eindeutigen Wortlauts ist dem Richter nicht gestattet (vgl. Fischer, § 1 Rn 11). Indes ist der Wortsinn stets kontextabhängig und somit unter Berücksichtigung des objektivierten Willens des Gesetzgebers und des Sinnzusammenhangs, in den die Norm gestellt ist, zu ermitteln (vgl. BGHSt 41, 285 = NJW 1996, 1068 = NStZ 1996, 131; Fischer, § 1 Rn 12).

a) Eine Auslegung des Begriffs „Besitz“, die bereits das gezielte Suchen und Herunterladen kinderpornografischer Dateien in den flüchtigen Arbeitsspeicher zum Zweck des bloßen Betrachtens erfasst, überschreitet nicht die Grenzen des Wortsinns und verstößt damit auch nicht gegen den im Strafrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz und das daraus folgende Analogieverbot (Art. 103 II GG, § 1 StGB).

- **Umgangssprachlich** bezeichnet Besitz die Gesamtheit der materiellen Güter, über die man Verfügungsgewalt hat (Duden, Dt. Universalwörterb., 6. Aufl.); kennzeichnend für Besitz sind also die Merkmale Verfügungsgewalt und Sachherrschaft. Heranzuziehen für die Auslegung sind auch die Vorschriften der §§ 854 ff. BGB, die ausweislich allgemein zugänglicher Nachschlagewerke für den Alltagsgebrauch des Begriffs „Besitz“ mit prägend sind.

Nach Brockhaus (Die Enzyklopädie, 20. Aufl.) ist Besitz als „die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache (§§ BGB § 854–BGB § 872 BGB), im Unterschied zum Eigentum als der rechtlichen Zuordnung“ zu definieren (ebenso zum Rechtsbegriff des Besitzes Palandt/Bassenge, BGB, 66. Aufl., Vorb. § 854 Rn 1). Besitz wird gem. § 854 I BGB erworben durch die Erlangung tatsächlicher, nach außen erkennbarer Gewalt über die Sache. Das Bestehen von Sachherrschaft entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung auf Grund einer zusammenfassenden Wertung aller Umstände und ist für die Erlangung strenger zu beurteilen als für die Fortdauer. Notwendig sind eine gewisse Dauer und Festigkeit der Beziehung zur Sache sowie eine gewisse Zugänglichkeit, die auf Grund physischer Innehabung eine jederzeitige Einwirkung ermöglicht. Überdies muss die Erlangung der tatsächlichen Gewalt von einem nach außen erkennbaren Besitzbegründungswillen getragen sein (zu allem vgl. Palandt/Bassenge, § 854 Rn 2–4). Der „Kurzbesitz“ z.B. eines Fahrgastes an einem Sitzplatz oder eines Lokalgastes an einem Besteck begründet in der Regel keinen unmittelbaren Besitz, weil es an Dauerhaftigkeit, Festigkeit und/oder Besitzbegründungswillen fehlt (Palandt/Bassenge, § 854 Rn 5).

- Indes ergibt der **systematische Vergleich mit anderen eine Besitzstrafbarkeit normierenden Vorschriften**, dass Besitz im Sprachgebrauch nicht schlechthin identisch mit dem bürgerlich-rechtlichen Verständnis sein muss.

*„Das gilt insbes. für den Besitz von Betäubungsmitteln i.S. des § 29 I 1 Nr. 3 BtMG; dieser Straftatbestand kann nach der Vorstellung des Gesetzgebers (BT-Dr 12/3001, S. 5) für das Verständnis der Tatbestandsmerkmale „Besitz“ und „Besitz verschaffen“ i.S. des § 184 V StGB a.F. (§184b IV StGB n.F.) herangezogen werden.*

*Besitz i.S. des § 29 I 1 Nr. 3 BtMG setzt – in Anlehnung an die zivilrechtliche Definition – ebenfalls objektiv eine tatsächliche Sachherrschaft für einen nennenswerten Zeitraum und subjektiv einen die Sachherrschaft tragenden Herrschaftswillen voraus. Dabei bezeichnet der Besitz keinen Zustand, sondern ist Merkmal eines Dauerdelikts; bestraft wird ein kausales, nicht ein finales Verhalten, zu verstehen als die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer von einem Herrscherwillen getragenen Sachherrschaft (vgl. Körner, BtMG/AMG, 6. Aufl., § 29 Rn 1378). Besitz wird im Betäubungsmittelrecht als Gewahrsam i.S. von §§ 242, 246 StGB verstanden: Er erfordert ein tatsächliches Innehaben, ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis und Besitzwillen, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 212; Körner, § 29 Rn 1379). Ein solches vom bürgerlichen Recht abweichendes Verständnis ist verfassungsverträglich geblieben (s. auch Körner, § 29 Rn 1374).*

*Nach der Rspr. zum Betäubungsmittelgesetz ist entscheidendes Moment für den Besitz die **sichere Verfügungsgewalt über die betreffende Sache** (vgl. BGHSt 27, 380 = NJW 1978, 1696: strafbar ist schon die im Innehaben der Verfügungsmacht liegende Aufrechterhaltung des illegalen Zustands), das bewusste tatsächliche Innehaben, ein **tatsächliches Herrschaftsverhältnis** (vgl. BGHSt 30, 277 = NJW 1982, 708 = NStZ 1982, 163) und weniger die Dauer des Herrschaftsverhältnisses. Dies entspricht den **allgemeinen Grundsätzen zum Besitz**, wonach dieser*

zwar eine zeitliche Mindestdauer der Herrschaftsmacht voraussetzt, die Anforderungen sich aber nach der Verkehrsauffassung und damit nach den Besonderheiten des Regelungsbereichs richten (vgl. Eckstein ZStW 117 [2005], 120). Aus den sog. **Transportfällen** (vgl. BGHSt 26, 117 = NJW 1975, 1470; BGHSt 27, 380 = NJW 1978, 1696; BGHSt 30, 277 = NJW 1982, 708 = NStZ 1982, 163), auf die sich auch das OLG Schleswig (NStZ-RR 2007, 42) bezieht, ergibt sich, dass sich wegen unerlaubten Besitzes strafbar macht, wer für einen nicht unerheblichen Zeitraum die alleinige Herrschaftsgewalt über das Rauschgift hat. Dabei ist für die Begründung von Besitz bereits ausreichend, wenn der Täter das Rauschgift für einen kurzfristigen Transport über 100 m an sich nimmt (vgl. BGH NStZ-RR 1998, 148) oder nur kurz in seiner Gewahrsamssphäre verbirgt (vgl. BGHSt 30, 277 = NJW 1982, 708 = NStZ 1982, 163).“ (OLG Hamburg aaO)

- b) Die Besitzbegriffe sowohl des BGB als auch etwa des Betäubungsmittelrechts sind entwickelt anhand der Herrschaft über körperliche Gegenstände. Sie genügen damit nicht vollständig der **Besonderheit, dass nach §§ 184b, 11 III StGB auch unkörperliche Darstellungen in Dateien Bezugsgegenstand des Besitzes sein können.**

„Daraus ergibt sich das **Erfordernis eines spezifischen Besitzbegriffs**, der im Kern an den allgemeinen Besitzbegriff anknüpft, aber einzelne Definitionsmerkmale an die Besonderheiten unkörperlicher Gegenstände und ihres Verwendungszusammenhangs anpasst. Ein solcher Ansatz ist in der höchstgerichtlichen Rspr. anerkannt; so hat der BGH (BGHSt 47, 55 = NJW 2001, 3558 = NStZ 2001, 596) einen aus den Besonderheiten der unkörperlichen Datenübertragung im Internet abgeleiteten spezifischen Verbreitensbegriff entwickelt.

Damit löst sich der **normativ geprägte Besitzbegriff** nicht vom Wortsinn des in der Strafvorschrift angeführten Tatbestandsmerkmals: § 184b StGB führt den Besitz von (kinder-)pornografischen Schriften an; Abs. 1 dieser Vorschrift verweist zum Schriftenbegriff auf § 11 III StGB. § 11 III StGB stellt den Schriften unter anderem Datenspeicher (einschl. gespeicherter Daten) gleich; dass gespeicherte Daten nicht verkörpert sind, ist allgemein bekannt. Aus der Zusammenschau dieser durch ausdrückliche Bezugnahme miteinander verklammerten Vorschriften ist dem Bürger ersichtlich, dass Besitz i.S. des § 184b IV StGB sich nicht allein nach einem zu verkörperten Schriften entwickelten Verständnis definiert, sondern eine bereichsspezifische, durch die Verkehrsauffassung hinreichend konturierte Modifikation des objektiven und subjektiven Herrschaftsverhältnisses erfährt.“ (OLG Hamburg aaO)

- c) Nach diesem Maßstab ist ein **Unternehmen der Besitzverschaffung in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation auch begrifflich erfüllt.**

„Mit dem bewussten und gewollten Herunterladen der aufgerufenen Datei in den Arbeitsspeicher zwecks Betrachtens auf dem Bildschirm schafft der Computernutzer ein hohes Maß an **Datenherrschaft**, denn die **Arbeitsspeicherung eröffnet** als notwendiges Durchgangsstadium jeder Weiterverarbeitung der Daten **grundsätzlich volle Verfügungsgewalt**. Der Nutzer entscheidet eigenverantwortlich, wie lange er eine Seite betrachtet, ob er einzelne Darstellungen vergrößert und vor allem, ob er die noch nicht perpetuierte Herrschaft über die aufgerufenen Informationen durch deren Speicherung oder Ausdrucken dauerhafter gestaltet und ob er die Information durch Versendung an Dritte weitergibt (s. auch Eckstein ZStW 117 [2005], 120).

Die demgegenüber im Schrifttum erhobenen Bedenken, das nur kurze Laden in den Arbeitsspeicher zum Zweck des Betrachtens sei zu flüchtig (MüKo-StGB/Hörnle, § 184b Rn 27) und es fehle an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Herrschaft, weil die Datei nach dem Abschalten des Rechners nicht mehr verfügbar sei (Schönke/Schröder, § 184b Rn 15; Lackner/Kühl, § 184b Rn 8), verfehlen die **Besonderheiten der in das Internet eingestellten und von dort abgerufenen Dateien**: Zwar ist die Verfügungsgewalt des Computernutzers über die aufgerufenen und bloß in den Arbeitsspeicher geladenen Dateien in mehrfacher Hinsicht beschränkt: Sie ist nur von verhältnismäßig kurzer Dauer und von vornherein nicht final auf längere Zeit angelegt, sondern beschränkt sich auf den Zeitraum des Betrachtens. Sie ist nicht gefestigter Natur, da sie spätestens dann endet, wenn der Nutzer die Seite verlässt oder die Internet-„Sitzung“ aus sonstigen Gründen – freiwillig oder unfreiwillig – beendet. Die Besonderheit besteht aber darin, dass Dateien nicht körperlicher Natur sind und nicht – wie es dem Regelfall körperlicher Gegenstände entspricht – zur selben Zeit von nur einer Person unmittelbar in Besitz genommen werden können. Vielmehr werden die Dateien bei jedem Aufruf durch einen Internet-Nutzer „vervielfältigt“ und stehen dem jeweiligen Nutzer und Betrachter im selben Umfang wie dem Anbieter zur Verfügung. Die Kopie entspricht vollen Umfanges dem „Original“, weshalb auch das nur kurzzeitige Herunterladen dem Nutzer volle Verfügungsgewalt über die aufgerufenen Dateien verschafft, die der Anbieter nicht mehr hindern kann. Der Nutzer allein hat unbeeinflusst durch den Anbieter in der Hand, wie er die Datei verwendet.

Gegen die Annahme eines hinreichend gesicherten Herrschaftsverhältnisses durch Herunterladen in den Arbeitsspeicher spricht auch nicht, dass vor einer Verfestigung ein zweiter Teilakt, das Abspeichern, notwendig ist. Denn ein zweiter Teilakt ist regelmäßig auch notwendig, wenn sich der Computernutzer entschließt, die Datei nicht abzuspeichern; er muss nämlich dann den Computer in entsprechender Weise bedienen, um die betreffende Internetseite zu verlassen. Für welche Dauer er die Datei im Arbeitsspeicher belässt, wird durch ihn bestimmt. Das Merkmal der Dauer ist mit Hinblick auf die

dem Aufrufen und Weiterverarbeiten von Computerdateien eigentümliche Schnelligkeit des Mediums ohnehin nachrangig.

Die Einflussnahme auf die Datei ist nach allem für den Nutzer derart verdichtet, dass keine bloße Möglichkeit zur Ergreifung der Sachherrschaft besteht (so aber Scheffler, Festschr. f. Herzberg, 2008, S. 627), sondern die Sachherrschaft als solche begründet ist.“ (OLG Hamburg aaO)

- e) Auch der **objektive Sinn und Zweck der gesetzl. Regelung** sprechen dafür, das bloße Betrachten von aus dem Internet in den Arbeitsspeicher eines Computers geladenen Dateien als strafbares Unternehmen zum Verschaffen von Besitz zu bewerten.

„Der **Wille des Gesetzgebers**, mit § 184 V StGB a.F. bzw. jetzt § 184b IV StGB ein **umfassendes strafbewehrtes Besitzverbot für Kinderpornografie zu schaffen** (RegE, BT-Dr 12/3001, S. 6), um den Nachfragemarkt auszutrocknen, weil man sich vorstellte, auf diese Weise den Anreiz für die Herstellung kinderpornografischer Produkte und den damit verbundenen sexuellen Missbrauch von Kindern zu nehmen, hat Ausdruck gefunden in den durch viele Tatmodalitäten ausgestalteten Abs. 1 - 4 des § 184b StGB, die das Konzept einer weitestmöglichen Vorverlagerung des strafbewehrten Rechtsgüterschutzes aufzeigen.

Ein **Internetnutzer trägt durch das Aufrufen kinderpornografischer Dateien zu einer Steigerung der Nachfrage bei**. Das OLG Schleswig (NStZ-RR 2007, 41) hat insoweit überzeugend ausgeführt, der Anreiz für Hersteller und Betreiber kinderpornografischer Seiten zum Anbieten neuer kinderpornografischer Produkte bestehe unabhängig davon, ob ein Betrachter entsprechende Seiten als Konsument speichere oder nicht. Hersteller und Vertreiber von Kinderpornografie verdienen mit dem Aufruf ihrer Seiten. Nach der Häufigkeit des Aufrufens bemesse sich ihr Gewinn; ob die Seiten anschließend gespeichert würden, sei für sie ohne Bedeutung. Allenfalls verdienen sie an nicht speichernden Konsumenten mehr, weil diese nicht auf einen eigenen „Vorrat“ an kinderpornografischen Darstellungen zurückgreifen könnten, sondern immer wieder neue Seiten aufrufen müssten, sobald sie den Wunsch hätten, Kinderpornografie zu betrachten. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht entscheidend darauf an, dass angesichts der heutigen quasi-industriellen Massenproduktion kinderpornografischer Produkte dem einzelnen Abnehmer nur noch eine vergleichsweise geringe Bedeutung für die Schaffung neuer Nachfrage zukommt.

Das Bedenken, bei einer tatbestandsmäßigen Erfassung schon der Betrachtung einer Datei mit Herunterladen in den Arbeitsspeicher werde zweckwidrig auch derjenige kriminalisiert, der zufällig auf eine Internetseite mit kinderpornografischen Darstellungen gelange (hierzu s. Heinrich NStZ 2005, 361), greift nicht, weil insoweit die subjektive Tatseite eines Unternehmens der Besitzverschaffung nicht erfüllt wäre.“ (OLG Hamburg aaO)

- f) Der **systematische Vergleich mit dem** in der höchstrichterlichen Rspr. konturierten **Straftatbestand des Verbreitens kinderpornografischer Dateien** gem. § 184 III Nr. 1 StGB a.F. (jetzt § 184b I Nr. 1 StGB) bestätigt das gefundene Auslegungsergebnis.

„So wenig wie das Verbreiten einer Datei im Internet erfordert, dass sie körperlich ihrer Substanz nach beim Empfänger vorliegt (BGHSt 47, 55 = NJW 2001, 3558 = NStZ 2001, 596), kann der Besitz einer Datei deren körperliches Vorliegen beim Internetnutzer erfordern. Dann reicht folgerichtig das Vorhandensein der dem Original gleichwertigen „Kopie“ für den Besitz aus.“ (OLG Hamburg aaO)

- III. **Ergebnis:** Vorliegend führen die anerkannten Auslegungsmethoden zu dem Ergebnis, dass sich der Computernutzer schon durch das bewusste und gewollte Aufrufen und damit verbundene Herunterladen von Dateien aus dem Internet in den Arbeitsspeicher seines Computers Besitz an diesen Dateien verschafft.

Damit hat der Angekl. den Straftatbestand des § 184b IV StGB sowohl objektiv als auch subjektiv erfüllt.

SächsBauO  
§ 62a a.F.

## Bindungswirkung der Baugenehmigung Umfang gegenüber anderen Behörden

BauR

(OVG Bautzen in LKV 2010, 182 = NVwZ-RR 2010, 426; Urteil vom 20.01.2010 – 1 B 316/09)

1. Die **Bindungswirkung** einer Baugenehmigung besteht im **Umfang der zu prüfenden** und nicht nur im Umfang der tatsächlich geprüften **Vorschriften**.
2. Diese **Bindungswirkung hindert auch andere Behörden** an einem Einschreiten aus Gründen, die zum Prüfumfang des Baugenehmigungsverfahrens gehörten.

**Fall:** Der Ag. (Straßenverkehrsbehörde) verfügte als Behörde gegen die Ast. nach ordnungsgemäßer Anhörung schriftlich und mit Begründung die Beseitigung zweier Prismenwendeanlagen, deren Errichtung der Ast. mit Baugenehmigungen genehmigt worden waren. Zudem wurde mit entsprechender Begründung die sofortige Vollziehung angeordnet. Nach ordnungsgemäßer Rechtsbehelfseinlegung beantragte der Ast. beim die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO.

Das VG hat den Antrag der Ast. nach § 80 V VwGO als unbegründet angesehen, da die beiden erteilten Baugenehmigungen nicht entgegenstünden. Diese seien im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nach § 62a SächsBO a.F. (vgl. § 63 SächsBO n.F.) ergangen. Hierbei seien lediglich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit und die aus der Gestaltungssatzung vom 13.10.1999 folgenden Anforderungen zu der beabsichtigten Errichtung der Werbeanlagen geprüft worden. Der Ag. berufe sich zur Rechtfertigung seiner Anordnung hingegen auf seine allein aus straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften ergebende formelle und materielle Rechtswidrigkeit der Werbeanlagen; deren Errichtung sei nach § 33 I StVO grundsätzlich verboten sei und es deshalb einer von ihm zu erteilenden Ausnahmegenehmigung nach § 46 II StVO bedürft hätte. Hiergegen erhob der Ast. Beschwerde bei zuständigen OVG. Ist die Beschwerde begründet?

Die Beschwerde ist begründet, wenn der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO zulässig und begründet war.

### I. Zulässigkeit des Antrags

1. Streitentscheidend sind Normen der Bauordnung des Landes Sachsen und der Straßenverkehrsordnung, welche als Teil des Ordnungsrechts ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, so dass mangels Beteiligung eines Verfassungsorgans eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und der **Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet** ist.
2. Das Verfahren nach § 80 V VwGO hat nach § 123 V VwGO Vorrang vor dem Verfahren nach § 123 I VwGO. Es ist einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

Bei der Beseitigungsverfügung handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, gegen den der Ast. schon Anfechtungsklage erhoben hat. Da der Suspensiveffekt wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO entfallen ist, ist daher der **Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft**.

3. Auch für das Verfahren nach § 80 V VwGO ist wegen der im Hintergrund stehen Anfechtungsklage eine **Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO** erforderlich, die jedoch – da der Ast. Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist und insofern jedenfalls in Art. 2 I GG verletzt sein kann – nach der **Adressatentheorie** ohne weiteres gegeben ist.
4. Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsgesetzen **gegen die Behörde** zu stellen, welche den **sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen** ist.
5. Der Ast. muss auch ein **schutzwürdiges Interesse** an dem Verfahren haben.

Der Streit, ob zunächst vor Einleitung des Verfahrens nach § 80 V VwGO in der Hauptsache ein Rechtsbehelf eingelegt sein muss, kann dahinstehen, da hier der Hauptsacherechtsbehelf bereits eingelegt wurde und auch nicht offensichtlich unzulässig ist. Zudem bedurfte es keines vorherigen Antrags an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung, da kein Fall des § 80 VI VwGO vorliegt und eine analoge Anwendung dieser Norm nach allgemeiner Auffassung ausscheidet.

Der Antrag ist daher zulässig.

## II. Begründetheit

Der Antrag müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist.

1. **Rechtsgrundlage** für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (AOsV) ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.

2. **formelle Rechtswidrigkeit der AOsV**

a) **Zuständig** für die AOsV ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier hat die Erlassbehörde also als zuständige Behörde gehandelt.

b) **Form**

Nach § 80 III 1 VwGO ist die AOsV schriftlich zu begründen, wobei die Begründung nicht nur formelhaft sein darf und über die Begründung für den Erlass des für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsaktes hinausgehen muss. Dies ist hier berücksichtigt worden.

c) **Verfahren**

Ob es vor Erlass einer AOsV einer Anhörung nach § 28 VwVfG darf, weil es sich bei der AOsV um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG handelt oder weil wegen einer vergleichbaren belastenden Tendenz zumindest eine analoge Anwendung geboten ist, kann dahinstehen, da eine Anhörung jedenfalls erfolgt ist.

3. **materielle Rechtswidrigkeit der AOsV**

Für die materielle Prüfung der AOsV kommt es darauf an, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aufschubinteresse des Bürgers überwiegt, wobei das öffentliche Vollzugsinteresse über das öffentliche Erlassinteresse hinausgehen muss, dass ohnehin an jedem Verwaltungsakt besteht.

a) **Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung**

Ein solches Vollzugsinteresse kann überhaupt nur dann bestehen, wenn der Verwaltungsakt, dessen sofortige Vollziehung angeordnet wurde, nicht schon nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist. Es kommt also darauf an, ob der Rechtsbehelf des Ast. in der Hauptsache überhaupt Erfolg haben könnte. Hinsichtlich der Zulässigkeit bestehen keine Bedenken, so dass es maßgebend darauf ankommt, ob die Unterlassungsverfügung rechtswidrig ist und er in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

a) **Ermächtigungsgrundlage für die Beseitigungsverfügung**

Die Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung der Beseitigung von baulichen Anlagen findet sich in § 80 SächsBO.

vgl. § 47 I 2 LBO BW; § 54 I 2 BO Bay; § 58 I 2 BauO Bln; § 52 II 2 BO Bbg; § 61 I 2 LBO HB; § 58 I 2 BauO HH; § 53 II 2 BO Hess; § 58 I 2 LBauO MV; § 61 II 2 BauO NW, § 65 I BauO Nds; § 59 I 1 LBauO RP; § 57 II 2 LBO Saarl; § 58 II 2 BO; § 64 BauO LSA; § 66 I LBO SH; § 60 II 2 BO Thür.

b) **formelle Rechtswidrigkeit der Beseitigungsverfügung**

Die nach § 28 I VwVfG für belastende Verwaltungsakte erforderliche Anhörung wurde durchgeführt. Da die Verfügung auch schriftlich und mit Begründung erfolgt ist, stellt sich lediglich die Frage nach der Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörde.

*„Es kommt hier nicht darauf an, ob man die Straßenverkehrsbehörden in Fällen der vorliegenden Art überhaupt nach § 60 S. 2 SächsBO für zuständig ansieht, da die Ausnahmegenehmigung nach § 46 I StVO nur bei extensiver Auslegung als anlagenbezogene Genehmigung angesehen werden kann (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 27.04.2007 – Az.: 1 BS 32/07).“ (OVG Bautzen aaO)*

c) **materielle Rechtswidrigkeit der Beseitigungsverfügung**

Die Beseitigungsverfügung könnte jedoch materiell rechtswidrig sein. Nach § 80 SächsBO kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung von Anlagen anordnen, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert werden.

Hier könnten die Anlagen **gegen § 33 StVO verstoßen**. Danach sind Werbeanlagen verboten, wenn die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs hierdurch beeinträchtigt wird.

#### aa) Bedeutung der Baugenehmigung für die Bauaufsichtsbehörde

Allerdings sind diese von der Bauaufsichtsbehörde baurechtlich genehmigt geworden. Wird eine **Baugenehmigung erteilt**, so kann die Bauaufsichtsbehörde bei Einhaltung der Vorgaben dieser Baugenehmigung die Beseitigung einer baulichen Anlage solange nicht verfügen, wie sie nicht die Baugenehmigung aufhebt. Die **formelle Baurechtswidrigkeit** ist daher **bei genehmigungsbedürftigen Anlagen Voraussetzung** für die Verfügung ihrer Beseitigung, soweit es um den Verstoß gegen Vorschriften geht, die bei der Erteilung der Baugenehmigung zu prüfen sind.

*„Gemäß § 62a I Nr. 5 SächsBO a.F. war zum Zeitpunkt der Erteilung dieser Baugenehmigungen die Zulässigkeit und Gestaltung von Werbeanlagen gemäß § 13 SächsBO a.F. Gegenstand der Prüfung des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens. Die Baugenehmigungsbehörde hatte deshalb entweder über § 13 II 1 i.V.m. § 3 SächsBO a.F. oder – falls die Werbeanlagen keine bauliche Anlage darstellten – über § 13 II 2 SächsBO a.F. eine Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu prüfen (vgl. Dammert, in: Dammert u. a., Die neue Sächsische Bauordnung, 1. Aufl. [1999], § 13 Rn. 8). Gehörte hiernach die Frage nach der Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zum Prüfumfang des Baugenehmigungsverfahrens, hindert sie ein Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde gegen das Vorhaben aus diesem Grunde. Von der Bindungswirkung der Baugenehmigung kann sie sich nur durch die Aufhebung der Genehmigung lösen.“ (OVG Bautzen aaO)*

#### bb) Erstreckung der Bindungswirkung auf andere Behörden

Fraglich ist jedoch, ob diese Bindung der genehmigenden Behörde sich auch auf andere Behörden erstreckt.

Die Bauaufsichtsbehörde ist bei Genehmigungserteilung grundsätzlich gehalten, auch die **Einhaltung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften** zu prüfen, andererseits hat die Baugenehmigung **keine Konzentrationswirkung**, d.h. die Baugenehmigung beinhaltet nicht weitere, eventuell notwendige Genehmigungen. Geht es jedoch nicht um das Vorliegen weiterer Genehmigungen, sondern um die Einhaltung von Vorschriften, welche die Baugenehmigungsbehörde hätte prüfen müssen, so stellt sich die Frage, ob die **Bindungswirkung** der Baugenehmigung sich auch dergestalt **auf andere Behörden erstreckt**, dass es diesen benommen ist, aus Gründen gegen eine Anlage vorzugehen, die zum Umfang der von der Bauaufsichtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben gehörten,

*Diese Bindungswirkung hindert auch andere Behörden an einem Einschreiten aus Gründen, die zum Prüfumfang des Baugenehmigungsverfahrens gehörten, mithin hier auch das Autobahnamt Sachsen. Ob die Bauaufsichtsbehörde seinerzeit tatsächlich ihrer Prüfungspflicht nachgekommen ist und die Frage einer Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs geprüft hat, ist ohne Belang. Bindungswirkung entfaltet die Baugenehmigung im Umfang der zu prüfenden und nicht nur im Umfang der tatsächlich geprüften Vorschriften.*

*Einen über die angenommene Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs hinausgehenden straßenverkehrsrechtlichen Gesichtspunkt hat der Ag. zur Rechtfertigung seiner Beseitigungsanordnung nicht angeführt. Ohne Aufhebung der erteilten Baugenehmigungen ist er deshalb an einem Einschreiten gegen die Werbeanlagen aus diesem Gesichtspunkt gehindert.“ (OVG Bautzen aaO)*

- d) **Ergebnis:** Es spricht deshalb Überwiegendes für die Rechtswidrigkeit der ungeachtet der erteilten Baugenehmigungen ergangenen Beseitigungsanordnung, so dass die aufschiebende Wirkung der Klage wiederherzustellen ist. Auf die Frage, ob die Gefährdung entgegen den erteilten Baugenehmigungen vorliegt, kommt es deshalb hier nicht an.

GG  
Art. 3 I, 20 I

**Anrechnung von Kindergeld auf Hartz IV  
kein Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz**

VerfR

(BVerfG in DÖV 2010, 525; Urteil vom 11.03.2010 – 1 BvR 3162/09)

1. Die vollständige Anrechnung des Kindergeldes als leistungsminderndes Einkommen i. S. v. § 11 I SGB II auf „Hartz IV-Leistungen“ ist mit dem **Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums** vereinbar. Dieses verlangt keine Sozialleistungen, die den Betreuungs-, Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf für Kinder in gleichem Maße berücksichtigen wie das Steuerrecht.
2. Die volle Anrechnung des Kindergeldes **wahrt den Gleichheitssatz**. Der Gesetzgeber, der bei zu versteuerndem Einkommen Steuervergünstigungen in Form von Kinderfreibeträgen gewährt, ist nicht verpflichtet, Sozialleistungen in vergleichbarer Höhe für Personen und deren Angehörige zu gewähren, die kein zu versteuerndes Einkommen erzielen.

**Fall:** Der 1994 geborene Beschwerdeführer lebte mit seinen Eltern in einer Bedarfsgemeinschaft nach dem SGB II und bezog Sozialgeld nach §28 SGB II. Das Kindergeld wurde gemäß § 11 I 3 SGB II in voller Höhe als leistungsminderndes Einkommen auf das Sozialgeld angerechnet. Nach Ansicht des Beschwerdeführers hätte das Kindergeld nur zur Hälfte angerechnet werden dürfen. Die nicht anzurechnende Hälfte entspreche dem Betrag, den der Gesetzgeber bei zu versteuerndem Einkommen als Steuervergünstigung in Form des Kinderfreibetrags gewähre und mit dem er dem Betreuungs-, Erziehungs- und Ausbildungsbedarf für das Kind Rechnung trage. Die gegen die Anrechnung gerichteten Klagen blieben in allen Instanzen ohne Erfolg. Nunmehr erhebt der Bf. Verfassungsbeschwerde. Wird diese Erfolg haben?

### I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

#### 1. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG)

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **der Bürger als dem Staat gegenüberstehend** gegen eine staatliche Maßnahme wendet. Dies ist hier der Fall.

#### 2. Beschwerdegegenstand (Art 93 1 Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 1 BVerfGG)

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze). Hier wendet sich der Bf. gegen die für ihn nachteiligen sozialgerichtlichen Entscheidungen. Urteile sind ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

#### 3. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

##### a) Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach **nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Hier könnte der Bf. in der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 I i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG verletzt sein. Zudem erscheint eine Verletzung von Art. 3 I GG aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von Kindergeld im Steuerrecht und im Sozialleistungsrecht nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen.

##### b) Unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind.

**aa) Selbstbetroffenheit**

Ist immer dann ohne nähere Darlegung anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich an ihn selbst richtet. Hierbei muss eine Berufung auf eigene Grundrechte erfolgen. Ansonsten ist eine ausdrückliche Prüfung der Selbstbetroffenheit notwendig.

Da der Bf. hier gegen eine gerichtliche Entscheidung vorgeht, ist Selbstbetroffenheit ohne weiteres anzunehmen.

**bb) Gegenwärtigkeit**

Der Bf. muss **aktuell noch betroffen** sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus. Auch dies ist angesichts der gegen ihn ergangenen Entscheidungen ohne weiteres gegeben.

**cc) unmittelbare Betroffenheit**

Diese besteht bei Gesetzen nur, wenn zur Herbeiführung der Betroffenheit ein Umsetzungsakt nicht mehr erforderlich ist; ansonsten muss der Umsetzungsakt abgewartet werden, wenn dies nicht zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder nicht nachholbare Dispositionen führt. Bei anderen Hoheitsakten besteht sie immer, also auch hier.

**4. Frist, § 93 BVerfGG**

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von einem Monat nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Von der Einhaltung dieser Frist kann ausgegangen werden.

**5. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG**

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Etwas anderes gilt nach § 90 II 2 BVerfGG nur, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Der Bf. hat den Rechtsweg vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ausgeschöpft.

**6. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde**

Auch über die Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus ist die Verfassungsbeschwerde gegenüber einer Inzidentprüfung durch die Fachgerichte subsidiär, so dass dies auch bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, bei der kein Rechtsweg vorgesehen ist, gilt. (BVerfGE 78, 350 [355], BVerfGE 84, 90 [116]; BVerfG NJW 2003, 418; BVerfG, NVwZ 2004, 977). Dies gilt allerdings nicht für die mögliche Einlegung einer Dienstaufsichtsbeschwerde (vgl. BVerfG, MJW 2004, 2891). Dies spielt hier jedoch keine Rolle.

**II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die gerichtlichen Entscheidungen den Bf. in seinen Rechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzen.

**1. Kindergeld als anrechenbare Einnahme**

*„Das Sozialgericht hat in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass es sich beim Kindergeld **auch nicht teilweise** um eine **anderen Zwecken** als die Leistungen des SGB II **dienende Einnahme** handelt, die nach § 11 III Nr. 1a SGB II anrechnungsfrei bleiben müsste. Dies folgt unabhängig von der Vorschrift des § 11 I 3 SGB II auch aus § 31 S. 2 Einkommensteuergesetz (EStG). Danach ist Kindergeld, das, wie beim Beschwerdeführer und seinen Eltern, wegen Fehlens eines zu versteuernden Einkommens nicht zur steuerlichen Freistellung des (steuerrechtlichen) Existenzminimums eines Kindes erforderlich ist, eine **Leistung zur Förderung der Familie** (vgl. BVerwGE 114, 339 [340]). Als solche dient es dazu, die **wirtschaftliche Lage** von Familien mit Kindern im Verhältnis zu solchen ohne Kinder **zu verbessern** und deren Lebensunterhalt zu sichern (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Oktober 1985 - 5 B 80/85 -, juris, Rn. 2 m.w.N.).“* (BVerfG aaO)

**2. Verfassungsmäßigkeit der Anrechnung**

*„Das Bundesverfassungsgericht hat **bereits entschieden**, dass die **vollständige Anrechnung** des Zuschlags zum Kindergeld nach § 11a Bundeskindergeldgesetz a.F. **auf die Sozialhilfe** nicht gegen Art. 1 I i.V.m. mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I, Art. 6 I und Art. 3 I GG verstieß (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ers-*

ten Senats vom 24. Oktober 1991 - 1 BvR 1159/91 -, juris, Rn. 7 ff.). Dies gilt entsprechend für das Kindergeld (vgl. insoweit auch BVerwGE 94, 326 [329]) und seine Anrechnung auf die Leistungen nach dem SGB II.“ (BVerfG aaO)

### a) Vereinbarkeit mit dem Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum

#### aa) Gewährleistungsinhalt (vgl. BVerfG in NJW 2010, 505 zur Verfassungswidrigkeit der Hartz IV-Sätze)

„Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergibt sich aus Art. 1 I i.V.m. Art. 20 I GG (vgl. BVerfGE 40, 121 [133] = NJW 1975, 1691; BVerfGE 45, 187 [228] = NJW 1977, 1525; BVerfGE 82, 60 [85] = NJW 1990, 2869; BVerfGE 113, 88 [108f.] = BeckRS 2005, 27474; BVerfG, NJW 2009, 2267 Rn. 259). Art. 1 I GG begründet diesen Anspruch. Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 I GG wiederum erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag, jedem ein **menschenwürdiges Existenzminimum** zu sichern, wobei dem Gesetzgeber ein **Gestaltungsspielraum** bei den unausweichlichen Wertungen zukommt, die mit der Bestimmung der Höhe des Existenzminimums verbunden sind (vgl. BVerfGE 35, 202 [236] = NJW 1973, 1226; BVerfGE 45, 376 [387] = NJW 1978, 207; BVerfGE 100, 271 [284] = NJW 1999, 3033). Dieses Grundrecht aus Art. 1 I GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 I GG **neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 I GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung**. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der **Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber**, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein **Gestaltungsspielraum** zu.“ (BVerfG, NJW 2010, 505, Rn. 133)

Das Grundrecht auf Gewährleistung eines **menschenwürdigen Existenzminimums** aus Art. 1 I GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG sichert daher jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß **an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben** unerlässlich sind.

„Art. 1 I GG erklärt die Würde des Menschen für unantastbar und verpflichtet alle staatliche Gewalt, sie zu achten und zu schützen (vgl. BVerfGE 1, 97 [104] = NJW 1952, 297; BVerfGE 115, 118 [152] = NJW 2006, 751). Als Grundrecht ist die Norm **nicht nur Abwehrrecht** gegen Eingriffe des Staates. Der Staat muss die Menschenwürde auch **positiv schützen** (vgl. BVerfGE 107, 275 [284] = NJW 2003, 1303; BVerfGE 109, 279 [310] = NJW 2004, 999). Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins **notwendigen materiellen Mittel** fehlen, weil er sie weder aus seiner Erwerbstätigkeit, noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann, ist der **Staat im Rahmen seines Auftrags zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrags verpflichtet**, dafür Sorge zu tragen, dass die **materiellen Voraussetzungen** dafür dem Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen. Dieser objektiven Verpflichtung aus Art. 1 I GG korrespondiert ein **Leistungsanspruch des Grundrechtsträgers**, da das Grundrecht die Würde jedes individuellen Menschen schützt (vgl. BVerfGE 87, 209 [228] = NJW 1993, 1457) und sie in solchen Notlagen nur durch materielle Unterstützung gesichert werden kann.“ (BVerfG, NJW 2010, 505, Rn. 134)

Dieser **unmittelbar verfassungsrechtliche Leistungsanspruch** auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums erstreckt sich nur auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind.

„Er gewährleistet das **gesamte Existenzminimum** durch eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die sowohl die **physische Existenz** des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit (vgl. BVerfGE 120, 125 [155f.] = NJW 2008, 1868), als auch die Sicherung der Möglichkeit zur **Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen** und zu einem Mindestmaß an **Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben** umfasst, denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen (vgl. BVerfGE 80, 367 [374] = NJW 1990, 563; BVerfGE 109, 279 [319] = NJW 2004, 999; auch BVerwGE 87, 212 [214] = NJW 1991, 2304).“ (BVerfG, NJW 2010, 505, Rn. 135)

Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums muss durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert sein. Dies verlangt bereits unmittelbar der Schutzgehalt des Art. 1 I GG.

„Ein Hilfebedürftiger darf **nicht auf freiwillige Leistungen** des Staates oder Dritter **verwiesen** werden, deren Erbringung nicht durch ein subjektives Recht des Hilfebedürftigen gewährleistet ist. Die **verfassungsrechtliche Gewährleistung** eines menschenwürdigen Existenzminimums muss **durch ein Parlamentsgesetz** erfolgen, das einen **konkreten Leistungsanspruch** des Bürgers gegenüber dem zuständigen Leistungsträger enthält. Dies findet auch in weiteren verfassungsrechtlichen Grundsätzen seine Stütze. Schon aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ergibt sich die Pflicht des Gesetzgebers, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen (vgl. BVerfGE 108, 282 [311] = NJW 2003, 3111 m.w.N.). Dies gilt in besonderem Maße, wenn und soweit es um die Sicherung der Menschenwürde und der menschlichen Existenz geht (vgl. BVerfGE 33, 303 [337] =

NJW 1972, 1561; BVerfGE 40, 237 [249] = NJW 1976, 34). Zudem kann sich der von Verfassungs wegen bestehende Gestaltungsspielraum des Parlaments nur im Rahmen eines Gesetzes entfalten und konkretisieren (vgl. BVerfGE 59, 231 [263] = NJW 1982, 1447).

Der gesetzliche Leistungsanspruch muss so ausgestaltet sein, dass er stets den **gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers** deckt (vgl. BVerfGE 87, 153 [172] = NJW 1992, 3153; BVerfGE 91, 93 [112] = NJW 1994, 2817; BVerfGE 99, 246 [261] = NJW 1999, 561; BVerfGE 120, 125 [155 und 166] = NJW 2008, 1868). Wenn der Gesetzgeber seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht hinreichend nachkommt, ist das einfache Recht im Umfang seiner defizitären Gestaltung verfassungswidrig.“ (BVerfG NJW 2010, 505)

#### bb) Vereinbarkeit der Anrechnung mit dieser Gewährleistung

„Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 I i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG wird durch die vollständige Anrechnung des Kindergeldes nicht verletzt. Der Beschwerdeführer hat durch das Kindergeld einerseits und das gekürzte Sozialgeld andererseits im Ergebnis staatliche Leistungen in der Höhe erhalten, die durch § 28 I 3 Nr. 1 SGB II im streitgegenständlichen Zeitraum **gesetzlich vorgesehen** waren. Gegen § 28 I 3 Nr. 1 SGB II selbst richtet sich die Verfassungsbeschwerde nicht.

Zur **Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums** ist es auch **nicht geboten**, dass zumindest ein Teil des Kindergeldes anrechnungsfrei bleibt, damit der Betreuungs-, Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf eines Kindes, dem im Einkommensteuerrecht nach Maßgabe von § 32 VI EStG in Verbindung mit § 31 S. 1 EStG Rechnung getragen wird, gedeckt werden kann. Denn Art. 1 I i.V.m. Art. 20 I 1 GG verlangt nicht die Gewährung von Leistungen, die den Betreuungs-, Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf in gleicher Höhe wie das Steuerrecht berücksichtigen (vgl. BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09 u.a. -, www.bverfg.de, Rn. 158).“ (BVerfG aaO)

#### b) Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz

„Aus Art. 3 I GG folgt nichts anderes. Art. 3 I GG verpflichtet den Gesetzgeber, der - gegebenenfalls aufgrund verfassungsrechtlicher Verpflichtung (vgl. BVerfGE 99, 216 [232 ff.]) - **Steuervergünstigungen** gewährt, nicht dazu, diesen **Vergünstigungen** entsprechende Sozialleistungen solchen Personen und ihren Angehörigen zu gewähren, die **kein zu versteuerndes Einkommen** erzielen. Hinsichtlich der Zahlung von Kindergeld werden zudem **alle Kindergeldberechtigten** und hinsichtlich der Anrechnung des Kindergeldes nach § 11 I 3 SGB II auch alle **zu einer Bedarfsgemeinschaft mit ihren Eltern gehörenden, hilfebedürftigen Kinder gleich** behandelt.“ (BVerfG aaO)

III. **Ergebnis:** Dass das Kindergeld in voller Höhe als Einkommen im Sinne von § 11 I SGB II auf die Leistungen nach dem SGB II angerechnet wird, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 307 I

### Dekorations-AGB Prinzip der Gesamtnunwirksamkeit (BGH in NZM 2010, 157; Urteil vom 13.01.2010 – VIII ZR 48/09)

BGB

Die **Verpflichtung des Mieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen** stellt eine **einheitliche Rechtspflicht** dar. Ist diese Pflicht formularvertraglich so ausgestaltet, dass sie hinsichtlich der zeitlichen Modalitäten, der Ausführungsart oder des gegenständlichen Umfangs der Schönheitsreparaturen den Mieter übermäßig belastet, so ist die **Klausel nicht nur insoweit, sondern insgesamt wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gem. § 307 I 1 BGB unwirksam**. Die **Möglichkeit der geltungserhaltenden Reduktion** ist hier **ausgeschlossen**.

„Wie der Senat für eine gleichlautende Formulklausel klargestellt hat, darf die in § 4 Nr. 9 MV i.V.m. § 13 Nr. 1 MV unzulässig ausgestaltete Verpflichtung des Mieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen nicht im Wege der Klauselkontrolle in eine zulässige Verpflichtung inhaltlich umgestaltet werden (BGH NJW 2009, 1408 = NZM 2009, 353 = WuM 2009, 286). Zwar kann im Rahmen einer Klauselkontrolle eine Formulklausel, die mehrere sachliche, nur formal verbundene Regelungen enthält und sich aus ihrem Wortlaut heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich und gegenständlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt, mit ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden (BGHZ 145, 203 = NJW 2001, 292; BAG ZIP 2008, 1651 = NZA 2008, 699). Diese **Teilbarkeit ist hier aber nicht gegeben**, so dass die Streichung derjenigen Textbestandteile in § 13 Nr.1 MV, mit denen die Klausel den in § 28 IV 5 II. BerechnungsVO a.F. geregelten Gegenstandsbereich von Schönheitsreparaturen überschreitet, der Sache nach eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion der Formulklausel darstellt.

Konkretisierungen der Schönheitsreparaturverpflichtung hinsichtlich ihres gegenständlichen und zeitlichen Umfangs sowie ihrer Ausführungsart sind inhaltlich derart eng mit der Verpflichtung selbst verknüpft, dass diese bei einer Beschränkung der Unwirksamkeit auf die unzulässige Ausführungsmodalität inhaltlich umgestaltet und mit einem anderen Inhalt aufrechterhalten würde. Bei einer dem Mieter auferlegten Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen handelt es sich um eine **einheitliche Rechtspflicht**, die sich nicht in Einzelmaßnahmen oder Einzelaspekte aufspalten lässt; deren Ausgestaltung durch den Mietvertrag ist vielmehr insgesamt zu bewerten. Stellt sich diese Verpflichtung auf Grund unzulässiger Ausgestaltung – sei es hinsichtlich der zeitlichen Modalitäten, der Ausführungsart oder des gegenständlichen Umfangs – in ihrer Gesamtheit als übermäßig dar, hat dies die **Unwirksamkeit der Vornahmeklausel insgesamt** zur Folge, und zwar unabhängig davon, ob die Verpflichtung als solche und ihre unzulässige inhaltliche Ausgestaltung in einer oder – wie hier – in zwei sprachlich voneinander unabhängigen Klauseln enthalten sind (BGH WuM 2009, 286; ferner BGH NJW 2008, 2499).“ (BGH aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§§ 323, 439

### Nacherfüllungsverlangen Käufer muss dem Verkäufer den mangelbehafteten Kaufgegenstand überlassen (BGH in MMR 2010, 733; Urteil vom 10.03.2010 – VIII ZR 310/08)

BGB

Die **Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben**, beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern **umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu stellen**.

„Das **Erfordernis eines Nacherfüllungsverlangens als Voraussetzung für die Rechte des Käufers aus § 437 Nr. 2 u. 3 BGB** umschreibt **keine Vertragspflicht, sondern eine Obliegenheit des Käufers** (BGH NJW 2006, 1195 = NZV 2006, 245; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rn 350). Diese Obliegenheit, der der Käufer im eigenen Interesse nachzukommen hat, wenn er die in § 437 Nr. 2 u. 3 BGB aufgeführten Rechte geltend machen will, **beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen**. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat. Denn dem Verkäufer soll es mit der ihm vom Käufer einzuräumenden Gelegenheit zur Nacherfüllung gerade ermöglicht werden, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann (vgl. § 439 III BGB), und hierzu ggf. **Beweise zu sichern** (BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348; BGH NJW 2006, 1195 = NZV 2006, 245). Der Verkäufer kann von der ihm zustehenden Untersuchungsmöglichkeit nur Gebrauch machen, wenn ihm der Käufer die Kaufsache zu diesem Zweck zur Verfügung stellt.

Der Anspruch des Verkäufers auf eine vorherige Untersuchung des Fahrzeugs [ist auch] nicht davon abhängig, dass der Verkäufer dem Käufer gegenüber zuvor darlegt, warum aus seiner Sicht die Voraussetzungen des § 439 III BGB gegeben sein könnten. Abgesehen davon, dass Darlegungen zur Unverhältnismäßigkeit der Kosten für die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung eine vorherige Untersuchung der Kaufsache voraussetzen, dient diese Untersuchung auch nicht lediglich der Prüfung der Voraussetzungen des § 439 III BGB, sondern bereits der vorgelagerten Feststellung, ob überhaupt ein Mangel gegeben ist und bei Gefahrübergang vorgelegen hat (BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348).“ (BGH aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 443 I

### Garantieversprechen nicht durch Werbeaussage (OLG Oldenburg in MDR 2010, 685; Urteil vom 10.03.2010 – 5 U 141/09)

BGB

Wird in einer **Werbefroschüre** auf eine "7-jährige Gewährleistung" hingewiesen, so ergibt sich hieraus allein **kein selbstständiges Garantieversprechen i.S. des § 443 I BGB**.



„Bei diesem Hinweis handelt es sich jedoch ersichtlich um nicht mehr als eine **schlichte Werbeaussage**, die erst der späteren **vertraglichen Umsetzung bedarf**, um Ansprüche auslösen zu können.

Aus § 443 I BGB i. V. m. Art. 6 VerbrGKRL ergibt sich nichts anderes: Ob eine selbstständige Garantieverpflichtung i. S. des § 443 I BGB überhaupt allein durch eine Darstellung der Garantie in der Werbung zustande kommen kann (so OLG Frankfurt OLGR 09, 669; Bamberger/Roth/ Faust, BGB, 2. Aufl., § 443 Rn 9; JurisPK-BGB/Pammler, 3. Aufl., § 443 Rn 16) oder ob Werbeaussagen nur für die Bestimmung des Inhalts einer späteren Garantieerklärung Bedeutung haben (so MüKo-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 443 Rn 7; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 443, Rn 34; AnwK-BGB/Büdenbender, § 443 Rn 11; HK-BGB/Saenger, 5. Aufl., § 443 Rn 4; Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl., § 443 Rn 12) bedarf keiner Entscheidung, weil sowohl § 443 BGB als auch die Richtlinie ausschließlich Kaufverträge betreffen. Anhaltspunkte dafür, dass der europäische und deutsche Gesetzgeber Art. 6 VerbrGKRL einen allgemeinen Rechtsgedanken zugemessen hätte, wonach die Regelung über den Wortlaut und die systematische Stellung hinaus für alle schuldrechtlichen Verträge - mithin auch für den vorliegenden Dienstvertrag - gelten soll, sind nicht ersichtlich.“ (OLG Oldenburg aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **gefährliche Körperverletzung** StGB  
 § 224 I Nr. 2 Alt.2, Nr. 5 **Scheinstrangulation**

(BGH in NSTZ-RR 2010, 205; Beschluss vom 12.01.2010 – a StR 589/09)

Wird eine **Strangulation mittels eines Kabels nur vorgetäuscht**, um das Opfer in Angst und Schrecken zu versetzen, ist eine **Strafbarkeit nach § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB nicht gegeben**; jedoch kann hierin eine das Leben gefährdende Behandlung zu sehen sein.

„Nach der Rspr. des BGH ist ein gefährliches Werkzeug jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (vgl. nur BGH NSTZ 2007, 95).

Bereits diese Eignung erscheint hier zweifelhaft: Zwar kann ein Kabel, wenn es zum Würgen eingesetzt wird, nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Verwendung erhebliche Verletzungen herbeiführen. Hier legte der Angekl. der Nebenkl. jedoch das Kabel lediglich locker um den Hals, um sie in Angst und Schrecken zu versetzen. **Wird eine Strangulation aber nur vorgetäuscht, sind erhebliche Verletzungen regelmäßig nicht zu befürchten.**

Darüber hinaus verlangt § 224 I Nr. 2 StGB, dass die **Körperverletzung „mittels“ eines solchen Werkzeugs begangen wird**. Das **Tatmittel muss hierbei unmittelbar auf den Körper des Opfers einwirken** (BGH NSTZ 2006, 573 und NSTZ 2007, 405; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 224 Rn 7). Jedenfalls **daran fehlt es hier**: Das Kabel kam zwar mit dem Körper der Nebenkl. in Berührung. Es entfaltete jedoch als bloße „Requisite“ bei der Inszenierung einer scheinbar lebensbedrohlichen Situation seine Wirkung nicht unmittelbar körperlich, sondern psychisch. Dies vermag den Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB aber ebenso wenig zu erfüllen wie der Einsatz einer Maske oder die Vorlage einer gefälschten Todesbescheinigung mit dem Ziel, das Opfer in Schrecken zu versetzen. Diese Auffassung liegt auch der bisherigen Rspr. zu Grunde (vgl. BGH NSTZ 1986, 166; im Ergebnis ebenso Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 224 Rn 3; a.A. MüKo-StGB/Hardtung § 224 Rn 21; differenzierend Eckstein NSTZ 2008, 125). An ihr wird festgehalten.“ (BGH aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Betrug** StGB  
 § 263 **unberechtigter Empfang von Lohn**

(OLG Celle in NSTZ-RR 2010, 207; Beschluss vom 09.02.2010 – 32 Ss 205/09)

Der **unberechtigte Empfang von Lohn stellt keinen Betrug durch Unterlassen** dar, da den Lohnempfänger keine Einstandspflicht dafür trifft, dass ein Vermögensschaden beim Arbeitgeber nicht eintritt (sog. Garantenpflicht).

I. Eine **Garantenpflicht zur Aufklärung über Zuvielleistungen** eines Vertragspartners besteht nur **ausnahmsweise**, denn grds. fällt es in den Risikobereich des Leistenden, ob die Schuld besteht und ob die Leistung einen bestehenden Anspruch übersteigt (siehe insbes. BGH NJW 1994, 950). Deshalb stellt das Schweigen nach Annahme der Leistung regelmäßig nur die Ausnutzung eines Irrtums dar und ist nicht strafbar (BGH NJW 1994, 950).

II. **Strafbar** kann ein solches Schweigen oder Unterlassen **nur sein, wenn der Unterlassende auf Grund einer besonders begründeten Einstandspflicht** gerade für die vermögensrechtliche Entscheidungsfreiheit des anderen sozusagen auf Posten gestellt ist (BGH NJW 1994, 950)].

1. Eine solche Einstandspflicht kann insbes. durch **ausdrückliche vertragliche Vereinbarung von Schutzpflichten** begründet werden.

„Das ist aber vorliegend gerade nicht der Fall. Auch **aus der Art des Arbeitsverhältnisses lässt sich eine derartige Pflicht offensichtlich nicht herleiten**. Denn der Angekl. ist im Betreuungsdienst insbes. als Nachtwache im Taubblindenzentrum F tätig, womit besondere Vermögensschutzpflichten im Interesse des Arbeitgebers offensichtlich nicht verbunden sind.“ (OLG Celle aaO)

2. Auch im Hinblick auf die lange **Dauer des Arbeitsverhältnisses** und die **mehrjährige Tätigkeit im Betriebsrat** kann **keine Nebenpflicht auf Rücksichtnahme i.S. der §§ 611, 241 II BGB** konstruiert werden, die die strafbewehrte Wahrung der Vermögensinteressen des Arbeitgebers umfasst.

„Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Dauer des Arbeitsverhältnisses auch Einfluss auf **moralische und unter Umständen auch rechtliche Verpflichtungen** haben kann. Andererseits kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Arbeitnehmer grds. im Rahmen der ihn treffenden Nebenpflichten aus einem Arbeitsverhältnis **nicht verpflichtet** ist, seine **persönlichen Interessen hintanzustellen**. Er darf seine Interessen mit den gesetzlich zulässigen Mitteln vielmehr selbst auf Kosten des Arbeitgebers verfolgen. Vor diesem Hintergrund kommt die Annahme einer im Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis begründeten Garantenpflicht zur Aufklärung über Zuvielleistungen jedenfalls nicht in Betracht, wenn wie hier **keine Vermögensschutzpflicht als arbeitsvertragliche Hauptpflicht begründet ist, der Irrtum im Risikobereich des Arbeitgebers** liegt, der Arbeitnehmer seiner grundsätzlichen Anzeigepflicht mit der bescheinigten Krankmeldung nachgekommen ist und zudem gegenüber dem Betriebsleiter regelmäßig über seinen Gesundheitszustand bzw. die fortbestehende Arbeitsunfähigkeit berichtet hat, so dass jedenfalls ein Vertreter des Arbeitgebers auch durchgängig Kenntnis von der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit hatte.“ (OLG Celle aaO)



3. Auch aus dem **Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben** kann eine Garantienpflicht des Arbeitnehmers nicht hergeleitet werden.

„Die Annahme einer Garantien- und Aufklärungspflicht kommt nach der neueren obergerichtlichen Rspr. nur in Betracht, wenn durch das Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten ein **besonderes Vertrauensverhältnis mit besonderen Umständen im zwischenmenschlichen Bereich** vermittelt wird (vgl. BGH NJW 2000, 3013; BGHSt 39, 392 = NJW 1994, 950 = NStZ 1994, 544; BGHSt 46, 196 = NJW 2001, 453 = NStZ 2001, 315; BGH wistra 1988, 262). Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe **kann allein ein langjähriges Arbeitsverhältnis noch kein besonderes Vertrauensverhältnis begründen**, das strafrechtlich zu einer Aufklärungsverpflichtung bei grundloser Zuvielleistung des Arbeitgebers führt.

Abgesehen davon, dass ein **besonderes Vertrauensverhältnis zu einer juristischen Person schon per se nicht ohne Weiteres vorstellbar** ist, ergeben sich auch keine Anhaltspunkte für ein solches Verhältnis zur Geschäftsführung und Unternehmensleitung bzw. zur Buchhaltung. Vielmehr sprechen schon die Ortsferne und die Größe des Unternehmens eher gegen ein Vertrauensverhältnis.“ (OLG Celle aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 266

**Untreue**  
durch Notar bei Auszahlung hinterlegter Gelder

StGB

(BGH in NJW 2010, 1764; Beschluss vom 07.04.2010 – 2 StR 153/09)

Zahlt ein **Notar**, der bereits **vor der Beurkundung Kenntnis von einem von den Kaufvertragsparteien zum Nachteil des finanzierenden Geldinstituts geplanten Betrug** erlangt hat, trotzdem **hinterlegte Gelder aus**, so **handelt er** wegen eines Verstoßes gegen § 54d Nr. 1 BeurkG **pflichtwidrig i.S. des § 266 StGB**.

„[Nach § 54d Nr. 1 BeurkG] hat der Notar von der Auszahlung abzusehen und alle an dem Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen hiervon zu unterrichten, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er bei Befolgung der unwiderruflichen Anweisung **an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken** würde, oder einem Auftraggeber durch die Auszahlung des verwahrten Geldes ein **unwiederbringlicher Schaden erkennbar droht**. Nach dieser Vorschrift hat nicht nur derjenige Notar die Auszahlung zu unterlassen, der wegen eines erst nach Annahme des Verwahrauftrags verdichteten Verdachts eines Betrugs zu Lasten des Einzahlers Anlass hat, dessen Belange für gefährdet zu halten. Das **Verbot trifft vielmehr auch den Notar, der bereits bei der der Verwahrung zu Grunde liegenden Beurkundung davon Kenntnis hatte, dass die Beteiligten einen Betrug zum Nachteil des künftigen Hinterlegers planen**, und der deshalb nach § 14 II BNotO seine Amtstätigkeit insgesamt hätte versagen müssen (BGH NJW-RR 2009, 488).

Durch die Auszahlungen fügte der Angekl. der Treugeberin in allen Fällen mit direktem Schädigungsvorsatz einen Vermögensnachteil in Höhe der Differenz zwischen dem Betrag der Darlehensvaluta und dem Wert der ihr gewährten Sicherheiten zu.“ (BGH aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StVZO  
§ 52 III

**Vollzugsdienst einer Ordnungsbehörde**  
kein Vollzugsdienst i.S.d. § 52 III StVZO

öffR

(OVG Münster in NWVBl 2010, 195; Urteil vom 29.09.2009 – 8 A 1531/09)

Der **Vollzugsdienst einer Ordnungsbehörde** ist **nicht als Vollzugsdienst i. S. des § 52 III StVZO** anzusehen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO und dem Aufbau der Vorschrift.

- I. Dass mit „Polizei“ die Polizei im formell-institutionellen Sinn als (Vollzugs-)Polizeibehörde gemeint ist, entspricht dem **allgemeinen Sprachgebrauch**.

„Denn der Begriff „Polizei“ wird heute gemeinhin zur Kennzeichnung der „Vollzugspolizei“ als Polizeibehörde mit den Dienstzweigen Schutzpolizei, Kriminalpolizei, Bereitschaftspolizei und Wasserschutzpolizei verwendet.

Die Vollzugspolizei ist zudem die Stelle, die herkömmlich und typischerweise als zum Führen von Blaulicht und Einsatzhorn berechtigt angesehen wird. Hätte der Ordnungsgeber vor diesem Hintergrund gewollt, dass auch der Vollzugsdienst einer Ordnungsbehörde § 52 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StVZO unterfallen soll, hätte er dies ausdrücklich geregelt.

Nichts anderes ergibt sich, bezieht man die verschiedenen rechtlichen Bedeutungsgehalte des Begriffs „Polizei“ in die Betrachtung ein (wird ausgeführt).

Davon ausgehend könnten unter das Tatbestandsmerkmal „Vollzugsdienst der Polizei“ - legt man den **materiellen Polizeibegriff** zugrunde - alle Behörden subsumiert werden, deren Aufgabe die Gefahrenabwehr ist, mithin auch die Ordnungsbehörden.

Gegen eine solche Auslegung spricht aber, dass der Ordnungsgeber mit der Bestimmung der Stellen, deren Kraftfahrzeuge mit Blaulicht und Einsatzhorn ausgerüstet werden dürfen, in § 52 III 1 StVZO einen Ab- und Eingrenzungszweck verfolgt (Vgl. insoweit BVerwG DÖV 2000, 779 und NZV 2002, 426; OVG NRW VRS 110, 455 und NWVBl. 2008, 427): Dieser Zweck kann nur mit dem trennschärferen formell-institutionellen Polizeibegriff, nicht jedoch mit dem materiellen Polizeibegriff erreicht werden. Legte man dem Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Vollzugsdienst der Polizei“ den materiellen Polizeibegriff zugrunde, fielen darunter nämlich nicht nur die allgemeinen Ordnungsbehörden, sondern auch sämtliche Sonderordnungsbehörden wie Immissionsschutzbehörden, Wasserbehörden, Bauordnungsbehörden oder Veterinärbehörden.

Wäre es dem Ordnungsgeber darum gegangen, jedwede Gefahrenabwehrbehörde zur Ausstattung ihrer Vollzugsdienstfahrzeuge mit Blaulicht und Einsatzhorn zu berechtigen, hätte er auf die gesonderte Aufführung der Militärpolizei und der Bundespolizei als ausgewählte Polizeibehörden des Bundes verzichten können. Wie die zusätzliche Nennung des Zolldienstes in § 52 III 1 Nr. 1 StVZO zeigt, hat der Ordnungsgeber aber gerade durch deren Aufzählung bestimmte Stellen der öffentlichen Verwaltung berechtigt.“ (OVG Münster aaO)

- II. Auch die **Entstehungsgeschichte** der heutigen Fassung des § 52 III StVZO zeigt, dass es dem Ordnungsgeber darum ging, den **Kreis der blaulichtberechtigten Stellen möglichst eng zu halten**.

„Die Neufassungen und Änderungen des § 52 III StVZO veranschaulichen, dass der Ordnungsgeber die Stellen, die er jeweils als blaulichtberechtigt ansieht, möglichst genau bezeichnet, um den Kreis der Blaulicht-Berechtigten einzugrenzen. Dementsprechend



heißt es in der amtlichen Begründung zu Art. 1 Nr. 16 der Verordnung zur Änderung der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung vom 16. November 1970 (VkB1. 1970, 830, 831 f.), dass die Zahl der Fahrzeuge, die mit blauem Blinklicht ausgerüstet werden, möglichst gering bleiben soll, um die Wirkung des Blaulichts nicht zu beeinträchtigen. Dieser restriktiven Regelungsentention liefe es zuwider, dem Begriff „Polizei“ in § 52 III 1 Nr. 1 StVZO einen Bedeutungsgehalt beizulegen, der den Anwendungsbereich der Vorschrift durch die Einbeziehung des Vollzugsdienstes von Ordnungsbehörden um ein Vielfaches erweiterte.“ (OVG Münster aaO)

- III. Dass unter „Vollzugsdienst der Polizei“ nur die **Polizei im formell-institutionellen Sinn** zu verstehen ist, entspricht im Anschluss daran dem **Sinn und Zweck des § 52 III 1 StVZO**.

„§ 52 III 1 StVZO ist über seine Funktion als Befugnisnorm hinaus als Verbot zu verstehen, andere als die dort aufgeführten Fahrzeuge mit einer Blaulichteinrichtung zu versehen. Dies ist notwendig, um - erstens - die **Wirkung blauer Blinklichter nicht dadurch zu beeinträchtigen, dass die mit einer Inflationierung von Fahrzeugen mit Blaulichtgebrauch**, ohne dass dessen Notwendigkeit am Erscheinungsbild der Fahrzeuge erkennbar wäre, **verbundene verminderte Akzeptanz von Blaulichteinsätzen in der Bevölkerung** in der Tendenz sogar noch **verstärkt wird**, und weil - zweitens - mit jedem genehmigten Vorhandensein einer Blaulichtanlage die Gefahr des Fehlgebrauchs und sogar des Missbrauchs und damit die Gefahr schwerster Unfälle vergrößert wird (vgl. BVerwG NZV 2002, 426; OVG NRW NZV 2000, 514; OVG NRW VRS 110, 455 und NWVBl. 2008, 427).

Mit Rücksicht auf die **restriktive Zielsetzung des § 52 III 1 StVZO** ist die Auslegungsvariante vorzugswürdig, die den Kreis der blaulichtberechtigten Fahrzeuge auf den Vollzugsdienst der Polizei im formell-institutionellen Sinn beschränkt und aus ihm die Fahrzeuge eines KOD ausklammert.“ (OVG Münster aaO)

- IV. Für ein enges Verständnis des Begriffs „Vollzugsdienst der Polizei“ lassen sich schließlich auch **systematische Erwägungen** anführen.

„Gem. § 38 I 1 StVO darf blaues Blinklicht zusammen mit dem Einsatzhorn nur dann verwendet werden, wenn höchste Eile geboten ist, um Menschenleben zu retten oder schwere gesundheitliche Schäden abzuwenden, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwenden, flüchtige Personen zu verfolgen oder bedeutende Sachwerte zu erhalten. Es ordnet an: „Alle übrigen Verkehrsteilnehmer haben sofort freie Bahn zu schaffen“ (§ 38 I 2 StVO). Blaues Blinklicht allein darf nur von den damit ausgerüsteten Fahrzeugen und nur zur Warnung an Unfall- oder sonstigen Einsatzstellen bei Einsatzfahrten oder bei der Begleitung von Fahrzeugen oder von geschlossenen Verbänden verwendet werden (§ 38 II StVO).

Auch wenn die Wegerechtsbestimmung des § 38 I 1 und II StVO nichts darüber aussagt, welche Fahrzeuge welcher Stellen Blaulicht und Einsatzhorn zu verwenden berechtigt sind, können ihr Grundgedanken entnommen werden, die Rückschlüsse auf die zum Führen von Blaulicht berechtigten Stellen zulassen: Der Normgeber hat die Notwendigkeit gesehen, den Schutz hochrangiger Rechtsgüter dadurch zu gewährleisten, dass er mittels Einsatzes von Blinkleuchten und Einsatzhorn Vorrechte im Straßenverkehr einräumt. Dieser Einsatz wird jedoch nur bestimmten Behörden und Organisationen erlaubt, indem deren Fahrzeuge mit derartigen Signaleinrichtungen ausgerüstet sein dürfen. Dabei handelt es sich um solche Behörden und Organisationen, die typischerweise dem Schutz der in § 38 I 1 StVO aufgeführten Rechtsgüter dienen (vgl. OVG NRW NZV 2000, 514).

In Situationen, in denen zur Lebensrettung oder Abwehr schwerster Gesundheitsgefahren oder zur Verfolgung flüchtiger Personen höchste Eile geboten ist, werden aufgrund ihrer Eilzuständigkeit (vgl. § 1 I 3 PoIG NRW) aber nach wie vor typischerweise die Fahrzeuge der (Vollzugs-)Polizei eingesetzt und nicht die Fahrzeuge des Vollzugsdienstes einer Ordnungsbehörde.“ (OVG Münster aaO)

- V. Auch aus der **Sonderrechtsregelung des § 35 I StVO** ergibt sich nichts Gegenteiliges.

„Das Sonderrecht des § 35 I StVO steht zwar in einem **engen faktischen Zusammenhang mit der aus § 52 III 1 StVZO herzuleitenden Berechtigung, Blaulicht zu führen**. Die **Normbereiche decken sich jedoch nicht**, so dass die jeweils gebrauchten Polizeibegriffe nicht inhaltsgleich sein müssen. Die Inanspruchnahme von Sonderrechten nach § 35 I StVO - etwa beim Parken auf Gehwegen oder beim Befahren einer Fußgängerzone - ist nämlich nicht zwingend an das Verwenden von Blaulicht und Einsatzhorn gekoppelt, mag auch die Nichtbeachtung von Verkehrsregeln, soweit zulässig, in der Regel im Sicherheitsinteresse durch Blaulicht und Einsatzhorn anzuzeigen sein (vgl. NdsOVG NZV 2003, 481 und NZV 2005, 636; Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 40. Aufl. 2009, § 35 StVO Rn 4).

Das Sonderrecht nach § 35 I StVO ist so auch von dem Wegerecht gem. § 38 I StVO, das mit der Verwendung von Blaulicht und Einsatzhorn einhergehen muss, zu unterscheiden. Das Sonderrecht befreit die Verkehrsteilnehmer von der Beachtung der Vorschriften der Straßenverkehrsordnung. Anderen Verkehrsteilnehmern legt § 35 I StVO aber anders als § 38 I StVO keine Pflichten auf.

Aufgrund der **unterschiedlichen normativen Ausrichtungen** kann der Polizeibegriff des § 52 III 1 Nr. 1 StVZO mithin ohne Normwiderspruch enger sein als der des § 35 I StVO, ohne dass der Senat dies im vorliegenden Zusammenhang entscheiden müsste.“ (OVG Münster aaO)

- VI. Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, dass eine **analoge Anwendung des § 52 III 1 Nr. 1 StVZO auf Kraftfahrzeuge des KOD einer Ordnungsbehörde auszuschneiden** hat.

„**Mangels planwidriger Regelungslücke ist für eine Analogie kein Raum**. Hätte der Verordnungsgeber gewollt, dass Kraftfahrzeuge, die der KOD einer Ordnungsbehörde einsetzt, blaulichtberechtigt sein sollen, hätte er § 52 III 1 Nr. 1 StVZO - um Unklarheiten bei einem derart breiten und bedeutsamen Einsatzfeld zu vermeiden - im Zuge einer der Änderungen der Vorschrift klarstellend ergänzt. Ausnahmesituationen kann durch Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gemäß § 70 I StVZO Rechnung getragen werden.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

PoIG  
§§ 33, 34

**Beschlagnahme- u. Einziehungsanordnung**  
**Eigentumsübergang erst nach Vollzug der Beschlagnahmeverfügung und**  
**Besitzbegründung**

öffR

(VGH Mannheim in VBIBW 2010, 240; Beschluss vom 05.02.2009 – 1 S 2560/09)

Ordnet die Behörde die **Einziehung einer Sache zusammen mit der Beschlagnahme** an, geht das **Eigentum** an der Sache **erst dann über**, wenn die **Beschlagnahmeverfügung vollzogen** ist und die **Behörde amtlichen Gewahrsam begründet** hat.



„Zutreffend geht das Verwaltungsgericht im Anschluss an die Rspr. des Senats (VBIBW 2007, 351; so auch Wolf/Stephan/Deger, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2009, § 34 Rn 10) zwar davon aus, dass es [für den Eigentumsübergang] der Einziehungsverfügung nicht bedarf. Der Eigentumsübergang wird unabhängig hiervon aber frühestens dann bewirkt, wenn die Beschlagnahmeverfügung vollzogen ist - sei es durch freiwillige Herausgabe der Sache, sei es durch Vollstreckung der in ihr enthaltenen Herausgabeverpflichtung im Wege des unmittelbaren Zwanges durch Wegnahme (vgl. Dolderer VBIBW 2003, 222; Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, F 740) - und die Behörde amtlichen Gewahrsam begründet hat; diese Fallkonstellation lag der genannten Entscheidung des Senats zugrunde (siehe juris Rn 2, 21).

Dies entspricht den Vorgaben von § 34 I PolG, der von der Einziehung einer beschlagnahmten Sache spricht und damit von einer vorgängigen Beschlagnahme ausgeht, wobei allerdings ausnahmsweise die Einziehung, wie hier, zusammen mit der Beschlagnahme verfügt werden kann (vgl. Dolderer VBIBW 2003, 222). Nur so wird dem Interesse an der Eindeutigkeit und Klarheit der Eigentumsverhältnisse ausreichend Rechnung getragen; danach muss - dem Grundmodell des § 929 S. 1 BGB von Einigung und Übergabe als eines aus rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Elementen zusammengesetzten Tatbestands folgend - der Eigentumswechsel bei beweglichen Sachen auch in einer Veränderung der äußeren Gegebenheiten, nämlich der Herstellung einer der neuen Eigentumslage entsprechenden Besitzsituation mit einer dem neuen Eigentümer zuzurechnenden Sachherrschaft, seinen Niederschlag finden (vgl. Staudinger/Wiegand, § 929 Rn 46 ff., 60, 63).“ (VG Mannheim aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

HessGO  
§ 50

**Fragerecht ggü. dem Gemeindevorstand**  
nur für den einzelnen Gemeindevertreter, nicht aber für Fraktion  
(VG Frankfurt in NVwZ-RR 2010, 448; Urteil vom 04.11.2009 – 7 K 1481/09)

öffR

Das **Fragerecht gegenüber dem Gemeindevorstand** aus § 50 HessGO steht nur dem einzelnen Gemeindevertreter, nicht aber den Fraktionen als organschaftlichen Zusammenschlüssen der Gemeindevertreter zu.

- I. Nach § 50 II 4 HessGO erfolgt die Überwachung unbeschadet von S. 2 durch Ausübung des Fragerechts zu den Tagesordnungspunkten in den Sitzungen der Gemeindevertretung, durch schriftliche Anfragen und auf Grund eines Beschlusses der Gemeindevertretung durch Übersendung von Ergebnisniederschriften der Sitzungen des Gemeindevorstandes an den Vorsitzenden der Gemeindevertretung und die Vorsitzenden der Fraktionen. Aus dieser Bestimmung folgt aber **kein subjektiv öffentliches Recht der Fraktion**.

„Denn einerseits stellt das **Fragerecht ein Mittel der Überwachung der gesamten Verwaltung der Gemeinde und der Geschäftsführung des Gemeindevorstandes durch die Gemeindevertretung** nach § 50 II 1 HessGO dar. Andererseits folgt aus dem **Wortlaut des § 50 II 5 HessGO**, dass das Fragerecht den einzelnen Gemeindevertretern zukommt. Denn danach ist der Gemeindevorstand verpflichtet, Anfragen der Gemeindevertreter zu beantworten. Eine **Fraktion kann nicht rechtlich wirksam die Funktionen und Kompetenzen der Gemeindevertretung wahrnehmen**. Auch die **Befugnis zur Überwachung der Gemeindeverwaltung**, insbes. das Recht zur Einsicht in die Akten der Gemeindeverwaltung durch einen von der Gemeindevertretung gebildeten oder bestimmten Ausschuss (§ 50 II 2 HessGO), **ist ausschließlich der Gemeindevertretung als ganzer vorbehalten** und kann nicht von den Fraktionen wahrgenommen werden (vgl. VG Kassel DVBl 1995, 931 m.w. Nachw.). Wenn § 50 II 2 HS 2 HessGO regelt, der Ausschuss sei zu bilden oder zu bestimmen, wenn es ein Viertel der Gemeindevertreter oder eine Fraktion verlange, sind mit dieser Bestimmung nicht die Befugnisse einer Fraktion erweitert worden. Vielmehr ist lediglich das früher einzig vorgesehene Quorum eines Viertels der Gemeindevertreter um eine Alternative ergänzt worden.“ (VG Frankfurt aaO)

- II. Ein **Auskunfts- und Fragerecht der Fraktion** gegenüber dem Gemeindevorstand lässt sich **auch nicht aus anderen Vorschriften** ableiten.

„Aus der nach § 50 III HessGO bestehenden Unterrichtungspflicht des Gemeindevorstandes ergibt sich **kein entsprechendes Recht der Fraktion**, da diese **Verpflichtung nur gegenüber der Gemeindevertretung besteht**. Dies gilt ebenfalls für die Auskunftspflicht nach § 59 S.3 HessGO, der lediglich die Verpflichtung des Gemeindevorstands vorsieht, Auskünfte gegenüber der Gemeindevertretung zu erteilen.“ (VG Frankfurt aaO)



## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 520 II 3

### Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist Anforderungen an Verlängerungsantrag

ZPO

(BGH in NJW 2010, 1610; Beschluss vom 16.03.2010 – VI ZB 46/09)

Ein Prozessbevollmächtigter darf mit der Bewilligung einer **erstmalig beantragten Verlängerung** der Berufungsbegründungsfrist rechnen, wenn er zur Begründung des Verlängerungsantrags darauf verweist, eine **ausreichende Rücksprache** mit dem Mandanten und die **notwendige Beschaffung von Unterlagen** hätten innerhalb der Berufungsbegründungsfrist nicht erfolgen können. In der Regel reicht die pauschale Berufung auf einen dieser Gründe in der Antragschrift aus; eine **weitere Substantiierung** oder **Glaubhaftmachung** ist **nicht erforderlich**.

#### A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO

##### I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten Fristen zur Begründung von Berufung (§ 520 II 1 ZPO), Revision (§ 551 II 2 ZPO) **Nichtzulassungsbeschwerde**, (§ 544 II ZPO), **Rechtsbeschwerde** (§ 575 II 1 ZPO) sowie der **Beschwerde nach § 621e ZPO** gestellt werden. Schließlich kann auch die Wiedereinsetzung in die **Wiedereinsetzungsfrist** des § 234 I ZPO beantragt werden.

##### II. ordnungsgemäße Antragstellung

1. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Er muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten.
2. Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das **Hindernis** zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung **behoben** ist. Ist aber seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 234 III ZPO gar **nicht mehr** beantragt werden.  
Geht es um die Frist zur **Begründung** der Berufung, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde, der Rechtsbeschwerde oder der Beschwerde nach §§ 621e, 629a II ZPO so ist eine **Frist von einem Monat** einzuhalten
3. Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 237 ZPO bei dem Gericht eingereicht werden, das für die **Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung** zuständig ist.

##### III. Rechtsschutzbedürfnis

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

##### V. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen über eine Wiedereinsetzung entscheiden.

##### VI. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

### 1. Hinderungsgründe des Beteiligten selbst

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

### 2. Verschulden des (Prozess-)Bevollmächtigten

Das Verschulden des **gesetzlichen Vertreters** steht nach § 51 II ZPO dem **Verschulden der Partei** gleich. Dies gilt nach § 85 II ZPO auch für das Verschulden des **Bevollmächtigten**.

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

### 3. externe Hinderungsgründe

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

### 4. Kausalität

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

## B. Anforderungen an einen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist (BGH in NJW 2010, 1610)

**Fall** Die Kl. hat mit der beim *LG Verden* erhobenen Klage die Bekl. auf Schadensersatz wegen des Todes eines Pferdes in Anspruch genommen. Das *LG* hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat die Kl. form- und fristgerecht Berufung beim *OLG* eingelegt. Am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist (02.06.2009, 16:09 Uhr) hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. per Telefax Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist um einen Monat beantragt, da „bisher nicht alle erforderlichen Unterlagen vorliegen und eine ausreichende Rücksprache mit der Mandantschaft nicht gehalten werden konnte“. Der Senatsvorsitzende hat den Antrag mit Verfügung vom 03.06.2009 abgelehnt, weil kein erheblicher Grund i.S. des § 250 II 3 ZPO vorgetragen sei. Mit Schriftsatz vom 11.06.2009, eingegangen beim BerGer. am selben Tag, hat die Kl. die Berufung begründet und um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist gebeten. Die Säumnis sei unverschuldet gewesen, weil er mit der Gewährung der beantragten Fristverlängerung hätte rechnen dürfen. Wird Wiedereinsetzung gewährt werden?

### I. Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag ist nach § 233 ZPO wegen der Versäumung der Frist zur Berufungsbegründungsfrist (§ 520 II 1 ZPO) statthaft. Er ist auch ordnungsgemäß, insbesondere innerhalb von 1 Monat (§ 234 I 2 ZPO) nach Kenntnis von der Ablehnung der Fristverlängerung beim Berufungsgericht gestellt worden. Mit der Vorlage der Berufungsbegründung wurde nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist** die erforderliche Prozesshandlung nachgeholt. Der Antrag ist daher zulässig.

### II. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung. Da sich die Klägerin nach § 85 II ZPO ein Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen, stellt sich die Frage, ob dieser es schuldhaft versäumt hat, die Berufungsbegründung rechtzeitig bei Gericht einzureichen. Da es sich bei der Berufungsbegründungsfrist nach § 520 II 2, 3 ZPO grundsätzlich um einer verlängerbare Frist handelt, ist hiervon nur auszugehen, wenn der

Prozessbevollmächtigte nicht damit rechnen durfte, dass die begehrte Fristverlängerung gewährt wird.

Nach § 520 II 2 ZPO kann die Berufungsbegründungsfrist ohne Einwilligung des Gegners um bis **zu einem Monat verlängert** werden, wenn nach freier Überzeugung des Vorsitzenden der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn der Berufungskläger **erhebliche Gründe** darlegt. Fraglich ist daher, welche Anforderungen an die Darlegung erheblicher Gründe zu stellen sind.

### 1. Allgemeiner Maßstab

„Nach der Rechtsprechung des Senats sind bei einem **ersten Antrag** auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist **keine besonders hohen Anforderungen** an die erforderliche **Darlegung der erheblichen Gründe** für die Notwendigkeit der Fristverlängerung zu stellen. Der **Anwalt** kann danach **grundsätzlich erwarten**, dass dem **Antrag entsprochen** wird, wenn einer der im Gesetz genannten **Gründe vorgebracht** wird (Senat, VersR 1993, 771 = BeckRS 1992, 30372246; NJW 2001, 3633 = VersR 2001, 1579; VersR 2006, 568 = BeckRS 2006, 991). Dies entspricht auch der Rechtsprechung der anderen Senate des BGH (vgl. etwa BGH, NJW 1999, 3051; VersR 1985, 972 = BeckRS 1985, 30400730; NJOZ 2008, 300 = VersR 2007, 1583; NJW-RR 2004, 785; NJW 1997, 400 = VersR 1997, 258; NJW 2009, 3100; NJW 1999, 430 = VersR 1999, 1559; NJW 2001, 3552 = VersR 2002, 1576; NJW-RR 1998, 787; NJW-RR 2008, 76). Auf diese höchstrichterliche Rechtsprechung darf der **Anwalt vertrauen**; die unteren Instanzen dürfen aus **Gründen der Rechtsstaatlichkeit** nicht zum Nachteil der betroffenen Parteien strengere Maßstäbe anlegen (vgl. BVerfG, NJW 1998, 3703; NJW 2001, 812; NJW 2007, 3342).“ (BGH aaO)

### 2. Erheblichkeit des Grundes

Es stellt sich daher die Frage, ob der Prozessbevollmächtigte der Klägerin diesen Anforderungen entsprechend die Erforderlichkeit einer Verlängerung dargelegt hat.

Zum als „erheblich“ anzusehenden Verlängerungsgrund der **beruflichen Überlastung** ist anerkannt, dass eine **ins Einzelne gehende Darlegung dieser Überlastungsgründe** beim ersten Verlängerungsantrag **nicht verlangt** wird (vgl. Senat, VersR 1993, 771 = BeckRS 1992, 30372246; BGH, VersR 1985, 972 = BeckRS 1985, 30400730; NJW-RR 1989, 1280; BVerfG, NJW 1998, 3703). Der **bloße Hinweis** auf eine solche Arbeitsüberlastung **reicht** zur Feststellung eines erheblichen Grundes **aus**, ohne dass es einer weiteren Substantiierung bedarf (vgl. Senat, VersR 1993, 771 = BeckRS 1992, 30372246 m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 79, 372 [377] = NJW 1989, 1147; BVerfG, NJW 2001, 812 [813]; NJW-RR 2002, 1007 [1008]; NJW 2007, 3342).

Ein Prozessbevollmächtigter darf auch mit großer Wahrscheinlichkeit dann mit der Bewilligung einer erstmals beantragten Fristverlängerung rechnen, wenn die noch **erforderliche Rücksprache** oder **Informationsbeschaffung** bei der Partei nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist erfolgen konnte, wobei auch hier eine **weitere Substantiierung** oder Glaubhaftmachung **in der Regel nicht erforderlich** ist (vgl. BGH, NJW 1994, 2957 [2958]; NJW 1999, 430; NJW-RR 2000, 799; NJW 2001, 3552 = VersR 2002, 1576 [1577]; BVerfG, NJW 1998, 3703). Für die notwendige Beschaffung von Unterlagen gilt nichts anderes. In all diesen Fällen reicht in der Regel die pauschale Berufung auf einen erheblichen Grund aus, ohne dass der Rechtsanwalt dies je nach den Anforderungen, die einzelne Gerichte stellen, mehr oder weniger präzisieren müsste.“ (BGH aaO)

### 3. Zeitpunkt des Verlängerungsantrags

Fraglich ist, ob ein Verschulden nicht darin zu sehen ist, dass der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist erst am Tag des Fristablaufes gestellt wurde.

„Entgegen den Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss gereicht es einer Partei auch nicht zum Verschulden, wenn ihr Prozessbevollmächtigter den Antrag auf Fristverlängerung erst am letzten Tag der Frist stellt und sich nicht fermündlich nach der Entscheidung über den Verlängerungsantrag erkundigt. Eine Partei ist grundsätzlich **berechtigt, eine Frist bis zum letzten Tag auszuschöpfen** (vgl. BGH, NJW 1999, 430; BVerfGE 69, 381 [385] = NJW 1986, 244; BVerfG, NJW 2001, 812 [813f.]). Wenn mit einer **Verlängerung der Frist gerechnet** werden kann, besteht **keine Notwendigkeit für eine Rückfrage bei Gericht vor Ablauf der Frist** (vgl. BGH, NJW 1999, 430; BVerfG, NJW 1998, 3703; NJW 2001, 812 [814]). Auf die Hypothesen des BerGer., was dem Prozessbevollmächtigten der Kl. wann hätte bekannt sein müssen und wie er darauf hätte reagieren können, kommt es darum nicht an.“ (BGH aaO)

Danach hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. auf eine positive Bescheidung seines Fristverlängerungsantrags vertrauen dürfen. Die Kl. hat die Berufungsbegründungsfrist deshalb ohne ein ihr gem. § 85 II ZPO zuzurechnendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten versäumt. Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind und der Wiedereinsetzungsantrag form- und fristgerecht gestellt worden ist, hat der Senat die beantragte Wiedereinsetzung bewilligt.

ZPO  
§ 543 II Nr. 1

**Revisionsgrund der grundsätzlichen Bedeutung  
einhellige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte**  
(BGH in DStR 2010, 1143; Urteil vom 08.02.2010 – II ZR 54/09 )

ZPO

**Grundsätzliche Bedeutung** gemäß § 543 II Nr. 1 ZPO kommt einer Rechtssache bezüglich einer vom BGH bislang noch nicht entschiedenen, in der **Rechtsprechung der Oberlandesgerichte** jedoch **einheitlich beantworteten Rechtsfrage** nicht zu, wenn die hierzu in der Literatur vertretenen **abweichenden Meinungen vereinzelt geblieben** und nicht oder nicht nachvollziehbar begründet sind.

**A. Grundlagenwissen: Die Revision, §§ 542 ff. ZPO**

Im Zivilprozess findet die Revision (§§ 542 ff. ZPO) gegen die in der Berufungsinstanz von den OLG erlassenen **Endurteile** statt, soweit es sich nicht um Urteile über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung handelt. Gegen im ersten Rechtszug erlassene Endurteile, gegen die die Berufung auch ohne Zulassung statthaft ist, findet auf Antrag unter Übergehung der Berufungsinstanz unmittelbar die Revision (**Sprungrevision**) statt, wenn der Gegner in die Übergehung der Berufungsinstanz einwilligt und das Revisionsgericht die Sprungrevision zulässt (§ 566 ZPO).

**Entscheidungsgrundlage** ist das im **Tatbestand des angefochtenen Urteils** oder im **Sitzungsprotokoll** der Vorinstanz festgestellte Parteivorbringen. Feststellungen der Vorinstanz über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung sind für das Revisionsgericht grundsätzlich bindend; neue Tatsachen dürfen nicht vorgebracht werden. Wird das Urteil aufgehoben, so ist die Sache i. d. R. an das Gericht der Vorinstanz zurückzuverweisen, dieses hat die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts seiner neuen Entscheidung zugrunde zu legen.

Das **Revisionsgericht** hat jedoch in der Sache **selbst zu entscheiden**, wenn die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach Letzterem die Sache **zur Endentscheidung reif** ist (§ 563 III ZPO).

**I. Zulässigkeit der Revision**

**1. Statthaftigkeit**

Sie ist nur **zulässig**, wenn das **Berufungsgericht in dem Urteil** oder das **Revisionsgericht** auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung die Revision **zugelassen** hat.

Die Zulassungsgründe sind in § 543 II ZPO abschließend aufgeführt.

- a) Die Revision ist zuzulassen, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat.
- b) Daneben ist die Revision zuzulassen, wenn die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

**2. Beschwer**

Beschwer ist dasjenige, womit der Rechtsmittelführer in der Vorinstanz unterlegen ist. Die Beschwer ergibt sich aus dem rechtskräftigen Inhalt des angefochtenen Urteils. Für den Kläger besteht sie in der Differenz zwischen dem in der Vorinstanz beantragten und dem ihm zuerkannten Betrag oder Wert (**formelle Beschwer**), für den Beklagten im Betrag oder Wert seiner Verurteilung (**materielle Beschwer**) (vgl. Musielak/Ball, ZPO, § 511 Rn. 20).

**3. Form**

Revisionschrift muss den Anforderungen des § 549 ZPO genügen. Die Revisionschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Revision gerichtet wird und die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde, enthalten.

#### 4. Frist

Die Revision muss binnen eines Monats von der Zustellung des vollständigen Urteils an, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Monaten nach Verkündung beim Revisionsgericht eingelegt werden.

#### 5. ordnungsgemäße Revisionsbegründung

##### a) Inhalt, § 551 III ZPO

Die Revisionsbegründung muss zunächst die Revisionsanträge enthalten, also die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde. Zudem müssen die Revisionsgründe dargelegt werden. Dazu ist erforderlich, dass die Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt, konkret dargelegt werden. Wird die Revision auf Verfahrensmängel gestützt, müssen die Tatsachen bezeichnet werden, aus denen sich diese Mängel ergeben.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer den Geltungsbereich eines OLG-Bezirks übergreifenden Vorschrift beruht. Bei bestimmten Verfahrensverstößen ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht (**absolute Revisionsgründe**, z. B. nicht vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts, Mitwirkung eines befangenen Richters, Verletzung der Öffentlichkeit des Verfahrens; vgl. § 547 ZPO).

##### b) Revisionsbegründungsfrist, § 551 II ZPO

Die Revision ist bis zum Ablauf von 2 Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils oder nach Ablauf der 5-Monatsfrist zu begründen.

Bei der **Anschlussrevision** nach § 554 ZPO kann sich der Revisionsgegner kann der Revision bis zum Ablauf eines Monats nach der Zustellung der Revisionsbegründung der Revision anschließen.

Die Revisionsbegründungsfrist auf kann Antrag gem. § 551 II 6 ZPO bis zwei Monate durch den Vorsitzenden verlängert werden, wenn hierdurch keine Verzögerung eintritt, anderenfalls nach , § 551 II 5 ZPO nur mit Zustimmung des Gegners.

## II. Begründetheit der Revision

Die Begründetheit der Revision hängt davon ab, ob die angegriffene Entscheidung zu einer Rechtsverletzung geführt hat und ob die Entscheidung auf dieser Rechtsverletzung beruht. Das Recht ist nach § 546 ZPO verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

### 1. absolute Revisionsgründe, § 547 ZPO

Bei den in § 547 ZPO aufgeführten Revisionsgründen ist stets davon auszugehen, dass bei entsprechender Rechtsverletzung die Entscheidung auch hierauf beruht.

Dies ist der Fall, wenn

- a) das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;
- b) bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist;
- c) bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;
- d) eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
- e) die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind;

- f) die Entscheidung entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht mit Gründen versehen ist.

## 2. relative Revisionsgründe

Liegt kein absoluter Revisionsgrund vor, so ist die Verletzung revisiblen Rechts zu prüfen und gesondert festzustellen, ob die Entscheidung auf einer vorliegenden Rechtsverletzung beruht.

### a) revisibles Recht

Revisibel ist grundsätzlich Bundes- und Landesrecht, Landesrecht jedoch nur, soweit in dem betreffenden Land mehr als ein OLG eingerichtet ist (vgl. BGH NJW 1994, 1006).

### b) Ursächlichkeit der Rechtsverletzung

Das ist im Falle der **Verletzung materiell-rechtlicher Vorschriften** nur dann der Fall, wenn die **Entscheidung** ohne den Gesetzesverstoß im Ergebnis für den Revisionskläger **günstiger ausgefallen** wäre.

Bei **Verletzung verfahrensrechtlicher Bestimmungen** genügt die **Möglichkeit**, dass das Berufungsgericht ohne den Verfahrensfehler **zu einem anderen Ergebnis** gelangt wäre (vgl. Musielak/Ball, ZPO, § 545 Rn. 11)

## B. Keine grds. Bedeutung bei einhelliger OLG-Rechtsprechung (BGH in DStR 2010, 1143)

**Fall:** Der Kläger (Kl.) ist Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Vereins und will – in analoger Anwendung von § 64 II GmbHG a. F. – die beklagten Vorstände (Bekl.) des Schuldners für Zahlungen in der Krise haftbar machen. Klage und Berufung hatten keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen.

Das **Revisionsgericht** ist an **Zulassung der Revision** durch das Berufungsgericht grundsätzlich **gebunden**, wie sich aus § 543 II 2 ZPO ergibt. Die Zulassung bindet das Revisionsgericht auch dann, wenn das Berufungsgericht die Zulassungsvoraussetzungen zu Unrecht angenommen hat und die Zulassung aus diesem Grunde gesetzwidrig ist (vgl. BGH MDR 1980, 203). Eine Bindung besteht ausnahmsweise nur dann nicht, wenn das Urteil des Berufungsgerichts nicht revisionsfähig ist, wenn die Zulassung nicht in der vorgeschriebenen Form, sondern durch Ergänzungsurteil oder durch Beschluss ausgesprochen worden ist oder wenn das Berufungsgericht die Revision aus einem gesetzlich nicht vorgesehenen Grund zugelassen hat (vgl. Musielak, ZPO, § 543 Rn. 19 m.w.N.)

Das Revisionsgericht hat allerdings nach § 552a ZPO die Möglichkeit, die Revision durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, wenn es davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat.

### I. Fehlen der Voraussetzungen für die Zulassung der Revision

#### 1. Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache

Es könnte eine grundsätzliche Bedeutung der Frage nach der Haftung der Vereinsvorstände in analoger Anwendung von § 64 II GmbHG a.F. (= § 64 S. 1 GmbHG n.F.) gegen sein.

##### a) Maßstab für das Vorliegen einer grundsätzlichen Bedeutung

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH hat eine Rechtsache grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine **entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage** aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte **Interesse der Allgemeinheit** an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, d. h. allgemein von Bedeutung ist (siehe grundlegend hierzu BGH v. 04.07.2002, Az.; V ZB 16/02, BGHZ 151, 221 [223 f.], BeckRS 2002, 30270436; v. 27.03.2003, Az.: V ZR 291/02, BGHZ 154, 288 [291ff.], NJW 2003, 1943).*

*Klarungsbedürftig ist eine Rechtsfrage dann, wenn die durch das Berufungsurteil aufgeworfene **Rechtsfrage zweifelhaft** ist, also über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift Unklarheiten bestehen. Derartige Unklarheiten bestehen u. a. dann, wenn die **Rechtsfrage vom BGH bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet** wird, oder wenn in der **Literatur unterschiedliche Meinungen** vertreten werden (s. Wenzel, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 543 Rn. 7; Ball, in: Musielak, ZPO, 7. Aufl., § 543 Rn. 5a, jew. m. w. N.). Derartige Unklarhei-*

ten bestehen nicht, wenn abweichende **Ansichten in der Literatur vereinzelt geblieben** und nicht oder nicht nachvollziehbar begründet sind (s. nur BVerfG v. 25.02.2009, Az. I BvR 3598/08, NJW-RR 2009, 1026 Tz. 14).“ (BGH aaO)

## b) Anwendung auf den Fall

Eine Entscheidung des BGH zu dieser Frage fehlt bislang, so dass es darauf ankommt, ob die Beantwortung der Rechtsfrage zweifelhaft ist und sie von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet werden oder jedenfalls in der Literatur hierzu nachvollziehbar begründete, verschiedene Meinungen vertreten werden.

„Die **vereinzelt in der Literatur** (Passarge, ZInsO 2005, 176; ders., NZG 2008, 605; Wischemeyer, DZWIR2005, 230; ihnen regelmäßig ohne eigene Begründung folgend Reuter, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 64 Rn. 17; ebenso Werner, ZEV 2009, 366 [369f.]; Roth/Knof, KTS 2009, 173 [179f.]; Hirte, in: FS Werner, S. 222, 228 – Letztere alle für Stiftungsvorstände) reklamierte „**planwidrige**“ **Regelungslücke** in § 42 II BGB **besteht de lege lata offensichtlich nicht**.

Ihr angebliches **Vorhandensein** war auf der Grundlage des geltenden Rechts vom **Gesetzgeber selbst spätestens schon widerlegt** worden, als dieser **mit entsprechender Begründung** (BT-Drs. 16/6140, S. 55) **§ 42 II BGB unverändert ließ, als § 15a InsO geschaffen wurde** (s. hierzu auch Haas/Goetsch, in: (Beuthin/Gummert, MünchHdB. GesR, Bd. 5, 3. Aufl., § 60 Rn. 41); erst recht ist die These von der „**planwidrigen**“ **Regelungslücke unvertretbar geworden, als der Gesetzgeber seine gegenteiligen Vorstellungen** durch das „Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereins- und Stiftungsvorständen“ vom 28.09.2009 (BGBl I 2009, 3161) **zum Ausdruck gebracht** hat:

Der Gesetzgeber hält die **ehrenamtliche Tätigkeit** der Bevölkerung für das Gemeinwesen für **unabdingbar**, er will sie **fördern** und hat zu diesem Zweck als Reaktion auf die negativen Folgen der Haftungsrisiken ehrenamtlich tätiger Vereinsvorstände für die Entwicklung des bürgerschaftlichen Engagements in Deutschland mit diesem Gesetz **Haftungserleichterungen geschaffen** mit dem Ziel, die **Haftungsrisiken** der Vorstände **auf ein zumutbares Maß zu begrenzen** (BT-Drs. 16/10120, S. 1, 6; BT-Drs. 16/13537, S. 1). Auch wenn der durch das genannte Gesetz mit Wirkung ab 03.10.2009 eingefügte § 31a BGB die hier zugrunde liegende Haftungsproblematik nicht unmittelbar betrifft, so spricht doch der **darin zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers** eine eindeutige Sprache gegen eine Ausdehnung der Haftung von Vereinsvorständen (ebenso Klasen, BB 2009, 690; Hangebrauck, EWIR 2009, 699; Kunkel, jurisPR-HaGesR 8/2009, Anm. 3). Denn damit stünde die gesetzlich **nicht fundierte Haftung für Masseschmälerungen** – sie passt ohnehin schwerlich zur Struktur eines Vereins, der anders als GmbH oder Aktiengesellschaft keine Kapitalschutzregeln kennt – in einen **unauf lösbaren Wertungswiderspruch**. Mit Recht wird deswegen **de lege lata** eine Massesicherungspflicht von Vereinsvorständen und eine **Haftung für Masseschmälerungen im Schrifttum abgelehnt** (vgl. Koza, DZWIR2008, 98; Roth, EWIR 2009, 331; Umbeck, GWR 2009, 10; Kunkel, juris PR-HaGesR 8/2009 Anm. 3; Klasen, BB 2009, 690; Hangebrauck, EWIR 2009, 699; eine Analogie ebenfalls ablehnend Erman/H.P. Westermann, BGB, 12. Aufl., § 42 Rn. 6; Schwarz/Schöpfli, in: (Bamberger/Roth, BGB-BeckOK, § 42 Rn. 9; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl. § 42 Rn. 4; Haas/Goetsch, aaO).

Diese klarstellende Wertentscheidung des Gesetzgebers konnte das Berufungsgericht bei seiner Zulassungsentscheidung, die vor dem 28.09.2009 ergangen ist, noch nicht berücksichtigen.“ (BGH aaO)

Die Frage, ob Vereinsvorstände analog § 64 II GmbHG a. F. (= § 64 S. 1 GmbHG n. F.), § 93 III Nr. 6 i. V. m. § 92 III AktG, § 99 II i. V. m. § 34 III Nr. 4 GenG für masseschmälernde Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife des Vereins haften, ist – jedenfalls jetzt – nicht **mehr klärungsbedürftig**, sondern nach dem geltenden Recht eindeutig zu beantworten, so dass der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung nicht gegeben ist.

## 2. Zulassung wegen Fortbildung des Rechts

„Der Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts scheidet schon deswegen aus, weil die Bejahung einer Analogie zu den gesetzlich geregelten, auf ganz andere Verhältnisse zugeschnittenen Fällen auf eine **Rechtsfortbildung contra legem** hinausliefe.“ (BGH aaO)

### II. Fehlende Erfolgsaussicht

Mangels Anspruchsgrundlage kommt eine Haftung der Beklagten für masseschmälernde Zahlungen nicht in Betracht. Die Revision hat daher auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg.

### III. Ergebnis: Die Revision konnte durch einstimmigen Beschluss nach § 552a ZPO zurückgewiesen werden. .

**strafbefreiende Selbstanzeige**  
**Teilselbstanzeige ist nicht ausreichend**

(BGH in BB 2010, 1438; Beschluss vom 20.05.2010 – 1 StR 577/09)

Eine **Teilselbstanzeige reicht für die Strafbefreiung nach § 391 AO nicht aus**. Hierfür ist vielmehr die **Rückkehr zur vollständigen Steuerehrlichkeit Voraussetzung**, die vollständige und richtige Angaben des Steuerhinterziehers erfordert. Eine Teilselbstanzeige erfüllt diese Anforderung aber gerade nicht; vielmehr muss insgesamt „reiner Tisch“ gemacht werden.

**Fall:** Am 28.04.2005 wurde in dem gegen den Angekl. geführten Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Hinterziehung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag für die Veranlagungszeiträume 2001 und 2002 in der Wohnung des Angekl. und der Kanzlei seines Steuerberaters Durchsuchungsbeschlüsse vollstreckt. Im Rahmen der Durchsuchungsmaßnahmen ergaben sich Anhaltspunkte dafür, dass der Angekl. nicht nur für die Jahre 2001 und 2002, sondern bereits für die Jahre 1999 und 2000 in seinen Einkommensteuererklärungen steuerpflichtige Einkünfte verschwiegen und hierdurch Einkommensteuer verkürzt hatte. Der Steuerberater des Angekl. äußerte sich dahingehend, dass die Ermittler zwei Wochen zu früh erschienen seien, da die Steuererklärungen in Vorbereitung seien.

Nachdem der die Ermittlungen leitende Beamte der Steuerfahndung dem Angekl. mündlich eröffnet hatte, dass das Ermittlungsverfahren auf den Verdacht der Hinterziehung von Einkommensteuer für die Jahre 1999 und 2000 erweitert worden sei, übergab der Steuerberater den Fahndungsbeamten zur Vermeidung der Beschlagnahme die vorhandenen sortierten und aufbereiteten Unterlagen für diese Veranlagungszeiträume. Die Belege waren in einer Tabelle erfasst, eine Steuererklärung hingegen noch nicht erstellt. Nachdem der Steuerberater die Unterlagen zurückerhalten hatte, fertigte er innerhalb von zwei Monaten die Einkommensteuererklärungen des Angekl. für die Jahre 1999 bis 2002. Die aufgrund einer tatsächlichen Verständigung ergangenen Steuerbescheide wurden bestandskräftig; der Angekl. beglich die Steuerforderungen nach und nach.

Zu prüfen ist, ob der Strafbefreiung aufgrund der erfolgten (Teil-) Selbstanzeige sowohl der Sperrgrund des § 371 II Nr. 1 AO als auch derjenige des § 371 II Nr. 2 AO entgegen steht.

I. Nach **§ 371 I AO** kommt demjenigen ein **persönlicher Strafaufhebungsgrund** zugute, der in den Fällen des § 370 AO **bei der Finanzbehörde unrichtige Angaben berichtet, unvollständige ergänzt oder unterlassene Angaben nachholt**. Straffreiheit tritt hingegen nicht ein, wenn ein **Sperrgrund des § 371 II AO** vorliegt.

1. Diese im **Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch** liegende **Privilegierung des Steuerstraftäters gegenüber anderen Straftätern** bedarf einer **doppelten Rechtfertigung**: Zum einen sollen verborgene Steuerquellen erschlossen werden; zum anderen soll dem Steuerhinterzieher ein Anreiz gegeben werden, zur Steuerehrlichkeit zurückzukehren.

Aus fiskalischen Gründen soll für den Steuerhinterzieher ein Anreiz geschaffen werden, von sich aus den Finanzbehörden bisher verheimlichte Steuerquellen durch wahrheitsgemäße Angaben zu erschließen (st. Rspr.; BGHSt 35, 36; BGH NJW 1988, 1679; BGH wistra 2004, 309 m. w. N.).

Allein fiskalische Interessen an der Entrichtung hinterzogener Steuern können diese Privilegierung aber schwerlich rechtfertigen. Hinzukommen muss die Rückkehr zur Steuerehrlichkeit; diese soll honoriert werden (BGHSt 3, 373; BGH DB 1977, 1347; BGH wistra 1985, 74 zu § 371 AO; vgl. auch bereits die Gesetzesmaterialien zu § 410 RAO 1951, BT-Drs. I/2395).

2. Eine **Rückkehr zur Steuerehrlichkeit ist dann gegeben, wenn der Täter nunmehr vollständige und richtige Angaben** – mithin „reinen Tisch“ – **macht**. Erst dann liegt eine strafbefreiende Selbstanzeige i. S. des § 371 I AO vor.

„Das folgt auch aus dem **Wortlaut des § 371 I AO**: *Unrichtige oder unvollständige Angaben müssen berichtet oder ergänzt, unterlassene Angaben müssen nachgeholt werden. Die Benennung aller denkbaren Handlungsvarianten zur Korrektur von unrichtigen und unvollständigen Angaben – aufgezählt mit einem (nicht exklusiven) „oder“ – macht deutlich, dass das Gesetz die vollständige Rückkehr zur Steuerehrlichkeit will. Nur unter dieser Voraussetzung wird der Täter straffrei. Das auf die Nennung dieser Voraussetzung folgende Wort „insoweit“ bezieht sich nicht auf den Umfang der gemachten Angaben, sondern allein auf den Umfang der Strafbefreiung. Diese tritt also erst dann ein, wenn die Angaben insgesamt richtig sind. Hätte der Gesetzgeber eine Strafbefreiung auch schon für nur teilweise richtige Angaben (Teilselbstanzeige) gewollt, dann hätte er das Gesetz anders formuliert („Soweit ... berichtet ...“). „Insoweit“ bedeutet daher namentlich: Neben der Straffreiheit für – gänzlich verschiedene – Steuerdelikte könnte auch ein Täter, der zusätzlich verfälschte Belege gebraucht oder ein Bestechungsdelikt begeht (vgl. § 370 III AO sowie BGH wistra 2004, 309), Straffreiheit (nur) wegen der Steuerhinterziehung erlangen.“ (BGH aaO)*

3. Im Hinblick darauf, dass der **fiskalische Zweck, noch unbekannte Steuerquellen zu erschließen**, angesichts der heute bestehenden Ermittlungsmöglichkeiten und der verbesser-

ten internationalen Zusammenarbeit zunehmend an Bedeutung verloren hat, erlangt der weitere Zweck, Rückkehr zur Steuerehrlichkeit, zusätzliches Gewicht.

**BGH aaO hält eine Teilselbstanzeige nicht für ausreichend, um die Strafbefreiung zu erlangen, denn hier fehlt gerade die Rückkehr zur vollständigen Steuerehrlichkeit** (vgl. auch BGH wistra 1993, 66).

Soweit in der **BGH-Rspr.** bislang eine solche Teilselbstanzeige als wirksam angesehen worden ist, weil das Wort „insoweit“ in § 371 I AO eine nur teilweise Nachholung fehlender zutreffender Angaben erlaube (vgl. BGHSt 35, 36; BGH wistra 1988, 356; BGH wistra 1999, 27), hält BGH aaO daran nicht fest.

- a) Eine danach nicht ausreichende Teilselbstanzeige ist z.B. dann gegeben, wenn ein Steuerpflichtiger seine unvollständige Einkommensteuererklärung dahin „berichtigt“, dass er von bislang gänzlich verschwiegenen Zinseinkünften nunmehr nur diejenigen eines Kontos angibt, aber immer noch weitere Konten verschweigt, weil er insoweit keine Entdeckung durch die Finanzbehörden befürchtet (dolose Selbstanzeige). Nach Ansicht des BGH aaO läge in einem solchen Fall keine wirksame Selbstanzeige vor.
- b) Auch der denkbare Umstand, dass der Täter einer Steuerhinterziehung nicht in der Lage ist, die zu seinen Gunsten hinterzogenen Steuern innerhalb angemessener Frist vollständig nachzuzahlen (vgl. § 371 III AO), könnte für sich allein die Zulässigkeit einer Teilselbstanzeige nicht rechtfertigen, denn die Gründe, aus denen der Steuerpflichtige zur Zahlung nicht in der Lage ist, sind für § 371 III AO grds. bedeutungslos.

## II. Vorliegend steht der Annahme einer strafbefreienden Selbstanzeige jedenfalls der **Sperrgrund des § 371 II Nr. 1a AO** entgegen.

„Nach § 371 II Nr. 1a 2. Alt. AO tritt Straffreiheit schon dann nicht ein, wenn vor der Berichtigung, Ergänzung oder Nachholung von Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen i. S. von § 371 I AO ein Amtsträger zur Ermittlung einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit erschienen ist. Dieser Sperrgrund betrifft nicht nur solche Taten, die vom Ermittlungswillen („zur Ermittlung“) des erschienenen Amtsträgers erfasst sind. Er **erstreckt sich auch auf solche Taten, die mit dem bisherigen Ermittlungsgegenstand in sachlichem Zusammenhang stehen** (vgl. BGH wistra 1983, 146; BGH wistra 2000, 219; BGH wistra 2004, 309).“ (BGH aaO)

1. Für diese Auslegung spricht schon der **Wortlaut des § 371 II Nr. 1a 2. Alt. AO**, der **weder eine zeitliche noch sachliche Beschränkung** enthält.

„Die Worte „zur Ermittlung einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit“ belegen – wie der Vergleich mit § 371 II Nr. 1b AO zeigt, der den Gegenstand des dem Täter bekannt zu gebenden Strafverfahrens mit den Worten „wegen der Tat“ umschreibt –, dass die Sperrwirkung nicht auf solche Taten beschränkt werden soll, die bereits Gegenstand des Ermittlungsverfahrens sind.“ (BGH aaO)

2. Außerdem ist zu bedenken, dass die **Strafbefreiung nach § AO § 371 AO** eine **Ausnahmenvorschrift** ist, die schon deswegen entgegen der weit verbreiteten gegenteiligen Auffassung (vgl. z. B. BayObLG MDR 1985, 519; Keller/Kelnhöfer wistra 2001, 369) – auch im Hinblick auf den Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch – restriktiv auszulegen ist.

Das hat auch Auswirkungen auf die Auslegung der Sperrgründe des § 371 II AO. Dies gilt unbeschadet der Tatsache, dass bei der Auslegung der mittelbar (wieder) strafbegründenden Tatbestände des § 371 II AO das strafrechtliche Analogieverbot und der Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG zu beachten sind (vgl. Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl., § 370 AO Rn 34).

3. Diese Auslegung folgt auch aus den oben genannten Gründen für die Strafbefreiung. Das gilt namentlich für den **Normzweck, bisher unbekannte Steuerquellen zu erschließen**.

„Dieser Normzweck erfordert die Erstreckung der Sperrwirkung nach § 371 II Nr. 1a 2. Alt. AO auch auf solche steuerlichen Sachverhalte, bei denen – soweit sie nicht bereits von dem bisherigen Ermittlungswillen erfasst sind – unter Berücksichtigung des bisherigen Überprüfungsziels einerseits und den steuerlichen Gegebenheiten des beschuldigten Steuerpflichtigen andererseits bei üblichem Gang des Ermittlungsverfahrens zu erwarten ist, dass sie ohnehin in die Überprüfung einbezogen würden (vgl. Jäger wistra 2000, 228). Dies ist jedenfalls stets dann der Fall, wenn sich die neuen Tatvorwürfe lediglich auf weitere Besteuerungszeiträume hinsichtlich derselben Steuerarten bei identischen Einkunftsquellen erstrecken. Denn dann erweist sich die bloß teilweise erfolgte Berichtigung, Ergänzung oder Nachholung nicht als geeignet, den Finanzbehörden bisher unbekannte Steuerquellen zu erschließen. Der Amtsträger erscheint dann auch „zur Ermittlung“ zusammenhängender Taten.

Allenfalls dann, wenn eine Erschließung weiterer sonstiger Steuerquellen durch bereits laufende Ermittlungen auszuschließen ist, kann dieser Sperrgrund noch zur Anwendung kommen. In diesem Fall ist – wie sonst auch – für die Strafbefreiung maßgeblich, dass die Aufdeckung bislang unerkannter Steuerquellen im Wesentlichen auf die Initiative des Steuerpflichtigen zurückgeht, die in der Rückkehr zur Steuerehrlichkeit zum Ausdruck kommt (vgl. BGHSt 3, 375). Unvereinbar mit dem Normzweck wäre demgegenüber eine Auslegung, die honorierte, dass der Steuerpflichtige – ist der Amtsträger erst einmal erschienen – den „Wettlauf mit den Ermittlungsbehörden um die Rechtzeitigkeit“ gewonnen hat (vgl. Jäger wistra 2000, 228).“ (BGH aaO)

4. Hier ist der **Sperrgrund des § 371 II Nr. 1a AO** gegeben.

„Die Hinterziehung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag im Veranlagungszeitraum 2000 war zwar zu Beginn der Durchsuchungsmaßnahme noch nicht vom Ermittlungswillen der Verfolgungsbehörden erfasst. Das Ermittlungsverfahren und auch die Durchsuchungsbeschlüsse hatten nämlich bis dahin lediglich die Hinterziehung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag der Veranlagungszeiträume 2001 und 2002 zum Gegenstand. Vorliegend ist aber der die Sperrwirkung auslösende Zusammenhang zwischen der Hinterziehung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag in den Veranlagungszeiträumen 2001 und 2002 mit der Hinterziehung hinsichtlich der Veranlagungszeiträume 1999 und 2000 gegeben. Die neuen Tatvorwürfe erstrecken sich lediglich auf weitere Besteuerungszeiträume hinsichtlich derselben Steuerarten bei identischen Einkunftsquellen. Eine solche Fallgestaltung reicht stets für die Annahme eines sachlichen Zusammenhangs aus (vgl. BGH wistra 1983, 146).“ (BGH aaO)

III. Einer strafbefreienden Selbstanzeige steht hier zudem der **Sperrgrund des § 371 II Nr.2 AO** entgegen, da die **Tat** – wenigstens zum Teil – **bereits entdeckt** war.

1. Nach § 371 II Nr. 2 AO ist erforderlich, dass die „Tat“ ganz oder zum Teil bereits entdeckt war.

„Das Wort „entdecken“ ist – wie im allgemeinen Sprachgebrauch – dahin zu verstehen, dass Unbekanntes, Verborgenes aufgefunden wird. Die noch unbekannte, verborgene Tat i. S. des § 370 AO muss ganz oder zum Teil entdeckt sein. **Gesetzlicher Anknüpfungspunkt ist dabei nicht der Begriff des Anfangsverdachts** (vgl. BGH wistra 2000, 219), **sondern der der „Tatentdeckung“**. Bei diesem Begriff handelt es sich um ein Tatbestandsmerkmal, das mit den üblichen strafprozessualen Verdachtsgraden nicht gleichgesetzt werden kann; es hat einen eigenständigen Bedeutungsgehalt.“ (BGH aaO)

2. Nach der **BGH-Rspr.** (vgl. BGH NStZ 1983, 415; BGH wistra 2000, 219) liegt Tatentdeckung dann vor, wenn bei **vorläufiger Tatbewertung** die Wahrscheinlichkeit eines verurteilenden Erkenntnisses gegeben ist.

Diese Definition enthält eine **doppelte, zweistufige Prognose**:

- Zunächst ist – auf der Grundlage der vorhandenen, regelmäßig noch unvollständigen Informationen – die **Verdachtslage**, und zwar **vorläufig, zu bewerten**.
- Aufbauend auf dieser bloß vorläufigen Bewertung muss der **Sachverhalt**, auf den sich der Verdacht bezieht, zudem **rechtlich geeignet** sein, eine **Verurteilung wegen einer Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit zu rechtfertigen**.

Ist das Vorliegen eines Sachverhalts wahrscheinlich, der die Aburteilung als Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit rechtfertigen würde, ist die Tat entdeckt. Die Anforderungen an diese Wahrscheinlichkeitsprognose dürfen schon deshalb nicht zu hoch angesetzt werden, weil sie auf einer (noch) schmalen Tatsachenbasis erfolgen muss.

a) Das besagt zunächst, dass – entgegen einer in der Lit. vertretenen Auffassung (Kohlmann, Steuerstrafrecht, 41. Lfg. November 2009, § 371 AO Rn 204; Randt/Schaufler DStR 2008, 489; Fehling/Rothbächer DStZ 2008, 824) – ein **hinreichender Tatverdacht i. S. von §§ 170 I, 203 StPO gerade nicht erforderlich** ist und auch nicht gefordert werden kann.

„Die in §§ 170 I, 203 StPO für einen hinreichenden Tatverdacht notwendige Prognose der Verurteilungswahrscheinlichkeit baut nämlich auf einem ausermittelten Sachverhalt auf. Eine derartige Prognose lässt sich bei der Entdeckung der Tat – eine Entdeckung „zum Teil“ genügt – noch nicht verlässlich stellen. Die Entdeckung bildet vielmehr erst den Ausgangspunkt der dann gebotenen Ermittlungen.“ (BGH aaO)

b) Daher ist – anders als bei § 203 StPO – auch **nicht erforderlich, dass der Täter der Steuerhinterziehung bereits ermittelt ist**, schon deshalb, weil das Gesetz nur an die Entdeckung der Tat, nicht aber an der des Täters anknüpft (BGH NJW 1983, 415; BGH wistra 2004, 309).

Ebenso wenig ist erforderlich, dass die **tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen bereits so weit bekannt sind**, dass der Schuldumfang verlässlich beurteilt werden kann (vgl. BGH wistra 2000, 219), es genügt vielmehr, dass konkrete Anhaltspunkte für die Tat als solche bekannt sind.

c) Diese Auslegung folgt auch aus der **Systematik der (anderen) Sperrgründe des § 371 II AO**.

„Denn für die Anwendung des § 371 II Nr. 2 AO bliebe bei dem engeren – einen hinreichenden Tatverdacht i. S. von §§ 170 I, 203 StPO fordernden – Verständnis des Begriffs der Tatentdeckung keine eigenständige Bedeutung mehr, weil die Anforderungen für einen hinreichenden Tatverdacht regelmäßig Maßnahmen nach § 371 II Nr. 1 AO voraussetzen (vgl. Dietz DStR 1981, 372; Bilsdorfer BB 1982, 673).“ (BGH aaO)

3. Die Kenntniserlangung von einer Steuerquelle stellt für sich allein noch keine **Tatentdeckung** dar. Welche Umstände hinzukommen müssen, damit die Tat (wenigstens zum Teil)

entdeckt ist, lässt sich nur im Einzelfall und nicht schematisch beantworten. I. d. R. ist eine Tatentdeckung bereits dann anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung der zur Steuerquelle oder zum Auffinden der Steuerquelle bekannten weiteren Umstände nach allgemeiner kriminalistischer Erfahrung eine Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit nahe liegt.

Stets ist die Tat entdeckt, wenn der Abgleich mit den Steuererklärungen des Steuerpflichtigen ergibt, dass die Steuerquelle nicht oder unvollständig angegeben wurde. Entdeckung ist aber auch schon vor einem Abgleich denkbar, etwa bei Aussagen von Zeugen, die dem Steuerpflichtigen nahe stehen und vor diesem Hintergrund zum Inhalt der Steuererklärungen Angaben machen können, oder bei verschleierte Steuerquellen, wenn die Art und Weise der Verschleierung nach kriminalistischer Erfahrung ein signifikantes Indiz für unvollständige oder unrichtige Angaben ist.

4. Der **Begriff der Tatentdeckung in § 371 II Nr. 2 AO ist zu unterscheiden vom Begriff der Entdeckung der Tat in der Vorschrift des § 7 S.1 Nr. 1b StraBEG**, die einen abweichenden Wortlaut hat.

*„Dort ist die Entdeckung eines Teils der Tat für die Tatentdeckung nicht ausreichend. Die hierzu ergangene, einer normspezifischen Auslegung des § 7 StraBEG folgende Rspr. des BFH (BFH DStRE 2009, 379; BFH wistra 2009, 201) ist daher nicht auf die strafbefreiende Selbstanzeige gem. § 371 AO zu übertragen.“* (BGH aaO)

5. **Nicht erforderlich** für die Tatentdeckung in § 371 II Nr. 2 AO ist, **dass aufgrund der Tatsachen bereits ein Schluss auf vorsätzliches Handeln gezogen werden kann**. Die Sperrgründe des § 371 II Nr. 1a 2. Alt. und II Nr. 2 AO sind bei Erscheinen eines Amtsträgers zur „Ermittlung einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit“ bzw. dann gegeben, wenn dem Täter die – zeitlich davor liegende – „Einleitung des Straf- oder Bußgeldverfahrens wegen der Tat bekannt gegeben worden ist“.

*„Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck des § 371 II Nr. 2 AO ergibt sich vor diesem Hintergrund, dass der Gesetzgeber bei § 371 II Nr. 2 AO, soweit er auf die Entdeckung der Tat abstellt, lediglich die vorsätzliche Steuerstraftat im Blick hatte (vgl. auch BT-Drs. V/1812, S. 24).“* (BGH aaO)

6. Demnach war vorliegend die Hinterziehung der Einkommensteuer und des Solidaritätszuschlags für den Veranlagungszeitraum 2000 durch den Angekl. i. S. von § 371 II Nr. 2 AO zu dem Zeitpunkt entdeckt, als den Beamten der Steuerfahndung im Rahmen der Durchsuchung bekannt wurde, dass der Angeklagte bereits für diesen Veranlagungszeitraum unbeschränkt einkommensteuerpflichtig i. S. von § 1 I 1 EStG war.

*„Die Tatentdeckung war dem Angekl. vor diesem Hintergrund auch bekannt. Jedenfalls musste er mit der Entdeckung rechnen. Denn aus den ihm bekannten Tatsachen hätte er – wie jeder andere Steuerpflichtige in seiner Situation – den Schluss ziehen müssen, dass die Tat entdeckt war.“*

*Angesichts der verbesserten Ermittlungsmöglichkeiten im Hinblick auf Steuerstraftaten und auch der stärkeren Kooperation bei der internationalen Zusammenarbeit können nach Auffassung des Senats jedenfalls heute keine hohen Anforderungen an die Annahme des „Kennenmüssens“ der Tatentdeckung mehr gestellt werden. Der Sperrgrund des § 371 II Nr. 2 AO wird daher heute maßgeblich durch die objektive Voraussetzung der Tatentdeckung im vorstehend verstandenen Sinne und weniger durch die subjektive Komponente bestimmt.“* (BGH aaO)

- IV. Auch unter dem Gesichtspunkt der sog. **gestuften Selbstanzeige** – bei der die konkreten Angaben zu den Besteuerungsgrundlagen erst noch „nachgereicht“ werden – wäre vorliegend keine Straffreiheit nach § 371 I AO eingetreten, denn hier war nämlich bereits ebenfalls zum Zeitpunkt der ersten denkbaren berichtigenden Erklärung zu Beginn der Durchsuchungsmaßnahmen der Sperrgrund des § 371 II Nr. 1a AO gegeben.

1. **BGH aaO** ist der Ansicht, dass **mit einer „gestuften Selbstanzeige“ die Sperrwirkung nicht umgangen werden kann**.

*„Soweit dem Steuerpflichtigen aufgrund unzureichender Buchhaltung oder wegen fehlender Belege eine genau bezifferte Selbstanzeige nicht möglich ist, ist er nach Auffassung des Senats gehalten, von Anfang an – also bereits auf der ersten Stufe der Selbstanzeige – alle erforderlichen Angaben über die steuerlich erheblichen Tatsachen, notfalls auf der Basis einer Schätzung anhand der ihm bekannten Informationen, zu berichtigen, zu ergänzen oder nachzuholen. Diese Angaben müssen in jedem Fall so geartet sein, dass die Finanzbehörde auf ihrer Grundlage in der Lage ist, ohne langwierige Nachforschungen den Sachverhalt vollends aufzuklären und die Steuer richtig festzusetzen (BGHSt 3, 376; BGH wistra 2004, 309 m. w. N.; BGH DB 1977, 1347 m. w. N.). Genügen die Angaben – bei Anwendung eines strengen Maßstabes – diesen Anforderungen nicht, liegt eine wirksame Selbstanzeige nicht vor. Vielmehr ist dann lediglich die Ankündigung einer Selbstanzeige gegeben.“* (BGH aaO)

2. Darüber hinaus tritt eine **Strafbefreiung auch dann nicht ein, wenn erkennbar unzureichende Angaben als Berichtigung** von den für die Entscheidung über die Strafbefreiung zuständigen Stellen **hingenommen werden, ohne dass rechtlich gebotene Nachforschungen zur Ermittlung des wahren Sachverhalts angestellt werden** (BGH aaO).

VwGO

**Isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen**

VwGO

§ 80 V analog

**Feststellung des Umfangs des Suspensiveffekts**

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2010, 381, Beschluss vom 16.09.2009 – 2 M 89/09)

1. Der **Umfang der aufschiebenden Wirkung** kann im Verfahren analog § 80 V VwGO vom Verwaltungsgericht festgestellt werden, wenn hieran ein schutzwürdiges Interesse besteht.
2. Bei Verwaltungsakten mit teils belastendem, teils begünstigendem Inhalt umfasst die aufschiebende Wirkung eines gegen den belastenden Teil eingelegten Widerspruchs **auch den begünstigenden Teil**, wenn **beide Teile** in einem **untrennbaren Zusammenhang** stehen,
3. Enthält eine **denkmalrechtliche Genehmigung** für einen im überwiegenden Interesse liegenden Eingriff eine Nebenbestimmung, wonach der Veranlasser die **Kosten** einer ihm auferlegten Dokumentation tragen muss, kann er die **Genehmigung** auch dann **ausnutzen**, wenn er gegen die **Kostenregelung Widerspruch** erhoben hat.

**A. Grundlagenwissen: isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen**

**Problem:** Ist ein begünstigender VA mit einer Nebenbestimmung verbunden, so stellt sich die Frage, ob der Adressat allein gegen diese Nebenbestimmung mit der Anfechtungsklage vorgehen kann (sog. Isolierte Anfechtungsklage) oder ob eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines nebenbestimmungsfreien VA erhoben werden muss.

I. In der **Literatur** werden hierzu verschiedene Auffassungen vertreten.

**1. Isolierte Anfechtung generell ausgeschlossen**

arg.: Unselbständigkeit der Nebenbestimmung lässt keine vom VA getrennte Beurteilung zu.

vgl. Fehn, DÖV 1988, 202; Stadie DVBI 1991, 613

**2. Isolierte Anfechtung generell möglich**

Ausnahme: verbleibender VA wäre rechtswidrig (str.)

arg.:

a) Alle Nebenbestimmungen haben nach § 36 VwVfG die gleichen Voraussetzungen.

b) Teilaufhebung von VA nach § 44 IV VwVfG und § 113 I VwGO möglich.

Vgl. Ule/Laubinger, VerwVerfR, 4. Aufl. § 50 Rn 29; Erichsen, in: ders. Allg. VerwR, 10. Aufl., § 15 Rn 33; Sproll, Allg. VerwR II, 1998, § 13, Rn 67.

**3. Isolierte Anfechtung nur von Auflage und Auflagenvorbehalt möglich**

Ausnahme: verbleibender VA wäre rechtswidrig (str.)

arg: Auflage und Auflagenvorbehalt sind im Gegensatz zu den anderen Nebenbestimmungen selbständige VA, während diese nur integrale Bestandteile des VA sind.

Vgl. Pietzcker, NVwZ 1995, 15 (20); Störmer, DVBI 1996, 81; frühere Rspr. des BVerwG bis BVerwGE 60, 269

**4. Isolierte Anfechtbarkeit hängt von Art des Hauptverwaltungsaktes ab**

a) bei gebundenen Entscheidungen Anfechtung jeder Nebenbestimmung isoliert möglich

b) bei Ermessensentscheidung isolierte Anfechtung ausgeschlossen

arg: Behörde könnte sonst bei Ermessensentscheidungen zum Erlass einer Entscheidung gedrängt werden, die sie im Rahmen der Ermessensausübung nicht hätte treffen müssen. Daher ist Verpflichtungsklage in Form der Bescheidungsklage bei Ermessens-VA zu erheben.

Vgl. Maurer, Allg. VerwaltR, 13. Aufl. § 12 Rn. 26 ff; Götz, Allg. VerwaltR, 4. Aufl., S. 155; Schenke, JUS 1983

- II. Während die frühere Rechtssprechung die Auffassung der Literatur unter I. 3. vertreten hat, geht die **heutige Rechtsprechung** davon aus, dass die **isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen** immer zulässig ist. Die Frage der Trennbarkeit und isolierten Aufhebung ist in der Begründetheit zu prüfen. Die isolierte Aufhebung einer Nebenbestimmung hängt dabei davon ab, ob der begünstigende VA ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßiger Weise bestehen bleiben kann. Anderes gilt nur, wenn die Aufhebbarkeit von vornherein offenkundig ausscheidet. Hier ist die isolierte Anfechtung unzulässig und Verpflichtungsklage zu erheben.

Vgl. BVerwG NVwZ 2001, 429; Zusammenstellung bei Labrenz, NVwZ 2007, 162 ff

## B. Wirkungen des Suspensiv-effekts bei isolierter Anfechtung von Nebenbestimmungen (OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2010, 381)

**Fall:** Mit Bescheid vom 05.04.2007 erteilte der Ag. der Ast. eine naturschutz- und denkmalrechtliche Genehmigung zur Errichtung einer Gashochdruckleitung zwischen den in seinem Kreisgebiet liegenden Gemeinden Ra. und Ro. Der Bescheid enthält unter Nr. II. 3. u.a. folgende denkmalrechtliche Nebenbestimmungen:

- „3.1. Vor Beginn der Erdarbeiten ist eine archäologische Dokumentation (Grabung) im Bereich I (H. bis L.) durchzuführen.
- 3.3. Die Modalitäten der Ausgrabungen sind mit dem Landesamt für Denkmalpflege und Archäologie abzustimmen und dem Landkreis S. vor Beginn der Ausgrabungen in Form der beiderseits unterzeichneten Vereinbarung vorzulegen.
- 3.5. Die Kosten der archäologischen Dokumentation in Höhe von ca. 235900 Euro sind von der A-GmbH als Veranlasser zu tragen.“

Unter dem 08.05.2007 erhob die Ast. gegen die Nebenbestimmung Nr. 3.5 Widerspruch. Mit Abgabennachricht vom 29.05.2007 teilte der Ag. der Ast. mit, dass der Widerspruch seiner Auffassung nach insgesamt, d.h. nicht nur hinsichtlich der Nebenbestimmung Nr. 3.5., sondern auch hinsichtlich der übrigen Regelungen des Genehmigungsbescheids aufschiebende Wirkung entfalte und somit auch die Grabungsvereinbarung mit dem Landesamt für Denkmalpflege und Archäologie (Vereinbarung vom 09.02./08.05.2007 i.S. der zitierten Nr. II.3.3. des streitgegenständlichen Genehmigungsbescheids) nicht vollzogen werden könne. Am 07.05.2009 sucht der Ast. beim zuständigen VG um Rechtsschutz nach. Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit

1. Es liegt ohne weiteres eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.
2. Fraglich ist allerdings, welches hier die **statthafte Antragsart** des einstweiligen Rechtsschutzes ist.

Nach § 123 V VwGO sind die Verfahren auf Anordnung/Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach §§ 80 V, 80a VwGO vorrangig. Diese sind einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und die aufschiebende Wirkung entfallen ist.

#### a) Anfechtungsklage in Hauptsache

Nach der heutigen Auffassung der Rechtssprechung ist die isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen grundsätzlich stets möglich. Dafür, dass hier die isolierte Anfechtung der Kostenregelung offenkundig ausscheidet, liegen keine Anhaltspunkte vor.

#### b) Streit um Suspensiv-effekt

Allerdings geht es dem Ast. nicht darum, dass ihm ein Suspensiv-effekt zum Gericht zugesprochen wird, sondern um die Feststellung des Umfangs des Suspensiv-effekts wegen der isolierten Anfechtung einer Nebenbestimmung. Für ein solches Feststellungsbegehren ist ein gesondertes Verfahren nicht vorgesehen. Es könnte aber analog § 80 V VwGO zulässig sein.

*„In den Fällen so genannter **faktischer Vollziehung**, d.h. wenn Behörden oder Dritte bereits Vollzugsmaßnahmen getroffen haben oder treffen, ohne dass die Voraussetzungen der sofortigen Vollziehung gem. § 80 II VwGO vorlagen bzw. vorliegen, verfügt das Gericht nicht die Aussetzung der Vollziehung, sondern **stellt analog § 80 V VwGO fest**, dass der eingelegte **Rechtsbehelf aufschiebende***

*Wirkung hat; eine solche Feststellung kommt aber auch dann in Betracht, wenn zwar unzweifelhaft die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegeben, jedoch – wie hier – der Umfang der aufschiebenden Wirkung umstritten ist (Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 80 Rn 181 m.w.N.)“ (OVG Magdeburg aaO)*

Es kommt daher darauf an, ob der Ast. ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Feststellung hat.

*„Auf der Grundlage des streitgegenständlichen Genehmigungsbescheids kann sie die geplante Hochdruckleitung nur errichten, wenn das Landesamt für Denkmalpflege und Archäologie gleichzeitig seinen Verpflichtungen aus der Grabungsvereinbarung vom 9. 2. 2007/8. 5. 2007 nachkommt. An diese Verpflichtungen fühlt sich aber das Landesamt für Denkmalpflege und Archäologie derzeit nicht gebunden, weil es – wie der Ag. – von der umfassenden aufschiebenden Wirkung des von der Ast. eingelegten Widerspruchs ausgeht.“ (OVG Magdeburg aaO)*

3. Die **Antragsbefugnis** des Ast. analog § 42 II VwGO ergibt sich nach der auch im Verfahren nach § 80 V VwGO anwendbaren Adressatentheorie daraus, dass jedenfalls eine Verletzung von Art. 2 I GG durch die belastende Nebenbestimmung zu Ziffer 3.5 nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.
4. Bedenken hinsichtlich des **Rechtsschutzbedürfnisses** bestehen nicht. Insbesondere kommt ein Antrag analog § 80 V VwGO gerichtet auf die Feststellung des Umfangs des Suspensiveffekts ohnehin nur in Betracht, wenn der den Suspensiveffekt auslösende Rechtsbehelf schon eingelegt ist und in dessen Folge Unstimmigkeiten über den Umfang entstehen.

Der Antrag auf Feststellung des Umfangs des Suspensiveffekts analog § 80 V VwGO ist zulässig.

## II. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn der Suspensiveffekt des Widerspruchs gegen die Nebenbestimmung zu 3.5 nicht auch die sonstigen Regelungen des Bescheides umfasst.

### 1. umfassender Suspensiveffekt bei untrennbarem Zusammenhang zwischen belastendem und begünstigendem Teil eines Verwaltungsakts

*„Der Senat teilt zwar den rechtlichen Ausgangspunkt des VG, wonach bei Verwaltungsakten mit teils belastendem, teils begünstigendem Inhalt die aufschiebende Wirkung eines gegen den belastenden Teil eingelegten Widerspruchs auch den begünstigenden Teil – hier die Genehmigung als solche – umfasst, wenn beide Teile in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, d.h. bei objektiver Betrachtung aus dem Bescheid oder den Umständen seines Erlasses für den Betr. erkennbar ist, dass der belastende Teil so wesentlich ist, dass die Begünstigung allein dem Zweck des Verwaltungsaktes offensichtlich widerspricht, wenn nicht auch die Belastung sofort wirksam würde (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 80 Rn 47 m.w.N.).“ (OVG Magdeburg aaO)*

### 2. Prüfung des untrennbaren Zusammenhangs

Fraglich ist daher, ob im vorliegenden Fall von einem solchen untrennbaren Zusammenhang ausgegangen werden kann.

Nach § 10 II Nr. 2 SachsAnhDenkmSchG ist ein **Eingriff in ein Kulturdenkmal** zu genehmigen (§ 14 I SachsAnhDenkmSchG), wenn – was hier vom Ag. in seiner denkmalrechtlichen Genehmigung bejaht wurde – ein **überwiegendes öffentliches Interesse** den Eingriff verlangt. Diesem allein an das Bestehen eines öffentlichen Interesses geknüpften Anspruch kann die untere Denkmalbehörde zwar nach § 14 IV 1 SachsAnhDenkmSchG eine **Dokumentationspflicht** gegenüberstellen und dementsprechend verlangen, dass der Eigentümer oder der Veranlasser von Veränderungen und Maßnahmen an Kulturdenkmälern diese dokumentiert. Darüber hinaus kann die Denkmalbehörde die Veranlasser nach § 14 IV 3 SachsAnhDenkmSchG **im Rahmen des Zumutbaren zur Übernahme der Dokumentationskosten** verpflichten.

#### a) Zusammenhang zwischen Genehmigung und Dokumentationskosten

*„Da diese Kostenübernahme aber nur „im Rahmen des Zumutbaren“ verlangt werden kann, besteht schon aus Rechtsgründen kein untrennbarer Zusammenhang dahingehend, dass die Genehmigung eines Eingriffs i.S. des § 10 II Nr. 2 SachsAnhDenkmSchG von der vollständigen Übernahme der anfallenden Dokumentationskosten durch den Veranlasser bzw. davon abhinge, dass sich die anfallenden und auferlegten Kosten im Rahmen des für den Veranlasser Zumutbaren bewegen. Das würde darauf*

hinauslaufen, dass der **Genehmigungsanspruch** nach § 10 II Nr. 2 SachsAnhDenkmSchG nicht nur von dem dort geregelten Tatbestandsmerkmal des überwiegenden öffentlichen Interesses abhängig gemacht würde, sondern darüber hinaus auch davon, dass die **Kosten** einer dem Veranlasser nach § 14 IX SachsAnhDenkmSchG auferlegten **Dokumentation letztlich in voller Höhe** von diesem zu tragen sind.

Eine solche Verknüpfung lässt sich aber dem Normgefüge der §§ 10 II Nr. 2 und 14 IV SachsAnhDenkmSchG nicht entnehmen. Die untere Denkmalschutzbehörde hat nach § 10 II Nr. 2 DenkmSchG einen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegenden Eingriff zu genehmigen. Demgegenüber ist ihr nach § 14 IX SachsAnhDenkmSchG ein **Ermessen** sowohl dahingehend eingeräumt, ob sie den Veranlasser eines Eingriffs zu einer **Dokumentation verpflichtet**, als auch dahingehend, ob und in welcher Höhe sie ihm hierfür die **Kosten auferlegt**. Angesichts dessen obliegt ihr im Rahmen ihrer Ermessensausübung auch die Prüfung, ob die Kosten der von ihr für nötig erachteten Dokumentation sich im Rahmen des dem Veranlasser Zumutbaren bewegen und ob sie anderenfalls den Umfang der Dokumentation einschränkt.“ (OVG Magdeburg aaO)

#### b) Relevanz der Zumutbarkeitsprüfung

„Ob die der Ast. vom Ag. auferlegten **Kosten** in Höhe von „ca.“ **235.900 Euro** einer **Zumutbarkeitsprüfung** i.S. des § 14 IX 3 SachsAnhDenkmSchG standhalten, ist im Rahmen des insoweit anhängigen Widerspruchsverfahrens zu prüfen. Mit Blick darauf ist zwar derzeit nicht abschließend geklärt, ob die Ast. die ihr auferlegten Kosten im Ergebnis vollständig zu tragen hat. Diese **Offenheit der Kostenfrage** steht aber entgegen der Annahme des VG der **Denkmalverträglichkeit des Eingriffs nicht entgegen**.

Die Ast. hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die ihr nach Nr. II. 3.1. des streitgegenständlichen Genehmigungsbescheids auferlegte Dokumentation als solche durchgeführt werden kann und sie wegen der hierfür anfallenden Kosten in Vorleistung tritt. Bei dieser Sachlage kann der Veranlasser an der **Ausnutzung der ihm erteilten Genehmigung nicht deshalb gehindert** sein, weil er eine **Überprüfung der ihm auferlegten Dokumentationskosten** verlangt. Vielmehr liegt es im Risikobereich der Genehmigungsbehörde, die vorgeleisteten Dokumentationskosten im Ergebnis erstatten zu müssen, soweit sie einer Zumutbarkeitsprüfung nach § 14 IX 3 SachsAnhDenkmSchG nicht standhalten.“ (OVG Magdeburg aaO)

Es ist daher kein untrennbarer Zusammenhang zwischen der angefochtenen Nebenbestimmung und den übrigen Regelungen des streitgegenständlichen Genehmigungsbescheids anzunehmen. Die mit der angefochtenen Nebenbestimmung getroffene **Kostenregelung** ist bei objektiver Betrachtung **nicht so wesentlich**, dass die erteilte denkmalrechtliche Genehmigung im Übrigen dem **Zweck des Verwaltungsaktes offensichtlich widerspräche**.

- III. **Ergebnis:** Der Suspensiveffekt umfasst daher nicht die gesamte Genehmigung, sondern der Ast. kann von der Genehmigung Gebrauch machen. Der Antrag analog § 80 V VwGO ist folglich zulässig und begründet.

VwGO  
§ 123**Erfordernis vorheriger Antragstellung bei Eilrechtsschutz  
Entbehrlichkeit bei Studienzulassung außerhalb Kapazität**

VwGO

(OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2010, 434, Beschluss vom 23.11.2009 – 2 B 469/09 und  
OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 437, Beschluss vom 27.01.2010 – 13 C 410/09)

1. Die Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO setzt grundsätzlich die vorherige Antragstellung bei der Behörde voraus.
2. Bei Hochschulzulassungssachen außerhalb der Kapazitäten ist ein Antrag jedoch entbehrlich, da die Hochschule **keine Möglichkeit hat**, von den durch die Zulassungszahlenverordnung **festgesetzten Zulassungszahlen abzuweichen**.
3. Die **Antragstellung bei Gericht nach § 123 VwGO ist bis zum formellen Ende des Bewerbungssemesters möglich**.

**A. Ausnahme vom Erfordernis vorheriger Antragstellung im Verfahren nach § 123 I 2 VwGO bei Zulassungsbegehren zum Studium außerhalb der Kapazitäten (OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 437)**

**Fall:** Die Ast. beehrte im Wege der einstweiligen Anordnung die vorläufige Zulassung zum Studium im Studiengang Psychologie im 1. Fachsemester außerhalb der festgesetzten Kapazität. Das VG lehnte den Antrag als unzulässig ab, weil die Ast. vor Einreichung ihres Antrags bei Gericht am 17.09.2009 keinen Antrag auf Zulassung bei dem Ag. gestellt habe; dieser Antrag sei bei der Hochschule erst am 18.09.2009 eingegangen. Ist der Antrag statthaft?

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist nach § 123 V VwGO nur statthaft, wenn nicht eines der Verfahren nach §§ 80 v, 80a VwGO einschlägig sind. Dies kommt jedoch nur in Betracht, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben wäre. Die Antragsteller begehren jedoch die **Zulassung zum Studium**, also einen **begünstigenden Verwaltungsakt**, so dass in der Hauptsache die **Verpflichtungsklage** einschlägig ist, so dass **Eilrechtsschutz über § 123 VwGO** zu suchen ist.

Da es hier nicht um die Sicherung einer schon innegehabten Rechtsposition geht, handelt es sich um eine **Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO**.

**I. Grundsätzliches Antragserfordernis bei Regulationsanordnung**

*„Bei der hier vorliegenden Regulationsanordnung bedarf es grundsätzlich eines **streitigen Rechtsverhältnisses** zwischen den Bet. (§ 123 I 2 VwGO), was nach einer vielfach vertretenen Meinung die **vorherige Antragstellung bei der Behörde** voraussetzt (zum Antragserfordernis vgl. etwa: Happ, in: Eyer mann, VwGO, 12. Aufl. [2006], § 123 Rn 34; Kuhla, in: Posser/Wolff, BeckKomm.-VwGO, Stand: Oktober 2009, § 123 Rn 37; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblslg., Stand: Juli 2009, § 123 Rn 102).*

*Ein solches Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes weist Parallelen zu einem Rechtsschutzverfahren in der Hauptsache auf, das die **Sicherung von Leistungsbegehren**, mithin als statthafte Klageart die Verpflichtungsklage zum Gegenstand hat. Die Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage hängt aber grundsätzlich von einem vorher im Verwaltungsverfahren gestellten **Antrag auf Vornahme des eingekl. Verwaltungsakts** ab. Dies folgt einfachrechtlich aus §§ 68 II, 75 S. 1 VwGO („Antrag auf Vornahme“) und aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, nach dem es zunächst Sache der Verwaltung ist, sich mit Ansprüchen zu befassen, die an sie gerichtet werden (vgl. BVerwGE 130,39 = NVwZ 2008, 575 = MMR 2008, 463; Kötters, in: Posser/Wolff, § 42 Rn 54; Pietzner, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 42 II Rn 289).“ (OVG Münster aaO)*

**II. Ausnahmen im Hochschulrecht**

*„Im Hochschulzulassungsrecht besteht aber im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung Anlass, von dem Grundsatz der vorherigen Antragstellung bei der Behörde abzuweichen. Ein Absehen hiervon widerspricht auch nicht § 123 VwGO, der ein entsprechendes Antragserfordernis nicht ausdrücklich vorsieht. Der vor Einleitung des Gerichtsverfahrens zu stellende **Antrag** soll nach Auffassung des VG zwar sicherstellen, dass die Hochschule rechtzeitig **Gelegenheit erhält, die Möglichkeit des Vorhandenseins von Reststudienplätzen zu prüfen** und hierzu Stellung zu nehmen (so auch: VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, 566; a.A. OVG Greifswald, LKV 1994, 225).*

*Allerdings weist die Ast. zu Recht darauf hin, dass die Hochschulen **Anträgen auf Zulassung außerhalb der festgesetzten Kapazität nur entgegennehmen**, ihre Kapazitäten aber nicht prüfen kann. Es handelt sich vielmehr um Massenverfahren, in denen **ohne Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens in der Regel keine Zulassung** erfolgt. Dem Grundsatz der Nachrangigkeit der gerichtlichen Befassung kommt daher bei der Verteilung von Restkapazitäten keine entscheidende Bedeutung zu. Die Erfüllung des für wesentlich gehaltenen **Antragserfordernisses** bei der Hochschule ist daher ein **bloßer Formalakt**. Außerdem hat die Hochschule **keine Mög-***

*lichkeit, von den durch die Zulassungszahlenverordnung festgesetzten Zulassungszahlen abzuweichen (vgl. Becker/Brehm, NVwZ 1994,750 [758]).“ (OVG Münster aaO)*

### III. Zeitpunkt der Antragstellung

*„Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines bei der Hochschule zu stellenden Antrags auf Zulassung außerhalb der festgesetzten Kapazität ist daher der der **gerichtlichen Entscheidung**. Da der an die Universität gerichtete Zulassungsantrag der Ast. am 18.09.2009 eingegangen ist, bestehen demnach keine Bedenken gegen die Statthaftigkeit des Antrags auf Erlass der begehrten Regulationsanordnung noch gegen ihr Rechtsschutzbedürfnis für das vorliegende Verfahren.“ (OVG Münster aaO)*

## B. Zulassung zum Medizinstudium außerhalb der Kapazität bis zum Ende des Bewerbungssemesters (OVG Saarlouis Saarlouis in NVwZ-RR 2010, 434)

**Fall:** Die Ast. studierte nach Erwerb der allgemeinen Hochschulreife zunächst vier Semester Humanmedizin an der Universität Y. in Ungarn. Durch Bescheid des Niedersächsischen Zweckverbandes zur Approbationserteilung vom 09.07.2008 wurde ihr dieses Studium mit vier vorklinischen Semestern auf das Studium der Humanmedizin nach der Ärztlichen Approbationsordnung angerechnet. Außerdem wurden die während dieses Studiums erfolgreich abgelegten und abgeschlossenen Einzelfachprüfungen als Erster Abschnitt der Ärztlichen Prüfung anerkannt. Am 17.09.2009 bewarb sich die Ast. unter Beifügung ihrer Hochschulzugangsberechtigung und des vorerwähnten Bescheides vom 09.07.2008 bei der Ag. um einen Studienplatz im 1. klinischen Fachsemester des Studiengangs Humanmedizin im Sommersemester 2009. Am selben Tag hat die Ast. beim VG um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht.

### I. Zulässigkeit des Antrags

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist eröffnet. Für das Begehren auf Zulassung zum Studium im Eilverfahren ist der Antrag nach § 123 VwGO als Regulationsanordnung statthaft (s.o. unter A.).

Die Ast. müsste jedoch auch ein **schutzwürdiges Interesse an der einstweiligen Anordnung** haben.

#### 1. Ablauf des Bewerbungssemesters

Grundsätzlich kommt es für die Beurteilung eines Antrags auf die **Sach- und Rechtslage** zum **Zeitpunkt der Eilentscheidung** an (h.M.; vgl. OVG Berlin NVwZ 1985, 756 (757); Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Auflage 2009, Rn 165; Schenke Verwaltungsprozessrecht, Rn. 1040; Redeker/von Oertzen Rn. 18; ferner Nachw. Fn. 727 bis 732 und Fn. 736). Diese ergeht hier aber, nachdem das **Semester**, zu dem die Zulassung begehrt wird, **bereits abgelaufen** ist, so dass ein schutzwürdiges Interesse ausgeschlossen sein könnte.

Ausnahmsweise könnte hier jedoch etwas anderes gelten.

*„Gegen die Zulässigkeit des Anordnungsantrags bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Insbesondere ist ein rechtlich **schützenswertes Interesse** der Ast. an einer Sachentscheidung über ihr Begehren anzuerkennen, obwohl das **Sommersemester 2009**, für das sie ihre Zulassung erstrebt, mit Ablauf des 30.09.2009 abgeschlossen ist. Über den erhobenen Anspruch ist nämlich nach einhelliger Meinung, der der Senat folgt, unter Zubilligung von prozessualem Bestandsschutz nach der **Sach- und Rechtslage des Bewerbungssemesters** zu entscheiden (vgl. z.B. OVG Saarlouis, BeckRS 2006,24697).“ (OVG Saarlouis aaO)*

Vor diesem Hintergrund besteht **trotz Ablauf des Bewerbungssemesters** im Zeitpunkt der Entscheidung ein **schutzwürdiges Interesse** der Ast.

#### 2. Fehlende Bescheidung des Zulassungsantrags

Ein schutzwürdiges Interesse könnte aber deshalb fehlen, weil der Zulassungsantrags der Ast. Im Zeitpunkt der Antragstellung noch gar nicht beschieden war.

*„Auch ein **abschlägig bzw. nicht beschiedener Verwaltungsantrag** auf Zuweisung des begehrten Studienplatzes als Sachentscheidungsvoraussetzung für den gestellten Verpflichtungsantrag liegt hier vor, da die Ast. am 17.09.2009 bei der Ag. **um Zulassung** zum Studium unter Beifügung der hierfür erforderlichen Unterlagen **nachgesucht** hat. Ob dieser **Antrag noch rechtzeitig** oder – wie das VG annimmt – verspätet war, ist, da die insoweit einschlägigen Bestimmungen des § 3 I, XII SaarlVergabeVO (i.d.F. v. 13.12.1989, ABI/1909, 41) eine Ausschlussfrist normieren, eine **Frage der Begründetheit** des Begehrens.“ (OVG Saarlouis aaO)*

Der Zulässigkeit des Antrags stehen daher keine durchgreifenden Bedenken entgegen.

## II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn der Ast. ein Anordnungsanspruch zusteht und ein Anordnungsgrund gegeben ist.

### 1. Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch besteht, wenn die Ast. nach summarischer Prüfung einen Anspruch auf Zulassung zum Studium außerhalb der Kapazitäten hat.

#### a) grundsätzliche Studienvoraussetzungen

Aufgrund des Bescheides des NdsZweckverbandes zur Approbationserteilung vom 09.07.2008 steht fest, dass die Ast. die Voraussetzungen für die Aufnahme in das 1. klinische Fachsemester des Studiengangs Humanmedizin erfüllt (vgl. § 14 I SaarVergabeVO).

#### b) Vorhandensein eines Studienplatzes

*„Außerdem ist davon auszugehen, dass bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht sämtliche vom VG mit Beschlüssen vom 24.08.2009 festgestellten Studienplätze im 1. klinischen Fachsemester im Sommersemester 2009 vergeben sind, mithin noch ein Studienplatz vorhanden ist, der der Ast. zugeteilt werden kann.“* (OVG Saarlouis aaO)

#### c) Wegfall des Anspruch wegen verspäteter Anspruchstellung

Der aus den Art. 3, 12 I GG abzuleitende Anspruch der Ast. zum Sommersemester 2009 zum 1. klinischen Fachsemester im Studiengang Humanmedizin an der Ag. zugelassen zu werden könnte aber deshalb entfallen sein, weil sie ihren Zulassungsantrag bei der Ag. erst am 17.09.2009 und damit nach dem Ende der in § 3 I XII SaarVergabeVO auch für Anträge auf Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen normierten Ausschlussfrist gestellt hat.

#### aa) Wirksamkeit der Bewerbungsfristen für Studienplätze außerhalb der Kapazität

Fraglich ist jedoch, ob die – normative – **Festlegung von Bewerbungsfristen** auch für Anträge auf **Zuteilung von Studienplätzen außerhalb der (festgesetzten) Kapazität**, die denjenigen für Anträge auf Zulassung zum Studium innerhalb der Kapazität entsprechen, rechtswirksam ist. Dies ist umstritten.

*„Zum Teil wurde die Fristsetzung mangels hinreichender gesetzlicher Ermächtigung, zum Teil wegen einer für zu kurz erachteten Zeitspanne zwischen der Bekanntgabe der festgesetzten Zulassungszahlen und dem Fristende und zum Teil generell unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten mit der Erwägung als rechtswidrig angesehen, das verfassungsrechtlich gewährleistete Teilhaberecht des Studienbewerbers dürfe durch formelle Hindernisse nicht mehr als unbedingt nötig beeinträchtigt werden (vgl. ausführlich: Zimmerling/Brehm, HochschulkapazitätR, 2003, Rn 333 bis 345 m.w.N.). Soweit die Festlegung von Bewerbungsfristen auch für Studienplätze außerhalb der Kapazität in der Rechtsprechung gebilligt wird, existieren in den betreffenden Ländern häufig ausdrückliche dahingehende gesetzliche Ermächtigungen.“* (OVG Saarlouis aaO)

Teilweise werden solche Regelungen aber auch für wirksam gehalten (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 2002, 750; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2006, 258; BeckRS 2009, 38739; VGH Mannheim, DVBl 1988, 406; NJOZ 2006, 2124; OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1992, 247). Von dieser Rechtsprechung hat sich das OVG Saarlouis nunmehr ausdrücklich abgewendet.

#### (1) Ermächtigungsgrundlage

*„Fraglich ist bereits, ob den Bestimmungen des § 3 I, XII SaarVergabeVO, soweit darin Bewerbungsfristen als Ausschlussfristen auch für Anträge auf Zuteilung von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazität normiert sind, eine hinreichende gesetzliche Ermächtigung zu Grunde liegt. [wird ausgeführt].“* (OVG Saarlouis aaO)

#### (2) Verfassungswidrigkeit wegen Art. 12 I GG

*„Aber auch wenn die angeführten gesetzlichen Ermächtigungen, das Verfahren für die Vergabe von Studienplätzen innerhalb der festgesetzten Kapazität einschließlich von Bewerbungsfristen durch Rechtsverordnungen zu regeln, gewissermaßen kraft Sachzusammenhangs oder als Annex die Befugnis einschließen sollten, im Ordnungswege auch Rege-*

lungen für die Vergabe von Studienplätzen zu treffen, die über die festgesetzte Zulassungszahl hinaus ermittelt werden (so wohl: VGH Mannheim, NJOZ 2006, 2124) begegnet die hier allein erfolgte Normierung der **Bewerbungsfrist entsprechend den Fristen für Anträge auf Zulassung zum Studium** innerhalb der festgesetzten Kapazität gemessen an Art. 12 I GG und dem insoweit zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im vorliegenden Eilrechtsschutzverfahren durchgreifenden Bedenken.

Zwar ist mit dem 8. Senat des OVG Saarlouis (OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1992, 247) im Ansatz davon auszugehen, dass die Fristvorschrift **keine objektive Zulassungsschranke** einrichtet, mithin nicht den vom BVerfG (BVerfGE 20, 303 = NJW 1972, 1561) entwickelten Anforderungen an die Festlegung eines absoluten Numerus Clausus zu genügen braucht und demnach **nicht erst dann gerechtfertigt** ist, wenn sie zur **Abwehr schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeingut** unbedingt erforderlich ist. Vielmehr handelt es sich um eine **subjektive**, vom Studienbewerber durch eigenes Bemühen erfüllbare **Zulassungsvoraussetzung**, die schon dann gerechtfertigt ist, wenn sie auf angemessene Weise einen wichtigen Gemeinwohlbelang schützt. Dass sich die hier in Rede stehende Bewerbungsfrist gemessen an diesen Anforderungen als verhältnismäßig erweist, hält der Senat für zumindest zweifelhaft. [wird ausgeführt]. (OVG Saarlouis)

## bb) Anwendung auf den Fall

„Nach allem gelangt der Senat auf der Grundlage des Erkenntnisstandes des vorliegenden Eilrechtsschutzverfahrens zu dem Ergebnis, dass der Ast. nicht mit Erfolg entgegengehalten werden kann, sie habe die Frist des § 3 I, XII SaarlVergabeVO für die Stellung eines Antrags auf Zulassung außerhalb der Kapazität zum 1. klinischen Fachsemester im Studiengang Humanmedizin an der Ag. zum Sommersemester 2009 versäumt.“ (OVG Saarlouis aaO)

**Zwischenergebnis:** Es besteht ein Anordnungsanspruch

## 2. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund für den Erlass einer Regelungsanordnung besteht nach § 123 I 2 VwGO, wenn diese, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen.

„Hat die Ast. demnach einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, so ist ihr ferner ein Anordnungsgrund zuzubilligen, da ein **Zuwarten bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens** für sie eine **unzumutbare Unterbrechung ihres Studiums** verbunden mit einem Verlust erworbenen Wissens bedeutete.

Der Dringlichkeit ihres Anordnungsbegehren steht nicht entgegen, dass sie ihren Eilrechtsschutzantrag erst am 17.09.2009 ... gestellt hat. Allerdings ist auch die Frage, **bis wann** bei Gericht der **Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt** sein muss, mangels normativer Regelung umstritten.

- Zum Teil wird gefordert, dass der Anordnungsantrag **spätestens am Tage des Vorlesungsbeginns** bei Gericht eingegangen ist (vgl. zum Beispiel: OVG Hamburg, BeckRS 2003, 24022).
- Andere Gerichte stellen darauf ab, ob der Bewerber noch in den laufenden **Studienbetrieb des Bewerbungssemesters integriert** werden kann und erkennen einen Anordnungsgrund dann nicht mehr an, wenn der Antrag bei Gericht **mehr als drei Wochen nach Beginn** der Vorlesungszeit (OVG Koblenz, Beschl. v. 13.01. 2003 – Az.: 6 D 1190/02) bzw. erst eingeht, wenn etwa drei **Viertel der Vorlesungszeit** verstrichen sind (OVG Münster, NVwZ-RR 2005, 416).
- Der VGH Mannheim nimmt an, die Antragstellung bei Gericht könne bis zum **Ende der Vorlesungszeit** erfolgen (VGH Mannheim, Beschl. v. 11.08.2003 – NC 9 S 28/03).

Im Hinblick darauf, dass gemessen an Art. 19 IV GG kein durchgreifender Grund dafür erkennbar ist, in Fällen, in denen die vorläufige Zulassung zum Studium bei Gericht erst nach Vorlesungsbeginn beantragt wird, einen Anordnungsgrund im Verständnis von § 123 I 2 VwGO zu verneinen, obwohl die gerichtliche Entscheidung über das Einzelrechtsschutzbegehren namentlich dann, wenn das Verfahren über zwei Instanzen geführt wird, in aller Regel erst zu einem Zeitpunkt ergeht, zu dem der – obsiegende – Ast. nicht mehr erfolgreich an Lehrveranstaltungen seines Bewerbungssemesters teilnehmen kann, und Gleiches letztlich auch für die anderen – nach dem Vorlesungsbeginn liegenden – Zeitpunkte gilt, ab denen nach der zitierten Rechtsprechung ein Anordnungsgrund verneint wird, schließt sich der Senat der Ansicht des VGH München (Beschl. v. 29.04. 2005 – 7 CE 05.10114 u.a.), an, nach der eine **Antragstellung bei Gericht bis zum formellen Ende des Bewerbungssemesters**, im Falle einer Bewerbung zum Sommersemester wie hier mithin zum 30.09.2009, möglich ist. (Wird ausgeführt.)“ (OVG Saarlouis)

Übertragen auf den vorliegenden Sachverhalt bedeutet das, dass der Ast. ein Anordnungsgrund zuzubilligen ist, obwohl sie erst am 17.09.2009 und damit nach Ende der Vorlesungszeit des Sommersemesters 2009 bei Gericht um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht hat.

## 3. Ergebnis: Der Antrag ist begründet.



## Kurzauslese II

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

**ZPO** **ZivilR**  
**§ 78** **Rechtsmittelbelehrung**  
**Rechtsanwalt darf sich nicht auf die Richtigkeit verlassen**  
(OLG Stuttgart in NJW 2010, 1978; Beschluss vom 04.03.2010 – 17 UF 13/10)

**Von einem Rechtsanwalt ist zu verlangen, dass er unabhängig von einer Rechtsmittelbelehrung durch das Gericht jedenfalls den Gesetzestext für fristgebundene Rechtsmittel auf seinem Fachgebiet kennt. Auf die Rechtsmittelbelehrung des Gerichts darf er sich insoweit nicht verlassen.**

*„Der anwaltlich vertretene Ast. durfte sich nicht auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung des AG verlassen. Die richtige und erforderliche Vorgehensweise ergibt sich unmittelbar und eindeutig aus dem Gesetz. Vom Prozessvertreter ist zu verlangen, dass er unabhängig von einer Belehrung durch das Gericht jedenfalls den Gesetzestext für fristgebundene Rechtsmittel auf seinem Fachgebiet kennt. Das gilt umso mehr, als die neue Verfahrensordnung im Zeitpunkt des Ablaufs der Begründungsfrist bereits seit fast sechs Monaten galt.“* (OLG Stuttgart aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**RPfIG** **ZivilR**  
**§ 8** **gesetzlicher Richter**  
**keine Anwendung der gesetzl. Vorschriften auf Rechtspfleger**  
(BGH in Rpfleger 2010, 277; Beschluss vom 10.12.2009 – V ZB 111/09)

Die Vorschriften über den gesetzlichen Richter sind auf Rechtspfleger weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden.

I. Die für Richter geltenden Vorschriften sind auf Rechtspfleger schon deswegen nicht unmittelbar anzuwenden, weil **Rechtspfleger nicht Richter i. S. des Verfassungsrechts und des GVG** sind.

BVerfGE 56, 110; BVerfGE 101, 397; BayVerfGH NJW 1982, 1746; vgl. auch: BGH NJW 2007, 224; BGH Rpfleger 2009, 335

II. **Die für die Geschäftsverteilung unter den Richtern geltenden Grundsätze sind auf die Geschäfte der Rechtspfleger auch nicht entsprechend anzuwenden.**

**Einer analogen Anwendung des Art. 101 I 2 GG auf den Rechtspfleger steht entgegen, dass diesem die durch Art. 97 I und II GG dem Richter garantierte sachliche und persönliche Unabhängigkeit fehlt.**

vgl. BVerwGE 125, 365; Bassenge/Roth, FamFG/RPfIG, 12. Aufl., vor § 1 RpfIG Rn 14; Dallmayer/Eickmann, RpfIG, § 1 Rn 70; Herbst, RpfIG, Einl. Anm. III.1; Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., Rn 295; Wolf ZJP Bd. 99 [1986], 361; a.A. Schorn Rpfleger 1957, 267; Stöber, ZVG, 19. Aufl., Einl. Rn 47.1; wohl auch: Heß/Vollkommer JZ 2000, 785

*„Die Rechtspfleger üben als **Rechtspflegeorgane eigener Art** gegenüber den Bürgern auch keine rechtsprechende Gewalt i. S. des Art. 20 II 2, Art. 92 GG aus (so jedoch Habscheid RpfIBl 1974, 39; Lindacher RpfIBl 1976, 6; Huhn RpfIBl 1976, 12; Herrmann Rpfleger 2007, 20). Das wäre nämlich nach dem Vorstehenden bei Beibehaltung des beamtenrechtlichen Status des Rechtspflegers verfassungsrechtlich unzulässig (Wolf ZJP Bd. 99 [1986], 361) und trifft auch in der Sache nicht zu (Brüggemann JR 1965, 81; Kissel Rpfleger 1984, 445). Die **Entscheidungen des Rechtspflegers** sind zwar Teil der Rechtspflege, **gehören jedoch zur öffentlichen Gewalt** i. S. des Art. 19 IV GG, die - soweit sie in Rechte des Bürgers eingreifen - nicht von einem Richter getroffen werden, sondern allein in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einer Überprüfung durch einen Richter zugänglich sein müssen (BVerfGE 101, 397).*

*Das gilt auch für den von dem Rechtspfleger erlassenen Zuschlagsbeschluss, der, obwohl er das Eigentum bei dem Ersteher entstehen lässt (§ 90 Abs. 1 ZVG) und der Rechtskraft fähig ist (BGH WM 1960, 25; BGH NJW-RR 1986, 1115), keine Ausübung von Rspr. im materiellen Sinne, sondern eine hoheitliche Entscheidung des Vollstreckungsgerichts als zuständiger Behörde ist. Die Zwangsversteigerung könnte auch von anderen Vollstreckungsbeamten, Notaren oder Behörden - wie es vor 1900 vor allem in den süddeutschen Ländern und bis zum 30. Juni 2007 für die Versteigerungen nach §§ 19, 53 ff. WEG der Fall war - ausgeübt werden. Die Zwangsversteigerung wurde allein aus Gründen der Zweckmäßigkeit den Vollstreckungsgerichten als der für die Durchführung der Versteigerung am besten geeigneten Behörde zugewiesen (Motive zum Entwurf des ZVG von 1889, S. 119 f.). Anderes ergibt sich (entgegen Gaul Rpfleger 1971, 41) auch nicht aus dem Satz in früheren Entscheidungen, dass der Zuschlagsbeschluss die Bedeutung eines Richterspruchs habe, der für die Rechtsstellung des Erstehers und die Wirkungen, die durch den Zuschlag an den Rechten der Beteiligten eintreten, bestimmend sei (RGZ 138, 125; BGHZ 53, 47). Das betraf die Rechtsfolgen der Zuschlagsentscheidung, die damals dem Richter zugewiesen war, die jedoch in Bezug auf die Rechte der Beteiligten nicht anders zu beurteilen ist als ein Enteignungsbeschluss einer Behörde nach §§ 112, 113 BauGB. Rechtsprechung ist - wie bei anderen Entscheidungen des Rechtspflegers auch - nicht die Zuschlagsentscheidung, sondern die Entscheidung über deren Rechtmäßigkeit nach einem Rechtsbehelf eines Beteiligten (vgl. BVerfGE 101, 397).“* (BGH aaO)

III. Auch aus den Bestimmungen des RpfIG ergibt sich nicht, dass die Verteilung der Geschäfte der Rechtspfleger - wie in dem nach § 21e GVG für die richterliche Geschäftsverteilung erlassenen Plan - abstraktgenerell bestimmt sein muss, womit ad hoc Zuweisungen von Geschäften unzulässig wären.

1. Das entspricht der **h. M. in Rspr.** (BVerwGE 19, 112; BVerwGE 125, 365; OLG Frankfurt Rpfleger 1974, 274) **und im Schrifttum** (Bassenge/Roth, FamFG/RPfIG, 12. Aufl., § 2 RpfIG Rn 10; Brüggemann JR 1965, 81; Herbst, RpfIG, § 2 Anm. 3). Die Verteilung der Geschäfte zwischen den Rechtspflegern nach § 2 I 1 RpfIG erfolgt durch einen kollektiven Justizverwaltungsakt des Gerichtspräsidenten oder -direktors als Behörde der Justizverwaltung,



die dieser jederzeit ändern kann (BVerwGE 19, 112; BVerwGE125, 365) und die auch ad hoc Zuweisungen von Geschäften zulässt (OLG Frankfurt Rpfleger 1974, 274).

2. Nach **anderer Ansicht** soll § 2 I 1 RPfG zwar für die Verteilung der Geschäfte der Rechtspfleger nicht einschlägig sein und das Rechtspflegergesetz eine Lücke enthalten, die auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Unabhängigkeit des Rechtspflegers (§ 9 RPfG), die Anwendung der für die Ausschließung und Ablehnung von Richtern geltenden Vorschriften (§ 10 RPfG) und der Rechtsbehelfe gegen die Entscheidungen des Rechtspflegers (§ 11 RPfG) durch eine entsprechende Anwendung der für die Geschäftsverteilung unter Richtern geltenden Grundsätze geschlossen werden müsse (Meyer-Stolte/Herrmann/Hintzen/Rellermeyer, RPfG, 7. Aufl., § 2 Rn 61 f.; Dallmayer/Eickmann, RPfG, § 1 Rn 82; Ule, Der Rechtspfleger und sein Richter, Rn 113 bis 115).
3. **BGH aaO hält an der herrschenden Ansicht fest.**

- a) Den einzelnen Verweisungen im Rechtspflegergesetz auf die für Richter geltenden gesetzlichen Bestimmungen lässt sich **kein allgemeiner Rechtsgedanke** entnehmen, **nach dem auf die dem Rechtspfleger übertragenen Geschäfte die für die Rechtsprechung der Richter geltenden Grundsätze** (einschließlich derjenigen für die Verteilung der richterlichen Geschäfte) **entsprechend anzuwenden wären**.

*„§ 10 RPfG nimmt zwar für den Ausschluss und die Ablehnung des Rechtspflegers auf die für Richter geltenden Vorschriften Bezug; ähnliche Grundsätze gelten nach §§ 20, 21 VwVfG jedoch auch in den Verwaltungsverfahren. Die sachliche Unabhängigkeit der Rechtspfleger nach § 9 RPfG zwingt ebenfalls nicht zu einer analogen Anwendung der für die Geschäftsverteilung der Richter geltenden Vorschriften, weil auch Beamte nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen frei von Weisungen sachlich unabhängig zu entscheiden haben (vgl. dazu: Batts, BBG, 4. Aufl., § 62 Rn 6) und es dennoch in solchen Fällen - wie bspw. im Prüfungsrecht - keinen Anspruch des Beteiligten auf einen gesetzlichen, nach abstrakt allgemeinen Regeln bestimmten und nicht durch Anordnung des Dienstvorgesehenen im Einzelfall bestimmten Beamten gibt (vgl. BVerwGE 30, 172; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 20 Rn 64).“ (BGH aaO)*

- b) Eine **Regelungslücke im Rechtspflegergesetz** in Bezug auf die Geschäftsverteilung ergibt sich schließlich auch **nicht aus der durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Rechtspflegergesetzes** (BGBl. I 2030) **geänderten Vorschrift über die Rechtsmittel** (§ 11 RPfG).

*„Vielmehr ist der **Umkehrschluss geboten**: Der Gesetzgeber hat zwar die Stellung des Rechtspflegers als eines eigenständigen Organs der Rechtspflege durch Abschaffung der Durchgriffserinnerung gestärkt, so dass nunmehr dasselbe Rechtsmittel wie bei einer Entscheidung durch den Richter gegeben ist (BT-Drucks. 13/10244, 5, 7). Eine **Gleichstellung mit den Richtern bei der Geschäftsverteilung** durch Einfügen einer dem § 21e GVG vergleichbaren Bestimmung in das Rechtspflegergesetz **hat er jedoch gerade nicht vorgenommen**, obwohl die Diskussion darüber seit Jahrzehnten geführt wird und von den Verbänden der Rechtspfleger eine dem § 21e GVG entsprechende Regelung der Geschäftsverteilung durch ein Rechtspflegerpräsidium gefordert worden ist und wird (dazu Meyer-Stolte/Herrmann/Hintzen/Rellermeyer, RPfG, 7. Aufl., § 2 Rn 63).“ (BGH aaO)*

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 81a II

### Eilkompetenz der Ermittlungsbehörde „unwilliger“ Ermittlungsrichter

StPO

(LG Berlin in NSTz 2010, 415; Beschluss vom 30.11.2009 – 522a 2/09)

Die **subsidiäre Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden zur Anordnung der Entnahme einer Blutprobe** nach § 81a II StPO wegen Gefahr im Verzug **endet** bereits dann, **wenn der Ermittlungsrichter mit der Sache telefonisch befasst wird. Weigert sich dieser**, ohne Akten eine Entscheidung über den beantragten Grundrechtseingriff zu treffen, **lebt die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden** auch im Falle eines nunmehr drohenden Beweismittelverlusts **nicht wieder auf**.

*„Die Kompetenz der nur subsidiär bei Gefahr im Verzug zuständigen Polizei und StA endet mit der Befassung des Richters, nicht mit seiner Entscheidung (vgl. auch Mosbacher JuS 2009, 124). Wird ein Richter telefonisch erreicht, obliegt diesem die Anordnung der Blutentnahme. Der Richter darf im Eilfall auch ohne Vorlage von Akten auf telefonischen Antrag hin mündlich entscheiden (vgl. BVerfGE 103, 142; BbgVerfG NJW 2003, 2305). Weigert sich der Richter „ohne Akten zu entscheiden“ und droht deshalb Beweismittelverlust, soll zwar nach einem obiter dictum des BGH trotz Befassung des Richters mit der Sache Gefahr im Verzug vorliegen können, weil es dann an einer „eigenverantwortlichen Prüfung“ fehlen würde (BGH NSTz 2006, 114). Dagegen spricht, dass die **Entscheidungskompetenz nicht allein durch die Verweigerung einer Entscheidung wieder auf denjenigen übergehen kann**, dem das Gesetz nur eine subsidiäre Kompetenz zuerkennt. In derartigen Fällen haben Polizei, StA und Richter nämlich in aller Regel gleiche Informationen; ob diese schriftlich vorliegen oder nicht, ist dabei nicht entscheidend.*

*Rechtsfolge kann nicht sein, dass die Kompetenz auf den gleich informierten, aber nur subsidiär zuständigen Polizisten übergeht. In einfach gelagerten Fällen erweist sich vielmehr eine derartige Weigerung des Richters als rechtlich unzulässig: Über einen gestellten Antrag muss er entscheiden, es gibt keine Möglichkeit der Rechtsverweigerung. Die AnordnungsKompetenz von Polizei und StA muss also mit der Befassung des Richters enden, nicht mit seiner Entscheidung (vgl. auch Jahn NSTz 2007, 255).“ (LG Berlin aaO)*

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 105 I

### Verwertungsverbot Beweismittel aus „Datendiebstahl“

StPO

(LG Bochum in NSTz 2010, 351; Beschluss vom 07.08.2009 – 2 Qs 2/09)

**Beweismittel, die aus einem „Datendiebstahl“** im Ausland stammen und vom Bundesnachrichtendienst angekauft und den Finanzbehörden übergeben worden sind, **unterliegen keinem Verwertungsverbot**.

*„Beweismittel sind nicht etwa wegen ihrer Herkunft aus einem „Datendiebstahl“ deshalb unverwertbar, weil der Bundesnachrichtendienst die „gestohlenen“ Daten angekauft und den Finanzbehörden übergeben hat.*

*Dies gilt selbst dann, wenn dabei nach innerstaatlichem Recht rechtswidrig oder gar strafbar gehandelt worden sein sollte. Auch auf einen bei der Beweismittelbeschaffung angeblich verübten Völkerrechtsverstoß – Umgehung des Europäischen Übereinkommens über die*



Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. 4. 1959 und/oder des Übereinkommens über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 08.11.1990 – berufen sich die Beschuldigten vergeblich.

**Zweifelhaft ist schon, ob die Übereinkommen überhaupt umgangen wurden.** Dagegen spricht, dass der „Datendiebstahl“ der BRD entgegen der Ansicht der Besch. nach der Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen Nr. 56/83 über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen vom 12.12.2001/28.02.2002 gerade nicht zugerechnet werden kann. Der Hinweis auf Art. 2 der Resolution geht fehl, weil der Artikel nach seinem Wortlaut („... wenn ein Verhalten ... zurechenbar ist ...“) die Zurechenbarkeit nicht regelt, sondern vielmehr voraussetzt. Die Voraussetzungen der Zurechnungsregeln nach Art. 4ff. der Resolution sind nicht erfüllt. Insbesondere wurde der „Datendiebstahl“ auch nach dem Vorbringen der Besch. nicht etwa im Auftrag, unter der Leitung oder unter der Kontrolle der Bundesrepublik begangen (vgl. Art. 8 der Resolution).

Selbst wenn eines der Übereinkommen (oder gar beide) tatsächlich umgangen worden sein sollte(n), wäre dies unschädlich: Zwar kann sich auch aus der Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags, der dem Beschuldigten keine persönlichen Rechte gewährt, ein Beweisverwertungsverbot ergeben (vgl. BGHSt 34, 334). Dabei handelt es sich allerdings um eine Ausnahme, die nur für den Fall gilt, dass die Verwertung eines Beweismittels, das außerhalb eines vereinbarten Rechtshilfeverkehrs erlangt wurde, selbst völkerrechtswidrig ist (vgl. BGHSt 37, 30; Meyer-Goßner 52. Aufl., Einl. Rn 56d).

So verhält es sich im Streitfall aber nicht. Vielmehr ist das möglicherweise völkerrechtswidrige Geschehen, das in dem „Datendiebstahl“ und dem Ankauf der „gestohlenen“ Daten lag, bereits abgeschlossen. **Durch die Benutzung der Daten in dem Ermittlungsverfahren gegen die Besch. werden die Übereinkommen nicht erneut beeinträchtigt.** In einem solchen Fall hat es bei dem Grundsatz der Verwertbarkeit des „völkerrechtswidrigen“ Beweismittels sein Bewenden.“ (LG Bochum aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StPO gerichtsbekannte Tatsachen StPO**  
**§ 261 zulässige Verwertung**

(OLG Brandenburg in NSTZ 2010, 294; Beschluss vom 08.09.2009 – 1 Ss 60/09)

Die im Urteil als **gerichtsbekannt behandelten Tatsachen** müssen zum **Gegenstand der Verhandlung** gemacht werden und den Verfahrensbeteiligten muss rechtliches Gehör zu diesen Tatsachen und auch zur Annahme der Gerichtskundigkeit gewährt werden.

„Die StrK hat gegen § 261 StPO verstoßen, indem sie im Urteil verwertete Erkenntnisse nicht in der Hauptverhandlung erörtert und damit auch den Verfahrensbeteiligten ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG verwehrt hat (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 261 Rn 7 mwN; BGH StV 1988, 514; Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl., Rn 243; OLG Frankfurt StV 1999, 138; OLG Jena StV 2007, 26).

Jedenfalls besteht die Notwendigkeit, die als gerichtsbekannt behandelten Tatsachen zum Gegenstand der Verhandlung zu machen und den Verfahrensbeteiligten **rechtliches Gehör** zu diesen Tatsachen und auch zur Annahme der Gerichtskundigkeit zu gewähren. Dies hat die StrK jedoch nicht getan, was auch einen Verstoß gegen das **Gebot des fairen Verfahrens** beinhaltet (vgl. OLG Jena aaO).“ (OLG Brandenburg aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StPO Zurückverweisung durch das Berufungsgericht StPO**  
**§ 328 zulässig bei fehlender Verhandlung zur Sache**

(OLG Hamm in NSTZ 2010, 295; Beschluss vom 15.07.2009 – 3 Ss 250/09)

Das **Berufungsgericht** kann in den Fällen, in denen das **AG keine Verhandlung zur Sache durchgeführt** hat, das angefochtene **Urteil aufheben und die Sache zurückverweisen**.

„Zwar ist in **§ 328 StPO eine Aufhebung und Zurückverweisung durch das BerGer. nicht vorgesehen.** Nach allgemeiner Ansicht kann jedoch in den Fällen, in denen das AG keine Verhandlung zur Sache durchgeführt hat, dennoch eine Zurückverweisung erfolgen. Dies war bis zur Neufassung des § 328 StPO im Jahre 1987 unbestritten. Die **Neufassung**, in der die Zurückverweisungsmöglichkeit nicht mehr enthalten ist, beruht auf der Erwägung des Gesetzgebers, dass Verfahrensfehler der 1. Instanz bedeutungslos seien, was aber – wenn gerade keine Sachentscheidung getroffen wird – nicht zutrifft.

Für die **Notwendigkeit einer Zurückverweisung** spricht zudem, dass dem Angekl. in allen Verfahren, die vor das AG gebracht werden, 2 Tatsacheninstanzen zustehen. Dieser **Instanzenzug würde durchbrochen**, wenn das BerGer. an einer Zurückverweisung in Fällen wie dem vorliegendem gehindert wäre und erstmals in der Sache entscheiden müsste (vgl. OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2005, 208; OLG Koblenz NSTZ 1990, 296; OLG Stuttgart NSTZ 1995, 301; Meyer-Goßner 51. Aufl., § 328 Rn 4).“ (OLG Hamm aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**VwGO mangelnde Rechtskenntnis VwGO**  
**§ 60 I kein unverschuldetes Hindernis i.S. des § 60 I VwGO**

(BVerwG in BayVBI 2010, 355; Beschluss vom 07.10.2009 – 9 B 83/09)

**Mangelnde Rechtskenntnis stellt i. d. R. kein unverschuldetes Hindernis i.S. des § 60 I VwGO dar;** ein juristisch nicht vorgebildeter Bürger muss bei ihm nicht geläufigen Rechtsfragen grds. juristischen Rat einholen.

„Die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt nach § 60 I VwGO voraus, dass die **Frist ohne Verschulden versäumt** wurde. Die Kl. trägt insoweit vor, ursächlich für die Fristversäumnis sei ihre Unkenntnis des Vertretungszwangs nach § 67 IV VwGO gewesen. Auf dieses Erfordernis sei sie im vorinstanzlichen Verfahren „nicht ausreichend“ hingewiesen worden; insbes. enthalte die Rechtsmittelbelehrung keinen derartigen Hinweis.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen: Aus dem fehlenden Hinweis auf den gesetzlichen Vertretungszwang in der Rechtsmittelbelehrung kann die Kl. keinen Wiedereinsetzungsgrund herleiten; § 58 I VwGO schreibt einen solchen Hinweis nicht vor. Erst recht war die **Vorinstanz nicht verpflichtet, die Kl. auf andere Weise auf den Vertretungszwang hinzuweisen.** Auch eine **Unkenntnis der Kl. über den Vertretungszwang stellt keinen Wiedereinsetzungsgrund dar.** Denn nach der **st. Rspr. des BVerwG** entschuldigt mangelnde Rechtskenntnis eine Fristversäumnis i. d. R. nicht; vielmehr muss ein juristisch nicht vorgebildeter Bürger bei ihm nicht geläufigen Rechtsfragen grundsätzlich juristischen Rat einholen. Besondere Umstände, denen die Kl. entnehmen konnte, dass sie ohne Beteiligung eines Rechtsanwalts



sowohl die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision einlegen als diese auch selbst begründen könne, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.“ (BVerwG aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 60 II 2

**Sorgfaltspflichten einer Behörde  
bei Versendung fristwahrender Schriftsätze**

VwGO

(OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 462; Beschluss vom 30.11.2009 – 12 A 3256/08)

Auch eine **Behörde hat für fristwahrende Schriftsätze organisatorische Vorkehrungen** – auch im Falle der Erkrankung der/des zuständigen Sachbearbeiterin/Sachbearbeiters – **zu treffen**, um das Absenden fristwahrender Schriftsätze zu sichern.

„Ebenso wie von einem Rechtsanwalt wird von einer Behörde verlangt, dass sie bei fristwahrenden Schriftsätzen das damit betraute Personal sorgfältig auswählt, sorgfältig schult und anweist und schließlich sorgfältig überwacht (s. BVerwG NVwZ-RR 1996, 60).

Dass die bekl. Behörde die danach **erforderlichen hinreichenden organisatorischen Maßnahmen** zur Sicherstellung der Einhaltung von Fristen getroffen hat, lässt sich nicht feststellen. Es ist bereits nicht ersichtlich und wurde von der Bekl. auch nicht vorgetragen, wie organisatorisch sichergestellt wird, dass die fristwahrenden Schriftsätze – nachdem sie mit dem „Abvermerk“ zur Poststelle gegeben wurden – rechtzeitig von der Poststelle zur Post bzw. an einen entsprechenden Briefdienst gelangen. Der von der Bekl. dargestellte Ablauf beschreibt lediglich, wie die fristwahrenden Schriftsätze in der Regel zur – in der eigenen Behörde befindlichen – Poststelle gelangen. Auch ist nicht dargelegt, wie für den Fall, dass die Poststelle zum Zeitpunkt der Erstellung des fristwahrenden Schriftsatzes geschlossen ist, die fristwahrende Absendung des jeweiligen Schriftsatzes organisatorisch gewährleistet wird.

Zudem hat die Bekl. nicht hinreichend dargetan, dass sie in der Vergangenheit ihren Überwachungspflichten in einem ausreichenden Maße nachgekommen ist. Dies ergibt sich aus ihrem Vortrag, es habe keinerlei Veranlassung zu irgendeinem Zeitpunkt gegeben, die „Abvermerke“ in den Vorgängen nochmals zu überprüfen. Die Bekl. darf sich aber nicht darauf verlassen, dass in der Vergangenheit keinerlei Beanstandungen festzustellen waren, sondern muss das Funktionieren der Organisation der Absendung fristwahrender Schriftsätze regelmäßig überprüfen und überwachen.

Ungeachtet dessen hat eine Behörde für fristgebundene Geschäfte auch organisatorisch Vorkehrungen für eine wirksame Vertretung des zuständigen Sachbearbeiters bei dessen Ausfall zu treffen, die – gerade mit Blick auf plötzliche und unerwartete Ereignisse – unabhängig von einer individuellen Übergabe und einer persönlichen Instruktion über die Einzelheiten des Verfahrens greifen müssen (vgl. zum entsprechenden Organisationsverschulden bei Anwälten BVerwG BeckRS 2008, 39869).

Die bekl. Behörde muss also organisatorisch sicherstellen, dass im Krankheitsfall eines Mitarbeiters der ordnungsgemäße Ablauf eingehalten wird.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 07/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 121

**Rechtskraftbindung  
Rücknahme einer Ausweisung**

VwGO

(BVerwG in BayVBl 2010, 311; Urteil vom 22.10.2009 – 1 C 26/08)

Der **Rücknahme einer rechtskräftig gerichtlich bestätigten Ausweisung** nach § 48 I 1 BadWürttVwVfG **steht die Rechtskraftbindung des § 121 VwGO entgegen**.

„Nach § 48 I 1 BadWürttVwVfG kann ein rechtswidriger belastender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Nachdem der Kl. die Ausweisungsverfügung gerichtlich angefochten und das VG deren Rechtmäßigkeit – rechtskräftig – bestätigt hat, steht zwischen den Bet. – ungeachtet der tatsächlichen Rechtslage – bindend fest, dass die Ausweisung im für die damalige gerichtliche Überprüfung maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung in der Tatsacheninstanz rechtmäßig war. Gem. § 121 Nr. 1 VwGO **binden rechtskräftige Urteile die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger, soweit über den Streitgegenstand entschieden ist**. Danach tritt auch bei unterschiedlichen Streitgegenständen eine Bindung in den Fällen ein, in denen die rechtskräftige Zuerkennung oder Aberkennung eines prozessualen Anspruchs für einen anderen prozessualen Anspruch, der zwischen denselben Beteiligten streitig ist, vorgreiflich ist. Denn mit der Regelung des § 121 VwGO soll auch verhindert werden, dass die aus einem festgestellten Tatbestand hergeleitete Rechtsfolge, über die durch Sachurteil entschieden worden ist, bei unveränderter Sach- und Rechtslage erneut – mit der Gefahr unterschiedlicher Ergebnisse – zum Gegenstand eines Verfahrens zwischen denselben Parteien gemacht wird (st. Rspr., vgl. BVerwGE 108, 30 = NVwZ 1999, 302).

Der VGH hat zutreffend unter Heranziehung der einschlägigen Rspr. des BVerwG dargelegt, dass die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisung im vorangegangenen Anfechtungsprozess an der – unter Berücksichtigung der Urteilsgründe zu ermittelnden – Bindungswirkung des klageabweisenden Urteils teilhat und diese für den Anspruch auf Rücknahme der Ausweisung nach § 48 I 1 BadWürttVwVfG, der gerade die Rechtswidrigkeit der Ausweisung voraussetzt, vorgreiflich ist. Er hat weiter zutreffend ausgeführt, dass die materielle Bindungswirkung nach § 121 VwGO unabhängig davon eintritt, ob das rechtskräftige Urteil die Sach- und Rechtslage zutreffend gewürdigt hat. Diese Auslegung entspricht der Bedeutung der Rechtskraft zur Gewährleistung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit nach der Rspr. des BVerfG. Danach würde der Sinn der Rechtskraft als Ausfluss des verfassungsrechtlich geschützten Prinzips der Rechtssicherheit in einer Art. 20 III GG verletzenden Weise verfehlt und die vom Gesetzgeber in § 121 VwGO zu Gunsten des Prinzips der Rechtssicherheit getroffene Regelung teilweise außer Kraft gesetzt, wenn man die Exekutive allein aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Erwägungen heraus und damit ohne gesetzliche Grundlage zu einer uneingeschränkten erneuten Entscheidung für befugt erachtete (vgl. BVerfG NVwZ 1989, 141 = NJW 1989, 2197). Die Rechtskraftbindung des § 121 VwGO kann daher nur auf gesetzlicher Grundlage überwunden werden. Dies ist der Fall, wenn der Betroffene nach § 51 BadWürttVwVfG einen Anspruch auf ein Wiederaufgreifen des Verfahrens hat oder die Behörde das Verfahren im Ermessenswege wieder aufgreift. Solange diese Voraussetzungen nicht vorliegen, steht § 121 VwGO einer Rücknahme der Ausweisung entgegen.“ (BVerwG aaO)



## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Müther:** Das Sachverständigengutachten im Betreuungs- und Unterbringungsverfahren (FamRZ 2010, 857)

Die besondere Bedeutung, die das Sachverständigengutachten in den meisten Betreuungs- und Unterbringungsverfahren einnimmt, hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, für diese **Beweisaufnahme ausdrücklich die förmliche Durchführung nach den Vorschriften der ZPO anzuordnen**. - Die Beweisanordnung muss dabei zwar nicht durch einen Beweisbeschluss erfolgen, sie ist aber den Verfahrensbeteiligten und vor allem auch dem Betroffenen vor der Durchführung mitzuteilen; neben dem Beweisthema hat das Gericht mit dieser Anordnung auch den Sachverständigen selbst zu benennen. - Der bestellte **Sachverständige muss eine besondere Qualifikation aufweisen** und darf das Gutachten nur aufgrund einer eigenen Untersuchung oder Befragung erstellen. - Der Betroffene muss nach Erstellung des Gutachtens Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten; liegen diese Voraussetzungen nicht vor, sind solche Fehler gegeben, die jeweils unterschiedliche Folgen haben: Die **Verletzung rechtlichen Gehörs ist durch nachträgliche Gehörgewährung heilbar**; soweit die Mitteilung bestimmter Umstände auch weiteren Zwecken dient, wie die Übersendung der Beweisanordnung mit dem Beweisthema und der Benennung des Sachverständigen, kommt eine Heilung durch Rügeverlust analog § 295 I ZPO in Betracht; eine Neubegutachtung ist allerdings dann erforderlich, wenn es an der Sachverständigenbestimmung durch das Gericht fehlt, dem Betroffenen vor oder bei der Untersuchung oder Befragung nicht offen gelegt wird, dass diese zum Zwecke der Beweisaufnahme erfolgt oder der Sachverständige nicht die nach dem Gesetz notwendige Qualifikation besitzt; entsprechendes gilt, wenn die Gutachtenerstattung nicht aufgrund einer Untersuchung oder Befragung analog § 280 II FamFG erfolgt; diese Regeln gelten auch im Beschwerdeverfahren, wobei das Beschwerdegericht ein verfahrensfehlerfrei in erster Instanz eingeholtes Gutachten auch in zweiter Instanz verwerten kann; entsprechendes gilt, wenn erstinstanzliche Verfahrensfehler geheilt sind.

2. **Nieland:** Geltendmachung eines Amtspflichtverletzungsanspruchs gegen die Finanzbehörde durch Steuerberater (BB 2010, 1382)

**Steuerberater sind durch das RDG nicht daran gehindert, einen Mandanten gegenüber dem Finanzamt zu vertreten, wenn dieser einen aus dem Veranlagungsverfahren folgenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung eines Amtsträgers geltend machen will**; ein entsprechendes, an sie herangetragen Mandat sollten sie nicht ablehnen, denn es handelt sich insoweit zwar um eine selbstständig erbrachte, außergerichtliche Dienstleistung i.S.d. § 2 I RDG, die gem. § 3 RDG nur in dem Umfang zulässig ist, in dem sie durch das RDG selbst oder durch oder aufgrund eines anderen Gesetzes erlaubt wird. - Diese **Tätigkeit des Steuerberaters ist jedoch nach § 5 I RDG erlaubt (Annexkompetenz)**, denn sie erfolgt im **Zusammenhang mit der steuerrechtsdienstleistenden Tätigkeit** der Steuerberaters und ist als **Nebenleistung zu der steuerberatenden Tätigkeit** anzusehen. - **Steuerberater sind für diese Tätigkeit** regelmäßig auch **hinreichend juristisch qualifiziert**. - Da dem dergestalt tätig gewordenen Steuerberater § 5 I RDG als Erlaubnisnorm zugute kommt, greifen die allein in Betracht kommenden wettbewerbsrechtlichen Sanktionen gegen Steuerberater nicht durch.

3. **Rohlfing:** Präklusion des erstmals im Berufungsrechtszug ausgeübten Widerrufsrechts? (NJW 2010, 1787)

Die **erstmalig im Berufungsrechtszug erfolgte Ausübung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 II 1 Nr. 1-3 ZPO zuzulassen**, da die Widerrufserklärung und die ihr zu Grunde liegenden Tatsachen i. d. R. unstreitig sind. - Das **Widerrufsrecht ist ein Gestaltungsrecht** und seinem Inhalt nach ein **besonders geregelt Rücktrittsrecht**, hingegen **kein Angriffs- und Verteidigungsmittel im prozessrechtlichen Sinn**, denn durch die Ausübung des Widerrufs schafft eine Partei erst die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Anspruch. - Die **prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften hindern nicht die Einführung in den Berufungsrechtszug**, denn sie verfolgen nicht den Zweck, auf eine beschleunigte Schaffung der materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen hinzuwirken.

4. **Rodegra:** Katalogsprache der Reisebranche (MDR 2010, 667)

### II. Strafrecht

1. **Spernath:** Strafbarkeit und zivilrechtliche Nichtigkeit des Ankaufs von Bankdaten (NSTz 2010, 307)

Der Ankauf von offenbar rechtswidrig erworbenen oder weitergegebenen Bankdaten durch die Bundesregierung oder Landesregierungen zu Zwecken steuer- und strafrechtlicher Ermittlungen wirft eine Reihe von Fragen auf; das Haupt-

Augenmerk wurde in der Debatte bisher – nach der Untersuchung der Strafbarkeit des Bankdatenkaufs – auf die Frage der Verwertbarkeit so gewonnener Erkenntnisse im Strafprozess gerichtet; durch diesen Denkansatz wird die Frage nach der Rechtmäßigkeit zur Vorfrage für das daran anknüpfende Problem der Folgen eines „Verfahrensfehlers“ für die Verwertbarkeit von Beweismitteln; die Prüfung der Wirksamkeit des Kaufvertrags unter dem Blickwinkel der §§ 134, 138 BGB erlaubt es, zunächst den Ankauf der Bankdaten selbst unter allen rechtlich relevanten Gesichtspunkten zu bewerten; zugleich bringt sie strafrechtlichen Erkenntnisgewinn in mehrfacher Hinsicht: Im Rahmen des **§ 134 BGB** sind strafrechtliche Fragen des Bankdatenkaufs zu klären; über **§ 138 BGB** kann eine Strafbarkeit nach ausländischem Recht relevant werden; zugleich können die übrigen zu § 138 BGB untersuchten Gesichtspunkte als Denkanstoß für die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot dienen; schließlich entfaltet eine **zivilrechtliche Nichtigkeit des Kaufvertrags unter Berücksichtigung des Rückforderungsausschlusses nach § 817 S. 2 BGB** eine Indizwirkung für die Frage einer (zusätzlichen) Strafbarkeit gem. § 266 StGB. - **Sowohl die Bundesregierung als auch die Datenhändler machen sich durch den Datenkauf strafbar**; dieser ist daher **nach § 134 BGB nichtig**; zugleich sind auch die Voraussetzungen für eine – subsidiäre – Nichtigkeit nach § 138 BGB erfüllt; folglich bestehen keinerlei vertragliche Ansprüche der Bundesregierung gegen die Datenhändler, insbes. **keine Gewährleistungsansprüche**; wegen § 817 S.2 BGB ist zugleich die **Rückforderung des Kaufpreises ausgeschlossen**. - Damit liegt nach Ansicht des Autors aber zugleich auch eine **zusätzliche Strafbarkeit der Verantwortlichen in der Bundesregierung nach § 266 StGB** wegen Untreue nahe, denn hier werden öffentliche Mittel ohne entsprechende haushaltsrechtliche Ermächtigung im Rahmen eines unwirksamen Geschäfts in der bloßen Hoffnung verausgabt, hierdurch indirekt, also durch weitere Zwischenschritte, einen finanziellen Ertrag zu erzielen.

2. **Heger**: Die neuere Rspr. zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch, § 24 StGB (StV 2010, 320)
3. **Müller/Schmidt**: Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2009 (NStZ 2010, 374)
4. **Adam**: Aktuelle Rspr. des BVerfG zum Strafrecht und Strafprozessrecht (NStZ 2010, 321)
5. **Maier/Percic**: Aus der Rspr. des BGH zu den Raubdelikten – 2. Teil (NStZ-RR 2010, 166)

### III. öffentliches Recht

1. **Guckelberger**: Abbruch verfallender baulicher Anlagen (NVwZ 2010, 743)

Das **Bauordnungsrecht** befindet sich **auch bei der Ausgestaltung der Befugnisse für die Bauaufsichtsbehörden im Umbruch**; es bleibt abzuwarten, ob alle Bundesländer dem Trend folgen werden, spezielle Befugnisnormen für die Beseitigung nicht genutzter, verfallender baulicher Anlagen aufzustellen. - Die jüngsten entsprechenden **Gesetzesnovellen** wurden damit begründet, dass auf Grund der speziellen Befugnisnormen besser gegen derartige Missstände vorgegangen werden kann; da diese Landesnormen aber ebenfalls mit unbestimmten Rechtsbegriffen operieren und die staatlichen Stellen bei der Ermessensausübung in besonderem Maße auf tangierte Grundrechte Rücksicht zu nehmen haben, bleibt abzuwarten, wie diese Normen in der Praxis angenommen und angewendet werden. - Befolgt der Verpflichtete die Beseitigungsanordnung für eine im Verfall begriffene, nicht genutzte Anlage nicht, kann es zur Vollstreckung kommen, wofür weitere **personelle und finanzielle Ressourcen** nötig werden; **bei erkennbar mittellosen Pflichtigen besteht dann die Gefahr, dass** – sieht man von dem Zugriff auf das Grundstück ab – **die Kosten einer ggf. erforderlichen Ersatzvornahme nicht beigetrieben werden können**; letztlich muss jeder Landesgesetzgeber prüfen, wie er bei der Inhaltsbestimmung des Eigentums die verschiedenen konfligierenden Belange in angemessenen Ausgleich bringen will.

2. **Oebbecke**: Die Aufgaben des Zweckverbandes (NVwZ 2010, 665)

Der Autor geht der Frage nach, für welche Aufgaben nach den Gesetzen der Länder über die kommunale Gemeinschaftsarbeit Zweckverbände errichtet werden können. - Die **Aufgaben müssen klar bestimmt sein**; **Grenzen** ergeben sich daraus, dass die **Zusammenarbeit den Bestand der kooperierenden Kommunen als solche nicht in Frage stellen darf**, sowie aus gesetzlichen Verboten der Kooperation oder der Form des Zweckverbandes. - Der Zuständigkeitsübergang ist eine Rechtsfolge der Zweckverbandsbildung, nicht Voraussetzung dafür. - Dass eine Aufgabe von den beteiligten Kommunen bisher nicht wahrgenommen wurde, schließt die Bildung eines Zweckverbandes deshalb nicht aus.

3. **Richter**: Briefwahl für alle? – Die Freigabe der Fernwahl und der Grundsatz der Öffentlichkeit (DÖV 2010, 606)

Die **Freigabe der Briefwahl** in ihrer bisherigen Form stellt sich **nicht als verfassungsgemäßes Mittel dar, die Wahlbeteiligung zu erhöhen**; zwar wohnt ihr die Möglichkeit inne, dass mehr Menschen ihr Wahlrecht ausüben, als bisher, da der Aufwand geringer und die Flexibilität höher erscheinen; allerdings bietet die Freigabe der Briefwahl diesen Anreiz zum Wählen zu einem sehr hohen Preis: Die **Wahl wird durch sie strukturell nichtöffentlich**. - Die gesetzgeberische Intention, die Allgemeinheit der Wahl zu fördern, bleibt unbestritten, die Briefwahl trug dazu bisher bei, indem sie eine zumutbare Wahlausübung möglichst vielen Wählern gewährte; soll die Fernwahl jedoch der gesamten Wählerschaft zur Verfügung gestellt werden und den Wahlgang auch in bisher als zumutbar angesehenen Konstellationen erleichtern, kann dies angesichts der damit einhergehenden Risiken nicht ohne ein **neues Konzept zur Sicherung der übrigen Wahlgrundsätze, insbes. des Öffentlichkeitsgrundsatzes**, geschehen; die Herstellung einer Öffentlichkeit bei der Fernwahl könnte von modernen Wahltechniken, wie z. B. Internetwahlverfahren, in Form von öffentlichen Anzeigetafeln (Bulletin-Boards) oder anderen Lösungen, in der Zukunft noch erwartet werden; bei der Briefwahl scheint dies nur schwer möglich.

## IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Schulze/zur Wiesche:** Ansatz des Mandantenstamms bei einer Personengesellschaft (DB 2010, 1261)

Bei dem **Mandantenstamm** handelt es sich um ein **selbstständiges übertragbares immaterielles Wirtschaftsgut** im Gegensatz zum Praxiswert, der nur im Zusammenhang mit einem ganzen Betrieb übertragen werden kann; er ist **an die Person des jeweiligen Berufsträgers gebunden**, im Gegensatz zum Praxiswert. - Der Mandantenstamm als Einzelwirtschaftsgut kann zum Buchwert in ein anderes Betriebsvermögen des Stpfl. unentgeltlich oder gegen Gesellschaftsrechte oder umgekehrt aus dem Gesamthandsvermögen in einen anderen Betrieb der Gesellschaft übertragen werden; gleiches gilt für die Übertragung von einem Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandsvermögen und umgekehrt. - **§ 6 V EStG** ist eine **Gewinnermittlungsvorschrift** und **wird durch § 16 EStG nicht berührt**.

2. **Brauer:** Probleme der neu gestalteten Auskunftsansprüche im Zugewinnausgleichsrecht (FamRZ 2010, 773)

Ein **Auskunftsanspruch, mit dem nur der Gesetzestext wiederholt wird** („soweit es für die Berechnung des Endvermögens maßgeblich ist“), **ist als Klageanspruch zu unbestimmt und damit unzulässig; illoyale Verfügungen**, über die nach § 1379 I S. 1 Nr. 2 BGB Auskunft verlangt wird, **müssen daher in dem Antrag konkret bezeichnet werden**, wodurch sich keine wesentliche Änderung gegenüber dem auf § 242 BGB gestützten Auskunftsantrag ergibt. - Wenn in einer Auskunft über das Endvermögen ein Vermögensgegenstand nicht enthalten ist, der zu einem früheren Zeitpunkt vorhanden war, begründet das allein keinen Anspruch auf Auskunft über den Verbleib des Gegenstandes. - Was ein „Beleg“ ist, ist im Handels- und Steuerrecht sowie in § 259 BGB genau definiert; darauf nimmt der neue § 1379 I S. 2 BGB nicht Bezug, sondern versteht denselben Begriff umfassender. - Die **Vorlage von Anschaffungsbelegen für Gegenstände im Endvermögen kann nicht verlangt werden**, weil sie zu Bestand und Wert des Vermögens keinen Aussagegehalt haben. - Die **Vorlage von Buchhaltungsbelegen**, die dem Jahresabschluss eines in der Vermögensauskunft erhaltenen Unternehmens zugrunde liegen, **kann nach § 1379 I S. 2 BGB verlangt werden**. - Die Belegpflicht begründet den Anspruch, dass der Pflichtige Bescheinigungen herstellen lässt; dazu gehört neben Saldobestätigungen von Banken auch ein Wirtschaftsprüferstat zu einem bestehenden Jahresabschluss. - Die **Auskunft auf den Trennungszeitpunkt muss auf einen bestimmten Tag bezogen sein**, ein Zeitraum genügt nicht. - Der **Auskunftsanspruch kann nicht durch wiederholte Trennung mehrfach entstehen**, es gilt nur der Trennungstag, der den Scheidungsanspruch begründet. - **Gelingt der Beweis eines genauen Trennungstages nicht, ist der Auskunftsantrag abzuweisen**. - Um die Vermutung des § 1375 II S. 2 BGB zu widerlegen, muss der Pflichtige nicht nur die Minderung des Vermögens seit der Trennung rechtsfertigen, sondern außerdem den Verbrauch der zwischenzeitlichen Zuflüsse, insbesondere des Einkommens. - Legt der Auskunftspflichtige die ehelichen Lebensverhältnisse i. S. des § 1578 BGB dar, wird damit eine Vermögensminderung, die diesen Rahmen nicht überschreitet, gerechtfertigt.

3. **Born:** Ehebedingter Nachteil und Beweislast – Kurswechsel durch die Hintertür? (NJW 2010, 1793)

Auf Grund ihrer **sekundären Darlegungslast** muss die Ehefrau bei einem Anspruch auf nahehelichen Unterhalt **substanziell darlegen, dass konkrete ehebedingte Nachteile vorliegen**, die einer – sonst vorzunehmenden – zeitlichen Begrenzung bzw. Herabsetzung des Anspruchs entgegenstehen. - Die Annahme eines solchen Nachteils wegen einer Berufsausbildung, die ehebedingt nicht aufgenommen oder abgebrochen worden ist, scheidet nicht schon daran, dass die Ehefrau einen Anspruch auf Ausbildungsunterhalt nach § 1575 BGB nicht geltend gemacht hat oder ein solcher Anspruch nicht besteht, denn in diesem Rahmen kann der **ehebedingte Nachteil auch durch die Rollenverteilung in der Ehe** entstehen. - Die Einschränkung des § 1578 BGB durch 1578b BGB entspricht der Einschränkung eines ungekürzten nahehelichen Unterhalts durch die Rspr. des BGH und der erklärten Absicht des Reformgesetzgebers. - Bedenklich ist es, nur von der Ehefrau einen **substanzierten Vortrag zum hypothetischen Kausalverlauf** zu fordern, denn auch dem Ehemann sind i. d. R. ihre beruflichen Verhältnisse und Pläne bei Heirat bekannt; ob im Einzelfall unbillige Ergebnisse dadurch entstehen, dass die Ehefrau das **Risiko eines non liquet** zu tragen hat, wird i. Ü. auch von der Höhe der Anforderungen abhängen, welche die Gerichte an den konkreten Vortrag stellen.

4. **Stobbe:** Lücken in der Berufshaftpflichtversicherung der Anwälte (AnwBl 2010, 449)
5. **Kleine-Cosack:** Freiberufsspezifische Werbeverbote vor dem Aus (NJW 2010, 1921)
6. **Borgmann:** Die Rspr. des BGH zum Anwaltshaftungsrecht bis April 2010 (NJW 2010, 1924)
7. **Kilian:** Das Verbot der Finanzierung fremder Rechtsverfolgungskosten (NJW 2010, 1845)

Das **mit Wirkung zum 01.07.2008** geschaffene **Verbot der Finanzierung fremder Rechtsverfolgungskosten für Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Patentanwälte konkretisiert das Gebot der unabhängigen Berufsausübung**. - Das **Verbot gilt** nach seinem Wortlaut und entsprechend des Telos der Normen **im Kontext beliebiger Vereinbarungen und nicht nur bei der Vereinbarung eines Erfolgshonorars**, sondern erstreckt sich inhaltlich auf die Finanzierung von Rechtsverfolgungskosten im Allgemeinen und nicht lediglich auf fremde Prozesskosten, wengleich primärer Anwendungsbereich des Verbots die Kosten eines forensischen Tätigwerdens sind. - Das Verbot entwertet die Effektivität des – ausnahmsweise zulässigen – Erfolgshonorars als Instrument der Gewährleistung des Zugangs zum Recht, soweit mit einer Rechtsverfolgung aus Sicht des Rechtsuchenden das Risiko der Verpflichtung zur Tragung von Kosten des Gerichts und des Gegners verbunden ist; entsprechende **Kostenrisiken können de lege lata nur gewerbliche Anbieter übernehmen**.

## Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Hierbei sind in der Rechtsprechung **drei Bereiche** zu unterscheiden:  
(vgl. BVerfGE 34, 238, 254 ff; BGHZ 24, 72, 79f.; 27, 284, 289 f.; NJW 1988, 1016)

- Intimsphäre:** Hier ist der **Kern der Persönlichkeit**, die innere Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußeren Erscheinungen, wie z.B. vertrauliche Briefe, Tagebuchaufzeichnungen usw. geschützt. Sie genießt absoluten Persönlichkeitsschutz, so dass ein Eingriff immer rechtswidrig ist.
- Privatsphäre:** Hierzu zählen der **häusliche** und **familiäre Bereich**.
- Individualsphäre:** Hierunter fallen die **Beziehungen des einzelnen zu seiner Umwelt**, insbesondere seine berufliche Tätigkeit, geschützt werden das Selbstbestimmungsrecht und die persönliche Eigenart des Menschen.

Die Widerrechtlichkeit beurteilt sich wie beim Recht am Gewerbebetrieb nach der Lehre vom Handlungsunrecht, die Rechtswidrigkeit muss also positiv festgestellt werden.

Die Rechte **kollidieren** häufig mit dem Recht auf **freie Meinungsäußerung** und **Pressefreiheit**, Art 5 I, II GG, sowie mit der Freiheit der Kunst, Art 5 III 1 GG. Es kommt auch hier auf eine **Güterabwägung** an, wobei, wie oben ausgeführt von den drei beschriebenen Sphären der Intimsphäre besonderer Schutz zukommt. Daneben finden auch die **klassischen Rechtfertigungsgründe** Berücksichtigung. Liegt ein solcher, z.B. Einwilligung, vor, braucht eine weitergehende Güterabwägung nicht stattzufinden.

### Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Aus § 253 II BGB kann bei der Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** nicht unmittelbar ein Schmerzensgeldanspruch hergeleitet werden.

Die h.M (vgl. BGH NJW 2005, 215; BGHZ 39, 124) wendet gleichwohl mit Zustimmung des BVerfG (vgl. BVerfG NJW 1973, 1221). § 253 II BGB **bei schweren Persönlichkeitsverletzungen analog** an, wenn eine Genugtuung durch Unterlassungs-, Widerrufs- oder/und Gegendarstellungsansprüche nach Art der Verletzung nicht zu erreichen ist. Begründet wird dies damit, dass der von der Rechtsprechung nach der Wertentscheidung des GG entwickelte zivilrechtliche **Persönlichkeitsschutz lückenhaft und unzulänglich** bliebe, wenn **keine** der ideellen Beeinträchtigung **adäquate Sanktion** ausgelöst würde.

Ob der Eingriff derart schwer ist, beurteilt sich nach dem

- **Grad des Verschuldens,**
- **der Art und Schwere der Beeinträchtigung,**
- **der Nachhaltigkeit und Fortdauer der Rufschädigung** sowie
- **dem Beweggrund des Handelns.**

Eine schwerwiegende Verletzung kann sich auch aus der Wiederholung und Hartnäckigkeit ergeben, ohne dass jede Verletzung für sich als schwerwiegend einzustufen ist.

### Prüfung eines Unterlassungsanspruchs nach § 1004 BGB analog i.V.m. §§ 823 ff BGB

§ 1004 schützt unmittelbar nur das Eigentum. Da aber ein ähnlicher Rechtsschutz für andere absolute Rechte und Rechtsgüter und rechtlich geschützte Interessen nötig sind, ist § 1004 analog anwendbar

- Der **negatorische Unterlassungsanspruch** richtet sich gegen die drohende Beeinträchtigung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum
- Der **quasinegatorische Unterlassungsanspruch** richtet sich gegen die drohende Beeinträchtigung „sonstiger Rechte“ und rechtlich geschützter Positionen.

#### I. **Störung eines geschützten Rechtsguts im Sinne der §§ 823 ff BGB**

#### II. **Rechtswidrigkeit, keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB; (Verschulden ist nicht erforderlich)**

Die Rechtswidrigkeit wird in der Regel durch die Rechtsgutverletzung indiziert. Dies gilt nicht für die sogenannten Rahmenrechte wie das

- allgemeine Persönlichkeitsrecht und das
- Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Hierbei ist eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erforderlich.

#### III. **Weitere bevorstehende Beeinträchtigungen**

auch vorbeugend für erstmalig unmittelbar bevorstehende Störung.

#### IV. **gegen den Störer**

Handlungs- und Zustandsstörer

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Strafrecht

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

<b>Land:</b> Hessen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> LOStS B	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 29.04.2010
------------------------	-------------------------------------------	--------------------------------------------

### Zur Person:

B ist ein angenehmer und wohlwollender Prüfer, der in seinem Prüfungsgebiet „aufblüht“. Bei den Aktenvorträgen und den anderen Prüfungsgebieten wirkte er etwas abwesend, was aber tatsächlich nicht der Fall war. Durch seine Prüfung führte er gradlinig und half, wenn man „vom rechten Weg“ abkam. Die Notengebung war fair.

### Zur Prüfung:

**Fall:** Ein Gläubiger hat eine Forderung i.H.v. 1.500 €, mit der Eintreibung beauftragt er einen Gerichtsvollzieher G. Der Schuldner S will jedoch nicht freiwillig zahlen, also geht der G zur Pfändung über. S hat noch 1.600 € im Geldbeutel, dieses Geld will er aber unbedingt behalten, weil er damit eine Handwerkerrechnung bar bezahlen will. Er bietet daher dem G einen Laptop im Wert von 3.00€ oder Bankvermögen zur Pfändung an. G lässt sich hierauf aber nicht ein und pfändet 1.500 € des Bargeldes. Die Pfändung erfolgt ordnungsgemäß, der G packt das Geld in seinen Aktenkoffer.

Dann verlässt er das Haus des S, stellt den Aktenkoffer in den Kofferraum seines Pkw und steigt ein. In diesem Moment öffnet S den Kofferraum, um das Geld wieder an sich zu nehmen. Als der G daraufhin wieder aussteigt, droht S ihm mit vorgehaltener Faust Schläge an; dann nimmt er nimmt das Geld an sich und geht. Die von G alarmierte Polizei stellt den S in seiner Wohnung und nimmt ihm das geld wieder ab.

Es wurden dann die in Betracht kommenden Delikte geprüft:

Zunächst wurde eine Strafbarkeit nach § 253 StGB geprüft. Da sich der S das Geld jedoch genommen hatte, wurde die Prüfung des § 253 StGB abgebrochen und der § 249 StGB geprüft. Hier waren dann die Eigentumslage und die Pfändung rechtlich genau zu untersuchen. Da S Eigentümer bleibt, scheidet § 249 StGB aus.

Die Prüfung einer Nötigung entfiel, da diese im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt.

Da § 249 StGB ausscheidet, kamen wir auf die Prüfung des § 253 StGB zurück. Die Rspr. wendet diesen in einem Fall wie dem Vorliegenden als Auffangtatbestand an (Verhältnis Raub – Erpressung); diese Problematik war kurz zu skizzieren.

Es folgte dann die vollständige Prüfung des § 253 StGB und die Problematik der Vollendung, weil die Polizei dazu kam und dem S das geld wieder abnahm. Die Vollendung war jedoch zu bejahen. Dieser Fall ist auch nicht gleichgelagert z.B. mit dem Fall der V-Männer in Betäubungsmittelsachen, hier käme nämlich meistens nur der Versuch in betracht.

Im Folgenden wurde dann noch § 113 StGB geprüft und bejaht.

Auch § 136 StGB wurde bejaht; es war hier genau zu subsumieren und vor allem sollte die Definition der Verstrickung geläufig sein.

Zuletzt diskutierten wir mit Blick auf die fortgeschrittene Zeit nur oberflächlich § 133 StGb und die Pfandkehr.

Da wir nur 3 Prüflinge waren, war die Prüfung bereits nach nur knapp 35 Min. beendet.

Viel Glück für Euch!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Öffentl. Recht

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

<b>Land:</b> Rh-P	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> MinDir S	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 15.04.2010
----------------------	--------------------------------------------	--------------------------------------------

**Zur Person:**

S wurde erst am Tag der Prüfung „eingewechselt“, vielleicht prüfte er deshalb einen eher gängigen Fall aus dem Polizeirecht. Seine Prüfung war gut strukturiert. S gab viele Fragen frei, eine durchgehende Grundaufmerksamkeit kann sich daher durchaus lohnen. Die Notengebung war m.E. angemessen.

**Zur Prüfung:**

S prüfte zunächst materiell den Fall der Zwangseinweisung eines Obdachlosen in eine Drittwohnung.

**Fall:** M bewohnt als Mieter eine Wohnung des V in einem Mehrfamilienhaus. Während des Mietverhältnisses kommt es bereits zu häufigen Störungen durch den alkoholkranken M. Wegen rückständigen Mietzahlungen kündigt V dem M rechtmäßig und erwirkt einen gerichtlichen Räumungstitel. Nun beauftragt er den Gerichtsvollzieher mit der Räumung der Wohnung. Bevor der Gerichtsvollzieher die Räumung vornimmt, informiert er das Ordnungsamt.

S wollte nun zunächst wissen, welche Rolle das Ordnungsamt hier spielt, da es ja um die Vollstreckung eines zivilrechtlichen Titels ging.

Wir prüften die Zuständigkeit der allgemeinen Ordnungsbehörden. Als Ermächtigungsgrundlage war § 7 POG bzw. § 9 i.V.m. § 7 POG zu nennen.

Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit war zu definieren. S wollte als gefährdete Individualrechtsgüter neben der Gesundheit auch das Eigentum des M genannt wissen, da bei der Räumung die Sachen auf der Straße landen.

Da wollte S wissen, wie groß die Gefahr für ein Rechtsgut sein müsse. Dies richtet sich nach der Wertigkeit des betroffenen Rechtsguts.

Bei der Prüfung, wer „Störer“ sei, war anzusprechen, dass V durch seine rechtmäßige Kündigung nicht zum Störer geworden ist. Störer ist allein M aufgrund seines Vorverhaltens als Handlungsstörer. V ist folglich Nichtstörer.

In eben seine alte Wohnung bei V soll M aber nun wieder eingewiesen werden. Es waren dann die Voraussetzungen des § 7 POG im Einzelnen ausführlich zu prüfen. Insbesondere muss die Behörde versuchen, eine anderweitige Unterkunft zu organisieren, ggf. auch durch Anmieten eines Hotelzimmers. Die Inanspruchnahme des Nichtstörers darf nur so lange andauern, bis anderweitig Abhilfe geschaffen werden kann. Die Ordnungsbehörde muss notfalls das Aufstellen von Wohncontainern veranlassen, sodass nach einigen Monaten Bauzeit die Einweisung des M beendet werden kann.

Nach Feststellung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme kamen wir auf den Anspruch des V aus § 68 POG zu sprechen. Hierbei handelt es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch, sodass V z.B. keinen entgangenen Gewinn geltend machen kann; zu zahlen ist lediglich ein angemessener Ausgleich für die Beanspruchung.

S wollte dann noch wissen, welcher Rechtsweg einschlägig wäre, wenn V ggf. einen höheren Ausgleich geltend machen wollte: Gem. § 74 POG ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

V geht jedoch zunächst gegen die Einweisungsverfügung des Ordnungsamtes vor. Was muss er tun?

Zunächst Widerspruch einlegen, § 68 VwGO. Danach diskutierten wir die Möglichkeit der Anfechtungsklage, die Klagemöglichkeit der Gemeinde gegen einen Abhilfebescheid und das Verfahren nach § 17 AGVwGO.

Alles in allem eine sehr angenehme Prüfung!

# Protokolle

## für die mündliche Prüfung

### Warum Prüfungsprotokolle?

In der mündlichen Prüfung kann grundsätzlich der gesamte Ausbildungsstoff abgefragt werden. Um Ihnen die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung zu vereinfachen, bieten wir Ihnen Prüfungsprotokolle an. Zwar sind längst nicht alle Prüfer „protokollfest“, d.h. prüfen sich wiederholende Fälle, die Protokolle geben Ihnen jedoch auf jeden Fall Aufschluss nicht nur über die Person des Prüfers, sondern auch über die Themengebiete, die dieser prüft. Hierdurch ist der Vorbereitungsumfang stark eingegrenzt. Sie haben allerdings nicht die Sicherheit, dass der Prüfer nicht gerade in Ihrer Prüfung ein anderes Thema bevorzugt. Sie werden sich aber über die verstrichene Gelegenheit ärgern, wenn sich herausstellt, dass Ihre Mitstreiter einen entscheidenden Vorteil hatten, weil Sie den Protokollen Informationen zur Vorbereitung entnehmen konnten, die Sie nicht hatten.

### Wie läuft das ab?

Für die mündliche Prüfung stehen nach näherer Maßgabe des Bestellscheins Prüfungsprotokolle nach Vorrat zur Verfügung. In Ihrem eigenen Interesse wird empfohlen, die Prüfungsprotokolle **unverzüglich** anzufordern, sobald die Zusammensetzung der Kommission bekannt ist. Am besten melden Sie sich schon zuvor zum Protokollbezug an und überweisen den Rechnungsbetrag, dann müssen Sie nach Erhalt der Ladung und Kenntnis von den Namen der Prüfer nur noch anrufen und die Protokolle können meist noch am selben Tag versandt werden.

Es kommt immer wieder vor, dass die Anforderung der Protokolle verzögert erfolgt und dann die Protokolle in Zeitnot durchgearbeitet werden müssen. Das liegt nicht im Interesse der Vorbereitung auf die mündliche Prüfung, zumal die Protokollhefte mancher Prüfer sehr umfangreich sind.

### Was können Sie sonst noch tun?

Zu empfehlen ist, die **ZEITSCHRIFTEN-AUSWERTUNG (ZA)** der letzten Monate vor dem mündlichen Examenstermin durchzuarbeiten. Es gilt nämlich folgender Erfahrungssatz:

1/3 Protokollwissen	<b>Prüfungsstoff im Mündlichen</b> 1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate	1/3 unbekannter Stoff
<b>Protokolle anfordern!</b>	<b>ZA lesen!</b>	<b>Phantasie zeigen!</b>

### Was kostet das?

- **Selbstabholer: 79,00 € (09:00 – 16:00 Uhr)**  
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung: 84,00 € (inkl. Porto und Verpackungskosten)**  
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung als pdf-Dateien per E-Mail: 85,00 €** (Rücksendung der Protokolle entfällt; 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)  
(Preise auch bzgl. Eilversand vgl. [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de))

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

