



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

34. Jahrg.

Dezember 2009

Heft 12

Aus dem Inhalt:

BGH: Widerrufsrecht bei Frenabsatzvertrag

OLG Rostock: Unwirksamkeit doppelter Schriftformklausel in Miet-AGB

BGH: Terrorismusunterstützung

OLG Hamm: Amtshaftung wegen falscher Meldeauskunft

BGH: Herausgabevollstreckung Dritter gegen Mieter

BGH: Belehrungspflicht

VGH Mannheim: Maßgebliche Sach- und Rechtslage



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

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

Verbraucherschutz	1
-------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertrag (auch bei Sittenwidrigkeit)	4
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

OLG Rostock: Unwirksamkeit doppelter Schriftformklausel in Miet-AGB (Vorrang der Individualabrede).....	5
BGH: Grenzen kritischer Meinungsäußerung (Verdacht „unsauberer Geschäfte“)	8

Strafrecht

OLG Hamburg: Besitz kinderpornografischer Schriften (Besitzverschaffung von Daten aus dem Internet)	12
BGH: Terrorismusunterstützung (durch in der BRD lebenden Täter)	14

öffentl. Recht

OLG Hamm: Amtshaftung wegen falscher Meldeauskunft (Anforderungen an Sorgfaltspflicht)	19
OVG Greifswald: Voraussetzungen einer Veränderungssperre (Aufstellungsbeschluss für Bebauungsplan).....	22

Kurzauslese I

BGH: Aufrechnungsverbot (gegenseitige unerlaubte Handlung).....	27
BGH: Gesamtschuldnerausgleich (Verjährung des Ausgleichsanspruchs).....	27
OLG Düsseldorf: Mietvorvertrag (begründet keinen Mietzinsanspruch des Vermieters).....	29
KG: Unternehmergesellschaft (Firma „... GmbH & Co. ...“ ist unzulässig).....	29
LG Frankfurt: bedeutender Fremdschaden (Wertgrenze: 1.400,00 €).....	31
BVerfG: Volksverhetzung (NPD-Wahlplakat „Polen-Invasion stoppen!“).....	31
OLG Oldenburg: Verbreitung pornografischer Schriften (Nutzung einer Internet-Tauschbörse).....	33
OLG Frankfurt: Fälschung von Gesundheitszeugnissen (Vortäuschen einer Beauftragung))	33
BVerwG: Beihilfe (Kürzung um Praxisgebühr ist zulässig).....	33
VG Köln: unzulässiges Hilfsmittel (ungenutzter Spickzettel)	35
BFH: Verwaltungsakt (Beitreibungersuchen an einen EG-Mitgliedstaat).....	35

Entscheidungen Verfahrensrecht**Zivilrecht**

BGH:	Herausgabevollstreckung Dritter gegen Mieter (Vermieterpfandrecht und Vollstreckungserinnerung)	37
OLG Frankfurt a.M.:	Nichtvollziehung einer einstweiligen Verfügung (materielle Rechtskraft und erneuter Eilantrag).....	40

Strafrecht

BGH:	Belehrungspflicht (bei Spontanäußerungen des Verdächtigen)	44
------	---	----

öffentl. Recht

OVG Bln/Bbg.:	reformatio in peius (Wirkung einer Anordnung des sofortigen Vollziehung).....	47
VGH Mannheim:	Maßgebliche Sach- und Rechtslage (Ermessensausübung bei Aufenthaltsbeendigung)	51

Kurzauslese II

BAG:	Berufungsbegründung (keine wirksame Unterschrift bei Verwendung eines Faksimile-Stempels)	55
BGH:	zivilprozessualer Wohnungsbegriff (erfasst auch Nebengebäude und Garagen).....	57
OLG Saarbrücken:	Antrag auf Protokollberichtigung (Rechtsmittel).....	57
BGH:	Insolvenzrechtsbeschwerde (Rechtsmittelzug).....	57
OLG Nürnberg:	Zeugnisverweigerungsrecht (Schweigepflichtentbindung durch Insolvenzverwalter).....	57
OLG Köln:	Haftprüfung (keine Haftentlassung bei Überschreitung der Frist des § 118 V StPO).....	61
OLG Hamm:	Unterschrift (unzulässige Vertretung).....	61
OLG Rostock:	Revisionseinlegung (unzulässige Formulierung: „auf Wunsch des Angeklagten“).....	61
BVerfG:	Klagebefugnis (Einziehung einer öffentlichen Straße).....	63
VGH Kassel:	einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (Beschwerde ist nicht statthaft).....	63

Weitere Schrifttumsnachweise	65
---	----

Prüfungsschema: Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	68
---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	öffentliches Recht.....	69
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	70

Aus der Gesetzgebung

Verbraucherschutz

Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29.07.2009, In-Kraft-Treten am 31.10.2009 bzw. 11.06.2010 (BGBl I, S. 2388)

I. Allgemeines

Mit dem Gesetz werden die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie) sowie der zivilrechtliche Teil der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (Überweisungsrichtlinie) in deutsches Recht umgesetzt.

II. Die wesentlichen Neuregelungen

1. Umsetzung der europäischen Zahlungsdiensterichtlinie

Zum 31.10.2009 sind die deutschen Umsetzungsvorschriften zur Zahlungsdiensterichtlinie (2007/64/EG) in Kraft getreten.

Bei den Umsetzungsvorschriften geht es um Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern (Kreditinstituten, E-Geld-Instituten oder Zahlungsinstituten) und Zahlungsdienstnutzern (Zahlern und Zahlungsempfängern). Erstmals gibt es sowohl für rein inländische als auch für grenzüberschreitende Zahlungsverfahren (z. B. Überweisung, Kartenzahlung, Lastschrift) einheitliche Regelungen, die in das BGB aufgenommen werden (§§ 675c bis 676c BGB und Art. 248 EGBGB).

Die neuen Regeln erleichtern bargeldlose Zahlungen und erhöhen die Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Zugleich wird der grenzüberschreitende Wettbewerb von Zahlungsdienstleistern gefördert. Insbesondere erleichtern einheitliche Vorgaben über die Information der Kunden den Vergleich zwischen Angeboten inländischer und ausländischer Zahlungsdienstleister.

Eine weitere Verbesserung ist die Vereinheitlichung und Verkürzung der Ausführungs- und Wertstellungsfristen: Bisher sind grenzüberschreitende Überweisungen in der EU binnen fünf Werktagen zu erbringen. Ab 01.01. 2012 müssen alle Zahlungsaufträge in Euro - also auch grenzüberschreitende - innerhalb eines Geschäftstages ausgeführt werden. In der Übergangszeit bis Ende 2011 kann eine dreitägige Ausführungsfrist vereinbart werden. Die neuen Fristen sorgen dafür, dass Bankkunden ihre Zahlungspflichten zielgenauer erfüllen und so lange wie möglich mit ihrem Geld arbeiten können.

2. Schaffung eines einheitlichen Euro- Zahlungsverkehrsraums

Die Zahlungsdiensterichtlinie schafft außerdem die rechtlichen Grundlagen für einen einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum (Single Euro Payments Area - SEPA), in dem nicht mehr zwischen grenzüberschreitenden und inländischen Zahlungen unterschieden wird, sondern alle Zahlungen wie inländische behandelt werden. Die europäische Kreditwirtschaft kann auf dieser rechtlichen Basis europaweite Zahlungsverfahren (sog. SEPA-Produkte) für Euro-Zahlungen eigenständig entwickeln.

a) Bei Überweisungen und Zahlungskarten ist dieser Schritt für die SEPA-Überweisung und den SEPA-Kartenverkehr bereits getan: Die SEPA-

Überweisung gibt es seit Anfang 2008; sie ermöglicht neben der nationalen auch grenzüberschreitende Überweisungen. Bei den Zahlungskarten hat es aufgrund von SEPA Vereinheitlichungen gegeben, die europaweit eine größtmögliche Akzeptanz solcher Karten an Händlerterminals und an Geldausgabeautomaten fördern sollen ("any card at any terminal"). In Deutschland betrifft dies die Debitkarte (Girocard, bislang als EC-Karte bekannt).

- b) Am 01.11.2009 fiel - anknüpfend an die Umsetzung der Zahlungsdienstrichtlinie - der Startschuss für die SEPA-Lastschrift: Sie ermöglicht neben rein inländischen auch grenzüberschreitende Lastschrifteinzüge. Damit kann der Inhaber eines deutschen Girokontos, der beispielsweise regelmäßige Zahlungen im Ausland vornehmen muss (etwa die Stromrechnung für die Ferienwohnung in Spanien oder die Miete für das Studentenwohnheim in Frankreich), künftig von der Überweisung auf den bequemen Lastschrifteinzug übergehen, sofern sein Vertragspartner (also der Inhaber der Ferienwohnung oder der Betreiber des Studentenwohnheimes) dieses Zahlungsverfahren anbietet.

3. Verbesserung grenzüberschreitende Zahlungen

Ab dem 01.11.2009 sind außerdem die Vorschriften der europäischen Verordnung über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft (VO Nr. 924/2009) anzuwenden. Im Gegensatz zu ihrer Vorgängerin (der Verordnung über grenzüberschreitende Zahlungen in Euro - auch PreisVO genannt) erweitert die neue Verordnung insbesondere das sog. Preisgleichheitsgebot, wonach grenzüberschreitende Euro-Zahlungen bis 50.000 € nicht teurer sein dürfen als vergleichbare inländische Zahlungen, über den Bereich der Überweisungen und Kartenzahlungen hinaus jetzt auch auf das Lastschriftverfahren. Die Verordnung ergänzt außerdem für Zahlungsdienstleister die Rahmenbedingungen der SEPA-Lastschrift.

4. Neuregelung des Rechts der Verbraucherdarlehen

- a) Künftig soll ein Verbraucher schon vor Abschluss eines Darlehensvertrages über die wesentlichen Bestandteile des Kredits informiert werden. Damit soll es dem Verbraucher ermöglicht werden, verschiedene Angebote zu vergleichen und eine fundierte Entscheidung zu treffen. Sobald sich die Wahl eines bestimmten Kredits abzeichnet, müssen dem Verbraucher zusätzlich die Hauptmerkmale des Vertrags erläutert werden.
- b) Die Werbung für Darlehensverträge wird stärker reglementiert: Wer für den Abschluss von Darlehensverträgen wirbt, darf nicht nur eine einzige Zahl herausstellen (etwa einen besonders niedrigen Zinssatz); vielmehr müssen auch die weiteren Kosten des Vertrags angegeben und diese Angaben mit einem realistischen Beispiel erläutert werden.
- c) Für unterschiedliche Kreditverträge gelten zukünftig jeweils einheitliche Muster zur Unterrichtung der Verbraucher. Anhand dieser Muster werden sämtliche Kosten des Darlehens erkennbar. Die Muster gelten europaweit, so dass Kunden auch Angebote aus dem europäischen Ausland einholen und vergleichen können.
- d) Die Kündigung von Darlehensverträgen wird neu geregelt: Kündigungen durch den Darlehensgeber sind bei unbefristeten Verträgen nur noch dann zulässig, wenn eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Monaten vereinbart ist. Verbraucher können dagegen einen unbefristeten Vertrag jederzeit kündigen. Dabei darf die Kündigungsfrist für den Verbraucher einen Monat nicht überschreiten. Bei befristeten Verträgen, die nicht durch ein Grundpfandrecht wie eine Grundschuld oder Hypothek gesichert sind, dürfen Verbraucher das Darlehen künftig jederzeit ganz oder teilweise zurückzahlen. Verlangt der Darlehensgeber in einem solchen Fall eine Vorfälligkeits-

entschädigung, ist diese auf höchstens ein Prozent des vorzeitig zurückgezählten Betrages beschränkt.

Von den Neuregelungen werden nicht nur reine Darlehensverträge, sondern auch andere Finanzierungsgeschäfte erfasst. Damit werden Verbraucher bei Teilzahlungsgeschäften und bei Finanzierungsleasingverträgen grds. ebenso geschützt wie bei Verbraucherdarlehensverträgen.

5. Neuordnung des Widerrufs- und Rückgaberechts

Die bereits bestehenden Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht werden ebenfalls neu geordnet: Dies führt zu mehr Rechtssicherheit, und zwar nicht nur bei Verbraucherverträgen, sondern auch bei Versicherungsverträgen. Unternehmer, die für ihre Belehrungen über das Widerrufs- und Rückgaberecht die neuen Muster verwenden, müssen zukünftig keine wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen oder unbefristete Widerrufs- bzw. Rückgaberechte mehr fürchten. Zudem gelten bei Fernabsatzgeschäften über eine Internetauktionsplattform und solchen in einem herkömmlichen Internetshop weitgehend gleiche Widerrufsfristen und Widerrufsfolgen.

Brandaktuell

BGB

Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertrag auch bei Sittenwidrigkeit

BGB

§§ 312d, 355

(BGH, becklink 293996; Entscheidung vom 25.11.2009, Az.: VIII ZR 318/08)

Fall: Nach einem telefonischen Werbegespräch vom 01.05.2007 bestellte die Klägerin am darauf folgenden Tag per Fax einen Pkw-Innenspiegel mit einer unter anderem für Deutschland codierten Radarwarnfunktion zum Preis von rund 1.130 Euro brutto zuzüglich Versandkosten.

In einem vorformulierten Hinweis auf dem von der Klägerin ausgefüllten Bestellschein heißt es:

„Ich wurde darüber belehrt, dass die Geräte verboten sind und die Gerichte den Kauf von Radarwarngeräten zudem als sittenwidrig betrachten“.

Die Lieferung des Gerätes erfolgte per Nachnahme am 09.05.2007. Die Klägerin sandte am 19.05.2007 das Gerät an die Beklagte zurück und bat um Erstattung des Kaufpreises. Die Beklagte verweigerte die Annahme des Gerätes und die Rückzahlung des Kaufpreises.

Die Klägerin klagt auf Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung der Rücksendekosten des Gerätes.

Die Klägerin könnte einen Anspruch auf **Rückzahlung des Kaufpreises** nach § 346 BGB und auf **Erstattung der Kosten für die Rücksendung des Gerätes** verlangen nach § 357 II 2 BGB haben. Diese Ansprüche kommen jedoch nach § 357 BGB nur in Betracht, wenn ein **wirksamer Widerruf nach § 355** BGB vorliegt.

Ein **Widerrufsrecht** der Klägerin könnte sich aus **§ 312d I 1 BGB** ergeben. Dass es sich bei dem Vertrag um einen **Fernabsatzvertrag** nach § 312b BGB handelt, steht außer Frage.

Allerdings könnte ein Widerrufsrecht der Klägerin ausgeschlossen sein, weil es sich um einen nach § 138 I BGB sittenwidrigen Vertrag handelt. Einen solchen Ausschluss hat der BGH nunmehr jedoch abgelehnt:

*„Zwar sei der Kaufvertrag über den **Erwerb eines Radarwarngeräts** nach der Rechtsprechung des Senats **sittenwidrig** und **damit nach § 138 I BGB nichtig**, wenn der Kauf nach dem für beide Seiten erkennbaren Vertragszweck auf eine Verwendung des Radarwarngeräts im Geltungsbereich der deutschen Straßenverkehrsordnung gerichtet sei (NJW 2005, 1490). Das Recht der Klägerin, sich von dem Fernabsatzvertrag zu lösen, werde davon jedoch nicht berührt. Ein **Widerrufsrecht nach §§ 312d, 355 BGB** beim Fernabsatzvertrag sei **unabhängig davon** gegeben, ob die **Willenserklärung** des Verbrauchers **oder der Vertrag wirksam** sei. Der **Sinn des Widerrufsrechts** beim Fernabsatzvertrag bestehe darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, **einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung** vom Vertrag in die Hand zu geben, das neben den **allgemeinen Rechten** bestehe, die jedem zustehen, der einen Vertrag schließe.*

*Der BGH ist der **Auffassung entgegengetreten**, nach der sich der Verbraucher bei einer Nichtigkeit des Vertrages dann **nicht auf sein Widerrufsrecht berufen** kann, wenn er den die Vertragsnichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB begründenden **Umstand jedenfalls teilweise selbst zu vertreten** hat. Ein Ausschluss des Widerrufsrechts wegen unzulässiger Rechtsausübung könne nur bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Unternehmers in Betracht kommen. Daran fehle es jedoch, wenn – wie im entschiedenen Fall – beiden Parteien ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last falle.*

Der am 25.11.2009 entschiedene Fall unterscheidet sich damit von demjenigen, der einem früheren Urteil des BGH (NJW 2005, 1490) zugrunde gelegen habe. Der dortige Käufer, der kein Widerrufsrecht nach § 312d BGB geltend gemacht habe, habe die Rückzahlung des Kaufpreises für ein Radarwarngerät nicht verlangen können, weil der dort zu beurteilende Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) an der Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB gescheitert sei, erläutert der BGH. Nach dieser Bestimmung sei die Rückforderung einer zur Erfüllung eines wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Vertrages erbrachten Leistung ausgeschlossen, wenn beiden Parteien ein Sittenverstoß zur Last falle. Für den dem Verbraucher im Falle des Widerrufs eines Fernabsatzgeschäfts zustehenden Kaufpreisrückzahlungsanspruch aus § 346 BGB gelte diese Konditionssperre aber nicht, stellten die Richter klar.“ (BGH aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 305b, 307 I

Doppelte Schriftformklausel in Miet-AGB Vorrang der Individualabrede

VertragsR

(OLG Rostock in NJW 2009, 3376; Urteil vom 19.05.2009 – 3 U 16/09)

1. Eine in den AGB eines Wohnraummietvertrages enthaltene **doppelte Schriftformklausel** ist wegen Verstoßes gegen § 307 I BGB **unwirksam**, da sie den Mieter nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.
2. Selbst wenn sie wirksam wäre, kann sie **durch formlose Individualabrede** nach § 305b BGB **aufgehoben** werden.

A. Grundlagenwissen: Prüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen

I. Vorliegen von AGB i.S.d. § 305 I BGB

1. Vertragsbedingung
2. Vorformuliert für eine Vielzahl von Verträgen (**Beachte:** § 310 III Nr. 2 BGB)
3. Vom Verwender der anderen Partei gestellt (**Beachte:** § 310 III Nr. 1 BGB)

Beachte: Von einem individuellen Aushandeln der Vertragsbedingungen kann nur ausgegangen werden, wenn der Verwender den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und der Vertragspartner die reale Möglichkeit hat, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Zudem ist erforderlich, dass eine Belehrung über den Inhalt und die Tragweite der Klauseln im Einzelnen erfolgt, um zu gewährleisten, dass der Vertragsinhalt nicht nur vom Verwender, sondern ebenso im Kunden in seinen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen worden ist (vgl. BGH, NJW 2005, 2543).

II. Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB

1. sachlicher Anwendungsbereich, § 310 IV BGB
2. persönlicher Anwendungsbereich, § 310 I, II BGB

III. Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 305 II BGB

1. Hinweis auf die AGB bei Vertragsschluss, § 305 II Nr. 1 BGB
 - a) ausdrücklich
 - b) ausnahmsweise deutlich sichtbarer Aushang
2. Möglichkeit des Konsumenten in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen, § 305 II Nr. 2 BGB
3. Einverständnis des Konsumenten, § 305 II BGB
4. Keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c I BGB
5. Keine anders lautende Individualabrede, § 305b BGB

IV. Inhaltskontrolle

1. Auslegung der AGB-Klausel nach den eigens hierfür geltenden Grundsätzen

Maßgeblich ist nicht das, was der sorgfältige Empfänger verstehen durfte, §§ 133, 157 BGB. AGB sind vielmehr ausgehend von der Verständnismöglichkeit eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständlichen und redlichen Vertragsparteien unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Palandt-Heinrichs, § 5 AGBG Rn 7 m.w.N.)

- a) Objektive Auslegung aus der Sicht des Durchschnittskunden
- b) Unklarheitenregel, § 305c II BGB (zu Lasten des Verwenders)

2. Subsumtion der Klausel

- a) Abweichen vom dispositiven Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB
- b) Verstoß gegen die §§ 307 – 309 BGB, Prüfungsreihenfolge ist zu beachten. Zu beginnen ist mit der speziellsten Norm, die nächste ist nur dann zu prüfen, wenn die Subsumtion unter die jeweils vorher geprüfte Vorschrift nicht zu einer Nichtigkeit der Klausel geführt hat.

Reihenfolge : § 309 BGB; § 308 BGB; § 307 BGB

Sofern kein Verstoß gegen die §§ 307 – 309 BGB vorliegt, ist die Klausel wirksam.

B. Unwirksamkeit doppelter Schriftformklausel in Miet-AGB (OLG Rostock, NJW 2009, 3376)

Fall: M ist Mieter in der Wohnung des V. Der Mietvertrag wurde schriftlich abgeschlossen. Der entsprechende Formularvertrag sieht in § 18 Nr. 2 des Mietvertrages folgendes vor:

„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrags sind, auch wenn sie bereits mündlich getroffen wurden, nur wirksam, wenn sie schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet worden sind. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis.“

Nachdem M ein Haus geerbt hatte, teilte er V am 20.08.2008 schriftlich mit, dass er das Vertragsverhältnis zum 30.09.2008 beenden möchte und schloss nach einigen Verhandlungen mit V am 27.08.2008 nachweislich unter Aufhebung des vertraglichen Schriftformerfordernisses einen entsprechenden mündlichen Aufhebungsvertrag. Den Mietzins entrichtete M bis einschließlich für den Monat September. Gleichwohl macht V nunmehr restliche Mietzinsansprüche bis zum 30.11.2008 geltend. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Die zulässige Klage ist begründet, wenn K nach § 535 II BGB einen Anspruch auf Zahlung der Miete bis zum 30.11.2008 hat. Dies setzt voraus, dass der abgeschlossene Mietvertrag zu diesem Zeitpunkt nicht schon beendet war.

I. Beendigung durch Kündigung zum 30.09.2008

Nach § 542 I BGB kann M das **unbefristet geschlossene Mietverhältnis** jederzeit nach den gesetzlichen Vorschriften kündigen. Eine entsprechende Kündigung von Wohnraum bedarf nach § 569 I BGB der **Schriftform** und setzt die Einhaltung der **Kündigungsfrist** des § 573c I 1 BGB. M konnte also bis zum dritten Werktag eines Kalendermonats **zum Ende des übernächsten Monats** kündigen. Das am 20.08.2008 bei V eingegangene Schreiben entspricht zwar dem Schriftformerfordernis des § 569 I BGB, vermag das Mietverhältnis jedoch **erst zum 30.11.2008** zu beenden.

II. Beendigung durch Auflösungsvertrag zum 30.09.2008

Das Mietverhältnis könnte durch den zwischen den Parteien geschlossenen **Aufhebungsvertrag** zum 30.09.2008 beendet worden sein. Im Rahmen der Vertragsfreiheit steht es Vertragsparteien nach § 311 I BGB frei, die Beendigung wiederum durch Vertrag zu regeln. Fraglich ist jedoch, ob der hier mündlich geschlossene Aufhebungsvertrag zur Beendigung des Mietvertrages wegen der im Formularvertrag in § 18 Nr. 2 vorgesehenen Schriftformklausel **formunwirksam** ist.

Grundsätzlich bestehen keine Bedenken gegen eine Schriftformklausel in Wohnraummietverträgen. Der Erforderlichkeit der Schriftform könnte jedoch die zwischen den Parteien getroffene **mündliche Vereinbarung entgegenstehen**, dass für den Aufhebungsvertrag auf die Einhaltung Schriftformerfordernis verzichtet wird.

Fraglich ist jedoch, ob eine **Abänderung des Schriftformerfordernisses** nicht aufgrund der Schriftformklausel auch **ihrerseits** wieder der **Schriftform** bedarf. Dies könnte sich aus der entsprechenden Vertragsbedingung in § 18 Nr. 2 des

Vertrages ergeben, die auch für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses die Schriftform vorsieht (**sog. doppelte Schriftformklausel**).

Dann müsste diese doppelte Schriftformklausel wirksam in den Vertrag mit einbezogen worden sein und eine inhaltlichen Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB standhalten

1. Bei **Formularmietverträgen** handelt es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen nach § 305 BGB, welche die Voraussetzungen für eine wirksame Einbeziehung nach § 305 II BGB erfüllen.
2. Einschränkungen für den **persönlichen** und **sachlichen Anwendungsbereich** ergeben sich bei Wohnraummietverträgen aus § 310 BGB nicht.
3. Die Klausel müsste aber auch einer inhaltlichen Kontrolle standhalten.
 - a) Zunächst muss die Klausel nach § 307 III BGB von **dispositivem Recht abweichen**. Für **schuldrechtliche Vereinbarungen** wie denen eines Mietvertrages sieht das BGB, außer für den Wohnraummietvertrag selbst in § 550 BGB (befristete Verträge über länger als 1 Jahr) und für die Kündigung in § 568 I BGB kein Schriftformerfordernis vor. Jedoch können die Vertragsparteien ein solches im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit nach § 311 I BGB vereinbaren. Bei der Formfreiheit handelt es sich also um dispositives Recht, von dem hier abgewichen werden soll.
 - b) Ein Verstoß gegen die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 BGB oder die Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit nach § 308 BGB kommt nicht in Betracht.
 - c) Das doppelte Schriftformerfordernis könnte M jedoch gem. § 307 I 1 BGB **nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligen**. Dies ist nach § 307 I 2 BGB dann der Fall, wenn die Erklärung **nicht klar und verständlich** ist.

*„Eine **Schriftformklausel**, die nicht nur für Vertragsänderungen die Schriftform vorschreibt, sondern **auch Änderungen der Schriftformklausel** ihrerseits **der Schriftform unterstellt** (sog. **doppelte Schriftformklausel**), erweckt den **Eindruck**, als könnte sie **nicht durch eine die Schriftform nicht wahrende Vereinbarung abgedungen** werden. Sie käme dann einer **konstitutiven Schriftformklausel gleich**, weil bei einer solchen Klausel Änderungen und Ergänzungen des Vertrags ohne Beachtung der Schriftform unwirksam wären. Dies **widerspricht** dem in § 305b BGB niedergelegten **Grundsatz des Vorrangs der Individualvereinbarung**.*

***Unwirksam** ist deshalb eine Schriftformklausel, wenn sie dazu dient, **nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen**, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine mündliche Abrede sei entgegen § 305b BGB unwirksam. Die Bedeutung der Schriftformklausel liegt in einer stets unzutreffenden Belehrung über die Rechtslage. Diese Irreführung des Vertragspartners **benachteiligt ihn unangemessen** i.S. von § 307 I BGB, weil sie **intransparent** ist. Der Klauselgegner wird davon abgehalten, sich auf die Rechte zu berufen, die ihm auf Grund einer wirksamen mündlichen Vereinbarung zustehen (vgl. ausf. BAG, NJW 2009, 316 m.w.N.).*

*Das gilt auch für so genannte **doppelte Schriftformklauseln** wie hier § 18 Nr. 2 des Mietvertrags. Sieht man es im Hinblick auf § 307 I BGB bereits als **unzulässig** an, Klauseln in Formularverträgen aufzunehmen, durch die ein **genereller Formzwang für individuelle Vertragsänderungen** begründet werden soll, so kann erst recht eine Verwendung von Klauseln nicht zulässig sein, durch die einem solchen **Formzwang ein erhöhter Bestandsschutz** verliehen werden soll.*

*Mit dieser Rechtsauffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH. Dieser hat bislang nur mit Urteil vom 02.06.1976 (BGHZ 66, 378 = NJW 1976, 1395 = MDR 1976, 925) entschieden, dass eine zwischen Kaufleuten individuell ausgehandelte **doppelte Schriftformklausel** keinen rechtlichen Bedenken begegnet.*

*Selbst dann, wenn der Senat hiervon abweichend die **Formularklausel** des § 18 Nr. 2 des Vertrags für **wirksam** erachten wollte, stünde diese der Wirksamkeit der Aufhebungsvereinbarung nicht entgegen. Die obergerichtliche Rechtsprechung hat in solchen Fällen der **späteren Individualvereinbarung** einer Vertragsänderung oder Vertragsaufhebung aus § 305b BGB den **Vorrang eingeräumt**, wenn diese dem festgestellten Willen der Parteien entsprach (KG, GE 2001, 278; OLG Düsseldorf, ZMR 2007, 35 = BeckRS 2006, 07261).“ (OLG Rostock aaO)*

BGB
§§ 823, 1004

**Grenzen kritischer Meinungsäußerung
Verdacht „unsauberer Geschäfte“**

BGB

(BGH in NJW 2009, 3580; Urteil vom 22.09.2009 - VI ZR 19/08)

1. Für die Abgrenzung zwischen **Tatsachenbehauptungen** und **Werturteilen** kommt es auf den vollständigen **Aussagegehalt im Gesamtzusammenhang** an.
2. Einleitende Worte wie „ich meine“ oder „ich glaube“ stehen der **Qualifizierung als Tatsachenbehauptungen nicht prinzipiell entgegen**.
3. Ein Werturteil ist durch **Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt**.
4. Schmähkritik ist erst anzunehmen, bei einer Äußerung **nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache**, sondern die **Herabsetzung der Person im Vordergrund** steht.
5. Bei Vorgängen im beruflichen Bereich, an denen ein **großes öffentliches Interesse** besteht, sind die Grenzen zulässiger Kritik an den **Führungspersonen** weiter gezogen.

A. Grundlagenwissen: Der quasinegatorische Unterlassungsanspruch analog §§ 823, 1004 BGB

Der **quasinegatorische Unterlassungsanspruch** richtet sich gegen die drohende Beeinträchtigung „sonstiger Rechte“ und rechtlich geschützter Positionen. Da § 823 BGB nur eine Schadenskompensation vorsieht, eine Verletzungsabwehr gesetzlich in § 1004 BGB nur für Eigentumsverletzungen vorgesehen ist, liegt eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage vor. Ein Anspruch ist unter folgenden Voraussetzungen gegeben.

I. Störung eines geschützten Rechtsguts i. S. der §§ 823 ff BGB

Es muss ein von §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut gestört sein.

II. Rechtswidrigkeit, keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB

Die Störung muss rechtswidrig sein, insbesondere darf keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB bestehen. Ein Verschulden hinsichtlich der Störung ist hingegen nicht erforderlich.

Die Rechtswidrigkeit wird in der Regel durch die Rechtsgutverletzung indiziert. Dies gilt nicht für die sog. 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

Grundsätzlich besteht ein schutzwürdiges Interessen an der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nur, wenn noch mit dem Eintritt weiterer Beeinträchtigungen zu rechnen ist. Allerdings kann der Unterlassungsanspruch auch vorbeugend für erstmalig unmittelbar bevorstehende Störungen geltend gemacht werden.

IV. Geltendmachung gegen den Störer

Der Anspruch muss gegen denjenigen geltend gemacht werden, welcher die Störung verursacht. Hier kann auf die polizei- und ordnungsrechtlichen Grundsätze über den Handlungs- und Zustandsstörer zurückgegriffen werden.

B. Grenzen kritischer Meinungsäußerung (BGH, NJW 2009, 3580)

Fall: Die Kl. zu 1 ist ein Großunternehmen. Der Kl. zu 2 war bis Ende 2005 Vorsitzender ihres Vorstands. Der Bekl. ist Aktionär der Kl. zu 1 und Sprecher eines Aktionärsverbands. Er hat sich wiederholt als Buchautor kritisch zu den Kl. geäußert. Am 28.07.2005 meldete die Kl. zu 1, ihr Aufsichtsrat habe beschlossen, dass der Kl. zu 2 aus dem Unternehmen ausscheide. Am gleichen Tag wurde in der Fernsehsendung „SWR-Landesschau“ ein mit dem Bekl. geführtes Interview ausgestrahlt, in dem dieser unter anderem folgende Äußerungen machte:

Frage: „Was für viele ja den Rücktritt hier fast schon sympathisch macht, ist die Tatsache, dass er überhaupt keine Abfindungen annimmt, da er kein Geld möchte, obwohl er ja eigentlich vertraglich den Anspruch hätte. Gibt es da eine Erklärung?“

Antwort des Bekl.: Jetzt muss man mutmaßen, aber wenn Sie S - den Kl. zu 2 - kennen, da gibt es nun Fälle, wo ich denke, jemand will Millionen, man schätzt er hat zwischen fünf und sieben Millionen Euro pro Jahr verdient, er nun durchaus darauf Wert gelegt hat, dass man ja auch die Kleinigkeiten im Leben gezahlt hat, dann kann man nicht sagen, dass S unbedingt so orientiert ist, dass er gerne auf das Geld verzichtet. Es gibt meines Erachtens andere Dinge, die im Raum stehen und die jetzt geklärt werden müssen in den nächsten Monaten. Ich glaube nicht, dass der Rücktritt freiwillig war. Ich glaube, dass er dazu gedrängt und genötigt wurde. Aufsichtsratsbörse, Aktionäre, alle wichtigen Partner hat er nun verloren, die Rückendeckung verloren, und das muss damit zusammenhängen, dass die Geschäfte nicht immer so sauber waren, die S geregelt hat“.

Die Kl. zu 1 und 2 erheben Klage mit dem Antrag, dem Bekl. folgende Äußerungen zu untersagen:

- a) Ich glaube nicht, dass der Rücktritt (des Kl. zu 2) als Vorsitzender des Vorstands der Kl. zu 1 freiwillig war. Ich glaube, dass er dazu gedrängt und genötigt wurde.“
- b) „und das muss damit zusammenhängen, dass die Geschäfte nicht immer so sauber waren, die S geregelt hat“.

Wird die Klage Erfolg haben?

Die Kl. könnten einen Anspruch auf Unterlassung derartigen Äußerungen aus einem quasinegatorischen Unterlassungsanspruch gem. §§ 823, 1004 BGB analog haben.

I. Verletzung eines durch § 823 BGB geschützten Rechtsguts

In Betracht kommt die Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** des Kl. zu 2 und das **Unternehmenspersönlichkeitsrecht** des Kl. zu 1. (vgl. BGH, NJW 2005, 279 = VersR 2005, 277 [279] m.w.N.; NJW 2009, 1872 = VersR 2009, 555 Rn 10), durch die Verbreitung der angegriffenen Äußerungen.

Eine Verletzung kommt jedoch nur in Betracht, wenn die **Äußerungen rechtswidrig** sind. Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit von Äußerungen kommt es auf die Unterscheidung zwischen **Tatsachenbehauptungen** und **Werturteilen** an. Während **Tatsachenbehauptungen dem Beweis zugänglich** sind und Rechtswidrigkeit anzunehmen ist, wenn der Äußernde den Beweis nicht erbringen kann, sind **Werturteile** grundsätzlich von der **Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 GG** geschützt und daher nur rechtswidrig, wenn eine Interessenabwägung zu einem vorrangigen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führt.

„Für die **Beurteilung der Frage**, ob eine Äußerung als **Tatsachenbehauptung oder Meinungsäußerung** bzw. Werturteil einzustufen ist, bedarf es nach st. Rspr. der Ermittlung des **vollständigen Aussagegehalts**. Insbesondere ist jede beanstandete Äußerung in dem **Gesamtzusammenhang** zu beurteilen, in dem sie gefallen ist. Sie darf nicht aus dem sie betreffenden Kontext herausgelöst einer rein isolierten Betrachtung zugeführt werden (Senat, BGHZ 132, 13 [21] = NJW 1996, 1131; BGH, NJW 1994, 2614 = VersR 1994, 1120 [1121]; NJW 2005, 279; NJW 2009, 1872 Rn 11). So dürfen aus einer **komplexen Äußerung** nicht Sätze oder Satzteile mit tatsächlichem Gehalt herausgegriffen und als **unrichtige Tatsachenbehauptung** untersagt werden, wenn die Äußerung nach ihrem - zu würdigenden - **Gesamtzusammenhang** in den **Schutzbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung** gem. Art. 5 I GG fallen kann und in diesem Fall eine Abwägung zwischen den verletzten Grundrechtspositionen erforderlich wird (vgl. Senat, NJW 1997, 2513 = VersR 1997, 842 [843]; NJW 2005, 279; NJW 2009, 915 = VersR 2009, 365 Rn 12; NJW 2009, 1872). Dabei ist zu beachten, dass sich der **Schutzbereich des Art. 5 I GG** auch auf die **Äußerung von Tatsachen** erstreckt, soweit sie **Dritten zur Meinungsbildung dienen** können, sowie auf Äußerungen, in denen sich **Tatsachen und Meinungen vermengen** und die insgesamt durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt werden (vgl. Senat, NJW 2007, 686 = VersR 2007, 249 [250]; NJW-RR 2008, 913 = VersR 2008, 695 Rn 12; BGHZ 176, 175 = NJW 2008; NJW 2009, 1872).“ (BGH aaO)

1. Mutmaßungen über unfreiwilligen Rücktritt

Hierbei könnte es sich um eine Tatsachenbehauptung handeln, da die Frage, ob ein Rücktritt freiwillig oder auf Druck erfolgt ist, grundsätzlich dem Beweis zugänglich ist.

- a) Dem könnte entgegenstehen, dass der Bekl. die Aussage durch die Formulierung „Ich glaube...“ als eigene Meinung gekennzeichnet hat.

„Es ist zwar richtig, dass sich alleine aus den **einleitenden Worten** „Ich glaube nicht, ...“ bzw. „Ich glaube, ...“ **nicht der Charakter einer Bewertung** ergibt, die dem Schutz des Art. 5 I GG unterliegt. Solche Formulierungen stehen ebenso wie die Formulierungen „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“, „sollen angeblich“, „ich meine, dass“ oder „offenbar“ der **Qualifizierung als Tatsachenbehauptungen nicht prinzipiell entgegen**. Der Ansehensschutz würde leerlaufen, wenn es der Äußernde in der Hand hätte, allein durch solche Einschübe aus seinen Tatsachenbehauptungen zivilrechtlich weniger angreifbare Meinungsäußerungen zu machen (vgl. BGHZ 176, 175 = NJW 2008, 2262 = VersR 2008, 971 Rn 18 m.w.N.).“ (BGH aaO)

- b) Allerdings könnte sich aus der **Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs** etwas anderes ergeben.

„Aus dem Gesamtzusammenhang des Interviews, in dem die streitigen Äußerungen gefallen sind, **ergibt sich aber, dass es sich insgesamt um Äußerungen handelt, die dem Schutzbereich des Art. 5 I GG zu unterstellen sind**. In dem Interview hat der Bekl. nicht nur durch die Worte „Ich glaube“ deutlich gemacht, dass er **auf die Frage des Reporters nur seine Meinung zu dem Vorfall kundgeben** wolle. Vielmehr hat er bereits am Anfang seiner Antwort klargestellt, dass er „mutmaßen“ müsse. Zudem hat er darauf hingewiesen, dass Dinge im Raum stünden, die **„in den nächsten Monaten“ geklärt werden** müssten. Er hat die Entwicklung des Unternehmens während der Vorstandstätigkeit des Kl. zu 2 als Grundlage genommen, diesen zu charakterisieren. Hierzu zieht er auch dessen Visionen und die Art und Weise heran, wie dieser sich an die Spitze des Konzerns gekämpft und dort gehalten habe. Auf die Frage des Journalisten, ob er eine Erklärung dafür habe, dass der Kl. zu 2 ohne Abfindung aus dem Unternehmen ausgeschieden sei, folgt dann die betreffende Antwort. Auf Grund dieses Gesamtzusammenhangs wird seine Äußerung jedoch insgesamt durch die **Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens** geprägt und ist mithin insgesamt grundsätzlich dem Schutz des Grundrechts aus Art. 5 GG zu unterstellen.“

Es handelt sich daher bei dieser Aussage um ein Werturteil, dass grundsätzlich dem Schutz des Art. 5 I GG untersteht.

2. Mutmaßungen über „unsaubere Geschäfte“

Da die Einschätzung von Geschäften als „unsauber“ sehr von den einzelnen Moral- und Wertvorstellungen abhängt und somit nicht dem Beweis zugänglich ist, handelt es sich hierbei ohne weiteres um eine Meinungsäußerung.

„Die Beurteilung eines Vorgangs anhand rechtlicher oder sittlicher Maßstäbe wird nicht anders als die Äußerung von Rechtsmeinungen grundsätzlich als eine **ganz überwiegend auf Wertung beruhende subjektive Beurteilung des Äußernden** angesehen. Dies gilt in der Regel selbst für Fallgestaltungen, in denen ein Vorgang als strafrechtlich relevanter Tatbestand eingestuft wird (vgl. BGH, NJW 2009, 1872 Rn. 15). Der hier verwendete **wertende Begriff „sauber“** ist derart **substanzarm**, dass sich ihm eine konkret **greifbare Tatsache nicht entnehmen lässt** (vgl. Senat, NJW 2008, 2110 = VersR 2008, 793 Rn. 14).“ (BGH aaO)

3. Abwägung der kollidieren Verfassungsrechte

Fraglich ist, ob sich der Bekl. bei seinen Meinungsäußerung unter Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts noch innerhalb zulässiger Grenzen hält (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 913 = VersR 2008, 695 Rn 13; NJW 2009, 1872 Rn 17, jeweils m.w.N).

- a) **Rechtswidrigkeit wegen Einstufung als Schmähkritik**

aa) Bewertungsmaßstäbe

„An die Bewertung einer Äußerung als **Schmähkritik** sind **strenge Maßstäbe** anzulegen, weil andernfalls eine umstrittene Äußerung ohne Abwägung dem Schutz der Meinungsfreiheit entzogen und diese damit in unzulässiger Weise verkürzt würde (vgl. BGHZ 143, 199 [209] = NJW 2000, 1036; BGH, NJW 2008, 2110 Rn 15; NJW 2009, 1872 Rn 18 m.w.N.). Erst wenn bei einer Äußerung **nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Herabsetzung der Person im Vordergrund** steht, die jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt

und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll, nimmt die Äußerung den Charakter einer unzulässigen Schmähung an (vgl. Senat, BGHZ 143, 199 [209] = NJW 2000, 1036; BGH, NJW 2007, 686 = VersR 2007, 249 [251]; NJW 2008, 996 = VersR 2008, 357 Rn 22; NJW 2008, 2110; NJW 2009, 1872).“ (BGH aaO)

bb) Unfreiwilligkeit des Rücktritts

„Der Rücktritt des Kl. zu 2 und die Frage, ob dieser freiwillig zurückgetreten ist, waren **von großem öffentlichem Interesse**. Dies zeigt nicht nur der Umstand, dass sich die SWR-Landesschau am Tag des Rücktritts mit dieser Frage beschäftigte, sondern ergibt sich auch aus den vom Bekl. vorgelegten **Presseberichten**, die an den Tagen nach dem Interview veröffentlicht wurden. Der Bekl. hat sich mithin zu einem **Sachthema von erheblichem öffentlichem Interesse** geäußert, wobei **nicht die Herabsetzung der Person des Kl. zu 2 im Vordergrund stand**.“ (BGH aaO)

cc) „unsaubere Geschäfte“

„Die Formulierung „das muss damit zusammenhängen, dass die Geschäfte nicht immer so sauber waren, die S geregelt hat“ stellt **keine Formalbeleidigung** dar. Die Formulierung ist **nicht** mit dem **Vorwurf illegaler Geschäfte** gleichzusetzen, sondern als **weiter gefasster Vorwurf missbilligenswerter Geschäftspraktiken** zu verstehen.

Diese **Bewertung** hat der Bekl. **nicht isoliert** vorgenommen, sondern im **Zusammenhang** mit dem Umstand, dass der Kl. zu 2 vorzeitig **ohne eine Abfindung zurückgetreten** ist. Da dies aus Sicht des Bekl. mit der Persönlichkeitsstruktur des Kl. zu 2 nicht in Einklang zu bringen ist, zog er die angegriffenen Schlussfolgerungen. Vor diesem Hintergrund kann der Äußerung des Bekl. ein **Sachbezug nicht abgesprochen werden**.“ (BGH aaO)

b) Rechtswidrigkeit nach Abwägung gegenläufiger Interessen

Die betreffenden Äußerungen können danach nur dann als rechtswidrig angesehen werden, wenn eine Abwägung ergibt, dass die Interessen des Bekl. an der Kundgabe seiner Meinung hinter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Kl. zurücktreten muss.

„Bei der hiernach gebotenen Abwägung fällt **zu Gunsten der Kl.** ins Gewicht, dass die beanstandeten Äußerungen geeignet sind, sie in ihrem **öffentlichen Ansehen zu beeinträchtigen** und möglicherweise auch ihre **geschäftliche Tätigkeit zu erschweren**. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass der verwendete Begriff „sauber“ ein bloß **pauschales Urteil** enthält, bei dem der tatsächliche Gehalt gegenüber der Wertung zurücktritt und die Abwägung nicht beeinflusst (vgl. Senat, NJW 2008, 2110; BVerfGE 61, 1 [9f.]; BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; BVerfG, NJW-RR 2004, 1710 [1711]).

Zudem ist **zu Gunsten der Meinungsfreiheit des Bekl.** zu beachten, dass an der Bewertung der Geschäftstätigkeit des Vorstandsvorsitzenden eines deutschen Großunternehmens und dessen vorzeitigem Rücktritt ein **großes öffentliches Interesse** besteht und es sich um eine Berichterstattung über die **berufliche Sphäre** bzw. einen **Vorgang im Wirtschaftsleben** handelt. Dabei muss ein solches Unternehmen eine genaue Beobachtung seiner Handlungsweise in der Öffentlichkeit hinnehmen. Deshalb sind die **Grenzen zulässiger Kritik** ihm gegenüber ebenso wie **gegenüber ihren Führungskräften weiter gezogen** (vgl. Senat, NJW 2002, 1192 = VersR 2002, 445 [446]; NJW 2005, 279; NJW-RR 2007, 619 = VersR 2007, 511 [512]; EGMR, NJW 2006, 1255 [1259] Rn 94 - Steel und Morris/Vereinigtes Königreich sowie 1994, Serie A, Bd. 294-B, Nr. 75 - Fayed/Vereinigtes Königreich).

Es ist **allgemein bekannt** und lässt sich den vorgelegten Presseberichten entnehmen, dass der **Kl. zu 2** auf Grund seiner Geschäftstätigkeit **in der Öffentlichkeit sehr kritisiert** worden ist. Da die Kl. keine Begründung für das Ausscheiden gegeben haben und der Kl. zu 2 auch keine Abfindung erhalten hat, war der **Weg für Spekulationen über die Gründe des Rücktritts eröffnet**.

Bei der **gebotenen Gesamtabwägung aller Umstände** stellen sich die **Äußerungen des Bekl.** in einem Interview am Tage des Rücktritts - auch unter Berücksichtigung seiner Vorkenntnisse über das Unternehmen und einen möglicherweise bevorstehenden Rücktritt des Kl. zu 2 - **mithin als noch zulässig und damit nicht als rechtswidrig** dar. Wollte man in einem solchen Fall eine Äußerung der vorliegenden Art unterbinden, wäre eine **spontane öffentliche Diskussion** aktueller Ereignisse von besonderem Öffentlichkeitsinteresse - auch unter Würdigung des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen - in einer mit Art. 5 I GG nicht zu vereinbarenden Weise **erschwert**.“ (BGH aaO)

- II. **Ergebnis:** Die Äußerungen des Bekl. sind nicht rechtswidrig, so dass es an den Anspruchsvoraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch analog §§ 823, 1004 BGB fehlt.

StGB
§ 184b IV

Besitz kinderpornografischer Schriften
Besitzverschaffung von Daten aus dem Internet

StGB

(OLG Hamburg in StV 2009, 469, Beschluss vom 11.11.2008 – 1 – 53/08 (REV) 1 Ss 180/08)

Zumindest mit der (automatisch erfolgenden) **Speicherung von Dateien kinderpornographischen Inhalts im Cache-Speicher** des Computers erlangt der Computernutzer **Besitz i.S.v. § 184 b IV StGB**.

Fall: Der Angekl. hat nach entsprechender Recherche im Internet zahlreiche Bilddateien kinderpornographischen Inhalt aufgerufen, am Bildschirm betrachtet und dadurch automatisch die Speicherung im Internetcache auf der Festplatte des im Wohnkeller seines Hauses installierten Computers bewirkt.

I. **Fraglich** ist zunächst, **ob** hinsichtlich beim Surfen im Internet auf den PC gelangte Kinderpornographie einen **Besitz bzw. ein Sichverschaffen von Besitz i. S. des § 184b IV StGB** nur dann zu bejahen ist, **wenn** das inkriminierte **Material** vom Computernutzer **auf Diskette, CD-Rom oder Festplatte gespeichert** wird, **oder** ob es ausreicht, **wenn** das **Material** gezielt aufgerufen, in den Arbeitsspeicher geladen und am Bildschirm betrachtet, jedoch **nicht durch eine bewusste Speicherung perpetuiert** wird.

1. Ebenso wie der **BGH** (NStZ 2007, 95 = StV 2007, 186) vertritt OLG Hamburg aaO die Auffassung, dass zumindest **mit der (automatisch erfolgenden) Speicherung solcher Daten im Cache-Speicher** des Computers der Computernutzer **Besitz i.S.v. §184 b IV StGB** erlangt.

„Denn mit der – mittlerweile nahezu allen gängigen Internetbrowsern vorgehaltenen – automatischen Speicherung aufgerufener Dateien im Cache-Speicher kann der Nutzer diese Dateien auch nach Verlassen des Internets und selbst nach einem zwischenzeitlichen Abschalten des Computers jederzeit wieder aufrufen und ansehen, so dass die für die Besitzerlangung erforderliche Herstellung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ersichtlich gegeben ist (so auch Harms NStZ 2003, 646; Heinrich NStZ 2005, 361; MüKo-StGB/Hörnle, 2005, §184 b Rn 27; Schönke/Schröder/Lenkner/Perron/Eisele, StGB, 27. Aufl., § 184 b Rn 15; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 184 b Rn 20).“ (OLG Hamburg aaO)

2. **Nichts anderes gilt, wenn die Speicherung** der inkriminierten Bilddateien im Cache-Speicher **umgehend manuell wieder gelöscht** worden ist.

*„Denn ist das **Sichverschaffen von Besitz i.S.v. § 184 b IV 1 StGB bereits mit der automatischen Speicherung im Cache-Speicher vollendet**, so ist es für die damit gegebene objektive Strafbarkeit nach dieser Vorschrift ohne Belang, ob die Speicherung durch spätere manuelle oder systembedingt automatisch erfolgende Löschung des Cache-Speichers wieder rückgängig gemacht wird.“* (OLG Hamburg aaO)

II. Allein der **Umstand, dass** der Täter **gezielt im Internet nach Bilddateien mit kinderpornographischen Inhalt gesucht und diese aufgerufen** hat und er die Existenz und die Funktion des Internetcache kannte, **reicht jedoch für die Bejahung des subjektiven Tatbestands** des Besitzes von kinderpornographischen Schriften nach § 184 b IV 1 StGB **nicht aus**. Denn dass der Täter die inkriminierten Dateien – fraglos vorsätzlich – aufgerufen und betrachtet sowie – zumindest bedingt vorsätzlich – deren (automatische) Speicherung im Internetcache bewirkt hat, besagt nichts dafür, dass er diese Dateien tatsächlich auch i.S.v. § 184 b IV 1 StGB besitzen wolle.

1. Im Rahmen des § 184 b IV 1 StGB ist der **Begriff des Besitzes** so zu verstehen, wie er durch Gesetz und Rspr. für das **Betäubungsmittelstrafrecht** zu § 29 I Nr. 3 BtMG entwickelt worden ist (vgl. BT-Drucks. 12/3001, S. 5 f.).

Danach ist Besitz beschrieben als das **Herbeiführen oder Aufrechterhalten einer von einem Herrschaftswillen getragenen tatsächlichen Sachherrschaft** (st. Rspr., vgl. Körner, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rn 1378 m. w. N.). Dies setzt nicht nur einen **auf eine gewisse Dauer angelegten tatsächlichen Zugang zur Sache**, sondern **auch einen Besitzwillen** voraus, der darauf gerichtet ist, sich die

Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten (vgl. BGHSt 26, 117; BGH NSTz 2005, 155).

2. Die **Feststellung eines solchen** für eine Verurteilung des Angekl. **erforderlichen Besitzwillens** hinsichtlich der inkriminierten Bilddateien **ist zwingend erforderlich**, um die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands des § 184 b IV StGB bejahen zu können.

„Das angegriffene Urteil lässt offen, über welche Zeiträume der Angekl. die bezeichneten Dateien jew. geöffnet und also willentlich darauf zugegriffen hat. Die Urteilsfeststellungen lassen überdies den exakten Zeitpunkt der Löschung des Internetcache offen, so dass die durchaus naheliegende Möglichkeit besteht, dass der Angekl. die Dateien von vornherein aus Furcht vor Entdeckung durch seine Ehefrau oder vor polizeilichen Ermittlungen ausnahmslos unmittelbar nach dem Betrachten der Bilder gleich wieder löschen wollte und auch gelöscht hat. Insoweit ist nicht ausgeschlossen, dass der Wille des Angekl. von vornherein darauf gerichtet war, sich der am Computerbildschirm aufgerufenen Bilddateien durch prompte Löschung des Internetcache umgehend und endgültig wieder zu entledigen, so dass er ohne den für eine Verurteilung erforderlichen Besitzwillen gehandelt hätte (vgl. BGH NSTz 2005, 155).

Hierzu verhält sich das angegriffene Urteil nicht: Es teilt nicht mit, dass und woraus bei dieser Sachlage auf den notwendigen Besitzwillen des Angekl. geschlossen worden ist. Der bloße Hinweis auf die Entscheidung des BGH(NStz 2007, 95 = StV 2007, 186) macht diese Feststellung nicht entbehrlich; denn auch dort ist darauf abgestellt, dass mit der Speicherung der Dateien im Internetcache eines PC-Systems Besitz (nur) deshalb erlangt ist, weil es dem Computernutzer möglich ist, jederzeit diese Dateien wieder aufzurufen, solange sie – wie im dort entschiedenen Fall ersichtlich erst nach Tagen – manuell oder systembedingt automatisch gelöscht wurden. Die Entscheidung besagt mithin nichts darüber, dass und woraus auf Besitz insbes. diesem zugrunde liegenden Besitzwillen geschlossen werden kann, wenn der Computernutzer sich schon der Möglichkeit jederzeitigen neuerlichen Aufrufs der Dateien durch umgehende Löschung des Cache-Speichers begibt und auch vornherein begeben wollte.

Ebenso wenig verfangen für diesen Fall die Erwägungen des OLG Schleswig (NStz-RR 2007, 41): Zum einen unterscheidet sich schon der dortige Sachverhalt maßgeblich dadurch, dass dort die Feststellung getroffen worden ist, dass der Computernutzer über einen Zeitraum von knapp 10 M. Dateien mit kinderpornographischem Inhalt immer wieder und über unterschiedlich lange Zeiträume aufgerufen und betrachtet hat, was im vorliegenden Fall jedoch gerade nicht festgestellt ist. Zum anderen recurriert das OLG Schleswig für die Besitzbegründung an aufgerufenen Internetdateien darauf, dass es dem Internetnutzer jeweils freisteht, ob er den beim Betrachten der Bilddateien auf dem Bildschirm noch nicht perpetuierten Besitz an den aufgerufenen Informationen dadurch dauerhafter gestalten will, in dem er diese etwa bewusst speichert, ausdrückt, bearbeitet oder im Form einer elektronischen Nachricht an dritte weiter versendet (OLG Schleswig NStz-RR 2007, 41). Nichts gesagt ist damit für den in Rede stehenden Fall, dass der betreffende Internetnutzer all diese rein theoretischen Möglichkeiten tatsächlich nicht nur nicht genutzt hat, sondern auch von vornherein niemals nutzen wollte.“ (OLG Hamburg aaO)

StGB
§§ 129 ff.

**Terrorismusunterstützung
durch in der BRD lebenden Täter**

StGB

(BGH in NJW 2009, 3448; Urteil vom 14.08.2009 – 3 StR 552/08)

1. Auch ein **sich ausschließlich im Inland aufhaltender Täter kann sich als Mitglied an einer terroristischen Vereinigung im Ausland beteiligen.**
2. Das **Unterstützen einer Vereinigung** umfasst regelmäßig **auch Sachverhalte, die ansonsten materiell-rechtlich als Beihilfe (§ 27 I StGB) zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Vereinigung zu bewerten wären.**

Fall: In den Jahren 1996/1997 entstand aus einem Bündnis zwischen Usama Bin Laden und Aiman Al Zawahiri die Organisation Al Qaida, die zum Kampf einer „Islamischen Weltfront für den Jihad gegen Juden und Kreuzzügler“ aufrief und es mit dem Ziel, westliche, vor allem amerikanische Truppen aus der arabischen Halbinsel zu vertreiben, als individuelle Glaubenspflicht eines jeden Muslim bezeichnete, die Amerikaner und ihre Verbündeten an jedem möglichen Ort zu töten. Al Qaida war im Kern in Afghanistan angesiedelt. An der Spitze der hierarchisch aufgebauten Organisation standen Bin Laden, Al Zawahiri und Muhammed Atef sowie die Leiter der für Militär, Finanzen, religiöse Fragen und Medienarbeit zuständigen Abteilungen. „Jihadwillige“ Islamisten, die mittels des von der Organisation verbreiteten Propagandamaterials angeworben worden waren, wurden in Ausbildungslagern in Afghanistan als Kämpfer geschult. Besonders geeignet erscheinenden Kandidaten wurde sodann in speziellen Vertiefungskursen Sonderwissen vermittelt. Wer an einer derartigen - privilegierten - Spezialausbildung in den Jahren vor 2001 teilgenommen hatte, war der Organisation Al Qaida i. d. R. im Sinne einer „Mitgliedschaft“ unmittelbar zuzuordnen. Nach Abschluss ihrer Ausbildung kehrten die Kämpfer in ihre Herkunftsländer zurück und bildeten dort operative Zellen. Von der Organisation, deren Zweck und Tätigkeit im Wesentlichen in der Tötung von „Feinden des Islams“ bestand, wurden in der Folgezeit mehrere Anschläge ausgeführt, die eine erhebliche Zahl von Menschenleben forderten. Zu ihnen gehörten auch die Selbstmordattentate auf das World-Trade-Center und das Pentagon am 11.09.2001. Die dadurch ausgelösten militärischen Reaktionen beeinträchtigten in der Folgezeit die operative Handlungsfähigkeit der Organisation, führten aber nicht zu einer vollständigen Zerschlagung sämtlicher Strukturen von Al Qaida, sondern nur zu deren - dem Verfolgungsdruck vorübergehend angepassten - Modifizierung. Den in großer Zahl aus Afghanistan geflohenen Anhängern wurde durch Audio- und Videobotschaften verdeutlicht, dass die obersten Führungskräfte von Al Qaida dort weiterhin unverändert aktiv waren. Es gelang der Aufbau von regional tätigen Teilstrukturen in Form der „Al Qaida auf der Arabischen Halbinsel“ und einer Gruppe türkischer Islamisten. Außerdem konnte Al Qaida mehrere selbstständige islamistische Organisationen („Al Qaida im Zweistromland“ sowie „Al Qaida im islamischen Maghreb“) an sich binden. Durch den über Rundfunk und Fernsehen verbreiteten Führungsanspruch von Bin Laden und Al Zawahiri gelang es, auch ohne die Bildung eigenständiger Netzwerke neue Mitglieder der Organisation unter dem „Dach“ der Al Qaida zu rekrutieren. An die Stelle des vor 2001 üblichen Gefolgschaftseids traten zur Begründung der Mitgliedschaft in der Organisation mehr und mehr einseitige Loyalitätserklärungen sowie an den Zielvorgaben von Al Qaida orientierte Handlungen.

Der Angekl. K, der schon 2000 und Anfang 2001 in Trainingslagern der Al Qaida eine terroristische Ausbildung erhalten und seither den gewaltsamen Jihad gegen die „Ungläubigen“ als seine außer jeder Diskussion stehende Individualpflicht betrachtet hatte, reiste nach einem zwischenzeitlichen Aufenthalt in Deutschland im Oktober 2001 erneut nach Afghanistan und nahm dort Ende 2001/Anfang 2002 an Kampfhandlungen der Al Qaida-Verbände teil. Dabei hatte er Kontakt zu Bin Laden und gliederte sich in die Hierarchie der Organisation ein. Im Frühjahr 2002 floh er vor den Amerikanern und deren Verbündeten. Er folgte der von Bin Laden an die im Besitz europäischer Pässe befindlichen „Kämpfer“ erteilten Order, sich nach Möglichkeit in ihre Herkunftsländer zu begeben und weiterhin für Al Qaida zu arbeiten. Mitte Juli 2002 kehrte er nach Deutschland zurück und zog nach M. In M. lernte der Angekl. K den Angekl. A kennen. Dieser hatte sich schon seit Längerem für den gewaltsamen Kampf der Muslime begeistert sowie seine Sympathie zu Al Qaida zum Ausdruck gebracht und war in M. in Kontakt zu weiteren gleichgesinnten Personen gekommen. Der Angekl. A besuchte den Angekl. K auch in der JVA, nachdem dieser im Januar 2004 in einem Verfahren wegen Betrugs verhaftet und für vier Monate in Untersuchungshaft genommen worden war. Der Angekl. K, der sich nach wie vor der Al Qaida zugehörig und in der Rolle eines „Murabit“ fühlte, der nur zeitweilig den Kampfschauplatz des Jihad hatte verlassen müssen, entfaltete in der Folgezeit umfangreiche Aktivitäten für die Organisation. Er befasste sich zu deren Gunsten in erster Linie mit Rekrutierungs- und Beschaffungsmaßnahmen und warb für die Unterstützung des gewaltsamen Jihad durch einen Märtyrereinsatz oder zumindest durch eine Spende an seine Organisation. Dabei gelang es ihm, den Angekl. A zur Mitarbeit zu bewegen.

- I. Der Angekl. K hat sich wegen der **mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland gem. §§ 129a I Nr. 1, 129b I 1 StGB** strafbar gemacht.

1. Auszugehen ist zunächst davon, dass die **Organisation Al Qaida** als **ausländische terroristische Vereinigung i.S. der §§ 129a, 129b StGB** anzusehen ist.

- a) Als **Vereinigung i.S. der §§ 129ff. StGB** ist nach bisher in der Rspr. gebräuchlicher Definition der auf eine gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mindestens 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.

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 = NJW 1999, 524; BGH NJW 2005, 1668 = NStZ 2005, 377; NJW 2006, 1603 = NStZ-RR 2006, 267; BGHR StGB § 129 Vereinigung 3 m.w. Nachw.

- b) Diese Kriterien liegen für die Al Qaida insbesondere auch mit Blick auf die erforderliche **Struktur und Art der Willensbildung der Organisation** vor.

- aa) Für eine Vereinigung in diesem Sinne konstitutiv ist das **Bestehen eines Mindestmaßes an fester Organisation mit einer gegenseitigen Verpflichtung der Mitglieder** (BGHSt 31, 202 = NJW 1983, 1334 = NStZ 1983, 365; BGH NStZ 1982, 68).

Diese Voraussetzungen sind für Al Qaida zu bejahen.

*„Denn die Al Qaida war durch eine **gefestigte Organisation** geprägt, in deren Rahmen die Mitglieder mit **verteilten Rollen** und im Wege einer **koordinierten Aufgabenverteilung** zu einem gemeinsamen Zweck zusammenwirkten.*

Die strukturellen Voraussetzungen einer Vereinigung sind auch für den Tatzeitraum zu bejahen: Die Feststellungen belegen, dass der seit Herbst 2001 anhaltende Verfolgungsdruck weder auf der Führungsebene noch in den nachgeordneten Bereichen zu einer Zerschlagung der Organisation, sondern lediglich zu einer entsprechenden Anpassung der Strukturen geführt und die hierarchisch gegliederte Kernorganisation der Al Qaida in kommunikativer und operativer Hinsicht einen bedeutenden Rest an Handlungsfähigkeit bewahrt hat, der den erneuten Aufbau festerer Strukturen erlaubt und hierauf auch angelegt ist. Eine solche - möglicherweise nur vorübergehende und taktisch bedingte - Lockerung der Organisationsstruktur führt indes nicht dazu, dass die Gruppierung für diese Phase ihrer Existenz die Eigenschaft als Vereinigung verliert. Insoweit gilt Ähnliches wie für das Fortbestehen der Mitgliedschaft in einer Vereinigung, das grundsätzlich auch für solche (Zwischen-)Phasen in Betracht kommt, in denen das Mitglied – ggf. bedingt durch die äußeren Umstände - keine aktiven Tätigkeiten entfaltet (vgl. BGHSt 29, 288 = NJW 1980, 2718 = NStZ 1981, 72; BGHSt 46, 349 = NJW 2001, 1734 = NStZ 2002, 328). Hier kommt hinzu, dass nach wie vor ein nach Art, Inhalt und Intensität enges Beziehungsgeflecht der Mitglieder bestand, das auch in der Zeit nach Herbst 2001 die Planung und Ausführung zentral gesteuerter Attentate ermöglichte.“ (BGH aaO)

- bb) **Voraussetzung** für eine Vereinigung ist daneben die **subjektive Einbindung der Beteiligten in die Ziele der Organisation und in deren Willensbildung unter Zurückstellung individueller Einzelmeinungen**. Dabei ist die Art und Weise der Willensbildung gleichgültig, solange sie ihrerseits von dem Willen der Mitglieder der Vereinigung getragen wird.

Die **für alle Mitglieder verbindlichen Regeln über die Willensbildung** können etwa dem Demokratieprinzip entsprechen oder auf dem Prinzip von Befehl und Gehorsam aufgebaut sein.

BGHSt 31, 239 = NJW 1983, 1686 = NStZ 1983, 311; BGHSt 45, 26 = NJW 1999, 1876 = NStZ 1999, 524

Die Annahme einer Vereinigung scheidet indes aus, wenn die Mitglieder einer Gruppierung sich nur jeweils für sich der autoritären Führung einer Person unterwerfen, ohne dass diese vom **Gruppenwillen** abgeleitet wird (BGH NJW 1992, 1518; NStZ 1999, 571 = StV 1999, 424).

*„Auch dieses voluntative Element der Vereinigung ist hinreichend belegt: Nach der ursprünglichen Struktur der Al Qaida in Afghanistan stand an der Spitze der Organisation ein Führungskreis, dem Usama Bin Laden, Aiman Al Zawahiri und Muhammed Atef sowie die Leiter verschiedener „Fachausschüsse“ angehörten. Die **Willensbildung** war demnach **hierarchisch strukturiert**, ohne dass sich allerdings die Mitglieder der Organisation einseitig einer nicht*

vom Gruppenwillen getragenen Führungsperson unterworfen. Im Tatzeitraum teilten die Mitglieder der Al Qaida weiterhin die gemeinsame politisch-ideologische Grundhaltung des gewaltbereiten extremistischen Islamismus. Die Gruppierung verfügte nach wie vor mit dem „Jihad gegen Juden und Kreuzzügler“ bis zur Zerstörung der USA und ihrer Verbündeten über eine über den bloßen Zweckzusammenhang der Vereinigung hinausreichende, von allen Mitgliedern getragene Zielsetzung. Der fortwährende, vom Willen der Mitglieder der Al Qaida getragene Führungsanspruch von Usama Bin Laden und Aiman Al Zawahiri wird etwa durch deren per Internet oder Massenmedien veröffentlichte Video- und Audiobotschaften manifestiert.“ (BGH aaO)

2. Der Angekl. K hat sich an der Al Qaida zudem auch **als Mitglied beteiligt**.

Die **mitgliedschaftliche Beteiligung erfordert**, dass der Täter sich **unter Eingliederung in die Organisation deren Willen unterordnet** und eine Tätigkeit zur Förderung der Ziele der Organisation entfaltet. Notwendig ist eine auf Dauer oder zumindest längere Zeit angelegte Teilnahme am „Verbandsleben“ (BGHSt 18, 296 = NJW 1963, 1315; BGH NSTZ 1993, 37).

„Der Angekl. K schloss sich der Al Qaida während eines Aufenthalts in einem von dieser betriebenen Ausbildungslager in Afghanistan an. Er begab sich auf Grund des Verfolgungsdrucks nach dem Herbst 2001 absprachegemäß zurück nach Deutschland und nahm hier Rekrutierungs- und Beschaffungsmaßnahmen für die Vereinigung vor. Dass das OLG während dieser Zeit keinen Kontakt des Angekl. zur Führungsebene der Al Qaida festgestellt hat, steht vor dem Hintergrund dieser gewichtigen, fortdauernden, im Einverständnis mit der Führungsebene entfalteteten und auf eine aktive Beteiligung an der Organisation gerichteten Tätigkeiten der Annahme einer mitgliedschaftlichen Beteiligung nicht entgegen (vgl. BGHSt 46, 349 = NJW 2001, 1734 = NSTZ 2002, 328). Hinzu kommt, dass der Aufenthalt des Angekl. in Deutschland nicht auf Dauer angelegt war. Vielmehr wollte er sich zurück in ein „Jihad-Land“ begeben und sich dort erneut den kämpfenden Verbänden der Al Qaida anschließen. Aus alledem ergibt sich, dass die Mitgliedschaft des Angekl. in der Al Qaida zu keinem Zeitpunkt beendet war; vielmehr bestand sie während des Tatzeitraums unvermindert fort. Die Leistung des Treueids auf Usama Bin Laden durch den Angekl. war entgegen dem Vorbringen der Revision zum Erwerb der Mitgliedschaft nach den Feststellungen des OLG nicht konstitutiv.“ (BGH aaO)

- II. **Fraglich ist, ob auch der in der Bundesrepublik Deutschland lebende Angekl. A sich an der ausländischen terroristischen Vereinigung Al Qaida als Mitglied beteiligt hat.**

1. Die Frage, ob ein Täter, der in der Bundesrepublik Deutschland lebt, sich als Mitglied an einer terroristischen Vereinigung im Ausland beteiligt, bedarf bereits deshalb besonderer Prüfung, weil er sich **nicht im unmittelbaren Betätigungsgebiet der (Kern-) Organisation aufhält**; dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Täter nie an einem Ort befunden hat, an dem Vereinigungsstrukturen bestehen, und seine Verbindung zu der Vereinigung ausschließlich in dem Kontakt zu einem in Deutschland befindlichen Mitglied der Organisation besteht.

„Denn die Beteiligung als Mitglied setzt eine gewisse formale Eingliederung des Täters in die Organisation voraus.“ (BGH aaO)

2. Die **Begehungsform der mitgliedschaftlichen Beteiligung kommt** im Unterschied zu den Tathandlungen des Werbens für die oder des Unterstützens der Vereinigung **nur in Betracht, wenn der Täter die Vereinigung von innen** und nicht lediglich von außen her **fördert** (Krauß, LK-StGB, § 129 Rn 110).

Zwar ist hierfür **eine organisierte Teilnahme am Leben der Vereinigung nicht erforderlich**, weshalb es etwa einer förmlichen Beitrittserklärung oder einer förmlichen Mitgliedschaft mit etwa listenmäßiger Erfassung, Zahlung von Mitgliedsbeiträgen oder gar Ausstellung eines Mitgliedsausweises nicht bedarf (BGHSt 18, 296 = NJW 1963, 1315; BGHSt 29, 114 ; Rebmann NSTZ 1989, 97). Notwendig ist allerdings, dass der Täter eine Stellung innerhalb der Vereinigung einnimmt, die ihn als zum Kreis der Mitglieder gehörend kennzeichnet und von den Nichtmitgliedern unterscheidbar macht.

„**Hierfür reicht allein die Tätigkeit für die Vereinigung**, mag sie auch besonders intensiv sein, **nicht aus**; denn ein Außenstehender wird nicht allein durch die Förderung der Vereinigung zu deren Mitglied (BGHSt 18, 296 = NJW 1963, 1315; BGHSt 29, 114; BGH NSTZ 1993, 37; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 129 Rn 13).“ (BGH aaO)

Auch **ein auf lediglich einseitigem Willensentschluss beruhendes Unterordnen und Tätigwerden genügt nicht**, selbst wenn der Betreffende bestrebt ist, die Vereinigung und ihre kriminellen Ziele zu fördern (Krauß, LK-StGB, § 129 Rn 105). Die Mitgliedschaft setzt ihrer Natur nach eine Beziehung voraus, die der Vereinigung regelmäßig nicht aufgedrängt werden kann, sondern ihre Zustimmung erfordert. Eine Beteiligung als Mitglied scheidet deshalb aus, wenn die Unterstützungshandlungen nicht von einem

einvernehmlichen Willen zu einer fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben getragen sind (BGH NStZ 1993, 37).“ (BGH aaO)

3. Danach **liegen die Voraussetzungen für eine Beteiligung des Angekl. A** als Mitglied an der ausländischen terroristischen Vereinigung Al Qaida **nicht vor**.

„Der Angekl. war **nicht in der erforderlichen Weise in die Organisationsstrukturen der Al Qaida eingebunden**. Er war zu keinem Zeitpunkt etwa in Afghanistan, Pakistan oder dem Irak und hatte **keine Verbindung zu den Führungspersonen oder den sich dort aufhaltenden Mitgliedern der Organisation**. Es ist nicht festgestellt, dass außer seiner einzigen Kontaktperson, dem sich mit ihm in Deutschland befindenden Angekl. K, irgendein sonstiges Mitglied der Al Qaida überhaupt Kenntnis von ihm hatte. Unter diesen Umständen kann bereits von einer mit einer Teilnahme am Verbandsleben verbundenen Stellung des Angekl. A innerhalb der Vereinigung, wie sie für eine Beteiligung als Mitglied konstitutiv ist, keine Rede sein.

Eine willentliche Übereinstimmung zwischen der Vereinigung und dem Angekl. A bzgl. seiner Einbindung in die Organisation ist aus den dargelegten Gründen ebenfalls nicht feststellbar: Die Mitgliedschaft des Angekl. lässt sich insoweit auch nicht mit der festgestellten Übung der Al Qaida begründen, im Tatzeitraum Mitglieder unter anderem in europäische Länder mit dem Auftrag zu senden, dort für die Vereinigung rekrutierend tätig zu werden und den zuvor zum Erwerb der Mitgliedschaft üblichen Treueid auf Usama Bin Laden durch eine einseitige Erklärung der Loyalität durch die rekrutierte Person sowie deren Tätigkeit für die Organisation zu ersetzen. Die auf diese Weise angeworbenen Anhänger mögen zwar durch ihr - wie auch immer im Einzelfall geartetes - Eintreten für die Ziele der Al Qaida dieser als Unterstützer im untechnischen Sinne nützlich und willkommen sein; sie sind indes nicht ohne Weiteres, sondern nur dann als Mitglieder der Organisation i.S. der §§ 129a, 129b StGB anzusehen, wenn die oben dargelegten Voraussetzungen gegeben sind. Der Angekl. A konnte deshalb nicht allein dadurch zum Mitglied der Al Qaida werden, dass er einen besonderen Einsatz zeigte sowie seinen Willen zu einer dauerhaften Beteiligung an der Organisation durch den Wunsch manifestierte, nach Erlangung der zur Versorgung seiner Familie erforderlichen wirtschaftlichen Mittel am Jihad im Irak teilzunehmen, selbst wenn dies das Einverständnis seiner einzigen Kontaktperson der Al Qaida, des Angekl. K, fand.“ (BGH aaO)

- III. Der Angekl. A hat sich allerdings wegen **Unterstützens einer terroristischen Vereinigung im Ausland** strafbar gemacht, **§§ 129a I Nr. 1, V 1, 129b I 1 StGB**.

1. Nach **st. Rspr. unterstützt eine terroristische Vereinigung, wer**, ohne selbst Mitglied der Organisation zu sein, **deren Tätigkeit und terroristische Bestrebungen direkt oder über eines ihrer Mitglieder fördert**.

Dabei kann sich die Förderung richten auf die innere Organisation der Vereinigung und deren Zusammenhalt, auf die Erleichterung einzelner von ihr geplanter Straftaten, aber auch allgemein auf die Erhöhung ihrer Aktionsmöglichkeiten oder die Stärkung ihrer kriminellen Zielsetzung.

Nicht erforderlich ist, dass der Organisation **durch die Tathandlung ein messbarer Nutzen entsteht**. Vielmehr **genügt** es, wenn die **Förderungshandlung an sich wirksam** ist und **der Organisation irgendeinen Vorteil bringt**; ob dieser Vorteil genutzt wird und daher etwa eine konkrete, aus der Organisation heraus begangene Straftat oder auch nur eine organisationsbezogene Handlung eines ihrer Mitglieder mitprägt, ist dagegen ohne Belang (BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782 = NStZ 2007, 635).

2. Ein **tatbestandliches Unterstützen liegt demgegenüber nicht vor, wenn die Handlung der Vereinigung von vornherein nicht nützlich war und sein konnte** (vgl. BGH MDR 1981, 91; Krauß, LK-StGB, § 129 Rn 133).

Es scheidet darüber hinaus auch dann aus, wenn die unterstützende Handlung sich der Sache nach als Werben für die Vereinigung darstellt: Wirbt der Täter um Mitglieder oder Unterstützer der terroristischen Vereinigung, kommt seine Strafbarkeit - nur - nach § 129a V 2 StGB in Betracht; wirbt er lediglich für die Ideologie oder Ziele der Vereinigung, bleibt er grundsätzlich straflos (BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782 = NStZ 2007, 635).

Die hieraus folgende Privilegierung des Werbens für eine Vereinigung ist durch die entsprechende Änderung der §§ 129, 129a StGB durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.08.2002 (BGBl I, 3390) sowie das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22. 12. 2003 (BGBl I, 2836) bedingt und auf diese Tathandlung beschränkt; sie führt insbesondere nicht dazu, dass für die sonstigen Erscheinungsformen möglicher Unterstützungshandlungen vergleichbare Einschränkungen gelten etwa mit der Folge, dass die Anforderungen an den notwendigen Vorteil der Unterstützungshandlung für die Vereinigung generell zu erhöhen wären.

3. Nach alledem ist als tatbestandliche Unterstützung **jedes Tätigwerden** anzusehen, **das**

- die **innere Organisation** und den **Zusammenhalt** der Vereinigung **unmittelbar fördert**,
- die **Realisierung** der von der Vereinigung **geplanten Straftaten** - wenn auch nicht unbedingt maßgebend - **erleichtert** oder
- sich sonst auf **Aktionsmöglichkeiten** und **Zwecksetzung der Vereinigung** in irgendeiner Weise **positiv auswirkt**
- und damit die ihr **wesenseigene Gefährlichkeit festigt**, solange diese Tätigkeit sich nicht als Werben für eine Vereinigung darstellt.

Auf Grund des aus der **besonderen Tatbestandsstruktur der Vereinigungsdelikte** folgenden Verhältnisses der einzelnen Tathandlungen zueinander umfasst das Unterstützen einer Vereinigung daher auch Sachverhaltsgestaltungen, die ansonsten materiell-rechtlich als Beihilfe (§ 27 I StGB) zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Vereinigung zu bewerten wären (BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782 = NStZ 2007, 635).

*„Da als **Effekt des Unterstützens** ein **irgendwie gearteter Vorteil für die Vereinigung ausreicht**, liegt es nahe, dass bei einer Tätigkeit, die sich in der Sache als Beihilfe zur Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung darstellt, regelmäßig bereits hierin ein ausreichender Nutzen für die Vereinigung zu sehen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Täter ein Mitglied der Vereinigung bei der Erfüllung einer Aufgabe unterstützt, die diesem von der Vereinigung aufgetragen worden ist. Denn die Mitwirkung an der Erfüllung eines Auftrags, den die Vereinigung selbst einem Mitglied erteilt hat, erweist sich nicht nur allein für das betroffene Mitglied als im hier relevanten Sinne vorteilhaft. Eines noch weiter gehenden Vorteils für die Vereinigung bedarf es deshalb in diesen Fallgestaltungen nicht.*

In derartigen Fällen wird die gleichzeitig verwirklichte Beihilfe des Täters zur mitgliedschaftlichen Beteiligung des Dritten an der Vereinigung durch das täterschaftliche Unterstützen der Vereinigung verdrängt.“ (BGH aaO)

4. Nach diesen Maßstäben **hat der Angekl. A die terroristische Vereinigung Al Qaida unterstützt.**

*„Der Angekl. hat die Bemühungen des Al Qaida-Mitglieds K unterstützt, die für diesen wiederum Teil seiner mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Organisation waren. Die Förderung der Betätigungen des Angekl. K wirkte sich für diesen auch vorteilhaft aus; denn er wurde zum einen in dem Entschluss gestärkt, Straftaten zu begehen, die dem Fortbestand der terroristischen Vereinigung dienten und musste zum anderen darüber hinaus die Tätigkeiten, die der Angekl. A entfaltete, nicht selbst vornehmen oder eine andere Person hierfür gewinnen. Die Beschaffungsbemühungen des Angekl. K dienten gerade der Erfüllung der allgemeinen Order, mit der er von der Al Qaida für seine in Deutschland zu verbringende Zeit betraut worden war. Damit wurden auch **die Bestrebungen der Vereinigung insgesamt ausreichend gefördert.**“ (BGH aaO)*

1. Verletzung einer Amtspflicht

Es müsste auch ein Amtspflicht verletzt worden sein. Hiermit sind diejenigen **Pflichten** gemeint, die dem Beamten **gegenüber** dem Staat als seinem **Dienstherrn** obliegen. Inhalt und Umfang der Amtspflichten bestimmen sich nach den Vorschriften, die den entsprechenden Aufgaben und Pflichtenkreis regeln.

*„Die der Kl. erteilte Melderegisterauskunft hatte inhaltlich den **Anforderungen** zu genügen, die nach **gefestigter Auffassung** in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. nur BGH, NJW 1993, 3204 = VersR 1994, 450 unter Hinw. auf BGH, NJW 1991, 3027 = VersR 1991, 1411; VersR 1968, 371; BSG, NJW 1972, 1389; OLG I, VersR 1963, 862; Wurm, in: Staudinger, BGB, § 839 Rn 784; Palandt/Sprau, § 839 Rn 41 m.w.N.) **allgemein an behördliche Auskünfte** zu stellen sind.*

*Diese sind dem **Stand der Erkenntnismöglichkeiten** des Auskunftserteilenden entsprechend sachgerecht, d.h. **richtig, klar, unmissverständlich und vollständig** zu geben, so dass der Empfänger der Auskunft entsprechend disponieren kann. Diesen Anforderungen genügte die der Kl. auf ihre Anfrage vom 23.10.2007 erteilte (Erst-)Auskunft der Bekl. infolge inhaltlicher Unrichtigkeit unstreitig nicht.“ (OLG Hamm aaO)*

Es wurde daher eine Amtspflicht verletzt.

2. Drittschutz

Es ist zu prüfen, ob die festgestellte Amtspflicht gerade auch dazu bestimmt ist, den Interessen des Geschädigten zu dienen und ob der eingetretene Schaden vom Schutzzweck umfasst ist (= **subjektives Recht des Geschädigten**). Hierzu kommt es darauf an, ob

- die Vorschrift überhaupt **Drittwirkung** hat oder nur Allgemeininteressen dient,
- der Geschädigte zu **Kreis der geschützten Personen** gehört und
- **konkret betroffene Interesse** vom Schutzbereich der Amtspflicht umfasst ist.

Dies ist hinsichtlich der Vorschriften über die Erteilung von Melderegisterauskünften zu prüfen.

*„Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 122, 317 = NJW 1993, 2303 [2304] m.w.N.; vgl. weiter Palandt/Sprau, § 839 Rn 45f.) gehört der Geschädigte dann zum **Kreis der „Dritten“** i.S. des § 839 I 1 BGB, wenn die in Rede stehende Amtspflicht - sei es auch nicht notwendig allein, so doch jedenfalls auch - den **Zweck** hat, das **Interesse gerade dieses Geschädigten** wahrzunehmen. Aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreißen den Bestimmungen sowie aus der Natur des Amtsgeschäfts muss sich ergeben, dass der Geschädigte zu dem **Personenkreis** gehört, dessen **Belange nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert** sein sollen. Fehlt es daran, besteht keine Ersatzpflicht, selbst wenn sich die Amtspflichtverletzung für die hiervon Betr. mehr oder weniger nachteilig ausgewirkt hat. Erforderlich ist somit eine **besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten „Dritten“** (BGHZ 122, 317 = NJW 1993, 2303 [2304]).*

*Bei **Erteilung behördlicher Auskünfte** besteht die Amtspflicht zur richtigen, klaren, unmissverständlichen und vollständigen Auskunftserteilung **gegenüber jedem Dritten**, in dessen **Interesse** oder auf dessen **Antrag** hin die Auskunft erteilt wird (BGH, NVwZ 2002, 373 [374] unter Hinw. auf BGH, NJW 1980, 2573 [2574]) und zwar - im Hinblick auf § 34 I NWMG hier allerdings ohne Relevanz - unabhängig davon, ob der Beamte zur Auskunft verpflichtet war, so er sie denn erteilt hat.*

*Dementsprechend war **K** hinsichtlich der ihr erteilten Melderegisterauskunft **geschützte „Dritte“** i.S. des § 839 I 1 BGB, zumal sie in ihrer Anfrage vom 23.10.2007 ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass die erbetene Auskunft „der **Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche** dienen“ solle, was angesichts der Einreichung der Anfrage über einen Rechtsanwalt auch für den oder die zuständigen Mitarbeiter der B hinreichend deutlich machte, dass gestützt auf die Auskunft eine - bei Bedarf auch gerichtliche - Geltendmachung dieser Ansprüche beabsichtigt war, für die eine richtige Melderegisterauskunft unerlässliche Voraussetzung war.“ (OLG Hamm aaO)*

III. Verschulden

Ein Amtshaftungsanspruch setzt das schuldhaft Verhalten des Handelnden im Sinne des § 276 BGB voraus.

Vorsatz ist anzunehmen, wenn die Amtshandlung von dem Beamten **willentlich** und in Kenntnis der die Amtspflichtverletzung objektiv begründenden Tatsachen vorgenommen oder unterlassen wird.

Fahrlässigkeit liegt hingegen vor, wenn die Amtshandlung unter Außerachtlassung der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erfolgt**. Hierbei ist auf die im Verkehr erforderliche, nicht auf die in der betreffenden öffentlichen Verwaltung übliche oder nach dem Leistungsniveau des individuellen Amtsträgers zu erwartende Sorgfalt abzustellen. Es gilt also ein **objektiv-abstrakter** (= der pflichtgetreue Durchschnittsbeamte), kein individuell-subjektiver **Sorgfaltsmaßstab**

„Insoweit ist von dem Grundsatz auszugehen, **dass jeder Beamte die für sein Amt erforderlichen Sach-, Rechts- und Verwaltungskennnisse besitzen oder sich verschaffen muss** (vgl. nur BGH, NJW 1994, 2087 [2088] unter Hinw. auf NJW 1992, 3034 = NVwZ 1992, 911). Bei Einhaltung des von ihm oder ihnen zu fordernden **objektivierte[n] Sorgfaltsstandards** (BGHZ 122, 317 = NJW 1993, 2303 [2304] unter Hinw. auf BGHZ 106, 323 = NJW 1989, 976 = NVwZ 1989, 397 = NVwZ 1989, 500) hätten der oder die mit der Bearbeitung der Melderegisteranfrage der K befasste/n Amtsträger der B. danach **erkennen müssen**, dass im Melderegister der B **zwei namensgleiche Personen** geführt wurden, die von der K bei ihrer Anfrage vom 23.10.2007 mitgeteilten letzten bekannten Anschriften aber nur auf eine dieser Personen zutrafen. Der Einwand der B, die Melderegisteranfrage sei ohne Angabe des Geburtsdatums der angefragten Person gestellt worden, ist zwar zutreffend, in der Sache aber unbeachtlich, da zum einen bereits die angegebenen Voranschriften der gesuchten Person ausweislich der später erteilten weiteren Melderegisterauskunft der Bekl. vom 19.06.2008 den bzw. die zuständige/n Mitarbeiter/in der B. in die Lage versetzten, eine zutreffende Auskunft zu erteilen, diese/r andernfalls aber auch verpflichtet gewesen wäre/n, auf bestehende Unsicherheiten und die daraus resultierende fehlende Verlässlichkeit der auf die Anfrage vom 23.10.2007 hin erteilten Melderegisterauskunft hinzuweisen.“ (OLG Hamm aaO)

Die der Bekl. anzulastende Pflichtverletzung in Gestalt der Erteilung einer unrichtigen Melderegisterauskunft erfolgte schuldhaft, da fahrlässig.

IV. kausal verursachter Schaden

Der von K geltend gemachte Schaden müsste auch adäquat kausal verursacht worden sein.

„Der von K geltend gemachte Schaden in Gestalt der ihr durch die gerichtliche Inanspruchnahme der falschen Person entstandenen Kosten fällt weiterhin auch in den **sachlichen Schutzbereich der verletzte[n] Amtspflicht** und ist zudem in **zurechenbarer Weise** durch die dem/n zuständigen Amtsträger/n der B vorzuwerfende Pflichtverletzung wegen Erteilung einer unrichtigen Melderegisterauskunft verursacht worden. Die von B mit der Berufungserwiderung in Frage gestellte **sachliche Berechtigung** des im Vorprozess eingeklagten (Darlehens-)Anspruchs ist in diesem Zusammenhang **unerheblich**, da K bei richtiger Auskunftserteilung jedenfalls das gegen den „falschen“ L geführte Klageverfahren nicht eingeleitet und so jedenfalls die hierdurch verursachten Kosten vermieden hätte.“ (OLG Hamm aaO)

V. Mitverschulden der K, § 254 BGB

Es könnte aber ein Mitverschulden der K anzunehmen sein, welches zu einer Anspruchsreduzierung führt.

„Nachdem K im Vorprozess 2 O 327/07 LG E. mit gerichtlichem Anschreiben vom 09.04.2008 davon in Kenntnis gesetzt worden war, dass auf Grund eines bei Gericht eingegangenen Anrufs der Ehefrau des dort verklagten L Zweifel daran bestünden, dass dieser mit dem tatsächlichen Schuldner der von K klageweise geltend gemachten Darlehensansprüche identisch sei, bestand für K begründeter Anlass, die Richtigkeit der ihr erteilten Melderegisterauskunft der Bekl. **kritisch zu hinterfragen** und **weitere kostenträchtige (Vollstreckungs-)Maßnahmen** erst nach Klärung der Identität der verklagten Person in die Wege zu leiten. Dem hat K. nur unzureichend Rechnung getragen, indem sie dem LG als Reaktion auf dessen Anschreiben vom 09.04.2008 mit Übersendungsschreiben vom 21.04.2008 lediglich eine Kopie der ihr auf ihre Anfrage vom 23.10.2007 hin erteilten Melderegisterauskunft der B zuleitete, jedoch **keinerlei Anstrengungen** unternahm, deren **Richtigkeit durch Nachfrage** bei der B unter Vorhalt der gerichtlichen Mitteilung vom 09.04.2008 abzuklären, was - wie die später auf Anfrage des LG und K eingeholten Melderegisterauskünfte der B vom 06.06.2008 und 19.06.2008 zeigen - ohne Weiteres möglich gewesen wäre und in diesem Fall **noch vor Anfall weiterer Vollstreckungskosten** zu der Erkenntnis geführt hätte, dass die Klage bis dahin gegen den falschen Bekl. geführt worden war, so dass eine Vollstreckung aus dem ergangenen Versäumnisurteil vom 15.01.2008 zwar möglich, zur Vermeidung weiterer Schäden aber **tunlichst zu unterlassen** war. Vor diesem Hintergrund scheidet der von K erhobene Anspruch auf Ersatz einer 0,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3309 VV-RVG für die Tätigkeit ihres Bevollmächtigten in der Zwangsvollstreckung sowie von 18 Euro Gerichtsvollzieherkosten am Einwand überwiegenden und insoweit anspruchsausschließenden Mitverschuldens der K (...).“ (OLG Hamm aaO)

VI. Ergebnis: K steht gegen B ein Amtshaftungsanspruch zu, der jedoch um ihr Mitverschulden zu reduzieren ist.

BauGB
§§ 14, 16

Voraussetzungen einer Veränderungssperre
Aufstellungsbeschluss für Bebauungsplan
(OVG Greifswald in DÖV 2009, 1010; Urteil vom 01.07.2009 – 3 K 28/08)

BauR

1. Nach § 14 I BauGB ist der Beschluss der Gemeinde über die Aufstellung eines Bebauungsplans **materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** für die als Satzung zu erlassende Veränderungssperre
2. Nur der ortsüblich bekannt gemachte Aufstellungsbeschluss ist beachtlich. Die **Veröffentlichung ist Voraussetzung** seiner **Rechtswirksamkeit**
3. Bei Bekanntmachung durch Aushang ist diese **nicht schon durch den Akt der Aushängung selbst, sondern erst mit Ablauf der vorgeschriebenen Frist (die Bekanntmachung) bewirkt.**
4. Ortsrecht kann erst mit dem **Abschluss des Aushangs** Gültigkeit beanspruchen.

Fall: A ist Eigentümer eines Grundstücks im Außenbereich der Gemeinde B. Aus Anlass seines Antrags auf Erteilung einer Baugenehmigung zum Betrieb einer gewerblichen Schweinemast und Sauenzuchtanlage beschloss der Rat der B am 03.05.2007 auf der Grundlage eines 30-seitigen Plankonzepts die Aufstellung eines großflächigen Bebauungsplanes Nr. 14 „südwestlich E.“ „zur Steuerung und insbesondere Begrenzung der Bebauung im bisherigen, nur durch wenige Aussiedlerhöfe geprägten und ansonsten unzersiedelten Außenbereich im östlichen B. Gemeindegebiet“. Am gleichen Tag beschloss er eine Veränderungssperre. Letztere wurde zunächst im Amtsblatt für den Landkreis E. vom 14.05.2007 veröffentlicht, bevor der Aufstellungsbeschluss für den beabsichtigten Bebauungsplan bekannt gemacht worden war. Im Zusammenhang mit einem Normenkontrollverfahren des A hängte B ihn zwecks Bekanntmachung in der Zeit vom 5. bis 25.07.2007 öffentlich aus und veröffentlichte die Veränderungssperre erneut im Amtsblatt für den Landkreis E. Nr. 16 vom 13.07.2007.

Nach § 7 II der Hauptsatzung der B vom 20.12.2001 sind „sonstige Bekanntmachungen“ (Abs. 1 betrifft Rechtsvorschriften der B durch Aushang am „Schwarzen Brett“ zu veröffentlichen. Die Dauer des Aushangs beträgt zwei Wochen, sofern nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. Der Zeitraum der Bekanntmachung ist aktenkundig zu machen.

Gegen die Veränderungssperre leitete A am 27.06.2007 einen Normenkontrollantrag ein.

Hat der Normenkontrollantrag Aussicht auf Erfolg?

Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Antrags

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Bei dem vorliegenden Rechtsstreit müsste es sich gem. § 40 I 1 VwGO um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist gegeben, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht angehört. Die **streitentscheidenden Regelungen** sind hier die der Veränderungssperre nach §§ 14, 16 BauGB, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist, die mangels Streits von Verfassungsorganen um Verfassungsrecht aus nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Da Sonderzuweisungen nicht eingreifen ist nach § 40 I 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. richtige Verfahrensart

Als statthafes verwaltungsgerichtliches Verfahren kommt die Normenkontrolle nach § 47 VwGO in Betracht. Dann müsste es sich bei dem Kontrollgegenstand gem. § 47 I Nr. 1 VwGO um eine **baurechtliche Satzung** handeln. Die Veränderungssperre ist nach **§ 16 BauGB** eine baurechtliche Satzung, so dass das Normenkontrollverfahren statthaft ist.

III. Zuständiges Gericht

Für die Prüfung baurechtlicher Satzungen, zu denen auch der Bebauungsplan nach § 10 BauGB gehört, ist gem. § 47 I Nr. 1 das **OVG** berufen.

IV. Beteiligtenfähigkeit

Beteiligtenfähig im Normenkontrollverfahren ist gem. § 47 II 1 VwGO jede natürliche und juristische Person. Die Regelung des **§ 61 VwGO** wird somit **als lex generalis verdrängt**. A ist folglich als natürliche Person beteiligtenfähig. Nach § 47 II 2 VwGO ist der Antrag gegen die erlassende Körperschaft, in diesen Zusammenhang also gegen die B zu richten.

V. Postulationsfähigkeit, § 67 VwGO

Da das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, wie festgestellt, vor dem OVG geführt wird, muss A sich gem. § 67 VwGO durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

VI. Antragsbefugnis

A muss auch gem. § 47 II 1 VwGO antragsbefugt sein. Eine natürliche Person ist im Normenkontrollverfahren nur dann antragsbefugt, wenn die **Möglichkeit** besteht, dass sie durch die Veränderungssperre in ihren Rechten verletzt wird oder eine Verletzung jedenfalls in absehbarer Zeit zu erwarten ist. A muss sich also auf ein **subjektiv-öffentliches Recht** berufen können.

*„Der Antragsteller ist in Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht Miteigentümer eines Grundstücks im Geltungsbereich der Veränderungssperre, auf dem er eine Schweinemast- und Sauenzuchtanlage errichten will und hierfür einen **Genehmigungsantrag** gestellt hat. Dieser ist auch **nicht evident aussichtslos**; dass gewerbliche Tierhaltungen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB zulässig sein können, wird zwar in Zweifel gezogen (vgl. Söfker, NVwZ 2008, 1273), entspricht aber der bisherigen Rechtsprechung des Senats und anderer Gerichte (vgl. zuletzt OVG Münster, Beschl. v. 02.06.2009 - 8 B 572/09 -, DVBl. 2009, 1040 = RdL 2009, 235). Es kann daher keine Rede davon sein, dem Antragsteller könne ein Antragserfolg auf keinen Fall von Nutzen sein.“ (OVG Greifswald aaO)*

VII. Vorverfahren

Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens ist im Rahmen des Normenkontrollverfahrens **nicht vorgesehen**.

VIII. Antragsfrist

Die Normenkontrolle kann nach § 47 II 1 VwGO nur innerhalb einer **Frist von 1 Jahr** nach Bekanntmachung der angegriffenen Satzung werden. Diese Frist ist hier eingehalten.

IX. Zwischenergebnis: Der Antrag des A ist damit zulässig.

B. Begründetheit

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn die Veränderungssperre rechtswidrig ist, also die Voraussetzungen für ihren Erlass fehlen.

I. Rechtsgrundlage

Die Gemeinde ist gem. §§ 14, 16 BauGB zum Erlass einer Veränderungssperre als Satzung ermächtigt.

II. Formelle Rechtswidrigkeit der Veränderungssperre

1. Zuständigkeit

a) Verbandskompetenz

Zuständig zum Erlass von Veränderungssperren ist nach §§ 14, 16 BauGB die Gemeinde. Insofern bestehen hier keine Bedenken.

b) Organkompetenz

Innerhalb der Gemeinde ist gem. § 41 I 2 Ziff. g) GO der Rat für den Erlass von Satzungen nach dem BauGB, also auch für die Veränderungssperre zuständig. Er hat hier gehandelt, so dass auch im Hinblick auf die Organkompetenz keine Bedenken bestehen.

2. Form

Der Veränderungssperre ergeht – wie hier geschehen – gem. § 16 BauGB als Satzung.

3. Verfahren

Das Verfahren hinsichtlich des Erlasses der Veränderungssperre ist ordnungsgemäß durchgeführt worden.

III. materielle Rechtswidrigkeit der Veränderungssperre

Fraglich ist jedoch, ob die Voraussetzungen des § 14 I BauGB für den Erlass einer Veränderungssperre vorlagen.

1. Beschlussfassung über Aufstellung eines Bebauungsplanes

Die Veränderungssperre setzt nach § 14 I BauGB voraus, dass ein Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplanes gefasst wurde. Beide Beschlüsse wurden jedoch in einer Ratssitzung nacheinander gefasst.

„Voraussetzung für eine Veränderungssperre ist, dass ein wirksamer Planaufstellungsbeschluss vorliegt. Zwar können der Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans und der Beschluss über die Veränderungssperre in einer Ratssitzung gefasst werden, wenn der Aufstellungsbeschluss dem über die Veränderungssperre zeitlich vorausgeht.“ (OVG Greifswald aaO)

Hier wurde die Veränderungssperre nach dem Planaufstellungsbeschluss beschlossen, so dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

2. Notwendigkeit der Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses

§ 14 I BauGB knüpft nur an die „Fassung“ eines Aufstellungsbeschlusses anknüpft. Fraglich ist, ob dies seine wirksame Bekanntmachung im Sinne von § 2 I 2 BauGB voraussetzt.

*„Nach § 14 I BauGB ist der Beschluss der Gemeinde über die Aufstellung eines Bebauungsplans **materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** für die als Satzung zu erlassende Veränderungssperre (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.04.1988 - BVerwG 4 N 4.87 - BVerwGE 79, 200 [205]). Fehlt ein derartiger Aufstellungsbeschluss, so ist eine gleichwohl beschlossene und gemäß § 16 I BauGB als Satzung bekannt gemachte Veränderungssperre nichtig.“*

*Ein Aufstellungsbeschluss liegt im Rechtssinne dann nicht vor, wenn er zwar gefasst, aber entgegen § 2 I 2 BauGB nicht ortsüblich bekannt gemacht wurde. **Nur der ortsüblich bekannt gemachte Aufstellungsbeschluss ist beachtlich. Die Veröffentlichung ist Voraussetzung seiner Rechtswirksamkeit** (vgl. BVerwG, Beschluss vom 09.02.1989 - BVerwG 4 B 236.88 - Buchholz 406.11 § 14 BauGB Nr. 13 = UPR 1989, 193 = ZfBR 1989, 171 = NVwZ 1989, 661).*

*Insoweit bedarf § 14 I BauGB der **ergänzenden Auslegung**. Indem diese Vorschrift auf den Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans als tatbestandliche Voraussetzung seiner eigenen Anwendung verweist, **nimmt sie zugleich Bezug auf die ortsübliche Bekanntmachung dieses Beschlusses**. Daraus folgt, dass die ortsübliche Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses im Hinblick auf die als Satzung zu beschließende Veränderungssperre insoweit ebenfalls materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist.“* (OVG Greifswald aaO)

Die Veränderungssperre konnte daher nur dann wirksam erlassen werden, wenn der Planaufstellungsbeschluss zu diesem Zeitpunkt schon wirksam bekannt gemacht war.

3. Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses

Fraglich ist, wann hier von der Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses auszugehen ist.

*„Will die Gemeinde Normen (insbesondere: Satzungen) durch Aushang bekannt machen, muss ihre **Hauptsatzung die Dauer des Aushangs regeln**, damit das Inkrafttreten des durch Aushang bekannt gemachten Ortsrechts festgestellt werden kann (Urt. d. Sen. v. 01.04.1971 - 1 OVG A 144/69 -, DÖVDÖV 71, 821). Weil es sich um einen „**Vorgang**“ handelt, der sich über eine **gewisse Zeit** erstreckt und erst nach deren Ablauf abgeschlossen ist, ist es notwendig, **Anfangs- und Endpunkt des Vorgangs zu fixieren**.“*

Erst mit **Abschluss des Vorgangs** kann dann das **Ortsrecht Gültigkeit** beanspruchen. Es entspricht anderer obergerichtlicher Rechtsprechung anzunehmen, dass im Falle einer Bekanntmachung durch Aushang „**nicht schon durch den Akt der Aushängung selbst, sondern erst mit Ablauf der vorgeschriebenen Frist (die Bekanntmachung) bewirkt** worden ist und erst mit dem Abschluss des Aushangs das Ortsrecht Gültigkeit beanspruchen kann“ (OVG Münster, Urt. v. 14.08.2008 - 7 D 120/07.NE -, ZfBR 2008, 802 unter Hinweis auf die weitere Rechtsprechung der Obergerichte und des Bundesverwaltungsgerichts; BVerwG, Urt. v. 14.12.1973 - 4 C 71.71 -, BRS 27 Nr. 167; BVerwG, Urt. v. 07.05.1971 - IV C 76.68 -, BRS 24 Nr. 15).

Zweck der öffentlichen Bekanntmachung ist, dass jedermann Gelegenheit haben soll, vom Wortlaut der Satzung Kenntnis zu nehmen. Dies verlangt einmal, dass nicht eine vom jeweiligen oder zufälligen Belieben der aushängenden Gemeinde abhängige Zeit festgelegt wird, sowie dass so lange ausgehängt ist, bis die **Kenntnisnahme nicht allein vom Zufall abhängig** ist. Dazu ist erforderlich, dass erstens eine entsprechende Frist in der Hauptsatzung festgelegt ist, auf die sich der Bürger einstellen und verlassen kann, und zweitens, dass diese Frist auch jeweils eingehalten wird. Erst mit **Ablauf dieser Frist** ist die **Bekanntmachung endgültig vollzogen** (OVG Magdeburg, Urt. v. 15. 3.2007 - 2 K 128/06 -, zitiert nach Juris). Die Gemeinde muss sich andererseits an den von ihr in der Hauptsatzung einmal festgeschriebenen Fristen festhalten lassen und kann nicht nach Belieben davon abweichen.“ (OVG Greifswald aaO)

Bei der Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses, der - anders als der Beschluss über den Bebauungsplan selbst - keinen Rechtsnormcharakter hat, ist nach § 7 II der Hauptsatzung der B vom 20.12.2001 ein 2-wöchiger Aushang am „Schwarzen Brett“ erforderlich.

Der öffentliche Aushang hatte erst am 05.07.2007 begonnen und dauerte noch bis zum 25.07.2007 an.

Die Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses ist daher erst für den 26.07.2007 anzunehmen.

4. Konsequenzen für die Veränderungssperre

Hier wurde die Veränderungssperre schon am 13.07.2007 bekannt gemacht, also zu einem Zeitpunkt, als der Planaufstellungsbeschluss mangels Ablaufs der Ausgangsfrist noch nicht wirksam geworden war.

Es fehlt daher an einer materiellen Voraussetzung für die Wirksamkeit der Veränderungssperre. Diese ist rechtswidrig ergangen.

C. Ergebnis: Der Normenkontrollantrag ist zulässig und begründet.

Kurzauslese I

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.

BGB
§ 393

Aufrechnungsverbot gegenseitige unerlaubte Handlung

BGB

(BGH in NJW 2009, 3508; Beschluss vom 15.09.2009 – VI ZA 13/09)

Das **Verbot der Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung** gilt auch dann, wenn sich **zwei Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gegenüberstehen**, die aus einem einheitlichen Lebensverhältnis resultieren.

„Nach dem **klaren Wortlaut der Bestimmung des § 393 BGB** ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht zulässig (RGZ 123, 6). Dieses gesetzliche Aufrechnungsverbot gilt auch dann, wenn auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen gegeben sind, die aus einem einheitlichen Lebensverhältnis resultieren.

Soweit in Lit. und Rspr. dazu teilweise eine andere Auffassung vertreten wird, vermag der Senat dem nicht zu folgen, zumal der Gesetzgeber die in der Lit. geäußerten Korrekturvorschläge weder bei der Schaffung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl I, 3138) noch bei Erlass des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl I, 2674) aufgegriffen hat.

Die in der Lit. zum Teil vertretene Auffassung, wonach ein Aufrechnungsverbot zu verneinen sei, wenn auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen gegeben sind (Larenz, Lehrbuch d. SchuldR, 14. Aufl., Bd. I, § 18 VI b; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, 10. Aufl., Rn 339; Blomeyer, Allgemeines SchuldR, 4. Aufl., § 40 VI 2a; Staudinger/Bittner, BGB [2009], § 273 Rn 111; Erman/Wagner, BGB, 12. Aufl., § 393 Rn 2; Kropholler, Studienkommentar, BGB, 10. Aufl., Vorb. § 387 Rn 10; Jauernig/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 393 Rn 1; Lüke/Huppert JuS 1971, 165), ist mit dem klaren Wortlaut der Bestimmung nicht vereinbar. Im Hinblick darauf wird teilweise eine eingeschränkte Nichtanwendbarkeit des Aufrechnungsverbots nur für solche Fälle, in denen die gegenseitigen Ansprüche auf einem einheitlichen Lebensverhältnis wie etwa einer Prügellei - beruhen, befürwortet (LG Stade MDR 1958, 99; Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl., § 393 Rn 5; Deutsch NJW 1981, 735; Weber, BGB-RGRK, 12. Aufl., § 393 Rn 7; Wermeckes, AnwKomm, § 393 Rn 2; Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, § 393 Rn 7; Schulze, in: HK-BGB, 4. Aufl., Rn 1; Jauernig/Stürner, § 393 Rn 1; Brox/Walker, Allg. SchuldR, 33. Aufl., § 393 Rn 15). Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Vorschrift einem kalkulierten Missbrauch des Aufrechnungsrechts zum Zwecke der Privatrache gegenüber einem zahlungsunfähigen Erstschädiger vorbeugen wolle. Diese Gefahr bestehe aber dann nicht, wenn das Zweideliktsdelikt innerhalb desselben Raufhandels begangen sei oder jedenfalls einen spontanen Racheakt in unmittelbarem Anschluss an das erste Delikt darstelle (Soergel/Zeiss, § 393 Rn 5). Eine andere Auffassung hält eine Korrektur des § 393 BGB nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB je nach den Umständen des konkreten Falls für geboten (Glötzner MDR 1975, 718). Wiederum andere sprechen sich schließlich dafür aus, § 393 BGB nur dann anzuwenden, wenn der Schuldner zum Zwecke der Selbsthilfe gehandelt hat (Pielemeier, Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB: seine Entstehungsgeschichte und seine Bedeutung im geltenden Recht, 1988, S. 116, und Tamblé, Privilegien im Aufrechnungs- und Pfändungsrecht, insbesondere in ihrer Kollision, 1966, S. 94ff., 97).

Eine **eingeschränkte Nichtanwendbarkeit des Aufrechnungsverbots** nur für solche Fälle, in denen die gegenseitigen Ansprüche auf einem einheitlichen Lebensverhältnis beruhen, **ist jedoch abzulehnen**. Sie würde zu einer **nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit** führen, weil dann in jedem Einzelfall geprüft werden müsste, ob die Voraussetzung eines einheitlichen Lebensvorgangs gegeben ist. Nach wohl h. M. gilt das Aufrechnungsverbot deshalb uneingeschränkt (vgl. RGZ 123, 6; OLG Celle NJW 1981, 766; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2006, § 393 Rn 31; Enneccerus/Lehmann, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 15. Aufl., § 73 II 2; v. Feldmann JuS 1983, 357, Fn 58; Gerhardt, in: Athenäum-ZivilR, I, S. 731f.; Haase JR 1972, 137; Medicus/Lorenz, SchuldR I, 18. Aufl., Rn 313; Planck/Siber, BGB, Bd. II, Anm. 4; Staudinger/Kaduk, BGB, 12. Aufl., § 393 Rn 35; MüKo-BGB/Schlüter, 5. Aufl., § 393 Rn 5; Soergel/Zeiss, § 393 Rn 5; Rüßmann, jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 393 Rn 5; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 393 Rn 5).“ (BGH aaO).

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 426 I

Gesamtschuldnerausgleich Verjährung des Ausgleichsanspruchs

BGB

(BGH in MDR 2009, 1275; Urteil vom 09.07.2009 – VII ZR 109/08)

Der **Ausgleichsanspruch des Gesamtschuldners**, der den Anspruch des Gläubigers erfüllt hat, **wird grds. nicht davon berührt, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den anderen Gesamtschuldner verjährt** ist.

I. Der **Ausgleichspflichtige** ist **nicht** wie hinsichtlich des nach § 426 II BGB übergegangenen Anspruchs **berechtigt**, dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner **alle Einreden entgegenzuhalten**, die sich aus dessen Verhältnis zum Gläubiger ergeben.

„Indem das Gesetz in § 426 I BGB einen **selbstständigen Ausgleichsanspruch** schafft, gewährt es dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner eine **Rechtsposition**, die er allein durch die Überleitung des Gläubigeranspruchs nach § 426 II BGB nicht erhalte. Diese Begünstigung würde dem Anspruchsberechtigten wieder genommen, wenn der Anspruch denselben Beschränkungen unterläge wie der übergeleitete Gläubigeranspruch.“ (BGH aaO)

II. Die **Verjährung** des gegen den Bekl. gerichteten Gläubigeranspruchs kann **nicht zum Nachteil des ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners** wirken, denn dieser ist an der **Rechtsbeziehung zwischen dem Gläubiger und dem weiteren Gesamtschuldner nicht beteiligt**.

„Die **Disposition, die der Gläubiger innerhalb dieses Rechtsverhältnisses durch (bewusstes oder unbewusstes) Verjährenlassen seiner Forderung gegenüber dem einen Gesamtschuldner trifft, kann nicht das Innenverhältnis der Gesamtschuldner zum Nachteil des anderen gestalten** (vgl. MüKo-BGB/Bydlinsky, 5. Aufl., § 426 Rn 58; BGHZ 58, 216; Kniffka BauR 2005, 274).“ (BGH aaO)

- III. Der **Gläubiger kann nach § 421 S. 1 BGB die Leistung nach seinem Belieben** von jedem der Schuldner ganz oder teilweise **verlangen**.

„Die **Regelung trägt seinem Interesse Rechnung, nicht dadurch beeinträchtigt zu werden, dass mehrere Beteiligte auf der Schuldnerseite stehen** (Glöckner BauR 2005, 251). Macht er von seinem Recht Gebrauch, nur gegen einen von mehreren Gesamtschuldnern vorzugehen, und verjährt infolge seiner Untätigkeit gegenüber dem anderen Gesamtschuldner seine gegen diesen bestehende Forderung, kann ihm dies grds. nicht zum Nachteil gereichen. Allenfalls wenn sich das Verhalten des Gläubigers als rechtsmissbräuchlich darstellt, könnte eine Wirkung für den Anspruch gegen den anderen Gesamtschuldner bejaht werden. Allein das Verstreichenlassen der Verjährungsfrist, sei es wissentlich, aus Unkenntnis oder aus mangelnder Sorgfalt, genügt hierfür nicht. Andernfalls wäre der Gläubiger gehalten, gegen jeden Gesamtschuldner verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen, wovon ihn die Vorschriften über die Gesamtschuld, insbesondere § 425 BGB, gerade freistellen.“ (BGH aaO)

- IV. Es muss daher hingenommen werden, dass der **Ausgleichsverpflichtete im Innenausgleich im Endergebnis zur Leistung herangezogen** werden kann, **obwohl er sich dem Gläubiger gegenüber auf die Verjährung des Anspruchs berufen kann**.

„Das ist ersichtlich im **Gesetzgebungsverfahren** zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts nicht anders gesehen worden: So hat sich der Rechtsausschuss mit der Frage beschäftigt, ob die neuen Verjährungsregeln auch beim Gesamtschuldnerausgleich zu zweckmäßigen Ergebnissen führen. Er hat darauf hingewiesen, dass die Verkürzung der Verjährung von dreißig Jahren auf drei Jahre sachgerecht ist. **Änderungsvorschläge**, wie sie im Vorfeld der Schuldrechtsmodernisierung im Abschlussbericht der Schuldrechtskommission aus dem Jahre 1992 erarbeitet worden sind (Abschlussbericht S. 108 f.), **sind im Gesetzgebungsverfahren nicht aufgenommen worden**. Im Abschlussbericht war eine Regelung vorgeschlagen worden, wonach der Ausgleichsanspruch aus § 426 I BGB wie der Anspruch des Gläubigers gegen den ausgleichsverpflichteten Gesamtschuldner verjährt. Es sollten jedoch Ausnahmetatbestände gelten, die es dem in Anspruch genommenen Gesamtschuldner für kurze Zeit erlauben, den ausgleichspflichtigen Gesamtschuldner auch dann noch in Anspruch zu nehmen, wenn der Anspruch des Gläubigers gegen den ausgleichspflichtigen Gesamtschuldner verjährt ist.“ (BGH aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 535**Mietvorvertrag**

BGB

begründet keinen Mietzinsanspruch des Vermieters

(OLG Düsseldorf in MDR 2009, 1333; Beschluss vom 22.06.2009 – I-24 U 178/08)

Allein aus einem **Mietvorvertrag erwächst dem Vermieter kein Anspruch auf Zahlung des** in Aussicht genommenen **Mietzinses**.

„Zwar ist auch ein **Vorvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag; er hat aber regelmäßig einen anderen Vertragsgegenstand als der (noch abzuschließende) Hauptvertrag**. Denn im Vorvertrag einigen sich die Parteien nur darüber, einen anderen schuldrechtlichen Vertrag, nämlich den Hauptvertrag, zu einem späteren Zeitpunkt abzuschließen (BGHZ 102, 384; Staudinger/Bork, BGB, Neubearbeitung 2003, Vorbem. zu §§ 145 ff. Rn 51). Entsprechend **begründet der Vorvertrag lediglich einen Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages und** – ggf. – bei unberechtigter Weigerung einer Vertragspartei **auf Leistung von Schadensersatz**, nicht aber unmittelbar auf Erfüllung der im künftigen Hauptvertrag noch zu begründenden Leistungsverpflichtung.“ (OLG Düsseldorf aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

HGB
§ 19 II**Unternehmergesellschaft**

HGB

Firma „... GmbH & Co. ...“ ist unzulässig

(KG in Rpfleger 2009, 836; Beschluss vom 08.09.2009 – 1 W 244/09)

Die **Firma einer Personenhandelsgesellschaft „... GmbH & Co. ...“ ist unzulässig, wenn nur Unternehmergesellschaften i. S. von § 5a I GmbHG persönlich haften**.

„Aus der die Haftungsbeschränkung kennzeichnenden **Bezeichnung nach § 19 II HGB muss sich ergeben, um welche Art von Gesellschaft es sich bei dem persönlich haftenden handelt**. Es trifft zwar zu, dass der Firma nicht mehr die Funktion zukommt, über die Identität der persönlich haftenden Gesellschafter zu informieren, § 18 I HGB. Sie hat jedoch aus **Gründen der Transparenz die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse für den Rechtsverkehr offen zu legen** (vgl. BT-Drucks. 13/8444 S. 54, 56). Dazu gehört auch die Angabe, welcher Rechtsform die persönlich haftende Gesellschafterin konkret unterfällt. Bei der **Unternehmergesellschaft nach § 5a GmbHG handelt es sich um eine Unterform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung** (vgl. BT-Drucks. 16/9737 S. 55), die in ihrer Firma abweichend von § 4 GmbHG zwingend die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ zu führen hat, § 5a I HGB. Die deutlich andere Firmierung soll eine **Täuschung des Geschäftsverkehrs darüber ausschließen, dass es sich um eine Gesellschaft handelt, die möglicherweise mit sehr geringem Gründungskapital ausgestattet ist** (vgl. BT-Drucks. 16/6140 S. 31). Gleiches gilt für die Bezeichnung nach § 19 II HGB: Diese soll **den Geschäftsverkehr über die gesetzliche (Mindest-)Kapitalausstattung und die Vermögensstruktur des persönlich haftenden Gesellschafters unterrichten**. Dabei geht es entgegen der Ansicht der Beteiligten nicht um eine Information über die tatsächlichen Vermögensverhältnisse der juristischen Person, sondern allein über die rechtlichen Verhältnisse. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, dass der Gesetzgeber die Anforderungen an die Kapitalaufbringung bei der Gründung einer „normalen“ Gesellschaft mit beschränkter Haftung ebenfalls herabgesetzt hat. Ebenso ist es unerheblich, dass für die Verbindlichkeiten sowohl der Gesellschaft mit beschränkter Haftung i. S. v. §§ 4, 5 GmbHG als auch der Unternehmergesellschaft i. S. v. § 5a GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen haftet, § 13 II GmbHG. Gleiches gilt auch für andere Rechtsformen wie z. B. die Aktiengesellschaft, § 1 I 2 AktG.“ (KG aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 69 II Nr.3

bedeutender Fremdschaden
Wertgrenze: 1.400,00 €

StGB

(LG Frankfurt a.M. in StV 2009, 649; Beschluss vom 13.05.2008 – 5/9a Qs 5/08 – 332 Js 1558/08)

Der Schadensbetrag, mit dem ein **bedeutender Fremdschaden i. S. des § 69 II Nr. 3 StGB** anzunehmen ist, beträgt **mindestens 1.400,00 EUR**.

„Die Kammer orientiert sich nunmehr indes aufgrund des Zeitablaufes seit der letzten Anpassung der Wertgrenzenbestimmung die Auslegung des Begriffes „bedeutender Fremdschaden“ i. S. von § 69 II Nr. 3 StGB an den in der Rspr. erarbeiteten Kriterien. Danach ist der bedeutende Schaden nach **objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten** zu beurteilen,

„wobei zur Auslegung des Begriffs die Kosten zur Behebung des Sachschadens und der allgemeinen Einkommensentwicklung entscheidende Bedeutung zukommt. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist maßgebend, weil das geschützte Rechtsgut bei dem Tatbestand des unerlaubten Entfernens vom Unfallort darin besteht, die Möglichkeit zu wahren, die durch einen Unfall entstandenen Ansprüche festzustellen und zu sichern sowie unberechtigte Ansprüche abzuwehren ...“.

Bei der Bemessung der neuen Wertgrenze von 1.400,00 € geht die Kammer dabei von der darzulegenden **Entwicklung der Reparaturkosten und des Einkommens** seit dem Jahr 2002 aus unter Berücksichtigung der letzten Anpassung der Wertgrenzenbestimmung im Jahr 2004, wobei anzumerken ist, dass die nunmehrige Anpassung auf das Jahr 2004 zu beziehen ist und nicht etwa auf andere, in der Rspr. uneinheitlich zu verschiedenen Zeitpunkten festgelegte Basiswerte.

Vor diesem Hintergrund hat die Kammer die Preis- und Kostenentwicklung im Bereich der Kraftfahrzeugreparaturen seit dem Jahre 2002 durch einen vereidigten Sachverständigen für Straßenverkehrsunfälle, Kfz-Schäden und -Bewertung ermitteln lassen und diese im Ergebnis zur Bemessung eines „bedeutenden Schadens“ allgemein und im vorliegenden Fall herangezogen (wird ausgeführt).

Die Bemessung der Wertgrenze des § 69 II Nr. 3 StGB erfordert über die rein rechnerische Ermittlung der Kostenentwicklung hinaus auch - wie ausgeführt - die **normative Bewertung der sonstigen, für das Vorliegen eines bedeutenden Fremdschadens wertbestimmenden Faktoren**. Hierzu zählt, wie ausgeführt, insbes. die **allgemeine reale Einkommensentwicklung der Bevölkerung**. Dabei kann es sich um eine dem Preisanstieg gegenläufige Entwicklung handeln. Die Bewertung der allgemeinen realen Einkommensentwicklung im Berechnungszeitraum dient dabei gleichsam als Korrektiv, um einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Preisanstieg im Kfz-Gewerbe und der Einkommensstruktur der Bevölkerung herzustellen. Hierdurch kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es zwar in dem beschriebenen Umfang zu Preissteigerungen im Kfz-Gewerbe gekommen ist, aber das durchschnittliche reale, also preisbereinigte, Nettoeinkommen der Bevölkerung seit dem Jahre 1991 nahezu unverändert blieb und in seiner Tendenz eher rückläufig ist.

Jedoch erscheint es der Kammer im **Interesse der Rechtssicherheit** für diese Frage nicht tunlich, die Wertgrenze in Anlehnung an die Preisentwicklung im Kfz-Gewerbe und den sonstigen benannten Faktoren jeweils in kurzen Abständen um relativ geringfügige Beträge zu ändern, sondern hält auch unter **Berücksichtigung der zukünftigen Preisentwicklung** eine gewisse großzügiger bemessene Festsetzung der Wertgrenze in § 69 II Nr. 3 StGB als im Sinne der Rechtssicherheit für notwendig und praxisgerecht.

Nach Abwägung aller für die Bemessung eines bedeutenden Schadens bestimmenden Faktoren, bemisst sich die Wertgrenze für dessen Annahme auf 1.400,00 €.“ (LG Frankfurt a.M. aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 130 I Nr.2

Volksverhetzung
NPD-Wahlplakat „Polen-Invasion stoppen!“

StGB

(BVerfG in NJW 2009, 3503; Beschluss vom 24.09.2009 – 2 BvR 2179/09)

Die **Belange der Meinungsfreiheit** können nach **Bejahung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 130 I Nr. 2 StGB** nicht mehr berücksichtigt werden, da die **Menschenwürde im Verhältnis zur Meinungsfreiheit nicht abwägungsfähig** ist.

„Die **textliche und bildliche Aussage auf den Wahlplakaten** [„Polen-Invasion stoppen!“] stellt ungeachtet ihres möglichen ehrverletzenden Gehalts ein vom Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG erfasstes **Werturteil** dar.

Eine **inhaltliche Begrenzung von Meinungsäußerungen** kommt u. a. **im Rahmen der allgemeinen Gesetze** i.S. des Art. 5 II GG in Betracht. Das Vorliegen einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit wurde hier mit einem Verstoß gegen § 130 StGB begründet. Bei § 130 StGB handelt es sich um ein allgemeines Gesetz i.S. des Art. 5 II GG, das dem Schutz der Menschlichkeit dient und seinen verfassungsrechtlichen Rückhalt letztlich in Art. 1 I GG findet (vgl. BVerfGE 90, 241 = NJW 1994, 1779).

Die Fachgerichte haben bei der Auslegung und Anwendung von § 130 StGB insbesondere die aus Art. 5 I 1 GG abzuleitenden **verfassungsrechtlichen Anforderungen zu beachten**, damit die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts auf der Normanwendungsebene zur Geltung kommt (vgl. BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303; BVerfGE 94, 1 = NJW 1996, 1529; BVerfG NJW 2001, 61).

Das OVG [hat] bei der Entscheidung, ob der von ihm ohne Willkür angenommene Verstoß gegen § 130 StGB die Untersagungsverfügung nach § 13 MVSOG rechtfertigt, auch eine **einzelfallbezogene Abwägung zwischen der Bedeutung der Meinungsfreiheit und dem Rang des durch die Meinungsfreiheit beeinträchtigten Rechtsguts** vorgenommen und ist zu dem verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis gelangt, dass die ordnungsrechtliche Berechtigung zum staatlichen Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit nicht zurückzustehen hat. Da die Menschenwürde im Verhältnis zur Meinungsfreiheit nicht abwägungsfähig ist (vgl. BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303), können die Belange der Meinungsfreiheit nach **Bejahung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 130 I Nr. 2 StGB** nicht mehr berücksichtigt werden. Diesen die Belange der Meinungsfreiheit verdrängenden Effekt müssen die Gerichte beachten (vgl. BVerfG NJW 2008, 2907.“ (BVerfG aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 184a Nr.2**Verbreitung pornografischer Schriften**
Nutzung einer Internet-Tauschbörse

StGB

(OLG Oldenburg in StV 2009, 469; Beschluss vom 08.05.2009 – 1 Ss 46/09)

Die **bloße Nutzung einer Internet-Tauschbörse lässt keinen Schluss darauf zu, dass der Nutzer weiß oder damit rechnet, dass auch die von ihm auf seinen Personalcomputer heruntergeladenen und gespeicherten (hier: gewaltpornographischen) Dateien ohne sein weiteres Zutun sofort der Tauschgemeinschaft zugänglich sind.**

„Ein **Erfahrungssatz** dahingehend, dass ein bloßer - auch wiederholter - Nutzer einer Tauschbörse wisse oder doch damit rechne, dass er die von ihm heruntergeladenen Dateien schon durch seinen Download anderen Nutzern zur Verfügung stelle, **existiert nicht**. Der Name des Eingangs-Ordners "incoming" spricht jedenfalls dagegen und lässt ohne weiteres gerade nicht vermuten, dass hier auch "Ausgangs"-Dateien gespeichert werden. Das Erfordernis eines gesonderten Ausgangs-Ordners ist auch deswegen naheliegend, weil andernfalls immer nur schon heruntergeladene Dateien zum Tauschen zur Verfügung ständen.

Der zum Beweis des Vorsatzes des Angekl. vom LG ferner ausgeführte Umstand, dass sich in ähnlichen Dateien nicht frei zugänglichen Ordnern auf dem PC des Angeklagten befanden, ist irrelevant, denn das Verschieben von heruntergeladenen Dateien in andere Ordner kann aus vielerlei Gründen erfolgen, etwa um sie in ein eigenes Dateiordnungssystem einzufügen.“ (OLG Oldenburg aaO).

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 277**Fälschung von Gesundheitszeugnissen**
Vortäuschen einer Beauftragung

StGB

(OLG Frankfurt a.M. in NSTZ 2009, 700; Beschluss vom 31.03.2009 – 2 Ss 325/08)

Den **Tatbestand des § 277 StGB erfüllt auch derjenige, der wahrheitswidrig vorgibt, von einem Arzt zur Ausstellung des Gesundheitszeugnisses beauftragt oder bevollmächtigt zu sein.**

„Der **Täter handelt dann „unberechtigt unter dem Namen des Arztes“** (LK-Gribbohm, 11. Aufl., § 277 Rn 12; Schöнке/Schröder-Cramer/Heine, 27. Aufl., § 277 Rn 7; zweifelnd, Fischer, 56. Aufl., § 277 Rn 7). Die Gegenauffassung, die das Handeln unter der falschen Behauptung einer Vollmacht für nicht tatbestandsmäßig hält (so z.B. SK-Hoyer Stand: Juli 1998, § 277 Rn 12; NK-StGB-Puppe, 2. Aufl., § 277 Rn 8; MüKo-StGB/Erb, § 277 Rn 5) übersieht, dass das Wort „unberechtigt“ bei Einführung des Strafgesetzbuches im Jahre 1871 in den ansonsten wörtlich aus dem Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14.04.1851 - dort § 256 - übernommen Tatbestand eingefügt wurde, um gerade diesen Fall zu erfassen (vgl. von Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, 5. Aufl., 1884, § 277 Anm. 3; zum Preußischen Strafgesetzbuch Goldammer Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, Theil II, § 256; Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen, S. 80).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BhV
§ 12 I 2 HS 1, II 1**Beihilfe**

BeamtenR

Kürzung um Praxisgebühr ist zulässig

(BVerwG in NWVBI 2009, 380; Urteil vom 30.04.2009 – 2 C 127/07)

Die **Kürzung der (Kranken-) Beihilfe um die sog. Praxisgebühr ist mit dem Fürsorge- und Alimentationsgrundsatz vereinbar**; zudem garantiert die Ausgleichsregelung in Härtefällen, dass **die beihilfeberechtigten Beamten nicht unzumutbar belastet** werden.

- I. Der **Alimentationsgrundsatz** verpflichtet den Dienstherrn, Beamten und ihren Familien Mittel für einen Lebensunterhalt zur Verfügung zu stellen, der nach dem Dienstrang, der mit dem Amt verbundenen Verantwortung und der Bedeutung des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit angemessen ist. Die Beamten müssen über ein Nettoeinkommen verfügen, das ihre rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit gewährleistet und über die Befriedigung der Grundbedürfnisse hinaus einen dem Amt angemessenen Lebenszuschnitt ermöglicht (BVerfGE 114, 258 = NVwZ 2005, 1294; BVerfGE 117, 330 = NVwZ 2007, 568; st. Rspr.). Die Pflicht zur Gewährung eines amtsangemessenen Lebensunterhalts erstreckt sich auch auf besondere Belastungssituationen wie Krankheit oder Pflegebedürftigkeit, die mit der Regalimентация finanziell nicht zu bewältigen sind.

Allerdings **genießt das gegenwärtige „Mischsystem“ von Alimentation und ergänzender, anlassbezogener Beihilfe keinen verfassungsrechtlichen Bestandsschutz.**

„Der einfache Gesetzgeber unterliegt hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Beihilfe daher keinen Bindungen durch das Alimentationsprinzip. Stellen Absenkungen des Beihilfestandards im Zusammenwirken mit anderen Besoldungseinschnitten die Amtsangemessenheit der Alimentation in Frage, so ist verfassungsrechtlich nicht die Anpassung der Beihilfen, sondern eine entsprechende Korrektur der Besoldungsgesetze geboten, die das Alimentationsprinzip konkretisieren. Die Kürzungsregelung des § 12 I 2 Halbs. 1 BhV wäre daher auch dann nicht unwirksam oder unanwendbar, wenn die Alimentation unter das verfassungsrechtlich gebotene Niveau sinken sollte. In diesem Fall muss der Gesetzgeber entscheiden, auf welche Weise er sicherstellt, dass das jährliche Nettoeinkommen der Beamten dem Alimentationsprinzip entspricht. Er kann sowohl die Dienstbezüge erhöhen als auch Besoldungseinschnitte rückgängig machen (BVerwGE 131, 20 = NVwZ 2008, 1129 m.w. Nachw.). Demzufolge stellen sich die vom BerGer. aufgeworfenen Fragen zu den Auswirkungen der streitigen Kürzungsregelung im Gesamtgefüge von Eigenvorsorge, Beihilfe und verfügbarer Alimentation nicht.“ (BVerwG aaO).

- II. § 12 I 2 HS 1 BhV **verstößt auch nicht gegen das verfassungsrechtliche Fürsorgeprinzip.**

„Dieser hergebrachte Grundsatz i.S. des Art. 33 V GG fordert, dass der Dienstherr den amtsangemessenen Lebensunterhalt der Beamten und ihrer Familien auch in besonderen Belastungssituationen wie Krankheit oder Pflegebedürft

tigkeit sicherstellt. Er muss dafür Sorge tragen, dass **Beamte** in diesen Lebenslagen **nicht mit erheblichen finanziellen Aufwendungen belastet bleiben, die sie nicht mehr in zumutbarer Weise aus ihrer Alimentation bestreiten können** (st. Rspr., vgl. u.a. BVerfGE 106, 225 = NVwZ 2003, 720 = NJW 2003, 2158; BVerfG NJW 2008, 137 = NVwZ 2008, 66 = DVBl 2007, 1493; BVerwGE 131, 20 = NVwZ 2008, 1129; BVerwGE 131, 234 = NVwZ 2009, 472, jeweils m.w. Nachw.). Dies ist ebenfalls auf der Grundlage des gegenwärtig praktizierten „Mischsystems“ zu beurteilen.

Die **verfassungsrechtliche Fürsorgepflicht** verlangt allerdings weder, dass Aufwendungen der Beamten in Krankheitsfällen durch Leistungen einer beihilfekonformen Krankenversicherung und ergänzende Beihilfen vollständig gedeckt werden, noch, dass die von der Beihilfe nicht erfassten Kosten in vollem Umfang versicherbar sind (st. Rspr., vgl. zuletzt Urteil vom BVerwGE 131, 234 = NVwZ 2009, 472 m.w. Nachw.). Der Dienstherr ist durch die Fürsorgepflicht in seinem von Art. 33 V GG erfassten Kernbereich daher grds. nicht gehindert, im Rahmen der nach medizinischer Einschätzung behandlungsbedürftigen Leiden Unterschiede zu machen und die Erstattung von Behandlungskosten aus triftigen Gründen zu beschränken oder auszuschließen. Er muss zwar eine medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung im Krankheitsfall gewährleisten. Das **bedeutet jedoch nicht, dass er die Aufwendungen eines medizinisch notwendigen Arzneimittels in jedem Fall in voller Höhe erstatten muss**. Die pauschale Kürzung der Beihilfe nach § 12 I 2 Halbs. 1 BhV kann unter der Geltung des gegenwärtig praktizierten „Mischsystems“ zwar dazu führen, dass in Einzelfällen die finanziellen Möglichkeiten des Beamten überfordert werden. Solche Folgen können etwa bei chronischen Erkrankungen oder bei kinderreichen Beamtenfamilien auftreten. Für derartige Fallgestaltungen muss der Dienstherr normative Vorkehrungen treffen, damit dem Beamten nicht erhebliche Aufwendungen verbleiben, die im Hinblick auf die Höhe der Alimentation nicht mehr zumutbar sind. Das ist jedoch mit der Härtefallregelung des § 12 II BhV geschehen.“ (BVerwG aaO).

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

JAusbG NRW
§ 32**unzulässiges Hilfsmittel
ungenutzter Spickzettel**

PrüfR

(VG Köln in NWVBI 2009, 280; Urteil vom 15.04.2009 – 6 K 5366/07)

Auch ein **ungenutzter Spickzettel** ist als **unzulässiges Hilfsmittel** anzusehen.

„Unabhängig davon, ob der Spickzettel lediglich Informationen enthält, die sich auch den zur Verfügung stehenden Informationen und Gesetzessammlungen entnehmen lassen, ist er allein **durch die kompakte Art der Darstellung als Gedächtnisstütze und Hilfe anzusehen**. Davon geht auch der Kl. selbst aus, wenn er ausführt, er habe den Zettel als Lernhilfe zur Verinnerlichung der Voraussetzungen der GoA und der Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung erstellt. Bei entsprechender Aufgabenstellung hätten die Informationen zumindest eine **Zeitersparnis** bedeutet, die gerade in der kurzen Vorbereitungszeit einen erheblichen Vorteil darstellt. Die Tatsache, dass der Zettel dem Kläger in der konkreten Situation aufgrund der Aufgabenstellung keinen Vorteil brachte, ist unbeachtlich, da die generelle Geeignetheit genügt (vgl. Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, 4. Aufl., Rn 448).

Um die **Gleichbehandlung aller Prüflinge sicherzustellen**, hat das Justizprüfungsamt in den „Weisungen für den Aktenvortrag“ festgelegt, dass „nur die zur Verfügung gestellten Gesetzessammlungen und Kommentare“ als Hilfsmittel benutzt werden dürfen. Bereits aus der Verwendung des Wortes „nur“ ist eindeutig zu ersehen, dass Hilfsmittel ausschließlich die zur Verfügung gestellten Werke sein dürfen. Darunter fällt der in Rede stehende Zettel unzweifelhaft nicht. Die von dem Kl. vorgetragene Argumentation, dass damit auch Stifte etc. ausgeschlossen seien, greift nicht durch, da diese Arbeitsmittel und keine Hilfsmittel darstellen.“ (VG Köln aaO).

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

AO
§ 118**Verwaltungsakt
Beitreibungsersuchen an einen EG-Mitgliedstaat**

öffR

(BFH in BB 2009, 2463 = NVwZ-RR 2009, 948; Urteil vom 21.07.2009 – VII R 52/08)

Die **Übermittlung eines Beitreibungsersuchens an eine Behörde in einem EG-Mitgliedstaat** ist kein **Verwaltungsakt**, aber auch kein rein behördeninterner Vorgang. Rechtsschutz auf Rücknahme des Ersuchens kann daher mit der Leistungsklage gesucht werden.

„Der Senat teilt nicht die Auffassung des FG Düsseldorf (Beschluss v. 13.09.1989 - 5 V 364/89 AE), dass ein solches Ersuchen als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist: Zum Einen ergeht es schon der **äußeren Form** nach nicht als Verwaltungsakt. Als Ersuchen an eine Behörde eines Mitgliedstaates **fehlt** es der Maßnahme darüber hinaus auch an einer **Regelung i.S. des § 118 der Abgabenordnung** (AO 1977). Die darin enthaltenen Daten werden nicht festgestellt, sondern lediglich mitgeteilt. Das gilt auch für die abzugebende Erklärung, dass die Voraussetzungen für das Vollstreckungsersuchen vorliegen. Zwar sieht die Rspr. des Senats in den für die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen erforderlichen Anträgen an das (inländische) VollstrG oder Grundbuchamt Verwaltungsakte, weil sie die Bestätigung enthalten, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vollstreckung vorliegen (z.B. BFH, BFH/NV 1993, 460). Die Bestätigung ist aber - auch wenn der Wortlaut dies nahelegt - mit der Bestätigung der Vollstreckungsvoraussetzungen bei Anträgen an das VollstrG oder das Grundbuchamt nicht gleichzusetzen. Denn Letztere ist eine nach § 322 III 2 AO 1977 zwingende Voraussetzung für das Tätigwerden des Vollstreckungsgerichts, da „diese Fragen nicht der Beurteilung des Vollstreckungsgerichts oder des Grundbuchamts (unterliegen)“ (§ 322 III 3 AO 1977). Das Grundbuchamt hat vielmehr ohne Weiteres auf Grund des Ersuchens die gewünschte Eintragung vorzunehmen (§ 38 der Grundbuchordnung). Eine solche Bedeutung kommt der Bestätigung nicht zu. Sie **dient vielmehr nur der Information der ausländischen Behörde, die selbst entscheidet**, ob und welche Vollstreckungsmaßnahmen sie ergreift. Ob die inländischen Vollstreckungsvoraussetzungen tatsächlich vorliegen, ist und bleibt in dem zu Grunde liegenden Steuerrechtsverhältnis zu klären, während die ersuchte ausländische Behörde ggf. Vollstreckungsvoraussetzungen nach dortigem Recht prüft (vgl. Art. 12 RL 76/308/EWG).

Andererseits handelt es sich bei dem ins Ausland übermittelten Ersuchen aber **auch nicht** um einen **rein behördeninternen Vorgang**: Dies folgt schon daraus, dass mit dem Ersuchen die Vollstreckung im Ausland eingeleitet wird und dabei steuerliche Verhältnisse des Kl. offen gelegt werden. Ist das Ersuchen bereits erfolgt, muss dem Kl. jedenfalls die Möglichkeit verbleiben, gerichtlich nachprüfen zu lassen, ob die Behörde die Voraussetzungen für die Übermittlung des Ersuchens eingehalten hat und, sollte dies nicht der Fall sein, die Behörde zu zwingen, das Beitreibungsersuchen zurückzunehmen, um damit die Vollstreckung im Ausland zu stoppen. An der gerichtlichen Überprüfung dieser Rechtslage hat der Kl. somit ein geschütztes Interesse, das er mit der **Leistungsklage nach § 40 I FGO** verfolgen kann.“ (BFH aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 766

Herausgabevollstreckung Dritter gegen Mieter Vermieterpfandrecht und Vollstreckungserinnerung

ZPO

(BGH in jurisAnwaltsletter Nr. 21, 27.10.09, Beschluss vom 13.08.2009 – I ZB 91/08)

1. Mit der Vollstreckungserinnerung können **nur Verfahrensfehler** gerügt werden.
2. Der **Gerichtsvollzieher** ist **nicht dazu berufen**, bei Vollstreckungsmaßnahmen die **materielle Rechtslage zu prüfen**.
3. Bei der **Herausgabevollstreckung** hat der Gerichtsvollzieher nur zu prüfen, ob sich die Sache im **Gewahrsam des Schuldner** befindet.
4. Das **Vermieterpfandrecht** räumt dem Vermieter als besitzloses Pfandrecht **keinen Gewahrsam** ein.
5. Das **Bestehen eines Vermieterpfandrecht** ist materiell-rechtlich zu prüfen und daher **vom Gerichtsvollzieher nicht zu berücksichtigen** und kann daher nicht mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO geltend gemacht werden.
6. Besteht es, muss der Vermieter einen **Rückschaffungsanspruch nach § 562b II ZPO** geltend machen.

A. Grundlagenwissen: Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO

I. Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung

1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen

Bei der Frage der gerichtlichen Zuständigkeit ist zu beachten, dass nach § 802 ZPO die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung **ausschließliche Gerichtsstände** sind, also solche, die allen anderen möglichen Gerichtsständen vorgehen. Nach § 766 I ZPO ist das **Vollstreckungsgericht**, d.h. das Amtsgericht, in dessen **Bezirk** das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat oder stattfinden soll (§ 764 II ZPO), ausschließlich zuständig. Dort entscheidet der **Richter** (vgl. § 20 Nr. 17 Satz 2 RPfG).

2. Statthaftigkeit

Mit der Vollstreckungserinnerung werden **konkrete Maßnahmen eines Vollstreckungsorgans** mit der Begründung angefochten, die zu beachtenden **Verfahrensvorschriften** seien **nicht eingehalten** worden. Materiell-rechtliche Einwände können in diesem Verfahren nicht erhoben werden.

3. Erinnerungsbefugnis

Sie ist gegeben, wenn der Erinnerungsführer nach seinem Vortrag **beschwert** ist. Beschwer ist nur der, der – nach seinem eigenen Vortrag – durch den Vollstreckungsakt möglicherweise **in seinen Rechten beeinträchtigt** worden ist.

Der **Gläubiger** ist immer dann beschwert, wenn das **Vollstreckungsorgan** seinen **Auftrag nicht, nicht dem Antrag gemäß** oder **verzögert** durchführt.

Der **Schuldner** ist durch jede gegen ihn gerichtete Vollstreckungsmaßnahme beschwert und so möglicherweise in seinen Rechten verletzt.

Teilweise wird es hierbei als ausreichend angesehen, wenn sich eine Vollstreckungsmaßnahme gegen den Schuldner richtet. Ob dabei möglicherweise **schuldnerschützende Vorschriften verletzt** wurden, sei eine **Frage der Begründetheit** (Musielak-Lackmann, § 766, Rn. 18).

Andere hingegen halten eine Erinnerungsbefugnis nur dann für gegeben, wenn die **Verletzung einer schuldnerschützenden Norm nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** erscheint. Nur in diesem Fall habe der Schuldner sein schützenswertes Interesse daran, das Gericht mit seiner Angelegenheit zu befassen (vgl. MüKo-Karsten Schmidt, § 766, Rn. 25; Brox-Walker Rn. 1196; Wittschier JuS 1999, 585, 586).

Fraglich ist zudem, ob auch ein **Dritter Erinnerungsbefugter** sein kann. Dies setzt voraus, dass er – obwohl Dritter – durch die Zwangsvollstreckung beschwert ist. Dies ist aber nur der Fall, wenn er sich auf die **Verletzung einer drittschützenden Verfahrensvorschrift** beruft. Hierzu gehören vor allem § 809 ZPO, der ausschließlich dem Schutz des Gewahrsamsinhabers dient, § 811 I 1 Nr. 1, 2, 3, 5, 12 ZPO und § 812 ZPO, die nicht nur dem Schutz des Schuldners, sondern auch dem seiner Familienangehörigen dienen, sowie §§ 810, 865 II ZPO, die auch dem Schutz des Grundstückseigentümers dienen. Wird der Dritte als Schuldner behandelt, obwohl er nach dem Titel nicht Schuldner ist, ist er im Rahmen der Erinnerung wie der Schuldner selbst zu behandeln, also uneingeschränkt Erinnerungsbefugter (vgl. Musielak-Lackmann, § 766 ZPO Rn. 19).

4. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht grundsätzlich vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren vollständiger Beendigung.

Ausnahmsweise besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für den Schuldner aber auch schon vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung, falls diese unmittelbar bevorsteht und bei weiterem Abwarten die Gefahr der Rechtsvereitelung des Schuldners besteht (vgl. KG Rpfleger 1986, 439, 440; MüKo-Karsten Schmidt, § 766 ZPO Rn. 44; Musielak-Lackmann, § 766 ZPO, Rn. 17). Für den Gläubiger besteht das Rechtsschutzbedürfnis wegen § 766 II 1 ZPO bereits dann, wenn sich der Gerichtsvollzieher weigert, den Vollstreckungsauftrag zu übernehmen.

Von der vollständigen Beendigung der Vollstreckung ist auszugehen, wenn eine Rückgängigmachung nicht mehr möglich ist, also z.B. nach der Versteigerung die Erlösauskehr bereits erfolgt ist. Sofern sich die Erinnerung allerdings gegen den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers richtet, besteht ein Rechtsschutzbedürfnis auch über den Zeitpunkt der Erlösauskehr hinaus (vgl. OLG Hamm OLGR 2001, 91, 92).

II. Begründetheit der Vollstreckungserinnerung

Die Erinnerung ist begründet, wenn das Vorgehen des Vollstreckungsorgans rechtsfehlerhaft war.

Die **Erinnerung des Gläubigers** ist daher begründet, wenn das Vollstreckungsorgan die beantragte **Vollstreckung durchführen** muss. Dies muss es, wenn die Zwangsvollstreckung zulässig ist und keine vollstreckungsrechtlichen Verfahrensvorschriften entgegenstehen.

Die **Erinnerung des Schuldners** hingegen ist begründet, wenn die **Zwangsvollstreckung** aus irgendeinem Grund **unzulässig** ist.

Die **Erinnerung des Dritten** ist begründet, wenn durch die Vollstreckung eine **seinem Schutz dienende vollstreckungsrechtliche Verfahrensvorschrift verletzt** worden ist (vgl. Musielak-Lackmann, § 766 ZPO, Rn. 21).

B. Geltendmachung des Vermieterpfandrechts durch Vollstreckungserinnerung bei Herausgabevollstreckung eines Dritten gegen den Mieter (BGH aaO)

Fall: G, eine Leasinggesellschaft, schloss mit N einen Leasingvertrag über eine Folienkaschiermaschine. Die Leasingnehmerin übertrug den Besitz an der Maschine auf S.

G erwirkte gegen S eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Heilbronn, durch welche dieser aufgegeben wurde, die Maschine an den Gerichtsvollzieher zur Sicherstellung und Verwahrung herauszugeben.

S und der Vermieter der Betriebsräume der Schuldnerin, in denen sich die Maschine befindet, V, haben beim zuständigen Gericht Erinnerung gegen die Ankündigung des von der Gläubigerin be-

auftragten Gerichtsvollziehers, den Herausgabebetitel zu vollstrecken, eingelegt. Zur Begründung haben sie sich auf ein Vermieterpfandrecht des weiteren Beteiligten an der Maschine berufen. Sie haben geltend gemacht, der Gerichtsvollzieher müsse das Vermieterpfandrecht im Vollstreckungsverfahren berücksichtigen.

Wird die Erinnerung Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Erinnerung

1. Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung der S

„Mit dem Rechtsbehelf der Erinnerung kann die Schuldnerin nur Verstöße gegen das Vollstreckungsrecht geltend machen, durch die sie **selbst beschwert** ist. Daran fehlt es, wenn die Schuldnerin eine Beeinträchtigung durch die Herausgabevollstreckung ausschließlich aus dem **Recht eines Dritten** - hier aus dem Vermieterpfandrecht des weiteren Beteiligten - ableitet (vgl. RGZ 42, 343, 344; MüKo-ZPO/K. Schmidt, 3. Aufl., § 766 Rn 25; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl., § 766 Rn 12; a.A. Wieczorek/Schütze/Salzmann, ZPO, 3. Aufl., § 766 Rn 33; vgl. ferner Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 766 Rn 15).“ (BGH aaO)

S ist daher nicht erinnerungsbefugt, so dass ihr Antrag unzulässig ist.

2. Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung des V

„Die Erinnerung nach § 766 ZPO ist beschränkt auf **Anträge, Einwendungen und Rügen**, die die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Vollstreckungsorgan **zu beachtende Verfahren** betreffen. **Einwendungen aus einem materiellen Recht** des Schuldners oder eines Dritten können mit dem Rechtsbehelf **nicht geltend gemacht werden**. Zu den im Erinnerungsverfahren ausgeschlossenen materiellen Einwendungen rechnen auch das **Bestehen und die Reichweite eines Vermieterpfandrechts**, weil der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan nicht dafür zuständig ist, **materiell-rechtliche Ansprüche** der Parteien oder Dritter im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu klären. Auch hierüber haben bei Streit der Parteien die Gerichte und nicht die Vollstreckungsorgane zu entscheiden (vgl. BGH, Beschl. v. 10.8.2006 - I ZB 135/05, NJW 2006, 3273 Tz. 11 und 13).“ (BGH aaO)

Auch wenn das Vermieterpfandrecht davor schützen soll, dass Sachen gegen den Willen des Vermieters vom Grundstück entfernt werden, so ist es gleichwohl anders zu behandeln als der Mitgewahrsam eines Dritten.

„Die Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO setzt voraus, dass der Schuldner oder ein herausgabebereiter Dritter **Gewahrsam an der herauszugebenden Sache** hat; andernfalls muss der Gläubiger den Weg des § 886 ZPO beschreiten. Die **Prüfung des Gewahrsamsverhältnisses** ist daher im Rahmen der Herausgabevollstreckung ebenso wie bei der Pfändung körperlicher Sachen nach § 808 ZPO **Aufgabe des Gerichtsvollziehers**.

Dagegen begründet das **besitzlose Vermieterpfandrecht** keinen Gewahrsam des Vermieters an den vom Mieter eingebrachten Sachen. Ebenso wenig steht das **Selbsthilferecht des Vermieters** nach § 562b Abs. 1 BGB i.V.m. mit § 562a BGB einem Gewahrsam an der Sache gleich. Dies zeigt ein Vergleich mit den Wirkungen des Vermieterpfandrechts bei der Pfändung im Gewahrsam des Schuldners befindlicher körperlicher Gegenstände nach § 808 ZPO. Das Vermieterpfandrecht berechtigt den Vermieter gemäß § 805 I 1. HS ZPO nicht, der Pfändung zu widersprechen. Der Vermieter wird vielmehr darauf verwiesen, einen Anspruch - gegebenenfalls im Wege der Klage - auf vorzugsweise Befriedigung geltend zu machen (§ 805 I 2. HS ZPO). Zu Recht hat deshalb das Beschwerdegericht angenommen, dass der weitere Beteiligte als **Vermieter** bei der Herausgabevollstreckung **darauf beschränkt** ist, einen **Rückschaffungsanspruch nach § 562b II ZPO** geltend zu machen, wenn sein Vermieterpfandrecht dem der Herausgabevollstreckung zugrunde liegenden Recht des Gläubigers vorgeht. Diese nach **materiell-rechtlichen Vorschriften** und nicht nach Vollstreckungsrecht zu beurteilende Prüfung obliegt nicht dem Gerichtsvollzieher.

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich auch nichts anderes daraus, dass der weitere Beteiligte der Gläubigerin, wenn sie zur Zurückschaffung der dem Vermieterpfandrecht unterliegenden Gegenstände nach § 562b II BGB verpflichtet wäre, den sich aus **Treu und Glauben ergebenden Einwand unzulässiger Rechtsausübung** wegen der Pflicht zur alsbaldigen Rückgewähr entgegenhalten könnte. Auch insoweit handelt es sich vorliegend um einen **aus dem materiellen Recht** und nicht dem Vollstreckungsrecht **abgeleiteten Einwand**, der nicht mit der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend gemacht werden kann.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 929**Nichtvollziehung einer einstweiligen Verfügung
materielle Rechtskraft und erneuter Eilantrag**

ZPO

(OLG Frankfurt a.M. in NJOZ 2009, 4291; Beschluss vom 05.05.2009 – 8 U 10/09)

1. Für das Entgegenstehen anderweitiger Rechtshängigkeit kommt es darauf an, ob ein anderes Verfahren im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch rechtshängig ist.
2. Der **Neuerlass** einer aufgehobenen Einstweiligen Verfügung ist **grundsätzlich möglich** ist, wenn **Verfügungsanspruch** und **Verfügungsgrund** glaubhaft gemacht werden. Der Einwand materieller Rechtskraft der ersten Verfügung steht dem nicht entgegen.
3. Die **nicht fristgerechte Vollziehung** einer einstweiligen Verfügung innerhalb der Monatsfrist gem. § 936, 929 II BGB lässt die **gesetzliche Dringlichkeitsvermutung** des § 885 I 2 BGB nicht ohne weiteres entfallen. Es kommt auf die **Umstände des Einzelfalles** an.

A. Grundlagenwissen: Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung**I. zur Zulässigkeit:** vgl. ZA 11/09, S. 42**II. Begründetheit**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist begründet, wenn ein **Verfügungsanspruch besteht** und ein **Verfügungsgrund gegeben** ist.

1. Sicherungsverfügung, § 935 ZPO**a) Verfügungsanspruch**

Bei der Sicherungsverfügung nach § 925 ZPO geht es darum, einen **Anspruch vor Rechtsverletzung zu schützen**. In Betracht kommen – zu Abgrenzung gegenüber dem Arrest – alle Ansprüche, die nicht auf Zahlung gerichtet sind, selbst wenn ein solcher Zahlungsanspruch (z.B. bei der Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB) im Hintergrund stehen kann.

Als Grundlage eines Verfügungsgesuchs kommen hierbei insbesondere Ansprüche in Betracht, die auf die **Herausgabe** oder **Lieferung von Sachen** gerichtet sind oder aber auf die **Vornahme, Unterlassung** oder **Duldung einer Handlung**. Auch ein **Rückübertragungsanspruch** oder der Anspruch auf **Abgabe einer Willenserklärung** kommt als Verfügungsanspruch in Betracht. Darüber hinaus liegt ein Sicherungsanspruch dann vor, wenn aufgrund einer einstweiligen Verfügung eine **Vormerkung** (§§ 883, 885 BGB), auch für eine **Bauhandwerkersicherungshypothek** (§ 648 BGB) oder ein **Widerspruch** (§ 899 BGB) eingetragen werden soll.

b) Verfügungsgrund

Die Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO soll einen Anspruch davor schützen, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die **Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert wird**. Steht dies nach **objektiver Beurteilung eines verständigen, gewissenhaft prüfenden Menschen** zu besorgen, so liegt Eilbedürftigkeit vor und ein Verfügungsgrund ist gegeben. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Zerstörung einer Sache oder ihre Veräußerung droht, aber auch wenn abzusehen ist, dass der Antragsgegner eine geschuldete Handlung oder Unterlassung nicht vornehmen wird.

2. Regelungsverfügung, § 940 ZPO

a) Verfügungsanspruch

Eine Regelungsverfügung ergeht zum Zwecke der Regelung eines **einstweiligen Zustandes** in Bezug auf ein **streitiges Rechtsverhältnis** i.S.d. § 256 ZPO, also des **Verhältnisses** einer **Person zu anderen Personen** oder einer **Person zu einer Sache**.

Das Rechtsverhältnis muss **auf gewisse Dauer angelegt** sein, braucht aber nicht notwendigerweise vermögensrechtlicher oder vertraglicher Natur zu sein, weshalb auch nachbar-, familien- oder erbrechtliche Beziehungen oder gesetzliche Schuldverhältnisse in Betracht kommen (vgl. Musielak-Huber, § 940, Rn. 3).

Als regelungsfähig kommen hier **insbesondere Dauerschuldverhältnisse** (z.B. Miete, Dienstvertrag) oder Rechtsverhältnisse zwischen Miteigentümern, Miterben, Gesellschaftern usw. in Betracht. Voraussetzung ist jedoch, dass der Streit hinsichtlich des Rechtsverhältnisses gerade zwischen den Parteien des Verfügungsverfahrens besteht.

Die Regelungsverfügung ist nach § 940a ZPO auch als **Räumungsverfügung** möglich, wenn es um die Räumung von Wohnraum im Zusammenhang mit **verbotener Eigenmacht** nach § 858 BGB geht.

b) Verfügungsgrund

Bei der Regelungsverfügung besteht ein Verfügungsgrund, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur **Abwendung wesentlicher Nachteile** oder zur **Verhinderung drohender Gewalt**

oder **aus anderen Gründen nötig** erscheint. Dazu muss der Antragsteller, darlegen, warum das Rechtsverhältnis unter Berücksichtigung der objektiven Vor- und Nachteile für beide Parteien geregelt werden muss. Hat der Antragsteller mit seinem Antrag lange gewartet, so kann dies schon allein gegen eine Regelungsnotwendigkeit sprechen (sog. **Selbstwiderlegung**).

Soweit es um eine **Räumungsverfügung** nach § 940a ZPO geht, muss dieser **Verfügungsgrund** jedoch **nicht näher dargelegt** werden, da die **Darlegung der verbotenen Eigenmacht** nach § 858 BGB ein „anderer Grund“ im Sinne des § 940 ZPO ist, so dass die Regelung nicht zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt Erforderlich erscheinen muss.

3. Leistungsverfügung, § 940 ZPO analog

a) Verfügungsanspruch

Ausgehend von dem Grundsatz, dass im Eilverfahren die Hauptsache nicht vorweggenommen werden darf, sieht die ZPO eine auf eine bestimmte Leistung gerichtete einstweilige Verfügung nicht vor, da die Bestimmung zu einer Leistung grundsätzlich dem Hauptsacheverfahren vorbehalten ist. Gleichwohl hat der BGH in bestimmten Fällen die Notwendigkeit gesehen, zur **Sicherstellung** des in Art. 19 IV GG gewährleisteten **effektiven Rechtsschutzes** auch im Rahmen der Eilverfahren einen Leistungsausspruch zu ermöglichen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Gläubiger **auf eine schnelle Leistungserbringung dringend angewiesen** ist,

Dies kann jeder Anspruch sein, der nicht auf Geldzahlung gerichtet ist. Gegenstand einer Leistungsverfügung können hierbei insbesondere Unterhaltsansprüche, aber auch Entgeltansprüche zur Sicherung des Lebensunterhalts oder Unterlassungen im Wettbewerbsrecht sein.

b) Verfügungsgrund

Ein Verfügungsgrund für eine Leistungsverfügung besteht nur, wenn der Antragsteller behauptet, dass er dringend auf die **sofortige Erfüllung des Leistungsanspruchs angewiesen** ist und **ohne die Erfüllung erhebliche wirtschaftliche Nachteile** entstehen werden, so dass ihm ein Abwarten des Hauptsacheverfahrens oder die Verweisung auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht zuzumuten sind, er sich mithin in einer besonderen Notlage befindet.

4. Verfügung nach Gewaltschutzgesetz**a) Verfügungsanspruch**

Auch einstweilige Maßnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz ergeben nach §§ 935, 940 ZPO. Als Verfügungsanspruch kommt hier § 823 BGB oder § 1004 BGB analog in Betracht.

b) Verfügungsgrund

Soweit eine einstweilige Verfügung nach dem Gewaltschutzgesetz beantragt wird, muss im Rahmen des Verfügungsgrundes dargelegt werden, dass die einstweilige Verfügung zur **Abwendung weiterer Verletzungen erforderlich** ist.

B. Nichtvollziehung einer einstweiligen Verfügung und erneuter Eilantrag (OLG Frankfurt a.M., NJOZ 2009, 4291)

Fall: Die Verfügungsklägerin., ein Bauunternehmen, hatte am 27.12.2006 eine einstweilige Verfügung zur Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung einer Bauhandwerkersicherungshypothek auf einem Grundstück der verfügungsbeklagten BGB-Gesellschafter vor dem LG erwirkt, die auf den Widerspruch der Verfügungsbeklagten vom LG aufgehoben und von dem erkennenden Senat am 04.01.2008 erneut erlassen wurde. Da die einstweilige Verfügung nicht innerhalb der gesetzlichen Frist vollzogen wurde, wurde sie von dem erkennenden Senat im Urteil vom 12.09.2008 aufgehoben. Bereits am 04.09.2008 hatte die Verfügungsklägerin erneut den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung einer inhaltsgleichen Vormerkung gestellt. Dem hat das LG auf die mündliche Verhandlung vom 15.09.2009 durch Urteil vom 01.10.2008 entsprochen.

Zu Recht?

I. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

Fraglich ist, ob der erneute Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zulässig ist, wenn eine einstweilige Verfügung mit dem begehrten Inhalt bereits erlassen, aber nicht innerhalb der nach §§ 936, 929 II ZPO geltenden Vollstreckungsfrist von einem Monat durchgesetzt wurde.

1. Entgegenstehen anderweitiger Rechtshängigkeit, § 261 III Nr. 1 ZPO

Dem Erlass der einstweiligen Verfügung könnte wegen des bereits geführten Verfügungsverfahrens nach § 261 III Nr. 1 ZPO der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit entgegenstehen.

Das **erste Eilverfahren** war mit Verkündung des aufhebenden Urteils am **12.09.2008 rechtskräftig abgeschlossen** (§ 542 II ZPO, vgl. dazu Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 705 Rn 4 u. 5). Der erneute Antrag wurde jedoch bereits am 04.09.2008 gestellt. Zum Zeitpunkt der Antragstellung war das erste Eilverfahren daher noch rechtshängig. Fraglich ist aber, auf welchen **Zeitpunkt für die Zulässigkeit** des erneuten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abzustellen ist.

Grundsätzlich kommt es für **Fragen der Zulässigkeit** nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung, sondern die **mündlichen Verhandlung** an.

*„Bei **Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem LG am 15.09.2008** hatte die Verfügungsklägerin daher ein berechtigtes Interesse, einen erneuten Titel im Eilverfahren zu erlangen (vgl. dazu Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 929 ZPO Rn 40). Sie hatte **ab diesem Zeitpunkt keine vollziehbare einstweilige Verfügung***

mehr in ihren Händen. Es ist somit rechtlich unerheblich, ob das Senatsurteil dem LG bei der mündlichen Verhandlung bekannt gewesen ist oder nicht.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

Die Verfügungsbeklagten können sich daher nicht nach § 261 III Nr. 1 ZPO auf anderweitige Rechtshängigkeit berufen

2. Entgegenstehen materieller Rechtskraft

Eine Entscheidung zur Sache ist nur zulässig, wenn über den rechtshängigen Anspruch **nicht bereits entschieden** ist, da die **materielle Rechtskraft** einer gerichtlichen Entscheidung einer neuen Entscheidung entgegensteht. Die Verfügungsklägerin hatte jedoch in derselben Angelegenheit mit demselben Rechtsschutzziel schon einmal gegen die Verfügungsbeklagten eine einstweilige Verfügung erwirkt. Der Zulässigkeit des erneuten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung könnte daher der Einwand der materiellen Rechtskraft entgegenstehen.

„Die materielle Rechtskraftwirkung der ersten einstweiligen Verfügung war kein Hindernis für den erneuten Eilantrag der Verfügungsklägerin. Das LG hat sich mit Recht auf die in der Rechtsprechung und Literatur herrschende Auffassung gestützt, wonach der Neuerlass einer aufgehobenen Einstweiligen Verfügung grundsätzlich möglich ist, wenn Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl. [2002], § 929 Rn 18 m.w.N.).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

Auch die materielle Rechtskraft der Entscheidung über die erste einstweilige Verfügung steht daher einem erneuten Erlass nicht entgegen.

Da weitere Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des erneuten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht bestehen, war dieser zulässig.

II. Begründetheit des Antrags auf Erlass der erneuten einstweiligen Verfügung

Auch für den erneuten Erlass der einstweiligen Verfügung müssen wieder Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden. Dies ist - wie im ersten Verfügungsverfahren - geschehen. Hierbei ist hinsichtlich der Vormerkung zudem zu beachten, dass eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs nach § 885 I 2 BGB nicht glaubhaft gemacht werden muss.

Fraglich ist allerdings, ob nicht diese **gesetzliche Dringlichkeitsvermutung des § 885 I 2 BGB** dadurch erschüttert oder widerlegt ist, dass die bereits erlangte erste einstweilige Verfügung nicht binnen der Monatsfrist des §§ 936, 929 II ZPO vollzogen wurde und daher vom Fehlen der Eilbedürftigkeit auszugehen ist.

„Die gesetzliche Dringlichkeitsvermutung in § 885 I 2 BGB ist nicht erschüttert oder gar widerlegt worden, weil es die Prozessbevollmächtigten der Verfügungsklägerin versäumt haben, die einstweilige Verfügung vom 04.01.2008 rechtzeitig zu vollziehen. Die unterbliebene Vollziehung kann zwar ein Anhaltspunkt für fehlende Eilbedürftigkeit sein. Maßgeblich sind aber immer die Umstände des Einzelfalls (vgl. Schuschke/Walker, § 929 ZPO Rn. 40).

Hier musste berücksichtigt werden, dass die Parteien - u.a. im Hinblick auf das unexakt formulierte Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten vom 09.01.2008 - ausführlich darüber gestritten haben, ob wegen besonderer Umstände eine Vollziehung der Senatsentscheidung entbehrlich gewesen ist. Auf die Gründe der Senatsentscheidung vom 12.09.2008 wird verwiesen. Auch wenn der Senat die Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin letztendlich nicht geteilt hat, so lässt sich weder aus dem außergerichtlichen Verhalten noch aus der Prozessführung der Verfügungsklägerin ableiten, dass bei objektiver Betrachtung die Dringlichkeit ihres Anliegens fehlen würde.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

Die gesetzliche Dringlichkeitsvermutung für das Erstreiten einer Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 885 I 2 BGB gilt daher fort. Da auch der Verfügungsanspruch nach wie vor besteht, ist der Antrag auch begründet.

III. Ergebnis: Der erneute Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung war zulässig und begründet. Die Entscheidung des LG ist daher zu Recht ergangen.

StPO
§ 136 I 2

**Belehrungspflicht
bei Spontanäußerungen des Verdächtigen**

StPO

(BGH in NJW 2009, 3589; Beschluss vom 09.06.2009 – 4 StR 170/09)

Die **Verwertbarkeit von spontanen Äußerungen** des Verdächtigen ist **trotz fehlender Belehrung** über die Beschuldigtenrechte i. d. R. dann **zulässig, wenn keine Anhaltspunkte** dafür bestehen, dass **Belehrungspflichten** nach §§ 136 I 2, 163a II 2 StPO **gezielt umgangen wurden**, um den Betroffenen zu einer Selbstbelastung zu verleiten.

Fall: Dem Angekl. liegt versuchter Totschlag zur Last. Noch in der Tatnacht suchte er in Begleitung seiner Ehefrau die Polizeiwache in B. auf, um sich zu stellen. Ohne vorherige Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter gab er die Tat zu und wurde wegen des dringenden Verdachts eines Tötungsdelikts vorläufig festgenommen. Auf der Fahrt zur Kreispolizeibehörde schilderte er gegenüber den Polizeibeamten Einzelheiten des Tatgeschehens. Erst dort wurden ihm nach ärztlicher Feststellung seiner Vernehmungsfähigkeit von den Kriminalbeamten L und R unter erneuter Eröffnung des Tatvorwurfs seine Rechte als Beschuldigter erläutert. Er erklärte daraufhin, den Polizeibeamten doch schon alles gesagt zu haben; er wolle jetzt keine Aussage mehr machen, sondern alles über seinen Anwalt regeln. Von dem Kriminalbeamten L sinngemäß darauf hingewiesen, eine mögliche Aussage könne auch seiner Entlastung dienen und entlastende Angaben könnten bei der - zum damaligen Zeitpunkt noch andauernden - Spurensuche am Tatort berücksichtigt werden, äußerte er, dann könne er auch jetzt einfach alles erzählen. Die umfangreichen Angaben des Angekl. wurden sodann von den vernehmenden Beamten in einem Vermerk niedergelegt.

Das LG hat die Einlassung des Angekl., er habe den Geschädigten zu keinem Zeitpunkt lebensbedrohlich verletzen wollen, sondern sich lediglich gegen dessen Schläge und Tritte gewehrt, als widerlegt angesehen. Seine Überzeugung, der Angekl. habe mit seinem Messer zielgerichtet und deshalb zumindest mit bedingtem Tötungsvorsatz auf den Oberkörper des Geschädigten eingestochen, hat es auch auf die Bekundungen der in der Hauptverhandlung vernommenen Kriminalbeamtin R gestützt. Diese hat in der Hauptverhandlung u.a. über die in ihrem Vermerk niedergelegten Angaben des Angekl. Aus der Tatnacht ausgesagt. Insoweit hat der Angekl. der Vernehmung widersprochen.

Zu **prüfen** ist, **ob die Aussagen**, die der Angekl. noch in der Tatnacht spontan gegenüber den Polizeibeamten gemacht hat, ohne zuvor gem. **§ 136 I 2 StPO** belehrt worden zu sein, **verwertet werden durften**.

- i. Die **Belehrung nach § 136 I 2 StPO soll sicherstellen, dass ein Beschuldigter** nicht im Glauben an eine vermeintliche Aussagepflicht Angaben macht und **sich** damit **unfreiwillig selbst belastet**.

vgl. BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NSTz 1996, 502; BayObLGSt 2000, 108 = NSTz-RR 2001, 49

Für den Fall der von einem Polizeibeamten durchgeführten Befragung von Auskunftspersonen ist nach der gefestigten Rspr. des BGH zum einen die **Stärke des Tatverdachts**, den der Beamte gegenüber dem Befragten hegt, **bedeutsam für die Entscheidung, von welchem Zeitpunkt an die Belehrung nach § 136 I 2 StPO erforderlich ist** (BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSTz 1992, 294).

Hierbei hat der Beamte einen **Beurteilungsspielraum**, den er freilich **nicht mit dem Ziel missbrauchen** darf, den **Zeitpunkt der erforderlichen Belehrung möglichst weit hinauszuschieben** (BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSTz 1992, 294; vgl. auch BGH NSTz 1983, 86).

Daneben ist zum anderen von **Bedeutung**, wie sich das **Verhalten des Beamten aus Sicht des Befragten** darstellt. Polizeiliche Verhaltensweisen wie die Mitnahme eines Befragten zur Polizeiwache, die Durchsuchung seiner Wohnung oder seine vorläufige Festnahme belegen dabei schon ihrem äußeren Befund nach, dass der Polizeibeamte dem Befragten als Beschuldigtem begegnet, mag er dies auch nicht zum Ausdruck bringen.

BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSTZ 1992, 294; BGHSt 51, 367 [370f.] = NJW 2007, 2706 = NSTZ 2007, 653

II. **Ob die vorstehend dargelegten Grundsätze ohne Einschränkung auch dann gelten, wenn der Polizeibeamte keine gezielte Befragung durchführt, sondern lediglich passiv spontane Äußerungen eines Dritten entgegennimmt, mit denen sich dieser selbst belastet, ist in der Rspr. bislang nicht abschließend geklärt.**

1. Eine **Verwertbarkeit solcher Äußerungen** trotz fehlender Belehrung über die Beschuldigtenrechte wird i. d. R. für zulässig gehalten, **wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Belehrungspflichten nach §§ 136 I 2, 163a II 2 StPO gezielt umgangen wurden**, um den Betroffenen zu einer Selbstbelastung zu verleiten.

BGH NSTZ 1983, 86; NJW 1990, 461 = NSTZ 1990, 43; vgl. auch BayObLGSt 2000, 108 = NSTZ-RR 2001, 49; OLG Oldenburg NSTZ 1995, 412; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 136a Rn 16; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 136a Rn 4

2. Dieses erscheint jedoch zumindest dann **bedenklich, wenn sich Polizeibeamte von einem Tatverdächtigen nach pauschalem Geständnis** einer schweren Straftat und der unmittelbar darauf erfolgten Festnahme über eine beträchtliche Zeitspanne **Einzelheiten der Tat berichten ließen, ohne** den von ihnen ersichtlich als Beschuldigten behandelten Täter **auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen**. Ein solches Verhalten käme einer gezielten Umgehung zumindest äußerst nahe.

3. Gegen die Verwertung der Aussage der Zeugin R bestehen im vorliegenden Fall zumindest im Ergebnis keine Bedenken.

„Zwar hätte der Angekl. zu Beginn seiner Beschuldigtenvernehmung durch die Kriminalbeamten L und R zusammen mit der Belehrung nach § 136 I 2 StPO darauf hingewiesen werden müssen, dass wegen der bis dahin unterbliebenen Belehrung die zuvor gemachten Angaben unverwertbar seien (sog. qualifizierte Belehrung; vgl. BGH StV 2007, 450 = BeckRS 2007, 11935, BGHSt 53, 112 = NJW 2009, 1427 = NSTZ 2009, 281).

Daraus, dass dies nicht geschehen ist, würde jedoch nicht ohne Weiteres folgen, dass auch die Angaben, die der Angekl. nach erfolgter Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter gegenüber den beiden Vernehmungsbeamten gemacht hat, einem Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot unterlagen:

Nach der neueren Rspr. des BGH soll die in einem solchen Fall erforderliche (qualifizierte) Belehrung verhindern, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 I 2 StPO zu Stande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können. Da der Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 I 2 StPO hat, ist in einem solchen Fall die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln (BGHSt 51, 367 = NJW 2007, 2706 = NSTZ 2007, 653; Senat, BGHSt 53, 112 = NJW 2009, 1427 = NSTZ 2009, 281).

Die Abwägung ist unter Berücksichtigung des Interesses an der Sachaufklärung einerseits sowie des Gewichts des Verfahrensverstößes andererseits vorzunehmen (BGHSt 53, 112 = NJW 2009, 1427 = NSTZ 2009, 281 m.w. Nachw.). Sie ergibt hier, dass das LG an einer Verwertung nicht gehindert war.“ (BGH aaO)

2. Für eine **bewusste Umgehung der Belehrungspflichten** auf der Polizeiwache in D. sowie auf dem Transport des Angekl. nach H. ist hier jedoch **nichts ersichtlich**.

„Es spricht auch nichts dafür, dass der Angekl. zum Zeitpunkt der Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter annahm, er könne von seinen Angaben gegenüber den im Polizei-Pkw anwesenden Beamten nicht mehr abrücken. Die anfänglich fehlende Aussagebereitschaft des Angekl. sowie sein Hinweis auf die von ihm gewünschte Einschaltung eines Rechtsanwalts sind für eine solche Annahme ebenso wenig tragfähig wie seine Bemerkung, „dann könne er auch alles erzählen“. Vielmehr rechtfertigt das Verfahrensgeschehen die Annahme, dass die Vernehmungsbeamten dieser Äußerung des Angekl. dessen freiwilligen Entschluss entnehmen durften, nunmehr umfassend auszusagen.“ (BGH aaO)

3. Zudem ist der Angekl. auch **nicht zu einer Aussage in unzulässiger Weise gedrängt worden**: Weder die StPO noch der verfassungsrechtlich verankerte **Grundsatz eines fairen Verfahrens** verbieten es, eine Vernehmung im Anschluss an eine anfängliche Aussageverweigerung fortzusetzen, solange nicht mit verbotenen Mitteln auf die Willensfreiheit des zu Vernehmenden und die Durchsetzbarkeit seines Aussageverweigerungsrechts eingewirkt wird (BGHSt 42, 170 = NJW 1996, 2242 = NStZ 1996, 452).

*„Solche Mittel haben die Vernehmungsbeamten nicht eingesetzt: Die Bemerkung des Kriminalbeamten L zur möglicherweise entlastenden Wirkung einer Aussage, verbunden mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Verifikation von Einzelheiten während der noch andauernden Spurensuche am Tatort, stellte ersichtlich keine Irreführung dar. Es handelte sich vielmehr um einen neutralen, nach Lage der Dinge zumindest nicht fernliegenden Hinweis auf die möglichen Nachteile des Schweigens. Der Angekl., der sich einem schweren Tatvorwurf ausgesetzt sah, war so in der Lage, die möglichen Vorteile einer Verteidigung durch Einlassung zur Sache zu erfassen und zwischen Aussage und Schweigen eine **informierte Entscheidung** zu treffen.“ (BGH aaO)*

VwGO
§ 80 V

reformatio in peius
Wirkung einer Anordnung der sofortigen Vollziehung
 (VG Cottbus und OVG Bln/Bbg in GewA 2009, 408;
 Beschluss vom 10.12.2008 3 L 238/08 und 05.06.2009– 1 S 8.09;)

VwGO

1. Eine **Spielhalle**, in der nichtalkoholische Getränke ausgeschenkt werden, ist unabhängig von der Erlaubnisfreiheit nach § 2 II GastG eine **Gaststätte**.
2. Ein **Nebenraum** zur Gaststätte ist nur gegeben, wenn dieser nicht nur in seiner **Größe**, sondern auch in seiner **Funktion nachrangig** ist.
3. Die **Anordnung der sofortigen Vollziehung** stellt einen Ausnahmefall dar, der auf einer gesonderten Entscheidung der Behörde beruht und stets **gesondert kundgetan** werden muss.
4. Geht die Regelung im Widerspruchsbescheid zum Nachteil des Widerspruchsführers über diejenige im Ausgangsbescheid hinaus (**reformatio in peius**), so wirkt die **Anordnung der sofortigen Vollziehung** der Ausgangsbehörde nur für den **Ausgangsbescheid**.
5. Will die Widerspruchsbehörde die **sofortige Vollziehung** auch hinsichtlich ihrer **weitergehenden Regelung**, muss dies **ausdrücklich angeordnet** werden.

Fall: Der Ast. betreibt eine Spielhalle in S., die aus einem Hauptraum mit einer Grundfläche von etwa 120 qm sowie einem kleineren Raum von rund 45 qm Größe besteht. In dem größeren Raum befinden sich Billardtische, Dart-Spiele sowie weitere Spiele ohne Gewinnmöglichkeit; in dem kleineren Raum sind 12 Geldspielautomaten aufgestellt. Daneben schenkt der Ast. alkoholfreie Getränke aus. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Brandenburgisches Nichtraucherschutzgesetz – BbgNiRSchG) am 01.01.2008 nutzt der Ast. den kleineren Raum seiner Spielhalle als Raucherraum. Mit Bescheid v. 23.07.2008 forderte der Ag. den Ast. nach ordnungsgemäßer Anhörung unter hinreichend begründeter Anordnung sofortiger Vollziehung auf, spätestens bis zum 06.08.2008 mindestens sechs der im Raucherraum aufgestellten 12 Geldspielgeräte zu entfernen und diese im Nichtraucherbereich aufzustellen. Daraufhin beantragte der Ast. beim VG die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen diese Verfügung. Mit Widerspruchsbescheid v. 14.10.2008 wies der Landrat des Landkreises S. den Widerspruch des Ast. zurück und forderte ihn unter Ziff. 2. auf, spätestens bis zum 30.10.2008 in dem von ihm als Raucherraum ausgewiesenen Nebenraum seiner Spielhalle die Anzahl der Geldspielgeräte auf drei zu reduzieren. Am 25.10.2008 hat der Ast. Klage erhoben (– 3 K 898/08 –).

Wie wird das Gericht über den zulässigen Antrag des Ast. auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage entscheiden?

Der Antrag ist nach § 80 V VwGO begründet, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht vorliegen oder die angegriffene Regelung von der Anordnung nicht erfasst ist.

I. formelle Voraussetzungen einer Anordnung der sofortigen Vollziehung

1. Zuständigkeit

Zuständig zum Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den VA erlassen hat, wie hier geschehen.

2. Form

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nach § 80 III 1 VwGO schriftlich zu begründen und hier ist nicht erkennbar, dass die erforderliche schriftliche Begründung unterlassen wurde.

3. Verfahren

Fraglich ist, ob vor Erlass einer Anordnung der sofortigen Vollziehung eine Anhörung stattzufinden hat. Dies ist umstritten. Eine unmittelbare Anwendung des § 8 VwGO wird unter Hinweis auf die fehlende Eigenständigkeit der Regelung überwiegend abgelehnt.

Vgl. OVG Berlin NVwZ 93, 198 ff.; OVG Lüneburg DVBl. 89, 887; VGH Mannheim NVwZ-RR 90, 561; NVwZ 95, 292 [293]; OVG Schleswig, DÖV 93, 169

Ob § 28 VwVfG analog anzuwenden ist, weil der Anordnung der sofortigen Vollziehung eine einem Verwaltungsakt vergleichbare belastende Tendenz zukommt oder ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung auch hinsichtlich der Verfahrensanforderungen abschließend in § 80 VwGO geregelt ist, kann dahinstehen, da hier jedenfalls eine ordnungsgemäße Anhörung erfolgt ist.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist somit nicht bereits aus formellen Gründen rechtswidrig.

II. materielle Voraussetzungen

In materieller Hinsicht ist die Vollzugsanordnung fehlerhaft, wenn das Gericht aufgrund einer **eigenen Ermessensentscheidung** zu der Auffassung gelangt, dass das private Aufschubinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.

„Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der angegriffene VA offensichtlich rechtswidrig ist, da nach dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 III GG an der sofortigen Vollziehung eines noch nicht bestandskräftigen, offensichtlich rechtswidrigen VA ein öffentl. Interesse nicht bestehen kann. Dagegen überwiegt das öffentl. Interesse an der sofortigen Vollziehung des VA das private Interesse des Ast., von der Vollziehung vorläufig verschont zu bleiben, regelmäßig dann, wenn sich der VA als offensichtlich rechtmäßig erweist und in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO zusätzl. ein besonderes Vollzugsinteresse hinzutritt.“ (VG Cottbus aaO)

1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Gegen die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache bestehen keine Bedenken, es kommt daher auf die Aussichten für die Begründetheit an.

Die in der Hauptsache zu erhebende Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der erlassene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Ast. in seinen Rechten verletzt. Fraglich ist daher zunächst, ob die erlassene Anordnung rechtswidrig ist.

a) Ermächtigungsgrundlage

„Zutreffend hat das VG § 33 c Abs. 1 S. 3 GewO als Rechtsgrundlage für die Anordnung des Ag., sechs der im Nebenraum vorhandenen Geldspielgeräte zu entfernen, herangezogen. Denn es handelt sich dabei um die nachträgliche Aufnahme einer Auflage zu der dem Ast. erteilten Erlaubnis zur Aufstellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit, die zum Schutz der Gäste erforderlich ist.“ (OVG Bln/BBg aaO)

b) formelle Rechtmäßigkeit

Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verfügungen bestehen nicht.

c) materielle Rechtmäßigkeit

Die Auflage müsste zum Schutz der Gäste erforderlich sein.

aa) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Der **Maßstab** für den **Schutz der Gäste** ist vorliegend dem **BbgNiRSchG** zu entnehmen.

„Es ist nicht zu beanstanden, dass das VG das Erfordernis, die Gäste der Spielhalle des Ast. zu schützen, dem BbgNiRSchG entnommen hat. Dessen Zweck ist die Wahrung und Stärkung des Schutzes von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern vor den durch passives Rauchen bedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen (§ 1 BbgNiRSchG).“ (OVG Bln/BBg aaO)

Nach § 1 BbgNiRSchG ist Zweck dieses Gesetzes nämlich gerade die **Wahrung und Stärkung des Schutzes von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern** (im Folgenden: Nichtraucher) vor den durch passives Rauchen bedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Nach § 2 I BbgNiRSchG ist das **Tabakrauchen u.a. verboten** in den **öffentlich zugänglichen Bereichen von Gaststätten** (Nr. 8).

„Eine solche **Gaststätte** i. S.d. BbgNiRSchG betreibt der Ast. nach § 3 Nr. 8 BbgNiRSchG sind nämlich Gaststätten **alle Gewerbe i. S.v. § 1 GastG** (des Bundes). Nach § 1 GastG betreibt ein Gaststättengewerbe, wer im stehenden Gewerbe – Nr. 1 – **Getränke** (Schankwirtschaft) oder – Nr. 2 – **zubereitete Speisen** (Speisewirtschaft) zum **Verzehr an Ort und Stelle** verabreicht, wenn der Betreib jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist. Unbestritten betreibt der Ast., der lediglich **alkoholfreie Getränke ausschänkt**, in der gesamten Spielhalle zugleich ein **erlaubnisfreies Gaststättengewerbe** i. S.v. § 2 Abs. 2 GastG. Die **Spielhalle** ist insoweit **Gaststätte** i. S.d. BbgNiRSchG. Dies betrifft die gesamte Spielhalle und nicht nur lediglich einen 8 m² großen Bereich, für den der Ast. ausweislich der Angaben im Widerspruchsbescheid eine Erlaubnis nach den GastG besitzt.“ (VG Cottbus aaO)

Der Ast. kann sich auch nicht darauf berufen, dass es sich bei dem kleineren Raum um einen **Nebenraum** i.S.d. § 4 II 1 BbgNiRSchG handelt, für den das Rauchverbot nicht gelten würde.

„Nach dem Wortlaut des Gesetzes sowie im Hinblick auf seinen Schutzzweck ist ein Nebenraum i.S.d. § 4 II 1 BbgNiRSchG nur dann gegeben, wenn er sowohl von der **Grundfläche** als auch von der **Funktion** her gegenüber den übrigen Räumen der Gaststätte **nachrangig** ist (vgl. hierzu Scheidler, GewArch 2008, 287, 289). Dabei unterliegt es keinem Zweifel, dass sich der Nachrang des Nebenraums im Hinblick auf seine Funktion nicht nur **quantitativ** nach der Anzahl, sondern auch **qualitativ** nach der Beschaffenheit der in Haupt- und Nebenraum jeweils zur Verfügung stehenden Spielmöglichkeiten bestimmt. Der **Nichtraucherschutz** gebietet eine Verteilung des Spielangebots, die auch Nichtrauchern die **ausreichende Möglichkeit** eröffnet, die **insgesamt vorhandenen Geldspielgeräte** zu nutzen, ohne sich den Gefahren des Passivrauchens auszusetzen. Diesen Anforderungen genügt die vom Ast. gewählte ungleichmäßige Verteilung seines Spielangebots (Spielgeräte ohne Gewinnmöglichkeit ausschließlich im Hauptraum, **Geldspielgeräte überwiegend im Nebenraum**) nicht; ihnen wird vielmehr erst durch die Anordnung des Ag. Rechnung getragen.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Hiervon ausgehend ist ein Verstoß des Ast. gegen die Vorschriften des § 2 I Nr. 8 i. V. m. § 4 II 1 BbgNiRSchG festzustellen, soweit und solange sich sämtliche oder die überwiegende Anzahl der Geldspielgeräte in dem Raum mit einer Größe von ca. 45 m² befinden, was der Fall ist.

bb) Verhältnismäßigkeit

Die erteilte nachträglich Auflage müsste zu diesem Zweck aber auch verhältnismäßig sein.

„Ausweislich der Bestätigung für die Geeignetheit des Aufstellungsortes nach § 33 c III GewO sind in diesem Raum 12 Geldspielgeräte ausgestellt. In dem größeren Raum von ca. 120 m² befinden sich Billardtische, Dartspiele sowie zwei Internetplätze. Es **fehlt** aber in dem **größeren Raum** an einer **größeren Anzahl von Spielgeräten** mit Geldgewinnmöglichkeiten.

„Die vom Ag. verhängte Auflage, **mindestens 6 der aufgestellten 12 Geldspielgeräte im Nichtraucherbereich aufzustellen**, ist insoweit **geeignet, erforderlich** und auch **verhältnismäßig**, um dem Verstoß gegen das BbgNiRSchG zu begegnen. Mit ihr wird erreicht, dass nichtrauchende Personen, die die Spielhalle des Ast. zum **Zweck des Spiels an Geräten mit Gewinnmöglichkeiten** aufsuchen, in einem vor den durch passives Rauchen bedingten **gesundheitlichen Beeinträchtigungen geschützt** werden. Durch Aufstellung von Geldspielgeräten im Nichtraucherbereich sind sie dem Tabakrauch von Personen im kleineren Raum nicht ausgesetzt. Ein **milderes, ebenso geeignetes Mittel** ist auch **nicht ersichtlich**. Der kleinere Raum kann nur dann als Nebenraum i. S.v. § 4 Abs. 2 S. 1 BbgNiRSchG angesehen und damit der Verstoß gegen das BbgNiRSchG beseitigt werden, wenn mindestens die Hälfte der Geldspielgeräte entfernt und in den größeren Raum verbracht wird. Nur dann bildet nämlich die geringere Größe des Raumes das entscheidende Moment, diesen (wieder) als Nebenraum erscheinen lassen. In dem Falle, dass mehr Spielgeräte in diesem verbleiben sollten, würde nämlich die hiermit verbundene Erhöhung des Angebots an Geldspielmöglichkeiten zu einer **qualitativen Aufwertung des Raucherraums** führen mit der Folge, dass dieser bezogen auf die Geldgewinnspiele unabhängig von seiner Größe als Hauptraum, in welchem ein Rauchen unzulässig wäre, erscheinen würde.

Dass die Maßnahme den Ast. **unzumutbar belasten** würde, ist dann auch nicht ersichtlich. Mit der verhängten Auflage wird lediglich aus Gründen des Nichtraucherschutzes der **Aufstellungsort** der Geldspielgeräte bestimmt, **ohne** dass der Antragsteller die An-

zahl der Spielgeräte in der Spielhalle vermindern müsste. Angesichts dessen, dass dem Ast. andernfalls die Möglichkeit genommen wäre, Kunden seiner Spielhalle mangels eines geeigneten Nebenraums die Möglichkeit des Rauchens in seinen Räumlichkeiten zu geben und er dann mit Umsatzeinbußen durch ausbleibende (rauchende) Kundschaft rechnen müsste, belastet ihn dies nicht unzumutbar.“ (VG Cottbus aaO)

Es bestehen daher keine Erfolgsaussichten in der Hauptsache, da der Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig ist.

2. Interessenabwägung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist aber nur dann rechtmäßig, wenn auch ein besonderes Vollzugsinteresse besteht.

„Das besondere Vollzugsinteresse i. S.v. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ergibt sich aus den zutreffenden Ausführungen des Ag. in dem angegriffenen Bescheid v. 23.07.2008, die den Anforderungen nach § 80 Abs. 3 VwGO genügen; hierauf wird verwiesen.“ (VG Cottbus aaO)

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung war daher rechtmäßig.

3. Umfang der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Fraglich ist, ob die von der Ausgangsbehörde rechtmäßig ausgesprochene Anordnung der sofortigen Vollziehung auch die strengere Regelung des Widerspruchsbescheides mitumfasst.

*„Die in Ziff. 2 des Widerspruchsbescheides enthaltene Verböserung (**reformatio in peius**), die Anzahl der in einem Nebenraum aufgestellten Spielgeräte auf drei zu reduzieren, nimmt auch **nicht** an der **Sofortvollzugsanordnung** in dem Ausgangsbescheid der Ag'in v. 23.07.2008 teil.*

*Wie sich aus § 80 I VwGO ergibt, geht das **Gesetz grds. davon aus**, dass Widerspruch und Anfechtungsklage **aufschiebende Wirkung** haben. Soll diese ausnahmsweise **aufgrund einer Behördenentscheidung entfallen**, so setzt dies eine eigens auf die sofortige Vollziehung gerichtete **Willensentschließung der Behörde** und deren **ausdrückliche Kundgabe** an den Betroff. voraus. Denn während von der nach § 80 III 1 VwGO grds. erforderlichen besonderen Begründung einer Anordnung der sofortigen Vollziehung unter den Voraussetzungen des § 80 III 2 VwGO abgesehen werden kann, lässt das **Gesetz eine Ausnahme von der ausdrücklichen Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht zu** (vgl. VGH Mannheim NVwZ 1995, 8813).*

*Hiervon ausgehend ist festzustellen, dass sich die **Sofortvollzugsanordnung der Ausgangsbehörde** grds. nur auf die **Regelungen** bezieht, **für die sie erfolgt ist**. Diese betraf indes nur die Anforderung, mindestens 6 von 12 aufgestellten Geldspielgeräten zu entfernen und im Nichtraucherbereich aufzustellen. Die **weitergehende Forderung im Widerspruchsbescheid**, nur noch **drei Geldspielgeräte im Raucherbereich** zu belassen, war **nicht Regelungsgegenstand des Ausgangsbescheides** und damit des Bescheides, für den die Sofortvollzugsanordnung erfolgt ist.*

***Etwas anderes** ergibt sich auch **nicht** mit Blick auf die Vorschrift des **§ 79 I Nr. 1 VwGO**, wonach Gegenstand der Anfechtungsklage regelmäßig der ursprüngliche Bescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides ist. Denn zum einen kann, wenn der **Widerspruchsbescheid** eine zusätzl. **selbständige Beschwerde** enthält, dieser auch **alleiniger Gegenstand der Klage** sein (§ 79 II 1 VwGO). Zum anderen liegt der Erlass der Sofortvollzugsanordnung im Ermessen der Behörde, die hierbei das Interesse des Betroff. an der aufschiebenden Wirkung gegen das öffentl. Interesse an einem Sofortvollzug abwägen muss (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 80 Rn. 102). Es ist auch – gerade im Bereich der Gefahrenabwehr – denkbar, dass sich die **Behörde in Ausübung ihres Ermessens entschließt**, zur Abwehr einer aus ihrer Sicht gegebenen akuten Gefahr die hierfür **erforderlichen Maßnahmen sofort eingreifen** zu lassen, während sie **weitergehenden Maßnahmen** nicht ein solch hohes Gewicht beimisst und es insoweit bei der **aufschiebenden Wirkung belässt**.*

*Gleiches gilt für die **Widerspruchsbehörde**, der nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO ebenfalls die **Befugnis** zukommt, den **Sofortvollzug besonders anzuordnen**. Dies beinhaltet auch die Entscheidung, ob es bei der Sofortvollzugsanordnung der Ausgangsbehörde in dem angeordneten Umfang verbleiben oder diese ausgeweitet werden soll; von letzterer Möglichkeit hat die Widerspruchsbehörde keinen Gebrauch gemacht. Die Ausgangsbehörde selbst hat es vorliegend aber nur für erforderlich angesehen, dass sechs der aufgestellten zwölf Geldspielgeräte umgesetzt werden. Dass sie dann für weitergehende Forderungen den Sofortvollzug angeordnet hätte, kann von daher auch nicht angenommen werden.*

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann auch nicht der Begründung des Widerspruchsbescheides entnommen werden (vgl. OVG Berl.-Brandenb., Beschl. v. 31.10.2008 – 1 S 155.08 –). Darin wird ausdrücklich auf die Sofortvollziehungsanordnung des Ag. Bezug genommen, so dass es an einem klaren Erklärungsinhalt hinsichtl. der Regelung in Ziff. 2 fehlt.“ (VG Cottbus aaO)

VwGO
§ 113 I 1

Maßgebliche Sach- und Rechtslage
Ermessenausübung bei Aufenthaltsbeendigung
(OVG Bautzen in NJW 2009, 3385 = BeckRS 2009, 35905.;
Beschluss vom 11.06.2009 - 5 A 254/08)

VwGO

Bei allen die **Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendenden Verfügungen** ist für die Feststellung der **maßgeblichen Sach- und Rechtslage** auf den Zeitpunkt der **mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz** abzustellen ist und nicht mehr auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung.

A. Grundlagenwissen: Die maßgebliche Sach- und Rechtslage bei der Anfechtungsklage

I. Grundsatz

Es kommt auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung an.

II. Ausnahmen

1. Dauer-VA

Dauer-VA sind Verwaltungsakte, die sich nicht mit ihrem Vollzug erledigen, sondern die dauerhaft auf die Rechtslage einwirken (Genehmigungen, Verbote usw.)

Bei ihnen ist eine ständige Kontrolle dahingehend erforderlich, ob die Voraussetzungen für diese Dauerwirkungen noch bestehen. Sind sie weggefallen, sind die Wirkungen, die von dem Dauer-VA ausgehen nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und er wird daher rechtswidrig, wenn keine Aufhebung erfolgt. Für solche VA muss daher die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend sein (vgl. Klein NVwZ 90, 634).

Ausnahme von der Ausnahme:

Abweichende gesetzliche Regelung in den Fällen, in denen nicht die Behörde verpflichtet ist, das Fortbestehen der Entscheidungsvoraussetzungen zu überprüfen, sondern eine Prüfung nur auf erneute Veranlassung des Betroffenen stattfindet, z.B. in § 35 VI GewO.

2. VA, der noch nicht vollzogen ist

Ergeht ein einmaliges Verbot, das noch nicht vollzogen ist und ändert sich vor dem Vollzug die Sach- und Rechtslage zugunsten des Betroffenen, so kommt es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.

3. Erschließungsbeitragsrecht

Erschließungsbeiträge sind die Kostenbeteiligungen der Anlieger für die Erstellung von Straßen, Straßenbeleuchtung, Kanalisation usw. Diese werden aufgrund von kommunalen Satzungen erhoben. Waren diese zum Zeitpunkt des Erlasses des Erschließungsbeitragsbescheides nichtig, liegen jedoch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die rechtlichen Voraussetzungen für die Erhebung vor, so ist der Bescheid rechtmäßig.

B. maßgebliche Sach- und Rechtslage bei Aufenthaltsbeendigung (VGH Mannheim, NVwZ 2009, 1380)

Fall: Der 1952 geborene Kläger stammt aus dem früheren Jugoslawien. Er reiste am 11.10.1991 als Asylbewerber in die Bundesrepublik Deutschland ein. Aufgrund eines Urteils des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 21.04.1995 wurde er mit Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 13.06.1995 als Asylberechtigter anerkannt; zugleich wurde festgestellt,

dass die Voraussetzungen des § 51 I AuslG vorliegen. Er erhielt daraufhin am 28.08.1995 eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis, die nach § 101 AufenthG als Niederlassungserlaubnis weitergalt.

Mit Bescheid vom 13.01.2004 widerrief das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge die Anerkennung als Asylberechtigter sowie die Feststellung, dass die Voraussetzungen des § 51 I AuslG vorliegen, und stellte gleichzeitig fest, dass Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG nicht vorliegen. Der Bescheid wurde am 27.07.2005 unanfechtbar.

Nach ordnungsgemäßer Anhörung widerrief die zuständige Behörde B daraufhin mit Bescheid vom 18.05.2006 die dem Kläger erteilte Niederlassungserlaubnis und drohte ihm für den Fall, dass er innerhalb von fünf Wochen nach Bestandskraft oder Rechtskraft dieser Verfügung das Bundesgebiet nicht verlassen haben sollte, die Abschiebung nach Serbien/Montenegro an. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Voraussetzungen für eine Ermessensentscheidung über den Widerruf der dem Kläger erteilten unbefristeten Aufenthaltserlaubnis lägen vor, weil seine Asylberechtigung wirksam widerrufen worden sei. Im Rahmen der Ermessensentscheidung sei berücksichtigt worden, dass er sich trotz seines Aufenthalts von ca. 15 Jahren in Deutschland nicht in die hiesigen Lebensverhältnisse habe integrieren können. Denn er beziehe Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Darüber hinaus sei er mehrfach straffällig geworden. Familiäre Bindungen im Bundesgebiet habe er nicht. Vielmehr habe er am 15.02.2006 in Pozega-Novi Pazar die Ehe geschlossen. Da seine Ehefrau nicht in Deutschland lebe, könne die eheliche Lebensgemeinschaft in seinem Heimatland hergestellt werden.

Nach ordnungsgemäß durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhob K vor dem zuständigen Verwaltungsgericht fristgerecht Klage und führte aus, dass er Jugoslawien keine Verwandten mehr habe. Die am 15.02.2006 geschlossene Ehe sei durch das Amtsgericht Novi Pazar am 18.12.2007 wieder geschieden worden, weil eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht aufgenommen worden sei. Die Außerdem sei er schwer krank und müsse sich im Juni einer Herzoperation unterziehen. Aus all diesen Gründen könne ihm eine Rückkehr in seine Heimat nicht zugemutet werden.

B hält diesen neuen Vortrag vor irrelevant, da es auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ankomme, ergänzt jedoch vorsorglich ihre Ermessenserwägungen in einem Schriftsatz gegenüber dem Gericht unter Berücksichtigung des neuen Vortrags.

Ist die Klage begründet?

Die Anfechtungsklage des K ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der Widerruf der Niederlassungserlaubnis rechtswidrig ist und ihn in seinen Rechten verletzt.

I. Ermächtigungsgrundlage

Der Widerruf der Niederlassungserlaubnis erfolgte auf Grundlage von § 52 I 1 Nr. 4 AufenthG.

II. formelle Rechtmäßigkeit

B war als die Niederlassungserlaubnis erteilende Behörde auf für deren Widerruf zuständig. Von der Einhaltung der sonstigen Form- und Verfahrensvorschriften kann ausgegangen werden.

III. materielle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf ist rechtswidrig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 52 I 1 Nr. 4 AufenthG fehlen oder die Rechtsfolge von der Norm nicht gedeckt ist.

1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen liegen nach Bestandskraft des Widerrufs der Anerkennung als Asylberechtigter ohne weiteres vor.

2. Ermessen

§ 52 I 1 Nr. 4 AufenthG räumt der Behörde ein Widerrufsermessen ein, welches ordnungsgemäß auszuüben war. Hierbei ist insbesondere relevant, ob die Behörde alle maßgeblichen Belange des K in ihre Ermessenserwägungen eingestellt hat. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der erst im Klageverfahren vorgebrachten Umstände.

a) maßgebliche Sach- und Rechtslage

Fraglich ist daher, auf welchen Zeitpunkt für die Frage des Vorliegens der Widerrufsvoraussetzungen abzustellen ist.

„Der Senat geht in **Fortentwicklung** der jüngsten zu Ausweisungsverfügungen ergangenen **Rechtsprechung des BVerwG** (NVwZ 2008, 434 = InfAuslR 2008, 156) sowie im

Anschluss an die eigene Rechtsprechung (vgl. InfAuslR 2008, 353 = BeckRS 2008, 36222, zur mit der Ausweisungsverfügung verbundenen Abschiebungsandrohung) nunmehr davon aus, dass bei allen die **Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendenden Verfügungen**, wie einer nachträglichen Befristung (vgl. § 7 II 2 AufenthG), einem Widerruf (vgl. § 52 AufenthG) oder einer Rücknahme (vgl. § 48 BadWürttVwVfG) eines Aufenthaltstitels für die **Feststellung der maßgeblichen Sach- und Rechtslage auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz** abzustellen ist und nicht mehr auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (vgl. noch VGH Mannheim, EzAR 214 Nr. 5; VGH Mannheim, VBIBW 2006, 442 = BeckRS 2006, 25162).“ (VGH Mannheim aaO)

Das BVerwG hat im Urteil vom 15.11.2007 folgende Gesichtspunkte für die von ihm vollzogene **Abkehr von der bisherigen Rechtsprechungslinie** hervorgehoben, die aber nach Auffassung des Senats in den Fällen anderer die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendenden Verfügungen im Wesentlichen in gleicher Weise Geltung beanspruchen:

„In nunmehr **ständiger Rechtsprechung** beurteile der **EGMR** die **Verhältnismäßigkeit** von innerstaatlichen Entscheidungen über die **Ausweisung von Ausländern am Maßstab des Art. 8 EMRK** auf Grund der Situation, zu der die **Entscheidungen rechtskräftig** geworden seien, weshalb bei der Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts diesem Gesichtspunkt, soweit irgend möglich, Rechnung getragen werden müsse; auch die **Rechtsprechung des BVerfG** zur Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen und die von ihm geforderte **umfassende Abwägungsentscheidung** sprächen dafür, bei der Entscheidung auf eine möglichst aktuelle und nicht auf eine längst überholte Tatsachengrundlage abzustellen; das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern und deren - auch drittstaatszugehörigen – Familienangehörigen dürfe nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH nur noch dann beschränkt werden, wenn von ihnen eine **tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr** ausgehe, was eine Entscheidung auf einer überholten Tatsachengrundlage zwingend ausschließe (vgl. auch Art. 27 Richtlinie 2004/38/EG).“ (VGH Mannheim aaO)

Die von K erst im Klageverfahren vorgebrachten Umstände müssen also vom Gericht bei der Entscheidung berücksichtigt werden.

b) Subsumtion

B müsste ihr Ermessen daher unter Berücksichtigung der Ausführungen der Beteiligten in ihren Schriftsätzen vor Gericht ordnungsgemäß ausgeübt haben.

aa) Befristung als milderer Mittel

Es kommt eine nachträgliche Befristung des Aufenthaltstitels nach § 7 II AufenthG als milderer Mittel in Betracht.

„Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es grundsätzlich im pflichtgemäßen **Ermessen der Ausländerbehörden** steht, in welcher Weise sie auf ein ausweisungswürdiges Verhalten reagieren. **Alle Handlungsvarianten** haben aber die **gleichen unmittelbaren Rechtsfolgen**, dass nämlich das Aufenthaltsrecht entfällt und die Betroffenen ausreisepflichtig werden (vgl. §§ 51 I und 50 I AufenthG).

§ 7 II 2 AufenthG gebietet nicht anders als die Ermessensausweisung eine umfassende Ermessensausübung, bei der insbesondere Art. 6 GG, Art. 8 EMRK und die rechtsstaatlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit zu beachten sind (vgl. noch zu § 12 II 2 AuslG 1990 BVerwG, Buchholz 402.240 § 12 AuslG 1990 Nr. 8 = NVwZ-RR 1997, 9).

Weiter ist aus strukturellen Gründen ein Verweis auf das Befristungsverfahren ohnehin nicht möglich und muss daher - unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit - als Prüfkriterium bzw. -gesichtspunkt vollständig ausfallen.“ (VGH Mannheim aaO)

bb) Umfang des Ermessens

„Nach der **Rechtsprechung des BVerwG** (vgl. NJW 2003, 3503 = InfAuslR 2003, 324) und des VGH Mannheim (vgl. VBIBW 2006, 442 = BeckRS 2006, 25162 m.w.N.) ist das nach § 52 I Nr. 4 AufenthG der Ausländerbehörde eingeräumte Ermessen nicht an bestimmte, das **Ermessen** von vornherein begrenzende und dieses steuernde Vorgaben gebunden, sondern **grundsätzlich weit**.

Angesichts der existenziellen Betroffenheit für den betroffenen Ausländer, der in Folge eines Widerrufs sein - oftmals lange währendes - Aufenthaltsrecht verliert, bedarf die **Ermessensausübung** und demgemäß auch die Ermessenskontrolle **besonderer Sorgfalt**.“ (VGH Mannheim aaO)

cc) Interessenabwägung

Die Behörde hat die Interessen des K am Verbleib im Inland mit den öffentlichen Interessen an der Aufenthaltsbeendigung abzuwägen.

(1) öffentliches Interesse

*„Im Ausgangspunkt darf die Behörde regelmäßig davon ausgehen, dass ein gewichtiges **öffentliches Interesse am Widerruf** besteht, sofern dem Ausländer kein **gleichwertiger Aufenthaltstitel zu erteilen ist**, was hier offenkundig nicht der Fall ist.*

*Dieses liegt darin begründet, dass mit der **Beendigung des Status des Asylberechtigten** bzw. des Flüchtlings die wesentliche und im Grunde **einzige Voraussetzung für die Erteilung des Titels weggefallen ist**.*

*Wenn dieses **öffentliche Interesse typischerweise als erheblich** qualifiziert wird, bedeutet dies jedoch nicht, dass dieses sich regelhaft gegenüber den **gegenläufigen privaten** oder auch gegebenenfalls öffentlichen Interessen von **grundsätzlich gleichem Gewicht** durchsetzen wird und muss.“ (VGH Mannheim aaO)*

(2) privates Interesse

Es ist anhand einer den **konkreten Einzelfall** in den Blick nehmenden Abwägung den jeweils **relevanten schutzwürdigen Belangen des Ausländers** mit dem ihnen zukommenden Gewicht Rechnung zu tragen.

*„Dabei kann zur **Orientierung** auf den **Katalog des § 55 III AufenthG** zurückgegriffen werden.*

*Von **erheblicher und hervorzuhebender Bedeutung** sind daher die **Dauer** des rechtmäßigen Aufenthalts und die dabei entwickelten und aufgebauten persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen **Bindungen des Betroffenen zur Bundesrepublik Deutschland**, wenn und soweit sie im konkreten Fall **schutzwürdig und schutzbedürftig** sind.*

Es bleibt bei dem Grundsatz, dass die speziellen Beschränkungen oder Vergünstigungen bei den gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung nicht auf die in anderen Kapiteln des Ausländergesetzes geregelten Instrumentarien zu übertragen sind (so ausdrücklich BVerwG, NJW 2003, 3503 = InfAuslR 2003, 324, unter Hinw. auf BVerwG, Buchholz 402.240 § 48 AuslG 1990 Nr. 10 = NVwZ 1995, 1126).

*Zulässig ist allerdings, die hinter diesen Voraussetzungen stehenden (öffentlichen wie persönlichen) Belange in **flexibler Weise** und ihrer Bedeutung im Einzelfall gemäß zu gewichten und in die **Gesamtabwägung** einzustellen.“ (VGH Mannheim aaO)*

Hierbei kommt es auch auf die **Integrationsleistungen** des Ausländers an.

*„**Gelingt diese Integration nicht**, was insbesondere durch Begehung von Straftaten oder den regelmäßigen Bezug öffentlicher Mittel i.S. des § 2 III AufenthG belegt sein kann, indiziert dies ein erhebliches öffentliches Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung, ohne dass der Ausländer sich insofern - gemäß dem oben erwähnten Verbot der schematischen Anwendung von Anforderungen aus anderen Gesetzeskapiteln - schematisch auf die Vergünstigungen besonderen Ausweisungsschutzes nach § 56 AufenthG berufen kann.*

***Verläuft die Integration** hingegen den Umständen entsprechend **erfolgreich**, so kann es je nach Lage im Einzelfall auch mit öffentlichen einwanderungs- und auch bevölkerungspolitischen Belangen vereinbar, ja sogar im öffentlichen Interesse wünschenswert sein, den betreffenden Ausländer - seinen Integrationswillen und seine Integrationsleistungen nutzend - im Land zu halten und deshalb von einer Aufenthaltsbeendigung abzusehen.“ (VGH Mannheim aaO)*

(3) Abwägung

„Ausgehend hiervon sind die Ermessenserwägungen der B im gerichtlichen Verfahren ergänzten Fassung nicht zu beanstanden.“ (VGH Mannheim aaO)

IV. Ergebnis: Die Klage ist unbegründet.

Kurzauslese II

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.

ZPO **ZPO**
§ 130 Nr.6 **Berufungsbegründung** **keine wirksame Unterschrift bei Verwendung eines Faksimile-Stempels**

(BAG in NZA 2009, 1165 = NJW 2009, 3596; Urteil vom 05.08.2009 – 10 AZR 692/08)

Ein **Faksimile-Stempel der Unterschrift** eines Prozessbevollmächtigten unter einen Berufungsbegründungsschriftsatz **genügt nicht den Anforderungen des § 130 Nr. 6 ZPO.**

- I. Nach **st. Rspr. sämtlicher oberster Gerichtshöfe des Bundes** muss die Berufungsbegründung als bestimmender Schriftsatz die Unterschrift des für sie verantwortlich Zeichnenden tragen. Die Unterschrift ist grundsätzlich Wirksamkeitserfordernis.

Sie soll die **Identifizierung des Urhebers der schriftlichen Prozesshandlung ermöglichen** und **dessen unbedingten Willen zum Ausdruck bringen, die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen und diesen bei Gericht einzureichen.** Das letztgenannte Erfordernis soll sicherstellen, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist. Für den Anwaltsprozess bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung von einem dazu bevollmächtigten und bei dem ProzessGer. zugelassenen Rechtsanwalt zwar nicht selbst verfasst, aber nach eigenverantwortlicher Prüfung genehmigt und unterschrieben sein muss (BGH NJW 2005, 2086 m.w. Nachw.).

- II. **Diesen Anforderungen entspricht ein Unterschriftsstempel nicht**, denn ein solcher ist **keine eigenhändige Unterschrift** der Person, die den Schriftsatz verantwortet i.S. des § 130 Nr. 6 ZPO.

1. Zwar enthält **§ 130 ZPO** im Eingangssatz die Formulierung „die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten ...“, dies ist jedoch bzgl. des Unterschriftserfordernisses in Nr. 6 immer als „müssen“ interpretiert worden.

„In Kenntnis der einhelligen Rspr. der obersten Gerichtshöfe des Bundes **hat der Gesetzgeber auch bei Änderungen des Gesetzes keinen Anlass gesehen, ein anderes Verständnis in irgendeiner Form auszudrücken.** Vielmehr hat der Gesetzgeber bei der im Jahre 2001 in Kraft getretenen Änderung des § 130 Nr. 6 ZPO in seiner Begründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Neufassung der Vorschrift das Unterschriftserfordernis für Schriftsätze beibehalte. Eine Korrektur der umfangreichen Rspr. hierzu sei nicht geboten und auch nicht beabsichtigt (BT-Dr 14/4987, S. 23f.).“ (BAG aaO).

2. In der Vergangenheit sind im Hinblick auf den **technischen Fortschritt** in einem erheblichem Umfang **Ausnahmen vom eigenhändigen Unterschriftserfordernis** zugelassen worden. Dies ist dem Gedanken geschuldet, dass dieses kein Selbstzweck ist, sondern dem im Rechtsverkehr erforderlichen Interesse der Sicherheit und dem Vertrauen auf die Urheberschaft dient.

Diese **Ausnahmen zwingen aber nicht dazu, die eigenhändige Unterschrift durch einen Faksimile-Stempel ersetzbar zu machen.**

„In der Rspr. ist es bisher auch **nur dort für verzichtbar** gehalten worden, einen Schriftsatz mit eigenhändiger Unterschrift zu versehen, **wo die technischen Hilfsmittel es soweit wie möglich sicherstellen, dass der Schriftsatz auch tatsächlich vom Urheber herrührt.** So wurde beim Fernschreiben darauf abgestellt, dass ein solches nur derjenige absenden könne, wer von der Deutschen Bundespost zum Fernschreibverkehr zugelassen und wem von ihr eine Telex-Nummer zugeteilt worden war. Damit sei die Wahrscheinlichkeit, dass ein Unbefugter tätig werde, gering. Auch die Möglichkeit, dass es sich bei dem Fernschreiben nur um einen Entwurf handle, könne der Empfänger in aller Regel ausschließen. Der Text eines Fernschreibens beginne und ende mit der so genannten Kennung des Absenders und des Empfängers, durch sie stelle der Absender bewusst die Verbindung zum Empfänger her. Wenn es sich um eine Rechtsmittelbegründungsschrift handle, müsse der Empfänger für deren Entgegennahme zuständig sein (BGHZ 97, 283 = NJW 1986, 1759).

Auch wenn sich durch die Zulassung **moderner Telekommunikationsmittel** die Gestaltungs- und Manipulationsmöglichkeiten für Parteien und Parteienvertreter vergrößert haben, ist dies **kein Grund, auf das Unterschriftserfordernis auch dann zu verzichten, wenn die Technik der Übermittlung den Verzicht nicht erfordert, und auf diese Weise zusätzlich zu den bestehenden noch weitere Manipulationsmöglichkeiten zu eröffnen** (BAG NZA 1996, 1115 = NJW 1996, 3164).“ (BAG aaO)

3. Ein Faksimile-Stempel kann auch nicht deshalb die eigenhändige Unterschrift ersetzen, weil in der Rspr. eine **eigenhändige Blanko-Unterschrift** für zulässig erachtet worden ist (BGH NJW 2005, 2709).

„Eine **Blanko-Unterschrift erfüllt aber nur dann die gesetzlichen Formerfordernisse, wenn der Rechtsanwalt seiner Bürokräft einen inhaltlich genau bestimmten Text übermittelt** und diese ihn dann auf einem mit einer Blanko-Unterschrift des Rechtsanwalts versehenen Papier ausdrückt. Es ist zweifelhaft, ob eine Blanko-Unterschrift die Formerfordernisse erfüllen kann, da durch sie nicht ohne Weiteres erkennbar wird, dass der Rechtsanwalt eine eigene Prüfung, Sichtung und rechtliche Durcharbeitung des Streitstoffs vorgenommen hat und durch seine Unterschrift die Verantwortung für das Rechtsmittel übernimmt (vgl. BSG NZA 1992, 664). Die Frage kann aber dahinstehen, da eine - immerhin eigenhändige - Blanko-Unterschrift einem Faksimile-Stempel nicht gleichsteht.“ (BAG aaO)

ZPO
§ 144 I 3**zivilprozessualer Wohnungsbegriff**
erfasst auch Nebengebäude und Garagen

ZPO

(BGH in MDR 2009, 1181; Beschluss vom 17.07.2009 – V ZR 95/08)

Unter den Begriff der **Wohnung i.S. von § 144 I 3 ZPO** fallen auch nicht allgemein zugängliche Nebengebäude und Garagen.

„Der Gesetzgeber hat sich bei der Bestimmung der Reichweite der in § 144 I 3 ZPO normierten Duldungspflicht an dem Wohnungsbegriff des Art. 13 GG orientiert (vgl. BT-Dr 14/4722, S. 79), der weit - im Sinne einer Abschirmung der Privatsphäre in räumlicher Hinsicht - auszulegen ist (vgl. BVerfGE 32, 54 = NJW 1971, 2299; BVerfGE 75, 318 = NJW 1987, 2500; BVerfGE 89, 1 = NJW 1993, 2035; BVerfGE 97, 228 = NJW 1998, 1627; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999; BGHSt 44, 138 = NJW 1998, 3284 = NZM 1999, 92; BGH NJW 1997, 2189 = NJWE-MietR 1997, 242; Maunz/Dürig, GG, Art. 13 Rn 10f. m.w. Nachw.; wohl ebenso für § 144 ZPO Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 144 Rn 25). Demgemäß werden von diesem Schutz nicht nur Wohnungen im umgangssprachlichen Sinne erfasst, sondern auch nicht allgemein zugängliche Nebengebäude (vgl. nur Jarass/Pieroth, 10. Aufl., Art. 13 GG Rn 4 m.w. Nachw.), wozu auch Garagen gehören (Maunz/Dürig, Art. 13 Rn 10). Vor diesem Hintergrund erscheint es **nicht sachgerecht, die Auslegung des Wohnungsbegriffs des § 144 I 3 ZPO von dem Begriffsverständnis des Art. 13 GG abzukoppeln** (Stein/Jonas/Leipold, § 144 Rn 25; vgl. auch Musielak/Stadler, ZPO, 6. Aufl., § 144 Rn 1).

Dies gilt umso mehr, als in den Schutzbereich dieses Grundrechts auch durch das Betreten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 75, 318 = NJW 1987, 2500).“ (BGH aaO).

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§§ 567, 164**Antrag auf Protokollberichtigung**
Rechtsmittel

ZPO

(OLG Saarbrücken in OLGR 2009, 877; Beschluss vom 04.06.2009 – 9 WF 51/09)

Gegen die **Zurückweisung eines Antrags auf Protokollberichtigung** ist kein Rechtsmittel gegeben.

„Der **Ablehnungsbeschluss auf Protokollberichtigung** ist grds. unanfechtbar, und zwar selbst dann, wenn eine Ergänzung beantragt worden war. Ein Rechtsmittel gegen die **Berichtigung** ist bereits begrifflich ausgeschlossen, denn das **Beschwerdegericht kann nicht wissen, was eventuell unrichtig ist**.

Der in **Rspr. und Lit.** vereinzelt vertretenen Auffassung, dass eine Beschwerde gegen den die Berichtigung aus Sachgründen abweisenden Beschluss statthaft sei, wobei das Beschwerdegericht sich durch Anhörung des Erstrichters und des Protokollführers sachkundig machen solle (OLG Koblenz MDR 86, 593, Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 164, Rn 15 m.w.N.), tritt der Senat nicht bei, da die Feststellung des protokollierten Verhandlungshergangs (§§ 160 - 162 ZPO) allein Sache des Instanzrichters und des Protokollführers ist. Es ist daher auch **nicht Aufgabe des Rechtsmittelgerichts, die Beweiskraft des Protokolls (§ 165 ZPO) zu ändern**, solange nicht eine Protokollfälschung erwiesen ist (OLG Celle OLGR 2003, 405; OLG Frankfurt NJW-RR 2007, 1142; Zöller-Stöber, ZPO, 27. Aufl., § 164, Rn 11, m.w.N.).“ (OLG Saarbrücken aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 574 I**Insolvenzrechtsbeschwerde**
Rechtsmittelzug

ZPO

(BGH in NZI 2009, 824; Beschluss vom 16.07.2009 – IX ZB 166/07)

Die **insolvenzrechtliche Rechtsbeschwerde** ist nur dann eröffnet, wenn zuvor die **sofortige Beschwerde statthaft war**.

„Gegen den angefochtenen Beschluss ist die **Rechtsbeschwerde nicht statthaft, weil dies weder im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist** (§ 574 I 1 Nr. 1 ZPO) **noch** das Beschwerdegericht sie **in dem Beschluss zugelassen hat** (§ 574 I 1 Nr. 2 ZPO).

Gem. § 7 InsO findet gegen Entscheidungen über die sofortige Beschwerde die Rechtsbeschwerde statt. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch nur eröffnet, wenn zuvor die sofortige Beschwerde statthaft war (BGHZ 158, 212 = NJW 2004, 20151 = NZI 2004, 312; BGH NZI 2009, 553 m. w. Nachw.).

Dies war hier nicht der Fall: Die Frage, ob die Rente aus einer privaten Berufsunfähigkeitsversicherung im Hinblick auf die Regelung in § 851c I Nr. 1 ZPO abweichend von der bisher in Rspr. (BGHZ 70, 206 = NJW 1978, 950) und Lit. herrschenden Meinung zumindest wie Arbeitseinkommen pfändbar ist, ist nicht im Insolvenzverfahren, sondern auf dem Prozessweg zu klären (Eickmann, Heidelberger Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 35 Rn 66; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl., § 35 Rn 111; Jaeger/Henckel, InsO, § 35 Rn 129f.). Dies hat das Insolvenzgericht zutreffend erkannt. Gegen seine Entscheidung sieht die InsO keine sofortige Beschwerde vor (§ 6 I InsO).

Bei der **Entscheidung des Insolvenzgerichts** handelte es sich **nicht um eine Entscheidung nach § 36 IV 1 InsO**, für die der vollstreckungsrechtliche Rechtszug gilt: Denn die Vorschrift des § 850b I Nr. 1 ZPO, aus der - wenn nicht der Ausnahmefall des § 850b II ZPO vorliegt - die Unpfändbarkeit von Renten aus privaten Berufsunfähigkeitsversicherungen abgeleitet wird, ist in § 36 I 2 InsO nicht erwähnt. Selbst im Fall einer Entscheidung nach § 36 IV 1 InsO wäre aber eine Rechtsbeschwerde gegen die dann eröffnete sofortige Beschwerde (§ 793 ZPO) nur statthaft, wenn sie vom Beschwerdegericht zugelassen wurde (§ 574 I 1 Nr. 2 ZPO). Dies ist hier nicht geschehen.“ (BGH aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 97 I, 53 II 1**Zeugnisverweigerungsrecht**
Schweigepflichtentbindung durch Insolvenzverwalter

StPO

(OLG Nürnberg in NZI 2009, 817; Beschluss vom 18.06.2009 – 1 Ws 289/09)

Der **Insolvenzverwalter** über das Vermögen eines Unternehmens **kann einen Wirtschaftsprüfer wirksam von seiner Schweigepflicht entbinden**, die gegenüber diesem Unternehmen besteht; eine (zusätzliche) Erklärung des früheren gesetzlichen Vertreters ist nicht erforderlich.

- I. **Grds. kann** einen der in § 53 StPO genannten Berufsträger **nur derjenige von der Verschwiegenheitspflicht entbinden, zu dessen Gunsten diese Pflicht begründet ist**, wobei unerheblich bleibt, wer den zu Grunde liegenden Mandatsauftrag faktisch erteilt hat.

vgl. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 53 Rn 78; OLG Oldenburg NJW 2004, 2176 = NStZ 2004, 570

- II. Ob diese Erklärung nach einem **Wechsel in der Person des Geschäftsführers oder Vorstands oder nach Bestellung eines Insolvenzverwalters** über das Vermögen der juristischen Person seit der Mandatierung allein vom neuen Vertreter wirksam abgegeben werden kann, **ist jedoch streitig** (vgl. zum Meinungsstand Rogall, SK-StPO, § 53 Rn 199f.).

1. Nach **Ansicht des OLG Nürnberg aaO** kommt es **entscheidender Bedeutung** dabei zu, **worin das durch § 53 StPO geschützte Vertrauensverhältnis im Einzelfall besteht**.

- a) Der **Sinn des Aussageverweigerungsrechts** für Mitglieder bestimmter Berufsgruppen liegt darin, dass diese nicht verpflichtet sein sollen, als Zeuge in einem gerichtlichen Verfahren ohne Einwilligung des davon Betroffenen Tatsachen preiszugeben, die sie allein wegen ihrer speziellen beruflichen Tätigkeit erfahren haben. „Betroffen“ ist derjenige, dessen „Geheimnisse“ einem Dritten im Rahmen der besonderen berufsgruppenspezifischen Beziehung bekannt werden, was wiederum von der Art seiner Tätigkeit abhängt.

„Die berufliche Aufgabe eines Wirtschaftsprüfers ist es, betriebswirtschaftliche Prüfungen, insbesondere solche von Jahresabschlüssen wirtschaftlicher Unternehmen, und entsprechende Testate zu erstellen (§ 2 I WPO). Anders als bei Notaren, die nach § 14 I BNotO gerade nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängige und unparteiische Betreuer sein sollen, und bei Rechtsanwälte, welche nach § 1 BRAO als unabhängige Organe der Rechtspflege fungieren, orientiert sich die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers somit schon vom gesetzlichen Leitbild her allein an der objektiv überprüfbaren wirtschaftlichen Situation seines Auftraggebers. Nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem von ihm zu prüfenden Unternehmen stehende Informationen müssen ihm zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht gegeben werden. Dem Wirtschaftsprüfer werden daher im Rahmen seiner speziellen beruflichen Tätigkeit notwendigerweise nur insoweit geheimhaltungspflichtige Tatsachen bekannt, als sie die juristische Person selbst betreffen. Andere Erkenntnisse, also etwa Geheimnisse, die aus der Sphäre der Person ihres gesetzlichen Vertreters herrühren, sind dem geschützten Vertrauensverhältnis nicht zwingend zuzuordnen.

Daraus folgt, dass allein die juristische Person in ihren „Geheimnissen“ geschützt ist. Nur diese hat somit die Entscheidungsbefugnis, eine von ihr beauftragte und mit der betriebswirtschaftlichen Prüfung beauftragte Person i.S. von § 53 II 1 StPO von der Schweigepflicht zu entbinden. Ob dies im Interesse der juristischen Person liegt, entscheidet allein der gesetzliche Vertreter zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung. Früheren gesetzlichen Vertretern, gleich aus welchem Grund sie ausgeschieden sind, steht diese Befugnis nicht mehr zu, so dass es auf deren (zusätzliche) Erklärung nicht ankommt (so auch LG Hamburg NStZ-RR 2002, 12; OLG Oldenburg NJW 2004, 2176 = NStZ 2004, 570; Weyand wistra 1995, 240; Schäfer wistra 1985, 209; Nack, KK-StPO, 6. Aufl., § 97 Rn 6).

Dies gilt auch für Fälle wie den vorliegenden, in denen ein Insolvenzverwalter bestellt ist. Dieser hat nach § 80 I InsO das alleinige Recht zur Vermögensverwaltung; hierunter fallen auch und gerade die im Rahmen einer Wirtschaftsprüfung bekannt gewordenen Umstände.“ (OLG Nürnberg aaO)

- b) OLG Nürnberg aaO folgt nicht der in **Rspr. und Lit.** wiederholt vertretenen Meinung, **wonach der Insolvenzverwalter** einen Wirtschaftsprüfer einer juristischen Person in Strafverfahren gegen deren Geschäftsführer **nicht allein von der Verschwiegenheitspflicht befreien kann**.

OLG Celle wistra 1986, 83; OLG Koblenz NStZ 1985, 426; OLG Düsseldorf wistra 1993, 120; Rogall, SK-StPO, § 53 Rn 199f.; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 53 Rn 46; Senge, KK-StPO, 6. Aufl., § 53 Rn 47 m.w. Nachw.

„Das zur Begründung herangezogene Argument, dass § 53 StPO ein persönliches Vertrauensverhältnis schützen will, welches es zwischen einer juristischen und einer natürlichen Person nicht geben kann, berücksichtigt nicht, dass das spezielle, oben beschriebene Tätigkeitsfeld eines Wirtschaftsprüfers ausschließlich die wirtschaftliche Interessen des Unternehmens berührt. Diese sind jedoch gerade der juristischen Person zuzuordnen (Löwe/Rosenberg, § 53 Rn 78 m.w. Nachw.) und somit nicht der Person des gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters.

Als weitere Begründung wird angeführt, dass einem Wirtschaftsprüfer auch „Eigengeheimnisse“ des Geschäftsführers zur Kenntnis gelangen, über die nur Letzterer verfügungsberechtigt sei. Solch ein Eigengeheimnis seien auch Straftaten (bzw. Tatsachen, die solche begründen), die der Geschäftsführer zu Lasten der juristischen Person begangen habe (Rogall, SK-StPO, § 53 Rn 199). Auch dies überzeugt nicht. Zum einen sind Eigengeheimnisse einer natürlichen Person dem Wirtschaftsprüfer zur Erfüllung von dessen Aufgaben nicht notwendigerweise bekannt zu geben. Zum anderen kann die Begehung einer strafbaren Handlung, allein für sich gesehen, kein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse i.S. des § 53 StPO begründen. Der Schutzzweck dieser Norm ist auf berufsbezogene vertrauliche Mitteilungen und Wahrnehmungen beschränkt. Weiterhin widerspricht die Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung bei der Verfolgung strafbarer Handlungen dem Allgemeininteresse (vgl. OLG Oldenburg NJW 2004, 2176 = NStZ 2004, 570).“ (OLG Nürnberg aaO)

2. Dieses Ergebnis entspricht auch der Praxis in **zivilprozessualen Fallgestaltungen**.

„Die Situation ist, soweit Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer der juristischen Person Gegenstand eines Rechtsstreits sind, mit der Interessenlage im Strafverfahren vergleichbar (Schäfer wistra 1985, 209).“ (OLG Nürnberg aaO)

StPO
§ 118**Haftprüfung**
keine Haftentlassung bei Überschreitung der Frist des § 118 V StPO

StPO

(OLG Köln in StV 2009, 653; Beschluss vom 28.01.2009 – 2 Ws 31/09)

Bei **Überschreitung der Frist des § 118 V StPO** ist der **Beschuldigte nicht zwingend aus der Haft zu entlassen**. Die Fristüberschreitung kann ggf. mit der (Untätigkeits-) Beschwerde angefochten werden.

„Der Senat teilt insoweit die **Rechtsauffassung des OLG Hamm** (NSTZ-RR 2006, 17; so auch Meyer-Goßner, StPO, 51. Auflage 2008, § 118 Rn 4; Graf, Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, § 118 Rn 6; Hilger, Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage 2007, § 118 Rn 20).

Die gegenteilige Ansicht (Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, Rn 307) kann sich nicht darauf berufen, dass bei dieser Auslegung die Einhaltung der 14-Tages-Frist in Gefahr geriete. Das vermag der Senat aufgrund seiner ständigen Befassung mit (weiteren) Haftbeschwerden festzustellen. Es würde umgekehrt zu **untragbaren Folgen für das Funktionieren der Strafrechtspflege** führen, müsste jede Überschreitung der Frist des § 118 V StPO zur Freilassung des Beschuldigten führen. Das bedeutet nicht, dass der Beschuldigte gegen die Überschreitung der Frist des § 118 V StPO rechtlos gestellt wäre. Sie kann mit der (Untätigkeits-)Beschwerde angefochten werden (OLG Braunschweig StV 2005, 39 sowie Meyer-Goßner und Graf aaO) und die Besorgnis der Befangenheit begründen (OLG Hamm aaO).“ (OLG Köln aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 345 II**Unterschrift**
unzulässige Vertretung

StPO

(OLG Hamm in NSTZ-RR 2009, 381; Beschluss vom 15.07.2009 – 4 Ss 257/08)

Eine **Unterschrift „R2 Rechtsanwalt (für den nach Diktat verreisten R1)“** lässt darauf schließen, dass der **unterzeichnende Rechtsanwalt nicht der eigenverantwortliche Verfasser der Revisionsbegründung** gewesen ist, sondern **lediglich als Vertreter** den von einem anderen verfassten und verantworteten Schriftsatz unterschrieben hat. Das **führt zur Unzulässigkeit der Revision**.

„Nach § 345 II StPO kann die Revision - abgesehen vom Fall der Erklärung zu Protokoll - formgerecht nur in einer von dem Verteidiger oder einem RA unterzeichneten Schrift begründet werden. Diese Unterschrift des Verteidigers oder Rechtsanwalts ist eine unverzichtbare Voraussetzung der Wirksamkeit. Dazu gehört, dass der Unterzeichnende **die volle Verantwortung** für den Inhalt der Schrift übernimmt (Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl., München 2008 Rn 59, 60 mit Nachweisen der Rspr.). Bestehen daran **auch nur Zweifel**, so ist die Revisionsbegründung **unzulässig** (Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl., § 345 Rn 16; OLG Hamm, Beschl. v. 10. 7. 2000 - 2 Ss OWi 646/2000).

Die vorliegende Revisionsbegründungsschrift ist wie folgt unterschrieben: „R2 Rechtsanwalt (für den nach Diktat verreisten R1)“. Diese Form der Unterschrift mit dem entsprechenden Zusatz lässt darauf schließen, dass der unterzeichnende Rechtsanwalt nicht der eigenverantwortliche Verfasser der Revisionsbegründung gewesen ist, sondern lediglich als Vertreter den von einem anderen verfassten und verantworteten Schriftsatz unterschrieben hat (so auch KG JR 1987, 217; OLG Hamm VRS 99, 985; BayObLG NJW 1991, 2095; BGH NSTZ 2003, 615; Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. § 345 Rn 16).

Hier kommt hinzu, dass R1 dem Angekl. als **Pflichtverteidiger** beigeordnet worden war, was eine **Unterbevollmächtigung** des R2 durch R1 **ausschließt**. Es bestehen somit erhebliche Bedenken, dass R2 überhaupt wirksam bevollmächtigt war, die Revision für den Angekl. zu begründen.

Die sich hieraus ergebenden Zweifel an der Eigenverantwortlichkeit und Bevollmächtigung des unterzeichnenden RA führen zur **Formunwirksamkeit der Revisionsbegründung und damit zur Unlässigkeit der Revision**.“ (OLG Hamm aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 345 II**Revisionseinlegung**
unzulässige Formulierung: „auf Wunsch des Angeklagten“

StPO

(OLG Rostock in NSTZ-RR 2009, 381; Beschluss vom 20.07.2009 – 1 Ss 191/09 I 65/09)

Erfolgt bereits die **Einlegung der Revision durch den Verteidiger** erklärtermaßen (**nur**) **„auf Wunsch des Angeklagten“** und wird der darin zum Ausdruck kommende Vorbehalt auch mit der späteren Begründung des Rechtsmittels nicht ausgeräumt, **begründet dies durchgreifende Zweifel daran, dass der Verteidiger die volle Verantwortung für die Revision insgesamt übernimmt**. Die **Revision ist damit unzulässig**.

„Dem Formerfordernis des § 345 II StPO, wonach die Revisionsbegründung in einer von einem Verteidiger unterzeichneten Schrift erfolgen muss, ist u.a. nur dann Genüge getan, wenn **keinerlei Zweifel** daran besteht, dass der Rechtsanwalt die volle **Verantwortung** für den Inhalt der Schrift **übernommen** hat (BGHSt 25, 272f. = NJW 1974, 655; BGH NSTZ-RR 2002, 309; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 345 Rn 16 m. w. Nachw.). Das ist hier nicht der Fall.

Schon in der Revisionseinlegungsschrift hat die Verteidigerin Veranlassung zu dem Hinweis gesehen, sie tue dies (**nur**) **„auf Wunsch des Angekl.“** und damit zumindest anklingen lassen, dass sie selbst nicht hinter dem Rechtsmittel steht.

Die diesbezüglich hervorgerufenen Zweifel werden durch die Begründungsschrift nicht ausgeräumt: Zwar wird darin nun **„vorbehaltlos“ die allgemeine Sachrüge** erhoben. Wenigstens das musste indes auch geschehen, um das Rechtsmittel nicht allein wegen Fehlens jeglicher Begründung unzulässig werden zu lassen (§ 345 I 1, § 346 I StPO). Allein aus der Tatsache, dass die Revision trotz der bei ihrer Einlegung zum Ausdruck gebrachten Zweifel nachfolgend in einem separaten Schriftsatz jedenfalls noch mit der allgemeinen Sachrüge zulässig begründet worden ist, kann deshalb **nicht gefolgert** werden, die Verteidigerin stehe **nunmehr doch wieder persönlich hinter dem Rechtsmittel**. Insoweit kann es keinen Unterschied machen, ob das erklärtermaßen lediglich auf Wunsch des Mandanten eingelegte Rechtsmittel sogleich oder erst durch weiteren Schriftsatz in einer lediglich den Mindestanforderungen genügenden Weise begründet wird.“ (OLG Rostock aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 42 II**Klagebefugnis**
Einziehung einer öffentlichen Straße

VwGO

(BVerfG in NVwZ 2009, 1426; Beschluss vom 10.06.2009 – 1 BvR 198/08)

Eine **Linienverkehrsgenehmigung für ein Omnibusunternehmen bietet keinen Schutz gegen die Teileinziehung einer Straße**; eine **Klagebefugnis** für ein Omnibusunternehmen gem. § 42 II VwGO ist daher **nicht gegeben**.

„Es braucht vorliegend nicht abschließend entschieden werden, ob die dem Bf. erteilte Linienverkehrsgenehmigung von Art. 14 GG geschützt ist. Denn selbst dann würde sie jedenfalls keinen Schutz gegen die Teileinziehung einer Straße bieten, die für den Betrieb der genehmigten Verkehrslinie benutzt wurde. Die **Nutzung einer Straße gehört zum Regelungsgegenstand des Straßenrechts** (vgl. Kodal/Krämer, StraßenR, 6. Aufl. 1999, Kap. 1 Rn 1; Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes. VerwR, 14. Aufl. 2008, 7. Kap. Rn 2). Der konkrete Rahmen der Straßennutzung wird bestimmt durch eine auf der Grundlage des Straßenrechts erlassene Widmungs- oder Einziehungsverfügung (vgl. Kodal/Krämer, StraßenR, 6. Aufl. 1999, Kap. 7 Rn 2.3 sowie Kap. 10 Rn 7.3 und 16; Schmidt-Aßmann/Schoch, Bes. VerwR, 14. Aufl. 2008, 7. Kap. Rn 5). Dagegen **bezieht sich** die dem Bf. erteilte **Genehmigung für den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen**, worunter eine zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten eingerichtete regelmäßige Verkehrsverbindung zu verstehen ist, auf der Fahrgäste an bestimmten Haltestellen ein- und aussteigen können (vgl. § 42 S. 1 PBefG), **nur auf die Einrichtung, die Linienführung und den Betrieb** (vgl. § 9 I Nr. 3 PBefG). Nach ihrer **einfachrechtlichen Ausgestaltung** erstreckt sich die Genehmigung dagegen nicht auf die Nutzung des zum Streckenbestand gehörenden Straßenraumes. Insoweit folgt der Verkehr der Straße und nicht die Straße dem Verkehr (vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 2004, 384; Heinze, PBefG, 2007, § 9 Rn 4; Bidinger, PersonenbeförderungsR, § 9 PBefG Nr. 5 [Februar 2004]). Bei der **Linienverkehrsgenehmigung** nach § 9 I Nr. 3 PBefG handelt es sich vielmehr um eine **Genehmigung, deren Gegenstand ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten ist** (vgl. §§ 2f. PBefG; Heinze, PBefG, 2007, § 2 Rn 3). Diese sich aus der Lit. und der Rspr. ergebende Auslegung des Inhalts der Linienverkehrsgenehmigung ist vom BVerfG seiner Prüfung am Maßstab der Verfassung zu Grunde zu legen.“ (BVerfG aaO)

- ZA 12/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 167 I 1**einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung**
Beschwerde ist nicht statthaft

VwGO

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2009, 989; Beschluss vom 30.04.2009 – 7 B 675/09)

Gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts über einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 I ZPO i.V. mit § 167 I 1 VwGO ist die **Beschwerde nicht statthaft**.

- I. Für den **Zivilprozess** wird der **Rechtsmittelausschluss analog § 707 II 2 ZPO** gegen Entscheidungen des ProzessGer., die vorläufigen Rechtsschutz nach § 769 I ZPO gewähren oder ablehnen, daraus hergeleitet, dass bei Entscheidungen nach § 769 I ZPO eine vergleichbare Interessenlage besteht wie bei Entscheidungen nach §§ 707 und 719 ZPO, für die der Rechtsmittelausschluss ausdrücklich angeordnet ist.

„In sämtlichen Fällen geht es um eine einstweilige Einstellung bzw. Beschränkung der Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren zivilgerichtlichen Titeln. Für Entscheidungen nach § 769 I ZPO gilt dem gemäß in gleicher Weise wie für Entscheidungen nach §§ 707, 719 ZPO die - auch vom Gesetzgeber geteilte - Wertung, wonach die Entscheidung in der zugehörigen Hauptsache nicht durch die Einlegung von Rechtsmitteln im Nebenverfahren verzögert werden soll. Es entspricht überdies der Einschätzung des Gesetzgebers (vgl. BT-Dr 10/3054 S. 14), dass das mit der Hauptsache befasste erstinstanzliche Gericht am besten beurteilen kann, ob und ggf. welche einstweilige Regelung nach § 769 I ZPO erforderlich ist. Hinzu tritt, dass vorläufige Entscheidungen sowohl nach §§ 707, 719 ZPO als auch nach § 769 I ZPO jeweils Ermessensentscheidungen sind, bei denen das ProzessGer. die Schutzbedürfnisse von Gläubiger und Schuldner gegeneinander abzuwägen hat und getroffene Entscheidungen frei abändern kann, um der jeweiligen Prozesslage gerecht zu werden (vgl. zu Vorstehendem: BGHZ 159, 14 = NJW 2004, 2224 = InVO 2006, 146; MüKo-ZPO/Schmidt, 3. Aufl. 2007, § 769 Rn 33; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 769 Rn 17; jew. m.w. Nachw.).“ (VGH Kassel aaO)

- II. Der **Rechtsmittelausschluss analog § 707 II 2 ZPO** gilt auch für **verwaltungsgerichtliche Entscheidungen** nach § 167 I 1 VwGO i.V. mit § 769 I ZPO zur vorläufigen Einstellung bzw. Beschränkung der Vollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Titeln.

„§ 167 I 1 VwGO ordnet für die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Titel die entsprechende Geltung des Achten Buchs der ZPO an, soweit sich aus der VwGO nichts Anderes ergibt. Diese - auf Grund des **fragmentarischen Charakters der §§ 167ff. VwGO** für die Vollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Titeln bedeutsame - dynamische Verweisung auf die ZPO belegt, dass der Gesetzgeber deren ausführliche Regelungen zur Vollstreckung zivilgerichtlicher Titel im Grundsatz als auch auf die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Titel für anwendbar erachtet. Durch die **Anordnung einer entsprechenden Geltung der zivilprozessualen Regelungen** hat der Gesetzgeber zugleich sichergestellt, dass Besonderheiten des Verwaltungsprozesses bei der Anwendung der Vorschriften des Achten Buchs der ZPO zu berücksichtigen sind. Dies hat bspw. zur Folge, dass an Stelle der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO die Beschwerde nach §§ 146ff. VwGO tritt.“

Vor dem Hintergrund dieses Regelungsgefüges folgt aus § 167 I 1 VwGO nicht nur die entsprechende Geltung des § 769 I ZPO im Verwaltungsprozess, sondern auch die Unanfechtbarkeit verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen über Anträge auf einstweilige Anordnungen nach dieser Vorschrift. Die Argumente, die im Zivilprozess für einen auf eine Analogie zu § 707 II 2 gestützten Rechtsmittelausschluss im Hinblick auf erstinstanzliche Entscheidungen über Anträge nach § 769 ZPO streiten, gelten in gleicher Weise im Verwaltungsprozess. Besonderheiten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, die im Fall verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 769 I ZPO der analogen Anwendung des § 707 II 2 ZPO entgegen stehen und so eine Abweichung von der zivilprozessualen Rechtslage rechtfertigen, auf die § 167 I 1 VwGO prinzipiell verweist, bestehen nicht. Der Zweck der effektiven Vollstreckung gerichtlicher Titel, der ohne Unterschied für zivil- und verwaltungsgerichtliche Titel gilt, legt es im Gegenteil nahe, im Geltungsbereich beider Verfahrensordnungen Entscheidungen über die einstweilige Beschränkung der zwangsweisen Durchsetzung vollstreckbarer gerichtlicher Titel bei der ersten Instanz zu monopolisieren.“ (VGH Kassel aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Picot:** Unternehmenskauf und Sachmängelhaftung (DB 2009, 2587)

Zur Vermeidung der nach wie vor bestehenden Wertungswidersprüche und Abgrenzungsschwierigkeiten beim Unternehmenskauf und der daraus resultierenden unnützen Rechtsstreitigkeiten empfiehlt der Verfasser, das **für Unternehmenskäufe** nach wie vor **ungeeignete gesetzliche Gewährleistungssystem vertraglich auszuschließen**. - Entsprechend der nationalen und internationalen, insbesondere angelsächsischen Vertragspraxis sollte dann vertragsautonom ein **klar definiertes System selbstständiger verschuldensunabhängiger Garantien** (§ 311 I BGB) **mit konkreten Haftungsszenarien und -folgen vereinbart** werden. - Auf diese Weise könnten sich nach Auffassung des Autors die Vertragspartner ein individuell und filigran austariertes Äquivalenzverhältnis zwischen dem Kaufgegenstand und Kaufpreis schaffen, das zugleich die aus dem ver- bzw. gekauften Unternehmen und seinen Bestandteilen resultierenden Chancen und Risiken mit der Möglichkeit einer angemessenen Haftungsbegrenzung präzise widerspiegelt.

2. **Ludes/Lube:** Fristsetzung – Das Verlangen nach „umgehender“ Leistung bei §§ 281, 286 und 323 BGB (MDR 2009, 1317)

Bespr. der Entsch. **BGH in NJW 2009, 3153 = ZA 11/2009, S. 29** - Dem Gläubiger ist dazu zu raten, zukünftig auf eine eindeutig terminierte Nachfrist zu verzichten und stattdessen zur „unverzüglichen“ oder „umgehenden“ Leistung aufzufordern. - Das **Verlangen nach „sofortiger“ Leistung ist zu vermeiden**, denn dadurch setzt er bei § 281 BGB eine „Minimalfrist“, die bei § 286 BGB zum sofortigen Eintritt des Verzuges führt. - Dies gilt zugleich für die Frist bei § 323 BGB außerhalb des § 474 BGB; innerhalb des Anwendungsbereiches ist das Setzen einer Frist gänzlich obsolet.

3. **Bloching/Ortolf:** Schriftformklauseln in der Rspr. von BGH und BAG - Zukunfts- oder Auslaufmodell, insbesondere beim Schutz gegen betriebliche Übungen? (NJW 2009, 3393)

Einfache Schriftformklauseln - sei es, dass sie bloß deklaratorisch oder dass sie konstitutiv sind - **verhindern nach BAG und nach BGH nicht, dass sie formlos abbedungen werden**. - Doppelte/qualifizierte (konstitutive) Schriftformklauseln verhindern nach BAG wirksam mündliche oder konkludente Vertragsänderungen; der BGH erkennt diese Wirkung nur gegenüber Kaufleuten an. - Doppelte (konstitutive) Schriftformklauseln in Arbeitsverträgen können **betriebliche Übungen verhindern**. - Auch wenn die (doppelte konstitutive) Schriftformklausel formularmäßig vereinbart ist, **geht die betriebliche Übung nicht nach § 305b BGB vor, weil sie nicht individuell vereinbart ist**. - Allerdings sind **standardmäßig formulierte doppelte Schriftformklauseln nach § 307 I 2 BGB unwirksam**, weil sie entgegen § 305b BGB den Eindruck erwecken, auch individuell ausgehandelte Vereinbarungen seien unwirksam. - Abhilfe kann in Zukunft nur die Verankerung einer „eingeschränkten qualifizierten Schriftformklausel“ im Arbeitsvertrag schaffen, die in ihrer Formulierung nicht über die tatsächlich angestrebte Wirkung hinausgeht. - Um dem **Transparenzgebot des § 307c II BGB** Genüge zu tun, sollte die betriebliche Übung in der „eingeschränkten qualifizierten Schriftformklausel“ ausdrücklich erwähnt sein. - Die eingeschränkte Schriftformklausel sollte das schriftliche Abfassen der betrieblichen Übung offenhalten, um nicht zu einer reinen Vorbehaltsklausel gegen betriebliche Übungen zu mutieren.

4. **Herbert/Oberrath:** Beherrschung und Verwendung der deutschen Sprache bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses (DB 2009, 2434)

Verlangt der Arbeitgeber von einem Bewerber die Beherrschung der deutschen Sprache, so hat er die **Grenzen, die durch Art. 39 II EG, Art. 3 III GG und das AGG gezogen werden, zu beachten**. - Insofern ist es gerechtfertigt, von allen Bewerbern diejenigen Sprachfertigkeiten zu fordern, die für eine **angemessene betriebliche Kommunikation** erforderlich sind; darüber hinaus kann der Arbeitgeber die Einstellung eines Bewerbers von denjenigen sprachlichen Fähigkeiten abhängig machen, die eine Qualifikationsvoraussetzung für die Arbeitsstelle sind. - Der Arbeitgeber darf beim Abschluss des Arbeitsvertrags und beim Nachweis der Arbeitsbedingungen ausschließlich die deutsche Sprache verwenden, das **Sprachrisiko trägt der Arbeitnehmer**. - Sollte der Arbeitgeber aber die **Sprachdefizite eines ausländischen Arbeitnehmers bewusst ausnutzen**, um diesem ungünstige Arbeitsbedingungen aufzudiktieren, **kann dies nach § 138 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags insgesamt oder zur Nichtigkeit einzelner Vertragsbestimmungen führen**.

II. Strafrecht

1. **Bachmann:** Zur Problematik des gemischt genutzten Gebäudes bei §§ 244 I Nr. 3 und 306a I StGB (NStZ 2009, 667)

Problemstellung: Bricht der Täter in ein gemischt genutztes Gebäude ein oder setzt ein solches in Brand, ergeben sich oftmals schwierige Abgrenzungsprobleme, die Rspr. und Wissenschaft immer wieder beschäftigen; konkret geht es im Rahmen des Diebstahls um die Frage, ob der Strafrahmen des § 243 I 2 Nr. 1 oder derjenige des § 244 I Nr. 3 StGB eröffnet ist, wenn der Einbruch z.B. in ein Haus erfolgt, in dem sich über einem Café eine Wohnung befindet. - Diese Einordnung ist zwar in Bezug auf die Höchststrafe - in beiden Fällen 10 Jahre Freiheitsentzug - unerheblich, nicht aber im Hinblick auf die Mindeststrafe: Letztere beträgt bei der Qualifikation des § 244 I Nr. 3 StGB 6 Monate, beim Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 StGB hingegen nur 3 Monate Freiheitsstrafe. - Setzt der Täter das Café hingegen (nach Geschäftsschluss) in Brand, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen er neben § 306 auch aus § 306a I Nr. 1 StGB zu bestrafen ist; anders als beim Wohnungseinbruchsdiebstahl hat diese Einordnung zwar keine Bedeutung im Hinblick auf die Mindeststrafe (jeweils 1 Jahr Freiheitsentzug), wohl aber für das Höchstmaß; während letzteres bei der einfachen Brandstiftung 10 Jahre Freiheitsstrafe beträgt, endet der Strafrahmen bei der schweren Form erst bei 15 Jahren (vgl. § 38 StGB).

2. **Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling:** Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht - Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB (NStZ 2009, 593)
3. **Matt/Dierlamm/Schmidt:** Das (neue) Recht vom Zeugenbeistand und seine verfassungswidrigen Einschränkungen (StV 2009, 715)

Problemstellung: Wie hat der Zeugenbeistand zu reagieren, wenn er in der Vernehmungssituation vom Vernehmungsbeamten „überfahren“ wird? - Wird der **Zeugenbeistand auf Anordnung eines Polizeibeamten ausgeschlossen**, sollte der Zeuge daraufhin gewiesen werden, dass im Rahmen der polizeilichen Vernehmung keine Aussagepflicht besteht; der Beistand sollte als Vernehmungszimmer in Begleitung seines Mandanten verlassen; ist der Zeugenbeistand nicht anwesend, z. B. weil dieser erst nach Beginn der Vernehmung fhemündlich durch seinen Mandanten kontaktiert wird, sollte der Zeugenbeistand seinem Mandanten empfehlen, die Vernehmung abubrechen; zugleich sollte der Abbruch der Zeugenvernehmung durch den Beistand selbst dem Vernehmungsbeamten mitgeteilt werden, um sicherzustellen, dass nicht der Mandant aus Furcht oder aufgrund fehlenden Durchsetzungsvermögens dem Vernehmungseifer des Beamten erliegt; parallel dazu sollte - in geeigneten Fällen - von der Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung Gebrauch gemacht werden. - Erfolgt der **Ausschluss aufgrund einer Anordnung des Staatsanwaltes**, ist auf folgende Gesichtspunkte hinzuweisen: Jeder Zeuge hat einen **Anspruch auf einen Zeugenbeistand**; dieses **Recht ist auch in § 68 b I und II StPO verankert**; will also der ermittelnde Staatsanwalt die begonnene Vernehmung nach Ausschluss des Zeugenbeistands fortführen, ist dies jedenfalls insoweit nicht verfassungskonform, als dem Zeugen keinerlei Gelegenheit gegeben wird, einen anderen Zeugenbeistand zu mandatieren; wird dem Zeugen keinerlei Gelegenheit hierzu gegeben, sollte diesem unter Hinweis auf die **Rspr. des BVerfG** und die Gesetzeslage die Empfehlung gegeben werden, die **Aussage zu verweigern, eine gerichtliche Entscheidung gem. § 161 a III StPO zu beantragen** und im Falle von Ordnungsgeld- bzw. Ordnungshaftbeschlüssen diese im Wege von (Verfassungsgerichtlichen) Eilentscheidungen anzufechten; gleiches gilt, soweit der Staatsanwalt z. B. die Auffassung vertreten sollte, dass aufgrund einer Gefährdung des Untersuchungszwecks die Mitwirkung eines Zeugenbeistandes generell unzulässig sei, d. h. der Ausschluss aufgrund allgemeiner Erwägung und nicht ad personam erfolgt; wird dem Zeugen Gelegenheit gegeben einen anderen Zeugenbeistand zu benennen, wird sorgfältig zu überprüfen sein, ob dem Zeugen eine angemessene Frist gesetzt wird, einen neuen Beistand zu konsultieren; die Frage der Angemessenheit wird dabei insbesondere von der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage und dem daraus resultierenden Gesprächsbedarf abhängen; ist die Frist zu kurz bemessen, wird das Recht auf Konsultation eines Zeugenbeistands unterlaufen, so dass sich dann ebenfalls die Verweigerung der Aussage und die oben beschriebenen Handlungsalternativen empfehlen dürften; ist die Frist ausreichend, dürfte parallel zur Auswahl eines neuen Beistands der Antrag auf gerichtliche Entscheidung und ggf. die verfassungsgerichtliche Eilentscheidung geboten sein. - Erfolgt der **Ausschluss aufgrund richterlicher Entscheidung**, gelten die Überlegungen zum Ausschluss durch den Staatsanwalt sinngemäß, wobei hier - aufgrund der fehlenden Beschwerdemöglichkeiten - direkt verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz gesucht werden muss.

4. **Achenbach:** Aus der 2008/2009 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht (NStZ 2009, 621)

III. öffentliches Recht

1. **Rohlfing:** Ausschluss des Amtshaftungsanspruchs durch Nichteinlegung von Rechtsmitteln (MDR 2009, 1257)

Die **Ungewissheit der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels** ist kein Grund, der seinen **Nichtgebrauch rechtfertigen könnte**. - Da die **Kosten eines erfolglosen Rechtsmittels**, welches der Be-

troffene ergriffen hat, um einen Schaden aus der Amtspflichtverletzung abzuwenden, **grds. zu dem ersatzfähigen Schaden gehören**, kann es auch stets als zumutbar angesehen werden, von dem Geschädigten zu verlangen, auch bei geringen oder zweifelhaften Erfolgsaussichten Rechtsmittel zu ergreifen; nur dann, wenn **von vornherein die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels feststeht**, ist ein **Ursachenzusammenhang zwischen Nichtgebrauch eines Rechtsmittels und Schadenseintritt zu verneinen**. - Wenn dem durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigten mehrere Möglichkeiten zur Schadensabwendung zur Verfügung stehen, so **führt der Nichtgebrauch des effektivsten Rechtsmittels zum Anspruchsverlust**. - Von einer Untätigkeitsklage muss Gebrauch gemacht werden, und zwar spätestens dann, wenn die Behörde (ggf. nach vorheriger Ankündigung und Fristsetzung) nach sechs Monaten einen Widerspruch noch nicht beschieden hat.

2. **Quaas**: Begründung und Beendigung des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften (NVwZ 2009, 1400)

Der **öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften** ist **verfassungsrechtlich abgesichert** und verschafft den alt- und neukorporierten Religionsgemeinschaften einen **besonderen Schutz für die Ausübung der damit verbundenen Privilegien**. - Alt-korporierten Religionsgemeinschaften, insbesondere den beiden Volkskirchen und ihren Untergliederungen, kann dieser Status nach h. M. nur durch eine Verfassungsänderung genommen werden; für neukorporierte Religionsgemeinschaften bedarf es dazu einer gesetzlichen Grundlage, für die - mangels spezialgesetzlicher Regelung - auf die §§ 48, 49 (L)VwVfG zurückgegriffen werden kann. - Davon zu unterscheiden ist die **Aberkennung der Körperschaftsrechte einer Religionsgemeinschaft, die auf Antrag des (Landes-)Verbandes** erfolgt, in den die Religionsgemeinschaft eingegliedert ist; einem solchen Antrag hat die zuständige Landesbehörde mit Rücksicht auf die Organisationsgewalt des (Landes-)Verbandes als Ausfluss von dessen Selbstbestimmungsrecht, Art. 137 III I WRV, grds. stattzugeben; eine gerichtliche Überprüfung des staatlichen Mitwirkungsakts scheidet aus.

3. **KäB**: Die Änderung der Sach- und Rechtslage bei verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklagen (BayVBI 2009, 677)

Der Autor befasst sich mit der im Verwaltungsprozessrecht immer noch **umstrittenen Frage des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei Anfechtungsklagen**. - Dabei wird auch die **Problematik des vorläufigen Rechtsschutzes** beleuchtet. - Ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen werden anhand der Dauerverwaltungsakte, der Drittanfechtungsklagen im Baurecht und ausgewählter Bereiche des Sicherheitsrechts die neuesten Tendenzen in der Rspr. aufgezeigt und bewertet.

4. **Weißberger**: Die Zweistufentheorie im Wirtschaftsverwaltungsrecht – Teil 1 und 2 (GewA 2009, 417 und 465)
5. **Plewka**: Die Entwicklung des Steuerrechts (NJW 2009, 3410)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Ehlers**: Die höchstrichterliche Rspr. zur Rechtsanwaltschaft – Unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rspr. des BGH aus den Jahren 2006-2009 (DB 2009, 2475)
2. **Giers**: Die Neuregelung des Rechts der Ehewohnungs-, Haushalts- und Gewaltschutzsachen (FGPrax 2009, 193)
3. **Schwab**: Übergangsprobleme der Reform des Zugewinnausgleichs (FamRZ 2009, 1961)

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 Gendarstellungsansprüche 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.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung öffentliches Recht

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

Land: Rh-Pf	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. M.	Tag d. mündl. Prüfung 11.05.2009
-----------------------	--	--

Zur Person:

Dr. M. war gleichzeitig Vorsitzender der Prüfungskommission. Im Vorgespräch war er nett und entspannt. Die üblichen Fragen (Befinden, Berufswunsch) wurden gestellt. In der Prüfung Protokollfest. Da sich die Prüflinge mit Vorprotokollen vorbereitet hatten, kamen die Antworten teilweise sehr schnell, was dem Prüfer wohl nicht so gefiel. Die Benotung war nicht (eine Ausnahme) wohlwollend.

Zur Prüfung:

Zunächst sollte erläutert werden, welche Vorteile und Nachteile die Abschaffung des Vorverfahrens hätte.

Vorteile:

- Bürger könnte schneller klagen und hätte früher eine gerichtliche Entscheidung.
- Kosteneinsparung für Gerichte

Nachteile:

- keine Zweckmäßigkeitprüfung
- keine Entlastung der Gerichte

Fall: Ein Ehepaar baut ein Wochenendhaus im Außenbereich und verbaut das gesamte Ersparnis. Eine Baugenehmigung ist nicht vorhanden. Der Kreisrechtsausschuss hat Mitleid und tenoriert im Widerspruchsbescheid: „Der Widerspruchsgegner wird verpflichtet, das Vorhaben auf jederzeitigen Widerruf zu dulden. Im Übrigen wird der Widerspruch abgewiesen“. Dieser Widerspruchsbescheid wird der SGD zugeleitet. Was wird sie tun?

Die Beanstandungsklage nach § 17 AGVwGO wurde allgemein erörtert. Der Kreisrechtsausschuss ist nicht weisungsgebunden, § 7 AGVwGO. Dann sollte herausgearbeitet werden, was der Kreisrechtsausschuss entschieden hat.

Er hat, statt über die beantragte Baugenehmigung zu entscheiden, eine Duldungsverfügung erlassen, sodass keine Beseitigungsanordnung nach § 81 LBauO ergehen kann. Damit wurde etwas anderes entschieden, als beantragt. Ob ein öffentliches Interesse vorliegt, um eine Beanstandungsklage zu erheben, blieb im Ergebnis offen. Dem Prüfer war die Feststellung wichtig, dass mit diesem Tenor keine Baugenehmigung erteilt wurde.

Weiterer, aus den Vorprotokollen bekannter **Fall:** Antrag im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 66 LBauO auf Baugenehmigung für ein Einfamilienhaus. Abstandsflächen sind nicht eingehalten. Die Bauaufsichtsbehörde lehnt den Antrag ab. Hiergegen wird Widerspruch erhoben. Wie wird Widerspruchsbehörde entscheiden?

Problem des § 66 III LBauO: Da das Bauordnungsrecht im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen, deshalb erfolgt keine Prüfung, ob Abstandsflächen eingehalten werden. Dann Argumentation mit dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und Nachbarwiderspruch. Hier allgemeine Erörterung, dass Abstandsflächen drittschützende Normen sind. § 59 LBauO sollte angesprochen werden. Im Gegensatz zu den Vorprotokollen blieb hier offen, welche Lösung Dr. M. hier favorisiert, eine Auflösung erfolgte nicht.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

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

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) VizePräs LG N.	Tag d. mündl. Prüfung 02.09.2009
----------------------	---	---

Zur Person:

Herr N. ist ein sehr angenehmer Kommissionsvorsitzender. Im Vorgespräch hat er sich intensiv mit dem Lebenslauf des Kandidaten auseinandergesetzt und geht auf diesen ein. Am Ende kommt die anscheinend obligatorische Frage, ob man ihm und der Kommission noch etwas sagen wolle. Ich habe geantwortet, dass ich es schön fände, wenn die Kommission mich nicht nach meinen Vorkunften, sondern eher nach meinem Berufswunsch (Richter) prüfen würde, also mir durchaus einmal schwere Fragen zumuten könne. Darauf schaute er irritiert und erläuterte, dass alle die gleichen Fragen bekämen. Ich denke, man sollte einfach trotzdem ehrlich sein und darlegen, was einem auf dem Herzen liegt. In jedem Fall fühlt man sich bei ihm insofern gut aufgehoben, als er sich wirklich mit der Person des Prüflings auseinandersetzt.

Zum Prüfungsgespräch:

Es wurde folgender **Fall** gebildet: In einer Werkstatt setzt der Inhaber eine neue Kupplung in den Traktor des Auftraggebers. Diese Arbeitsleistung hat einen Wert von 3.000 € und die Reparatur geschieht im Jahre 2008. Der Auftraggeber nimmt den Traktor wieder in Besitz, zahlt jedoch nicht.

Blitzschnell war klar: hier kann nur ein Werkvertrag vorliegen. Weiterhin wurde geklärt, dass eine Abnahme grds. erforderlich ist und auch hier vorgenommen wurde. Der Austausch war nicht mangelbehaftet.

Nun wurde gefragt, was ob der Nichtzahlung des Bestellers zu unternehmen sei. Es wurde ein Mahnbescheid vorgeschlagen, bei dem N. vorgab, dass dieser mangels Gegendarstellung in einem Vollstreckungsbescheid mündete. Es wurde gefragt, was der Schuldner gegen diesen unternehmen könnte, und wir kamen auf den Einspruch nach § 700 ZPO zu sprechen.

Dann gab N. vor, dass die Sache vor dem (welches ist es?) zuständigen Amtsgericht verhandelt wurde und der Schuldner (= Besteller) nicht erschien. Die Frage war, was nun passierte. K6 schlug vor, dass nun ein VU erginge. Dies gefiel N. jedoch nicht, da der Vollstreckungsbescheid gem. § 700 ZPO einem Versäumnisurteil gleichsteht. Somit ergeht ein 2. VU nach § 345 ZPO mit den entsprechenden Konsequenzen (Einschränkung der Berufsunfähigkeit nach § 514 ZPO).

Nun fragte N., was der Gläubiger mit seinem Titel nun machen könnte. K3 erläuterte souverän, dass man nun die Zwangsvollstreckung betreiben könne. Darauf wollte N. die Voraussetzungen der ZV (Titel, Klausel, Zustellung, Antrag) hören und stellte insbesondere darauf ab, dass nur das Urteil dem Schuldner noch einmal zugestellt werden müsse (§ 750 ZPO), um ihm die Chance zu geben, die ZV noch einmal abzuwenden. Als Probleme wurden hier die Pfändungsschutzvorschriften kurz angesprochen (§§ 809 ff ZPO), da der Besteller den Traktor zum Lebensunterhalt nutzen könnte.

Nun wurde der **Fall** dahingehend abgewandelt, dass der Traktor nicht im Eigentum des Bestellers, sondern im Sicherungseigentum (§§ 929, 939 BGB) einer Bank steht.

Es wurde kurz auf die verschiedenen Ebenen beim Sicherungseigentum (dingl. Ebene, Darlehensvertrag, Sicherungsvereinbarung) eingegangen. Es wurde die Frage aufgeworfen, was die Bank gegen die anstehende Vollstreckung des Werkunternehmens tun könne. Es wurde hier die Drittwiderspruchsklage ins Feld gebracht und deren Aufbau kurz erörtert. Nun begann das Rätselraten des heutigen Tages: N. wollte auf einen Hinderungsgrund nach § 242 BGB hinaus, der es dem Sicherungseigentümer verwehren könnte, die Klage zu erheben. Hier wurde eifrig geraten, teilweise auch mit falscher Argumentation und Logik. Schlussendlich wollte N. auf § 951 BGB hinaus, welcher über § 947 BGB Anwendung finden könnte. Diese Idee scheiterte jedoch über die Rechtsgrundverweisung des § 812 I 1 Alt. 1 BGB, da sich der Einbau der Kupplung aus Sicht der Bank nicht als Leistung darstellte, und somit die Leistung an den Besteller eine mögliche NLK gegen die Bank verwehrte.

Alles in allem eine machbare Prüfung, bis auf die verwirrende Frage hinsichtlich § 242 BGB bei § 771 ZPO. N. wird manchmal leicht ungeduldig, bleibt aber immer freundlich und belehrend, wenn man eine falsche Antwort gibt.

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

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)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

