



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

37. Jahrg.

September 2012

Heft 9

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Regress des Ausfallbürgen gegenüber Regelbürgen
- BGH:** Aufgabe der Interessentheorie beim Bankrott
- OLG Bamberg:** Betrug durch Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten
- VG Gelsenkirchen:** Pferdehaltung als landwirtschaftlicher Betrieb
- BVerfG:** Anspruch auf rechtliches Gehör im vereinfachten Verfahren
- BGH:** Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers
- OVG Münster:** Relevanz eines Widerrufsvorbehalts für Sondernutzungserlaubnis



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

Die Änderung des Transplantationsgesetzes und die Organspende-Reform.....	1
---	---

Brandaktuell

BAG: Außerdienstliche Aktivitäten für NPD (Vorliegen eines Kündigungsgrundes).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Regress des Ausfallbürgen gegenüber Regelbürgen (aus Forderungsübergang und eigenem Recht).....	4
BGH: Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (auch freiberufliche Tätigkeit vom Schutz umfasst).....	7

Strafrecht

BGH: Bankrott (Aufgabe der „Interessentheorie“).....	11
OLG Bamberg: Betrug (Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten).....	14

öffentl. Recht

OVG Hamburg: Unzuverlässigkeit eines Taxiunternehmers (Relevanz von Verkehrsverstößen).....	19
VG Gelsenkirchen: Pferdehaltung im Außenbereich (Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes).....	22

Kurzauslese I

AG München: Tätowierung einer Minderjährigen (wirksamer Vertragsschluss).....	26
BGH: Verjährungsbeginn (Erstellung der Jahresabrechnung).....	26
BGH: Rücktrittsrecht (mangelnde Leistungsfähigkeit des Schuldners).....	26
BGH: Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung).....	27
BGH: Maestro-Karte (Zahlungskarte i. S. des § 152b I, IV StGB).....	27
BGH: Sexueller Missbrauch (Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses).....	28
BGH: Kinderpornografie (Zugänglichmachen durch Bereitstellen sog. „Links“ im Internet).....	28
BVerwG: Ausweisung (Terrorismusunterstützung).....	28
OVG Münster: Entlassung aus Beamtenverhältnis auf Widerruf (wegen Nichtbestehens einer Prüfung).....	29
OVG Magdeburg: Versammlungsrecht (unzulässige Versammlung vor dem Wohnhaus ehemaliger Strafgefangener).....	30
VG Frankfurt a.M.: Zugang zu Verbraucherinformationen (Kostenfreiheit).....	30

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BVerfG:	Anspruch auf rechtliches Gehör (im vereinfachten Verfahren nach § 495a ZPO).....	31
BGH:	Feststellungsinteresse für Feststellungsklage (widerspruchslose Zahlung vor Fälligkeit).....	35

Strafrecht

BGH:	Nebenklage (Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers).....	38
------	--	----

öffentl. Recht

OVG Lüneburg:	Fortsetzungsfeststellungsklage bei Wiederholungsgefahr (Anforderungen an das besondere Feststellungsinteresse).....	40
OVG Münster:	Widerruf einer Sondernutzungserlaubnis (rechtliche Relevanz eines Widerrufsvorbehalts).....	44

Kurzauslese II

LG Saarbrücken:	Aufrechnung im Zivilprozess (Arbeitsrechtliche Forderung).....	47
BGH:	Rechtsmittelverwerfung (durch Einzelrichter).....	48
BGH:	Revisionszulassung (Instanzenzug).....	48
OLG Celle:	Beschwerdeschrift (Formwirksamkeit bei eingescannter Unterschrift).....	48
BGH:	Vorführung eines Vernehmungsvideos (Anordnung des Vorsitzenden).....	48
BGH:	Beweiswürdigung (Unzulässigkeit der „Mitschrift“ durch einen dem Spruchkörper nicht angehörenden Richter).....	49
OLG Hamm:	Urkunden (Aufzeichnungen über Geschwindigkeitsmessungen).....	49
VGH Mannheim:	Verfahrensaussetzung (wegen Anhängigkeit eines anderen Verfahrens vor dem BVerwG).....	50
OVG Münster:	Nachträgliche Ermessenserwägungen (Zulässigkeit).....	50
BVerwG:	Anschlussberufung (Statthaftigkeit im gerichtlichen Asylverfahren).....	50

Weitere Schrifttumsnachweise	51
---	----

Übersicht:	Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit im unbeplanten Innenbereich.....	55
-------------------	---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Zivilrecht	56
Assessorprüfung:	Strafrecht	57

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Transplantationsgesetzes und die Organspende-Reform

Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 21.07.12, In-Kraft-Treten am 01.08.12 (BGBl 2012, S. 1601) und Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz vom 12.07.12, In-Kraft-Treten am 01.11.12 (BGBl 2012, S. 1504)

I. Allgemeines

Das Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes ist am 01.08.2012 in Kraft getreten. Mit dem "Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz" und dem "Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes" wird die **europäische Transplantationsrichtlinie (2010/53/EU) in deutsches Recht umgesetzt** und die **Regeln für die Organspende in Deutschland reformiert**.

Ziel ist es dabei, **einheitliche Standards für Qualität und Sicherheit der Organtransplantationen in Europa** zu schaffen. So konkretisiert das neue Gesetz die Anforderungen an die Entnahmekrankenhäuser und die Transplantationszentren sowie die Aufgaben der DSO, die den praktischen Ablauf von der Meldung eines potenziellen Spenders bis hin zur Übergabe der Organe für die Transplantation koordiniert.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. Von diesem Jahr an werden Krankenkassen und andere Stellen **alle Bürger ab 16 Jahren regelmäßig zu Fragen der Organ- bzw. Gewebespende und Transplantation aufklären** und sie **schriftlich dazu befragt, ob sie Organspender sein wollen**. Das sieht das Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz vor, das zum 01.11.2012 in Kraft treten wird.

Die **Entscheidungslösung modifiziert die bisherige erweiterte Zustimmungslösung**: Danach muss der Verstorbene zu Lebzeiten einer Organentnahme zugestimmt haben, z. B. per Organspendeausweis. Liegt keine Zustimmung vor, können Angehörigen an seiner Stelle über die Entnahme entscheiden.

2. Eine **umfassende und regelmäßige Aufklärung zur Organspende** soll die Menschen in die Lage versetzen, sich zu entscheiden. So sollen die gesetzlichen und privaten Krankenkassen ihren Versicherten **binnen eines Jahres nach Inkrafttreten des Gesetzes** Informationsmaterial und einen Spenderausweis schicken, auf dem der Versicherte seine **Erklärung über die Spendebereitschaft** dokumentieren kann. Diese Erklärung bleibt **wie bisher freiwillig**.

Die **Informationen zur Organspende** werden die Versicherten dann **alle zwei Jahre** bekommen, bis es technisch möglich sein wird, die Erklärung zur Organspende in einem eigenen elektronischen Fach auf dem Chip der elektronischen Gesundheitskarte (eGK) zu speichern. Dann kann jeder für sich entscheiden, ob er diese Anwendung nutzen oder lieber wie bisher seine Erklärung auf dem Organspendeausweis dokumentieren möchte. Die Testphase dazu soll laut Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte, die für die Einführung und Weiterentwicklung der eGK verantwortlich ist, frühestens 2014 beginnen.

3. Zudem werden die **versicherungs- und leistungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Lebendorganspender**, die bisher schon durch Richterrecht seit den 70er Jahren geprägt worden waren, **gesetzlich klargestellt und erweitert**.

So **hat der Organspender einen umfassenden Sachleistungsanspruch gegenüber der Krankenkasse des Organempfängers**. Auch notwendige Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation oder erforderliche Krankentransporte werden vom Leistungsanspruch erfasst, wobei **Zuzahlungen für Organspender entfallen**. Zudem wird ein **neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung für Arbeitnehmer** eingeführt, **die ein Organ**

spenden und für die Zeit der Operation und Behandlung ausfallen. Arbeitgeber können sich die Aufwendungen für die Entgeltfortzahlung von der Empfängerkrankenkasse auf Antrag erstatten lassen. Sollte die Arbeitsunfähigkeit länger als sechs Wochen dauern, hat der Organspender zudem einen **erhöhten Anspruch auf Krankengeld** (in Höhe des gesamten Nettoverdienstes bis maximal zur Beitragsbemessungsgrenze). Bei Komplikationen als Spätfolge der Organspende auftreten, sichert die gesetzliche Unfallversicherung die Organspender ab. Hier sind grds. **Beweiserleichterungen** vorgesehen.

4. Patienten vor und nach Organtransplantation und lebende Organspender sollen künftig im Rahmen der **ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung** behandelt werden.

Bislang war eine solche Versorgung nur für Patienten vor und nach einer Lebertransplantation vorgesehen. Mit der Erweiterung will der Gesetzgeber sicherstellen, dass alle Transplantationspatienten und Lebendspendern von einer auf sie speziell zugeschnittenen Versorgung profitieren. Dabei soll ein fachlich optimal qualifiziertes Personal die Behandlung von der Diagnostik bis zur Nachsorge übernehmen. Die genaue Ausgestaltung der Versorgung soll der Gemeinsame Bundesausschuss in entsprechenden Richtlinien regeln.

Brandaktuell

KSchG
§ 1

Außerdienstliche Aktivitäten für NPD Vorliegen eines Kündigungsgrundes

ArbR

(BAG in Pressemitteilung Nr. 64/12; Urteil vom 06.09.2012 - 2 AZR 372/11)

Fall: Der Kläger ist Mitglied der NPD und war seit dem Jahr 2003 in der Finanzverwaltung des beklagten Landes tätig. Er war in einem Versandzentrum für die Planung, Steuerung und Überwachung von Druckaufträgen zuständig. Im Rahmen seiner Tätigkeit hatte er Zugriff auf personenbezogene, dem Steuergeheimnis unterliegende Daten der Steuerpflichtigen. In seiner Freizeit verbreitete er mittels elektronischer «Newsletter» Informationen zu Treffen und Veranstaltungen eines NPD-Kreisverbands und der JN sowie Rundbriefe verschiedener Art.

Im Jahr 2009 verschickte er einen Aufruf zur Teilnahme an einer Demonstration in Halle/Saale. Unter der Überschrift «17. Juni – Ein Volk steht auf und kämpft sich frei – Zeit einen neuen Aufstand zu wagen!» heißt es darin, auch die «BRD» könnte «Angst davor haben», das Volk könne sich eines Tages erneut «gegen den Alles über Alles raffenden und volksverratenden Staat erheben». Falls «die bürgerliche Revolution» erfolgreich wäre, könne es «gut möglich» erscheinen, dass «diesmal ... Tode nicht bei den Demonstranten, sondern bei den etablierten Meinungsdictatoren zu verzeichnen (wären). – Dem Volk wär's recht». Die Passage endet mit der Aussage: «Hoffen wir mal, die nächste Revolution verläuft erfolgreicher. In diesem Sinne: Volk steh auf, kämpf dich frei!».

Daraufhin erhielt er eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Begründung, dass Zweifel an seiner Verfassungstreue bestünden und daher ein Verbleib im öffentlichen Dienstverhältnis nicht möglich sei. Zu Recht?

I. Verfassungstreue als Pflicht im öffentlichen Dienst

Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes müssen ein bestimmtes Maß an Verfassungstreue aufbringen.

*„Welchen Anforderungen sie insoweit unterliegen, richtet sich nach ihrer vertraglich geschuldeten Tätigkeit und der Aufgabenstellung des öffentlichen Arbeitgebers. **Mitgliedschaft in und Aktivitäten für die NPD** oder ihre Jugendorganisation (JN) stehen regelmäßig **nicht schon als solche** einer Weiterbeschäftigung im öffentlichen Dienst entgegen, selbst wenn man die Verfassungsfeindlichkeit der Organisationen - nicht ihre nur vom Bundesverfassungsgericht festzustellende Verfassungswidrigkeit - unterstellt.“* (BAG aaO)

Allerdings dürfen auch Beschäftigte, die keiner „gesteigerten“, beamtenähnlichen Loyalitätspflicht unterliegen, nicht darauf ausgehen, den Staat oder die Verfassung und deren Organe zu beseitigen, zu beschimpfen oder verächtlich zu machen.

„Entfaltet ein Arbeitnehmer - und sei es nur außerdienstlich - Aktivitäten dieser Art, kann dies ein Grund für eine Kündigung durch seinen Arbeitgeber auch dann sein, wenn das Verhalten nicht strafbar ist.“ (BAG aaO)

II. Anwendung auf den Fall

In Anwendung dieser Grundsätze hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts die Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigt, die die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Beschäftigten des öffentlichen Dienstes für wirksam erachtet haben.

*„Nach dem Gesamtkontext der Äußerungen treten die Verfasser des Demonstrationsaufrufs für einen **gewaltsamen Umsturz** ein. Eine andere Deutung erscheint nicht möglich. Der Kläger hat sich den Inhalt des Aufrufs zumindest dadurch zu eigen gemacht, dass er ihn weitverbreitete. Sein Vorgehen macht deutlich, dass er das auch **ihm abzuverlangende Mindestmaß an Verfassungstreue nicht aufbringt**. Die Kündigung ist jedenfalls aus Gründen in seiner Person gerechtfertigt. Grundrechtlich geschützte Rechtspositionen etwa aus Art. 5 GG und Art. 12 GG stehen dem nicht entgegen.“* (BAG aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB Regress des Ausfallbürgen gegenüber Regelbürgen BGB
§§ 769, 774 aus Forderungsübergang und eigenem Recht
 (BGH in NJW 2012, 1946; Versäumnisurteil vom 20.03.2012 – XI ZR 234/11)

1. **Regelbürge und Ausfallbürge sind keine Mitbürgen** im Sinne des § 769 BGB und keine Gesamtschuldner.
2. Befriedigt der im Verhältnis zum Regelbürgen nur subsidiär haftende Ausfallbürge den Gläubiger der Hauptforderung, so steht ihm ein **interner Ausgleichsanspruch** gegen den Regelbürgen zu, der selbstständig neben die kraft Gesetzes mit der Hauptforderung auf den Ausfallbürgen übergehende Bürgschaftsforderung gegen den Regelbürgen tritt.

Fall: Die klagende Bank begehrt als Ausfallbürgin vom Bekl. als Regelbürgen Ersatz des von ihr auf die Ausfallbürgschaft an die Gläubigerin gezahlten Betrags. Die Sparkasse D. (im Folgenden: Sparkasse) gewährte der Ehefrau des Bekl. (Hauptschuldnerin) gemäß Vertrag vom 20.12.1979 ein Existenzgründungs-Darlehen über 105 000 DM, für das der Bekl. sich selbstschuldnerisch verbürgte. Daneben übernahm eine Rechtsvorgängerin der Kl. (im Folgenden: Kl.), die als Selbsthilfeeinrichtung der hessischen Wirtschaft Ausfallbürgschaften für Kredite gewährt, die nach bankmäßigen Grundsätzen nicht gesichert werden können, eine Ausfallbürgschaft bis zum Höchstbetrag von 80 000 DM. Im Jahre 1981 kündigte die Sparkasse den Darlehensvertrag mit der Hauptschuldnerin wegen Zahlungsrückstands und nahm die Kl. aus der Ausfallbürgschaft in Anspruch. Von einer Inanspruchnahme des Bekl. aus dessen selbstschuldnerischer Bürgschaft sah die Sparkasse seinerzeit ab, weil – wie sie der Kl. mit Schreiben vom 17.02.1982 mitteilte – die Eheleute in der Liste der Insolvenzen und Schuldnerverzeichnisse 12/81 aufgeführt seien. Die Kl. überwies der Sparkasse einen Betrag von 78 000 DM als Abschlagszahlung auf den voraussichtlich eintretenden Kreditausfall. Mit an die Sparkasse gerichtetem Schreiben vom 16.07.1982 bezifferte sie den endgültigen Kreditausfall mit 77 425,89 DM. Durch rechtskräftiges Urteil des AG O. vom 02.06.1993 wurde der Bekl., der im März 1985 notariell seine Vermögenslosigkeit erklärt hatte, auf Grund einer entsprechenden Teilklage verurteilt, gesamtschuldnerisch mit der Hauptschuldnerin 6000 DM an die Kl. zu zahlen. Mit der vorliegenden Klage nimmt die Kl. den Bekl. erneut aus dessen selbstschuldnerischer Bürgschaft in Anspruch, wobei sie ihre Regressforderung unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus der Verwertung anderweitiger Sicherheiten sowie sonstiger Zahlungen, unter anderem der Urteilssumme aus dem vorgenannten amtsgerichtlichen Urteil, zuletzt mit 30.038,76 Euro beziffert hat. Hat sie hierauf einen Anspruch?

I. **Anspruch aus Bürgenhaftung für die Hauptforderung**

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf den geltend gemachten Klagebetrag nach §§ 774 I, 412, 401 BGB. Nach Befriedigung der Forderung der Sparkasse könne der gegen die Hauptschuldnerin bestehende Anspruch aus dem Darlehensvertrag nebst Sicherung durch den Bürgschaftsanspruch gegen den Regelbürgen auf die Kl. übergegangen sein.

1. **Bestehen der Hauptforderung**

Die Hauptforderung aus dem zwischen der Sparkasse der Hauptschuldnerin geschlossenen **Darlehensvertrag war wirksam begründet** worden. Sie ist auch nicht zwischenzeitlich untergegangen.

2.. **Bürgenstellung der Kl.**

Zwischen der Kl. und der Sparkasse wurde auch ein **wirksamer Bürgschaftsvertrag nach §§ 765, 766 BGB geschlossen**.

3. **Übergang der Hauptforderung auf die Kl.**

Durch die Befriedigung des Bürgschaftsanspruchs der Sparkasse ist nach § 774 BGB die Forderung aus dem Darlehensvertrag (Hauptforderung) auf die Kl. im Wege des **gesetzlichen Forderungsübergangs** übergegangen.

4. **Übergang der Bürgschaftsforderung gegen den Bekl.**

Mit der Hauptforderung könnte nach §§ 412, 401 BGB auch die Bürgschaftshaftung des Bekl. auf die Kl. übergegangen sein.

Mit der Hauptforderung gegen nach §§ 412, 401 BGB auch bei gesetzlichen Forderungsübergang die Sicherungsrechte mit über. Der Bekl. hatte mit der Sparkasse einen wirksamen Bürgschaftsvertrag geschlossen und haftet deshalb als Bürge für die Erfül-

lung der Hauptforderung. An seiner statt ist jedoch die Kl. als Ausfallbürgin in Anspruch genommen worden. Hierdurch geht die Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. aber nicht unter, sondern diese bleibt **als Sicherheit an der Hauptforderung kleben**, so dass der Bekl. nunmehr der Kl., auf welche die Hauptforderung übergegangen ist, als Bürge haftet.

„Bestehen – wie hier – zur Sicherung der Hauptforderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner sowohl eine selbstschuldnerische (Regel-)Bürgschaft als auch eine Ausfallbürgschaft und befriedigt der Ausfallbürge den Gläubiger, so erwirbt er nach §§ 774 I, 412, 401 BGB mit der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner **als Nebenrecht die (Bürgschafts-)Forderung des Gläubigers gegen den Regelbürgen** (allg. M.; vgl. OLG Hamburg, OLG-Report 1997, 1 [2]; OLG Hamm, NZM 2002, 563 [564]; OLG Brandenburg, Urt. v. 26. 11. 2005 – 4 U 31/05; Staudinger/Horn, BGB, Neubearb. 1997, § 771 Rn. 17; Habersack, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 774 Rn. 22; Soergel/Häuser, BGB, 12. Aufl., vor § 765 Rn. 38; Soergel/Pecher, § 769 Rn. 11; Erman/Herrmann, BGB, 13. Aufl., § 769 Rn. 3).“ (BGH aaO)

5. Durchsetzbarkeit der Bürgschaftsforderung gegen den Bekl.

Fraglich ist jedoch, ob diese Bürgschaftsforderung gegen den Bekl. durchsetzbar ist. Der Bekl. könnte der Inanspruchnahme die Einrede der Verjährung entgegenhalten.

„Gegenüber seiner auf diesen Forderungsübergang gestützten Inanspruchnahme aus der Bürgschaftsforderung kann sich der Regelbürge freilich, auch wenn ihm – wie im Streitfall – die **Einrede** der Vorausklage nicht zusteht, gem. § 768 I 1 BGB auf die **Verjährung der Hauptforderung** berufen; insofern kann im Verhältnis des Regel- zum Ausfallbürgen nichts anderes gelten als in der Beziehung des Regelbürgen zum Gläubiger der Hauptforderung (vgl. hierzu BGHZ 139, 214 [216] = NJW 1998, 2972 m. w.N.).“ (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob die Hauptforderung verjährt ist. Der Darlehensvertrag datiert vom 20.12.1979.

„Die Verjährung ist damit gem. § 195 BGB n. F. i. V. mit Art. 229 § 6 IV EGBGB mit Ablauf des 31. 12.2004 eingetreten. Damit war nicht nur die Hauptschuldnerin berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 214 BGB n. F.), sondern im Hinblick auf die **Akzessorietät der Bürgschaft** auch der Bekl. als Bürge. Hierauf kann er sich nach § 768 I 1 BGB auch berufen. Hieran ändert es nicht, dass die Verjährung erst nach seiner gerichtlichen Inanspruchnahme aus der Bürgschaft eingetreten ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH unterbricht eine Klage gegen den Bürgen die Verjährung des gesicherten Anspruchs gegen den Hauptschuldner nicht. Der Bürge kann sich daher auch dann noch auf die Einrede der Verjährung der Hauptforderung berufen, wenn die Verjährung erst nach Erhebung der Bürgschaftsklage eintritt; dies kann sogar noch nach rechtskräftiger Verurteilung im Wege der Vollstreckungsgegenklage geschehen.“ (BGH aaO)

Damit ist die Hauptforderung verjährt und dem Bekl. steht gegenüber seiner Inanspruchnahme nach §§ 774, 412, 401 BGB die Einrede der Verjährung entgegen, so dass der Anspruch der Kl. nicht durchsetzbar ist.

II. Gesamtschuldnerhaftung nach §§ 769, 426 I, II BGB

Allerdings kommt eine Inanspruchnahme des Bekl. auch im Rahmen der Gesamtschuldnerhaftung mehrerer Bürgen in Betracht.

1. gesamtschuldnerische Haftung von Mitbürgen

„Gemäß § 769 BGB haften mehrere Bürgen, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgt haben, als **Gesamtschuldner**, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen. Nach § 774 II BGB haften Mitbürgen einander nur nach § 426 BGB. Der im **Gemeinschaftsverhältnis der mehreren Bürgen** wurzelnde **originäre Ausgleichsanspruch** nach § 426 I BGB tritt selbstständig neben den übergeleiteten Anspruch des Gläubigers (§ 426 II BGB) und ist daher von diesem zu unterscheiden (vgl. BGH, WM 1992, 1312 [1313] und NJW 2000, 1034 = WM 2000, 408 [409]; allg. s. BGH, NJW 1981, 681).“ (BGH aaO)

2. Regelbürge und Ausfallbürge als Mitbürgen

„Allerdings setzt der bereits mit Begründung der Gesamtschuld entstehende (BGH, NJW 1992, 2286 = WM 1992, 1312 [1313] m. w. N.) Anspruch auf internen Verlustausgleich zwischen mehreren Bürgen deren Stellung als Mitbürgen voraus. **Ausfallbürge und Regelbürge** sind jedoch **nach einhelliger Auffassung** in Rechtsprechung (BGH, NJW 1986, 3131 = WM 1986, 961 [963] und BGHZ 88, 185 [188, 190] = NJW 1983, 2442) und Schrifttum (Habersack, in: MüKo-BGB, § 769nr. 3; Erman/Herrmann, § 769 Rn. 3; Rohe, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 774 Rn. 15; Jauernig/Stadler, BGB, 14. Aufl., § 769 Rn. 2) **keine Mitbürgen** i. S. von § 769 BGB.“ (BGH aaO)

a) Wesen der Ausfallbürgschaft

„Bei einer Ausfallbürgschaft hat der **Ausfallbürge** dem Gläubiger im Regelfall von vornherein nur für den **Fehlbetrag** einzustehen, mit dem der Gläubiger bei der **Zwangsvollstreckung** in das gesamte Vermögen des Hauptschuldners und der **Verwertung etwaiger anderer Sicherheiten** trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt endgültig ausfällt (BGH, WM 1972, 335 [337] = NJW 1972, 625 L; NJW 1979, 646 = WM 1978, 1267; NJW 1989, 1484 [1485]; NJW 1992, 2629 = WM 1992, 1444 [1445]; NJW 1998, 2138 = WM 1998, 976 [979] und NJW 1999, 1467 = WM 1999, 173 [177]). Im Gegensatz zur gewöhn-

lichen Bürgschaft ist der **Ausfallbürge** daher **nicht auf die Einrede der Vorausklage angewiesen** (BGH, NJW 1989, 1484 [1485]; s. auch Senat, WM 2007, 2230 Rn. 11 = NZBau 2008, 62 L = BeckRS 2007, 18303). Seine **Haftung** ist vielmehr schon **wesensmäßig subsidiär** (BGH, NJW 1992, 2629 = WM 1992, 1444 [1445]) und stellt im Allgemeinen das Gegenteil der selbstschuldnerischen Bürgschaft dar (BGH, NJW 1998, 2138 = WM 1998, 976 [979]). Dass im Streitfall eine – grundsätzlich mögliche (vgl. BGH, NJW 1992, 2629 = WM 1992, 1444 [1445]) – Vereinbarung über einen vom Regelfall abweichenden Umfang der Ausfallhaftung der Kl. getroffen wurde, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.“ (BGH aaO)

b) Haftungsverhältnis zum Regelbürgen

„Mit Rücksicht auf die bloß subsidiäre Haftung des Ausfallbürgen fehlt es deshalb an dem für die Gesamtschuld **konstitutiven** (vgl. nur Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 421 Rn. 7) **Merkmal der Gleichstufigkeit** seiner Eintrittspflicht mit derjenigen des Regelbürgen.“ (BGH aaO)

Folglich haften Regelbürge und Ausfallbürge nicht als Mitbürgen im Sinne des § 769 BGB, so dass jedenfalls auf dieser Grundlage kein Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB in Betracht kommt.

III. Gesamtschuldnerhaftung analog §§ 774 II, 426 I BGB

1. Entwicklung eines Regressanspruchs

„Die im Verhältnis zum Regelbürgen bestehende Subsidiarität der Eintrittspflicht des Ausfallbürgen schließt gleichwohl einen **internen Ausgleichsanspruch des Ausfall- gegenüber dem Regelbürgen** entsprechend der Rechtslage unter Mitbürgen nicht aus. Im Gegenteil gebietet sie sogar die Zuerkennung eines solchen Anspruchs in entsprechender Anwendung von §§ 774 II, 426 I BGB. Denn andernfalls würde die bei der Ausfallbürgschaft **beabsichtigte Privilegierung des Ausfallbürgen** geradezu **in ihr Gegenteil verkehrt** und der Ausfallbürge eben wegen dieser Privilegierung im Ergebnis deutlich schlechter als ein Regelbürge behandelt, obwohl er auf Grund seiner bloß subsidiären Haftung besonderen Schutz genießen soll.

Die Vereinbarung einer Ausfallbürgschaft verstärkt, lediglich die in § 771 BGB bereits angelegte Subsidiarität der Bürgenhaftung. Die **Ausfallbürgschaft** soll nicht den Regelbürgen, der für den dem Hauptschuldner gewährten Kredit ohnehin stets einzustehen hat, begünstigen, sondern vielmehr den **Kreditgeber gegen das Risiko der Leistungsunfähigkeit des vorrangig haftenden Regelbürgen absichern**. Wollte man angesichts dessen dem Ausfallbürgen den eigenständigen Ausgleichsanspruch entsprechend §§ 774 II, 426 I BGB gegen den Regelbürgen versagen, würde dies zu dem sachwidrigen Ergebnis führen, dass der – im Verhältnis zum Regelbürgen gerade **privilegierte – Ausfallbürge** hinsichtlich seiner **Regressmöglichkeiten schlechter stünde als der Regelbürge**. Während nämlich der Ausfallbürge dann insoweit ausschließlich auf die mit der Befriedigung des Gläubigers kraft Gesetzes (§ 774 I 1 BGB) auf ihn übergehende Hauptforderung nebst den diesbezüglichen Sicherungsrechten (§§ 412, 401 BGB), insbesondere also die – gegebenenfalls Einreden und Einwendungen aus diesem Rechtsverhältnis ausgesetzte – Bürgschaftsforderung gegen den Regelbürgen zurückgreifen könnte, stünde Regelbürgen untereinander daneben noch der originäre, von dem auf Grund der Legalzession übergeleiteten Anspruch zu trennende **selbstständige Ausgleichsanspruch gem. § 426 I BGB** zur Verfügung. Sind aber mehrere Regelbürgen untereinander nach § 426 I BGB ausgleichspflichtig, muss das zu Gunsten des im Verhältnis zu einem Regelbürgen lediglich nachrangig haftenden **Ausfallbürgen daher erst recht gelten**. Dass der den Gläubiger befriedigende Ausfallbürge beim vorrangig haftenden Regelbürgen dabei nicht nur anteilig, sondern in vollem Umfang Rückgriff nehmen kann, folgt daraus, dass insoweit im Verhältnis von Regel- und Ausfallbürge wegen der vorrangigen Haftung des Ersteren i. S. von § 426 I 1 BGB „ein anderes bestimmt ist.“ (BGH aaO)

Somit besteht ein Ausgleichsanspruch des Ausfallbürgen gegen den Regelbürgen analog §§ 774 II, 426 I BGB.

2. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Fraglich ist, ob auch diesem Ausgleichsanspruch die Einrede der Verjährung entgegensteht.

„Gegenüber diesem Anspruch greift die vom Bkl. erhobene Verjährungseinrede nicht durch. Hinsichtlich dieses Regressanspruchs konnte schon deshalb nicht gem. § 195 BGB n. F. i. V. mit Art. 229 § 6 IV EGBGB mit Ablauf des 31. 12.2004 Verjährung eintreten, weil er **bereits zuvor rechtshängig geworden** war. Der auf der Stellung des Bkl. als vorrangig haftender Regelbürge beruhende interne Ausgleichsanspruch ist Gegenstand der vorliegenden Klage, mit der die Kl. ausweislich der Anspruchsbegründung vom 21. 10.2002 den Bkl. „aus der von ihm übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaft“ in Anspruch nimmt.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Der Kl. steht daher der klageweise geltend gemachte Anspruch zu, ohne dass diesem die Einrede der Verjährung entgegen gehalten werden kann.

BGB Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb BGB
§§ 823, 1004 auch freiberufliche Tätigkeit vom Schutz umfasst

(BGH in NJW 2012, 2579; Urteil vom 15.05.2012 – VI ZR 117/11)

1. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist nicht auf Gewerbebetriebe im handelsrechtlichen Sinn beschränkt, sondern steht **auch den Angehörigen freier Berufe** zu (hier: Sporttrainer).
2. Eine Behinderung der Erwerbstätigkeit ist unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt. Insoweit ist eine **umfassende Interessen- und Güterabwägung** erforderlich.

Fall: Der Kl. begehrt von der Bundesrepublik Deutschland, seine Tätigkeit als Eiskunstlauftrainer von Soldaten der Sportfördergruppe der Bundeswehr zu dulden. Der Kl. war bis 1998 Spitzensportler im Eiskunstlauf, zunächst in der DDR, später im wiedervereinigten Deutschland. Zurzeit ist er erfolgreicher Eiskunstpaarlauftrainer. Er trainiert seit mehreren Jahren Aljona Savchenko und Robin Szolkowy, die zwischen 2004 und 2011 zahlreiche nationale und internationale Erfolge im Eiskunstpaarlauf erzielten. Die Bekl. fördert Spitzensportler bei der Bundeswehr nach Maßgabe der „Regelung für die Förderung von Spitzensportlern bei der Bundeswehr“ vom 03.07.1992. Danach werden Spitzensportler nach der Grundausbildung in Sportfördergruppen versetzt. Dort machen die militärische Ausbildung 30% des Dienstes, das sportliche Training und die Wettkämpfe 70% aus. Die Pläne für das dienstliche Training und die Wettkämpfe erstellen die Bundestrainer oder die von den Spitzenverbänden beauftragten Trainer, nicht die Bekl.

Auf Grund seiner Bewerbung vom 23.05.2003 war der Kl. seit dem 01.08.2003 Sportsoldat im Dienstrang eines Stabsunteroffiziers im Soldatenverhältnis auf Zeit bei der Sportfördergruppe der Bundeswehr in der Funktion eines Eiskunstpaarlauftrainers. Mit Bescheid vom 31.03.2006 wurde der Kl. aus dem Soldatenverhältnis entlassen. Er hatte bei seiner Einstellung und bei seiner Berufung in das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit auf Fragebögen die Fragen nach einer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR wahrheitswidrig verneint. Die verwaltungsgerichtliche Klage des Kl. gegen seine Entlassung hatte (bisher) keinen Erfolg. Nach seiner Entlassung aus der Bundeswehr akkreditierte die Deutsche Eisläufer-Union (DEU) als der nationale Fachverband für das Eiskunstlaufen und Eistanzen in Deutschland den Kl. zeitweise nicht mehr als Trainer und lehnte eine Zusammenarbeit mit ihm ab. In der Folge einigten sich der Verband und der Kl. im Rahmen mehrerer gerichtlicher Verfahren, dass dieser als Trainer des genannten Eiskunstlaufpaares tätig blieb. Der Kl. trainierte außerdem auch ausländische Eiskunstlaufpaare. Auf eine Anfrage des Kl. vom 31.01.2007 bei dem zuständigen Wehrbereichskommando, ob Bedenken dagegen bestünden, dass er „als Trainer tätig ist, sofern die von ihm trainierten Sportler Angehörige der Sportfördergruppe sind und (er) vom Verband als verantwortlicher Trainer benannt wird“, antwortete das zuständige Wehrbereichskommando im September 2007, dass der Befehlshaber in diesem Wehrbereich ein Training der Sportsoldaten seines Kommandos im Dienst durch den Kl. nicht zulassen werde; zur Begründung wurde auf die Entlassungsverfügung vom 31.03.2006 und auf einen Beschwerdebescheid vom 05.05.2006 Bezug genommen.

Der Eiskunstpaarläufer Robin Szolkowy war seit Herbst 2003 Sportsoldat auf Zeit im Dienste der Bekl. Er hielt an dem Kl. als Trainer fest. Da die Deutsche Eisläufer-Union für ihn zunächst keinen verantwortlichen Trainer benannte (und für ihn kein Bundestrainer zur Verfügung stand) – was Voraussetzung für den Dienst als Sportsoldat ist –, wurde das Soldatenverhältnis zwischen Robin Szolkowy und der Bekl. nicht mehr verlängert und endete damit im Sommer 2006. Sein Antrag vom 03.09.2009 auf Wiedereinstellung, den die Deutsche Eisläufer-Union und der Deutsche Olympische Sportbund (DOSB) befürworteten, wurde mit der Begründung zurückgewiesen, dass mit dem Kl. als selbstgewähltem Privattrainer kein Bundestrainer bzw. kein von einem Spitzenverband beauftragter Trainer benannt worden sei. In diesem Rechtsstreit hat der Kl. zuletzt begehrt, die Bekl. zu verurteilen, ihn als Eiskunstlauftrainer von Soldaten der Sportfördergruppe, Disziplin Paarlauf, zu dulden, sofern Sportsoldaten ihn als Trainer haben oder wählen, er vom Spitzenverband beauftragt ist und der DOSB seine Tätigkeit befürwortet.

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch darauf haben, ihn als Eiskunstlauftrainer von Soldaten der Sportfördergruppe, Disziplin Paarlauf, zu dulden, sofern Sportsoldaten ihn als Trainer haben oder wählen, er vom Spitzenverband beauftragt ist und der DOSB seine Tätigkeit befürwortet. Ein solcher Anspruch könnte sich aus einem **quasinegatorischen Unterlassungsanspruch** nach §§ 823 I, 1004 I BGB ergeben.

I. Störung eines geschützten Rechtsguts im Sinne des § 823 I BGB

Die Maßnahmen der Bekl. müssten ein vom Schutz des § 823 I BGB umfasstes Rechtsgut stören.

1. geschütztes Rechtsgut im Sinne des § 823 I BGB

Als geschütztes Rechtsgut kommt hier das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** in Betracht.

„Nach der Rechtsprechung des BGH wird der Schutz des § 823 I BGB gegen jede Beeinträchtigung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, wenn sie einen unmittelbaren **Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitskreis** darstellt, gewährt. Das Recht am bestehenden Gewerbebetrieb wird durch § 823 I BGB nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der **gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis** zu rechnen ist, vor unmittelbaren Störungen bewahrt. Unter dem Begriff des Gewerbebetriebs i. S. des § 823 I BGB ist alles das zu verstehen, was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur **Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft** befähigt, also nicht nur Betriebsräume und -grundstücke, Maschinen und Gerätschaften, Einrichtungsgegenstände und Warenvorräte, sondern auch Geschäftsverbindungen, Kundenkreis und Außenstände. Durch den dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb von der Rechtsprechung gewährten und nach und nach erweiterten Schutz soll das Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit, in seinem Funktionieren vor widerrechtlichen Eingriffen bewahrt bleiben (Senat, BGHZ 29, 65 [69 f.] = NJW 1959, 479). Das Recht am Unternehmen ist dabei **nicht auf Gewerbebetriebe im handelsrechtlichen Sinn beschränkt**, sondern steht auch den **Angehörigen freier Berufe zu** (Wagner, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 823 Rn. 192 m. w.N.).“ (BGH aaO)

Der Kl. kann sich damit, sofern seine Tätigkeit als freier Sporttrainer, der mit dieser Tätigkeit Einkünfte erzielt, in Frage steht, grundsätzlich gegen eine Beeinträchtigung seines Unternehmens nach § 823 I BGB unter Berufung auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zur Wehr setzen.

2. Störung

Durch die Maßnahmen der Bekl. müsste der Betrieb des Kl. gestört werden. Dass mit ihnen Beeinträchtigungen vorhanden sind, liegt auf der Hand. Allerdings setzt die Berufung auf eine Störung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb voraus, dass der feststellbare Eingriff unmittelbar betriebsbezogen ist.

„Unmittelbare Eingriffe in das Recht am bestehenden Gewerbebetrieb, gegen welche § 823 I BGB Schutz gewährt, sind nur diejenigen, die irgendwie gegen den Betrieb als solchen gerichtet also **betriebsbezogen** sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen (Senat, NJW 1959, 479). Dies kann auch dann der Fall sein, wenn nur einzelne Geschäftsaktivitäten des Unternehmens beeinträchtigt werden (vgl. etwa BGH, NJW 1983, 2195 [2196]).

Danach beurteilt das BerGer. das vom Kl. beanstandete Verhalten der Bekl. ohne Rechtsfehler als betriebsbezogen. Die Bekl. will nicht dulden, dass Sportler, die von dem Kl. trainiert werden, Sportsoldaten sind. Zutreffend stellt das BerGer. insoweit darauf ab, dass die Bekl. dem Kl. auf dessen Anfrage hin mitgeteilt hat, Generalmajor O werde es nicht dulden, dass der Kl. Sportsoldaten seines Kommandobereichs im Dienst trainiere. Aus dieser Mitteilung ist nach der bedenkenfreien Feststellung des BerGer. die **Absicht der Bekl. zu entnehmen, einem Sportsoldaten, der bei dem Kl. trainieren wolle, dies zu untersagen** und ein entsprechendes Verhalten entweder **disziplinarrechtlich durchzusetzen** oder aber ihn, wenn er sich nicht daran halten will, aus der Sportfördergruppe zu entlassen. Das BerGer. entnimmt dem ferner zutreffend die Absicht, einen Sportler nicht in die Sportfördergruppe aufzunehmen, wenn er den Kl. als Trainer wählen sollte. Dass die Bekl. gewillt ist, ihre Absicht durchzusetzen, zeigt der Fall des Eiskunstläufers Robin Szolkowy.“ (BGH aaO)

Durch dieses Vorgehen wird die Tätigkeit des Kl. als freier Sporttrainer erheblich beeinträchtigt.

„Das Institut des Sportsoldaten ist ein wichtiger Teil der Förderung von Sportlern durch den deutschen Staat. Nach den Feststellungen des BerGer. erfolgt die **staatliche Sportförderung** – neben der Förderung durch die Polizei und durch den Zoll – **durch die Bundeswehr**. Die Sportsoldaten beziehen einen Sold, leisten nur in geringfügigem Umfang militärischen Dienst und bringen den überwiegenden Teil ihrer Dienstzeit im Training zu. Auf diese Weise erhalten sie ein regelmäßiges Einkommen und eine soziale Absicherung, die es ihnen ermöglicht, ohne auf eine Berufstätigkeit zum Lebensunterhalt angewiesen zu sein, Sport auf hohem Niveau zu betreiben. Der Wintersport ist ein Schwerpunkt dieser Art von Sportförderung. Nach dem unbestrittenen Vortrag des Kl. wird der **Eiskunstlauf in Deutschland nur auf diese Weise gefördert**. Alle Spitzensportler in diesem Bereich sind Sportsoldaten mit Ausnahme des Eiskunstlaufpaars, das der Kl. trainiert. Die **potenziellen Kunden** des Kl., also die Spitzensportler, auf die er nach seiner Qualifikation als Trainer ausgerichtet ist, stehen mithin jedenfalls **zu einem ganz erheblichen Teil im Dienst der Bekl.**“ (BGH aaO)

Nach Auffassung der Bekl. dürfen Sportler, die den Kl. als Trainer wählen, dadurch gemäßregelt werden, dass ihnen die Möglichkeit, Sportsoldat zu sein, verwehrt wird, so dass sie nicht in den Genuss der damit verbundenen oben beschriebenen Vorteile kommen und die Kosten für die Beschäftigung des Kl. aus anderweit erzielten Einnahmen finanzieren müssen, soweit ihnen dies überhaupt möglich ist.

„Mit Recht führt das BerGer. aus, der Sache nach **verschließe die Bekl. dem Kl. einen Markt** an Nachfragern, weil Sportsoldaten nur unter Inkaufnahme empfindlicher wirtschaftlicher Nachteile seine Leistungen in

Anspruch nehmen könnten; die Nachfrager der Leistungen des Kl. sind die Sportsoldaten, sofern sie ihn direkt entlohnen sollten, bzw. auch die Spitzenverbände, sofern diese beabsichtigen, den Kl. für das Training von Sportsoldaten zu bezahlen. Es mag sein, dass den mehrmaligen deutschen Meistern, Europameistern und Weltmeistern Aljona Savchenko und Robin Szolkowy eine solche Finanzierung aus sonstigen Einnahmen möglich ist und der Kl. durch seine Tätigkeit für diese die Einkünfte erzielt, die er auch hätte, wenn Robin Szolkowy Sportsoldat wäre. Zutreffend stellt das BerGer. aber darauf ab, dass das Verhalten der Bekl. einen Abschreckungseffekt auf solche Sportler ausübt, die Spitzenleistungen erst in Zukunft noch erzielen wollen und die auf die Einkünfte als Sportsoldat nicht verzichten können. Diesen wird die Inanspruchnahme des Kl. als internationalem Spitzentrainer faktisch unmöglich gemacht. Dessen Unternehmen wird insoweit erheblich beeinträchtigt. Dass er durch anderweitige Trainingstätigkeit gegebenenfalls auskömmliche Erträge erzielen kann, ist nicht entscheidend.“ (BGH aaO)

II. Rechtswidrigkeit der Störung

Da danach die objektiven Voraussetzungen für die Annahme eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegen, ist zu prüfen, ob das Verhalten der Bekl. als rechtswidrig zu qualifizieren ist.

1. Prüfungsmaßstab

Zunächst stellt sich die Frage, woran die Frage nach der Rechtswidrigkeit im vorliegenden Fall zu messen ist.

„Das Recht am Gewerbebetrieb stellt einen offenen Tatbestand dar, dessen Inhalt und Grenzen sich erst aus einer **Interessen- und Güterabwägung** mit der im Einzelfall **konkret kollidierenden Interessensphäre** anderer ergeben (vgl. Senat, BGHZ 74, 9 [14] = NJW 1979, 1350; BGHZ 90, 113 [124f.] = NJW 1984, 1607; BGHZ 138, 311 [318] = NJW 1998, 2141; jew. m. w.N.). Die Behinderung der Erwerbstätigkeit ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die **schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt** (ähnlich wie beim Persönlichkeitsrecht, vgl. etwa Senat, BGHZ 183, 353 Rn. 11 = NJW 2010, 757 – Onlinearchiv I; NJW 2010, 2432 = VersR 2010, 673 Rn. 14 – Onlinearchiv II; NJW 2010, 2728 = MMR 2010, 571 Rn. 12, jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

2. Vornahme der Interessenabwägung

a) berücksichtigungsfähige Interessen der Bekl.

Der Kl. wird von der Bekl. Deshalb nicht als Trainer von Sportsoldaten geduldet, weil er seinerzeit bei seiner eigenen Einstellung falsche Angaben gemacht und insbesondere seine Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit nicht offengelegt hat. Dies rechtfertigte ohne weiteres aus soldatenrechtlicher Sicht die Entlassung des Kl. als Sportsoldat. Diese Umstände können daher auch bei der vorzunehmenden Abwägung mitberücksichtigt werden.

„[Allerdings kann sich die Abwägung nicht daran] orientieren, welche Maßnahmen die Bekl. gegen eine Beschäftigung des Kl. in ihrem Zuständigkeits- und Direktionsbereich (Bundeswehr) mit Blick auf dessen Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit ergreifen durfte. Der Kl. beanstandet im vorliegenden Rechtsstreit nicht die gegen ihn ergriffenen dienstrechtlichen Maßnahmen. Er beanstandet lediglich, dass die Bekl. eine Tätigkeit verhindert, bezüglich der die von der Bekl. herangezogenen dienstrechtlichen Gesichtspunkte weitgehend zurücktreten, weil es nicht um die militärische Aus- und Weiterbildung, sondern um das „sportliche Training/Wettkampf“ der Sportsoldaten geht, für das die Bundestrainer oder die von den Spitzenverbänden beauftragten Trainer verantwortlich sind (vgl. Nrn. 13, 16 und 17 der Regelung für die Förderung für die Förderung von Spitzensportlern bei der Bundeswehr v. 17. 5. 1991 – VMBI 1992, 257). Dieser Bereich ist im System der Sportförderung durch das Institut des „Sportsoldaten“ **von dem soldatenrechtlichen Direktionsbereich der Bekl. weitgehend getrennt**. Die Ausgestaltung des Sporttrainings obliegt den zuständigen Sportverbänden und dem Sportler selbst. Das Training findet in der Regel **nicht in der Kaserne**, sondern in den Olympiastützpunkten bzw. Leistungszentren der Spitzenverbände im In- und Ausland statt (vgl. Nr. 18 I 1 der vorgenannten Regelung).“ (BGH aaO)

b) überwiegendes Schutzinteresse der Bekl.

Fraglich ist jedoch, ob vor diesem Hintergrund ein überwiegendes Schutzinteresse der Bekl. besteht, welches den erfolgten Eingriff rechtfertigen könnte.

„Ein überwiegendes Schutzinteresse der Bekl. könnte nur bejaht werden, wenn durch die Tolerierung der Tätigkeit des Kl. als Trainer von Sportsoldaten rechtlich erhebliche Interessen, insbesondere das **Ansehen der Bundeswehr in nennenswerter Weise beeinträchtigt** sein könnte. Die Behinderung der Berufsausübung des Kl. in dem der Bundeswehr fern liegenden Bereich des sportlichen Trainings müsste aus in der Person des Kl. liegenden, die rechtlich geschützten Interessen der Bundeswehr gefährdenden Gründen als gerechtfertigt erscheinen.“ (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob die Tätigkeit des Kl. für das Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR eine solche Relevanz hat, dass sie auch im Hinblick auf die Trainertätigkeit des Kl. rechtlich geschützte Interessen der Bundeswehr gefährdet.

*„Die Tätigkeit des Kl. für das Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR und die falschen Angaben anlässlich seiner Einstellung als Sportsoldat dürfen **keineswegs bagatellisiert** werden. Doch liegt dieses Verhalten Jahre zurück. Das Gewicht derartiger Verfehlungen für die heutige Beurteilung der Persönlichkeit nimmt mit zunehmendem Abstand von dem System der DDR ab; Haltung und **Leistung nach der Wende können mehr und mehr in den Vordergrund treten**. Der Kl. wurde in das System der Stasi in jungen Jahren verstrickt. Nennenswerten Schaden hat er nach den Feststellungen des BerGer. nicht angerichtet. Nach der Wiedervereinigung war der Kl. zwölf Jahre als Sportsoldat für die Bekl. tätig. Er ist für treue Dienste und überdurchschnittliche Leistungen mehrfach von der Bundeswehr ausgezeichnet worden. Er hat für die Bundesrepublik Deutschland als Sportler und Trainer bedeutende internationale Erfolge erzielt und dadurch für das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland Erhebliches geleistet. Die für den Eiskunstsport zuständigen deutschen Spitzenverbände haben nach den Feststellungen des BerGer. keine Einwände mehr dagegen, dass der Kl. Spitzensportler trainiert. Die Stasikommission des Deutschen Olympischen Sportbundes hat die Teilnahme des Kl. an den Olympischen Winterspielen 2010 in Vancouver befürwortet. Deren damaliger Vorsitzender hat bereits einige Jahre zuvor die Weiterbeschäftigung des Kl. als Trainer befürwortet.“ (BGH aaO)*

Unter diesen Umständen ist die Bekl. nicht berechtigt, den Kl. vom Training ihrer Sportsoldaten auszuschließen.

*„Eine **rechtlich beachtliche Beeinträchtigung des Ansehens der Bundeswehr** dadurch, dass der Kl. als freier Trainer Sportsoldaten trainiert, ist bei unvoreingenommener, vernünftiger Betrachtung **nicht ersichtlich** und liegt auch angesichts des Werdegangs des Kl. nach der Wende und der für ihn sprechenden positiven Umstände fern.“ (BGH aaO)*

Folglich ergibt die Abwägung, dass das Schutzinteresse des Kl. überwiegt.

III. weitere, bevorstehende Beeinträchtigungen

Ein Unterlassungsanspruch besteht darüber hinaus nur dann, wenn eine Wiederholungsfahr hinsichtlich der Beeinträchtigungen besteht oder diese noch weiter andauern. Dies ist der Fall, weil die Sanktionen gegen den Kl. noch fortgeführt werden.

IV. gegen den Störer

Der Anspruch ist nur gegen den Störer gerichtet. Störer ist hier der Bekl., weil er die Tätigkeit des Kl. als freier Sporttrainer von Sportsoldaten verhindert.

V. Ergebnis

Die Anspruchsvoraussetzungen liegen vor. Der Kl. hat einen Anspruch gegen den Bekl. ihn als Eiskunstlauftrainer von Soldaten der Sportfördergruppe, Disziplin Paarlauf, zu dulden, sofern Sportsoldaten ihn als Trainer haben oder wählen, er vom Spitzenverband beauftragt ist und der DOSB seine Tätigkeit befürwortet.

StGB
§ 263

Betrug
Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten
 (OLG Bamberg in NStZ-RR 2012, 248; Beschluss vom 08.03.2012 – 3 Ws 4/12)

StGB

1. Die **Strafbarkeit eines Verkäufers wegen Betrugs durch Unterlassen** setzt eine **Garantenstellung und -pflicht** voraus. **Vertragliche Pflichten** aus gegenseitigen Rechtsgeschäften **genügen hierfür** auch i. V. mit den durch Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründeten Aufklärungspflichten **nicht ohne weiteres**.
2. **Gesteigerte Anforderungen** für nach § 263 I StGB **strafbewehrte Einstandspflichten** nach § 13 I StGB aus vorvertraglichen Pflichten **gelten in den Fällen, in denen** das Gesetz – wie in § 311b I 1 BGB – den **Vertragsabschluss selbst einer besonderen, der Warnung und dem Schutz der Beteiligten** vor Übereilung dienenden Form **unterwirft**.

Fall: Dem Besch. gegenüber wird der Vorwurf des Betrugs durch Verschweigen eines Schimmelbefalls erhoben. Im notariellen Kaufvertrag wurde u.a. ein weitgehender Haftungsverzicht jenseits arglistig verschwiegener Mängel des „im derzeitigen Zustand“ verkauften und vom Käufer besichtigten Vertragsbesitzes auch hinsichtlich „versteckter Sachmängel“ ab Besitzübergang ausdrücklich vereinbart. Dem Besch. war jedoch bereits vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages positiv bekannt, dass das streitgegenständliche Anwesen massiv mit Schimmel befallen war. Die Problematik des Schimmelbefalls war nämlich u.a. Gegenstand eines zivilrechtlichen Verfahrens, welches der Besch. gegen die Vormieterin geführt hatte. Aufgrund der vorhandenen Schimmelbildung unterlag der Besch. als Verkäufer einer Aufklärungspflicht gegenüber dem Geschädigten als Käufer, welche er hier verletzte, denn es ist höchstrichterlich anerkannt, dass der Eintritt von Feuchtigkeit in die Wände einen regelmäßig für den Vertragsschluss maßgeblichen Mangel darstellt, den der Verkäufer nicht verschweigen darf. Das Verschweigen eines Schimmelbefalls wird von den Zivilgerichten regelmäßig als Arglist bewertet. Außerdem war der Besch. als Inhaber einer Baufirma gerade kein bautechnischer Laie.

Der Besch. könnte sich wegen **Betruges durch Unterlassen wegen Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten nach § 263 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Der **objektive Betrugstatbestand** setzt neben einer **Täuschungshandlung**, verstanden als Täuschung über (‚äußere‘ oder ‚innere‘) Tatsachen, eine hierdurch bedingte **Irrtumserregung**, eine durch diese bedingte **Vermögensverfügung** des Getäuschten und einen wiederum hierdurch herbeigeführten **Vermögensschaden** voraus.

Notwendig ist ferner die Feststellung der **objektiven Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung**.

Subjektiv erfordert § 263 I StGB neben Tatvorsatz ein **Handeln in der Absicht sog. ‚stoffgleicher‘ (Eigen- oder Dritt-) Bereicherung**, wobei mit dem einschränkenden Merkmal der sog. ‚Stoffgleichheit‘ zum Ausdruck gebracht wird, dass von § 263 StGB nur solche rechtswidrigen **Vermögensschädigungen** erfasst werden, die **durch dieselbe vom Täter veranlasste Vermögensverfügung des Getäuschten unmittelbar herbeigeführt** worden sind.

st. Rspr.; vgl. z.B. BGHSt 6, 115 = NJW 1954, 1008; BGHSt 21, 384 = NJW 1968, 261; BGHSt 34, 379 = NJW 1988, 1397 und zuletzt u.a. BGH StraFo 2011, 238f.; ferner Fischer, StGB, 59. Aufl., § 263 Rn 76f., insbes. Rn 187ff. und Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 168f. – jew. m. w. Nachw.

Demgegenüber genügt es für den technischen Begriff der „**Absicht**“, wenn es **dem Täter auf den Vermögensvorteil ankommt**; nicht notwendig ist, dass es sich bei dem Vorteil um das einzige Ziel oder gar den Hauptzweck handelt (BGH NJW 2009, 2900; Fischer, § 263 Rn 190; Schönke/Schröder, § 263 Rn 176).

- II. Vorliegend kommt eine **Betrugsstrafbarkeit** des Besch. nicht durch ein positives Tun, also durch eine ausdrückliche oder schlüssige und damit aktive Vortäuschung von Tatsachen, sondern **durch ein Unterlassen, nämlich durch die Verletzung einer Aufklärungspflicht** in Betracht.

*„Dem Besch. [war] bereits vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages positiv bekannt, dass das streitgegenständliche Anwesen massiv mit Schimmel befallen war. Die Problematik des Schimmelbefalls war nämlich u.a. Gegenstand eines zivilrechtlichen Verfahrens, welches die Besch. gegen ihre Vormieterin geführt hatten. Auf Grund der vorhandenen Schimmelbildung unterlagen die Besch. als Verkäufer einer **Aufklärungspflicht gegenüber dem Gesch. als Käufer**, welche sie hier verletzten. Es ist nämlich höchstrichterlich anerkannt, dass der Eintritt von Feuchtigkeit in die Wände einen regelmäßig für den Vertragsschluss maßgeblichen Mangel darstellt, den der Verkäufer nicht verschweigen darf (vgl. BGH NJW-RR 1992, 333; BGH NJW 1990, 42).*

Auf die Frage, ob der Besch. dem Gesch. den Schimmelbefall bewusst verschwiegen hatten oder davon ausgehen konnten, dass der Schimmel fachgerecht beseitigt war und nicht mehr auftreten würde, kommt es vorliegend gar nicht an. Der Besch. war nämlich verpflichtet, den Ast. über den bereits vorhandenen Schimmelbefall aufzuklären. Das **Verschweigen eines Schimmelbefalls wird von den ZivilGer. regelmäßig als Arglist bewertet**. Dass die Schimmelbildung regelmäßig auch bauliche Ursachen hat, musste sich den Verkäufern aufdrängen. **Verkäufer müssen den Käufer über einen in der Wohnung vorhandenen Schimmel aufklären**. Der zivilrechtliche Begriff der arglistigen Täuschung setzt deckungsgleich mit den hier vorliegenden Tatbestandsvoraussetzungen des Betrugs gem. § 263 StGB eine Täuschung zum Zwecke der Erregung eines Irrtums voraus (Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 123 BGB Rn 2). Dies war hier auch der Fall, da der Besch. eine Aufklärungspflicht aus Vertrag traf, welcher er aber nicht nachkam. Dass der Besch. damit rechnen mussten, der Gesch. würde den streitgegenständlichen Kaufvertrag bei Kenntnis des Schimmelbefalls nicht bzw. nicht zu den ausgehandelten Bedingungen abschließen, liegt auf der Hand. Ferner ist anzumerken, dass der Besch. als Inhaber einer Baufirma gerade kein bautechnischer Laie ist. Nachdem dieser auch selbst den Schimmel nach der Veräußerung des Anwesens und wenige Tage vor der Übergabe an den Gesch. entfernte, drängt sich die Aufklärungspflicht des Besch. geradezu auf. Als Fachmann hätte der Besch. erkennen müssen, dass der Schimmelbefall bautechnisch bedingt war und somit für eine mehr als blauäugige Vermutung, der Schimmel werde nicht mehr auftreten, gerade für einen Fachmann, schlichtweg kein Raum war. Schließlich sei auch erwähnt, dass der Schimmelbefall nicht ausschließlich in der Wohnung der Zeugin B sondern vielmehr im ganzen Anwesen zu finden war. Somit ist festzustellen, dass der Besch. trotz Aufklärungspflicht den Gesch. nicht von den wahren Tatsachen in Kenntnis setzte und diesem in Bereicherungsabsicht dadurch einen erheblichen Vermögensschaden zufügte. Der Tatbestand des Betruges durch Unterlassen ist erfüllt.“ (OLG Bamberg aaO)

III. Nach **§ 13 I StGB** kommt eine Strafbarkeit wegen Betrugs i.S. eines sog. unechten Unterlassungsdelikts jedoch nur dann in Betracht, wenn der **Täter „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt**, und wenn das **Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“**.

1. Während damit bei den schlichten Begehungsdelikten die objektive Zurechnung auf der Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs beruht, **reicht bei den unechten Unterlassungsdelikten die Tatsache, dass eine mögliche Handlung den Erfolg verhindert hätte**, gerade nicht aus, um die Beeinträchtigung des Rechtsguts dem Täter als von ihm zu verantwortendes Unrecht zur Last legen zu können. Vielmehr muss ein **besonderer Rechtsgrund** nachgewiesen werden, wenn jemand auch strafrechtlich dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter positiv tätig zu werden.
2. Die **Gleichstellung des Unterlassens mit dem aktiven Tun** setzt deshalb voraus, dass der **Täter als ‚Garant‘ für die Abwendung des Erfolgs einzustehen hat**.

„Die **Erfolgsabwendungspflichten** beruhen auf dem Grundgedanken, dass eine **bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts aufgerufen ist und dass sich alle übrigen Beteiligten auf das helfende Eingreifen dieser Person verlassen und verlassen dürfen**.“ (OLG Bamberg aaO)

- a) Ob eine solche **Garantenposition** besteht, die es rechtfertigt, das Unterlassen der Schadensabwendung dem Herbeiführen des Schadens gleichzustellen, ist **nicht nach abstrakten Maßstäben zu bestimmen**, mögen sich auch in der Rspr. verschiedene Entstehungsgründe für eine Garantenpflicht herausgebildet haben. Die Entscheidung hängt letztlich immer von den **konkreten Umständen** ab. In allen Fällen bedarf es dabei einer **Abwägung der Interessenlage und des Verantwortungsbereichs der Beteiligten** (BGH NJW 2000, 1313 und BGHSt 46, 196ff. = NJW 2001, 453 = NSTZ 2001, 315 = StraFo 2001, 68.). Nach st. Rspr. und ganz h.M. im Schrifttum **reichen demgemäß vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften** – auch i. V. mit den durch Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründeten Aufklärungspflichten – **allein nicht ohne weiteres zur Herleitung einer auch strafbewehrten Garantenpflicht** i.S. von § 13 I StGB aus.
- b) Dies **gilt erst recht für vorvertragliche Pflichten** in den Fällen, in denen das Gesetz – wie in § 311b I 1 BGB (§ 313 S. 1 BGB a.F.) – den Vertragsabschluss selbst einer besonderen Form unterwirft, die der Warnung und dem Schutz der Beteiligten vor Übereilung dient.

Im Rahmen vertraglicher Beziehungen setzt eine strafrechtlich relevante Aufklärungspflicht voraus, dass **besondere Umstände** vorliegen, wie etwa ein **besonderes Vertrauensverhältnis** oder eine **ständige Geschäftsverbindung**. Regelmäßig handelt es sich um Konstellationen, in denen der **eine Vertragsteil darauf ange-**

wiesen ist, dass ihm der andere die für seine Entschließung maßgebenden Umstände auch ungefragt offenbart.

BGHSt 39, 392 = NJW 1994, 950 = NStZ 1994, 544; BGH NStZ 2010, 502; aus der Kommentarliteratur vgl. u.a. Schönke/Schröder, § 263 Rn 18, 22; Fischer, § 263 Rn 38, 45; Beukelmann, BeckOK-StGB, § 263 Rn 18; MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 136ff.; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl., § 263 Rn 160; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 263 Rn 12 – jew. m. w. Nachw.

- c) Besondere Umstände dieser Art zur Offenbarung eines früheren Schimmelbefalls ergeben sich vorliegend hingegen nicht.

„Insbesondere folgt eine ggf. auch strafrechtlich i.S. der §§ 263 I i.V. mit 13 I StGB erhebliche Aufklärungspflicht des Besch. weder daraus, dass dieser als Eigentümer und Verkäufer des Hausgrundstücks gegenüber dem Käufer (einmalig) in Erscheinung traten, noch allein oder ergänzend daraus, dass dieser „als Inhaber einer Baufirma“ nicht als „bautechnischer Laie“ anzusehen ist und noch nach der notariellen Veräußerung und nur wenige Tage vor der Übergabe an den Gesch. mit der Entfernung eines Schimmelbefalls betraut war. Hinzu kommt, dass zwischen den Vertragsparteien im notariellen Kaufvertrag u.a. ein weitgehender Haftungsverzicht jenseits arglistig verschwiegener Mängel des „im derzeitigen Zustand“ verkauften und vom Käufer besichtigten Vertragsbesitzes auch hinsichtlich „versteckter Sachmängel“ ab Besitzübergang ausdrücklich vereinbart wurde, so dass von einem besonderen Vertrauensverhältnis nicht ausgegangen werden kann. Nach alledem fehlen zureichende Anhaltspunkte dafür, warum die Besch. die für einen Betrug durch Unterlassen erforderliche, gerade aus der konkreten (vertraglichen) Rechtsbeziehung resultierende spezifische Garantenstellung zum Schutze des Ast. vor vermögensschädigenden Fehlvorstellungen durch aktive Aufklärung innehatten.“ (OLG Bamberg aaO)

(BGH in NJW 2012, 2366; Beschluss vom 15.05.2012 – 3 StR 118/11)

Die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen Bankrotts setzt nicht voraus, dass die Tathandlung im Interesse der Gesellschaft liegt. Damit gibt der BGH die bisher von ihm vertretene „Interesstheorie“ auf.

Fall: Die Angekl. waren zu nahezu gleichen Teilen an der nach dem Tode des Vaters übernommenen GS-Gruppe beteiligt. Der Angekl. S war Geschäftsführer der GS-GmbH mit Sitz in E. Diese Gesellschaft war Komplementärin der am selben Ort ansässigen GS-GmbH & Co. KG (im Folgenden: S-KG), deren alleinige Kommanditisten der Angekl. S zu 51% und die Angekl. L, geborene S, zu 49% waren. Die S-KG fungierte als Besitzgesellschaft und hielt die Anteile an der in N. ansässigen GS-GmbH (im Folgenden: S-GmbH) sowie an der ebenfalls in N. ansässigen Se-Zucht- und Mastenten-GmbH (im Folgenden: Se-GmbH), die wiederum die Anteile an weiteren Produktionsgesellschaften hielt. Der Angekl. S war auch in der S-GmbH und der Se-GmbH jeweils Geschäftsführer, der Angekl. L war Prokura erteilt. Die Angekl. betrieben bis zum Jahr 2002 mit wirtschaftlichem Erfolg u. a. unter der Marke „B-Enten“ die Entenzucht und den weltweiten Vertrieb von Entenprodukten. Ein Umsatzeinbruch führte im Frühjahr 2003 zu einem erhöhten Kreditbedarf. Es kam zu verschiedenen Verhandlungen mit den beiden Hausbanken. Als nach einem Gespräch am 13.02.2004 den Kreditwünschen nicht entsprochen wurde, erkannten die Angekl., dass der Bestand ihres Unternehmens ernsthaft in Gefahr war. Sie bemühten sich daraufhin – wie bereits zuvor – um eine Umschuldung und die Gewinnung eines weiteren Gesellschafters, blieben damit aber erfolglos. In dieser Situation bestellten die Angekl. zum 01.03.2004 den ehemaligen Mitangekl. K zum Geschäftsführer der GS-GmbH sowie der S-GmbH und der Se-GmbH. Der Angekl. S schied als Geschäftsführer aus, die Prokura der Angekl. L wurde widerrufen. Da der neue Geschäftsführer über keine Erfahrung in der Branche verfügte, blieben die Angekl. weiter für die Gesellschaften tätig, wofür sie vom neuen Geschäftsführer pauschal jeweils 250.000 € erhalten sollten. Wegen der angespannten Liquiditätslage der Gesellschaften vereinbarten die Angekl. mit dem früheren Mitangekl. eine rein erfolgsabhängige Geschäftsführervergütung. Es kam indes nur zu einem nach dieser Vereinbarung provisionspflichtigen Geschäftsabschluss mit einem Volumen von 1,67 Mio. €, weitere in Aussicht genommene Verträge kamen nicht zu Stande.

In einem Gespräch mit Bankvertretern am 08.03.2004 kündigte K an, zur Verbesserung der Liquidität Reserven aufzulösen. Die Bankvertreter untersagten ihm daraufhin weitere Verfügungen über den Banken zustehendes Sicherungsgut ohne deren Zustimmung, weil sie befürchteten, K wolle Waren oder Güter verschleudern. Tatsächlich hatte er schon am 27.02.2004 zusammen mit dem Angekl. S 1475 t Entenfleisch zum Gesamtpreis von 1,67 Mio. € – und damit erheblich unter den Gestehungskosten – verkauft und dabei die Bezahlung mit LZB-Schecks vereinbart, die sodann nicht bei den Hausbanken, sondern bei anderen Banken eingelöst wurden. Die Hausbanken wurden davon nicht informiert, der Gegenwert der Schecks wurde nicht an diese abgeführt. Dies verstieß sowohl hinsichtlich der Preisgestaltung als auch hinsichtlich der Entgegennahme des Kaufpreises gegen die mit den Banken bestehende Globalzessionsabrede. Ab 01.03.2004 ließ sich K eingehende Schecks vorlegen und brachte diese unter Umgehung der Buchhaltung neu eröffneten Konten gut. Insgesamt reichte er in den folgenden Wochen Schecks im Wert von rund 3 Mio. € bei anderen Banken ein. In Absprache mit den Angekl., die auch sonst über alle wesentlichen Vorgänge informiert waren, verlagerte K ab Ende März 2004 das operative Geschäft auf die „LM-GmbH“. Diese Gesellschaft war die einzige innerhalb der S-Firmengruppe, die keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zu den Hausbanken hatte. Mit Schreiben vom 09.03.2004 verlangten die Hausbanken binnen drei Tagen u. a. die Vorlage eines Liquiditätsstatus und eine Übersicht über bereits veräußertes Sicherungsgut und drohten für den Fall des fruchtlosen Verstreichens der Frist mit der außerordentlichen Kündigung des Kreditengagements. K vertröstete sie auf den 23.03.2004. Die Banken kündigten daraufhin am 15.03.2004 und am 23.03.2004 die gesamte Geschäftsverbindung und setzten für die bestehenden Verbindlichkeiten aller Gesellschaften, insgesamt fast 23 Mio. €, eine Zahlungsfrist bis zum 02.04.2004. Weder die S-GmbH noch die S-Gruppe in ihrer Gesamtheit waren in der Lage, diese Forderung bei Fälligkeit oder in den folgenden drei Wochen zu begleichen. Anfang April 2004 stellte der Geschäftsführer K in Absprache und nach Vereinbarung mit den Angekl. der S-GmbH und der Se-GmbH drei Rechnungen über insgesamt fast 2 Mio. €, die nunmehr – entgegen der ursprünglichen Vereinbarung – auch eine erfolgsunabhängige Vergütung sowie Erfolgshonorare für tatsächlich nicht zu Stande gekommene Geschäfte zum Gegenstand hatten, und vereinnahmte diesen Betrag (abzgl. bereits erhaltener 250.000 €) letztlich aus dem Vermögen der S-GmbH. Nach der ursprünglichen Vereinbarung hätte ihm ein Anspruch in Höhe von allenfalls knapp 200.000 € zugestanden. Die Angekl. waren einverstanden, weil sie sich aus den Beträgen, die K erhielt, ihrerseits je 250.000 € erwarteten und mit Hilfe dieser Summe mit der zwischenzeitlich von ihnen erworbenen Gesellschaft „LM-GmbH“ und der Marke „B-Enten“ einen Neustart des Familienunternehmens schaffen wollten. Sie kannten die fehlende Berechtigung der Forderungen und wussten zum Zeitpunkt ihrer Zustimmung um die wirtschaftliche Lage der Unternehmensgruppe, insbesondere, dass eine infolge der Kündigungen erforderliche fristgerechte Zahlung der bei den Banken bestehenden Verbindlichkeiten nicht geleistet werden konnte und sich die S-Gruppe daher im Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit befand. K zahlte aus dem entnommenen Betrag an die beiden Angekl. insgesamt 500.000 €. Über das Vermögen der S-GmbH und der Se-GmbH wurde auf Antrag der Banken das Insolvenzverfahren eröffnet.

I. Der frühere Mitangekl. als Geschäftsführer der S-GmbH könnte sich wegen **Bankrotts** unabhängig davon strafbar gemacht haben, dass er eigennützig und zum Schaden der Gesellschaft handelte.

1. Der **BGH** ist bislang – die Rspr. des RG (RGSt 42, 278; a. A. indes RGSt 73, 68) fortführend – in **st. Rspr.** davon ausgegangen, dass der Geschäftsführer einer GmbH sich wegen Bankrotts nach §§ 283 I Nr. 1, 14 I Nr. 1 StGB nur strafbar machen könne, wenn er die Tathandlung für die GmbH und (zumindest auch) in deren Interesse vorgenommen hat.

vgl. etwa BGHSt 30, 127 = NJW 1981, 1793 = NSTZ 1981, 437; BGHSt 6, 314 = NJW 1954, 1854; BGHSt 34, 221 = NJW 1987, 1710; BGH NSTZ 2000, 206, jew. m. w. Nachw.; s. auch Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., Vorb. §§ 283 ff. Rn 79 ff.; Arloth NSTZ 1990, 570

Dieser als „**Interessentheorie**“ bezeichneten Ansicht liegt die Auffassung zu Grunde, dass das Gesellschaftsorgan nicht in dieser Eigenschaft handele, wenn ein Bezug zum – durch den Interessenkreis bestimmten – Geschäftsbetrieb fehle (RGSt 42, 278). Daher hat der BGH eine Strafbarkeit wegen Bankrotts bisher dann abgelehnt, wenn der Vertreter ausschließlich im eigenen Interesse handelt.

2. **An der Interessentheorie hält BGH aaO jedoch nicht länger fest**, da sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch nach dem Gesetzeszweck eine solche auf das Interesse des Vertretenen abstellende Einschränkung ergibt und sie berechtigte Kritik erfahren hat.

- a) Der **Gesetzeswortlaut** stellt für die Zurechnung nicht auf das Interesse des Vertretenen ab: Nach § 14 I Nr. 1 Alt. 1 StGB kommt die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH bei Bankrottataten in Betracht, wenn er „**als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person**“ **gehandelt** hat. Dies setzt neben der **Organstellung** als solcher voraus, dass der Vertretungsberechtigte **in seiner Eigenschaft als Organ gehandelt** hat (vgl. BT-Dr 5/1319, S. 63; BT-Dr 14/8998, S. 8: „in Ausübung‘ seiner Funktion“). Eine **nähere Konkretisierung**, wann ein Vertretungsberechtigter gerade in dieser Eigenschaft handelt, **enthält der Gesetzeswortlaut nicht**.

- b) Der **vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 14 StGB verfolgte Zweck** besteht – ebenso wie bei dem zuvor geltenden § 50a StGB – darin, den **Anwendungsbereich von Straftatbeständen** allgemein **auf Personen zu erweitern, die in einem bestimmten Vertretungs- oder Auftragsverhältnis für den Normadressaten handeln**, und die kriminalpolitisch nicht erträgliche Lücke zu schließen, die sich daraus ergibt, dass der Normadressat mangels Handlung und der Handelnde deshalb nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, weil er nicht Normadressat ist (BT-Dr 5/1319, S. 62). Dieser Regelungszweck spricht nicht für eine einschränkende Normauslegung.

- c) Mit der dargelegten Intention des § 14 StGB lässt sich insbes. nicht vereinbaren, dass die **Interessentheorie im Ergebnis bei einer Vielzahl von Taten einer Strafbarkeit** nach § 283 StGB **entgegensteht**, weil der Vermögensträger als juristische Person und die handelnde natürliche Person auseinanderfallen.

- So lässt die Interessentheorie für die Insolvenzdelikte **nur einen geringen Anwendungsbereich**, wenn Schuldner i. S. des § 283 StGB eine Handelsgesellschaft ist.

Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., Vorb. §§ 283 ff. Rn 80; Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 103; MüKo-StGB/Radtke, 1. Aufl., Vorb. §§ 283 ff. Rn 55; Labsch wistra 1985, 1, jew. m. w. Nachw.

*„Denn die in § 283 StGB aufgezählten **Bankrotthandlungen widersprechen ganz überwiegend dem wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft. Damit läuft bei Anwendung der Interessentheorie der vom Gesetzgeber intendierte Gläubigerschutz in der wirtschaftlichen Krise insbes. von Kapitalgesellschaften bei Anwendung der Interessentheorie weitgehend leer. Besonders augenfällig wird dies in Fällen der Ein-Mann-GmbH, in denen der Gesellschafter/Geschäftsführer der Gesellschaft angesichts der drohenden Insolvenz zur Benachteiligung der Gläubiger Vermögen entzieht und auf seine privaten Konten umleitet, nach wirtschaftlicher Betrachtung also aus eigennützligen Motiven handelt. Nach der Interessentheorie ist er nicht des***

Bankrotts schuldig, obwohl er die Insolvenz gezielt herbeigeführt hat (vgl. BGHSt 30, 127 = NJW 1981, 1793 = NSTZ 1981, 437; krit. dazu Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., Vorb. §§ 283ff. Rn 80, 85).“ (BGH aaO)

- Während Einzelkaufleute in vergleichbaren Fällen regelmäßig wegen Bankrotts strafbar sind, entstehen so **Strafbarkeitslücken für Vertreter oder Organe von Kapitalgesellschaften**.

„Dies lässt sich nicht mit der Intention des Gesetzgebers vereinbaren, durch die Regelung des § 14 StGB Strafbarkeitslücken zu schließen.

Zudem wird angesichts der besonderen Insolvenzanfälligkeit von in der Rechtsform der GmbH betriebenen Unternehmen der Schutzzweck der Insolvenzdelikte konterkariert (vgl. BGH NSTZ-RR 2009, 373; Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 103; MüKo-StGB/Radtke, 1. Aufl., Vorb. §§ 283 ff. Rn 55). Das gilt insbes., wenn man die Interessenformel konsequent auch auf die Bankrotthandlungen anwendet, die die Verletzung von Buchführungs- oder Bilanzierungspflichten sanktionieren (§ 283 I Nr. 5–7 StGB): Entfällt wegen des fehlenden Interesses der Gesellschaft die Bankrottstrafbarkeit, scheidet eine Verurteilung wegen Untreue regelmäßig am nicht festzustellenden oder nicht nachzuweisenden Vermögensschaden der Gesellschaft (vgl. Arloth NSTZ 1990, 570; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., Vorb. §§ 283 ff. Rn 84).“ (BGH aaO)

- Über die nicht gerechtfertigte Privilegierung von GmbH-Geschäftsführern gegenüber Einzelkaufleuten hinaus wird der **Zweck der §§ 283 I Nr. 5–8, 283b StGB** unterlaufen, der **Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften** wegen der besonderen Gefahr von Fehleinschätzungen mit schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen **als eigenständiges Unrecht erfassen** will (vgl. Arloth NSTZ 1990, 570).

„Angesichts der dort genannten objektiven Anforderungen wäre kaum verständlich, dass daneben noch auf ein – zudem oft schwerlich zu ermittelndes – subjektives Interesse abzustellen sein soll (vgl. BGH NZWiSt 2012, 237 = StV 2012, 216; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 14 Rn 26 m. w. Nachw.). Es besteht auch kein Anlass, bei der Auslegung des § 14 StGB im Hinblick auf §§ 283 I Nr. 5–7, 283bStGB andere Anforderungen zu stellen als etwa im Rahmen des § 283 I Nr. 1 StGB, da § 14 StGB eine der Rechtsvereinheitlichung dienende allgemeine Vorschrift darstellt (BT-Dr 5/1319, S. 62).

Überdies erscheint es problematisch, bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungstaten die Zurechnung davon abhängig zu machen, in wessen Interesse der Vertreter handelte oder untätig blieb (vgl. Schönke/Schröder, § 14 Rn 26). Ähnliches gilt bei nicht eigennützigem Verhalten, etwa bei der Zerstörung von Vermögensbestandteilen (§ 283 I Nr. 1 Var. 3 StGB), da ein solches bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (vgl. BGHSt 30, 127 = NJW 1981, 1793 = NSTZ 1981, 437 m. w. Nachw.) weder im Interesse des Vertreters noch des Vertretenen liegt (vgl. Brand NSTZ 2010, 9).“ (BGH aaO)

3. In der Rspr. des BGH ist die Interessentheorie bei Vertretern von Personengesellschaften für die praktisch relevanten Fälle, dass die Gesellschafter der Bankrotthandlung zustimmen (vgl. dazu Labsch wistra 1985, 1), zudem **nicht durchgehalten worden:**

- Ein Handeln, das aus wirtschaftlicher Sicht im vollständigen Widerstreit zu den Interessen der vertretenen Gesellschaft steht, soll etwa bei der **Kommanditgesellschaft** gleichwohl von dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Schuldners – also der Gesellschaft – gedeckt sein, wenn der Komplementär zustimmt (BGHSt 34, 221 = NJW 1987, 1710 = BGH StV 1988, 14). Die Einschränkung der Interessentheorie sei insbes. aus Gründen des Gläubigerschutzes geboten (BGHSt 34, 221 = NJW 1987, 1710).
- Diese Rspr. hat der BGH in der Folge auch auf Fälle der **GmbH & Co. KG** erstreckt, in denen der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH die Bankrotthandlungen mit Zustimmung der Gesellschafter dieser Kapitalgesellschaft und damit der Komplementärin vorgenommen hatte (BGH wistra 1989, 264; a. A. BGH NSTZ 1984, 119 = wistra 1984, 71; BGH NSTZ 1987, 279 = JR 1988, 254; offengelassen von BGH NJW 1992, 250 = NSTZ 1991, 432).

„Der Gläubigerschutz hat aber bei den in der Rechtsform der GmbH betriebenen Gesellschaften kein geringeres Gewicht als bei Personengesellschaften oder insbes. der Mischform der GmbH & Co. KG, so dass mit dieser Argumentation nicht nachvollziehbar erscheint, warum die Zustimmung der Gesellschafter einer Komplementär-GmbH den Auftrag des Geschäftsführers erweitern kann, das Einver-

ständnis der Gesellschafter bei einer reinen Kapitalgesellschaft für die Frage, ob der Geschäftsführer als Organ oder im Auftrag der Gesellschaft handelt, hingegen bedeutungslos sein soll.“ (BGH aaO)

- Auch in Bezug auf die **Buchführungs- und Bilanzdelikte** hat der BGH nicht einheitlich an der Interessentheorie festgehalten, sondern diese – teils ausdrücklich, teils stillschweigend – in Frage gestellt (vgl. BGH NZWiSt 2012, 237 = StV 2012, 216; BGH NSTz 2009, 635; BGH NSTz 1995, 347 = wistra 1995, 146; anders etwa BGH NSTz 2000, 206).

Kommt es für ein **Handeln als Vertretungsberechtigter i. S. des § 14 I StGB** nicht (mehr) darauf an, ob dieses im Interesse des Geschäftsherrn liegt, ist auf andere taugliche Abgrenzungskriterien Bedacht zu nehmen (dazu bereits BGH NJW 2009, 2225 = NSTz 2009, 437 = NZG 2009, 673; BGH NSTz 2012, 89).

- a) **Entscheidend** bleibt, dass der **Handelnde gerade in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ**, also im Geschäftskreis des Vertretenen (BGH NJW 2009, 2225 = NSTz 2009, 437 = NZG 2009, 673; BGH NSTz 2012, 89), **und nicht bloß „bei Gelegenheit“ tätig** wird (vgl. BT-Dr 14/8998, S. 8; BT-Dr 5/1319, S. 63). Dabei kann zwischen rechtsgeschäftlichem und sonstigem Handeln zu differenzieren sein (vgl. MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., § 14 Rn 65 ff.; Schönke/Schröder, § 14 Rn 26; ausdr. anders noch BGHSt 30, 127 = NJW 1981, 1793 = NSTz 1981, 437).

„Handelt ein Organwalter rechtsgeschäftlich, ist ein organschaftliches Tätigwerden jedenfalls dann naheliegend gegeben, wenn er im Namen der juristischen Person auftritt oder für diese auf Grund der bestehenden Vertretungsmacht bindende Rechtsfolgen zumindest im Außenverhältnis herbeiführt (vgl. BGH NJW 2009, 2225 = NSTz 2009, 437 = NZG 2009, 673; NSTz 2012, 89). Das Handeln des Vertretungsberechtigten als Organ wird etwa dadurch deutlich, dass er lediglich auf Grund seiner besonderen Organstellung überhaupt in der Lage ist, die vertretene juristische Person rechtlich zu binden. Diese Wirkung könnte er nicht herbeiführen, wenn er nicht als vertretungsberechtigtes Organ, sondern – gleichsam wie ein Außenstehender – als natürliche (Privat-)Person agierte (vgl. Arloth NSTz 1990, 570).“ (BGH aaO)

- b) Eine **Zurechnung der Schuldneigenschaft** ist auch in den Fällen möglich, in denen der Vertretungsberechtigte auf Grund seiner Stellung außerstrafrechtliche, aber gleichwohl **strafbewehrte Pflichten des Vertretenen** zu erfüllen hat (s. Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., Vorb. §§ 283ff. Rn 84; Kindhäuser, NK-StGB, 3. Aufl., Vorb. §§ 283–283d Rn 54).
- c) Dagegen erscheint die **Abgrenzung bei einem bloß faktischen Handeln** problematischer: Ein solches kann jedenfalls dann Grundlage für eine Zurechnung sein, wenn eine Zustimmung des Vertretenen vorliegt (vgl. BGH NSTz 2012, 89; weitergehend BGH wistra 2012, 191; s. auch MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., § 14 Rn 67f.; Valerius NZWiSt 2012, 65).
- d) Es bedarf hier keiner abschließenden Klärung, unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen bei rein tatsächlichen Verhaltensweisen eine Zurechnung nach § 14 StGB in Betracht kommt; denn ein solches liegt nicht vor.

„Der Geschäftsführer K ist rechtsgeschäftlich tätig geworden. Er verschaffte sich die Beträge im Wesentlichen durch Überweisungen, die er als Geschäftsführer der GmbH mit Wirkung für diese vornahm.“ (BGH aaO)

II. Die Angekl. S und L haben sich wegen **Beihilfe zur Untreue** (§§ 266, 27 StGB) strafbar gemacht.

1. Der Geschäftsführer K verursachte durch die vorgenommenen Verfügungen einen **Vermögensnachteil** der S-GmbH.
2. Dies geschah **pflichtwidrig**, auch wenn die Angekl. – durch die GS-GmbH und die S-KG vermittelt – letztlich als natürliche Personen hinter der S-GmbH standen und damit einverstanden waren; denn ein solches **Einverständnis ist** jedenfalls dann **unbeachtlich**, wenn die betreffenden **Verfügungen** – wie hier – die **wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährden**.
 - a) Ein – **wirksames** – **Einverständnis** des Inhabers des zu betreuenden Vermögens **schließt** bereits die **Tatbestandsmäßigkeit aus**, weil die Pflichtwidrigkeit des Han-

delns Merkmal des Untreuetatbestands ist (BGH BGHR StGB § 266 I Missbrauch 7 m. w. Nachw.).

Vermögensträgerin ist die **GmbH selbst**, Vermögensträger sind **nicht die einzelnen Gesellschafter**. Allerdings tritt an die Stelle des Vermögensinhabers bei juristischen Personen deren oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten (BGH BGHR StGB § 266 I Missbrauch 7), bei einer GmbH also die Gesamtheit ihrer Gesellschafter (BGHSt 55, 266 = NJW 2010, 3458 = NStZ 2010, 700 = NZG 2010, 1190).

Indes kann auch diese nicht unbeschränkt in Vermögensverfügungen einwilligen. Vielmehr ist ein **Einverständnis** nach der gefestigten Rspr. des BGH, an welcher der Senat festhält, **bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ausgeschlossen, wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet** wird, namentlich durch Beeinträchtigung des Stammkapitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung oder durch Gefährdung der Liquidität.

vgl. etwa BGH NStZ-RR 2012, 80 = NZG 2011, 1238; BGHSt 54, 52 = NJW 2009, 3666 = NStZ 2010, 89 = NZG 2009, 1152; BGH NStZ-RR 2005, 86; BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2248 = NStZ 2004, 559 = NZG 2004, 717; BGH NJW 2000, 154 = NZG 2000, 307 = NStZ 2000, 37; s. auch Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 266 Rn 20a; MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn 133 ff.; Rönnau, LK-StGB, 12. Aufl., Vorb. § 32 Rn 178; Schönemann, LK-StGB, 11. Aufl., § 266 Rn 125; abl. Hoyer, SK-StGB, § 266 Rn 70; Schönke/Schröder, § 266 Rn 21b; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 266 Rn 99; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2009, § 266 Rn 86

- b) Es stellt entgegen einer vielfach im Schrifttum geäußerten Auffassung (s. z. B. Labisch wistra 1985, 1; Arloth NStZ 1990, 570; Kasiske JR 2011, 235; Hoyer, SK-StGB, § 266 Rn 73) **keinen Wertungswiderspruch** dar, die mit Zustimmung der Gesellschafter vorgenommene Entnahme von Vermögenswerten durch den Geschäftsführer sowohl als Bankrott als auch als Untreue zu beurteilen.

„Ein Eingriff in das Gesellschaftsvermögen kann gleichzeitig verschiedene Rechtsgüter beeinträchtigen, die durch die unterschiedlichen Strafvorschriften geschützt sind: Während der Untreuetatbestand das Vermögen des Treugebers wahren soll, dienen die Bankrottbestimmungen dem Schutz der Insolvenzmasse im Interesse der Gläubiger (vgl. BGH NJW 2000, 154 = NZG 2000, 307; BGHSt 28, 371 = NJW 1980, 406). Angesichts der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH (§ 13 GmbHG) kann in den Fällen, in denen ein Einverständnis der Gesellschafter mit der Vermögensverfügung aus den dargelegten Gründen ausgeschlossen ist, ein Eingriff in das betreute Vermögen mithin die Strafbarkeit sowohl wegen Untreue als auch wegen Bankrotts begründen (s. BGH NJW 2009, 2225 = NStZ 2009, 437 = NZG 2009, 673; BGH NStZ 2012, 89; Schönemann, LK-StGB, 11. Aufl., § 266 Rn 125, 171; a. A. etwa Hoyer, SK-StGB, § 266 Rn 73; Schönke/Schröder, § 266 Rn 21b m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

- c) Es bleibt dabei, dass die **Untreue den Schutz des betreuten Vermögens**, nämlich des Vermögens der GmbH, zum Gegenstand hat. Die **Unwirksamkeit des Einverständnisses dient gerade diesem Vermögensschutz**, unabhängig davon, dass dies mittelbar auch den Gläubigern zugutekommt (vgl. Radtke, GmbHR 2012, 28; Ransiek wistra 2005, 121).

Das gilt insbes. vor dem Hintergrund, dass der **Kapitalschutz nach § 30 GmbHG** nicht ausschließlich den Gläubigern eine Befriedigungsreserve, sondern überdies der GmbH nach Möglichkeit ein ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen sichern soll.

s. BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111 = NZG 2004, 233; BGHZ 176, 62 = NJW 2008, 2118 = NZG 2008, 467; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 30 Rn 1

„Es bestehen somit gesetzlich gewährleistete Eigeninteressen der GmbH (BGH NJW 1997, 66 = NStZ 1996, 540; s. auch BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2248 = NStZ 2004, 559 = NZG 2004, 717), die von den Interessen der Gesellschafter unabhängig sind und daher deren Dispositionsmöglichkeit begrenzen.“ (BGH aaO)

(OVG Hamburg in NVwZ-RR 2012, 647; Beschluss vom 16.05.2012 – 3 Bs 5/12)

1. Ein Taxiunternehmer ist als unzuverlässig i. S. von § 1 II 1 Nr. 2c PBZugV anzusehen, wenn er durch eine **erhebliche Anzahl von in das Verkehrszentralregister eingetragener Verkehrsverstöße** auffällig geworden und wiederholt wegen Beleidigung anderer Verkehrsteilnehmer aus Anlass seiner beruflichen Teilnahme am Straßenverkehr strafgerichtlich verurteilt worden ist. Das gilt **auch** dann, wenn er wegen Verlustes der Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung **nicht mehr selbst als Taxifahrer tätig** sein darf und ihm nur noch die Pflicht zur Überwachung angestellter Fahrer obliegt.
2. Die **finanzielle Leistungsfähigkeit** eines Taxenbetriebes i. S. des § 2 I 1, II Nr. 3 PBZugV ist nur dann gewährleistet, wenn **unabhängig vom Wert der eingesetzten Fahrzeuge** das Eigenkapital und die Reserven des Betriebes wenigstens 2250 Euro je eingesetztem Fahrzeug betragen. Der Wert der Fahrzeuge stellt kein i. S. des § 2 I 1 PBZugV „verfügbares“ finanzielles Mittel dar.

Fall: Der Antragsteller hatte zuletzt eine befristete Genehmigung zur Ausübung des Gelegenheitsverkehrs mit einer Taxe bis zum 10. September 2011 innegehabt. Seinen Antrag auf Erneuerung der Genehmigung lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 05.10.2011 ab; der dagegen erhobene Widerspruch des Antragstellers ist noch nicht beschieden. Zudem war er Inhaber einer bis zum 17.11.2011 gültigen Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung, deren Verlängerung er beantragt hat, die jedoch bisher nicht erteilt worden ist. In der Zeit von Dezember 2006 bis Dezember 2008 beging der Antragsteller als Autofahrer mehrere Geschwindigkeitsüberschreitungen und eine Missachtung des Rotlichts einer Lichtzeichenanlage, die mit insgesamt 11 Punkten im Verkehrszentralregister (VZR) eingetragen wurden. Dazu kamen zwei im Oktober 2008 bzw. im Juli 2010 begangene Beleidigungen im Zusammenhang mit der Teilnahme am Straßenverkehr als Taxifahrer, die mit Geldstrafen in Höhe von 60 Tagessätzen bzw. 40 Tagessätzen geahndet und im Verkehrszentralregister mit jeweils 5 Punkten eingetragen wurden. Der Antragsteller nahm im Mai 2011 nach entsprechender Anordnung gemäß § 4 StVG an einem Aufbau-seminar und im Juni 2011 an einer freiwilligen verkehrspsychologischen Beratung nach § 4 IV 2, IX StVG teil.

Zudem verfügte der Antragsteller ausweislich der am 30.03.2012 von seinem Steuerberater bestätigten Vermögensübersicht am Stichtag 11.08.2011 über ein Bankguthaben von 2.274,- Euro und einen Kassenbestand von 639,- Euro; dem standen in Anspruch genommene Dispositionskredite bei Banken und Sparkassen in Höhe von 1.916,- Euro gegenüber.

Der Antragsteller hat nunmehr beim Verwaltungsgericht beantragt, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung dazu zu verpflichten, ihm eine auf ein Jahr befristete Genehmigung zur Ausübung des Gelegenheitsverkehrs mit einer Taxe zu erteilen. Wird der zulässige Antrag Erfolg haben?

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird Erfolg haben, wenn ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund bestehen.

I. Sicherungs- oder Regelungsanordnung

Eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO kann als Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO oder als Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO erlassen werden. Bei der Sicherungsanordnung geht es um die **Aufrechterhaltung des status quo**, es muss also eine Verschlechterung des bestehenden Zustandes drohen. Bei der Regelungsanordnung soll hingegen ein bislang **noch nicht innegehabter Vorteil** gewährt werden.

Im vorliegenden Fall war die bislang innegehabte Erlaubnis befristet. Nach Zeitablauf hat der Antragsteller daher keinen zu sichernden Vorteil mehr, er begehrt vielmehr die vorläufige Gewährung einer ihm bislang verwehrten Begünstigung und somit den Erlass einer Regelungsanordnung.

II. Regelungsanspruch

Ein Regelungsanspruch besteht in solchen Fällen dann, wenn der Antragsteller nach summarischer Prüfung einen Anspruch auf die begehrte Begünstigung hat. Fraglich ist daher, ob ihm die begehrte Erlaubnis erteilt werden müsste und die Ablehnung daher rechtswidrig ist.

1. Unzuverlässigkeit wegen der begangenen Verkehrsverstöße

Nach § 13 I 1 Nr. 2 PBefG darf die Genehmigung nur erteilt werden, wenn keine Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Antragstellers als Unternehmer oder der für die Führung der Geschäfte bestellten Personen dartun.

Von der Unzuverlässigkeit ist nach § 1 II 1 Nr. 1 PBZugV auszugehen bei schweren Verstößen gegen strafrechtliche Bestimmungen.

*„Dabei kann es dahinstehen, ob die beiden strafrechtlichen Verurteilungen des Antragstellers wegen der **Beleidigungen**, die er als Taxifahrer **gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern** begangen hat, bereits als „schwere“ Verstöße gegen strafrechtliche Verurteilungen im Sinne des § 1 II 1 Nr. 1 PBZugV einzustufen sind.“* (OVG Hamburg aaO)

Denn unzuverlässig ist nach § 1 II 1 Nr. 2 c) PBZugV auch, wenn schwere Verstöße gegen Vorschriften, die im Interesse der Verkehrssicherheit erlassen wurden, vorgehalten werden können.

*„Für die „Schwere“ der diesbezüglichen Rechtsverstöße spricht neben ihrer **Häufigkeit** nicht zuletzt die damit verbundene **Anzahl von Punkten im Verkehrszentralregister**, die im Ergebnis dazu geführt hat, dass die Fahrerlaubnis des Antragstellers zur Fahrgastbeförderung nicht erneuert werden konnte. In diesem Zusammenhang sind die beiden o. g. Beleidigungen ebenfalls zu berücksichtigen. Auch wenn der Straftatbestand der **Beleidigung** (§ 185 StGB) als solcher kein spezifischer Straftatbestand des Verkehrsrechts ist, kann eine im Straßenverkehr begangene und strafrechtlich geahndete Beleidigung gleichwohl einen (schweren) Verstoß gegen eine im Interesse der Verkehrssicherheit erlassene Vorschrift darstellen. Denn **aggressive beleidigende Ausbrüche von Verkehrsteilnehmern**, insbesondere von Autofahrern, die wegen der von ihrem Fahrzeug ausgehenden (bei Fußgängern oder Radfahrern nicht bzw. nicht vergleichbar gegebenen) **Betriebsgefahr** einer entsprechend erhöhten Verantwortung gerecht werden müssen, können zur **Eskalation bereits angespannter Situationen** im Straßenverkehr führen und zusätzliche Gefahren für die Verkehrssicherheit schaffen. Dem entspricht es, dass auch die vom Antragsteller als Taxifahrer begangenen Beleidigungen zu Eintragungen im Verkehrszentralregister mit jeweils hohen Punktzahlen geführt haben.“* (OVG Hamburg aaO)

Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil der Antragsteller, jedenfalls solange er selbst seine Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung nicht wieder erlangt, nicht selbst Taxi fahren, sondern „nur“ ein Taxenunternehmen mit einem angestellten Fahrer betreiben möchte.

*„Andernfalls wäre in solchen oder ähnlichen Fällen die **Bestimmung** des § 1 II 1 Nr. 2 c) PBZugV weitgehend **wirkungslos**, da sich der Unternehmer stets auf die Ankündigung zurückziehen könnte, nicht selbst Taxi fahren zu wollen, bzw. der Unternehmer durch einen Verlust seiner Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung sogar noch privilegiert würde, weil damit gleichsam „gewährleistet“ wäre, dass er nicht selbst fährt. Die genannte Bestimmung hat im Übrigen insofern ihren Sinn, als von einem **Unternehmer, der selbst schwere Verstöße gegen Vorschriften der Sicherheit des Straßenverkehrs begangen hat**, nicht mit der erforderlichen Sicherheit zu erwarten ist, dass er gegenüber seinen **angestellten Fahrern mit dem nötigen Nachdruck darauf hinwirkt, derartige Verstöße zu unterlassen** (zur Führungspflicht des Taxenunternehmers gegenüber angestellten Fahrern nach § 3 II 3 BOKraft und deren Bedeutung im Rahmen des § 1 I PBZugV siehe OVG Hamburg, Beschl. v. 20.06.2008, VRS 115, 225, juris, Rn. 21 ff.).“* (OVG Hamburg aaO)

Es nicht ersichtlich, dass der Antragsteller mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit als zuverlässig im Sinne des § 13 I 1 Nr. 2 PBefG i. V. m. § 1 PBZugV einzustufen ist.

2. mangelnder Leistungsfähigkeit

Nach § 13 I 1 Nr. 1 PBefG i. V. m. § 2 I 1 PBZugV setzt die Erteilung der Genehmigung die finanzielle Leistungsfähigkeit voraus. Fehlt diese, liegt auch hierin ein Grund zur Genehmigungsverweigerung. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 PBZugV ist die finanzielle Leistungsfähigkeit als gewährleistet anzusehen, wenn diejenigen finanziellen Mittel verfügbar sind, die zur Aufnahme und ordnungsgemäßen Führung des Betriebs erforderlich sind. Nach § 2 I 2 Nr. 3 PBZugV ist dies beim Verkehr mit Taxen zu verneinen, wenn das Eigenkapital und die Reserven des Unternehmens weniger als 2.250,- Euro je eingesetztem Fahrzeug betragen.

*„So liegt es im vorliegenden Fall. Ausweislich der am 30.03.2012 von seinem Steuerberater bestätigten Vermögensübersicht des Antragstellers verfügte dieser am Stichtag 11.08.2011 über ein Bankguthaben von 2.274,- Euro und einen Kassenbestand von 639,- Euro; dem standen **in Anspruch genommene Dispositionskredite** bei Banken und Sparkassen in Höhe von 1.916,- Euro gegenüber. Diese Positionen sind gegeneinander zu verrechnen, was zu einem Guthaben von lediglich 997,- Euro führt (2.274 plus 639 minus 1.916). Zu Recht weist die An-*

tragsgegnerin darauf hin, dass das erforderliche „verfügbare“ Eigenkapital nicht in der Weise gebildet werden kann, auf anderen Bankkonten einen Dispositionskredit in Anspruch zu nehmen und in dieser Weise das „Eigenkapital“ durch die Aufnahme von Schulden zu finanzieren.

Ebenfalls zutreffend ist die Auffassung der Antragsgegnerin, dass der **Zeitwert des Taxifahrzeugs** nicht dazu geeignet ist, das notwendige Eigenkapital nachzuweisen (vgl. dazu auch VG Hamburg, Beschl. v. 19.06.2008, 5 K 3010/07, juris, Rn. 4). Dafür spricht bereits der Wortlaut des § 2 I 2 Nr. 3 PBZugV, wonach das Eigenkapital von 2.250,- Euro „**je eingesetztem Fahrzeug**“ (am Stichtag) vorhanden sein muss, was darauf hindeutet, dass dieses Kapital **zu dem Fahrzeug hinzukommen muss und nicht mit ihm identisch sein kann**. Zum gleichen Ergebnis führt die an Sinn und Zweck orientierte Auslegung dieser Bestimmung. Denn der **Wert des Fahrzeugs** an sich stellt **kein** im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 PBZugV „**verfügbares**“ **finanzielles Mittel** dar, weil er nur durch die Verwertung des Fahrzeugs selbst realisierbar wäre. Damit stünde aber entweder das Fahrzeug wegen Besitzverlustes für den Betrieb nicht mehr zur Verfügung, oder es würde, falls es trotz Verwertung im Besitz des Betriebs bliebe, im Gegenzug zu einem Kredit sicherungsübereignet, wodurch jedoch dem dadurch erlangten Geldbetrag eine entsprechende Kreditschuld gegenüberstünde, die wiederum von dem positiven Eigenkapital abzuziehen wäre, so dass sich die Kapitalbilanz dadurch nicht verbessern könnte. Von dieser Konstellation zu unterscheiden ist allerdings der anders gelagerte Fall, dass einerseits das Unternehmen über ein ausreichendes Geldguthaben verfügt sowie andererseits das einzige Betriebsfahrzeug durch einen Kredit finanziert und sicherungsübereignet ist: Dann wird die Darlehensverbindlichkeit in ihrer jeweiligen Höhe gleichsam neutralisiert durch den jeweiligen Zeitwert des Fahrzeugs, und das verfügbare Geldguthaben bleibt maßgeblich (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 24.06.2009, GewArch 2009, 363).“ (OVG Hamburg aaO)

Es ist daher auch nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit ersichtlich, dass für den (beabsichtigten) Betrieb des Antragstellers im Sinne des § 13 I Nr. 1 PBefG i. v. m. § 2 I 1, 2 Nr. 3 PBZugV die finanzielle Leistungsfähigkeit gewährleistet ist.

III. Ergebnis

Es fehlt schon an einem Regelungsgrund. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird daher keinen Erfolg haben.

BauGB
§ 35 I Nr. 1

Pferdehaltung im Außenbereich
Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes

BauGB

(VG Gelsenkirchen in NVwZ-RR 2012, 591; Urteil vom 26.04.2012 – 5 K 2358/09)

1. Der Landwirt, der sich im Genehmigungsverfahren für eine **Tierhaltungsanlage** auf das Privileg des § 35 I Nr. 1 BauGB beruft, muss nachweisen, dass er das für die geplante Tierhaltung benötigte **Futter** auf dem **zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden und landwirtschaftlich genutzten Flächen überwiegend zumindest erzeugen** könnte (§ 201 BauGB).
2. Um den **Futterbedarf eines Pferdes** abzudecken, sind mindestens **0,35 ha Grünland pro Pferd** erforderlich.
3. Bei den erforderlichen **Flächen** muss es sich um solche handeln, die zumindest **zur Erzeugung von Futtermitteln tatsächlich und rechtlich geeignet** sind.
4. Erforderlich ist ferner eine **Zugehörigkeit jener Flächen zum Betrieb**. Dies setzt zum einen grundsätzlich eine **gewisse räumliche Nähe** der Fläche zur Hofstelle voraus.
5. Ferner ist eine rechtliche Zuordnung der Flächen zu dem Betrieb dergestalt notwendig, dass die **Flächen** dem Betriebsinhaber **dauerhaft** i. S. von nachhaltig als Futtergrundlage zur Verfügung stehen können. Diese Voraussetzung erfüllt in der Regel nur eine **eigenumsrechtliche oder anderweitige sachenrechtliche Zuordnung**.
6. **Ausnahmsweise** kann ein Landwirt die benötigte Fläche auch **hinzupachten**. Erforderlich ist zur Gewährleistung der Dauerhaftigkeit des Betriebes aber, dass entsprechend langfristige Nutzungsverträge (**in der Regel mindestens 12 Jahre**) abgeschlossen werden. Ein nur mündlicher Landpachtvertrag bietet diese Gewährleistung nicht.
7. Soweit die angestrebte Haltung von Pferden im Außenbereich **über individuelle Interessen nicht hinausgeht**, scheidet ebenfalls eine Privilegierung nach § 35 I Nr. 4 BauGB aus.

Fall Der Kläger begehrt mit der vorliegenden Klage eine Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung eines planungsrechtlichen Vorbescheids für die Errichtung von Pferdestallungen/Futtergebäude und einem dazugehörigen Wohnhaus im Außenbereich.

Der Kläger war nach seinen eigenen Angaben seit den 1970er Jahren Inhaber eines erfolgreich betriebenen Pferdegestüts in E. . Seit dem Jahr 1981 ist er Mitglied der „Westfälischen landwirtschaftlichen Alterskasse“.

Im Jahr 2003 wurde das klägerische Anwesen in E. durch einen Brand vollständig zerstört und - auch in der Folgezeit - seitens des Klägers nicht wieder aufgebaut. Die Pferde des Klägers sind seitdem bei Freunden und ehemaligen Bereibern untergebracht. Zurzeit umfasst der Bestand des Klägers 15 Zuchtstuten, 4 Wallache und 5 Jungpferde.

Mit Schreiben vom 20.11.2007 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Erteilung eines Bauvorbescheids für die Errichtung eines neuen „Pferdezuchtbetriebes“ für insgesamt 32 Pferde auf einem in der X.-straße in F.-C. gelegenen Grundstück (Gemarkung C., Flur 7, Flurstücke 18, 19 und 29). Die Flurstücke 18 und 19 stehen im Eigentum des Sohnes des Klägers, Q. M.; das Flurstück 29 steht ausweislich des beim Amtsgericht F.-T. geführten Grundbuches von C. (Blatt-Nr. 1148) im Eigentum einer Erbengemeinschaft, an der weder der Kläger noch sein Sohn beteiligt ist.

Das Vorhabengrundstück befindet sich in einem unbeplanten Gebiet und ist - ebenso wie die umliegenden Flurstücke - noch unbebaut. Westlich des Vorhabengrundstücks befindet sich etwa 80 m entfernt auf dem Grundstück X.-straße Nr. 285 (Flur 5, Flurstück 357) eine ehemalige (Hof-)Anlage, die inzwischen - seit dem Jahr 2010 - im Eigentum des Sohnes des Klägers, Q. M., steht.

Mit Bescheid vom 28.04.2009 lehnte die Beklagte sodann die Bauvoranfrage ab. Das geplante Vorhaben, dessen Zulässigkeit sich nach § 35 des Baugesetzbuches (BauGB) beurteile, gehöre nicht zu den nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Betrieben. Denn die Voraussetzungen für die Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit der Betriebsgründung seien nicht gegeben. Da der Kläger in der näheren Umgebung (bis 50 km) – was zutrifft – keine Flächen zur landwirtschaftlichen Benutzung besitze, könne das Futter für den geplanten Betrieb nicht überwiegend auf zu dem Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden. Auch sei eine Gewinnerzielung nicht zu erwarten. Das Vorhaben sei auch nicht nach § 35 Abs. 2 BauGB zulässig, da es den Darstellungen sowohl des Flächennutzungsplans als auch eines Landschaftsplans widerspreche und außerdem Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes bzw. die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtige.

Zudem seien die zu erwartenden Futterkosten zu hoch, da sich die Futterflächen des Klägers wohl überwiegend in einer Entfernung von mehr als 50 km von der Hofstelle befänden. Auch die Investitionskosten in Höhe von 420.000 EUR dürften nicht ausreichend sein, zumal bislang weder eine Bewegungshalle noch ein Bewegungsplatz für die Pferde geplant sei. Auch die Verkaufspreise für Jungpferde seien zu hoch angesetzt; statt 15.000 EUR könne hier nur ein Wert von 3.000 EUR bis 5.000 EUR, maximal 10.000 EUR zugrunde gelegt werden. Allein aus der Tatsache, dass der Kläger an einem anderen Standort einen erfolgreichen landwirtschaftlichen Betrieb geführt haben mag, ließe sich nicht schließen, dass er nunmehr auch in F. die Gründung eines landwirtschaftlichen Betriebs im Sinne der §§ 35 Abs. 1 und 201 BauGB plane.

Hiergegen erhebt der Kläger Klage mit der Begründung, es handele sich bei dem geplanten Vorhaben um einen im Außenbereich zulässigen landwirtschaftlichen Betrieb. Mit dem neuen Gestüt werde er seine frühere erfolgreiche Arbeit aus E. fortsetzen. Die von ihm beabsichtigte Pferdezucht erfolge auf fachlich hohem Niveau und gehe weit über eine bloße Liebhaberei hinaus. Auch seien Futterflächen in ausreichendem Umfang vorhanden. Es stünden Flächen in einem Umfang von insgesamt 369,7 ha im Eigentum des Klägers bzw. der Familie des Klägers sowie einer sich im Familienbesitz befindlichen Gesellschaft („G. GmbH“). Darüber hinaus sei ein „mündlicher Pachtvertrag“ geschlossen worden für die Bewirtschaftung weiterer Flächen der Bundesbahn in der Größe von insgesamt etwa 93,9 ha in F.-C. Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

Die Klage wird nach f§ 113 V VwGO Erfolg haben, wenn die Ablehnung des Bauvorbescheids durch die Beklagte rechtswidrig ist und den Kläger demgemäß in seinen Rechten verletzt. Dies ist der Fall, wenn der Kläger einen Anspruch auf Erteilung des begehrten Bauvorbescheids hat.

Nach §§ 71 I, II, 75 I 1 BauO NRW ist ein planungsrechtlicher Vorbescheid nur dann zu erteilen, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften des Bauplanungsrechts nicht entgegenstehen. Hier handelt es sich um ein Grundstück im unbeplanten Außenbereich, dessen planungsrechtliche Zulässigkeit sich nach § 35 BauGB richtet.

I. Zulässigkeit als privilegiertes Vorhaben, § 35 I BauGB

Im Außenbereich sind grundsätzlich nur privilegierte Vorhaben zulässig, es sei denn, öffentliche Belange stehen ihnen entgegen. Die privilegierten Vorhaben sind dabei in § 35 I BauGB abschließend aufgezählt.

1. Privilegierung als landwirtschaftlicher Betrieb, § 35 I Nr. 1 BauGB

Das Vorhaben des Klägers könnte als privilegiertes Vorhaben nach § 35 I Nr. 1 BauGB zulässig sein, wenn davon auszugehen wäre, dass es sich um einen landwirtschaftlichen Betrieb nach §§ 35 I Nr. 1, 201 BauGB handelt.

a) Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes

*„Ein landwirtschaftlicher Betrieb im Sinne dieses Privilegierungstatbestandes kann zwar auch gegeben sein, wenn der Betriebsgegenstand **allein oder überwiegend in der „Tierhaltung“** besteht. Die Tierhaltung, die sowohl die Auf- und Nachzucht als auch die Pensionstierhaltung umfassen kann, gehört nach der Begriffsdefinition der heutigen Fassung des § 201 BauGB allerdings nur dann zur Landwirtschaft, **„soweit das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann.“** Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 201 BauGB ist allein entscheidend, dass genügend landwirtschaftlich nutzbare Flächen, die zum landwirtschaftlichen Betrieb gehören, zur überwiegenden Futtererzeugung vorhanden sind. **Auf die tatsächliche Verfütterung des erzeugten Futters an die Tiere kommt es hingegen nicht an**, so dass der Landwirt frei in seiner Entscheidung bleibt, die notwendigen Futtermittel für seine Tiere auch anderweitig zu erwerben (vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., § 201 Rn. 4.)“ (VG Gelsenkirchen aaO)*

b) Nachweis der betriebsinternen Futtererzeugungsmöglichkeit

*„Der Landwirt, der sich im Genehmigungsverfahren für eine Tierhaltungsanlage auf das Privileg des § 35 I Nr. 1 BauGB beruft, muss insoweit allerdings **nachweisen**, dass er das für die geplante Tierhaltung benötigte **Futter** auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden und landwirtschaftlich genutzten Flächen **überwiegend zumindest erzeugen könnte**. Diese Anforderung knüpft an die traditionelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an und ist seitens des Gesetzgebers auch bewusst so in § 201 BauGB aufgenommen worden (vgl. W. Schrödter (Begr.), Baugesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl., § 201 Rn. 9a; Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Kommentar, Losebl.-Ausgabe (Stand: November 2011), Bd. IV, § 201 Rn. 4 und 17.)“ (VG Gelsenkirchen aaO)*

c) Flächenberechnung

Der Umfang der für die Futtererzeugung **notwendigen Gesamtfläche** bestimmt sich nach dem **geplanten Tierbestand**.

„Dabei kann auf Erfahrungen und Richtlinien zurückgegriffen werden, die in der Praxis von den Fachbehörden der Landwirtschaft entwickelt wurden (vgl. W. Schrödter, aaO, § 201 Rn. 9a.) Um den **Fut-terbedarf eines Pferdes** abzudecken, sind **mindestens 0,35 ha Grünland pro Pferd** erforderlich (vgl. Nr. 3.1.1 der Grundsätze zur planungsrechtlichen Beurteilung von Bauvorhaben im Außenbereich – Außenbereichserlass -, Gem. RdErl. D. Ministeriums für Bauen und Verkehr – VI A 1 – 901.34 -, u. d. Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz – VII-2 – BauGB – vom 27.10. 2006 – MBl. NRW. 2006 S. 786 -; vgl. BayVGH Beschl. v. 04.01.2005 – 1 CS 04.1598 -, NVwZ-RR 2005, 522 ff.; VG Münster, Urteil v. 18.08.2008 – 10 K 2175/07 -, abrufbar unter www.nrwe.de; vgl. auch VG München, Urteile v. 11.05.2000 – M 11 K 99.2181 -, vom 17.05. 2004 – M 11 SN 04.894 -, und vom 01.03 2011 – M 1 K 10.5926 -, jeweils zitiert nach juris.“ (VG Gelsenkirchen aaO)

Ausgehend von dem Planungskonzept des Klägers, welches eine Unterbringung von 32 Pferden auf der neuen Hofanlage vorsieht, bedarf es danach für das streitgegenständliche Vorhaben insgesamt mindestens 11,2 ha (32 x 0,35 ha). Hierbei setzt § 201 BauGB lediglich voraus, dass das für die Tierhaltung erforderliche Futter „überwiegend“ – also in der Regel zu mehr als 50% - auf den zum Betrieb gehörenden Flächen erzeugt werden kann. Daher sind für das klägerische Vorhaben mindestens 5,6 ha landwirtschaftlich genutzte Fläche erforderlich, die zum Betrieb gehören.

d) Anforderungen an die erforderlichen Flächen

Bei diesen erforderlichen Flächen muss es sich um solche handeln, die zumindest zur Erzeugung von Futtermitteln **tatsächlich und rechtlich geeignet sind**. In Betracht kommen damit vor allem Acker-, Wiese- und Weideland.

„Demgegenüber können bebaute und bewaldete Flächen, die zum Betrieb gehören, ebenso wenig berücksichtigt werden, wie diejenigen Flächen, die aus Gründen des Natur- und Landschaftsschutzes nicht mehr für eine Bewirtschaftung in Betracht kommen (vgl. W. Schrödter, aaO., § 201 Rn. 9b).

Erforderlich ist ferner eine **Zugehörigkeit jener Flächen zum Betrieb**. Dies setzt zum einen grundsätzlich eine gewisse räumliche Nähe der Fläche zur Hofstelle voraus; da es sich bei einem landwirtschaftlichen Betrieb um eine organisatorische Einheit handelt, können weit entfernt liegende Flächen nicht angerechnet werden (vgl. z.B. VGH Mannheim, Urteil v. 07.08.1991 – 3 S 1075/90 -, BauR 1991, 208 ff. (über 20 km entfernt); VG München, Urteil v. 11.05.2000 – M 11 K 99.2181 -, zitiert nach juris (ca. 100 km entfernt).“ (VG Gelsenkirchen aaO)

Ferner ist eine **rechtliche Zuordnung** der Flächen zu dem Betrieb dergestalt notwendig, dass die Flächen dem Betriebsinhaber **dauerhaft i. S. von nachhaltig** als Futtergrundlage **zur Verfügung stehen können**.

„Diese Voraussetzung erfüllt in der Regel **nur eine eigentumsrechtliche oder anderweitige sachenrechtliche Zuordnung**, wobei eine ausreichende Sicherheit auch angenommen werden kann, wenn die Flächen im Eigentum eines Familienmitglieds des Betriebsinhabers stehen. **Ausnahmsweise** kann ein Landwirt die benötigte Fläche auch **hinzupachten**. Je umfangreicher eine Hinzupacht allerdings ist, umso unsicherer wird, ob angesichts der spezifischen Schwäche des Pachtlands die erforderliche Nachhaltigkeit des Betriebes noch gewährleistet ist. Erforderlich ist zur Gewährleistung der Dauerhaftigkeit des Betriebes ferner, dass entsprechend **langfristige Nutzungsverträge (in der Regel mindestens 12 Jahre)** abgeschlossen werden (vgl. zum Ganzen W. Schrödter, aaO, § 201 Rn. 4., und Rieger, in: Schrödter (Begr.), BauGB, Kommentar, 7. Aufl., § 35 Rn. 23; Söfker, aaO, Bd. II, § 35 Rn. 30; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Kommentar, 11. Aufl., § 35 Rn. 23, jeweils mit weiteren Nachw.“ (VG Gelsenkirchen aaO)

e) Vorhandensein der erforderlichen Flächen im vorliegenden Fall

Ein Teil der im Eigentum des Klägers stehenden Grundstücke befindet sich in Ortschaften, die über 250 km, zumeist sogar über 500 km, entfernt liegen. Weitere Grundstücke sind im betreffenden Grundbuch mit Laubwald beschrieben. Insgesamt kann daher nur von maximal 2,2 ha als eigentumsrechtlich gesicherte Futtermittelflächen ausgegangen werden.

„Bei dieser Sachlage **fehlen** dem Kläger jedenfalls **gut 3,4 ha** an dauerhaft gesicherten Flächen. Diesem Defizit kann aus Sicht der Kammer vorliegend nicht mit Pachtland begegnet werden. Es ist bereits sehr fraglich, ob die „**mündlich**“ **angepachteten Flächen** der Bundesbahn, auf die sich der Kläger beruft, zur Erzeugung von Futtermitteln **tatsächlich und rechtlich geeignet sind**. Denn bei den vom Kläger im Einzelnen benannten Flurstücken dürfte es sich zumeist um Waldflächen oder (ehemalige) Verkehrsflächen handeln. Unabhängig davon wäre der **Anteil von Pachtflächen (3,4 ha) im Verhältnis zum Eigenland (2,2 ha) deutlich höher**. Dies ist ein starkes Indiz gegen die Nachhaltigkeit des ge-

planten Betriebes, zumal der hier in Rede stehende Pachtvertrag nicht langfristig geschlossen wurde. Ein **mündlicher Landpachtvertrag** gilt zwar regelmäßig **für unbestimmte Zeit** (§ 585a BGB); ist die Pachtzeit indes nicht bestimmt, kann jeder Vertragsteil das Pachtverhältnis spätestens **am dritten Werktag eines Pachtjahrs für den Schluss des nächsten Pachtjahrs kündigen** (§ 594a BGB). Auch § 595 BGB, der unter bestimmten Voraussetzungen eine Fortsetzung des Pachtverhältnisses vorsieht, kann die Ungewissheit im Hinblick auf den dauerhaft gesicherten Zugriff nicht ausräumen (vgl. VGH Mannheim Beschl. v. 07.11.1994- 8 S 976/94 -, NuR 1995, 355 f.; OVG Saarlouis, Urteil v. 31.05.1994 - 2 R 4/93 -, ESLR 4, ÖR 48; OVG Lüneburg, Urteil v. 30.08.1988 - 1 A 164/86 -, BauR 1989, 180 ff.).“ (VG Gelsenkirchen aaO)

Da nach alledem in Bezug auf das Vorhaben des Klägers nicht gesichert ist, dass das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann, fehlen die Voraussetzungen für einen landwirtschaftlichen Betrieb zur Tierhaltung, so dass der Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 1 BauGB nicht gegeben ist.

2. Privilegierung nach dem Auffangtatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB

Nach diesem Tatbestand sind im Außenbereich solche Vorhaben zulässig, die wegen ihrer besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen ihrer nachteiligen Wirkungen auf die Umgebung oder wegen ihrer besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen.

„Bei dieser Vorschrift handelt es sich um einen **Auffangtatbestand** für solche Vorhaben, die von den übrigen Regelungen des § 35 I BauGB nicht erfasst werden und nach den Grundsätzen städtebaulicher Ordnung, wenn überhaupt, **sinnvoll nur im Außenbereich ausgeführt** werden können, weil sie zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zweckes auf einen **Standort außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile angewiesen** sind. Nach der Rechtsprechung sind hierbei strenge Kriterien anzulegen. Privilegiert sind daher nur solche Vorhaben, die **über eine individuelle und die Allgemeinheit ausschließende Nutzung des Außenbereichs hinausgehen**. Am Merkmal des Sollens i.S.v. § 35 I Nr. 4 BauGB fehlt es demgemäß immer dann, wenn gegenüber dem allgemeinen Bedürfnis nach Erholung in der freien Natur, dem der Außenbereich dient, **individuelle Freizeitwünsche bevorzugt** werden sollen. Dass hier die von dem Kläger angestrebte Haltung der Pferde über individuelle Interessen hinausgeht, ist nicht erkennbar.“ (VG Gelsenkirchen, aaO)

II. Zulässigkeit als nicht privilegiertes Vorhaben, § 35 II, III BauGB

Eine planungsrechtliche Zulässigkeit des klägerischen Vorhabens kann daher nur als sonstiges Vorhaben nach § 35 II BauGB gegeben sein, was allerdings voraussetzt, dass keine öffentlichen Belange beeinträchtigt werden. Welche öffentlichen Belange hier insbesondere zu berücksichtigen sind, ergibt sich aus § 35 III BauGB.

„Danach ist es unzulässig, denn es beeinträchtigt öffentliche Belange, nämlich die des

- **Natur- und Landschaftsschutzes, die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert** (§ 35 III 1 Nr. 5 BauGB). Es widerspricht ferner den
- **Darstellungen des Regionalen Flächennutzungsplans** (§ 35 III 1 Nr. 1 BauGB), der den hier interessierenden Bereich als „Wald“ vorsieht. Ebenso steht es im Widerspruch zu den
- **Darstellungen des Landschaftsplans** der Stadt F. (§ 35 III 1 Nr. 2 BauGB). Außerdem lässt das Vorhaben, welches auch ein Wohnhaus umfassen soll, die
- **Entstehung einer Splittersiedlung** befürchten (§ 35 III 1 Nr. 7 BauGB).“ (VG Gelsenkirchen aaO)

Diese Beeinträchtigung öffentlicher Belange führt dazu, dass der klägerische Betrieb auch nicht als sonstiges Vorhaben nach § 35 II BauGB planungsrechtlich zugelassen werden kann.

III. Ergebnis

Das Vorhaben des Klägers ist nach § 35 BauGB im unbeplanten Außenbereich nicht zulässig. Ihm stehen daher öffentlich-rechtliche planungsrechtliche Vorschriften entgegen, so dass der Kläger auch keinen Anspruch auf Erteilung eines positiven Bauvorbescheides hat. Die Ablehnung war daher rechtmäßig, so dass die Klage unbegründet ist.

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.

BGB
§§ 107, 108, 110

Tätowierung einer Minderjährigen

BGB

wirksamer Vertragsschluss

(AG München in NJW 2012, 2452; Urteil vom 17.03.2011 – 213 C 917/11)

Der **Vertragsschluss** mit einer 17-Jährigen **über die Anbringung einer Tätowierung** ist **wirksam**, wenn sie die **hierfür notwendigen Mittel** aus einer **eigenen** und durch die Eltern genehmigten **Tätigkeit verdient und frei zur Verfügung** hat.

„Zwar ist ein Vertrag, den ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger ohne Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abschließt, unwirksam; die Genehmigung wurde im vorliegenden Fall auch verweigert. Eine **Ausnahme** gilt für **Verträge, die der Minderjährige mit eigenen Mitteln erfüllen kann**, die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind, § 110 BGB. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind vorliegend erfüllt, da die Kl. nach eigenen Angaben aus ihrer Erwerbstätigkeit monatliche Einkünfte bezog, die ihr frei zur Verfügung standen. Das Entgelt für die Tätowierung konnte die Kl. somit aus eigenen Mitteln ohne Weiteres bezahlen. Der Vertrag mit dem Bekl. ist demnach wirksam zu Stande gekommen.“ (AG München aaO)

BGB
§§ 195, 199

Verjährungsbeginn

BGB

Erteilung der Jahresabrechnung

(BGH in NJW 2012, 2647; Urteil vom 23.05.2012 – VIII ZR 210/11)

Die **Verjährungsfrist von Rückzahlungsansprüchen** des Kunden wegen Gaspreisüberzahlungen **beginnt** nicht bereits mit den jeweils geleisteten Abschlagszahlungen, sondern **erst mit der anschließenden Erteilung der Jahresabrechnung** zu laufen.

„**Abschlagszahlungen** sind dadurch gekennzeichnet, dass sie **nur vorläufig bis** zu einer im Wege der Abrechnung **festzustellenden endgültigen Vergütung** zu leisten sind, und bilden insoweit lediglich (**unselbstständige**) **Rechnungsposten** der abzurechnenden Gesamtleistung, ohne dass sie auf einzelne Teilleistungen bezogen werden können (BGH NJW 2002, 2640 = WM 2002, 2257; BGH NJW-RR 2004, 957 = NZBau 2004, 386). Dementsprechend haben Abschlagszahlungen ihren Rechtsgrund in der ihnen zu Grunde liegenden vertraglichen Abrede, die zugleich dahin geht, dass sie, wenn sie geleistet sind, ungeachtet ihrer jeweiligen sachlichen Berechtigung in die Endabrechnung einzustellen und mit dem endgültigen Vergütungsanspruch, wie er sich danach unter Berücksichtigung der hiergegen erhobenen sachlichen Einwände ergibt, zu verrechnen sind. Ein Anspruch auf Rückzahlung kommt erst dann in Betracht, wenn die geleisteten Abschlagszahlungen nach dem **Ergebnis der vereinbarten Endabrechnung** einen entsprechenden Überschuss an Abschlagsbeträgen ergeben (BGH NJW 2002, 2640; BGH NJW-RR 2002, 1097 = NZBau 2002, 562) oder wenn der Gläubiger es in von ihm zu vertretender Weise verabsäumt, die geschuldete Abrechnung nach Fälligkeit der Abrechnungspflicht innerhalb angemessener Frist vorzunehmen (vgl. BGH NJW 2005, 1499 = WuM 2005, 337). Da ein solcher **Anspruch auf Rückzahlung unverbrauchter Abschlagszahlungen erst zu diesem Zeitpunkt fällig** wird (BGH NJW 2005, 1499), **beginnt** für ihn die **Verjährungsfrist erst mit Erteilung der Abrechnung** (vgl. BGHZ 113, 188).

So verhält es sich hier: Bei den von der Bekl. geleisteten Abschlagszahlungen handelt es sich lediglich um vorläufige Zahlungen auf den nach Ablauf des Abrechnungszeitraums endgültig abzurechnenden Verbrauch. Sie stellen deshalb **keine von der Verbrauchsforderung losgelösten Vergütungen für einen Verbrauchsanteil oder -abschnitt** mit einem von der Verbrauchsforderung unabhängigen rechtlichen Schicksal, sondern Leistungen auf die erst mit der Abrechnung nach § 27 I AVBGasV fällig werdende künftige Zahlungspflicht für den gemessenen und abgelesenen Verbrauch dar (Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: Dez. 2003, § 25 AVBEltV Rn 5; Hempel/Franke, Stand: Nov. 2010, § 25 AVBWasserV Rn 4). Für einen bereits unmittelbar an die jeweilige Überzahlung anknüpfenden Rückerstattungsanspruch hat es deshalb an dem dazu nach § 199 I Nr. 1 BGB für einen Verjährungsbeginn schon im Jahre 2005 fällig gewordenen Rückzahlungsanspruch der Bekl. gefehlt.“ (BGH aaO)

BGB
§ 323 I

Rücktrittsrecht

BGB

mangelnde Leistungsfähigkeit des Schuldners

(BGH in MDR 2012, 953; Urteil vom 14.06.2012 – VII ZR 148/10)

I. Ein **Gläubiger kann nicht** gem. § 323 I BGB **vom Vertrag zurücktreten**, wenn er die **Frist zur Leistung vor deren Fälligkeit gesetzt** hat. Das gilt auch dann, wenn bereits vor Fälligkeit ernsthafte Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder der Leistungswilligkeit des Schuldners bestehen.

Voraussetzung für einen Rücktritt nach § 323 I BGB ist, dass

- bei einem **gegenseitigen Vertrag**
- der Schuldner eine **fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt** und
- der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine **angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt** hat.

ler der Karte benutzt werden kann. Es besteht die Möglichkeit, mit der Karte den Aussteller im Zahlungsverkehr zu einer garantierten Zahlung zu veranlassen: Nutzt der Karteninhaber die Karte am Geldautomaten einer dritten Bank, so ist die kartenausgebende Bank verpflichtet, den abgehobenen Betrag an die Betreiberin des Geldautomaten zu erstatten (vgl. zur früheren ec-Karte BGHSt 47, 160). Solche Karten sollten nach dem **Willen des Gesetzgebers** von § 152b IV StGB erfasst werden (vgl. BT-Dr 15/1720, S. 9). Dass es möglich ist, die Karte auch auf eine Weise zu nutzen, in der eine Zahlung von der ausgebenden Bank nicht garantiert wird, ist unerheblich (vgl. BGHSt 46, 146).“ (BGH aaO)

StGB
§ 174c I

Sexueller Missbrauch
Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses
(BGH in StV 2012, 519; Urteil vom 01.12.2011 – 3 StR 318/11)

StGB

Das **Merkmal des „Anvertrautseins“** i. S. des § 174c I StGB erfordert nicht, dass das **Behandlungsverhältnis** von einer solchen **Intensität und Dauer** ist, dass eine **Abhängigkeit** entsteht, die es dem Opfer zusätzlich, d.h. über die mit einem derartigen Verhältnis allgemein verbundene **Unterordnung unter die Autorität des Täters** und die damit einhergehende Hemmung erschwert, einen Abwehrwillen gegenüber dem Täter zu entwickeln und zu bestätigen. Es ist **ausreichend, wenn das Opfer eine fürsorgliche Tätigkeit des Täters entgegennimmt**.

„[Das Merkmal des „Anvertrautseins“] setzt **weder das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen Täter und Opfer voraus noch kommt es darauf an, ob das Verhältnis auf Initiative des Patienten, Täters oder eines Dritten begründet wurde**. Ebenso ist **unerheblich, ob die entsprechenden Tätigkeiten innerhalb von geschlossenen Einrichtungen, in der ambulanten Versorgung oder im Rahmen häuslicher Betreuung wahrgenommen werden**. Ohne Belang ist zudem, ob tatsächlich eine **behandlungsbedürftige Krankheit oder eine Behinderung vorliegt, sofern nur die betroffene Person subjektiv eine Behandlungs- oder Beratungsbedürftigkeit empfindet**. Das Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis muss auch nicht von einer solchen – zumindest beabsichtigten – Intensität und Dauer sein, dass eine Abhängigkeit entstehen kann, die es dem Opfer zusätzlich, d.h. über die mit einem derartigen Verhältnis allgemein verbundene Unterordnung unter die Autorität des Täters und die damit einhergehende psychische Hemmung, erschwert, einen Abwehrwillen gegenüber dem Täter zu entwickeln und zu betätigen (BGH NJW 2011, 1891; a.A. MüKo-StGB/Renzikowski, 1. Aufl., § 174c Rn 23; Schönke/Schröder-Perron-Eisele, 28. Aufl., § 174c Rn 5). Es ist ausreichend, wenn das Opfer eine fürsorgliche Tätigkeit des Täters entgegennimmt (LK-Hörnle, 12. Aufl., § 174c Rn 12). Hiervon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen, der die **Opfer bereits auf Grund ihrer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung in gewisser Weise als „der Autoritätsperson von vornherein ‚ausgeliefert‘“** angesehen und auf den Nachweis einer Abhängigkeit des Opfers vom Täter im konkreten Tatzeitpunkt gerade verzichtet hat (vgl. Begr. des Gesetzentwurfs, BT-Dr 13/8267, S. 7).“ (BGH aaO)

StGB
§ 184b I Nr. 2, III

Kinderpornografie
Zugänglichmachen durch Bereitstellen sog. „Links“ im Internet
(BGH in StV 2012, 539; Urteil vom 18.01.2012 – 2 StR 151/11)

StGB

Ein **öffentl. Zugänglichmachen kinderpornografischer Schriften** liegt nicht nur in der Zurverfügungstellung einer Plattform, die dem Einstellen von Dateien im Internet dient, wobei die Möglichkeit des Lesezugriffs genügt, sondern auch in dem **Bereitstellen entsprechender Links**.

„Das **Übersenden eines Links zielt darauf, dem Nutzer Besitz an dem kinderpornografischen Material zu verschaffen**. Besitz an einer kinderpornografischen Datei erlangt, wer die Verfügungsgewalt über das Speichermedium hat, auf dem diese sich befindet (vgl. König, Kinderpornografie im Internet, Rn 250; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 309). Dateien werden bei ihrem Aufruf im Internet regelmäßig im Cache-Speicher der Festplatte gespeichert. Mit diesem Speichern einer Datei im Cache-Speicher erlangt der Nutzer hieran Besitz - sofern er sich des Vorhandenseins dieser Daten bewusst ist - da es ihm möglich ist, diese jederzeit wieder aufzurufen, solange sie nicht manuell oder systembedingt automatisch gelöscht werden (BGH NSTz 2007, 95; vgl. auch Gercke, Praxishandbuch Internetstrafrecht, Rn 332; Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rn 419; König, Kinderpornografie im Internet, Rn 250; MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl., § 184b Rn 38 f.; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 309).

Drittbesitzverschaffen setzt zwar grds. - in Abgrenzung zum eigenen Sichverschaffen des Nutzers - voraus, dass die **Handlung des Täters direkt und unmittelbar auf die Besitzverschaffung des Dritten gerichtet** ist. Bedarf es aber nur noch einer selbst, der lediglich den Link anklicken muss, um die tatsächliche **geringfügigen Mitwirkungshandlung des Empfängers** Herrschaft über die kinderpornografischen Dateien zu erlangen, und ist aufgrund der gerade auf den Austausch und die Übermittlung solcher Daten gerichtete Kommunikation in einem Chat mit einer alsbaldigen Inanspruchnahme des Downloadangebots zu rechnen, ist es ohne Bedeutung, dass der letzte Schritt zur eigentlichen Besitzerlangung in der Hand des Nutzers liegt.

Danach bedeutet es für das Unternehmen des Drittbesitzverschaffens **keinen Unterschied, ob der Täter dem Nutzer die Daten etwa per E-Mail mit entsprechendem Anhang** (dazu vgl. Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rn 421; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 184b Rn 15; MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl., § 184b Rn 30) **übermittelt oder ob er diesem die Möglichkeit des Zugriffs auf diese - wie vorliegend - durch Übermitteln eines anzuklickenden Links verschafft hat**. Auch für die Tathandlung des Verbreitens i.S.v. § 184b I Nr. 1 StGB macht es nach der Rspr. des BGH (BGHSt 47, 55) keinen rechtlich relevanten Unterschied, ob der Anbieter dem Nutzer die Dateien explizit zusendet (Upload) oder der Nutzer diese durch Aktivieren eines Links anfordert (Download).“ (BGH aaO)

AufenthG
§ 54 Nr. 5

Ausweisung
Terrorismusunterstützung
(BVerwG in NVwZ 2012, 701; Urteil vom 25.10.2011 – 1 C 13/10)

öffR

Ob eine Vereinigung den **Terrorismus i. S. von § 54 Nr. 5 AufenthG unterstützt**, ist **unabhängig von der strafrechtlichen Auslegung** nach § 129 a StGB zu bestimmen. Der **Begriff der Unterstützung** i.S. des § 54 Nr. 5 AufenthG **umfasst auch die Sympathiewerbung**. Eine Unterstützung des Terrorismus durch die Vereinigung setzt vo-

raus, dass die Zwecke oder die Tätigkeit der Vereinigung (auch) auf die Unterstützung des Terrorismus gerichtet sind. Ein **bloßes Ausnutzen der Strukturen einer Vereinigung durch Dritte** in Einzelfällen reicht hierfür hingegen **nicht aus**.

I. Von einer Unterstützung des Terrorismus durch eine Vereinigung i. S. von § 54 Nr. 5 AufenthG ist dann auszugehen, wenn die **Vereinigung sich selbst terroristisch betätigt** oder die **Begehung terroristischer Taten durch Dritte veranlasst, fördert oder befürwortet** (vgl. die Gesetzesbegründung zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, BT-Dr 14/7386, S. 54).

II. Die **Unterstützungsbegriffe im Ausweisungsrecht** – und zwar sowohl der hier in Rede stehende Begriff der Unterstützung des Terrorismus durch die Vereinigung als auch der hiervon zu unterscheidende Begriff der individuellen Unterstützung dieser Vereinigung durch den betroffenen Ausländer – sind **nicht deckungsgleich mit dem strafrechtlichen Begriff des Unterstützens einer terroristischen Vereinigung in § 129a V StGB**. Sie umfassen auch das Werben für die Ideologie und die Ziele des Terrorismus.

1. Die **abweichende Auffassung** (vgl. VGH München BeckRS 2010, 47051) **verletzt Bundesrecht**.

*„Zwar begründet eine Sympathiewerbung seit Inkrafttreten des 34. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 22.08.2002 (BGBl I, 3390) und des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Europäischen Rates vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22.12.2003 (BGBl I, 2836) – anders als zuvor – keine Strafbarkeit nach § 129a StGB mehr (vgl. BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782). Abweichend von § 129a StGB kennt der **Ausweisungstatbestand des § 54 Nr. 5 AufenthG jedoch keine Unterscheidung zwischen Unterstützen und Werben und keine Beschränkung der Werbung auf ein gezieltes Werben um Mitglieder und Unterstützer.**“ (BVerwG aaO)*

2. Dem Ausschluss der Sympathiewerbung aus dem Straftatbestand des § 129a StGB [liegen] auch keine übergreifenden **verfassungsrechtlichen Erwägungen zum Schutz der Meinungsfreiheit** nach Art. 5 GG zu Grunde:

*„Vielmehr stützte der Gesetzgeber das Absehen von einer strafrechtlichen Ahndung der Sympathiewerbung auf **spezifisch strafrechtliche Gründe**. So verwies er darauf, dass die Sympathiewerbung, der die Rspr. einen „vergleichsweise geringen Unrechtsgehalt“ zuweise, ohne Einbuße für **bedeutsame Rechtsgüter** aus dem Straftatbestand ausgeschieden werden könne. Das **Ausscheiden der Sympathiewerbung sollte der Tathandlung einen klar umgrenzten und in der strafrechtlichen Praxis handhabbaren Gehalt geben** und eine kritische Berichterstattung vom strafrechtlichen Risiko freistellen (vgl. BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782).“ (BVerwG aaO)*

3. Eine entsprechende Beschränkung auf das Werben um Mitglieder und Unterstützer hat der Gesetzgeber in den erst nach der strafrechtlichen Gesetzesänderung neu gefassten Ausweisungstatbestand des § 54 Nr. 5 AufenthG nicht aufgenommen.

*„Er hat den **Tatbestand** vielmehr **erweitert**, indem er nunmehr auch in der Vergangenheit liegende Unterstützungshandlungen und den rein nationalen Terrorismus einbezieht, und er hat den **Beweismaßstab für das Unterstützen der Vereinigung durch den Ausländer abgesenkt**. Der Gesetzgeber hat damit in zulässiger Weise zwischen Regelungen zur präventiven Gefahrenabwehr einerseits und zur Strafverfolgung andererseits differenziert (vgl. zu den unterschiedlichen Zielen bereits BVerwGE 123, 114 = NVwZ 2005, 1091).“ (BVerwG aaO)*

4. Die Ausweisungsnorm des **§ 54 Nr. 5 AufenthG soll weiterhin alle Verhaltensweisen** – und damit auch die Sympathiewerbung – **erfassen**, die sich in irgendeiner Weise positiv auf die Aktionsmöglichkeiten des Terrorismus auswirken. Dies **gilt für beide Unterstützungsbegriffe in § 54 Nr. 5 AufenthG**, also sowohl für die Unterstützung des Terrorismus durch die Vereinigung als auch für das individuelle Unterstützen einer solchen Vereinigung durch den Ausländer.

*„Für die zuletzt genannte individuelle Unterstützung durch den Ausländer bedeutet dies, dass weiterhin die **vom BVerwG (BVerwGE 123, 114 = NVwZ 2005, 1091) entwickelten Kriterien maßgeblich** sind. Das gilt auch für die Abgrenzung zwischen ausweisungsrechtlich relevanter Werbung für die Vereinigung selbst und ausweisungsrechtlich unbeachtlicher Werbung für einzelne humanitäre Anliegen der Vereinigung. Für die im vorliegenden Fall maßgebliche Unterstützung des Terrorismus durch die Vereinigung bedeutet dies, dass auch die von der Vereinigung betriebene Sympathiewerbung für terroristische Aktivitäten Dritter eine Unterstützung des Terrorismus darstellen kann.“ (BVerwG aaO)*

BeamtStG
§ 23 IV 1

Entlassung aus Beamtenverhältnis auf Widerruf
wegen Nichtbestehens einer Prüfung

BeamtenR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2012, 612; Urteil vom 21.02.2012 – 6 B 22/12)

Wird die **Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf ausschließlich mit dem endgültigen Nichtbestehen einer vorgeschriebenen Zwischenprüfung** im Vorbereitungsdienst **begründet, setzt ihre Rechtmäßigkeit voraus, dass die Prüfungsentscheidung unanfechtbar oder für sofort vollziehbar erklärt worden ist**.

*„Die mithin zutreffend auf § 23 IV 1 BeamtStG (i. V. mit § 28 NWBG) gestützte Entlassungsverfügung ist allein damit begründet, dass der Ast. die Besondere Prüfung in Erziehungswissenschaft endgültig nicht bestanden hat. Wird eine Entlassungsverfügung **ausschließlich mit dem endgültigen Nichtbestehen einer vorgeschriebenen Zwischenprüfung im Vorbereitungsdienst begründet, ist – mangels einer § 37 II 2 Nr. 2 BBG entsprechenden Regelung – Voraussetzung für ihre Rechtmäßigkeit, dass die Prüfungsentscheidung entweder unanfechtbar oder für sofort vollziehbar erklärt** worden ist (vgl. VGH Kassel RiA 1979, 157; Schnellenbach, BeamtenR in der Praxis, 7. Aufl. 2011, § 5 Rn 56; v. Roettecken, BeamtStG, Loseblslg., § 23 BeamtStG, Rn 442).*

Denn ist gem. § 80 I VwGO die aufschiebende Wirkung eingetreten, bedeutet dies, dass aus dem angefochtenen Verwaltungsakt keine rechtlichen oder tatsächlichen Folgerungen gezogen werden dürfen; Entscheidungen, die den angefochtenen Verwaltungsakt zur Grundlage haben, müssen unterbleiben, solange nicht gem. § 80 II Nr. 4 VwGO dessen sofortige Vollziehbarkeit angeordnet wird. Dieser Anforderung ist nicht genügt. Der Ast. hat gegen den Prüfungsbescheid fristgemäß Widerspruch eingelegt. Die sofortige Vollziehbarkeit ist lediglich hinsichtlich der Entlassungsverfügung angeordnet worden.

Dieses Ergebnis wird nicht dadurch infrage gestellt, dass im Hinblick auf die Staatsprüfung selbst gem. § 22 IV BeamStG, § 7 II 2, 3 NWBG schon die Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses – unabhängig von der Bestandskraft der Prüfungsentscheidung oder ihrer Vollziehbarkeit – kraft Gesetzes zur Entlassung führt (vgl. dazu: OVG Münster BeckRS 2009, 36771; Schütz, BeamStG ES/A II 5. 1 Nr. 95; Plog/Wiedow, BBG (alt), Loseblslg., § 32 BBG a. F., Rn 14 d, sowie § 37 Rn 23 m. w. Nachw.), während der hier in Rede stehenden, lediglich für die Zulassung zur Staatsprüfung vorausgesetzten Zwischenprüfung diese Wirkung nicht zukommt. Hierin liegt allerdings in der gegebenen Fallgestaltung eine Besserstellung des Widerrufsbeamten, die außer Betracht lässt, dass der **Zweck des Beamtenverhältnisses auf Widerruf** bei Nichtbestehen einer vorgeschriebenen Zwischenprüfung in gleicher Weise verfehlt ist wie bei Nichtbestehen der Laufbahnprüfung. Für eine über den Wortlaut hinausgehende Anwendung des § 22 IV BeamStG, die der Regelung in § 37 II 2 Nr. 2 BBG nahekäme, genügt das aber nicht.“ (OVG Münster aaO)

VersG
§ 15

Versammlungsrecht

öffR

unzulässige Versammlung vor dem Wohnhaus ehemaliger Strafgefangener
(OVG Magdeburg in NJW 2012, 2535; Beschluss vom 25.04.2012 – 3 M 100/12)

Dienen wöchentlich vor einem Wohnhaus ehemaliger Strafgefangener durchgeführte Versammlungen dazu, einen **Vertreibungsdruck** zu erzeugen, der den Willen der ehemaligen Strafgefangenen durch die wiederkehrende physische Präsenz der Versammlungsteilnehmer unmittelbar vor dem Wohnhaus, den in den privaten Rückzugsbereich der ehemaligen Strafgefangenen einwirkenden Lärm und die Vertreibungsparolen beugen und die Adressaten durch Zermürbung zur Aufgabe des von ihnen gewählten Wohnsitzes zwingen soll, so ist eine **Beschränkung der Versammlung hinsichtlich des Versammlungsortes** zur Abwendung weiterer Angriffe **zulässig**.

„Das durch **Art. 8 I GG** gewährleistete Recht, Versammlungen unter freiem Himmel durchzuführen, wird durch den mit der angefochtenen Auflage einhergehende Eingriff nicht unverhältnismäßig beschränkt. Kollidiert das durch die Versammlungsfreiheit geschützte Recht der Veranstalter und Teilnehmer einer Versammlung, über Gegenstand, Ort und Zeit der Versammlung selbst zu bestimmen, mit **verfassungsrechtlich geschützten Rechten Dritter**, so sind die widerstreitenden Interessen im Wege der praktischen Konkordanz zum Ausgleich zu bringen.

Die Auflage, nach der den Versammlungsteilnehmern unmittelbar vor dem Wohnhaus der ehemaligen Strafgefangenen im Bereich zwischen den Wohnhäusern C.-Straße 38–54 versammlungsrechtliche Aktivitäten untersagt werden, wird dem gerecht. Sie gewährleistet einen **Schutz der in dem Straßenzug wohnhaften ehemaligen Strafgefangenen** vor mit den wöchentlichen Belagerungen einhergehenden Eingriffen in das ihnen zustehende Recht, sich ungestört in ihrem Wohnhaus aufzuhalten. Greifbare Anhaltspunkte dafür, dass die Versammlungsteilnehmer in ihrem **Recht auf eine öffentlichkeitswirksame Meinungskundgabe** unverhältnismäßig beschränkt werden, werden von der Ast. auch mit der Beschwerde nicht vorgebracht.

Soweit die Ast. geltend macht, die ehemaligen Strafgefangenen könnten aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht keinen Anspruch herleiten, nicht auf ihre Vergangenheit „angesprochen“ zu werden, rechtfertigt dies eine andere Bewertung nicht. Zwar trifft es zu, dass ein Straftäter auch mit der Verbüßung einer verhängten Strafe nicht einen uneingeschränkten Anspruch erwirbt, mit der Tat „allein gelassen zu werden“ (so BVerfG NJW 2009, 3357). Indes haben auch ehemalige Strafgefangene einen **Anspruch auf Schutz davor, gerade in ihrem privaten Rückzugsbereich Schmähungen und Beleidigungen ausgesetzt zu werden.**“ (OVG Magdeburg aaO)

VIG
§§ 1 I, 6 I

Zugang zu Verbraucherinformationen

öffR

Kostenfreiheit

(VG Frankfurt a.M. in NVwZ-RR 2012, 631; Urteil vom 25.01.2012 – 7 K 2119/11)

Informationensuchen über bestimmte lebens- und futtermittelrechtliche Verstöße sind **nicht kostenpflichtig** nach § 6 I 1 i. V. mit § 1 I 1 Nr. 5 VIG.

„In der **Amtlichen Begründung** zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Verbraucherinformation vom 27. 04.2007 wird zum Anwendungsbereich des § 1 I 1 Nr. 5 VIG ausgeführt (BR-Dr 273/07, S. 21):

„Zu den abfragbaren Informationen gehören alle Daten, die als Tätigkeiten oder Maßnahmen zum Verbraucherschutz zu subsumieren sind. Insbes. statistische Angaben zu festgestellten Verstößen sind für die Verbraucherinnen und Verbraucher von Interesse. Möglicherweise soll das Kaufverhalten nämlich von der Einhaltung von Merkmalen abhängig gemacht werden, die nur für Fachleute erkennbar sind. Zu denken ist hier bspw. an die Unterschreitung von Signalwerten bei Acrylamid.

Zu den Tätigkeiten oder Maßnahmen, die dem Verbraucherschutz dienen, zählen auch Informationskampagnen oder die Förderung von Verbraucherorganisationen.“

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen entspricht es **Sinn und Zweck des § 1 I 1 Nr. 5 VIG**, den Anwendungsbereich dieser Vorschrift allein auf allgemeine Informationen über Überwachungsmaßnahmen und sonstige Tätigkeiten wie sie bspw. in Statistiken und Tätigkeitsberichten enthalten sind, zu beschränken. Ein weiter gefasstes Verständnis dieser Vorschrift würde hingegen in Konflikt mit Sinn und Zweck des § 1 I 1 Nr. 1 VIG geraten, der ein **Recht auf Informationszugang zu Unterlagen über konkrete Verstöße verbürgt**. In der Amtlichen Begründung zu dieser Vorschrift wird ausgeführt, dass diese alle Daten über Verstöße gegen das Lebensmittel- und Futtermittelrecht sowie in diesem Zusammenhang getroffene Maßnahmen und Entscheidungen betrifft (BR-Dr 273/07, S. 19). Die **generelle Befreiung von der Kostenpflicht für einen Informationszugang** zu Daten über entsprechende Verstöße i. S. des § 1 I 1 Nr. 1 VIG, wie sie § 6 I 2 VIG vorsieht, würde in ihr **Gegenteil verkehrt und würde den vom Grundsatz her vorbehaltlosen Anspruch auf Informationszugang konterkarieren**, wenn man eine für Informationensuchen über bestimmte lebens- und futtermittelrechtliche Verstöße eine Kostenpflicht nach § 6 I 1 i. V. mit § 1 I 1 Nr. 5 VIG bejahen würde.“ (VG Frankfurt a.M. aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtZPO
§ 495a**Anspruch auf rechtliches Gehör
im vereinfachten Verfahren nach § 495a ZPO**

ZPO

(BVerfG in NJW 2012, 2262; Beschluss vom 05.04.2012 – 2 BvR 2126/11)

1. Der in Art. 103 I GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör steht in einem funktionalen Zusammenhang mit der **Rechtsschutzgarantie** und der **Justizgewährungspflicht** des Staates.
2. Eng damit zusammen hängt das ebenfalls aus Art. 103 I GG folgende **Verbot von „Überraschungsentscheidungen“**. Von einer solchen ist auszugehen, wenn sich eine Entscheidung ohne vorherigen richterlichen Hinweis auf einen Gesichtspunkt stützt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter **nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen** brauchte.
3. Aus Art. 103 I GG folgt **nicht unmittelbar** ein verfassungskräftiger **Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung**.
4. Sieht das einfache Gesetz aber die Möglichkeit zur Äußerung in dieser Verhandlung vor, entscheidet aber das Gericht überraschend ohne mündliche Verhandlung, so wird gegen Art. 103 I GG verstoßen.
5. Stellt ein Verfahrensbeteiligter in einem Verfahren, in dem der Streitwert 600 Euro nicht übersteigt und das Gericht daher sein Verfahren gem. § 495 a S. 1 ZPO nach billigem Ermessen bestimmen kann, einen **Antrag auf mündliche Verhandlung**, muss diese durchgeführt werden (§ 495 a S. 2 ZPO). Ein Verstoß hiergegen stellt eine **Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör** dar.

A. Grundlagenwissen: Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG**I. Begriff**

Rechtliches Gehör bedeutet, dass der Betroffene vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung grundsätzlich die **Gelegenheit** haben muss, sich **mündlich oder schriftlich zu der Angelegenheit zu äußern**.

Zur **Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes** reicht es nicht aus, wenn der Betroffene nach Art. 19 IV GG einen Anspruch darauf hat, dass sich ein Gericht mit seiner Angelegenheit beschäftigt. Erforderlich ist vielmehr, dass er auch seine Auffassung zu der Sache vortragen kann

II. Schutzbereich

Der Betroffene muss Gelegenheit erhalten, sich rechtlich und tatsächlich vor Fällen einer Entscheidung zur Sache zu äußern. Selbst bei Eilmaßnahmen ist dies notwendig, allerdings ist hier eine Nachholung möglich.

Das rechtliche Gehör setzt voraus, dass der Betroffene **vollständig über den Verfahrensstoff informiert** wird.

Dem Anspruch ist aber nicht genüge getan, wenn der Betroffene Gelegenheit erhalten hat sich zu äußern, erforderlich ist vielmehr auch, dass das Gericht das **Vorbringen zur Kenntnis nimmt**.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt nur vor Gericht. Im Verwaltungsverfahren kann ein Anspruch auf rechtliches Gehör allenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Menschenwürde hergeleitet werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist zwischenzeitlich auch verfahrensrechtlich weiter gesichert durch die Gehörsrüge des § 321a ZPO und die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör lässt sich in **3 Phasen** unterteilen:

1. Recht auf Information

Hierzu gehört insbesondere die **Kenntnis vom Vorbringen der Gegenseite und Akteneinsicht**

2. Recht auf Äußerung

Der Betroffene muss **Gelegenheit zu mindestens schriftlicher Äußerung** haben. Hierzu zählt auch das Recht, einen Rechtsanwalt zum Verfahren beizuziehen und zu bevollmächtigen. Ins-besondere hat der Angeklagte im Strafverfahren einen Anspruch drauf, sich von einem gewählten Verteidiger seines Vertrauens vertreten zu lassen.

3. Recht auf Berücksichtigung

Das vom Betroffenen Vorgebrachte muss von den Richtern auch zur Kenntnis genommen werden, diese müssen also **aufnahmefähig und aufnahmewillig** sein. Darüber hinaus ist der Vortrag in der Begründung der Entscheidung zu berücksichtigen.

III. Eingriff

Ein Eingriff ist in jeder Abweichung von den gestellten Anforderungen zu sehen. Allerdings ist **nicht jede verfahrensrechtliche Beschneidung** der Möglichkeiten rechtlichen Gehörs ein **Eingriff** in den Schutzbereich des Art. 103 I GG.

Zulässig sind Beschränkungen, wenn sie für die Entscheidung unerheblich sind oder wenn das rechtliche Gehör nachgeholt wird.

IV. Rechtfertigung

Art. 103 I GG ist ein **schrankenlos gewährleistetes Grundrecht**. Es findet seine Schranken daher lediglich im kollidierenden Verfassungsrecht. Dieses kollidierende Verfassungsrecht ist jedoch bei der Ausgestaltung des Gerichtsverfahrens schon berücksichtigt, so dass über diesen Rahmen hinaus jeder Eingriff in den Schutzbereich zu einer Verletzung des Art. 103 I GG führt.

B. Anspruch auf rechtliches Gehör im vereinfachten Verfahren nach § 495a ZPO

Fall: Der Bf. erwarb am 06.06.2009 bei der „Telekom Shop Vertriebsgesellschaft mbH, Hamburg“ ein „iPhone 3G“. Da das Gerät zu diesem Zeitpunkt nur in Verbindung mit einem Vertrag über Telekommunikationsdienste der „T-Mobile Deutschland-GmbH“ verkauft wurde, schloss der Bf. gleichzeitig einen Nutzungsvertrag mit der „T-Mobile Deutschland-GmbH“ zum Tarif „Complete XS“ mit einer vereinbarten Laufzeit von 24 Monaten. Mit Telefax vom 01.06.2011 erklärte der Bf., „den zum 06.06.2011 auslaufenden Vertrag“ zu kündigen. Mit Schreiben vom 08.06.2011 teilte die „Telekom Deutschland-GmbH“ dem Bf. jedoch mit, dass eine Kündigung erst zum 06.06.2012 möglich sei. Da der Bf. die dreimonatige Kündigungsfrist vor Ablauf der „Mindestlaufzeit“ (06.06.2011) nicht eingehalten habe, habe sich der Vertrag inzwischen um weitere zwölf Monate verlängert. Am 13.06.2011 erhob der Bf. Klage beim AG Hamburg-Wandsbek gegen die „Telekom Shop Vertriebsgesellschaft mbH“ mit dem Antrag festzustellen, dass die Laufzeit seines „Telekom Deutschland Handy-Vertrags“ vom 06.06.2009 mit Ablauf des 06.06.2011 beendet sei und nicht bis zum 06.06.2012 fortbestehe.

Mit Verfügung vom 24.06.2011 ordnete das AG Hamburg-Wandsbek die Durchführung des vereinfachten Verfahrens nach § 495 a ZPO an und teilte den Parteien zugleich mit, ein Termin zur mündlichen Verhandlung werde nur dann anberaumt, wenn eine der Prozessparteien dies ausdrücklich unter Hinweis auf § 495 a ZPO beantrage oder das Gericht dies für erforderlich halte. Die Bekl. rügte mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 08.07.2011 die fehlende örtliche Zuständigkeit des AG Hamburg-Wandsbek, da die Bekl. ihren allgemeinen Gerichtsstand am Konzernsitz in Bonn habe. Mit Schreiben vom 13.07.2011 beantragte der Bf. unter Hinweis auf § 495 a S. 2 ZPO die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und trug zur Sache vor. Durch Urteil vom 18.08.2011 wies das AG Hamburg-Wandsbek die Klage ohne mündliche Verhandlung ab. Die Klage sei mangels Feststellungsinteresses unzulässig und zudem unbegründet. Der Bf. erhob Anhörungs-rüge nach § 321 a ZPO und rügte die unterlassene Durchführung der von ihm beantragten mündlichen Verhandlung. In der mündlichen Verhandlung wäre er entsprechenden Hinweisen des Gerichts gefolgt und hätte die Klage auf die „Telekom Deutschland-GmbH“ als Bekl. zu 2 erstreckt und hilfsweise die Verweisung des Rechtsstreits an das AG Bonn beantragt. Mit Beschluss vom 08.09.2011 wies das AG Hamburg-Wandsbek die Anhörungs-rüge zurück. Der Bf. mache zwar zutreffend geltend, dass auf seinen Antrag hin nach § 495 a S. 2 ZPO mündlich hätte verhandelt werden müssen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei jedoch nicht in entscheidungserheblicher Weise verletzt worden, da das Vorbringen nichts dafür hergebe, dass das Gericht in einer mündlichen Verhandlung zu einer anderen Entscheidung hätte gelangen können. Hiergegen hat der Bf. fristgerecht Verfassungsbeschwerde erhoben und die Verlet-

zung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, dass in Art. 103 I GG garantiert sei, gerügt. Liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG vor?

I. Schutzbereich des Anspruchs auf rechtliches Gehör

„Der in Art. 103 I GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör steht in einem **funktionalen Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie und der Justizgewährungspflicht des Staates** (vgl. BVerfGE 81, 123 [129] = NJW 1990, 1104). Der „Mehrwert“ der Verbürgung besteht darin, einen angemessenen Ablauf des Verfahrens zu sichern (BVerfGE 119, 292 [296] = NZA 2008, 1201). Der **Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens** sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um **Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen** zu können (vgl. BVerfGE 84, 188 [190] = NJW 1991, 2823; BVerfGE 86, 133 [144 ff.] = NJW 1992, 2877). Die Garantie rechtlichen Gehörs verpflichtet die Gerichte, die **Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen** (vgl. BVerfGE 96, 205 [216] = NJW 1997, 2310; BVerfGK 10, 41 [45] = BeckRS 2007, 20017; st. Rspr.). Eng damit zusammen hängt das ebenfalls aus Art. 103 I GG folgende Verbot von „Überraschungsentscheidungen“. Von einer solchen ist auszugehen, wenn sich eine Entscheidung **ohne vorherigen richterlichen Hinweis** auf einen Gesichtspunkt stützt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter **nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte** (vgl. BVerfGE 84, 188 [190] = NJW 1991, 2823; BVerfGE 86, 133 [144 ff.] = NJW 1992, 2877; BVerfGE 98, 218 [263] = NJW 1998, 2515).“ (BVerfG aaO)

Die einfachrechtlichen Gewährleistungen des rechtlichen Gehörs in den Verfahrensordnungen können über das spezifisch verfassungsrechtlich gewährleistete Ausmaß an rechtlichem Gehör hinausreichen.

„Insoweit stellt eine **Verletzung einfachrechtlicher Bestimmungen nicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 103 I GG** dar, es sei denn, das Gericht hätte bei der Auslegung oder Anwendung der einfachrechtlichen Vorschriften die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf rechtliches Gehör verkannt. Danach bedarf es bei der Verletzung solcher Vorschriften im Einzelfall der Prüfung, ob dadurch **zugleich das unabdingbare Maß verfassungsrechtlich verbürgten rechtlichen Gehörs verkürzt** worden ist (BVerfGE 60, 305 [310] = NJW 1982, 1636; vgl. auch BVerfGE 54, 94 [97, 99]; BVerfGE 74, 228 [233 f.] = NJW 1987, 2067).“ (BVerfG aaO)

II. Anspruch auf mündliche Verhandlung

Die ZPO sieht grundsätzlich das Mündlichkeitsprinzip vor, lässt hiervon jedoch einige Abweichungen zu. So kann das Amtsgerichts in Verfahren, in denen der Streitwert weniger als 600,00 € beträgt, sein Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen. Wird allerdings ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt, hat eine solche auch stattzufinden.

Gegen diese Vorschrift des § 495a S. 2 ZPO wurde hier dadurch verstoßen, dass das erkennende Gericht trotz eines entsprechenden Antrags ohne mündliche Verhandlung entschieden hat. Fraglich ist, ob in diesem Verstoß gegen eine einfachgesetzliche verfahrensrechtliche Bestimmung zugleich auch ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör zu sehen ist.

1. Anspruch auf mündliche Verhandlung als Ausfluss des Art. 103 I GG

„Aus Art. 103 I GG folgt **nicht unmittelbar ein verfassungskräftiger Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung** (vgl. BVerfGE 5, 9 [11] = NJW 1956, 985). Es ist vielmehr Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, in welcher Weise das rechtliche Gehör gewährt werden soll (vgl. BVerfGE 9, 89 [95 f.] = NJW 1959, 427; BVerfGE 67, 208 [211]; BVerfGE 74, 1 [5] = NJW 1987, 1192; BVerfGE 89, 381 [391] = NJW 1994, 1053; BVerfGK 4, 83 [86] = NJW 2005, 659; zur Diskussion der Anforderungen, die im Hinblick auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung aus Art. 6 EMRK folgen, vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. [2011], Art. 6 Rn. 169 ff. m. w. Nachw.).“ (BVerfG aaO)

Hat der Gesetzgeber aber die Durchführung einer mündlichen Verhandlung angeordnet, so hat dieser diesbezüglich eine Entscheidung vorgenommen.

„Für den Fall, dass eine mündliche Verhandlung stattfindet, begründet aber der Anspruch auf rechtliches Gehör das Recht der Partei auf Äußerung in dieser Verhandlung (BVerfGE 42, 364 [370] = NJW 1977, 1443). Jedenfalls für den Fall, dass eine mündliche Verhandlung von Gesetzes wegen stattzufinden hat, einem Verfahrensbeteiligten aber **die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zur Äußerung in dieser Verhandlung dadurch versagt** wird, dass das **Gericht überraschend ohne mündliche Verhandlung entscheidet**, kann nichts anderes gelten (vgl. BFH, Urt. v. 05.11.1991 – VII R 64/90, BeckRS 1991, 22000035; so auch Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2. Aufl. [2008], Art. 103 Rn. 52). Eine derartige Anwendung der Verfahrensbestimmung, die die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vorschreibt, verkennt die Bedeutung oder Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör schon deshalb, weil in einem solchen Fall die **Verfahrensbeteiligten darauf vertrauen** durften, **ih von Art. 103 I GG geschütztes Äußerungsrecht noch in der mündlichen Verhandlung wahr-**

*nehmen zu können. Dieses prozessuale Vertrauen wird in grober Weise enttäuscht (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerfG[1. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 29.03.2007 – 2 BvR 547/07, BeckRS 2007, 23778), wenn das Gericht Verfahrensbeteiligten die gesetzlich vorgesehene **Möglichkeit der Äußerung in einer mündlichen Verhandlung unversehens dadurch abschneidet**, dass es seine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung trifft.“ (BVerfG aaO)*

2. Verletzung des in Art. 103 I GG verbürgten Anspruchs auf rechtliches Gehör

Stellt ein Verfahrensbeteiligter in einem Verfahren, in dem der Streitwert 600 Euro nicht übersteigt und das Gericht daher sein Verfahren gem. § 495 a S. 1 ZPO nach billigem Ermessen bestimmen kann, einen Antrag auf mündliche Verhandlung, muss diese durchgeführt werden (§ 495 a S. 2 ZPO).

*„Einen solchen Antrag hatte der Bf. hier gestellt. Das **Gericht** hat darauf **nicht reagiert**, sondern ohne Weiteres entschieden, ohne die gesetzlich vorgesehene mündliche Verhandlung durchzuführen. Mit dieser Verfahrensweise hat es das rechtlich **geschützte Vertrauen** des Bf., Tatsachen und Rechtsauffassungen noch im Rahmen einer mündlichen Verhandlung unterbreiten zu können, **in überraschender Weise enttäuscht** und die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf rechtliches Gehör verkannt.“ (BVerfG aaO)*

III. Beruhen der Entscheidung auf Gehörsverstoß

Ist ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör somit feststellbar, so muss die Entscheidung auf hierauf beruhen.

„Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das AG anders entschieden hätte, wenn es dem Antrag des Bf. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung Folge geleistet hätte. Dass der Bf. seine Klage erweitert und – gegebenenfalls nach einer beantragten Verweisung des Rechtsstreits – obsiegt hätte, erscheint zumindest denkbar.“ (BVerfG aaO)

ZPO
§ 256**Feststellungsinteresse für Feststellungsklage
widerspruchslose Zahlung vor Fälligkeit**
(BGH in NJW 2012, 2659; Urteil vom 06.06.2012 – VIII ZR 198/11)

ZPO

Der Schuldner einer Forderung kann ein Interesse an der Feststellung haben, dass er diese mangels Fälligkeit derzeit nicht erbringen muss. Dies setzt jedoch im Hinblick auf den Kondiktionsausschluss des § 813 II BGB voraus, dass er die geforderte Leistung noch nicht erfüllt hat.

A. Grundlagenwissen: Die Feststellungsklage, § 256 ZPO**I. Allgemeines**

Nach § 256 ZPO kann Klage auf

- Feststellung des **Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses**,
- auf **Anerkennung einer Urkunde** oder
- auf **Feststellung ihrer Unechtheit**

erhoben werden, wenn der Kläger ein **rechtliches Interesse** daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung **alsbald** festgestellt wird.

Die Feststellungsklage führt daher weder zu einem Leistungsbefehl (Leistungsklage) oder eine Gestaltung der Rechtslage (Gestaltungsklage), sondern zu einer verbindlichen Feststellung der bestehenden Rechtssituation. Insofern ist zu unterscheiden zwischen einer positiven und einer negativen Feststellungsklage. Mit der positiven Feststellungsklage soll ein Rechtsverhältnis oder die Echtheit einer Urkunde festgestellt werden, bei der negativen Feststellungsklage wird das Bestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Echtheit einer Urkunde geleugnet.

II. Zulässigkeit der Feststellungsklage**1. Prozess- und allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen**

Auch die Zulässigkeit der Feststellungsklage setzt das Vorliegen der Prozess- und der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen voraus. Soweit insofern im Rahmen der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen die Ordnungsgemäßheit der Klageschrift nach § 253 II Nr. 2 ZPO einen **bestimmten Klageantrag** voraussetzt, ist bei der Feststellungsklage besonders darauf zu achten, das **Rechtsverhältnis**, über das ein Ausspruch erfolgen soll **so genau zu bezeichnen**, dass über dessen **Identität** und damit über den Umfang der Rechtskraft des begehrten Feststellungsanspruchs **keinerlei Ungewissheit** herrschen kann. Ein Feststellungsantrag, der diesem Erfordernis nicht genügt, ist unzulässig (vgl. BGH NJW 2001, 445, 447).

2. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

Eine Feststellungsklage ist darüber hinaus nur zulässig, wenn ein berechtigtes Feststellungsinteresse daran besteht, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit bzw. Unechtheit einer Urkunde besteht oder nicht besteht.

a) Feststellungsinteresse**aa) Allgemeines**

Das als besondere Sachentscheidungs voraussetzung für eine Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse ist eine **besondere Ausprägung** der Prüfung des **Rechtsschutzbedürfnisses**. Vorliegen muss das Feststellungsinteresse **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** (vgl. Musielak-Foerste, § 256 ZPO, Rn. 7). Fehlt es, so kann die Feststellungsklage durch Prozessurteil als unzulässig zurückgewiesen werden. Ist die Feststellungsklage jedoch **unbegründet**, so kann das Gericht statt ein Prozessurteil zu erlassen die Klage **auch durch Sachurteil**

als unbegründet zurückweisen und damit eine weitere Klagemöglichkeit nehmen (vgl. BGH NJW 1987, 2808, 2809; BGH NJW-RR 2001, 957).

Da es bei der Feststellungsklage weder um den Ausspruch einer Leistungspflicht noch um die Gestaltung der Rechtslage geht, hat der Kläger nur dann ein schutzwürdiges Interesse daran, die Gerichte mit seinem Anliegen zu beschäftigen, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige **Gefahr der Unsicherheit droht** und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Unsicherheit droht der **Rechtsposition** insbesondere, wenn der **Beklagte sie verletzt** oder **ernstlich bestreitet** (BGH NJW 1977, 1881; BGH, NJW 1984, 1118; BGH NJW 1986, 2507). Ein Feststellungsinteresse besteht aber auch, wenn sich der Beklagte **eines Anspruchs** gegen den Kläger **berühmt** (vgl. BGH NJW 1984, 1754; BGH NJW 1995, 2032, 2033). Allerdings muss aus der Unsicherheit eine **gegenwärtige Gefahr** resultieren. Dies ist der Fall, wenn ohne die verbindliche Feststellung des Gerichts Verjährungsgefahr droht (vgl. BGH NJW 1991, 2707, 2708; OLG Hamm NJW-RR 1997, 1488, 1489 oder bei Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Eintritt eine zukünftigen Schadens aus einem bereits erfolgten Schadensereignis zumindest möglich erscheint (vgl. BGH NJW 1993, 648, 653; BGH NJW 1992, 1035; BGH NJW 2006, 830, 832).

bb) Subsidiarität

Konnte der Kläger statt der Feststellungsklage auch schon eine Leistungsklage erheben, so ist die Feststellungsklage gleichwohl **nicht grundsätzlich subsidiär** gegenüber einer möglichen Leistungsklage (vgl. BGH NJW 1984, 1118, 1119; BGH NJW 1996, 2725, 2726). Ein Feststellungsinteresse besteht jedoch nach h.M. jedenfalls dann nicht, wenn um ein Rechtsverhältnis gestritten wird und der Kläger auch sofort Leistungsklage erheben und damit einen vollstreckbaren Titel erlangen könnte, da er dann kein schutzwürdiges Interesse daran hat, die Gerichte mehrfach mit seiner Angelegenheit zu befassen (vgl. BGH NJW 1997, 870; BGH NJW 2003, 3274, 3275). Dies ist insbesondere relevant bei einer Feststellungsklage auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses auch dem schon aktuell Ansprüche hergeleitet werden können und sollen.

Trotz Möglichkeit einer Leistungsklage kann jedoch in bestimmten Fällen gleichwohl ausnahmsweise ein Feststellungsinteresse für eine Leistungsklage bestehen.

b) Anforderungen an das Rechtsverhältnis

Die Feststellungsklage ist weiterhin nur zulässig, wenn der Antrag sich auf die Feststellung eines **feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses** richtet. Im Rahmen der Zulässigkeit kommt es allerdings nur darauf an, ob das Bestehen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses **nachvollziehbar behauptet** wird. Ob ein solches tatsächlich und in der vom Kläger gewünschten Hinsicht besteht, ist dann erst eine Frage der Begründetheit.

aa) Rechtsverhältnis

Ein der Feststellungsklage zugängliches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn es um die **Rechte und Pflichten von Personen zueinander oder zu Sachen** geht, wobei es nicht immer um das gesamte Rechtsverhältnis gehen muss, sondern **auch einzelne Rechte und Pflichten** feststellungsfähig sind. Es muss allerdings immer um ein **konkretes Rechtsverhältnis** gehen. Abstrakte Rechtsfragen können mit der Feststellungsklage nicht geklärt werden (vgl. RGZ 148, 81, 100; BGH WM 2001, 378, 380; BAG NJW 1985, 220.) Dies gilt auch hinsichtlich einzelner Elemente eines Rechtsverhältnisses wie rechtliche Vorfragen oder reine Tatsachenfragen.

bb) Gegenwärtigkeit

Grundsätzlich muss es um ein **aktuell bestehendes** oder **nicht bestehendes** Rechtsverhältnis gehen. Aber auch **schon erloschene** Rechtsverhältnisse sind feststellungsfähig, wenn sie noch **Grundlage aktueller Ansprüche** sein können (vgl. BGH NJW 1958, 1293; BGH WM 1981, 1050; BAG NJW 1994, 1751). **Künftige Rechtsverhältnisse** hingegen sind **nicht feststellungsfähig**.

B. Feststellungsinteresse bei widerspruchsloser Zahlung auf nicht fällige Forderung (vgl. BGH in NJW 2012, 2659)

Fall: Die Kl. beziehen von der Bekl. seit 1995 leitungsgebunden Erdgas für ihren privaten Haushalt. Sie schlossen mit der Bekl. am 12.04.1995 einen vorformulierten „Allg. Sonderkunden-Vertrag für Erdgas“ mit einer Laufzeit von zunächst einem Jahr, die sich bei Ausbleiben einer Kündigung um jeweils ein weiteres Jahr verlängern sollte. Dabei wurde ein Arbeitspreis von 4,10 Pf/kWh (2,10 ct/kWh) zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Die auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckten „Bestimmungen über den Abschluss von Allg. Sonderkunden-Verträgen für die Versorgung mit Gas“ enthalten folgende vorformulierte Preisanzahlungsbestimmung:

4. Preisänderungsklausel

Die Stadtwerke P. behalten sich die jederzeitige Änderung der Preise unter Nr. 2 vor. Eine solche Änderung wird wirksam, sobald sie dem Kunden schriftlich mitgeteilt oder allgemein in der Zeitung, die als amtliches Bekanntmachungsblatt der Stadtverwaltung P. bestimmt ist, bekannt gegeben wurde.

Die Bekl. erhöhte die Preise im Verlauf der Vertragsbeziehung mehrfach. Die Kl. nahmen die Preisänderungen lange Zeit widerspruchslos hin und zahlten die ihnen von der Bekl. übersandten Endabrechnungen über den Gasverbrauch im jeweils vorangegangenen Abrechnungsjahr. Erstmals mit Schreiben vom 22. 2.2006 widersprachen sie – nach Erhalt der (die vorangegangene Abrechnungsperiode betreffenden) Gasrechnung vom 19.01.2006 – den vorgenommenen Preiserhöhungen. Mit ihrer Klage haben die Kl. die Feststellung der Unwirksamkeit und Unbilligkeit diverser – im Zeitraum vom 01.01.1997 bis einschließlich 01.10.2007 von der Bekl. vorgenommener – Preisbestimmungen begehrt. Daneben haben sie beantragt festzustellen, dass auch die von der Bekl. anlässlich der Abrechnung vom 18.02.2008 festgesetzten Abschlagszahlungen in Höhe von 216 Euro unwirksam und unbillig seien. Ferner haben die Kl. die Feststellung der Unwirksamkeit und Unbilligkeit der Endabrechnungen der Bekl. aus den Jahren 1998 bis 2008 verlangt. Werden sie hiermit Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist. Fraglich ist jedoch schon die Zulässigkeit der Feststellungsklage. Diese setzt neben einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis ein **Feststellungsinteresse** voraus.

I. Feststellungsinteresse bei Zahlung auf nicht fällige Forderung

*„Zwar kann der Schuldner einer Forderung ein Interesse an der Feststellung haben, dass er diese **mangels Fälligkeit derzeit nicht erfüllen** muss. Dies setzt jedoch voraus, dass er die geforderte Leistung noch nicht erbracht hat. Denn nur in einem solchen Fall kann er aus einem Erfolg der Feststellungsklage für sich günstige Rechtsfolgen, nämlich die Berechtigung, die Erfüllung der noch nicht fälligen Forderung zu verweigern, ableiten. Hat der Schuldner hingegen die **nicht fällige Forderung erfüllt**, kann er **gem. § 813 II BGB keine hierauf gestützte Rückerstattung verlangen** (vgl. Schwab, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 813 Rn. 15f.; Staudinger/Lorenz, BGB, Neubearb. 2007, § 813 Rn. 16; Erman/Buck-Heeb, BGB, 13. Aufl., § 813 Rn. 5; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 813 Rn. 7) und auch keine Zwischenzinsen geltend machen (Staudinger/Lorenz, § 813 Rn. 19; Palandt/Sprau, § 813 Rn. 7). Die Bestimmung des § 813 II BGB soll bei Zahlung einer bereits bestehenden, aber noch nicht fälligen Schuld ein sinnloses Hin- und Herbewegen der an sich geschuldeten Leistung vermeiden (Staudinger/Lorenz, § 813 Rn. 16; Erman/Buck-Heeb, § 813 Rn. 5; Palandt/Sprau, § 813 Rn. 1).“ (BGH aaO)*

Allerdings kann der Schuldner in diesen Fällen dann einen Bereicherungsanspruch haben, wenn die erfüllte **Verbindlichkeit** – unabhängig von ihrer mangelnden Fälligkeit – **materiell-rechtlich nicht bestand**.

*„Dies ist jedoch **keine Frage der Fälligkeit** und **begründet kein Feststellungsinteresse** für einen Klageantrag, der sich auf die Feststellung der fehlenden Fälligkeit einer bereits erfüllten Forderung beschränkt. Soweit sich aus der Entscheidung des Senats vom 09.02.2011 (NJW 2011, 1342 = WM 2011, 1860 Rn. 48) etwas anderes ergeben sollte, **hält der Senat hieran nicht fest**.“ (BGH aaO)*

II. Anwendung auf den Fall

„Gemessen an diesen Maßstäben ist den Kl. ein Feststellungsinteresse an der Klärung der Frage, ob die Endabrechnungen der Bekl. fällig sind, abzusprechen. Sie haben die in den genannten Endabrechnungen ausgewiesenen Forderungen der Bekl. widerspruchslos gezahlt.“ (BGH aaO)

StPO

Nebenklage

StPO

§§ 395 III, 396 II 2

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers

(BGH in NSTz 2012, 466; Beschluss vom 09.05.2012 – 5 StR 523/11)

Die **Revision des Nebenklägers** ist **zulässig**, wenn das LG seine **Rechtsmittelberechtigung gem. §§ 395 III, 396 II 2 StPO mit konstitutiver Wirkung festgestellt** hat. **Hieran ist das RevGer.** – anders als bei feststellenden Entscheidungen des Tatrichters über die Nebenklagebefugnis nach § 396 II 1 StPO – **gebunden**.

Fall: Das Landgericht hat den Angekl. vom Vorwurf der Untreue zum Nachteil des Nebenklägers freigesprochen. Die dem Angekl. zur Last gelegte Untreue betraf primär in der Schweiz angelegtes Wertpapierdepotvermögen in Millionenhöhe, das „den deutschen Steuerbehörden verheimlicht“ wurde. Ausweislich der Anschlussklärung des Nebenklägers ist er durch die Tat in einen „wirtschaftlichen Engpass“ geraten. Gegen den Freispruch wendet er sich mit seiner auf die Beanstandung formellen wie sachlichen Rechts gestützten Revision. Dabei hatte das LG die Nebenklage zuvor gem. § 396 II i.V.m. § 395 III StPO zugelassen.

Fraglich ist, ob die von Amts wegen durch das Revisionsgericht zu prüfende Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers gegeben ist.

- I. Anders als im Falle einer lediglich feststellenden Entscheidung über die Zulässigkeit der Anschlussklärung in den Fällen des § 396 II 1 StPO, die das Rechtsmittelgericht nicht bindet (BGHSt 41, 288), ist **die durch das Tatgericht nach § 395 III i.V.m. § 396 II 2 StPO festgestellte Nebenklageberechtigung konstitutiv** (Meyer-Goßner, StGB, 54. Aufl., § 396 Rn 14).

*„Der Nebenkl. ist Verletzter der von der StA angeklagten Untreuehandlung. Nach § 395 III StPO kann ausnahmsweise auch die Untreue gem. § 266 StGB zum Nebenklageanschluss berechtigen. Mit der **Neufassung des § 395 III StPO** durch das Zweite Opferrechtsreformgesetz vom 01.10.2009 (BGBl I 2280) wurde ein **Auffangtatbestand für die Nebenklagebefugnis** von Opfern mit besonders schwerwiegenden Tatfolgen geschaffen (vgl. BT-Dr 16/12098, S. 9, 30f.). Entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift sind nunmehr **alle rechtswidrigen Taten grds. anschlussfähig**. Auch den **Gesetzesmaterialien** ist zu entnehmen, dass besonderer Wert auf einen nicht abschließenden Regelungsbereich des § 395 III StPO gelegt worden ist (BT-Dr aaO, S. 30). Dieses Normverständnis liegt auch der – überwiegend kritischen – Rezeption im Schrifttum zugrunde (vgl. nur Hilger GA 2009, 657, 658; Weigend, FS Schöch, 2009, S. 947, 956; Safferling ZStW 2010, 87; Bung StV 2009, 430; Hermann ZIS 2010, 236).“ (BGH aaO)*

- II. Eine **Prüfung, ob das Tatgericht** den besonderen Grund als materielle Anschlussvoraussetzung i.S.d. §§ 395 III, § 396 II 2 StPO **rechtsfehlerfrei** angenommen hat, **ist dem RevGer. dagegen nicht eröffnet**. Mit der vom LG vorgenommenen Zulassungsentscheidung nach § 396 II 2 StPO ist vielmehr dessen Vorliegen für das RevGer. bindend festgestellt.

1. Der als **Korrektiv zur ansonsten uferlosen Weite der Norm** (vgl. BT-Dr 16/12098, S. 29) geschaffene materielle Anschlussgrund erfordert, dass besondere Gründe den Anschluss zur Wahrnehmung der Interessen des Verletzten gebieten. **Maßgeblich für die Zuerkennung der privilegierten Rechtsstellung** eines Nebenklägers ist die im Einzelfall zu prüfende **prozessuale Schutzbedürftigkeit des möglicherweise durch die Tat Verletzten**. Eine solche ist in aller Regel bei rechtswidrigen Taten nach §§ 242, 263 und 266 StGB ausgeschlossen.

- a) Durch die **Neuregelung des Rechts der Nebenklage** sollte – über die durch das Opferschutzgesetz vom 18.12.1986 (BGBl I 2496) generell erstrebte Verbesserung der Rechtsstellung sämtlicher möglicher Verletzter hinaus (BT-Dr 10/5305, S. 8) – **staatlichen Schutzpflichten für besonders schutzwürdige Verletzte** entsprochen werden (BT-Dr aaO, S. 11).

„Diese besondere Schutzbedürftigkeit antizipierte der Gesetzgeber bei den vom Katalog des § 395 I StPO erfassten Taten. Aber auch der damals eingeführte Abs. 3, ursprünglich auf die fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) beschränkt, trug diesem Regelungskonzept Rechnung. Anerkannt werden sollte eine Nebenklageberechtigung danach im Einzelfall etwa bei schweren Tatfolgen (BT-Dr aaO, S. 12). Daran hat auch der Gesetzgeber des 2. Opferrechtsreformgesetzes vom 29.07.2009 (BGBl I 2280) im Grundsatz festgehalten (vgl. BT-Dr 16/12098, S. 29ff.; systemfremd bleibt freilich § 395 I Nr. 6 StPO).“ (BGH aaO)

- b) **Anhaltspunkte für die notwendige besondere Schutzbedürftigkeit** können nach dem Willen des Gesetzgebers **schwere Folgen der Tat** darstellen, etwa **durch Aggressionsdelikte ausgelöste körperliche oder seelische Schäden** sowie **Traumata** oder **Schockzustände**, die bereits eingetreten oder zu erwarten sind. In Betracht zu ziehen ist ferner eine im Verfahren möglicherweise notwendige Abwehr von Schuldzuweisungen durch den Angekl. (vgl. BT-Dr 10/5305, S. 11; BT-Dr 16/12098, S. 12, 29; vgl. hierzu bereits Rieß, Gutachten C zum 55. DJT, 1984, Rn 120; Böttcher, FS Widmaier, 2008, S. 81, 82).

Allein das **wirtschaftliche Interesse eines möglichen Verletzten an der effektiven Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche** gegen den Angekl. ist zur Begründung besonderer Schutzbedürfnisse allerdings **unzureichend**.

„Hierfür stellt das Zivilprozessrecht hinreichende Möglichkeiten zur Verfügung (vgl. BVerfG NJW 1988, 405), welche durch die ohnehin bestehenden Möglichkeiten des Adhäsionsverfahrens (§§ 403ff. StPO) und die Verletztenbefugnisse nach §§ 406dff. StPO strafprozessual bereits erheblich zu Lasten des Angekl. erweitert werden. Der anderenfalls gerade in umfangreichen Betrugsverfahren mit zahlreichen möglichen Verletzten verursachte zeitliche und organisatorische Aufwand ist regelmäßig geeignet, vorrangigen Zielen des Strafverfahrens sowie dem Gebot zügiger Verfahrensführung zuwiderzulaufen (vgl. BGH wistra 2010, 272). Einer solchen ersichtlich nicht beabsichtigten Wesensänderung der Nebenklage hat der Gesetzgeber gerade durch das beibehaltene materielle Anschlussverfahren entgegen gewirkt (a. A. Herrmann ZIS 2010, 236).“ (BGH aaO)

- c) Die Entscheidung des LG nach § 395 III StPO wird ersichtlich diesem rechtlichen Maßstab nicht gerecht.

„Die dem Angekl. zur Last gelegte Untreue betraf in besonderem Maße in der Schweiz angelegtes Wertpapierdepotvermögen in Millionenhöhe, das der Nebenkläger „den deutschen Steuerbehörden verheimlichte“. Ausweislich seiner Anschlussklärung ist er durch die Tat in einen „wirtschaftlichen Engpass“ geraten. Damit ist kein besonderer Grund dargetan. Denkbar wäre allenfalls eine zu besonderer Schutzbedürftigkeit führende gravierende Beweisnot, die durch einen Auslandsbezug begründet sein kann und eine nur von den Strafgerichten herbeizuführende Rechtshilfe erforderlich macht. Hierauf hat das LG seine Zulässigkeitsentscheidung aber nicht gestützt.“ (BGH aaO)

2. Gleichwohl **bindet der Beschluss des LG** nach § 396 II 2 i.V.m. § 395 III StPO **das RevGer. und begründet** so die **notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung für das Revisionsverfahren**.

„Dies folgt zunächst aus der Systematik des Regelungsregimes der Nebenklage, weil nach § 396 II 2 Hs 2 StPO die Entscheidung über den materiellen Anschlussgrund (§ 395 III StPO) unanfechtbar ist. Einer revisionsgerichtlichen Nachprüfung ist sie daher entzogen (§ 336 S. 2 StPO).

Gleiches gilt für eine rügeunabhängige Überprüfung, etwa im Wege der von Amts wegen gebotenen Nachprüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Revision: Der Gesetzgeber hat eine eigene Bewertung der besonderen Gründe durch das RevGer. und damit eine nachträgliche oder rückwirkende Änderung der wertenden Entscheidung des mit der Sache zuvor befassten Gerichts bewusst ausschließen wollen (vgl. BT-Dr 10/5305, S. 13). Anderenfalls wäre – gerade mit Blick auf die maßgeblich vom Gesetzgeber erstrebte verbesserte Rechtsstellung des Verletzten (BT-Dr aaO, S. 3) – eine Regelung über die Folgen in der Rechtsmittelinstanz aberkannter besonderer Gründe zu erwarten gewesen. Daher streitet auch der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes für die gesetzliche Konzeption einer Unabänderbarkeit der Entscheidung.“ (BGH aaO)

VwGO § 113 I 4 Fortsetzungsfeststellungsklage bei Wiederholungsgefahr VwGO § 113 I 4 Anforderungen an das besondere Feststellungsinteresse

(OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, 594; Beschluss vom 13.06.2012 – 7 LA 77/10)

1. Eine **Fortsetzungsfeststellungsklage** kann **bei begründeter Wiederholungsgefahr** auch **nach Erledigung eines Ablehnungsbescheids** erhoben werden. Das kann auch dann gelten, wenn der Bescheid kurz vor seiner Erledigung noch mit einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage hätte angegriffen werden können.
2. Bei „**Konkurrentenverdrängungsklagen**“ in Marktsachen ist bei erschöpfter Standplatzfläche regelmäßig neben einer Verpflichtungsklage auch Anfechtungsklage gegen die Zulassung des erfolgreichen Mitbewerbers zu erheben. Dem abgelehnten Mitbewerber ist es aber **nicht verwehrt, isoliert eine Neubescheidung anzustreben**, wenn bereits damit seinem Rechtsschutzziel genügt wird.

A. Grundlagenwissen: Die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage kommt im Zusammenhang mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in Betracht, wenn der angefochtene oder begehrte Verwaltungsakt sich erledigt hat und daher nach § 43 II VwVfG keine Wirkungen mehr entfaltet, so dass weder die nachträglich Aufhebung noch der nachträglich Erlass des Verwaltungsaktes wegen des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses in Betracht kommen. Das Klagebegehren richtet dann im Wege einer Klageänderung, die nach § 91 I VwGO als stets sachdienlich möglich ist, auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes oder seiner Ablehnung.

I. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Klagegegenstand muss ein Verwaltungsakt sein. Nach dessen Erledigung sind folgende Konstellationen denkbar.

1. Erledigung einer Anfechtungsklage nach Klageerhebung

In § 113 I 4 VwGO ist der Fall geregelt, dass die Erledigung **während einer schon anhängigen Anfechtungsklage** eintritt.

2. Erledigung in Anfechtungssituation vor Klageerhebung

Tritt in der Anfechtungssituation das erledigende Ereignis **vor Klageerhebung** ein, wird § 113 I 4 VwGO **analog** angewendet.

3. Erledigung einer Verpflichtungsklage nach Klageerhebung

Begehrt der Kläger den **Erllass eines begünstigenden Verwaltungsaktes** und erledigt sich dieses Begehren während des Klageverfahrens, ist eine Fortsetzungsfeststellungsklage **analog § 113 I 4 VwGO** möglich.

4. Erledigung einer Verpflichtungsklage vor Klageerhebung

Erledigt sich das Begehren auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes vor der Erhebung der Klage, so wird § 113 I 4 VwGO im Wege der **Doppelanalogie** angewendet.

II. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen der ursprünglich einschlägigen Klageart**1. bei Erledigung nach Klageerhebung**

Die erhobene Klage (Anfechtungs-/Verpflichtungsklage) muss bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig gewesen sein. Es müssen also die **besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen** dieser Klagen vorgelegen haben.

2. bei Erledigung vor Klageerhebung

Ein Vorverfahren ist entbehrlich, soweit die Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist eingetreten ist, da dann der Sinn und Zweck der Selbstkontrolle nicht mehr erreicht werden kann.

Eine solche Feststellungsbefugnis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes kommt nur dem Gericht zu. Auf die Einhaltung der ursprünglichen Klagefrist kommt es nicht an. Die Prüfung der Klagebefugnis entfällt ebenfalls. Es ist allein das besondere Feststellungsinteresse zu prüfen.

III. Klagefrist

Fraglich ist, ob für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist läuft. Eine m.M. geht davon aus, dass für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist von 1 Jahr läuft und will dies daraus herleiten, dass bezüglich der Möglichkeit einer solchen Klage eine Rechtsbehelfsbelehrung stets fehlt und daher § 58 II VwGO eingreift. Die h.M. lehnt diesen Ansatz ab. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist bezüglich der Fortsetzungsfeststellungsklage nicht denkbar. Darüber hinaus verlängert § 58 II VwGO lediglich eine sonst vorgesehene Frist. Eine solche läuft aber für die Fortsetzungsfeststellungsklage grundsätzlich nicht, so dass auch die Verlängerungsvorschrift des § 58 II VwGO keine Relevanz haben kann. Im Übrigen besteht auch, da ohnehin Erledigung eingetreten ist, auch kein Bedürfnis nach einer zeitlichen Begrenzung. Solange ein besonderes Feststellungsinteresse besteht, kann auch die Fortsetzungsfeststellungsklage erhoben werden

IV. Das besondere Feststellungsinteresse

1. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist dann anzunehmen, wenn

- **konkrete Anhaltspunkte** dafür vorliegen, dass ein
- **gleichartiger VA** in
- **absehbarer Zeit** wieder gegen den Kläger ergehen wird.

Hat sich ein VA erledigt, so sind seine rechtlichen Wirkungen entfallen und es besteht grundsätzlich kein Interesse mehr an gerichtlicher Klärung. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn zu erwarten ist, dass der Kläger bald wieder mit einem entsprechenden VA überzogen wird. Hier besteht zur **Verhinderung einer Wiederholung** ein schützenswertes Interesse an der Feststellung, dass der erledigte VA rechtswidrig war

2. Rehabilitationsinteresse

Ein Rehabilitationsinteresse ist gegeben, wenn der erledigte VA weiterhin **objektiv diskriminierende Wirkungen** entfaltet.

Entfaltet der erledigte VA unabhängig von seinen Rechtswirkungen objektiv **diskriminierende Wirkungen**, so hat der Kläger ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA zur Wiederherstellung seiner Reputation. Insofern reicht jedoch das ideelle Interesse an der bloßen Feststellung, dass die Behörde im Unrecht war, nicht aus. Auch ist es unzureichend, wenn der Kläger sich nur subjektiv diskriminiert fühlt, ohne dass von dem VA objektiv diskriminierende Wirkungen ausgehen. Es kommt also auf eine feststellbare Betroffenheit der **Menschenwürde** oder des **Persönlichkeitsrechts** an

3. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist grundsätzlich auch dann gegeben, wenn der Kläger wegen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns einen Schadensersatzprozess vor dem ordentlichen Gericht anstrengen will.

In diesem Fall besteht ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das VG, weil eine solche Entscheidung gegenüber dem ordentlichen Gericht, vor dem die Amtshaftungsklage zu erheben wäre, bindend wäre und der Verwaltungsgericht dem Kläger als das sachnähere Gericht erscheint.

Es reicht jedoch nicht aus, wenn der Kläger im Verwaltungsprozess lediglich behauptet, er wolle im Anschluss eine Amtshaftungsklage erheben. Vielmehr ist erforderlich, dass der Amtshaftungsprozess entweder schon **anhängig** oder aber **mit**

Sicherheit zu erwarten ist. Darüber hinaus darf die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs **nicht von vornherein aussichtslos** erscheinen.

Darüber hinaus sieht die neuere Rechtsprechung ein Rechtsschutzinteresse nur dann, wenn der Kläger ohne die Möglichkeit der FFS-Klage um die Früchte des Prozesses gebracht würde. Diese Fallgruppe scheidet daher letztlich immer schon dann aus, wenn überhaupt noch keine Klage vor dem VG erhoben wurde, also ein Fall der Erledigung vor Klageerhebung vorliegt. Aber selbst die Klageerhebung trägt noch nicht automatisch Früchte, es muss bereits etwas im Prozess erreicht worden sein.

4. Grundrechtseingriff

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG gebietet es, die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn die direkte Belastung durch einen angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann, so dass eine **Rechtsschutzlücke** entstehen würde (vgl. BVerfGE 81, 138 [140f.]; BVerfGE 96, 27 [40]; BVerfG NJW 2002, 2456; st. Rspr.). Dies gilt selbst dann, wenn eine summarische Überprüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgt ist, da Art. 19 IV GG einen Anspruch auf Rechtsschutz in der Hauptsache gewährt (vgl. BVerfG NJW 2004, 2510 [2511]).

B. Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage wegen Wiederholungsgefahr (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, 594)

Fall Der Kl. hatte bei der Beklagten die Zulassung zu einem von dieser veranstalteten Herbstmarkt vom 07. Bis 11.11.2009 für seinen Autoskooter beantragt. Mit Bescheid vom 14.08.2009 lehnte die Bekl. dies mit der Begründung ab, es seien keine Plätze mehr vorhanden. Hiergegen hat der Kl. am 20.08.2009 Klage erhoben und die Begründung angegriffen. Daraufhin hat die Bekl. am 03.11.2009 einen weiteren Ablehnungsbescheid erlassen und diesmal zur Begründung angeführt, der Autoskooter des Kl. könne mangels ausreichender Attraktivität nicht zugelassen werden. Stattdessen wurde dem Beigel. Der Zuschlag erteilt. Diesen Bescheid hat der Kl. mit Schriftsatz vom 11.11.2009 in seine Klage mit einbezogen. Der Kl. die Feststellung, dass die Bescheide rechtswidrig waren. Ist die Klage zulässig?

Die Klage ist zulässig, wenn die Voraussetzungen für eine Fortsetzungsfeststellungsklage vorliegen.

I. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung einer Verpflichtungsklage vor Klageerhebung

Grundsätzlich ist die Fortsetzungsfeststellungsklage im Wege der Doppelanalogie zu § 113 I 4 VwGO auch statthaft, wenn sich ein Verpflichtungsbegehren vor Klageerhebung erledigt. Hier war das auf den Bescheid vom 03.11.2009 bezogene Verpflichtungsbegehren mit dem Ende des Marktes am 11.11.2009 erledigt, also an dem Tag, an dem der Kl. diesen Bescheid in das schon anhängige Klageverfahren mit einbezogen hat. Allerdings datiert dieser Bescheid schon vom 03.11.2009, so dass er grundsätzlich die Möglichkeit gehabt hätte, auch noch vor Eintritt der Erledigung gegen diesen Bescheid Klage zu erheben.

*„Abgesehen davon, dass der Kl. seine **Verpflichtungsklage bereits vor Ablauf des Marktes erhoben** hatte und es sich bei dem genannten Bescheid um einen den ursprünglichen Bescheid ersetzenden Zweitbescheid handelte, den der Kl. mit Schriftsatz vom 11. 11.2009 in das bereits anhängige Verfahren einbezogen hat (GABI S. 160), ist anerkannt, dass ein Kl. analog § 113 I 4 VwGO **unmittelbar einen Fortsetzungsfeststellungsantrag stellen kann, wenn sich der Verwaltungsakt bereits erledigt hat** (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 113 Rn. 109; Gerhard, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 Rn. 97; vgl. etwa: BVerwGE 87, 23 [25] = NJW 1991, 581) oder, dem gleichstehend, **seinem Interesse mit einem Aufhebungs- oder Verpflichtungsbegehren (kurz) vorher** – etwa, wie hier, wegen bei selbst im Erfolgsfall erkennbar zu kurzer Ausführungsfrist – **nicht mehr gedient gewesen wäre**. Das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist allerdings bei Erledigung schon vor Klageerhebung im Hinblick auf eine sofort mögliche Anrufung des ordentlichen Gerichts wegen beabsichtigter Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs anders zu beurteilen als bei nachträglicher Erledigung (BVerwG, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 150). Diese Fallkonstellation war hier aber nicht gegeben. Das **Feststellungsinteresse** des Kl. lag in einer **zu erwartenden erneuten Ablehnung bei künftigen Märkten**.“* (OVG Lüneburg aaO)

II. Fehlen des Feststellungsinteresses wegen Fehlen einer ursprünglichen Anfechtungsklage gegen die Genehmigungserteilung an den Konkurrenten

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage ist aber zudem, dass die ursprünglich erhobene Klage zulässig war. Fraglich ist daher, ob es zunächst ausreichend war, eine Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Zulassung zum Herbstmarkt zu erheben, ohne die dem Beigl. erteilte Genehmigung zugleich anzufechten. Möglicher Weise hätte der Kl. zusätzlich im Rahmen einer sog. Konkurrentenverdrängungsklage eine entsprechende Anfechtungsklage erheben müssen.

*„[Es] ist dem Beschluss des Senats vom 17.11.2009 keineswegs zu entnehmen, dass in Streitigkeiten der vorliegenden Art stets auch Anfechtungsklage erhoben werden muss. Zwar dürfte dies **bei erschöpfter Standplatzfläche regelmäßig erforderlich** sein, um die dem begünstigten Konkurrenten erteilte Zulassung für eine erneute Auswahlentscheidung wieder verfügbar zu machen. Das wird häufig in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zum Tragen kommen, in denen die Umsetzung einer etwa erlassenen einstweiligen Anordnung zu Gunsten des übergangenen Bewerbers sonst tatsächlich und rechtlich nicht rechtzeitig möglich wäre.*

*Es ist dem abgelehnten Bewerber aber **nicht schlechthin verwehrt**, zulässigerweise eine **bloße „Neubescheidungsklage“** zu erheben, wenn bereits damit seinem Rechtsschutzinteresse genügt wird. Das ist etwa dann der Fall, wenn über die Klage **geraume Zeit vor Marktbeginn** entschieden wird und der Kl. darauf vertrauen kann, dass es bei Stattgabe zu einer **rechtzeitigen Rücknahme einer Standplatzvergabe von Amts wegen** kommen wird (OVG Lüneburg, BeckRS 2009, 41672 = NVwZ-RR 2010, 208 L; Beschl. v. 17.08.2011 – 7 PA 98/10). Gleichfalls ist denkbar, dass es dem Kl. zunächst allein um eine **sachgerechte Neubewertung seines Bewerbungsgesuchs** geht, ohne dass er damit rechnet, auch tatsächlich beim aktuell bevorstehenden Markt noch zum Zuge zu kommen, etwa weil er längerfristig disponieren muss und selbst bei einer Entscheidung zu seinem Gunsten vor Beginn des Marktes anderweitige Dispositionen nicht mehr rückgängig machen kann oder will.*

*Die **prozessuale Ausgestaltung** ist mithin von der jeweiligen Situation sowie **vom jeweiligen Rechtsschutzziel eines Kl. abhängig** und entzieht sich damit einer grundsätzlichen, also fallübergreifenden, Bedeutung. Jedenfalls legt die Bekl. auf der vorstehend dargestellten Grundlage eine derartige Bedeutung nicht dar. Eine ursprüngliche **„isolierte“ Bescheidungsklage ist nicht generell unzulässig.**“ (OVG Lüneburg aaO)*

III. Ergebnis

Es besteht ein besonderes Feststellungsinteresse, da der Kl. befürchten muss, auch zukünftig unter Berufung auf die angeblich mangelnde Attraktivität seines Fahrgeschäftes von derartigen Märkten der Bekl. ausgeschlossen zu werden, so dass die erforderliche Wiederholungsgefahr gegeben ist.

(OVG Münster in NVwZ 2012, 1054; Beschluss vom 08.06.2012 – 11 B 694/12)

1. Die **sachliche Rechtfertigung** für den (vorbehaltenen) Widerruf einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis ist **ausschließlich an straßenrechtlichen Maßstäben** zu messen. Die zuständige Behörde hat bei der nach § 49 II 1 Nr. 1 NWVwVfG i. V. mit § 18 II 1 NWStrWG zu treffenden Ermessensentscheidung die für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis maßgeblichen Kriterien anzuwenden. Bei der danach gebotenen, dem Zweck des § 18 I NWStrWG entsprechenden straßenbezogenen Betrachtungsweise sind die **primär verkehrlichen**, aber auch **sonstigen in einem sachlichen Zusammenhang zu der Straße stehenden Ordnungsgesichtspunkte** mit den Interessen des Sondernutzers abzuwägen.
2. Die **gleichen Grundsätze** zur ausschließlichen Maßgeblichkeit straßenrechtlicher Gesichtspunkte gelten, wenn die Straßenbaubehörde den Widerruf einer zuvor erteilten Sondernutzungserlaubnis darauf stützt, dass sie gem. § 49 II 1 Nr. 3 NWVwVfG **auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Sondernutzungserlaubnis nicht zu erteilen, und ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre.**
3. Die **Straßenbaubehörde** ist bei ihrer Ermessensentscheidung grundsätzlich **nicht zur Beachtung aller anderen öffentlichen Belange berufen**, die nur mittelbar im Zusammenhang mit der Straße stehen, d. h. insbesondere nicht zur Berücksichtigung allgemeiner ordnungsbehördlicher Gesichtspunkte.

A. Grundlagenwissen: Widerruf eines Verwaltungsaktes nach § 49 VwVfG**I. Widerruf eines belastenden Verwaltungsaktes, § 49 I VwVfG**

Der Widerruf eines belastenden Verwaltungsaktes steht nach § 49 I VwVfG im Ermessen der Behörde. Er kann aber nicht erfolgen, wenn

1. gesetzliche Vorschriften entgegenstehen
2. rechtlich sofort der Erlass eines entsprechenden neuen VA erforderlich wäre (daher: Widerruf belastender VA faktisch nur bei Ermessensentscheidungen und Beurteilungsspielraum möglich)
3. Unzulässigkeit aus sonstigen Gründen
 - Verstoß gegen Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung
 - Verstoß gegen Gleichheitsgebot
 - Verstoß gegen Gewohnheitsrecht
 - Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze

II. Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Zukunft, § 49 II VwVfG**1. Widerrufsvorbehalt, § 49 II Nr. 2 VwVfG**

- a) durch Gesetz
- b) Nebenbestimmung zum VA (§ 36 II Nr. 3 VwVfG)

2. Nichterfüllung einer Auflage, § 49 II Nr. 2 VwVfG

Der VA wurde mit einer Auflage nach § 36 II Nr. 4 VwVfG als Nebenbestimmung versehen.

3. Änderung der Sach- und Rechtslage, § 49 II Nr. 3 / Nr. 4 VwVfG

Ein VA mit entsprechendem Inhalt würde nicht mehr erlassen, wegen

- a) Änderung der Sachlage: Widerruf wenn anderenfalls Gefährdung des öffentlichen Interesses
- b) Änderung der Rechtslage: wie a) und noch kein Gebrauchmachen von der Begünstigung

4. vordringliches öffentliches Interesse, § 49 II Nr. 5 VwVfG

- a) Betroffenheit eines wichtigen Gemeinschaftsgutes (ähnlich wie bei Art. 12 GG)
- b) öffentl. Interesse am Widerruf muss eindeutig und offensichtlich überwiegen

Beachte: Korrektiv für außergewöhnliche Fälle, in denen die anderen Widerrufsgründe nicht eingreifen.

III. Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes mit Wirkung auch für die Vergangenheit, § 49 III VwVfG

Besteht die Begünstigung in einer zweckgebundenen Sach- oder Geldleistung, so ist ein Widerruf zulässig auch mit Wirkung für die Vergangenheit, wenn

- a) die Leistung nicht zweckentsprechend verwendet wird
- b) eine Auflage (§ 36 II Nr. 4 VwVfG) nicht erfüllt wird.

B. Anforderungen an die Widerrufsgründe bei Widerrufsvorbehalt (OVG Münster in NVwZ 2012, 1054)

Fall: Die Ag. hatte der Ast. eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis zum Betrieb eines Informationsstandes an fünf unterschiedlichen Tagen unter Widerrufsvorbehalt erteilt, der dem kostenlosen Verteilen deutschsprachiger Koranausgaben dient. Nachdem es anlässlich einer Kundgebung der Partei „Pro NRW“ am 05.05.2012 zu Gewalttätigkeiten gekommen war, weil die rund 30 Mitglieder bzw. Anhänger von „Pro NRW“ insbesondere Mohammed-Karikaturen gezeigt hatten und daraufhin aus den Reihen der auf rund 500 Personen geschätzten Gegendemonstranten, von denen etwa 200 den Salafisten zugerechnet wurden, Angriffe auf die zum Schutz der Versammlung von „Pro NRW“ eingesetzten Polizeikräfte erfolgten, widerrief die Ag. unter Berufung auf diese Ereignisse mit Anordnung der sofortigen Vollziehung die Sondernutzungserlaubnis für den letzten noch ausstehenden Termin. Zu Recht?

Ein Widerruf der Sondernutzungserlaubnis könnte nach § 49 II Nr. 1 VwVfG erfolgen, wenn die Erlaubnis wirksam mit einem Widerrufsvorbehalt nach § 36 II Nr. 4 VwVfG versehen war. Fraglich ist allerdings, ob ein solcher Widerrufsvorbehalt den Widerruf ohne weiteres rechtmäßig erscheinen lässt oder ob hierfür weitere Voraussetzungen vorliegen müssen.

I. Vorliegen eines Widerrufsgrundes

Es ist davon auszugehen, dass der Widerrufsvorbehalt in der straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis wirksam erfolgt ist, so dass auch nach § 49 II Nr. 1 VwVfG ein Widerrufsgrund vorliegt und damit der Widerrufstatbestand erfüllt ist.

II. Ordnungsgemäße Ermessensausübung

Aber auch bei einem im widerrufenen Bescheid vorbehaltenen Widerruf muss die Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen getroffen werden.

1. berücksichtigungsfähige rechtliche Aspekte

Die **sachliche Rechtfertigung** für den (vorbehaltenen) Widerruf einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis ist **an straßenrechtlichen Maßstäben** zu messen.

*„Die zuständige Behörde, d. h. die Straßenbaubehörde, hat bei der nach § 49 II 1 Nr. 1 NWVwVfG i. V. mit § 18 II 1 NWStrWG zu treffenden Ermessensentscheidung über die **Ausübung eines vorbehaltenen Widerrufs** die für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis maßgeblichen Kriterien anzuwenden. Bei der danach gebotenen, dem Zweck des § 18 I NWStrWG entsprechenden straßenbezogenen Betrachtungsweise sind die **primär verkehrlichen**, aber auch sonstigen **in einem sachlichen Zusammenhang zu der Straße stehenden Ordnungsgesichtspunkte** mit den Interessen des Sondernutzers abzuwägen. Das Ergebnis dieser Abwägung der wechselseitigen Belange hängt dabei ausschlaggebend von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls und hierbei insbesondere von dem Maß der Beeinträchtigung der gegenläufigen Rechte und Interessen ab (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 17. 2. 2005 – 11 A 3391/04, nicht veröff., und OVG Münster, Beschl. v. 17. 8. 2010 – 11 A 899/09, nicht veröff.).“* (OVG Münster aaO)

Fraglich ist jedoch, ob die Behörde bei Ihrer Ermessenentscheidung auch andere als straßen- und verkehrsrechtliche Aspekte in ihre Abwägung einstellen darf.

*„Die Straßenbaubehörde ist bei ihrer Ermessensentscheidung aber grundsätzlich **nicht zur Beachtung aller anderen öffentlichen Belange berufen**, die nur mittelbar im Zusammenhang mit der Straße stehen, d. h. insbesondere nicht zur Berücksichtigung allgemeiner ordnungsbehördlicher Gesichtspunkte. Wenn **mit der Sondernutzung evident die Begehung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verbunden** wäre, könnte von der Straßenbehörde allenfalls dem Gesichtspunkt Rechnung getragen werden, dass in einem solchen Fall das Interesse des Sondernutzers rechtlich nicht schutzwürdig wäre. Insoweit würde nämlich – wie in anderen Rechtsbereichen auch – der allgemeine Rechtsgedanke gelten, dass **kein schützenswertes Interesse an der Ausübung einer Erlaubnis gegeben ist, wenn deren legaler Ausübung zwingende Hindernisse aus einem anderen Rechtsgebiet entgegenstehen**. Im Übrigen kann die Straßenbehörde aus Kompetenzgründen, wenn die Sondernutzungserlaubnis zu einem gesetzwidrigen Verhalten missbraucht werden sollte, nur die zuständige Ordnungs- bzw. Polizeibehörde informieren und diese um entsprechende Maßnahmen bitten (vgl. etwa OVG Münster, NWVBl 2007, 64 [65] = BeckRS 2006, 24874 m. w.N.).*

*Die **gleichen Grundsätze** zur ausschließlichen Maßgeblichkeit straßenrechtlicher Gesichtspunkte gelten, wenn die Straßenbaubehörde den Widerruf einer zuvor erteilten Sondernutzungserlaubnis darauf stützt, dass sie gem. § 49 II 1 Nr. 3 NWVwVfG **auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Sondernutzungserlaubnis nicht zu erteilen, und ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre.**“ (OVG Münster aaO)*

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob, gemessen an diesen Maßstäben, sachgerechte Gründe für einen ermessensgerechten Widerruf der Sondernutzungserlaubnis ersichtlich sind

*„Soweit die Ag. anlässlich des Betriebs des Informationsstandes zur kostenlosen **Verteilung von deutschsprachigen Koran-exemplaren**, der Gegenstand der erteilten Sondernutzungserlaubnis ist, ganz allgemein „gewalttätige Auseinandersetzungen“ befürchtet, würde es sich bei den von ihr erwarteten Geschehnissen unabhängig von der Begründetheit entsprechender Befürchtungen um **Sachverhalte** handeln, die keinen straßenrechtlichen, sondern einen **ordnungsrechtlichen Bezug** haben.*

*Aber auch die von der Ag. hergestellte Verbindung zum Straßenrecht mit der Erwägung, es könne zu „einer **gefährlichen Beeinträchtigung der Straßenbenutzung** bzw. der Verkehrssicherheit“ kommen, wird nicht in der erforderlichen Weise begründet.*

*Die **Bezugnahme auf die gewalttätigen Ausschreitungen** am 05.05.2012 ist hierfür von vornherein ungeeignet, weil die **Ausgangssituationen schon nicht vergleichbar** sind. Bei der Kundgebung der Partei „Pro NRW“ am 05.05.2012 kam es zu Gewalttätigkeiten, weil die rund 30 Mitglieder bzw. Anhänger von „Pro NRW“ insbesondere Mohammed-Karikaturen gezeigt hatten. Daraufhin kam es aus den Reihen der auf rund 500 Personen geschätzten Gegendemonstranten, von denen etwa 200 den Salafisten zugerechnet wurden, zu Angriffen auf die zum Schutz der Versammlung von „Pro NRW“ eingesetzten Polizeikräfte.*

*Bei dem hier in Rede stehenden Informationsstand zur **Verteilung des Koran** handelt es sich **weder um eine (Groß-)Demonstration noch ist** – anders als bei „Pro NRW“ und deren islamfeindlichen Verlautbarungen – **mit der Koranverteilung von vornherein eine bewusste Provokation verbunden**. Es mag zwar zutreffen, dass die Ast. und möglicherweise weitere sich mit ihr an dem Informationsstand aufhaltende Personen auf Grund der Berichterstattung in den Medien über die bundesweit stattfindenden Aktionen zur kostenlosen Koranverteilung ebenfalls den Salafisten zugerechnet werden. Auf der anderen Seite finden diese **Aktionen schon seit geraumer Zeit bundesweit** statt. Valide Belege dafür, dass es hierbei andernorts oder in Bonn schon einmal zu gewalttätigen Auseinandersetzungen gekommen ist, hat die Ast. nicht benannt. Entsprechendes ist dem Senat auch nicht über allgemein zugängliche Medien bekannt geworden. Soweit die Ag. eine Nähe zu den Ereignissen am 05.05.2012 sieht und „eine ‚Abkühlung‘ der Gefahrenlage“ verneint, ergeht sie sich in **Spekulationen, ohne konkrete Anhaltspunkte für die von ihr befürchteten Eskalationen** aufzeigen zu können.“ (OVG Münster aaO)*

Die Ag. hat daher ihre Ermessenentscheidung aufgrund von Erwägungen getroffen, die für eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis sachfremd waren. Sie hätte diese Aspekte nicht in ihre Abwägung einstellen dürfen.

III. Ergebnis

Der Widerruf der Sondernutzungserlaubnis ist somit ermessensfehlerhaft erfolgt und damit rechtswidrig. Der Widerruf hätte nicht erfolgen dürfen.

Kurzauslese II

Sie können sich darauf beschränken, die nachfolgenden Seiten zu überfliegen. Was Ihnen davon bemerkenswert und „merkwürdig“ erscheint, können Sie durch Randstriche oder auf andere Weise hervorheben, um eine Markierung für Repetitionen zu haben.

GVG
§ 17a III 2

Aufrechnung im Zivilprozess Arbeitsrechtliche Forderung

GVG

(LG Saarbrücken in MDR 2012, 669; Beschluss vom 28.10.2011 – 13 S 85/11)

Handelt es sich bei der **in einem Zivilprozess zur Aufrechnung gestellten Forderung**, die weder rechts- oder bestandskräftig festgestellt oder unstreitig ist, um einen **Anspruch aus einem Arbeitsverhältnis**, der nach § 2 I Nr. 3 a ArbGG in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fällt (vgl. statt aller: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, ArbGG, 7. Aufl., § 2 Rn 56), ist eine **Entscheidung hierüber den ordentlichen Gerichten versagt** (§ 13 GVG).

- I. Nach der **Rspr. des BGH vor der 1991 in Kraft getretenen Neufassung der §§ 17 ff GVG und des § 48 ArbGG** war das Zivilgericht, bei dem Klage über die Hauptforderung erhoben war, gleichzeitig zur Entscheidung über die Aufrechnung mit einer in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fallenden streitigen Gegenforderung berufen, weil man die Arbeitsgerichte als besondere Zivilgerichte ansah und Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit als einen einzigen Gerichtszweig behandelte. Die Abgrenzung zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Arbeitsgerichtsbarkeit erfolgte danach unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit (vgl. BGHZ 24, 176; BGHZ 26, 304).
- II. **Ob diese Grundsätze nach der Neufassung** des § 17 GVG und des § 48 ArbGG auch **herangezogen werden können**, wenn im Zivilprozess die Aufrechnung mit einer in die Entscheidungszuständigkeit der Arbeitsgerichte fallenden streitigen Forderung erklärt wird, wird **nicht einheitlich beantwortet**.

Der **BGH** hat hierzu bislang nicht abschließend Stellung genommen (offen gelassen in BGH NJW-RR 2005, 1138). In Übereinstimmung mit der Rspr. des **BAG** geht LG Saarbrücken aaO davon aus, dass eine Sonderbehandlung arbeitsrechtlicher Forderungen nach der Novellierung nicht mehr zulässig ist.

1. Von einem **nicht unerheblichen Teil der Lit.** wird an einer Entscheidungskompetenz des Zivilgerichts für zur Aufrechnung gestellte streitige arbeitsrechtliche Forderungen festgehalten. Teilweise wird dies aus der Regelung in § 17 II Satz 1 GVG hergeleitet, wonach das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten entscheidet.

Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs; vgl. Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., § 145 Rn 31; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, Einleitung Rn. 57; Jauernig/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 387 Rn 23; Kissel/Mayer, GVG, 6. Aufl., § 13 Rn 75 f.; Vollkommer, Festschrift für Kissel, 1994, S. 1183, 1201; Kissel NZA 1995, 345; Gaa NJW 1997, 3343; Schwab ZJP 122 (2009), S. 243

2. Ein **anderer Teil der Lit.** will die Entscheidungsbefugnis des Gerichts auf eine Analogie zu § 17 II 1 GVG stützen (vgl. Drygala NZA 1992, 294); wieder andere leiten eine entsprechende Entscheidungsbefugnis aus der Sachnähe zwischen Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit ab

vgl. LAG München MDR 1998, 783; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearbeitung 2006, Vorbem. zu §§ 387 ff Rn 41; Soergel/Schreiber, BGB, 13. Aufl., vor § 387 Rn 4; jurPK-BGB/Rüßmann, 5. Aufl., § 388 BGB Rn 32; Mayerhofer NJW 1992, 1602; eingehend Lüke aaO, S. 731 ff.).

3. Das **BAG** und die **überwiegende Gegenmeinung** gehen indes davon aus, dass der Gesetzgeber die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten als Frage des Rechtsweges ausgestaltet hat, so dass eine Entscheidung des Zivilgerichts über eine zur Aufrechnung gestellte Forderung, die in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte falle, nur bei rechtskräftigen oder unbestrittenen Forderungen möglich ist.

vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 145 Rn 35 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., § 103 Rn 29; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 145 Rn 19; Wiczorek/Schütze/Smid, ZPO, 3. Aufl., § 145 Rn 32; Bamberger/Roth/Dennhardt, BGB, 2. Aufl., § 388 Rn 13; Musielak JuS 1994, 817; Windel ZJP 111 (1998), S. 3, 31; ebenso im Ergebnis MüKo-ZPO/Wagner, 3. Aufl., § 145 Rn 34

- III. **LG Saarbrücken aaO** schließt sich der vorstehend geschilderten Auffassung an.

„Nach der Neuregelung der §§ 17 ff GVG und des § 48 ArbGG handelt es sich bei der **Arbeitsgerichtsbarkeit** jetzt auch im Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit um einen **eigenständigen Rechtsweg** (vgl. BGHZ 183, 49; BAG AP Nr. 7 zu § 48 ArbGG 1979; Stein/Jonas/Leipold aaO, § 145 Rn 36; Erfurter Kommentar/Koch, 11. Aufl., § 48 ArbGG Rn 1, jew. m. w. Nachw.). Das Verhältnis zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Arbeitsgerichtsbarkeit folgt damit denselben rechtlichen Rechtswegbestimmungen wie die Beziehungen zwischen allen anderen Gerichtsbarkeiten zueinander. Aus § 17 II 1 GVG lässt sich eine Befugnis des Gerichts für eine Entscheidung über die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung nicht begründen.

Und auch das Argument der Sachnähe zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Arbeitsgerichtsbarkeit vermag nicht zu überzeugen: Fraglich ist bereits, ob gerade im Hinblick auf die **Verselbstständigung des Arbeitsrechts** eine solche Sachnähe im Gegensatz etwa zur Verwaltungsggerichtsbarkeit noch angenommen werden kann (vgl. Stein/Jonas/Leipold aaO, § 145 Rn 36; Wiczorek/Schütze/Smid aaO, § 145 Rn 32). Darüber hinaus bestünde die Gefahr, dass die Entscheidung über eine Forderung

dem gesetzlich vorgeschriebenen Rechtsweg allein durch Parteihandeln entzogen werden könnte (vgl. Zöller/Greger aaO, § 145 Rn 19 a; Rosenberg/Schwab/Gottwald aaO, § 103 Rn 29); der **Rechtswegmanipulation** soll aber durch § 17 II GVG kein Vorschub geleistet werden. Die Annahme einer Entscheidungsbefugnis in Fällen wie dem vorliegenden würde auch die **Gefahr einer Rechtswegzersplitterung** in sich tragen, wenn die Gegenforderung die Hauptforderung übersteigt und deshalb nur in diesem Umfang an der Rechtskraft des Urteils teilhat (vgl. Rupp NJW 1992, 3274). I. Ü. dient die Rechtswegaufteilung dem Zweck, bei der Rechtsfindung die größere Sachnähe und Fachkompetenz der mit den einschlägigen Verfahrensordnungen vertrauten **Fachgerichtsbarkeit** zu nutzen (vgl. auch BFHE 198, 55). Diesem Zweck liefe es zuwider, wenn die Rechtswegaufteilung durch Aufrechnung unterlaufen werden könnte.“ (LG Saarbrücken aaO)

ZPO
§§ 522 I, 523 I, 526 I

Rechtsmittelverwerfung durch Einzelrichter

ZPO

(BGH in ZAP 2012, 786 = NJW-RR 2012, 702; Urteil vom 04.04.2012 – II ZR 75/11)

Wird der **Rechtsstreit vom Berufungsgericht auf den Einzelrichter übertragen**, so ist dieser nach Übertragung der Sache auf ihn **für die Entscheidung des Rechtsstreits insgesamt und damit auch für die Verwerfung der Berufung durch Endurteil zuständig**.

„Bereits der **Wortlaut des § 522 I und des § 523 I 1 ZPO** belegt, dass die **Verwerfung einer Berufung durch Urteil nicht durch die Kammer als Kollegium erfolgen muss**. Die **Zuständigkeit des BerGer. insgesamt** ist nach § 522 I 1 ZPO **nur für die Verwerfung im Beschlusswege zwingend vorgesehen**, die gem. § 523 I 1 ZPO der Entscheidung, ob eine Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter erfolgt, vorhergeht. Wird nicht so verfahren und der Rechtsstreit auf den **Einzelrichter** übertragen, so **tritt dieser nach § 526 I ZPO vollständig an die Stelle des Kollegiums** (Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 527 Rn 5). Er ist nach Übertragung der Sache auf ihn **für die Entscheidung des Rechtsstreits insgesamt und damit auch für die Verwerfung der Berufung durch Endurteil zuständig** (vgl. KG BeckRS 2009, 14690; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, 3. Aufl., § 522 Rn 14; Wöstmann, Handkomm-ZPO, 4. Aufl., § 522 Rn 5; Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 3. Aufl., § 522 Rn 27; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl., § 522 Rn 4; a. A. wohl Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl., § 522 Rn 2).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 543 II

Revisionszulassung Instanzenzug

ZPO

(BGH in FamRZ 2012, 1293; Beschluss vom 13.06.2012 – XII ZR 77/10)

Auch **durch die Zulassung der Revision** wird ein - **gesetzlich nicht vorgesehener** - Instanzenzug **nicht eröffnet**.

„Zwar hat das Landgericht die Revision zugelassen. An die Zulassung ist der Senat indes nicht gebunden, weil gegen die Entscheidung des Landgerichts eine Revision nicht statthaft ist. Die **Bindungswirkung der Rechtsmittelzulassung** nach § 543 II 2 ZPO **umfasst nur die in § 543 II 1 ZPO genannten Zulassungsvoraussetzungen**; die Zulassung des Rechtsmittels kann dagegen nicht dazu führen, dass ein **gesetzlich nicht vorgesehener Instanzenzug eröffnet wird** (BGH NJW 2003, 70).“ (BGH aaO)

FamFG
§ 64 II 4

Beschwerdeschrift Formwirksamkeit bei eingescannter Unterschrift

FamFG

(OLG Celle in NJW 2012, 2365; Beschluss vom 01.06.2012 – 10 UF 281/11)

Die nach § 64 II 2 und 4 FamFG erforderliche **Form der Beschwerdeschrift** ist **nicht gewahrt**, wenn die **Unterschrift des Bf. bzw. seines Bevollmächtigten lediglich eingescannt** worden ist.

„Zwar wird auch eine **bloß eingescannte Unterschrift für die Rechtsmitteleinlegung für ausreichend erachtet**, doch **gilt selbst dies lediglich im Falle einer Übermittlung durch Computerfax, nicht hingegen etwa für ein Telefax**, bei dem, anders als beim Computerfax, auf Seiten des Absenders ein körperliches und im Original unterzeichnetes Schriftstück vorhanden ist, welches durch Fernkopie an den Empfänger übermittelt wird. Dieser erhält so lediglich eine Kopie des beim Absender verbleibenden Originals, die nicht der Schriftform genügt (BT-Dr 14/4987, S. 12; Lützen NJW 2012, 1627). Für das Computerfax wird dies aus **zwingenden technischen Gründen**, weil ein körperliches Schriftstück gerade nicht existiert, ausnahmsweise hingenommen.

Ob dem zu folgen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Denn die Voraussetzungen eines derartigen Ausnahmefalls liegen hier nicht vor, da die Beschwerde auf dem Postwege übersandt wurde und daher ohne Weiteres ein im Original unterzeichnetes Schriftstück hätte übermittelt werden können. Durch das Erfordernis der **eigenhändigen Unterschrift einer verantwortlichen Person** erfüllt die Schriftform die Funktionen der **Identifikation und Verifikation** (vgl. Lützen NJW 2012, 1627). So wird sichergestellt, dass die Einlegung des Rechtsmittels im konkreten Einzelfall tatsächlich von dem Willen der verantwortlichen Person(en) gedeckt und die Verantwortung hierfür von dieser oder diesen übernommen wird (BGH NJW-RR 2009, 1009; BGH NJW 2005, 2709 = MDR 2005, 1427; Keidel/Sternal, § 64 Rn 29; Prütting/Helms/Abramenko, § 64 Rn 11). Vorliegend ist jedoch nicht nachzuvollziehen, ob es sich bei den unterzeichneten Personen um die zeichnungsberechtigten Verantwortlichen handelt und diese die **Verwendung ihrer Unterschriften auch gerade in diesem Einzelfall autorisiert** haben. Trotz diesbezüglichen Hinweises hat sich die Bf. hierzu auch nicht weiter erklärt, sondern lediglich mitgeteilt, die „Unzulässigkeit der Beschwerde ... ansonsten zur Kenntnis genommen“ zu haben.“ (OLG Celle aaO)

StPO
§ 255a II

Vorführung eines Vernehmungsvideos Anordnung des Vorsitzenden

StPO

(BGH in StV 2012, 451; Beschluss vom 26.08.2011 – 1 StR 327/11)

Für die **Vorführung eines Vernehmungsvideos nach § 255 a II StPO** ist ein förmlicher Gerichtsbeschluss nicht erforderlich; es **genügt die Anordnung durch den Vorsitzenden**.

- I. Eine **ausdrückliche Regelung**, in den Fällen des § 255 a II StPO die Vorführung von Bild-Ton-Aufnahmen von der Anordnung durch Gerichtsbeschluss abhängig zu machen, **enthält die StPO nicht**; vielmehr fehlt es in § 255 a II StPO im Unterschied zu § 255 a I StPO gerade an einer Verweisung auf die Vorschrift des § 251 IV StPO, die für die Verlesung von Vernehmungsniederschriften eine Anordnung durch Gerichtsbeschluss verlangt.

*„Für ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers bestehen keine Anhaltspunkte. Es verbleibt deshalb bei dem **allgemeinen Grundsatz, dass Anordnungen zur Beweiserhebung grds. der Vorsitzende im Rahmen seiner Verhandlungsleitung nach § 238 I StPO trifft, sofern das Gesetz nicht ausnahmsweise dem Gericht die Entscheidung auferlegt, was bei § 255 a II StPO nicht der Fall ist** (zutr. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 255 a Rn 17; so auch Graf/Berg, StPO, § 255 a Rn 14; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 255 a Rn 11; Schlothauer StV 1999, 47; a. A. Diemer, KK-StPO, 6. Aufl., § 255 a Rn 14; offengelassen in BGHSt 49, 72 = NJW 2004, 1605 = NSTZ 2004, 390).“ (BGH aaO)*

- II. Die Frage, ob sich die Annahme, der Gesetzgeber habe in den Fällen des § 255 a II StPO bewusst auf einen Gerichtsbeschluss verzichten wollen, anhand der Gesetzesmaterialien belegen lässt, ist angesichts des **Gesetzeswortlauts**, der weder selbst einen Gerichtsbeschluss verlangt noch eine Verweisung auf § 251 IV StPO enthält, ohne Bedeutung, da sich den Gesetzesmaterialien umgekehrt auch nicht entnehmen lässt, dass der Gesetzgeber bei Einführung der Vorschrift des § 255 a II StPO das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses normieren wollte (BGH aaO).

- III. Eine **analoge Anwendung des § 251 IV StPO** auf Fälle des § 255 a II 1 StPO aus rechtssystematischen Gründen **ist nicht geboten**.

*„Sie folgt auch nicht aus den **Prozessmaximen des deutschen Strafprozesses**. Zwar ersetzt die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255 a II StPO ebenso wie die Verlesung einer Vernehmungsniederschrift nach § 251 StPO die persönliche Vernehmung. Durch die Regelung des § 255 a II StPO sollte aber gerade den **Zeugen bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung**, insbes. wenn es sich um kindliche Zeugen handelt, im Regelfall die **nochmalige persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung erspart werden** (vgl. BT-Dr 13/4983, S. 4, 8; BGHSt 49, 68 = NJW 2004, 1468 = NSTZ 2004, 348 m. w. Nachw.). Diese Zwecksetzung stellt einen **ausreichenden Rechtfertigungsgrund für die unterschiedlichen Formerfordernisse an die Anordnung der Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in den Fällen des § 255 a I und II StPO** dar (a. A. Diemer, KK-StPO, § 255 a Rn 14). Der Umstand, dass § 255 a II StPO auch für Zeugen gilt, die keine Opferzeugen sind, ändert daran nichts.“ (BGH aaO)*

- IV. Durch die vom Vorsitzenden angeordnete Vorführung der aufgezeichneten Zeugenvernehmungen ist auch das **„Konfrontationsrecht“ nach Art. 6 III lit. d EMRK**, wonach eine angeklagte Person das Recht hat, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, **nicht verletzt** worden.

„Denn § 255 a II 1 StPO erlaubt die Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ausdrücklich nur dann, wenn der Angekl. und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an dieser mitzuwirken. Dies war hier der Fall. Sie hätten zudem – etwa im Hinblick auf das zum Zeitpunkt der ermittlungsrichterlichen Vernehmungen noch nicht vorliegende aussagepsychologische Gutachten über die kindliche Zeugin A – gem. § 255 a II 2 StPO eine ergänzende Vernehmung der Zeugen beantragen können, um Fragen zu stellen, die bisher noch nicht gestellt werden konnten (vgl. OLG Karlsruhe StraFo 2010, 71). Die Revision hat nicht behauptet, dass solche Anträge gestellt worden seien. Dass die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO) eine solche ergänzende Zeugenvernehmung geboten hätte (vgl. dazu BGHSt 49, 68 = NJW 2004, 1468 = NSTZ 2004, 348 m. w. Nachw.), behauptet die Revision ebenfalls nicht.“ (BGH aaO)

StPO § 261	Beweiswürdigung	StPO
	Unzulässigkeit der „Mitschrift“ durch einen dem Spruchkörper nicht angehörenden Richter (BGH in NSTZ 2012, 404; Beschluss vom 23.11.2011 – 2 StR 112/11)	

Es erscheint unter dem Blickwinkel eines möglichen Verstoßes gegen § 261 StPO **nicht unbedenklich**, wenn die Strafkammer in der Hauptverhandlung einen zwar der Kammer, **nicht aber dem erkennenden Spruchkörper angehörenden Richter zur „Entlastung“ des Berichterstatters „mitschreiben“** lässt.

*„Anders als **Ton- und Filmaufnahmen**, die als **Gedächtnisstütze des Gerichts grds. zulässig** sind (vgl. Meyer-Goßner, 54. Aufl., § 169 GVG Rn 11), sind Auswahl und Inhalt der **Mitschrift** von Vorgängen in der Hauptverhandlung **von den subjektiven Wahrnehmungen und Bewertungen des betreffenden Richters geprägt**. Es handelt sich dabei um einen **höchstpersönlichen Akt**, der den „Inbegriff der Verhandlung“ aufbereitet und konkretisiert und die Grundlage für die Beratung und Urteilsfassung bildet. In dieser Funktion obliegt die Anfertigung von Mitschriften gem. § 261 StPO allein den Mitgliedern des erkennenden Gerichts und **kann nicht auf Dritte delegiert werden**.“ (BGH aaO)*

StPO § 267 I 3	Urkunden	StPO
	Aufzeichnungen über Geschwindigkeitsmessung (OLG Hamm in ZAP 2012, 845; Beschluss vom 20.03.2012 – II-3 RBs 441/11)	

Schriftl. Aufzeichnungen über Geschwindigkeitsmessungen sind Urkunden.

*„Eine **Abbildung ist eine unmittelbar durch Gesichts- oder Tastsinn wahrnehmbare Wiedergabe der Außenwelt** (OLG Hamm NSTZ-RR 2009, 151); hierzu zählen insbes. Fotos - auch Radarfotos - und Abzüge von anderen Bildträgern (OLG Hamm aaO). **Schriftliche Aufzeichnungen** über das Ergebnis einer Geschwindigkeitsmessung (Datum, Uhrzeit, gemessene Geschwindigkeit) **sind keine Abbildungen** - und zwar auch dann nicht, wenn diese Aufzeichnungen auf einem Radarfoto eingeblendet sind -, **sondern Urkunden**.“ (OLG Hamm aaO)*

VwGO
§ 94

Verfahrensaussetzung
wegen Anhängigkeit eines anderen Verfahrens vor dem BVerwG
(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 622; Beschluss vom 21.03.2012 – 6 S 2325/11)

VwGO

Ein **Verfahren kann** in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO **ausgesetzt werden, wenn** die für das aussetzende Gericht **entscheidungserhebliche unionsrechtliche Fragen Gegenstand eines Revisionsverfahrens vor dem BVerwG ist.**

„Denn insoweit gilt im Hinblick auf den **Justizgewährleistungsanspruch** der Betroffenen, denen die unverzügliche Entscheidung im ausgesetzten Verfahren versagt wird, für ein Normenkontroll- oder Verfassungsbeschwerdeverfahren sowie für ein Vorabentscheidungsersuchen nichts Anderes als für ein solches vor dem BVerwG anhängiges Revisionsverfahren. Die unterschiedliche Wirkung der zu erwartenden Entscheidungen vermag gerade auch unter Berücksichtigung **verfahrensökonomischer Gesichtspunkte** eine unterschiedliche Behandlung bei der Frage, ob ein Verfahren auszusetzen ist, nicht zu rechtfertigen (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 94 Rn 25; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 94 Rn 4a; a. A. etwa: OVG Münster BeckRS 2009, 32823. m. w. Nachw.). Zwar entfaltet die Entscheidung des BVerwG keine formale Allgemeinverbindlichkeit, doch kommt ihr **faktische Rechtsprechungsge-wissheit** zu.“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 114 S. 2

Nachträgliche Ermessenserwägungen
Zulässigkeit
(OVG Münster in NVwZ-RR 2012, 621; Urteil vom 22.03.2012 –18 A 2388/10)

VwGO

§ 114 S. 2 VwGO **schließt es aus**, die bereits **bei Erlass einer Ausweisungsverfügung gebotene Ermessensent-scheidung erstmals im Laufe des gerichtlichen Verfahrens zu treffen.**

„Bei Klagen gegen aufenthaltsbeendende Maßnahmen [ist] in dem Fall, dass die Behörde verkannt hat, dass es einer Ermessensent-scheidung bedurfte, die **erstmalige Ermessensausübung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren** nach § 114 Satz 2 VwGO **aus prozessualen Gründen unzulässig**. Denn die Einschränkung des § 114 S. 2 VwGO auf eine Ergänzung von Ermessenserwägungen soll die Heilbarkeit von Ermessensverwaltungsakten, die bereits bei Erlass wegen Ausfalls jeglichen Ermessens grob defizitär sind, verhindern und dadurch die Behörde zu einer sorgfältigen Ermessensausübung anhalten. Dieser Aspekt behält trotz der **Verla-gerung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts** auf denjenigen der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts weiterhin Gültigkeit.

Etwas anderes ergibt sich vorliegend auch nicht daraus, dass ein nach materiellem Recht zulässiges und erforderliches Ergänzen von Ermessenserwägungen nicht an prozessualen Hindernissen scheitern darf. War nämlich bereits bei Erlass der streitgegenständlichen Verfügung Ermessen auszuüben und hätte die Behörde diesem Erfordernis genügt, so könnte sie im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren ihre ursprünglich getroffene Entscheidung auch weiterhin unter Kontrolle halten und gem. § 114 S. 2 VwGO ihre jeweiligen Ermessenserwägungen ergänzen.“ (OVG Münster aaO)

VwGO
§ 127

Anschlussberufung
Statthaftigkeit im gerichtlichen Asylgerichtsverfahren
(BVerwG in NVwZ 2012, 1045; Urteil vom 01.03.2012 – 10 C 5/11)

VwGO

Eine **Anschlussberufung ist auch im gerichtlichen Asylverfahren zulassungsfrei statthaft** und nicht an den Rahmen der zugelassenen Berufung gebunden.

„Mit der **Neuordnung des Rechts der Anschlussberufung** (§ 127 VwGO) durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess – RmBereinVpG – vom 20. 12.2001 (BGBl I, 3987) ist die Anschlussberufung ohne Zulassung statthaft und nicht mehr an den Rahmen der zugelassenen Berufung gebunden (so noch – zu § 127 VwGO a. F. – BVerwG NVwZ-RR 1997, 253). Sie **muss auch nicht denselben Streitgegenstand betreffen wie die Hauptberufung** (BVerwGE 125, 44 = NVwZ 2006, 838). Ein sachlicher Zusammenhang zwischen den gegenläufigen prozessualen Ansprüchen (s. a. BVerwGE 116, 169 = NVwZ 2002, 1250 = NJW 2002, 3647 jew. m. w. Nachw.) liegt hier zwischen dem vom Kl. mit seiner Berufung verfolgten Begehren auf Flüchtlingsschutz und der Anschlussberufung der Bekl., die sich gegen die Gewährung von Abschiebungsschutz richtet, schon mit Blick darauf vor, dass die Entscheidung über ein Flüchtlingsschutzbegehren mit der Feststellung zu verbinden ist, ob die Voraussetzungen des § 60 II bis V oder VII AufenthG vorliegen (§ 31 III 1 AsylVfG).

§ 127 IV VwGO gilt auch für das gerichtliche Asylverfahren. § 78 III bis V oder § 79 AsylVfG enthalten für das Verfahren nach zugelassener Berufung keine Regelungen, welche die Anwendung des § 127 VwGO ausschließen. Auch **Sinn und Zweck des Zulassungserfordernisses** nach § 78 II AsylVfG rechtfertigen es nicht, für das Verfahren nach zugelassener Berufung eine zulassungsfreie, nicht auf denselben Streitgegenstand beschränkte Anschlussberufung auszuschließen.“ (BVerwG aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Redeker:** Die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Grundstückskauf (NJW 2012, 2471)

Zur **Beschaffenheit eines Kaufgegenstands** gehören alle seine **tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Beziehungen zu seiner Umwelt**; ob der Umstand ohne Weiteres dem Kaufgegenstand anhaftet, also in irgendeiner Weise verkörpert ist, spielt keine Rolle; alle Umweltbeziehungen des Kaufgegenstands können somit zum **Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I BGB** gemacht werden. - Eine **Haftung für fahrlässige Falschinformationen** über nicht verkörperte Umweltbeziehungen des Kaufgegenstands **aus culpa in contrahendo scheidet aus**. - Hat der Verkäufer eines Unternehmens Kennzahlen vergangener Wirtschaftsjahre im Vorfeld des Vertragsschlusses falsch angegeben, richtet sich seine Haftung daher ausschließlich nach dem Gewährleistungsrecht und ist in der Regel auf zwei Jahre begrenzt.

2. **Heyers:** Manipulation von Internet-Auktionen durch Bietroboter (NJW 2012, 2548)

Verbraucher werden sich von **Verträgen auf Grund durch Shill-Bidding manipulierter Internetauktionen** regelmäßig durch **Anfechtung nach § 123 I BGB** lösen können; per se nichtig sind die Verträge dagegen nicht. - Widerrufsrechte erscheinen dagegen aus ökonomischer Sicht wenig sachgerecht. - **Schadensersatzansprüche** sind lediglich auf **Vertragsauflösung gerichtet**, bieten aber **keine rechtliche Grundlage, eine Anpassung des Vertrags zu verlangen**, weil sich auch mit ökonomischen Mitteln nicht bestimmen lässt, welcher Preis sich ohne die Manipulation der Auktion durch Bietroboter gebildet hätte.

3. **Peters:** Die Verjährung in Fällen unbekannter Anschrift des Schuldners (NJW 2012, 2556)

Nach **§ 199 I Nr. 2 BGB** hängt der **Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist** nicht zuletzt davon ab, dass der **Gläubiger von der Person des Schuldners Kenntnis erlangt** (oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste). - Die Verjährung darf zu laufen beginnen, wenn der Gläubiger die Möglichkeit hat, diesen Lauf namentlich durch die Maßnahmen des § 204 I BGB aufzuhalten; wenn der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger den Kenntnisstand des § 199 I Nr. 2 BGB hat, ist das der Fall; nunmehr hat es sich der Gläubiger selbst zuzuschreiben, wenn er seine Forderung nicht realisiert oder jedenfalls in die langfristige Verjährung des § 197 I Nr. 3 oder Nr. 4 BGB überleitet. - Wenn zur Kenntnis von der Person des Schuldners insbes. die Kenntnis seiner Anschrift gehört – ohne eine solche Kenntnis stoßen die Maßnahmen des § 204 I BGB auf Schwierigkeiten –, kann schon sein schlichter Umzug zu einem Verlust der Kenntnis von seinem Aufenthaltsort führen; was die Unkenntnis des Gläubigers von der Anschrift seines Schuldners betrifft, **gilt** die mit dem Gläubiger nachsichtige **Bestimmung des § 199 I Nr. 2 BGB nur für die anfängliche**, bei der Begründung seines Anspruchs **bestehende Unkenntnis**, und auch das nur bei Ansprüchen, die seit dem 01.01.2002 begründet worden sind; kommt es nachträglich zur Unkenntnis des Gläubigers, tritt das Regime des § 206 BGB an die Stelle des Regimes des § 199 I Nr. 2 BGB; dies bedeutet, dass der Gläubiger bei einer solchen **nachträglichen Unkenntnis** gehalten ist, **innerhalb der Frist der §§ 195 I, 199 BGB alle** nur erdenklichen **Anstrengungen zu unternehmen**, die **aktuelle Anschrift seines Schuldners in Erfahrung zu bringen**, will er der Verjährung seines Anspruchs vorbeugen; erweisen diese sich als fruchtlos, muss er nach § 185 Nr. 1 ZPO die Bewilligung der **öffentlichen Zustellung der nach § 204 I BGB ergriffenen Maßnahme** zur Hemmung der Verjährung beantragen.

4. **Niebling:** Aktuelle Entwicklungen im AGB-Recht (MDR 2012, 886)
5. **Hauck:** Der Schutz von Minderjährigen bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechte und Rechtsgüter (NJW 2012, 2398)

Will sich ein Minderjähriger ein Tattoo anbringen lassen, so **bedarf es zum Abschluss des betreffenden Werkvertrags der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters**; nur so kann der Normzweck der §§ 107 ff. BGB effektiv gewährleistet werden; denn der Vertragsschluss ist auf eine Leistung gerichtet, die unmittelbar in einem **Eingriff in die körperliche Integrität des Minderjährigen** besteht. - Zudem wird durch dieses Erfordernis die **Rechtssicherheit für den Vertragspartner erhöht**; ein wirksamer Vertragsschluss ist insbes. nicht über die Anwendung von § 110 BGB möglich, es sei denn, im Einzelfall ist kein entsprechender immanenter Vorbehalt erkennbar. - Die mit Einwilligung des Minderjährigen, aber ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommene Tätowierung erfüllt den Tatbestand der **gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 StGB**; wegen der damit verbundenen Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechte und Rechtsgüter des Minderjährigen (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht) sowie dem Erziehungsvorrang der Eltern **kommt es insoweit nicht allein auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen an**. - Sollte ein wirksamer Werkvertrag geschlossen werden, ist **bei mangelhafter Werkerstellung die Nachbesserung gem. § 275 I BGB rechtlich unmöglich**, wenn die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu diesem Eingriff fehlt; jedenfalls ist die **Nachbesserung unzumutbar** für den Minderjährigen; auf Grund eines rechtswidrigen Eingriffs kann der Minderjährige Ansprüche zum Ersatz des materiellen sowie immateriellen Schadens geltend machen.

6. **Petig:** Arzthaftung – Die Bedeutung des Aufklärungsformulars im Prozess (MDR 2012, 877)

Der seitens des Patienten bzw. eines Rechtsnachfolgers in Anspruch genommene **Arzt hat darzulegen und zu beweisen, dass er den Patienten** insbes. über die Risiken einer Behandlung **hinreichend aufgeklärt hat**; dabei kommt es auf eine **mündliche Aufklärung** an, ein **Aufklärungsformular genügt** als solches **nur ganz ausnahmsweise**. - Soweit das Aufklärungsformular eine Erklärung des Patienten enthält, mit der er über eine gesonderte Bestätigung des Empfangs hinaus angibt, er sei über die vorstehenden Umstände aufgeklärt worden, verstößt das unterschriebene Aufklärungsformular gegen **§ 309 Nr. 12b BGB**; dementsprechend kann dem Aufklärungsformular als Urkunde auch nicht zu Lasten des Patienten eine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit im Sinne der Durchführung der gebotenen Aufklärung zukommen. - Umgekehrt gilt dies allerdings wegen der **Dokumentationsfunktion** des Formulars nicht uneingeschränkt: Mag man auch eine in die Gegenrichtung weisende Vermutung nicht befürworten, erweckt ein **unvollständiges oder unrichtiges Aufklärungsformular** doch jedenfalls **gravierende Zweifel an der gebotenen Aufklärung**, die wegen der den Arzt treffenden Beweislast zu seinen Lasten gehen; dem Arzt obliegen in einem solchen Fall eine substantiierte Darlegung der vom Formular abweichenden, mündlichen Aufklärung und der Nachweis derselben; dabei ist entweder schon auf der Ebene der **freien Beweiswürdigung** auch nach den Gründen für die unvollständige Dokumentation zu fragen; zuvor muss der Patient allerdings stets dartun und beweisen, über welche im Formular nicht erwähnten Umstände er hätte aufgeklärt werden müssen. - Ein **nicht unterzeichnetes und nicht ausgefülltes Formular** in der Patientenakte **erweckt ebenfalls Zweifel an der Durchführung des gebotenen Aufklärungsgesprächs**. - Im Rahmen der Beweiswürdigkeit hinsichtlich der Frage nach einem Gespräch über die aufklärungsbedürftigen Umstände liegt in dem Formular nur eines von mehreren möglichen Indizien; je mehr Ergänzung das Formular seitens des aufklärenden Arztes unter Bezug auf die Umstände des konkreten Falles erfahren hat, desto größeres Gewicht kommt ihm zu; u. U. kann das sogar so weit gehen, dass das ergänzte Formular als Indiz ausreicht; dies wird allerdings nur selten der Fall sein, i. d. R. werden vielmehr weitere Angaben des aufklärenden Arztes als Partei oder Zeuge erforderlich sein; dabei kann es ausreichen, wenn der Arzt glaubhaft eine mit dem Inhalt des (ergänzten) Formulars übereinstimmende **übliche Vorgehensweise bei Aufklärungen** in seiner Praxis oder Klinik schildert. - Strengere Anforderungen dürfen mit der Rspr. des BGH ebenso wenig in Einklang zu bringen sein wie eine Überzeugungsbildung allein auf der Grundlage eines gar nicht oder nur marginal ergänzten Aufklärungsformulars. - Über diese rechtliche Bedeutung als Dokumentation der Aufklärung hinaus können Aufklärungsformulare einerseits die Systematik, Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit des gebotenen Aufklärungsgesprächs fördern und andererseits sowohl dem aufklärenden Arzt als auch dem Patienten bei ihrer Anhörung bzw. Vernehmung im Haftungsprozess als Erinnerungsstütze dienen; ebenso kann das Gericht bei der Befragung von Parteien und Zeugen auf den Formularinhalt zurückgreifen; von **besonderer Bedeutung** sind auch hier **handschriftliche Ergänzungen des Formulars** sowie **Angaben zu Zeit und Ort des Aufklärungsgesprächs**.

II. Strafrecht

1. **Beukelmann:** Surfen ohne strafrechtliche Grenzen (NJW 2012, 2617)
2. **Gercke:** Der unterbliebene Schritt vom Computer- zum Internetstrafrecht (AnwBl 2012, 709)
3. **Soyer/Schumann:** Verteidigungsrechte im Vorverfahren – Eine rechtstatsächliche Forschung über Voraussetzungen und Bedingungen einer Effektivierung anwaltlicher Notdienste (StV 2012, 501)

Das „**Ob**“ der **Information des Besch. über seine Rechte** bleibt der **wesentliche Einflussfaktor für dessen Entscheidung, von ihnen Gebrauch zu machen**; die Möglichkeit des Beschuldigten, eine vom EGMR als Bestandteil des fair trial-Grundsatzes vorausgesetzte „wissende und sinnvolle Entscheidung“ über eine Inanspruchnahme des Rechts auf Zugang zu anwaltlichem Beistand oder einen Verzicht zu treffen, setzt eine **sachgerechte und verständliche Belehrung** des Besch. voraus; die **Belehrung** muss **unverzüglich beim Erstkontakt des Besch. mit den Strafverfolgungsbehörden** erfolgen und ist **vor der Vernehmung zu wiederholen**. - Den Strafverfolgungsbehörden, namentlich der Polizei kommt bei der derzeitigen Ausgestaltung und Praxis des Ermittlungsverfahrens, insbes. der Beschuldigtenvernehmung, eine zentrale Rolle bei der Vermittlung dieser Informationen zu; die mündliche Informationsvermittlung muss in ihrer Art und Weise dem konkreten Besch. gerecht werden, es kommt nicht allein auf die bloße Belehrung im Sinne einer Informationsgabe an; Maßstab und Ziel der Belehrung muss vielmehr das Verstehen dieser Rechte durch den Besch. sein. - Eine klare, verständliche und die typischen Missverständnisse und Fehlannahmen von Beschuldigten ausschließende Abfassung eines Informationsblatts über Beschuldigtenrechte sollte die Vermittlung der Informationen absichern. - Die Identifizierung der Kosten anwaltlichen Beistands als einer der wesentlichen Einflussfaktoren der Entscheidung des Besch. für den Rechtsverzicht auf der einen und die **gestiegene Bedeutung des Vorverfahrens** auf der anderen Seite sprechen für eine **Ausweitung der Anwendungsfälle notwendiger Verteidigung gerade schon im Ermittlungsverfahren**; anwaltlicher Notdienst und Pflichtverteidigung sind zwei einander ergänzende, kohärent auszugestaltende Absicherungen eines effektiven Rechts auf Zugang zu anwaltlichem Beistand. - Der wirksame Verzicht eines Besch. auf das Recht auf Zugang zu anwaltlichen Beistand setzt eine bewusste und wissende Entscheidung voraus, die durch die vorstehend genannten Absicherungen der Informationsvermittlung gegenüber dem Beschuldigten abgesichert sein muss (informed waiver). - Notwendig ist eine Sensibilisierung nicht nur der Besch., sondern auch der breiten Öffentlichkeit für die Rolle des **Rechts auf Zugang zu anwaltlichen Beistand** schon im Ermittlungsverfahren als **wesentliche Voraussetzung eines fairen Verfahrens**.

III. Öffentliches Recht

1. **Kaltenborn/Reit:** Das Verbot der Aufstellung von Grabsteinen aus Kinderarbeit (NVwZ 2012, 925)

Satzungsregelungen, die die Aufstellung von Grabsteinen aus Kinderarbeit unterbinden, können auf die bereits **bestehenden friedhofsrechtlichen Satzungsermächtigungen** gestützt werden; **Anknüpfungspunkt** hierfür ist der **Begriff der „Nutzung“** des Friedhofs. - Das Verbot der Verwendung von Grabsteinen aus Kinderarbeit weist einen **ausreichenden Bezug zum Einrichtungszweck** und damit auch zu den **Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises** auf. - Zur Vermeidung von Unsicherheiten, die aus der mangelnden Bestimmtheit des Rechtsbegriffs der Friedhofsnutzung herrühren könnten, empfiehlt es sich jedoch, konkret auf die Verwendung der umstrittenen Grabsteine bezogene **Satzungsermächtigungen gesetzlich zu verankern**. - Die **Kompetenz zum Erlass solcher Satzungsermächtigungen** hat der **Landesgesetzgeber**; zwar besteht ein mittelbarer Bezug dieses Regelungskomplexes auch zu mehreren dem Bundesgesetzgeber überantworteten Kompetenzfeldern, das **landesrechtliche Friedhofs- bzw. Bestattungsrecht** bildet jedoch insoweit den **primären Bezugspunkt**.

2. **Smith:** Negativ-Graffiti, Sprühschablonen & Co. (NVwZ 2012, 1001)

Problemstellung: Seit einiger Zeit können in verschiedenen Städten neue Werbeformen beobachtet werden; dazu gehören z.B. – nachdem bereits seit Langem Autos und Anhänger mit Werbung geparkt werden – mittlerweile vermehrt abgestellte **Fahrräder, die Werbeaufschriften tragen** und **Lichtprojektion** aus einem Ladenlokal heraus auf die Straßenoberfläche, auf der dann die Werbebotschaft zu lesen ist; vermehrt findet sich Werbung, bei der **mit Schablonen** entweder **Farbe auf den Bürgersteig aufgetragen** wird (Sprühschablonenwerbung) oder Schmutz von der Straße, aber auch von z.B. Stützmauern abgetragen wird (**Negativ-Graffiti**), wodurch dann jeweils ein Text oder ein Bild entsteht; hierbei fragt sich, ob diese Nutzungen der Straße, des Straßenraumes oder des Straßenzubehörs **ordnungsrechtlich zulässig und genehmigungspflichtig** sind und inwieweit ggf. dagegen vorgegangen werden kann; dabei steht im Zentrum der Überlegungen die grundsätzliche straßenrechtliche Frage, ob **Gemeingebruch oder Sondernutzung** vorliegt. - Für **Werbefahrräder** können je nach Einzelfall eine Sondernutzungserlaubnis sowie eine Baugenehmigung erforderlich sein. - **Lichtprojektionswerbung** auf Gehwegen ist stets Sondernutzung; es ist auch immer eine Baugenehmigung erforderlich. - Die **Sprühschablonenwerbung** geht ebenfalls über den Gemeingebruch hinaus und unterliegt zudem der straßenrechtlichen Reinigungspflicht; je nach Fallgestaltung kann sie auch ein Hindernis i. S. von § 32 StVO darstellen. - Auch das **Negativ-Graffiti** auf Straßen stellt eine Sondernutzung dar; ist es an baulichen Anlagen angebracht, kommt ein Vorgehen gegen den Eigentümer nach Bauordnungsrecht jedoch nicht in Betracht, da diese Anlagen i. d. Regel der Gemeinde gehören.

3. **Groh:** Die Zusicherung als sichere Handlungsform in der kooperierenden Verwaltung? (DÖV 2012, 582)

Das **Verwaltungsvertragsrecht** ist auf einen **umfassenden Interessenausgleich zwischen Privatem und Staat** angelegt, auch wenn für das Verwaltungskooperationsrecht Nachbesserungsbedarf gesehen wird; die **Zusicherung**, obwohl sie dem Wortklang nach die **stärkste Suggestivkraft in Richtung Vertrauensschutz** entfaltet, ist dagegen ein eher **unsicheres Instrument der Verwaltungskooperation**, denn dem Privaten gelingt es nur selten, vor Gericht den für die Zusicherung maßgeblichen Rechtsbindungswillen der Verwaltung für zukünftiges Handeln nachzuweisen; dies gilt vor allem in den Fällen, in denen es um das Versprechen finanzwirksamer Förderungen, beamtenrechtlicher Ernennungen oder Beförderungen und anderer Statuszusagen im Staatsdienst geht. - Ein sprichwörtliches Nachsehen hat der Private vor allem aber auch wegen des **Automatismus der Clausula**: Im Gegensatz zur empfangsbedürftigen Vertragskündigung oder der Aufhebungserklärung durch die Verwaltung bei Verwaltungsakten mit Vollregelung muss der Bürger nicht unbedingt zeitnah vom Bindungsverlust seiner Zusicherung erfahren. - Es stellt sich die Frage, ob sich die **Interessen von zusichernder Behörde und privatem Zusicherungsempfänger** de lege lata überhaupt ausbalancieren lassen: Das **Verwaltungsrecht lässt den Behörden im Umgang mit Privaten grds. ein Formwahlermessen**; wie jede Art von Ermessen unterliegt aber auch dieses Ermessen **rechtlichen Beschränkungen**; zwar gilt auf einigen Gebieten des Fachrechts wie z. B. im Versammlungs- oder auch im Vertragsnaturschutzrecht bereits die Maxime, dass kooperative Handlungsformen den einseitigen Regelungen der Verwaltung vorgehen; weder über die **allgemeine Fürsorgepflicht der Verwaltung** noch über das **Übermaßverbot** wird man im allgemeinen Verwaltungsrecht aber eine Ermessensreduzierung auf Null konstruieren können, etwa in dem Sinne, dass die Verwaltung gehalten ist, die für den Privaten günstigere Handlungsform – unterstellt, das sei hier der Vertrag – anstelle der Zusicherung in kooperativen Verhältnissen einzusetzen. - Gerade im Bereich der Beschaffung von Leistungen durch Private, also dort, wo die Behörde eine Zusicherung gibt, um den Privaten zu animieren, zukunfts wirksame und für sie günstige Dispositionen zu treffen, wäre deshalb nach Ansicht der Autorin zu überlegen, die Regelungen über die Zusicherung vertrauensschutzrechtlich zu überarbeiten.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Reisert:** Aktuelle Regressfallen für Rechtsanwälte durch das geplante Fahrerlaubnisregister (NJW 2012, 2493)
2. **Hellstab:** Die Entwicklung des Kostenrechts seit 2010 (Rpfler 2012, 421)

3. **Blattner:** Die output-basierte Vergütung – worauf es beim Erfolgshonorar ankommt (AnwBI 2012, 562)
4. **Wendt:** Der Rechtsschutzversicherer und sein „durchschnittlicher Versicherungsnehmer“ – Obliegenheitsverletzungen und Kosten- und Gebührenfragen in der neuen BGH-Rspr. (MDR 2012, 947)

5. **Deckenbrock:** Die Anwaltssozietät – eine GbR wie jede andere? (AnwBI 2012, 723)

Berufsspezifische Besonderheiten rechtfertigen es weder, § 8 II PartGG auf die GbR entsprechend anzuwenden, noch Gesellschafter, die aufgrund der Vorgaben des RDG ein Mandat nicht betreuen dürfen, **von der Haftung für das Fehlverhalten der erfüllungsbefugten Gesellschafter auszunehmen**; wer diese Haftungsgefahren zukünftig nicht tragen möchte, muss die Umwandlung der GbR in eine andere Rechtsform in Betracht ziehen; mit der **Part mbB** erhalten Anwälte demnächst sogar noch eine weitere **Alternative zur GbR**. - Vor allem die berufsrechtlichen Regelungen bedürfen dringend einer Überarbeitung mit dem Ziel einer (auch) berufsrechtlichen Anerkennung von Anwaltssozietäten in der Rechtsform einer GbR.

6. **Matz/Henkel:** Zur Prüfungspflicht des Rechtsanwalts bei Einleitung eines Zwangsversteigerungsverfahrens aufgrund notarieller Urkunde (DB 2021, 1913)

Ein **Rechtsanwalt**, der einen **Auftrag zur Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde** erhält, **übernimmt** damit **nicht Verantwortung für die Wirksamkeit dieses Titels**; es **unterfällt dem Schutzzweck der Amtspflichten des Notars**, durch einen wirksamen Titel Nachteile für den Vollstreckungsgläubiger zu vermeiden. - Anderes gilt nur, wenn sich unmittelbar aus der Urkunde oder aus den Schilderungen des Mandanten **Anhaltspunkte für Zweifel an der Wirksamkeit** ergeben; **diesen** – dann konkreten – **Hinweisen hat der Rechtsanwalt nachzugehen**. - In keinem Fall hat dieser jedoch in jeder denkbaren Richtung die Verantwortung für die Wirksamkeit der notariellen Urkunde übernommen, die ihm mit der Auftragserteilung direkt vom Mandanten bzw. über den zuständigen Notar zur Verfügung gestellt wird.

planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich, § 34 BauGB

Liegt das Grundstück im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, so richtet sich die Zulässigkeit gem. § 30 BauGB nach den Festsetzungen des Bebauungsplans. Fehlt ein solcher, so beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB, wenn das Grundstück sich innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befindet. Anderenfalls handelt es sich um ein Außenbereichsgrundstück, bei welchem sich die Zulässigkeit von Bauvorhaben nach § 35 BauGB richtet.

I. Bebauungszusammenhang

Da ein Bebauungsplan im vorliegenden Fall fehlt, könnte es sich um ein Grundstück handeln, welches § 34 BauGB unterfällt. Dann muss es sich innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils befinden. Hier ist eine einzelfallbezogene Prüfung vorzunehmen. Dabei ist maßgebend, ob eine **tatsächlich aufeinander folgende, zusammenhängende Bebauung** besteht (BVerwGE 31, 20). Entscheidend ist hierbei letztlich die Verkehrsauffassung.

II. Zulässigkeit der Art der Nutzung

Entspricht der festgestellte Bebauungszusammenhang von seinem Charakter her einem der in der BauNVO in §§ 2-11 festgelegten Baugebiete, so beurteilt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit der Vorhabens bezüglich der Art der Nutzung nach § 34 II BauGB allein nach der BauNVO.

1. Bebauungszusammenhang entspricht einem der Baugebiete der BauNVO

In diesem Fall ist nach den Vorschriften der §§ 2-15 BauNVO zu prüfen, ob das Vorhaben die Vorgaben einhält. Ist dies nicht der Fall, so können nach § 34 II 2. HS BauGB auch Ausnahmen und Befreiungen nach § 31 BauGB zugelassen werden, so dass auch die in der BauNVO geregelten Ausnahmen zu den jeweiligen Baugebieten innerhalb des unbeplanten Innenbereichs Anwendung finden.

2. Bebauungszusammenhang entspricht keinem der Baugebiete der BauNVO

Dann ist im Rahmen des § 34 I BauGB einzelfallbezogen zu prüfen, ob sich das Vorhaben von der Art der Nutzung her in die nähere Umgebung einfügt (s.u.)

III. Zulässigkeit des Maßes der Nutzung und Einhaltung der überbaubaren Grundstücksflächen sowie sonstige Merkmale der baulichen Anlage (z.B. Gestaltung)

Bezüglich aller anderen Merkmale einer baulichen Nutzung kommt es dann darauf an, ob sich ein Vorhaben in die nähere Umgebung einfügt.

Als „**nähere Umgebung**“ kommen zunächst, aber nicht nur die unmittelbaren Nachbargrundstücke in Betracht. Vielmehr muss die nähere Umgebung insoweit berücksichtigt werden, als sich die Ausführung des Vorhabens auf sie auswirken kann und soweit die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder doch beeinflusst (BVerwGE 55, 369/380).

Die „**Eigenart**“ der näheren Umgebung wird vor allem durch die vorhandene Bebauung geprägt. Es ist somit auf die städtebauliche Eigenheit abzustellen, durch die die Umgebung gekennzeichnet ist, also auf alles „Vorhandene“, sofern es nur prägende Wirkung hat.

IV. Ausnahmen

1. Unzulässigkeit trotz Einfügens, § 34 III BauGB

Trotz Einfügen in die nähere Umgebung ist ein Vorhaben im unbeplanten Innenbereich dann planungsrechtlich unzulässig, wenn es schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche der Gemeinde oder anderer Gemeinden hat (sog. Einkaufszentren a. d. grünen Wiese).

2. Zulässigkeit trotz Nichteinfügens, § 34 IIIa BauGB

Zur Erweiterung von zulässigen Gewerbe- und Handwerksbetrieben, sofern dies städtebaulich vertretbar und unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist (Vgl. § 31 II BauGB). Dies gilt jedoch nicht für Einzelhandelsbetriebe, die die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigen oder schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden haben können.

V. Sicherung der Erschließung

Schließlich setzt die planungsrechtliche Zulässigkeit stets voraus, dass die Erschließung gesichert ist. Hierzu gehört zumindest der Anschluss an das öffentliche Verkehrsnetz, Versorgung mit Energie und Wasser sowie Entsorgung der Abwässer. (vgl. BVerwGE 64, 186)

Gesichert ist die Erschließung, sobald nach den objektiven Kriterien nach aller Erfahrung damit gerechnet werden kann, dass die Erschließungsanlagen spätestens bis zur Fertigstellung der baulichen Anlage zur Verfügung stehen (vgl. BVerwG, DVBl. 1977, 41 [43]; DVBl. 1986, 685).

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung

Zivilrecht

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

Land: Bad.-Württ.	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. H	Tag d. mündl. Prüfung 28.06.2012
------------------------------------	--	---

Zur Person:

Dr. H ist ein ruhiger und sachlicher Prüfer. Seiner Mimik und Gestik ist leider nicht zu entnehmen, ob man mit seiner Antwort gerade richtig oder falsch liegt. Die Fertigung von Mitschriften während der Prüfung sollte einen nicht irritieren. Dr. H prüfte die Kandidaten abwechselnd, wobei jeder ausreichend Zeit hatte, sich zur gestellten Frage zu äußern.

Zur Prüfung:

Die doch sehr kurze Prüfung wurde gänzlich auf einem Fall aufgebaut:

Ausgeteilt wurde eine kopierte Fotografie, auf der ein Grundstück und eine seitlich hiervon verlaufende Straße zu sehen war (ohne Verkehrsschilder). Auf einem Teil des Grundstücks befinden sich Parkplätze. Auf diesen Parkplätzen befinden sich 3 Kraftfahrzeuge. Vor diesen Fahrzeugen parkt ein Pkw derart, dass es den drei anderen PKW schwer fällt, auf den Parkplatz aufzufahren. Das Grundstück selbst konnte aber noch durch eine Einfahrt erreicht werden, die nicht zugestellt war. Was kann der Eigentümer gegen diese ihn störende Verhaltensweise unternehmen? Welche Ansprüche hat er gegen den Parker?

Ein Kandidat stürzte sich sogleich auf § 1004 BGB, danach könne ein Unterlassungsanspruch in Betracht kommen. Kurze Subsumtion unter den Tatbestand, dieser schien gegeben zu sein. Jedenfalls könne der Eigentümer mit seiner Sache (Haus und Grundstück inklusive Parkflächen) so verfahren, wie er wolle (§ 903 BGB) und könne Dritte von jeder Einwirkung ausschließen.

Bei der Frage, ob denn tatsächlich eine Einwirkung vorliege, geriet die Prüfung etwas aus dem Rhythmus: Ich hatte darauf hingewiesen, dass sich bereits aus § 823 I BGB ein Unterlassungsanspruch ergeben könne, weil dort, wo ein Sekundäranspruch gegeben sei, auch ein Primäranspruch der Unterlassung gewährt wird.

In Betracht käme die partielle Eigentumsbeeinträchtigung durch Nutzungsbeschränkung. Daher folgte eine kurze Darstellung des sog. „Fleetfalles“ (BGHZ 55, 153 = NJW 1971, 886) und die Verneinung der Eigentumsbeeinträchtigung, weil wegen minderer des Eingriffs Intensität (gefordert ist eine gewisse Intensität und Dauer der Beeinträchtigung) eine ausreichende Schutzgutverletzung zu verneinen ist. Also kamen wir wieder zurück auf § 1004 BGB und einer Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen.

Nun folgte die intensive Klärung der Frage, ob eine Duldungspflicht für den Hauseigentümer besteht (§ 1004 II BGB). Zunächst schon, denn ein Parkverbotsschild oder eine ähnliche Ge- oder Verbotsnorm ließ sich für das Verhalten des „Störers“ nicht finden. Auch ein Blick in die §§ 906 BGB ergab zunächst keine andere Beurteilung der Frage. Es wurde dann gefragt, wovon sich relevante Pflichten für den parkenden Störer ergeben könnten: Aus der StVO!

Im § 12 StVO fanden wir dann eine in Frage kommende Norm. Dabei war die Regelung des § 12 III Nr. 3 StVO nicht einschlägig, da das Parken gerade nicht die direkte Einfahrt auf das Grundstück verhinderte.

Bevor wir dann mit der Prüfung des hier wohl relevanten § 12 III Nr. 2 StVO beginnen konnte, war die Prüfung schon zu Ende.

Insgesamt handelte es sich doch um eine angenehme Prüfung. Viel Glück!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Strafrecht

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.) Ri S.	Tag d. mündl. Prüfung 21.06.2012
-------------------------	---	--

Zur Person:

Herr S. ist ein ruhiger und sachlicher Prüfer. Er leitet den Prüfling hilfsbereit durch die Fragen und gibt auch Hilfestellungen. Seine Art zu prüfen empfand ich als sehr angenehm. Die Prüfung war in jeder Hinsicht fair. Wie er selbst sagt, fordert er in der Prüfung die Kenntnis von Basics, was ich bestätigen kann.

S. hatte zudem den Prüfungsvorsitz. Er trug durch sein äußerst freundliches und zuvorkommendes Auftreten besonders dazu bei, unsere Angespanntheit mit Erfolg zu mildern.

Zur Prüfung:

Die Prüfung wurde auf einem aktuell entschiedenen Fall aufgebaut:

Sie sind Richter und es wird eine Reihe von Kapitalanlagebetrüger (ca. 1.400 Fälle) angeklagt.

Der Anklagesatz enthält Angaben zur generellen Vorgehensweise bei den Betrugstaten, zum jeweiligen Zeitrahmen, zur Gesamtzahl der den Angeklagten jeweils zur Last gelegten Taten und der ihnen zuzurechnenden Gesamtschäden. Hinsichtlich der Einzelheiten ist unter der Überschrift „Einzelheiten und Schaden“ auf mehrere Anlagen verwiesen, die die wesentlichen Angaben bzgl. der Einzelheiten aufgelistet in Tabellenform enthalten.

Worauf muss der Richter nun im Rahmen der Hauptverhandlung achten?

Ausgangspunkt war in der Prüfung § 200 StPO und die Frage, ob die Informationsfunktion und/oder die Umgrenzungsfunktion der Anklage verletzt sein könnten, wenn nur der Anklagesatz verlesen würde (ohne Erwägung der Einzelheiten in der Tabelle).

Es wurden zunächst die Funktionen der Anklage, aufbauend auf der Legaldefinition des § 200 I StPO („Anklagesatz“), definiert.

Danach soll der Anklagesatz den Angeschuldigten, die Öffentlichkeit und die Schöffen über den Inhalt der Vorwürfe informieren und ist somit Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Im Zusammenhang mit dem Eröffnungsbeschluss bildet der Anklagesatz (§ 207 StPO) die Grundlage des Strafverfahrens und grenzt die prozessuale Tat ein.

Wo ist die prozessuale Tat vorausgesetzt? Sie findet sich in § 264 StPO und ist wichtig für den Strafklageverbrauch.

Problematisch ist nun, dass vorliegend nur der Anklagesatz in der Hauptverhandlung verlesen wurde, § 243 III StPO.

In Kenntnis der Problematik und der Frage, ob durch die bloße Verlesung des Anklagesatzes die Informationsfunktion für Schöffen und Öffentlichkeit verletzt sei, machte ich allgemeine Ausführungen zur Üblichkeit - v. a. bei Sexualstraftaten und gleichartigen Vermögensstraftaten (Wirtschaftsverfahren) - in dieser „verkürzten“ Weise den Anklagesatz zu verlesen. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit erfordert es nicht, die Zuhörer mit einer langatmigen Verlesung zu ermüden und die Konzentrationsfähigkeit einzuschränken. Die Verlesung jeder einzelnen Tat würde den Zuhörer schlicht überfordern. Ich wies darauf hin, dass es in solchen Verfahren üblich sei, vor allem den Schöffen den Anklagesatz auszuhändigen.

Nun folgte die Frage, ob denn auch der Angeklagte hinreichend informiert sei. Hier kam ich leider nicht auf die naheliegende Antwort, dass der Angeklagte ja schon wegen § 201 StPO im Besitz der Anklage und schon deshalb hinreichend informiert ist.

Der BGH verlangt (so bereits auch eine obiter dictum-Entscheidung aus dem Jahre 2008) unter gewissen Voraussetzungen keine Verlesung der näheren individualisierenden Umstände der Einzeltaten oder Einzelakte bei gleichartiger Tatausführung (BGH NJW 2011, 1687).

Schließlich wurde noch kurz das Selbstleseverfahren nach § 249 II 2 StPO und dessen Voraussetzungen besprochen.

Dann war die viel zu kurze Prüfung auch schon vorbei. Insgesamt handelte es sich um eine angenehme Prüfung.

Viel Glück und Erfolg!

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?

Da die Abläufe der Staatsprüfungen in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich sind und daher auch der jeweilige Arbeitsaufwand voneinander abweicht, sind die anfallenden Kosten abhängig von dem Bundesland, für welches Sie Prüfungsprotokolle bestellen. Für Detailinformationen dürfen wir Sie bitten, jeweils unter der Rubrik des maßgeblichen Bundeslandes nachzuschauen.

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

Bearbeitungskosten

Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen (Erstattung nach Einreichung der Eigenprotokolle)

Versandkosten (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

Weitere Informationen unter: www.juridicus.de

