



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

36. Jahrg.

Dezember 2011

Heft 12

Aus dem Inhalt:

- OLG München:** Strafbare Marktmanipulation beim Wertpapierhandel
- VGH Kassel:** Grundrechtlicher Schutz einer Gegendemonstration
- BVerfG:** Verfassungsmäßigkeit medizinischer Zwangsbehandlung
- LG Saarbrücken:** Anscheinsbeweis bei Verkehrsunfall nach Fahrspurwechsel
- BGH:** Bindungswirkung des Grundurteils
- LG Oldenburg:** Zeugnisverweigerungsrecht eines Redaktionsmitglieds
- OVG Münster:** Verwaltungsrechtsweg bei Hausverbot des Jobcenters



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 Bundeswahlgesetzes.....	1
--	---

Brandaktuell

BGH: Unberechtigte Abhebungen mit richtiger PIN (Darlegungsanforderungen für Anscheinsbeweis).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Kündigung wegen wiederholt unpünktlicher Mietzahlung (Verjährung des Anspruchs auf Rückzahlung überhöhter Kautions).....	4
BGH: Unwahre Aussagen in fiktivem Kontext (Schutz durch Kunstfreiheit).....	7

Strafrecht

BGH: Notwehr (Erforderlichkeit der Verteidigung bei Intensivierung des Angriffs)	11
OLG München: Wertpapierhandel (strafbare Marktmanipulation).....	14

öffentl. Recht

VGH Kassel: Grundrechtlicher Schutz der Gegendemonstration (mehr als reine Unterbindungsabsicht erforderlich).....	17
BVerfG: Medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (Anforderungen an Verfassungsmäßigkeit).....	22

Kurzauslese I

OLG Köln: Erlöschen des Mietverhältnisses (völlige Zerstörung des Mietobjekts).....	27
BGH: Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses (arglistig verschwiegener Sachmangel).....	27
BGH: Auflösung einer GbR (Erlöschen der Einzelgeschäftsführungsbefugnis).....	29
BGH: Aufrechnungsverbot in AGB (Wirksamkeit).....	29
BGH: Mord (Verdeckungsabsicht).....	31
BGH: schwere körperliche Misshandlung (erhebliche Beeinträchtigung der körperl. Integrität des Opfers).....	31
OLG Oldenburg: Sachbeschädigung (Polizeifahrzeug).....	31
OLG Karlsruhe: nicht genehmigtes Autorennen (Definition des Veranstalterbegriffs).....	33
VG Köln: Akteneinsichtsrecht (Prüfervermerke).....	33
OVG Münster: Ratssitzung (Festsetzung der Tagesordnung).....	35
OVG Münster: Grundsatz der Organtreue (gilt auch im Verhältnis zwischen universitären Organen und Organteilen).....	35

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

LG Saarbrücken:	Anscheinsbeweis bei Verkehrsunfall (Fahrspurwechsel des Vorfahrtsberechtigten).....	37
BGH:	Sachverhaltswürdigung im Grundurteil (Bindungswirkung im Betragsverfahren).....	41

Strafrecht

LG Oldenburg:	Zeugnisverweigerungsrecht (Redaktionsmitglied eines Internetforums).....	44
---------------	---	----

öffentl. Recht

OVG Münster:	Ergänzung von Ermessenserwägungen (kein Berufungszulassungsgrund).....	46
OVG Münster:	Rechtsweg bei Hausverbot (Verwaltungsrechtsweg auch bei Räumen des Jobcenters).....	49

Kurzauslese II

BGH:	Rechtswegbindung (fehlerhafte Klageverweisung)	53
OLG Stuttgart:	Entscheidung über Zulässigkeit des Rechtswegs (Vorrang vor Entscheidung über PKH-Bewilligung).....	53
BGH:	Anspruch auf rechtliches Gehör (Schriftsatzrecht).....	55
OLG Celle:	Kostenentscheidung (unzulässig nach Rücknahme eines PKH-Gesuchs).....	55
BGH:	Klageabweisung (mangels Fälligkeit des Klageanspruchs).....	55
OLG Düsseldorf:	Pflichtverteidigerbestellung (Aufhebungsentscheidung).....	57
BGH:	verspäteter Beweisantrag (Zurückweisung vor Urteilsverkündung).....	57
BGH:	Einstellungsurteil (Begründungserfordernis).....	59
VGH Mannheim:	Erledigung eines Verwaltungsakts (durch nachbessernde Änderung).....	59
OVG Lüneburg:	Anfechtungsklage (Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung).....	61
VGH Mannheim:	Auswahlentscheidung (maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt).....	61

Weitere Schrifttumsnachweise	63
---	----

Übersicht:	Aufbau eines Bescheides	67
-------------------	-------------------------------	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Zivilrecht	68
Assessorprüfung:	Strafrecht.....	69

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Bundeswahlgesetzes

19. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25.11.2011 – In-Kraft-Treten am 03.12.2011 (BGBl I 2011, S. 2313)

I. Allgemeines

Das **BVerfG** hatte mit Urteil vom 03.07.2008 (NVwZ 2008, 991) entschieden, dass das geltende Recht wegen des sog. „**negativen Stimmgewichts**“ **verfassungswidrig** ist, da „ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann“. Dieser paradoxe Effekt tritt im Zusammenhang mit Überhangmandaten auf, die Parteien erhalten, wenn sie in einem Land mehr Direktmandate erringen, als ihnen laut Zweitstimmenergebnis zusteht.

1. Begriffsdefinition „Überhangmandate“

Überhangmandate entstehen immer dann, wenn eine Partei in einem Bundesland durch Erststimmen **mehr Direktmandate** erzielt, **als** ihr **durch den Zweitstimmenanteil eigentlich zustehen** würden.

Bei Bundestagswahlen wird zuerst festgestellt, wie viele Mandate einer Partei nach dem Zweitstimmenergebnis bundesweit zustehen. Dann werden diese Mandate – basierend auf den Zweitstimmenergebnissen in den einzelnen Bundesländern – auf die Länder verteilt.

In jedem Bundesland wird dabei einzeln geprüft, wie viele Mandate die jeweilige Partei dort durch Direktmandate bereits erhalten hat. Die übrigen Mandate, die der Partei in diesem Bundesland laut Zweitstimmenergebnis zustehen, werden anschließend der Partei über ihre jeweiligen Landeslisten zugeteilt.

Hat eine Partei in einem Bundesland mehr Direktmandate erlangt, als ihr nach dem Zweitstimmenergebnis zustehen, darf sie trotzdem **alle Direktmandate behalten**, denn die Kandidaten, die in ihren Wahlkreisen mit der Erststimme direkt gewählt wurden, haben das Recht, auf jeden Fall in den Bundestag einzuziehen. Dadurch entstehen Mandate, die über die Mandat-Anzahl durch das Zweitstimmenergebnis "überhängen" (sog. „Überhangmandate“).

2. Begriffsdefinition „negatives Stimmgewicht“

Von einem negativen Stimmgewicht wird gesprochen, wenn eine Partei **durch weniger Stimmen Mandate hinzugewinnt – oder Mandate verliert, wenn sie mehr Stimmen bekommt**. Bei Bundestagswahlen ist dies schon mehrfach geschehen.

Das BVerfG aaO hat daher den Gesetzgeber dazu verpflichtet, eine verfassungsgemäße Regelung herbeizuführen. Dieser Verpflichtung soll mit der vorliegenden Gesetzesänderung entsprochen werden.

II. Die gesetzl. Neuregelungen im Überblick

1. Mit dem neuen Gesetz soll der **Effekt des „negativen Stimmgewichts“**, den das Verfassungsgericht gerügt hatte, **beseitigt** werden, indem die bisher **mögliche Verbindung von Landeslisten einer Partei abgeschafft** wird. Damit könnten Zweitstimmen, die eine Partei in einem Bundesland erhält, nicht mehr mit denen in einem anderen Land verrechnet werden. Durch den Verzicht auf Listenverbindungen soll sich das Auftreten des negativen Stimmgewichts erheblich reduzieren.
2. Außerdem enthält die Neuregelung eine weitere Klausel: Ist die **Zahl der Zweitstimmen** einer Partei, die in den 16 Ländern nicht zu einem Sitz geführt haben, **größer als die im**

Bundesdurchschnitt für ein Mandat erforderliche Stimmzahl, sollen **zum Ausgleich weitere Mandate vergeben** werden. Dabei werden diese zunächst den Landeslisten einer Partei zugeteilt, auf die Überhangmandate entfallen sind.

Den Landeslisten der Parteien werden demnach nun Sitze aus **Sitzkontingenten** zugeteilt, die je nach Wahlbeteiligung auf die Länder verteilt wurden. In einem ersten Schritt wird dafür die Zahl der Sitze ermittelt, die jedem einzelnen Land zusteht; in einem zweiten Schritt werden die auf ein Land entfallenden Sitze auf die Landeslisten der Parteien verteilt, die mehr als 5 % der Stimmen erreicht haben. Da auf Listenverbindungen verzichtet wird, **konkurrieren künftig alle Landeslisten aller Parteien um die zu vergebenen Sitze**, und nicht mehr die Listen ein- und derselben Partei. Weniger Zweitstimmen für die eine Partei führen deshalb u. U. zu mehr Mandaten für eine andere Partei, aber die Landeslisten ein- und derselben Partei können nicht mehr voneinander profitieren (oder sich gegenseitig behindern).

Bleiben die „**Reststimmen**“, also Stimmen, die bei der Auszählung nicht mehr zu einem Mandat führen. Maßstab dafür ist die „**Erfolgswertabweichung**“, die Abweichung von der Stimmzahl, die im Bundesdurchschnitt zu einem Mandat führt. Sie sind von Land zu Land unterschiedlich. Für eine Partei können sich die jeweiligen Abweichungen in den Ländern gegenseitig aufheben - im neuen Verfahren aber häufiger auch kumulieren.

Das betrifft vor allem die Zweitstimmen in kleineren Bundesländern, wo Wähler fürchten müssen, dass ihre Stimme „verloren“ ist, wenn sie eine kleine Partei, wie z. B. die FDP, wählen. Sind die kumulierten Abweichungen für eine Partei größer als die Stimmzahl, die im Bundesdurchschnitt zu einem Mandat geführt haben, werden künftig zusätzliche Sitze zugeteilt.

Brandaktuell

**BGB
§ 276**

Unberechtigte Abhebungen mit richtiger PIN Darlegungsanforderungen für Anscheinsbeweis

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 189/2011 vom 29.11.2011; Urteil vom 29.11.2011 - XI ZR 370/10)

Fall: In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall wurde dem Beklagten von der klagenden Bank eine Kreditkarte zur Verfügung gestellt, die zur Abhebung von Bargeld an Geldautomaten zugelassen war. In den zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die Bank den Höchstbetrag für Bargeldauszahlungen auf 1.000 € pro Tag begrenzt. Weiter war danach der Karteninhaber verpflichtet, Verlust oder festgestellten Missbrauch der Karte der Bank unverzüglich anzuzeigen. Bis zum Eingang dieser Verlustmeldung sollte er grundsätzlich nur bis zu einem Höchstbetrag von 50 € haften.

Die klagende Bank begehrt von dem Beklagten im Wege des Schadensersatzes Ausgleich der Belastungsbuchungen und der Gebühren für Rücklastschriften sowie für die Erstellung eines Kontoauszugs in Höhe von insgesamt noch 2.996 €. Sie ist der Ansicht, der Beklagte habe die Geheimhaltungspflicht hinsichtlich der verwendeten PIN verletzt. Wird die Klage Erfolg haben.

I. Umfang der Höchstbetragshaftungsklausel

Eine von der kontoführenden Bank in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Klausel, nach der **bis zum Eingang einer Verlustmeldung** der Karteninhaber nur bis zu einem **Höchstbetrag von 50 EUR** haften soll, umfasst auch die Haftung des Karteninhaber bei schuldhafter Verletzung seiner Sorgfaltspflichten. Der beklagte Karteninhaber kann sich damit auf die Haftungsgrenze von 50 Euro unabhängig davon berufen, ob er schuldhaft gehandelt hat.

II. Anspruch auf Einhaltung des vereinbarten Höchstbetrages

Ein in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank festgelegter **Höchstbetrag für Bargeldauszahlungen** pro Tag mit einer konkreten Karte **schützt auch den Karteninhaber**, sodass dessen Haftung im Falle eines Kartenmissbrauchs auf diesen Betrag begrenzt sein kann, wenn die die Karte ausstellende Bank ihrer Pflicht, die Einhaltung dieses Höchstbetrags zu sichern, nicht genügt hat.

III. Anscheinsbeweis bei Eingabe der richtigen Geheimnummer

1. Bisherige Rechtsprechung des BGH

Wurde an einem Geldausgabeautomaten unter Verwendung der zutreffenden Geheimzahl Geld abgehoben, so spricht ein **Beweis des ersten Anscheins** dafür, dass entweder der Karteninhaber die Abhebungen selbst vorgenommen hat oder dass ein Dritter nach der Entwendung der Karte von der Geheimnummer nur wegen ihrer Verwahrung gemeinsam mit der Karte Kenntnis erlangen konnte (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.2004 – XI ZR 210/03, BGHZ 160, 308, 314 f.; BGH Urteil vom 06.07. 2010 – XI ZR 224/09, WM 2011, 924 Rn. 10).

2. Konkretisierung in neuer Entscheidung

Der BGH hat nunmehr die Darlegungsanforderungen für die Bank zur Berufung auf den Anscheinsbeweis konkretisiert. Er stellt klar, dass der **Anscheinsbeweis** nur dann gilt, wenn bei der missbräuchlichen **Abhebung die Originalkarte** eingesetzt worden ist, da bei Abhebung mithilfe einer ohne Kenntnis des Inhabers gefertigten Kartenkopie (z.B. durch Skimming) kein typischer Geschehensablauf dafür spricht, Originalkarte und Geheimzahl seien gemeinsam aufbewahrt worden.

Den **Einsatz der Originalkarte** hat dabei die Schadensersatz **begehrende Bank zu beweisen**.

Entscheidungen materielles Recht

BGB Kündigung wegen wiederholt unpünktlicher Mietzahlung **BGB**
§§ 543, 551 Verjährung des Anspruchs auf Rückzahlung überhöhter Kautio

(BGH in NZM 2011, 625; Urteil vom 01.06.2011 – VIII ZR 91/10)

1. Wiederholt unpünktliche Mietzahlungen stellen eine **Verletzung vertraglicher Pflichten** dar, welche die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter unzumutbar macht.
2. Eine **fristlose Kündigung** aus diesem Grund kann nur erfolgen, wenn der Mieter wegen der wiederholt unpünktlichen Mietzahlungen **abgemahnt** wurde.
3. Soweit die vom Mieter einer Wohnung erbrachte **Kautio drei Monatsmieten übersteigt**, steht ihm – unabhängig von der Beendigung des Mietverhältnisses und der Rückgabe der Mietsache – ein Bereicherungsanspruch zu, der **binnen drei Jahren seit Ablauf des Jahres verjährt**, in dem der Mieter den überschießenden Betrag **gezahlt** hat.

Fall: Die Bekl. zu 1 bis 3 haben von der Kl. mit Vertrag vom 01.05.2005 ein Einfamilienhaus in A. gemietet, in dem auch der Bekl. zu 4, der volljährige Sohn der Bekl. zu 1, wohnt. Die monatliche Miete beläuft sich auf 1330 Euro zuzüglich 40 Euro Nebenkostenvorauszahlungen. Die Bekl. zu 1 hat zu Beginn des Mietverhältnisses eine Kautio in Höhe von sechs Monatsmieten (7980 Euro) erbracht. Nach § 4 VII des Mietvertrags ist die Miete jeweils bis zum 3. Werktag eines Monats zu zahlen. Seit Mitte 2007 haben die Bekl. die Miete jeweils erst zur Monatsmitte oder noch später gezahlt. Aus diesem Grund sprach die Kl. mit undatiertem Schreiben vom Oktober 2008 sowie mit Schreiben vom 22. 12. 2008 Abmahnungen aus. Mit Schreiben vom 19.01.2009 erklärte sie die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Mietvertrags, unter anderem wegen der unpünktlichen Mietzahlungen. Die Bekl. wiesen die Kündigung mit Anwaltsschreiben vom 22.01.2009 zurück und gestatteten der Kl., einen Teilbetrag von 520 Euro aus der Kautio als Vorauszahlung auf die künftige Miete zu verwenden. Weitere Kündigungen der Kl. erfolgten mit Schreiben vom 19. 2. sowie vom 08.04. und 08.05.2009, nachdem die Bekl. die unpünktliche Zahlungsweise auch weiterhin nicht abgestellt hatten. Die Kl. begehrt Räumung und Herausgabe des Einfamilienhauses sowie Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1034,11 Euro nebst Zinsen. Mit der im April 2009 erhobenen Widerklage hat die Bekl. zu 1 Rückzahlung eines Teils der Kautio verlangt, insgesamt 3464,68 Euro nebst Zinsen. Wie ist die Rechtslage?

I. Beendigung des Mietverhältnisses

Mietverhältnis der Parteien könnte durch die Kündigung der Kl. vom 19.01.2009 beendet worden ist. Dazu muss diese Kündigung wirksam sein. Die nach § 568 I BGB erforderliche Schriftform wurde eingehalten. Fraglich ist jedoch, ob ein Kündigungsgrund bestand. Die Klägerin könnte aufgrund der wiederholt unpünktlichen Mietzahlungen zu einer Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 I, III BGB befugt gewesen sein.

Nach § 543 I 2 BGB liegt ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines **Verschuldens** der Vertragsparteien, und unter **Abwägung der beiderseitigen Interessen** die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses **nicht zugemutet** werden kann.

1. Abmahnung als Kündigungsvoraussetzung bei wiederholt unpünktlicher Zahlung

*„Dabei setzt die Kündigung wegen einer Pflichtverletzung aus dem Mietvertrag gem. § 543 III BGB eine **erfolglose Abmahnung** voraus. Eine solche Abmahnung hat die Kl. hier im Oktober 2008 sowie – unter ausdrücklicher Androhung der fristlosen Kündigung – erneut mit Schreiben vom 22.12.2008 ausgesprochen. Auch **nach den Abmahnungen** haben die Bekl. die Miete in den Monaten November und Dezember 2008 sowie im Januar 2009 **wiederum mit erheblicher Verspätung** gezahlt, nämlich erst zur Monatsmitte. Im Übrigen wären in den zunächst erfolgten Kündigungen vom 19.01., 19.02. und 08.04.2009, selbst wenn diese das Mietverhältnis noch nicht beendet hätten, jeweils weitere Abmahnungen zu sehen, die die Bekl. gleichwohl nicht zur Änderung der unpünktlichen Zahlungsweise veranlasst haben.“* (BGH aaO)

Die wiederholt unpünktlichen Zahlungen könnten daher, nach erfolgter Abmahnung, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen, wenn die Hinnahme für die Klägerin unzumutbar ist.

„Entgegen der Auffassung des BerGer. stellt eine derart **schleppende** und ungeachtet einer oder – wie hier – sogar mehrerer Abmahnungen fortgesetzte **Zahlungsweise** eine **gravierende Pflichtverletzung** dar, die die weitere Fortsetzung des Mietvertrags für den Vermieter regelmäßig unzumutbar macht. Durch die Abmahnung erhält der Mieter Gelegenheit, das durch die vorangegangenen unpünktlichen Mietzahlungen gestörte **Vertrauen des Vermieters** in eine pünktliche Zahlungsweise **wieder herzustellen**; dem Mieter wird so vor Vertragsbeendigung noch eine Chance zu vertragsgemäßem Verhalten eingeräumt (vgl. Senat, NJW 2006, 1585 = NZM 2006, 338 Rn 14). Diese Chance haben die Bekl. nicht genutzt, sondern im Gegenteil schuldhaft die **vertragswidrige Zahlungsweise** beibehalten.“ (BGH aaO)

2. Verschulden der Mieter

Allerdings ist bei der Abwägung auch das Verschulden des Mieters mit zu berücksichtigen.

„Das BerGer. geht rechtsfehlerhaft davon aus, dass die **fortdauernde unpünktliche Mietzahlung** der Bekl. hier deshalb als nur unerhebliche Pflichtverletzung zu werten sei, weil die Bekl. sich in einem – wenn auch vermeidbarem – **Rechtsirrtum über die Fälligkeit der Miete** befunden hätten. Zu Recht hat das BerGer. allerdings an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe angelegt (vgl. Senat, NJW 2007, 428 = NZM 2007, 35 Rn. 25) und einen **unvermeidbaren Rechtsirrtum** verneint. Dass den Bekl., wie das BerGer. angenommen hat, „nur“ Fahrlässigkeit zur Last fällt, lässt ihre Pflichtverletzung jedoch nicht in einem wesentlich milderem Licht erscheinen. Für die Beeinträchtigung der Interessen des Vermieters ist es ohnehin ohne Bedeutung, ob die verspätete Zahlung auf einem verschuldeten Rechtsirrtum oder auf einer sonstigen Nachlässigkeit des Mieters beruht.“ (BGH aaO)

Fraglich ist, welche Relevanz es hat, dass die Bekl. der Kl. – nach der ersten Kündigung – gestattet haben, einen Teilbetrag von 520 Euro aus der (überhöhten) Kauti als Vorauszahlung auf künftige Mietzahlungen zu verwenden.

„[Dies kann] angesichts einer Miete von 1330 Euro monatlich und der dauernden und gravierenden Zahlungsverzögerungen nicht maßgeblich zu Gunsten der Bekl. ins Gewicht fallen. Sonstige Umstände, die bei der Gesamtabwägung im Rahmen des § 543 I BGB zu Gunsten der Bekl. zu berücksichtigen wären, sind vom BerGer. nicht festgestellt und auch nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

3. Ergebnis

Mietverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Kl. vom 19.01.2009 beendet worden. Die Kl. war angesichts des seit Mai 2007 andauernden und trotz wiederholter Abmahnungen der Kl. fortgesetzten vertragswidrigen Verhaltens der Bekl., die die Miete jeweils erst zur Monatsmitte und deshalb mit erheblicher Verspätung entrichteten, zur Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 543 I, III BGB befugt.

II. Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Kauti

Es könnte ein Anspruch auf Rückzahlung der überzahlten Kauti bestehen.

1. Anspruch entstanden

Als Anspruchsgrundlage kommt § 812 I 1 1. Fall BGB in Betracht. Dann müsste die Klägerin ohne Rechtsgrund etwas durch Leistung der Bekl. zu 1 erlangt haben.

a) etwas erlangt

Die Klägerin hat hier durch die Zahlung von 6 Monatsmieten Kauti einen vermögenswerten Vorteil erlangt.

b) durch Leistung der Beklagten

Die Beklagte hat durch die Zahlung an die Klägerin diese Vermögensmehrung auch bewusst und zweckgerichtet auf die Erfüllung der vermeintlichen vertraglichen Verpflichtung vorgenommen, so dass eine Leistung im Sinne der Vorschrift vorliegt.

c) ohne Rechtsgrund

Die Leistung müsste aber auch ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Nach der Vorstellung der Beklagten lag die vertragliche Vereinbarung über die Leistung einer Kauti in Höhe von 6 Monatsmieten der Zahlung zugrunde.

„Die Kautionsvereinbarung war gem. §§ 551 I, IV, 134, 139 BGB unwirksam, soweit sie über die bei einem Mietverhältnis über Wohnraum maximal zulässige Höhe von drei Monatsmieten hinausging.“ (BGH aaO)

Die Zahlung ist daher in Höhe von 3 Monatsmieten ohne Rechtsgrund erfolgt, so dass die Voraussetzungen für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung vorliegen.

2. Anspruch durchsetzbar

Da der Anspruch auch nicht untergegangen ist, stellt sich die Frage, ob er durchsetzbar ist. Der Durchsetzbarkeit könnte hier die Einrede der Verjährung entgegenstehen.

a) Verjährungsfrist

Der Bereicherungsanspruch des § 812 I 1 1. Fall BGB unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährung nach § 195 BGB.

b) Beginn der Verjährungsfrist

Nach § 199 I BGB beginnt die Verjährungsfrist des § 195 BGB zu laufen, mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

*„Nach der Rechtsprechung des BGH **genügt** es jedoch, wenn der Gläubiger die **tatsächlichen Umstände kennt**, aus denen sich für einen rechtskundigen Dritten der Anspruch ergibt. Bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Leistung liegt die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis des Gläubigers vor, wenn er von der Leistung und vom Fehlen des Rechtsgrunds weiß, d. h. von den **Tatsachen, aus denen dessen Fehlen** folgt. Eine zutreffende rechtliche Würdigung setzt § 199 Nr. 2 BGB hingegen nicht voraus (BGHZ 175, 161 = NJW 2008, 1729 = NZM 2008, 372 Rn 26; NJW-RR 2010, 1574 Rn 12; NJW-RR 2008, 1237 Rn 7). Eine Ausnahme wird lediglich für die Fälle in Betracht gezogen, in denen es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag (BGH, NJW-RR 2008, NJW-RR Jahr 2008 Seite 1237 m. w.N.).“ (BGH aaO)*

Es kommt daher für den Beginn der Verjährungsfrist nicht auf die Erlangung der rechtlichen Erkenntnis von der Anspruchsentstehung an.

*„Der Bereicherungsanspruch der Bekl. zu 1 ergibt sich daraus, dass sie für eine Wohnung eine **Kautionszahlung erbracht** hat, die den Betrag von **drei Monatsmieten** übersteigt; diese Umstände waren der Bekl. zu 1 bei Zahlung der Kauti*
*kannte und ihr deshalb **bewusst war**, dass ihr ein **Rückforderungsanspruch zusteht**, ist **nicht entscheidend**. Wie ausgeführt, ist die zutreffende rechtliche Einordnung eines Sachverhalts durch den Gläubiger nicht erforderlich. Auch aus der vom BGH herangezogenen Rechtsprechung des BGH zum Verjährungsbeginn bei Amtshaftungsansprüchen ergibt sich nichts anderes, denn auch dort kommt es allein auf die Kenntnis der Tatsachen an, aus denen auf eine Pflichtwidrigkeit der Amtshandlung zu schließen ist, nicht aber auf die zutreffende rechtliche Einordnung. Der Ausnahmefall einer unklaren Rechtslage liegt hier offensichtlich nicht vor.“ (BGH aaO)*

Die Verjährung begann daher mit dem Ende des Jahres 2005 zu laufen und lief Ende 2008 ab. Daher war der Anspruch auf Rückzahlung der überzahlten Kauti bei Erhebung der Widerklage verjährt. Die Klägerin ist vor Ablauf der Kautionsabrechnungsfrist nach Rückerhalt der Wohnung zu einer Kautionserstattung nicht verpflichtet.

(BGH in NJW-RR 2011, 1492; Urteil vom 11.3.2011 - 28 O 151/11)

1. Auch **juristischen Personen** kann ein allgemeiner Persönlichkeitsschutz zukommen.
2. Werden in einem Roman **unwahre Tatsachen über eine real existierende** und zu identifizierende Person dargestellt, so ist dies ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.
3. Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht sind in einer **einzelfallbezogenen Abwägung** miteinander in Ausgleich zu bringen.
4. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob der Autor eine **neue ästhetische Wirklichkeit** geschaffen hat.

Fall: Die Parteien streiten über die Zulässigkeit einer Darstellung des Verfügungskl. in dem Buch „L und H“ des Autors X, das bei der Verfügungsbekl. in deutscher Sprache verlegt wird und dessen Erstverkauf für den 16. 3. 2011 angekündigt ist. Der Verfügungskl. ist ein ... Verein i. S. der Art. 60 ff. SchweizZGB. Der Verein hat es sich zur Aufgabe gemacht, todkranken Menschen Strehilfe zu leisten. Dies ist in der Schweiz legal, wenn keine Absicht besteht, mit dieser Tätigkeit Gewinne zu erzielen. Ergänzend wird auf die Internetdarstellung des Verfügungskl. und die vorgelegten Auszüge aus dem Internetlexikon „W“ Bezug genommen. Die Verfügungsbekl. ist ein in ... ansässiger Verlag, der unter anderem die Bücher des französischen Autors X in deutscher Übersetzung verlegt. Unter anderem verlegte die Verfügungsbekl. auch das im Jahr 2001 erschienene Buch E, mit dem der Autor in Deutschland Bekanntheit erlangte. Alle in deutscher Sprache veröffentlichten Bücher des Autors X erschienen bei der Verfügungsbekl. Der Autor X verfasste unter dem französischen Originaltitel den Roman M, der zunächst in Frankreich erschien. Das Buch schildert das Leben der fiktiven Figur des J, eines Malers. Auch real existierende Personen werden in die Handlung des Buches einbezogen. So nennt sich der Schriftsteller auch selbst und wird im Rahmen der fiktiven Handlung des Romans Opfer eines grausamen Mordes. In dem 14. Kapitel des französischsprachigen Buches wird auch über einen Verein namens E berichtet. Dabei wird der Name des Verfügungskl. genannt und es wird ein ehemaliger Standort, an dem der Verfügungskl. so genannte Sterbebegleitungen durchführte, detailgetreu beschrieben. Nachdem der Generalsekretär des Verfügungskl. Kenntnis von dem Inhalt des französischsprachigen Buches erlangt hatte, wandte er sich mit E-Mail vom 26. 12. 2010 an die Verfügungsbekl. Der Verfügungskl. ließ die Verfügungsbekl. mit Schreiben vom 1. 2. 2011 durch seine Prozessbevollmächtigten abmahnen und zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auffordern. Die Verfügungsbekl. wies die Ansprüche zurück. Der Verfügungskl. beantragte die Verurteilung zur Unterlassung von Textpassagen. Ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begründet?

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt voraus, dass ein Verfügungsgrund vorhanden ist und ein Verfügungsanspruch besteht.

I. Verfügungsgrund

*„Das Vorliegen eines Verfügungsgrundes i. S. von §§ 935, 940 setzt voraus, dass der Erlass der einstweiligen Verfügung **notwendig** ist, zum Beispiel zur **Abwendung wesentlicher Nachteile**. Es handelt sich um eine besondere Form des Rechtsschutzbedürfnisses; sein Vorliegen ist auf Grund objektiver Betrachtungsweise zu beurteilen, wobei die schutzwürdigen Interessen beider Seiten gegeneinander abzuwägen sind. Eine **Selbstwiderlegung der Dringlichkeit** und damit das Entfallen eines Verfügungsgrundes ist anzunehmen, wenn der Verfügungskl. trotz eines ursprünglich bestehenden Regelungsbedürfnisses **zu lange zugewartet** hat, bevor er die einstweilige Verfügung beantragt hat (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 940 Rn. 4, m. w.N.).“* (LG Köln aaO)

Fraglich ist im vorliegenden Fall, ob nicht eine solche Selbstwiderlegung anzunehmen ist. Der Verfügungskl. hat seit dem 26.12.2010 bis Ende Januar 2011 zugewartet, bevor er sich überhaupt mit der Angelegenheit weiter befasste. Wie sich aus der E-Mail vom 26.12.2010 ergibt, hatte der Verfügungskl. von den einzelnen Äußerungen, die Gegenstand der Veröffentlichung in Deutschland (in deutscher Übersetzung) werden sollten, **konkrete Kenntnis**. Auch war dem Verfügungskl. **bewusst**, dass das streitgegenständliche Buch von der Verfügungsbekl. veröffentlicht werden konnte. Dies hätte er ohne weiteres überprüfen können, indem er die Internetseite der Verfügungsbekl. in Augenschein genommen hätte, auf der die **Veröffentlichung seit Anfang Dezember 2010 angekündigt** war. Dass dies ohne weiteres möglich gewesen wäre, zeigt sich bereits daran, dass der Verfügungskl. Ende Januar auf eben diesem Weg die Kenntnisse erlangte. Der Generalsekretär des Verfügungskl. fand jedoch bis Ende Januar 2011 keine Zeit, sich mit der Sache weiter zu befassen. Damit hat der Verfügungskl. die Dringlichkeit selbst widerlegt.

*„Auch wenn in diesem Bereich bestimmte Fristen nach ständiger Rechtsprechung des OLG Köln nur als Anhaltspunkt dienen können, ist die **Dringlichkeit in der Regel nicht anzunehmen**, wenn der Unterlassungsgläubiger*

ohne zwingende Gründe einen Zeitraum von **mehr als einem Monat** bis zur Antragstellung verstreichen lässt (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2010, GRUR-RR Jahr 2010 Seite 493). Zwei Monate bis zur Anbringung des Eilantrags sind nach diesen Maßstäben selbst unter Berücksichtigung der Postlaufzeiten nicht mehr als angemessener Zeitraum anzusehen, zumal der Generalsekretär selbst eingeräumt hat, sich wegen anderer Angelegenheiten mehr als einen Monat (von Ende Dezember 2010 bis Ende Januar 2011) mit der Sache nicht auseinander gesetzt zu haben. Durch dieses Verhalten hat der Verfügungskl. gezeigt, dass der Erlass der einstweiligen Verfügung aus seiner Sicht nicht so dringlich ist, dass dies ein Verbot im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens rechtfertigt.“ (LG Köln aaO)

Ein Verfügungsgrund besteht daher nicht.

II. Verfügungsanspruch

Ein Verfügungsanspruch könnte sich aus §§ 823, 1004 BGB ergeben. Ein Unterlassungsanspruch besteht über die in § 1004 BGB geregelten Fälle hinaus immer dann, wenn ein sonstiges Recht des § 823 BGB zu schützen ist (sog. quasinegatorischer Unterlassungsanspruch).

Hier könnte die Verfügungsbekl. in das Persönlichkeitsrecht des Verfügungskl. durch die Veröffentlichung des streitgegenständlichen Buches rechtswidrig eingreifen.

1. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

a) Eingriff in den sachlicher Schutzbereich

„Die individuelle Betroffenheit des Verfügungskl. in presserechtlicher Hinsicht setzt voraus, dass die **Darstellung sich mit ihm als Subjekt** befasst. Die dafür vorausgesetzte Erkennbarkeit besteht vorliegend bereits auf Grund der **namentlichen Erwähnung** des Verfügungskl. Sie ist aber auch auf Grund der weiteren **individualisierenden Merkmale** – beispielsweise die Schilderung der Tätigkeit des Verfügungskl. und der Lage seiner Räumlichkeiten – gegeben (vgl. Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. [2003], Kap. 12 Rn 43).“ (LG Köln aaO)

b) Geltung für die Verfügungskl. als juristische Person

Fraglich ist allerdings, ob die Verfügungskl. als juristische Person sich auf den Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen kann.

„Zwar hat das BVerfG den Umfang der verfassungsrechtlichen **Fundierung** der einfachrechtlich als **Unternehmenspersönlichkeitsrecht** oder **Persönlichkeitsschutz der juristischen Person** umschriebenen Rechtspositionen bislang im Wesentlichen offen gelassen (vgl. dazu BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619). Es ist im Grundsatz jedoch anerkannt, dass auch **juristischen Personen ein allgemeiner Persönlichkeitsschutz zukommen** kann (etwa BGH, NJW 1994, NJW Jahr 1994 Seite 1281 [NJW Jahr 1994 Seite 1282]), wobei den Interessen der Verfügungskl. über Art. 2 I GG und Art. 12 GG verfassungsrechtlicher Schutz gewährleistet werden kann (vgl. BVerfGE 105, 252 = NJW 2002, 2621 [2622]). An dem durch Art. 2 I GG geschützten Persönlichkeitsbereich nimmt die juristische Person nämlich insoweit teil, als sie aus ihrem Wesen und ihren Funktionen dieses Schutzes bedarf, weil sie **in ihrem sozialen Geltungsbereich** betroffen ist (vgl. BGH, NJW 1994, NJW Jahr 1994 Seite 1281 [NJW Jahr 1994 Seite 1282]). Dies trifft grundsätzlich auf den Verfügungskl. zu, da gerade seine Aufgabe im Rahmen der so genannten Sterbebegleitung Gegenstand der streitgegenständlichen Äußerungen ist.“ (LG Köln aaO)

Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegt durch die streitgegenständliche Darstellung in dem betreffenden Roman daher vor.

2. Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Dieser Eingriff müsste auch rechtswidrig sein. Dies setzt voraus, dass die Verfügungskl. **nicht verpflichtet** ist, den Eingriff **zu dulden**. Hierzu könnte sie jedoch verpflichtet sein, wenn sich der Verfügungsbekl. wirksam auf die in Art. 5 III GG verankerte Kunstfreiheit berufen kann. Insofern ist eine **kunstspezifische Betrachtungsweise** des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Verfügungskl. als juristischer Person erforderlich.

„Wenn zu prüfen ist, ob ein dem Schutz des Art. 5 III unterstehendes Kunstwerk die Persönlichkeitsrechte einer juristischen Person beeinträchtigt, kommt es auf eine Interpretation des Aussagegehalts dieses Kunstwerks an. Bei dieser Interpretation sind die **Besonderheiten der künstlerischen Ausdrucksform** zu berücksichtigen.“ (LG Köln aaO)

a) Buch als Kunstwerk

Zunächst müsste das betreffende Buch überhaupt als dem Schutz von Art. 5 III GG unterfallendes Kunstwerk anzusehen sein.

aa) Wertungsmaßstäbe

„Ein Kunstwerk wie das Buch „L und H“ strebt eine gegenüber der „realen“ Wirklichkeit **verselbstständigte Realität** an, in der die reale Wirklichkeit auf der ästhetischen Ebene in einem neuen Verhältnis zum Individuum bewusster erfahren wird. Die erforderliche Abwägung kann nicht allein auf die Wirkungen eines Kunstwerks im außerkünstlerischen Sozialbereich abheben, sondern muss auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung tragen. Die Entscheidung darüber, ob durch die **Anlehnung der künstlerischen Darstellung an Persönlichkeitsdaten der realen Wirklichkeit** ein der Veröffentlichung des Kunstwerks entgegenstehender schwerer Eingriff in den schutzwürdigen Persönlichkeitsbereich des Dargestellten zu befürchten ist, kann nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls getroffen werden. Dabei ist zu beachten, ob und inwieweit das „**Abbild**“ gegenüber dem „**Urbild**“ durch die künstlerische Gestaltung des Stoffs und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Kunstwerks **so verselbstständigt** erscheint, dass das Individuelle, Persönlich-Intime zu Gunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der „Figur“ objektiviert ist. Wenn eine solche, das Kunstspezifische berücksichtigende Betrachtung jedoch ergibt, dass der Künstler ein „Porträt“ des „Urbilds“ gezeichnet hat oder gar zeichnen wollte, kommt es auf das **Ausmaß der künstlerischen Verfremdung** oder den Umfang und die Bedeutung der „Verfälschung“ für den Ruf des Betroffenen an (BVerfGE 30, 173 [195, 198] = NJW 1971, 1645 – Mephisto). Die Kunstfreiheit wird umso eher Vorrang beanspruchen können, je mehr die **Darstellungen des Urbilds künstlerisch** gestaltet und in die Gesamtkonzeption des Kunstwerks eingebettet sind (vgl. BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 = GRUR 2007, 1085 [1089] – Roman „Esra“; BVerfGE 30, 173 [195] = NJW 1971, 1645 – Mephisto; BGH, NJW 2005, 2844 [2847] – Esra.“ (LG Köln aaO)

bb) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall danach von einem Kunstwerk auszugehen ist.

„Ein künstlerisches Werk wie das streitgegenständliche Buch ist zunächst als **Fiktion** anzusehen, das **keinen Faktizitätsanspruch** erhebt. Die Vermutung der Fiktionalität gilt im Ausgangspunkt auch dann, wenn hinter den **Figuren reale Personen als Urbilder erkennbar** sind (vgl. BVerfGE, GRUR-RR 2008, 206 [207] – Ehrensache; BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 = GRUR 2007, 1085 – Roman „Esra“). Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass wesentliche Bezüge zu dem Verfügungskl. zutreffend wiedergegeben werden.

Ungeachtet des Umstands, dass die streitgegenständlichen Ausführungen des Buchs – wie auch sonst viele künstlerische Werke aus der Literatur – zwar an die Realität anknüpft, hat der Autor dabei aber eine **neue ästhetische Wirklichkeit** geschaffen. Dies ist hinsichtlich des Buches „L und H“ bereits deshalb anzunehmen, weil hier die **rein fiktive Geschichte des Malers J** beschrieben wird. Dieser findet sich in einer Realität wieder und trifft zahlreiche real existierende Personen, wie beispielsweise den Autor des Buchs selbst. Die Erlebnisse der Hauptperson sind **frei erfunden**. Anknüpfungspunkte zur Realität sind insoweit zunächst nicht vorhanden. Aber auch die Erlebnisse der realen Personen stimmen nicht mit der Wirklichkeit überein. So wird der Autor des Buches nach dem fiktiven Inhalt im Laufe der Geschichte bestialisch ermordet.“ (LG Köln aaO)

Nach diesen Maßstäben stellt das von der Verfügungsbekl. herausgegebene Buch „L und H“ ein Kunstwerk dar, das Ausdruck einer freien schöpferischen Gestaltung ist, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Autors durch die Sprache zu Anschauung gebracht werden.

„Damit unterliegt das Buch **insgesamt dem Schutz der durch Art. 5 III GG** gewährleisteten Kunstfreiheit. Auf die künstlerische Qualität eines Werkes kommt es nicht an (BVerfGE, NJW 1975, 1883). Künstlerisches Schaffen ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers. Knüpft erzählende Kunst an Vorgänge der Wirklichkeit an, ist entscheidend, ob die **Realität aus den geschichtlichen Zusammenhängen gelöst** und in neue Beziehungen gebracht wird, für die nicht die Realitätsthematik, sondern das künstlerische Gebot der anschaulichen Gestaltung im Vordergrund steht (Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung Rn. 3.2; OLG Hamburg, NJW-RR 2007, 1268 = ZUM 2007, 479).“ (LG Köln aaO)

b) Ausgleich zwischen Kunstfreiheit zum allgemeinem Persönlichkeitsrecht

Es stehen sich damit zwei von der Verfassung geschützte Grundwerte gegenüber, die miteinander in Ausgleich zu bringen sind.

aa) Wertungsmaßstäbe

Fraglich ist, nach welchen Maßstäben ein Ausgleich zwischen den Rechtspositionen mit Verfassungsrang zu schaffen ist.

„Stehen sich der Persönlichkeitsschutz auf der einen Seite und die Freiheit eines Buchautors auf der anderen Seite gegenüber, so hat die Lösung davon auszugehen, dass nach dem Willen der Verfassung **beide Verfassungswerte essenzielle Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Ordnung** des Grundgesetzes bilden, so dass grundsätzlich keine von ihnen einen Vorrang beanspruchen kann. Vielmehr ist unter **Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung** und der besonderen **Umstände des Einzelfalls** zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat.

Bei der erforderlichen Abwägung muss auf der einen Seite die **Intensität des Eingriffs** in den Persönlichkeitsbereich durch die Auswertung des Buchs und auf der anderen Seite das **konkrete Interesse, dessen Befriedigung die Darstellung dient** und zu dienen geeignet ist, bewertet werden (OLG München, NJW-RR 2008, 1220 [1222]). **Je stärker** der Autor eine Darstellung von ihrem Urbild löst und zu in einer erdachten Realität **verselbstständigt** („verfremdet“; vgl. BVerfGE 30, 173 [195] = NJW 1971, 1645 – Mephisto), **umso mehr** wird ihm eine **kunstspezifische Betrachtung** zu Gute kommen. Dabei geht es bei solcher Fiktionalisierung nicht notwendig um die völlige Beseitigung der Erkennbarkeit, sondern darum, dass dem Leser oder Zuschauer deutlich gemacht wird, dass er nicht von der Faktizität des Erzählten ausgehen soll (BGH, NJW 2008, 2587 [2588]).“ (LG Köln aaO)

bb) Anwendung auf den Fall

Für einen verfassungskonformen Ausgleich der Verfassungswerte untereinander kommt es daher auf der einen Seite auf die **Intensität des Eingriffs** und auf der anderen Seite um den **Grad der Fiktionalisierung** sowie der **Relevanz für die Erzählung**.

(1) Intensität des Eingriffs

„Im Rahmen der Abwägung ist jedoch zu Gunsten des Verfügungskl. zu berücksichtigen, dass **zahlreiche Tatsachenbehauptungen**, die den Verfügungskl. bzw. dessen Tätigkeiten umschreiben, **nicht den Tatsachen entsprechen**. [Wird ausgeführt].

Die ... **unwahren Tatsachenbehauptungen** führen dennoch zu **keinem schwerwiegenden Eingriff** in das Persönlichkeitsrecht des Verfügungskl. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Verfügungskl. einen Schutz des Persönlichkeitsrechts lediglich als juristische Person genießt. Insoweit ist davon auszugehen, dass sich **juristische Personen nur begrenzt auf den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen** können (vgl. BGH, NJW 1994, 1281). Denn eine Ausdehnung der Schutzwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über natürliche Personen hinaus auf juristische Personen ist nur insoweit gerechtfertigt, als sie aus ihrem Wesen als Zweckschöpfung des Rechts und ihren Funktionen dieses **Rechtsschutzes bedürfen** (vgl. BGH, NJW 1994, 1281).

(2) Grad der Fiktionalisierung

„Auch weist der Autor des Buchs **ausdrücklich im Nachsatz** darauf hin, dass das Buch eine **fiktive Geschichte** beinhaltet und er sich die Freiheit genommen hat, die Realität zu verfremden und in die von ihm erzählte Geschichte einzufügen. Bereits hieraus wird der Rezipient den Schluss ziehen, dass die Darstellung des Romans in weiten Teilen fiktiv ist. Dies gilt auch für die Darstellung des Verfügungskl. Denn dieser wird bewusst und erkennbar in einer **erheblich überzogenen Form beschrieben**.“ (LG Köln aaO)

(3) Relevanz für die Erzählung

„Der Verfügungskl. bzw. das Thema der Euthanasie stehen in erheblichem Umfang **im Licht der Öffentlichkeit** und führen zu einer **breiten gesellschaftlichen Auseinandersetzung**. Vor diesem Hintergrund besteht grundsätzlich ein berechtigtes Interesse an Darstellung der Tätigkeiten des Verfügungskl.“ (LG Köln aaO)

(4) Abwägung

„Berücksichtigt man im Zusammenhang mit der Darstellung des Verfügungskl., dass zwischen dem Maß, in dem das Kunstwerk eine von der Wirklichkeit abgelöste ästhetische Realität schafft und der Intensität der Verletzung des Persönlichkeitsrechts eine Wechselbeziehung dahingehend besteht, dass, **je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer die Beeinträchtigung** des Persönlichkeitsrechts wiegt (BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 – Roman „Esra“), so ergibt die Abwägung mit der entgegenstehenden Kunstfreiheit unter Berücksichtigung aller dargestellten Merkmale im Sinne einer Gesamtbetrachtung, dass der Verfügungskl. die verfälschende Darstellung seiner Tätigkeiten **im Ergebnis hinzunehmen hat**.“ (LG Köln aaO)

StGB

Notwehr

StGB

§§ 32 II, 33

Erforderlichkeit der Verteidigung bei Intensivierung des Angriffs

(BGH in NSTz 2011, 630; Beschluss vom 01.03.2011 – 3 StR 450/10)

1. **Nimmt der Täter**, der sich in einer Notwehrlage befindet, **irrig eine unmittelbar bevorstehende Intensivierung des** bereits in Gang befindlichen **rechtswidrigen Angriffs an**, so **ist sein Handeln** zunächst **allein nach den Grundsätzen des Erlaubnistatbestandsirrtums zu beurteilen**.
2. Es ist jedoch zu **prüfen, ob der (vermeidbare) Irrtum auf** einem der in § 33 StGB genannten **asthenischen Effekte beruht**.

A. Grundlagenwissen: Der Putativnotwehrexzess

- I. Nach § 33 StGB bleibt derjenige, die **Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet, straffrei**.

Erfasst ist damit nur der **intensive Notwehrexzess**, d. h. der Fall, in dem die Abwehrhandlung des Täters gegenüber einem wirklichen rechtswidrigen Angriff die Grenzen der Erforderlichkeit überschreitet (h. M., z. B. BGH NSTz 1983, 453; BGH NSTz 1987, 20; Lackner, StGB, 16. Aufl., § 33 Anm. 2).

Strafbefreiung nach § 33 StGB ist aber auch dann noch möglich, wenn bei der das erforderliche Maß überschreitenden Notwehrhandlung die Intensität des Angriffs bereits nachgelassen hat oder die unmittelbare Wiederholung des Angriffs zu befürchten ist (BGH NJW NSTz 1987, 20).

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die in § 33 StGB genannten Affekte ein Ausmaß erreicht haben, das zu einer **wesentlichen Verkennung der tatsächlichen Umstände** hätte führen können.

Hat der Verteidiger sich über das Ausmaß einer von einem rechtswidrigen Angreifer drohenden Gefahr oder das zu ihrer Beseitigung erforderliche Mittel infolge einer auf tatsächlichem Gebiet liegenden Fehlvorstellung geirrt, so kommt ein nach § 16 I StGB exkulpirer Irrtum über Tatumstände in Betracht, und zwar unabhängig davon, auf welchen Gründen er beruht.

- II. Ein **Putativnotwehrexzess** ist hingegen dann gegeben, wenn jemand sich **irrtümlich einen rechtswidrigen Angriff vorstellt und dabei** aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken mit seiner „Abwehrhandlung“ die **Grenzen der erforderlichen Verteidigung überschreitet**, die ihm bei bestehender Notwehrlage erlaubt gewesen wäre.
- III. Der Putativnotwehrexzess und der Erlaubnistatbestandsirrtum überschneiden sich zwar, eine **klare Abgrenzung** ist aber **im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen erforderlich**: Der **Erlaubnistatbestandsirrtum entlastet** nach h. M. **vom Vorsatzunrecht**, während der **Putativnotwehrexzess unbeachtlich** ist. Die Regelung des **§ 33 StGB ist keine typisierte Erlaubnistatbestandsregelung** (a. A.: Frister, Die Struktur des „voluntativen Schuldlements“, 1993, 229).
 1. Anders als beim extensiven Notwehrexzess ergibt sich beim **Putativnotwehrexzess** bereits aus dem Wortlaut und aus dem Gesetzeszusammenhang, dass es sich **nicht um einen Anwendungsfall des § 33 StGB** handelt, denn es liegt keine Notwehr vor und es hat auch nie eine Notwehrlage bestanden, so dass der Bereich der gerechtfertigter Abwehrhandlung auch nicht überschritten werden kann. Es wäre nicht nachzuvollziehen, wenn eine vermeidbare Putativnotwehr strafbar wäre, ihre schuldhafte Überschreitung aber straffrei bliebe (Roxin, FS Schaffstein 1975, 105, 119; Roxin AT/I § 22 Rn 95).
 2. Nicht entschuldigt ist also, wer im asthenischen Affekt unbeteiligte Dritte verletzt (BGH NSTz 2002, 141; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, StGB, § 33 Rn 10), denn die **Regelung des § 33 StGB ist auf diesen Fall weder direkt noch analog anwendbar**. Bereits dem Wortlaut der Vorschrift ist für die Behandlung solcher Konstellationen nichts zu entnehmen. Gleichwohl folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, dass in diesen Fällen eine Entschuldigung nicht durchgreifen kann, denn der Exzess trifft einen unbeteiligten Dritten, der am Konflikt keine Schuld trägt

(MüKo-StGB/Erb, § 33 Rn 25 m. w. Nachw.). Die Drittwirkung kann im Einzelfall daher allenfalls nach § 34 StGB gerechtfertigt bzw. nach § 35 StGB entschuldigt sein.

B. Erforderlichkeit einer Verteidigungshandlung bei Angriffsintensivierung (BGH NSTZ 2011, 630)

Fall: Dem Angekl. mussten im Jahre 2005 wegen arterieller Durchblutungsstörungen am rechten Bein ein Bypass gelegt und 2 Zehen amputiert werden. Seitdem ist er auf die Einnahme blutgerinnungshemmender Medikamente angewiesen. Gleichwohl wurden in der Folge an der Arteria femoralis superficialis langstreckige Verschlüsse und ein teiltrombiertes Aneurisma mit einem Durchmesser von ca. 5 cm diagnostiziert, die dringend der operativen Behandlung bedürfen.

Der Angekl. wohnte in einem größeren Wohnkomplex, in welchem es regelmäßig zu Ruhestörungen, Körperverletzungen, Drogendelikten und entsprechenden Polizeieinsätzen kam.

In der Tatnacht gegen 23 Uhr vernahm der Angekl. erheblichen Lärm aus der Wohnung des Zeugen W, in der sich mehrere Personen aufhielten, die bei offener Wohnungstür Alkohol und Drogen konsumierten, grölten und laute Musik spielten. Auf die Bitte des Angekl. sorgte der Zeuge W für Ruhe, worauf der Angekl. sich schlafen legte. Gegen 0.45 Uhr erwachte der Angekl., weil erneut laute Musik aus der geöffneten Wohnungstür des Zeugen W drang. Schlaftrunken und erheblich verärgert entschloss sich der Angekl., dessen Wohnung aufzusuchen, um für Ruhe zu sorgen und nötigenfalls den Stecker der Musikanlage zu ziehen. Die Einschaltung der Polizei hielt er nicht für angebracht, weil er mit dem Zeugen stets reden können. Im Bewusstsein der erlebten Polizeieinsätze und aus Angst vor den unbekanntenen Gästen des Zeugen steckte er zu seinem Schutz ein zusammengeklapptes in die vordere Tasche der von ihm getragenen Jogginghose.

Der Zeuge W war indes nach Alkoholkonsum zwischenzeitlich eingeschlafen. In dessen Wohnung fand der Angekl. lediglich noch die Zeugen Z1 und Z2 ansprechbar. Im Wohnungsflur stehend forderte er den Zeugen Z1 auf, die Musik leiser zu stellen. Dieser trat auf den Angekl. zu, verwickelte ihn zunächst in eine verbale Auseinandersetzung und versuchte schließlich, ihn aus der Wohnung zu drängen. Hieraus entwickelte sich ein Handgemenge und ein Schubsen. Nun entschloss sich der im Wohnzimmer befindliche Zeuge Z2, in das Geschehen „einzugreifen“. Er stand auf und „schoss regelrecht“ am Zeugen Z1 vorbei in Richtung des Angekl., wobei er mit den Armen gestikuliert. Obwohl die beiden Zeugen zu keinem Zeitpunkt beabsichtigten, den Angekl., der die Wohnung nicht freiwillig verlassen wollte, zu schlagen oder zu verletzen, fühlte dieser sich nun bedroht. Er fürchtete, gewaltsam aus der Wohnung des Zeugen W „herauskatapultiert“ zu werden und infolge dessen zu stürzen oder gegen die Wand des Etagenflurs zu prallen, was ihm wegen seines Gesundheitszustandes Angst bereitete. Er meinte, einem solchen Angriff durch ungezielte Messerstiche in Richtung der Zeugen begegnen zu dürfen. Deshalb zog er das Klappmesser hervor, öffnete es gleichzeitig und stach in unmittelbarer zeitlicher Abfolge zweimal ungezielt, aber heftig in Richtung der Zeugen. Der Zeuge Z1 wurde an der linken Halsseite getroffen und erlitt dort eine etwa 3 cm tiefe Stichwunde. Der Zeuge Z2 erhielt einen Stich in den rechten Oberbauch, der zwischen den Leberlappen hindurchging.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. rechtswidrig gehandelt hat, weil er sich nicht auf eine **Notwehrlage nach Maßgabe des § 32 StGB** berufen kann.

- I. Der Angekl. befand sich **objektiv** in einer **Notwehrlage**, weil der Zeuge Z2 versuchte, ihn mittels körperlicher Gewalt zum Verlassen der Wohnung des Zeugen W zu zwingen, denn hierdurch hat er den Angekl. rechtswidrig angegriffen (§ 240 StGB; § 32 II StGB).

Das Handeln des Zeugen Z2 war insbes. nicht durch **Nothilfe** zugunsten des Zeugen W gerechtfertigt, denn der Angekl. ist weder widerrechtlich in dessen Wohnung eingedrungen noch hat er unberechtigt darin verweilt (§ 123 I StGB).

„Inhaber des Hausrechts war der Zeuge W. Dass dessen Wille einem Betreten seiner Wohnung durch den Angekl. aus gegebenem Anlass entgegenstand, [konnte] nicht festgestellt [werden]. Angesichts des Verhaltens des Zeugen W anlässlich der vorangegangenen Ruhestörung und seines sachlichen Verhältnisses zum Angekl. liegt dies auch nicht nahe. Schon deshalb konnte die vom Zeugen Z2 als Drittem (vgl. hierzu Fischer, StGB, 58. Aufl., § 123 Rn 29) an den Angekl. gerichtete Aufforderung, die Wohnung zu verlassen, rechtlich keine Wirkung entfalten.“ (BGH aaO)

- II. In einer **objektiven Notwehrlage** befand sich der Angekl. aber auch **gegenüber dem Zeugen Z1**.

„Zwar hat das LG nicht ausdrücklich festgestellt, mit welchem Ziel sich dieser dazu entschloss, in das Geschehen „einzugreifen“, jedoch geht es nach dem Gesamtzusammenhang des Urteils von der nahe liegenden Annahme aus, er habe den Zeugen Z2 bei der Entfernung des Angekl. aus der Wohnung körperlich unterstützen wollen.“ (BGH aaO)

- III. Danach **irrte der Angekl. nicht über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrlage**. Vielmehr schloss er aus dem Eingreifen des Zeugen Z1 irrig auf eine unmit-

telbar bevorstehende Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs, den er durch den bislang geleisteten bloßen körperlichen Widerstand nicht mehr begegnen zu können glaubte.

1. Hält sich der Angegriffene in einem solchen Falle im Rahmen dessen, was in der von ihm angenommenen Situation zur Abwendung des Angriffs objektiv erforderlich und geboten gewesen wäre, so beurteilt sich sein Handeln zunächst allein nach den **Grundsätzen des Erlaubnistatbestandsirrtums**.

- Seine **Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung** ist nach § 16 I 1 StGB ausgeschlossen.
- **Bei Vermeidbarkeit des Irrtums** kommt gem. § 16 I 2 StGB die **Bestrafung wegen einer Fahrlässigkeitstat** in Betracht (Fischer aaO, § 16 Rn 22, § 32 Rn 51).

Zu **prüfen** bleibt dann, **ob** der (**vermeidbare**) **Irrtum auf** einem der in § 33 StGB genannten **asthenischen Affekte** – Verwirrung, Furcht oder Schrecken – **beruht**, denn hierdurch entfielen schuldhaftes Handeln. Anders als in dem Fall, dass der Täter die Fortsetzung eines bereits beendeten Angriffs annimmt (hierzu BGH NSTZ 2002, 141), ist die Anwendung dieser Vorschrift nicht ausgeschlossen, denn die objektive Notwehrlage dauert fort (vgl. BGH NSTZ 1987, 20).

Ist sich der **Angegriffene** demgegenüber **bewusst, dass** seine **Verteidigungshandlung über das hinausgeht, was** zur Abwehr des (angenommenen) Angriffs i.S.v. § 32 II StGB **erforderlich gewesen wäre**, so **bleibt** es bei einer **vorsätzlichen rechtswidrigen Tat**.

Indes kommt ihm auch in diesem Falle der Schuldausschließungsgrund des § 33 StGB dann zugute, wenn er aus den in der Vorschrift genannten Gründen zur Überschreitung der Grenzen der Notwehr hingerissen worden ist (BGH NSTZ 1989, 474; Fischer aaO, § 33 Rn 8).

2. Ob die Messerstiche i.S.v. § 32 II StGB erforderlich gewesen wären, um einen Angriff abzuwehren, wie der Angekl. ihn befürchtete, kann BGH aaO mangels zureichender Darlegungen zur **inneren Tatseite** nicht überprüfen.

„Zwar geht das LG zutreffend davon aus, dass der Einsatz einer lebensgefährlichen Waffe jedenfalls gegenüber einem unbewaffneten Angreifer grds. zunächst anzudrohen ist. Indes teilt es nicht mit, ob der Angekl. überhaupt von einer Kampfplage ausging, in der es noch möglich und Erfolg versprechend gewesen wäre, zunächst mit dem Messer zu drohen (hierzu Fischer aaO, § 32 Rn 33 m. w. Nachw.). Angesichts der Feststellung, der Zeuge Z2 sei regelrecht auf den Angekl. zugeschossen, versteht sich dies nicht von selbst.“ (BGH aaO)

3. Der Auffassung, die Messerstiche wären jedenfalls nicht i.S.v. § 32 I StGB geboten gewesen, kann sich BGH aaO jedenfalls nicht anschließen.

„Der Angegriffene muss von einer erforderlichen Verteidigungshandlung nicht bereits dann absehen, wenn zwischen der dem Angreifer dadurch drohenden Rechtsgutverletzung und dem angegriffenen eigenen Rechtsgut ein Ungleichgewicht besteht. Rechtsmissbräuchlich und damit nicht mehr geboten ist eine Verteidigungshandlung vielmehr erst dann, wenn die jeweils bedrohten Rechtsgüter zueinander in einem unerträglichen Missverhältnis stehen, etwa wenn die – wie hier – Leib oder Leben des Angreifers gefährdende Handlung der Abwehr eines evident bagatellhaften, bloßem Unfug nahe kommenden Angriffs dient (vgl. Fischer aaO, § 32 Rn 39). Bei dem vom Angekl. befürchteten „Hinauskatapultieren“ mit der Gefahr nicht unerheblicher Verletzungen infolge eines Sturzes oder eines Aufpralls auf der Wand kann davon keine Rede sein.“ (BGH aaO)

(OLG München in NJW 2011, 3664; Beschluss vom 03.03.2011 – 2 Ws 87/11)

1. Die **Verbreitung von Stellungnahmen oder Gerüchten zu Finanzinstrumenten oder deren Emittenten**, insbes. die Abgabe von Kauf- oder Verkaufsempfehlungen über traditionelle oder elektronische Medien, **stellt** dann eine nach § 20 a I Nr. 3 WpHG **verbotene Marktmanipulation** in Form „sonstiger Täuschungshandlungen“ **dar, wenn**
 - sie **geeignet** ist, auf den inländischen **Börsen- oder Marktpreis** des Finanzinstruments **einzuwirken**, und
 - nicht gleichzeitig bestehende eigene Positionen hieran sowie der deshalb bestehende Interessenkonflikt eindeutig offen gelegt werden (sog. „Scalping“).
2. Die verbotene und nach §§ 38 II Nr. 1, 39 I Nr. 2 WpHG strafbare **Marktmanipulation in Form des „Scalping“** ist kein Unterlassungs-, sondern ein **Begehungsdelikt**.

Fall: Gegen den Angekl. A wird der Vorwurf der Marktmanipulation bzgl. der Aktien der S-AG erhoben. Er erwarb in Erwartung steigender Kurse 12.300 Aktien der S-AG über sein Konto bei der B-Bank zu Kursen von 1,85 bzw. 1,84 € gekauft. Bereits am Folgetag veröffentlichte der Mitangekl. B eine von dem Angekl. veranlasste und mit diesem inhaltlich abgestimmte dringende Kaufempfehlung, ohne auf die bestehenden spekulativen Positionen und die hierin liegende Interessenkollision hinzuweisen. Die hierdurch ausgelöste deutliche Kurssteigerung nützte der Angekl. unverzüglich aus und verkaufte die erst am Vortag gekauften Aktien unverzüglich zu Kursen zwischen 1,95 und 1,99 €.

Die Angekl. könnten sich wegen einer nach **§ 20 a I 1 Nr. 3 WpHG** verbotenen und nach **§§ 38 II Nr. 1 und I, 39 I Nr. 2 WpHG, § 25 II StGB** strafbaren **Marktmanipulation** in Mittäterschaft in Form „sonstiger Täuschungshandlungen“, die geeignet sind, auf den inländischen Börsen- oder Marktpreis eines Finanzinstruments einzuwirken, strafbar gemacht haben.

- I. Das dem Angekl. A zur Last gelegte sog. „**Scalping**“ **erfüllt** nach der Rspr. des BGH den **Tatbestand der „sonstigen Täuschungshandlungen“ nach § 20 a I Nr. 3 WpHG**, weil die Verbreitung von (Kauf- oder Verkaufs-)Empfehlungen (über traditionelle wie digitale Medien) stets auch die stillschweigende Erklärung beinhaltet, dass sie frei von sachfremden Zielen, insbesondere dem Ziel der eigennützigen Kursbeeinflussung sei.

vgl. BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285 = NZG 2004, 91, unter Verw. auf BGH, BGHR StGB § 263 Abs. 3 Täuschung 21 – Verschweigen einer Preisabsprache

- II. Der **Tatbestand der Kurs- und Marktmanipulation** ist somit **kein Unterlassungs-, sondern ein Begehungsdelikt**, mit dem den übrigen Marktteilnehmern durch Verschweigen der eigennützigen Zielsetzung vorgetäuscht wird, die abgegebene Empfehlung, Kommentierung oder sonstige Einflussnahme auf den Marktverlauf erfolge von neutraler Warte aus.

*„Entgegen der Auffassung der Verteidigung kommt es auch nicht darauf an, ob die Empfehlungen oder Kommentierungen nach fachlichem Urteil auf Grund der Marktsituation sachlich gerechtfertigt waren, weil die übrigen Marktteilnehmer bei dieser Sachlage – durch aktives Tun – über den eigentlichen Beweggrund der Einflussnahme in die Irre geführt werden sollten (BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285 = NZG 2004, 91). Es kann daher auch dahinstehen, ob die in anonymen Strafanzeigen behaupteten Verdachtsmomente gegen verantwortliche Mitarbeiter tatsächlich zutrafen oder nicht. Entscheidend ist allein, dass nach dem derzeitigen Ermittlungsstand der dringende Verdacht besteht, dass die Angekl. die Kursentwicklung mit verteilten Rollen jeweils unter Verschweigen ihres eigenen Kursinteresses gezielt beeinflussten, um so entsprechend ihrer Zielsetzung signifikant steigende oder signifikant fallende Kurse zu bewirken, um diese beim anschließenden Verkauf der eigenen Positionen gewinnbringend auszunutzen. Entscheidender Kern des Tatvorwurfs ist jeweils der **Umstand, dass die Beteiligten das Bestehen eigener Bestände an Aktien des jeweiligen Unternehmens und die hieraus sich zwangsläufig ergebende Interessenkollision nicht konkret offen gelegt haben.**“ (OLG München aaO)*

- III. Dieser **Offenbarungspflicht** sind die Angekl. **mit dem pauschalen Hinweis** darauf, dass Redakteure und Mitarbeiter der jeweiligen Publikation zum Zeitpunkt der Veröffentlichung Wertpapiere, die im Rahmen der Publikation besprochen werden, halten „können“, **nicht ausreichend nachgekommen**.

„Denn derartige Hinweise auf bloße „Möglichkeiten“ stellen lediglich einen **Hinweis auf eine bloße Selbstverständlichkeit** dar, da es keinem Redakteur einer Wirtschaftspublikation oder diesem nahestehenden Dritten grds. verboten ist, selbst in spekulative Wertpapiergeschäfte zu investieren. Allerdings ist es dann, wenn tatsächlich solche Positionen bestehen, nach § 20 a I 1 Nr. 3 WpHG i. V. mit § 4 III Nr. 2 MaKonV unzulässig, über Medien gerade zu diesen Wertpapieren oder deren Emittenten Stellungnahmen oder Gerüchte zu verbreiten, ohne zugleich den bestehenden Interessenkonflikt in angemessener und wirksamer Weise offen zu legen. Ein **konkret bestehender Interessenkonflikt muss** daher stets im Rahmen der medialen Äußerung **klar und eindeutig offenbart werden**. Ansonsten verbleibt nur die Möglichkeit, auf die mediale Verbreitung entsprechender Äußerungen zu verzichten, bis die dem Interessenkonflikt zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Positionen aufgegeben worden sind.

Insoweit folgt die deutsche Regelung dem das US-amerikanische Insiderrecht prägenden Grundsatz des „disclose or abstain“. Der Empfehlende hat entweder die **bestehende Interessenkollision offen zu legen** (disclose) oder sich eigenen Geschäften hinsichtlich des betreffenden Wertpapiers zu enthalten (abstain) (BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NSTz 2004, 285 = NZG 2004, 91, unter Hinw. auf Mennicke, Sanktionen gegen Insiderhandel, 1996, S. 253). Diesem Grundsatz genügen die vagen Hinweise des Besch. bzw. der sonstigen Tatbeteiligten nicht ansatzweise, da sie lediglich theoretische Möglichkeiten floskelhaft ansprechen, ohne auf die jeweils konkrete Interessenkollision einzugehen.“ (OLG München aaO)

IV. Die – wie zuvor beschrieben – jeweils nur **in theoretischer Form erteilten Hinweise auf mögliche Interessenkonflikte lassen auch nicht die subjektive Tatseite entfallen**.

„Die Tatbeteiligten kannten jeweils den bestehenden konkreten Interessenkonflikt, ohne ihn jedoch klar und konkret offen zulegen. Sie handelten somit in Kenntnis sämtlicher Tatumstände, also vorsätzlich. Ein **Tatbestandsirrtum** ist somit **nicht ersichtlich**.

Auch ein **Verbotsirrtum liegt weder in vermeidbarer noch gar in unvermeidbarer Form vor**: Dass die Angekl. sich der grds. Offenbarungspflicht bewusst waren, ergibt sich bereits aus der regelmäßigen Erteilung der unzulänglichen, rein abstrakten Hinweise auf die bloße Möglichkeit von Interessenkonflikten. Auch hinsichtlich der Reichweite und des Ausmaßes der erforderlichen Konkretisierung der zu erteilenden Hinweise können sich die Angekl. nicht auf einen Irrtum berufen. Denn sämtliche Beteiligten waren mit der Materie berufsmäßig befasst und daher gehalten, sich stets über die gültige Rechtslage und die hierzu ergangene Rspr. zu informieren. Das Marktmanipulationsverbot nach § 20 a WpHG als hier maßgebende Kernvorschrift ist bereits am 01.07.2002, also lange vor den hier maßgebenden Tatzeitpunkten, in Kraft getreten. Der Umstand, dass das Verbot „sonstiger Täuschungshandlungen“, das heute als Abs. 1 Nr. 3 dieser Vorschrift geführt wird, ursprünglich Abs. 1 Nr. 2 bildete, ist ohne Bedeutung, da es keine inhaltliche Veränderung erfahren hat. Auch die auf der Grundlage der Ermächtigung nach § 20 a V Nr. 3 erlassene Verordnung zur Konkretisierung des Verbots der Marktmanipulation mit den dort in § 4 enthaltenen näheren Umschreibungen der Umstände, unter denen „sonstige Täuschungshandlungen“ i. S. des § 20 a I Nr. 3 WpHG regelmäßig anzunehmen sind, ist bereits am 01.03.2005, also ebenfalls vor den Tatzeiten der vorliegenden Fälle, in Kraft getreten. Entscheidend ist jedoch, dass der BGH bereits in seinem oben bereits wiederholt angesprochenen grundlegenden Urteil vom 06.11.2003 (BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NSTz 2004, 285 = NZG 2004, 91) eindeutig und klar den Grundsatz des „disclose or abstain“ herausgebildet hatte. Somit konnte es für die im vorliegenden Fall Tatbeteiligten als berufsmäßig am Börsengeschäft beteiligten Personen keinen Zweifel an der notwendigen Konkretisierung der Hinweise auf tatsächlich bestehende Interessenkollisionen geben.“ (OLG München aaO)

V. Schließlich **trifft** auch der rechtliche **Einwand**, wonach der **Tatbestand der Marktmanipulation** nach §§ 38 II Nr. 1, 20 a I Nr. 3 WpHG i. V. mit § 4 III Nr. 2 MaKonV ein **Sonderpflichtdelikt sei**, das nur von denjenigen begangen werden könne, der sich selbst im Interessenkonflikt befinde, **nicht zu**.

Der Tatbestand der Marktmanipulation in Form des Scalpings wäre unter dieser Voraussetzung nur dann erfüllt, wenn der Redakteur, der sich über Medien zu bestimmten Finanzinstrumenten oder deren Emittenten äußert, zuvor selbst Positionen an diesem Finanzinstrument eingegangen wäre, ohne im Rahmen seiner Äußerung hierauf in angemessener und wirksamer Weise hinzuweisen. Für eine solche Auslegung **finden sich jedoch weder im Gesetz selbst Anhaltspunkte noch entspräche sie der erkennbaren Intention des Gesetzgebers**.

1. Der Straftatbestand nach §§ 38 II Nr. 1, 39 I Nr. 2 WpHG ist selbst als **Jedermann-Tatbestand** formuliert („wer.., wird bestraft“), **ohne dies von strafbegründenden persönlichen Merkmalen i. S. des § 28 I StGB abhängig zu machen**. Auch die Verbotsnorm des § 20 a I Nr. 3 WpHG, die diese Blankettnorm ausfüllt, ist als Jedermanns-Norm formuliert, ohne die Geltung des ausgesprochenen Verbots an das Vorliegen bestimmter persönlicher Merkmale zu binden.

„Damit gelten auch hier die generellen Zurechnungsregeln des allgemeinen Strafrechts, insbes. auch die Regel des § 25 II StGB, wonach jeder als (Mit-)Täter zu bestrafen ist, wenn mehrere die Straftat gemeinschaftlich begehen. Wie im allgemeinen Strafrecht mehrere Täter jeweils als Mittäter beispielsweise eines

Betrugs zu bestrafen sind, auch wenn entsprechend gemeinsamer Absprache der eine lediglich die Täuschungshandlung begangen und der andere lediglich die täuschungsbedingte Geldzahlung in Empfang genommen hat, so sind auch alle Tatbeteiligten jeweils wegen gemeinschaftlicher Marktmanipulation zu bestrafen, wenn diese in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit verteilten Rollen – hier Positionshalter, dort Kommentator – begangen wird, alle zusammen aber absprachegemäß die Tat als Ganzes begehen wollen.“ (OLG München aaO)

2. **Auch aus den Regeln der Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung**, der ohnehin lediglich beschreibender, nicht aber tatbestandsbegründender Charakter beizumessen ist, **ergibt sich nichts anderes**.

„§ 4 III Nr. 2 MaKonV beschreibt das Scalping dann als verbotene „sonstige Täuschungshandlung“, wenn die Äußerungen in Bezug auf Finanzinstrumente oder deren Emittenten erfolgt, nachdem Positionen über dieses Finanzinstrument eingegangen worden sind, „ohne dass dieser Interessenkonflikt zugleich mit der Kundgabe in angemessener und wirksamer Weise offenbart wird“. Eine Festlegung, in welcher Person der Interessenkonflikt bestehen muss, liegt hierin nicht. Auch hieraus ergibt sich somit kein Anhaltspunkt dafür, dass die allgemeinen strafrechtlichen Zurechnungsregeln für den Fall der Marktmanipulation in Form des Scalpings nicht gelten sollten.

*Dies würde auch der **ratio legis diametral** widersprechen, die mit der Verbotsnorm des § 20 a i. V. mit den hieran anknüpfenden Straf- und Bußgeldtatbeständen nach §§ 38, 39 WpHG gerade auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit überwachter Märkte für Finanzinstrumente und die Stärkung des Vertrauens der Anleger auf eine marktgerechte, nicht manipulierte Preisbildung hinwirken soll (vgl. RegE 4. Finanzmarktförderungsg, BR-Dr 936/01 [neu], S. 249). Dieses **gesetzgeberische Ziel** wäre jedoch praktisch unerreichbar, wenn die Verpflichtung zur Offenbarung eines Interessenkonflikts nur dann gelten würde, wenn dieser in der Person des sich über Medien äussernden Redakteurs liegt. Denn dann ließe sich das generelle Verbot nach § 20 a I Nr. 3 WpHG bereits durch eine arbeitsteilige Vorgehensweise umgehen, was das Verbot in der Praxis nahezu wirkungslos machen würde.“ (OLG München aaO)*

- VI. **Ergebnis:** Die Angekl. haben sich danach wegen gemeinschaftlicher verbotener Marktmanipulation strafbar gemacht.

GG
Art. 8

Grundrechtlicher Schutz der Gegendemonstration mehr als reine Unterbindungsabsicht erforderlich

GG

(VGH Kassel in DÖV 2011, 820; Beschluss vom 04.07.2011 - 8 A 545/11;
VG Gießen in BeckRS 2010, 56268, Urteil vom 20.09.2010, - 9 K 1150/10 und 9 K 1159/10)

1. Für den Schutz durch Art. 5 I GG kommt es **nicht darauf an**, ob Äußerungen eines kommunikativen Anliegens wertvoll oder **wertlos**, richtig oder **falsch erscheinen** oder emotional oder rational begründet sind.
2. Auch ist es **nicht Sache öffentlicher Verwaltung**, auf bestimmte öffentliche **Meinungsäußerungen** hinzuwirken oder zu versuchen, diese **zu unterbinden**.
3. Gegendemonstrationen genießen den Schutz des Art. 8 GG, wenn sie **über die reine Unterbindungsabsicht hinaus** eigene legitime Ziele, insbesondere eine eigenständige kollektive Meinungsäußerung bezwecken.

Fall: Die Beteiligten streiten darüber, ob und ggf. wie das Demonstrationsrecht des Klägers am 01.08.2009 hätte durchgesetzt werden müssen.

Mit Schreiben vom 07.05.2009 an den Bürgermeister der Beklagten meldete der NPD-Landesverband Hessen für den 01.08.2009 einen Aufzug unter dem Motto Deutsche wehrt euch gegen Islamisierung und Überfremdung! an. Bei einem Kooperationsgespräch zwischen den Beteiligten am 08.07.2009 wurden verschiedene Auflagen für den bevorstehenden Aufzug thematisiert, die durch ordnungsbehördliche Verfügung des Bürgermeisters der Beklagten zu 1. unter dem 21.07.2009 wie folgt festgelegt wurden:

Aufstellungsort: Ostseite Busbahnhof F1.,

Zugweg: H1. Straße, K1. Straße, W1.-Straße, K2. Straße bis Einmündung B2. Straße, erste Kundgebung, B2. Straße, K1. Straße, Am D2., M2.-Tor-Weg, L2.-Straße bis Einmündung S2.-Straße, zweite Kundgebung, Platz der Deutschen Einheit, westliche Fahrbahnseite M2.-Tor-Anlage, B3.-Straße, S2.-Straße.

Auflösungsort und Ende der Veranstaltung: Ostseite Busbahnhof F1.

Wegen der politischen Ausrichtung der Anmelderin formierten sich diverse Gegenaktionen. So wurde für den Bahnhofsvorplatz eine Demonstration Für ein weltoffenes F1. von einem Herrn F. aus G. und für die F2.-Straße sowie die dazugehörige Grünfläche eine Versammlung mit dem Motto Faschismus ist keine Meinung, sondern ein Verbrechen vom H. angemeldet. Trotz der vorgesehenen räumlichen Trennung des von dem NPD-Landesverband Hessen angemeldeten Aufzugs von den Gegenveranstaltungen kam am 01.08.2009 der Aufzug, an dem der Kläger sich beteiligte, bereits nach wenigen Metern zum Stehen, da mehrere hundert Personen die Aufzugsstrecke im Bereich H1. Straße/Ecke K1. Straße blockierten, um ihren Protest auszudrücken. Da sich unter den Gegendemonstranten teilweise bekannt gewaltbereite Störer, auch verummumt, ebenso befanden wie Kinder, sah der Beklagte davon ab, die angemeldete Aufzugsstrecke zwangsweise zu räumen. Auf den Vorschlag einer alternativen Route über die F2.-Straße/W1.-Straße/S2.-Straße/Bahnhof H1. Straße ließ sich der Anmelder ebenso wenig ein wie die Beklagte auf seinen Vorschlag, die Marschstrecke in umgekehrter Richtung zu nehmen. Da die Durchführung des Aufzugs nicht möglich war, erklärte der Versammlungsleiter die Versammlung für beendet.

Der Kläger erhebt Klage mit dem Antrag, festzustellen, dass die Verhinderung des Demonstrationszuges am 01.08.2009 durch die Beklagte rechtswidrig war. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen **öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art**. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier wird um **Versammlungsrecht** gestritten. Die Normen des Versammlungsgesetzes sind klassisches öffentliches Recht. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. statthafte Klageart

Zunächst ist festzuhalten, dass nicht der klägerische Aufzug durch die Beklagte aufgelöst wurde, so dass es sich nicht um einen Fall handelt, in dem sich ein **belastender Verwaltungsakt durch Zeitablauf erledigt**. Vielmehr hat der eigene Ver-

sammlungsleiter die Versammlung für beendet erklärt. Hierbei handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt. In der Sache geht es vielmehr darum, dass der Kläger geltend macht, die Beklagte hatte gegen die Gegendemonstranten gerichtete Maßnahmen ergreifen müssen. Solche Maßnahmen hätten VA-Charakter gehabt, so dass die eigentlich zu erhebende Klage eine Verpflichtungsklage auf Erlass dieser drittbegünstigenden, belastenden Verwaltungsakte gewesen wäre. Dieses Begehren hat sich jedoch schon vor Klageerhebung, nämlich unmittelbar mit der Beendigung der Versammlung, erledigt. Statthafte Klageart ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Unterlassens von Maßnahmen gerichtete **Fortsetzungsfeststellungsklage**, auf die hier wegen der Klageart und des Zeitpunkt der Erledigung § 113 I 4 VwGO im Wege der Doppelanalogie Anwendung findet.

3. besonderes Feststellungsinteresse

Da von einem erledigten Verwaltungsakt keine Rechtswirkungen mehr ausgehen, hat der Kläger nur dann ein **schützenswertes Interesse** an der Feststellung der Rechtswidrigkeit, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen. Als schützenswerte Interessen sind insofern anerkannt die **Wiederholungsgefahr**, das **Rehabilitationsinteresse** sowie die Vorbereitung einer Schadensersatzklage. Darüber hinaus kommt die Fortsetzungsfeststellungsklage immer dann in Betracht, wenn ein wesentlicher **Grundrechtseingriff** erfolgt ist, der anderenfalls einer gerichtlichen Kontrolle, wie sie Art. 19 IV GG vorsieht, entzogen wäre.

*„Der Kläger kann - ungeachtet der Erledigung des angemeldeten Aufzugs - die Feststellung begehren, die Verhinderung des Demonstrationszuges des NPD-Landesverbandes Hessen am 01.08.2009 in F1 sei zu Unrecht erfolgt (vgl. Gerhard, in: Schoch/W.-Aßmann/Pietzner, Kommentar zur VwGO, Loseblatt, Stand: November 2009, § 113 Rn 99, 77). Das unbeschadet der Beendigung des Aufzugs fortbestehende Feststellungsinteresse daran, dass ein bestimmtes Verhalten der Beklagten zu 1. als Versammlungsbehörde zu Unrecht erfolgte, ergibt sich aus einem **Rehabilitationsinteresse**, das darauf gestützt werden kann, die Maßnahme sei unter einer - unzulässigen (vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 19.12.2007 - 1 BvR 2793/04 -, Abs.-Nr. 28 m. w. N.) - **Anknüpfung an die Gesinnung** des Klägers, **nicht** an einer von ihm ausgehende **konkrete Gefahr** für Rechtsgüter oder gar noch ihm ausgehende Störung der öffentlichen Sicherheit, erfolgt.“ (VG Gießen aaO)*

Ein besonderes Feststellungsinteresse besteht daher.

4. sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen

Am Vorliegen der sonstigen Sachentscheidungsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken.

II. Begründetheit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist analog § 113 I 4 VwGO begründet, wenn das Nichtergreifen von Maßnahmen zur Sicherung der Durchführung der klägerischen Versammlung rechtswidrig war.

Da hier ein Einschreiten gegen Dritte zu prüfen ist, ist das Nichtergreifen von Maßnahmen nur dann rechtswidrig, wenn Maßnahmen gegen die Gegendemonstranten rechtlich zulässig gewesen wären und zudem das der Behörde zustehende Ermessen dahingehend reduziert gewesen wäre, gerade in dieser Weise vorzugehen.

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Auflösung der Versammlung kommt § 15 III VersG in Betracht.

2. formelle Rechtmäßigkeit

Die Erfüllung der Anforderungen an die formelle Rechtmäßigkeit der Versammlungsauflösung, insbesondere die Zuständigkeit der handelnden Behörde, kann angekommen werden.

3. materiell Rechtmäßigkeit

Die Auflösung der Gegendemonstrationen hätte aber auch materiell rechtmäßig sein.

a) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 15 III VersG können eine Versammlung oder ein Aufzug aufgelöst werden, wenn sie **nicht angemeldet** sind, wenn von den Angaben der Anmeldung abgewichen oder den **Auflagen zuwidergehandelt** wird oder wenn die Voraussetzungen zu einem Verbot nach Absatz 1 oder 2 gegeben sind.

Eine ordnungsgemäße Anmeldung ist erfolgt. Auch wurde gegen die erteilten Auflagen nicht verstoßen. Eine Auflösung der Versammlung nach § 15 III VersG konnte daher nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 15 I VersG vorlagen, also nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die **öffentliche Sicherheit oder Ordnung** bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges **unmittelbar gefährdet** war.

Eine solche unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit wurde zu Recht angenommen.

b) ordnungsgemäße Ermessenausübung

Fraglich ist jedoch, ob es ermessensgerecht gewesen wäre, zur Beseitigung dieser Gefahr die Gegendemonstranten in Anspruch zu nehmen.

aa) Geeignetheit

Geeignet wäre ein solches Vorgehen zur Beseitigung der Gefahr gewesen.

*„Das Gericht geht davon aus, dass die blockierenden **Gegendemonstranten** sich im **Einklang mit der Rechtsordnung** wähnten oder gar irrig annahmen, sich auf ein Widerstandsrecht berufen zu können. Wie sich das Lagebild im Fall ihrer tatsächlichen Inanspruchnahme unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entwickelt hätte, ist spekulativ, lässt aber die regelmäßige Verpflichtung dazu unberührt. Unerheblich ist ebenfalls, dass sich unter den Gegendemonstranten wohl auch Gewaltbereite und Gewalttäter fanden, denn es ist ebenfalls verfassungsrechtlich geklärt, dass dann, wenn **Gewalttaten als Gegenreaktion auf Versammlungen** drohen, es Aufgabe der zum Schutz der rechtsstaatlichen Ordnung berufenen Polizei ist, in **unparteiischer Weise auf die Verwirklichung der Versammlungsfreiheit** für die Grundrechtsträger mit dem Ziel hinzuwirken, das Recht des Veranstalters auf Selbstbestimmung auch über den Ort der Versammlung soweit wie möglich zu sichern (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 10.08.2006 - 1 BvR 14/06 -, Abs.-Nr. 9 ff., und derselbe, Beschluss vom 26.06.2007 - 1 BvR 1418/07 -, Abs.-Nr. 16).“ (VG Gießen aaO)*

bb) Erforderlichkeit

Ein mildereres Mittel gleicher Eignung ist nicht ersichtlich. Zwar käme ein Unterbinden des klägerischen Aufzugs als Mittel zur Gefahrbeseitigung in Betracht, dieses ist jedoch nicht weniger einschneidend.

cc) Angemessenheit

Ein Einschreiten gegen die Gegendemonstranten müsse jedoch auch angemessen gewesen sein. Hierbei sind die widerstreitenden Interessen der verschiedenen Versammlungen zu berücksichtigen-

(1) Schutzwürdigkeit der klägerischen Versammlung

Zunächst stellt sich die Frage, ob die klägerische Versammlung überhaupt nach Art. 5 I, 8 I GG schutzwürdig ist.

Fraglich ist, ob die Behörde der Beklagten bei der Ausübung des ihr zustehenden Ermessens auch eine Entscheidung hinsichtlich der von ihr angenommenen Wertigkeit der jeweiligen politischen Ansichten der Demonstranten und der Gegendemonstranten vornehmen durfte.

„Aufgrund der zahlreichen, in den vorgelegten Behördenakten der Beklagten zu 1. dokumentierten Medienveröffentlichungen ist vielmehr davon auszugehen,

dass es ihr um die **Darstellung eines politischen Meinungsbildes** ging, in das der Aufzug des NPD-Landesverbandes Hessen nicht passte.

Eine derartige Erwägung ist in **versammlungsrechtlicher Hinsicht** indes **sachfremd**. Darauf, ob die Äußerungen eines kommunikativen Anliegens wertvoll oder wertlos, richtig oder falsch erscheinen oder emotional oder rational begründet sind, kommt es nicht an (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 22.06.1982 - 1 BvR 1376/79 -, BVerfGE 61, 1 [7]).“ (VG Gießen aaO)

Auch ist es **nicht Sache öffentlicher Verwaltung**, auf bestimmte öffentliche **Meinungsäußerungen** hinzuwirken oder zu versuchen, diese **zu unterbinden**.

„Die Bürger sind dabei **rechtlich auch nicht gehalten**, die der Verfassung zugrunde liegenden **Wertsetzungen persönlich zu teilen**. Das **Grundgesetz** baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, **erzwingt die Werteloyalität aber nicht** (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24.03.2001 - 1 BvQ 13/01 -, NJW 2001, S. 2069 [2070] und vom 15.09.2008 - 1 BvR 1565/05 -, NJW 2009, S. 908 [909]).“ (VG Gießen aaO)

Es ist durch das BVerfG anerkannt, dass Art. 5 I GG auch solche Meinungen schützt, die auf eine grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und wie weit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind.

„Das Grundgesetz vertraut auf die **Kraft der freien Auseinandersetzung** als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dementsprechend fällt **selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts** als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung **nicht von vornherein aus dem Schutzbereich** des Art. 5 I GG heraus. Den hierin begründeten Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürgerschaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen gemäß Art. 7 GG zu.“ (VG Gießen aaO)

Die hieraus für die Betätigung öffentlicher Verwaltung folgende Grenze hat die Beklagte überschritten. Die Versammlung des Klägers konnte daher nicht als für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung verantwortlich in Anspruch genommen werden. Der Kläger kann sich daher auf den Schutz von Art. 5 I, 8 I GG berufen.

(2) Schutzwürdigkeit der Gegendemonstrationen

Fraglich ist jedoch, ob auch die Gegendemonstrationen einen solchen Schutz genießen. Dies ist grundsätzlich anzunehmen. Soweit das BVerfG in seinem Beschluss vom 11.06.1991 (BVerfGE 84, 203) entschieden hatte, dass der Schutz des Art. 8 GG sich nicht auf Personen erstreckt, die nicht die Absicht haben, an einer Versammlung teilzunehmen, sondern diese verhindern wollen, bezog sich dies auf eine polizeiliche Verweisung einzelner Personen aus einer Parteiversammlung in geschlossenen Räumen, nicht um eine eigenständige Versammlung im Freien:

„Wer dagegen eine Versammlung in der Absicht aufsucht, sie durch seine Einwirkung zu verhindern, kann sich nicht auf das Grundrecht aus Art. 8 GG berufen. Das gilt auch, wenn er dabei seinerseits im Verein mit anderen auftritt. Der Umstand, dass mehrere Personen zusammenwirken, bringt diese nicht in den Genuss der Versammlungsfreiheit, wenn der Zweck ihres Zusammenwirkens nur in der Unterbindung einer Versammlung besteht.“ (BVerfG aaO)

Über die reine Unterbindungsabsicht gingen hier die Motive der Gegendemonstranten ausweislich der bei den Behördenakten befindlichen Presseveröffentlichungen deutlich hinaus.

„Es ging ihnen nicht nur um die Verhinderung der geplanten Kundgebung der Kläger, sondern um ein **Signal für die grundsätzliche Akzeptanz von Musli-**

*men in der deutschen Gesellschaft und damit um eine eigene, von der Auffassung der Kläger abweichende kollektive Meinungsäußerung. Die Initiatoren der Gegendemonstration haben nicht lediglich die Versammlung der NPD stören und weitgehend verhindern, sondern eine **eigene Versammlung mit selbst definierten Zielen** und größerer Teilnehmerzahl veranstalten wollen.“ (VGH Kassel aaO)*

Auch die Veranstaltung der Gegendemonstrationen genießt daher den Schutz von Art. 5 I, 8 I GG.

(3) gerechter Interessenausgleich

Stehen sich dergestalt mehrere gleichermaßen schutzwürdige Demonstrationen gegenüber, stellt sich die Frage, nach welchen Maßstäben die Güterabwägung im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu erfolgen hat.

*„Für solche Fälle **konfligierender Versammlungen** hat das Bundesverfassungsgericht inzwischen entschieden, dass zwar **prinzipiell der Prioritätsgrundsatz** gilt, im Einzelfall davon aber abgewichen werden kann, wobei es Aufgabe der Versammlungsbehörde ist, durch Auflagen **praktische Konkordanz** herzustellen und möglichst den Teilnehmern beider Versammlungen die Wahrnehmung ihrer Grundrechte zu ermöglichen (BVerfG, Beschluss vom 06.05.2005 - 1 BvR 961/05 -, NVwZ 2005, 1005 unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90 u. a. -, BVerfGE 104, 92 [11]).“ (VGH Kassel aaO)*

Die Beklagte müsste diesen Anforderungen an die Herstellung einer praktischen Konkordanz durch das Nichtergreifen von Maßnahmen gegenüber keiner der geschützten Versammlungen Genüge getan haben.

*„Da hier die Versammlungsbehörde im Vorfeld der Versammlungen dieser Aufgabe nicht gerecht geworden ist und es **mangels kanalisierender Auflagen** für die angemeldeten Gegendemonstrationen **nicht gewährleistet** war, dass kriminelle Chaoten diese nicht unterwandern konnten, hätte bei einer Durchsetzung des von den Klägern vorgesehenen Demonstrationswegs durch die Polizei mit **schwersten Verletzungen überragend wichtiger Rechtsgüter**, insbesondere von Leben und Gesundheit von Polizeibeamten und Demonstrationsteilnehmern beider Seiten gerechnet werden müssen. Dass die polizeiliche Einsatzleitung in dieser Situation unter dem in der sog. Durchführungsphase sachtypischen Zeitdruck anstelle der auch insoweit zuständigen, aber offenbar auch in dieser Phase untätig gebliebenen Versammlungsbehörde an die Kooperationsbereitschaft der Versammlungsleitung der NPD-Demonstration appelliert (vgl. zur Zuständigkeit der Versammlungsbehörde Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 15. Aufl., Rn. 32 zu § 14 und 269 zu § 15 m. w. N.) und **zwei nicht blockierte Alternativrouten angeboten** hat, war verfahrensrechtlich vertretbar und unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit geboten. Dass die **Versammlungsleitung** dieses Angebot **nicht akzeptiert** und die Versammlung selbst für beendet erklärt hat, liegt allein in ihrem Verantwortungsbereich.“ (VGH Kassel aaO)*

III. Ergebnis

Ein auf null reduziertes Ermessen der Beklagten, die Durchführung des Aufzugs des Klägers durch das Ergreifen von Maßnahmen gegenüber den Gegendemonstranten sicherstellen zu müssen, ist daher nicht feststellbar. Es bestand daher kein Anspruch darauf, solche Maßnahmen zu ergreifen, so dass das Unterlassen nicht rechtswidrig war und die Fortsetzungsfeststellungsklage daher nicht begründet ist.

GG
Art. 2 II**Medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug**
Anforderungen an Verfassungsmäßigkeit

VerfR

(BVerfG in NJW 2011, 3571; Urteil vom 12.10.2011 – 2 BvR 633/118)

1. Die grundrechtlich geschützte Freiheit schließt auch die „**Freiheit zur Krankheit**“ und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind.
2. **Behandlungsmaßnahmen gegen den natürlichen Willen** des Grundrechtsträgers können ausnahmsweise ermöglicht werden, wenn dieser zur **Einsicht** in die Schwere seiner Krankheit und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen oder zum Handeln gemäß solcher Einsicht krankheitsbedingt **nicht fähig ist**
3. Die **Regelung der medizinischen Zwangsbehandlung im baden-württembergischen Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker** (§ 8 II 2 BadWürttUBG) ist **mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit** aus Art. 2 II 1 GG i.V. **mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz** aus Art. 19 IV GG **unvereinbar und nichtig**.

Fall Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Zwangsbehandlung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten auf der Grundlage des baden-württembergischen Gesetzes über die Unterbringung psychisch Kranker (Unterbringungsgesetz - UBG BW) vom 02.12.1991 (GBl S. 794, zuletzt geändert durch Art. 9 des Vierten Gesetzes zur Bereinigung des baden-württembergischen Landesrechts vom 04.05.2009, GBl S. 195, 199)

Der Beschwerdeführer ist seit dem Jahr 2005, unterbrochen nur durch vorübergehende Verlegung, im Maßregelvollzug im Psychiatrischen Zentrum Nordbaden (PZN), Wiesloch, untergebracht. Nach dem Strafurteil, das der Unterbringung zugrunde liegt, leidet er an einer multiplen Störung der Sexualpräferenz und einer kombinierten Persönlichkeitsstörung. Im Juni 2009 kündigte die Maßregelvollzugsklinik dem Beschwerdeführer an, dass er mit dem Neuroleptikum Abilify behandelt werden und diese Behandlung erforderlichenfalls auch gegen seinen Willen - durch Injektion unter Fesselung - durchgeführt werden solle.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass wegen des Misstrauens und der Feindseligkeit, die der Beschwerdeführer seinen Behandlern entgegenbringe und die auf seine Persönlichkeitsstörung zurückzuführen seien, allein mit einer psychotherapeutischen Behandlung, wie der Behandlungsverlauf der letzten vier Jahre eindeutig belege, keine Fortschritte erzielt werden könnten. Die zusätzliche Behandlung mit Neuroleptika sei erforderlich, um die paranoiden Anteile der Persönlichkeitsstörung zurückzudrängen und das Misstrauen des Beschwerdeführers zu verringern, da sonst mit einer unabsehbar langen Verweildauer in der Unterbringung zu rechnen sei.

Hiergegen beantragte der Beschwerdeführer den Erlass einer einstweiligen Anordnung sowie die gerichtliche Entscheidung gemäß § 109 StVollzG. Die geplante Verabreichung gegen seinen ausdrücklichen Willen verstoße gegen sein allgemeines Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht.

Die Strafvollstreckungskammer wies die Beschwerde als unbegründet zurück, das OLG verwarf die Rechtsbeschwerde als unzulässig, da die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 116 StVollzG nicht vorlägen. Es sei nicht geboten, die Nachprüfung der gerichtlichen Entscheidung zur Fortbildung des Rechts zu ermöglichen. Der vorliegende Einzelfall gebe keinen Anlass zur Aufstellung von Leitsätzen für die Auslegung gesetzlicher Vorschriften oder zur Ausfüllung von Gesetzeslücken. Rechtsgrundlage der Zwangsbehandlung sei § 138 I StVollzG in Verbindung mit den landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen. Die Nachprüfung des angegriffenen Beschlusses sei auch nicht zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung geboten, weil die angefochtene Entscheidung rechtsfehlerfrei ergangen sei.

Hiergegen hat der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung seines Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG erhoben. Ist diese begründet?

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die getroffene Anordnung und die gerichtlichen Entscheidungen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG verletzen.

I. Schutzbereich

Im persönlichen Schutzbereich handelt es sich bei Art. 2 II 1 GG um ein Jedermannsrecht, auf das sich auch der Beschwerdeführer berufen kann. Die medizinische Zwangsbehandlung müsste aber auch in den sachlichen Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG fallen.

Art. 2 II GG schützt die körperliche Integrität des Beschwerdeführers und damit auch vor medizinischen Eingriffen. Der sachliche Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG ist daher ebenfalls eröffnet.

II. Eingriff

Es muss auch ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

Die geplante Behandlung soll notfalls mittels einer Zwangsinjektion durchgeführt werden. Hiermit ist eine Invasion in den Körper vorhanden, die ohne weiteres einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt. Aber auch wenn der Beschwerdeführer sich unter Androhung einer Zwangsinjektion bereit erklären würde, entsprechende Medikamente oral einzunehmen, würde dies nichts an der Eingriffsqualität ändern.

*„Die Eingriffsqualität entfällt nicht bereits dann, wenn der Betroffene der abgelehnten Behandlung keinen physischen Widerstand entgegensetzt (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn 41 = EuGRZ 2011, 321 [326]). Eine **Zwangsbehandlung** im Sinne einer medizinischen Behandlung, die gegen den Willen des Betroffenen erfolgt, liegt **unabhängig davon** vor, ob eine **gewaltsame Durchsetzung der Maßnahme** erforderlich wird oder der Betroffene sich, etwa weil er die Aussichtslosigkeit eines körperlichen Widerstands erkennt, ungeachtet fortbestehender Ablehnung in die Maßnahme fügt und damit die Anwendung körperlicher Gewalt entbehrlich macht (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn 79 = EuGRZ 2011, 321 [332]). Dem grundrechtseingreifenden Charakter der angegriffenen Entscheidungen steht es daher nicht entgegen, dass der Bf. sich unter der Drohung, dass man ihm das Neuroleptikum anderenfalls zwangsweise unter Fesselung injizieren würde, **zur Vermeidung des zusätzlichen Übels der Gewaltanwendung** zunächst auf die Einnahme der Medikamente eingelassen hatte.*

Die medizinische Zwangsbehandlung eines Untergebrachten greift in dessen Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG ein, das die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht schützt (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn. 39 ff. = EuGRZ 2011, 321 [326]). Entsprechendes gilt für die angegriffenen Entscheidungen, die die Zwangsbehandlung des Bf. als rechtmäßig bestätigen.“ (BVerfG aaO)

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 II GG liegt daher sowohl in der Anordnung der medizinischen Zwangsbehandlung als auch in den ergangenen gerichtlichen Entscheidungen.

III. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

1. Beschränkbarkeit des Grundrechts

Zunächst ist festzustellen, wie weit der Gewährleistungsgehalt des Art. 2 II GG hinsichtlich des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit reicht. Nach Art. 2 II 3 GG kann ein Eingriff aufgrund eines Gesetzes erfolgen, der Schutz der körperlichen Unversehrtheit steht daher unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt.

2. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung

Die medizinische Zwangsbehandlung kann daher verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn sie in einem verfassungsmäßigen Gesetz zugelassen ist und im Rahmen verfassungsmäßiger Gesetzesanwendung angeordnet wurde.

a) Verfassungsmäßigkeit des Unterbringungsgesetzes BW

Zunächst muss daher die Norm, welche die medizinische Zwangsbehandlung zulässt, verfassungsmäßig sein. Da insofern hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit keine Bedenken bestehen, kommt es darauf an, ob die betreffenden Regelungen materiell verfassungsmäßig sind.

aa) Legitimer Zweck

Die Freiheitsgrundrechte schließen das Recht ein, von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der – jedenfalls in den Augen Dritter – den wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers zuwiderläuft. Daher ist es grundsätzlich Sache des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob er sich therapeutischen oder sonstigen Maßnahmen unterziehen will, die ausschließlich seiner „Besserung“ dienen (vgl. BVerfGE 22, 180 [219f.] = NJW 1967, 1795). Die grundrechtlich geschützte Freiheit schließt auch die „**Freiheit zur Krankheit**“ und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach

dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind (vgl. BVerfGE 58, 208 [226] = NJW 1982, 691; BVerfGE 30, 47 [53] = NJW 1971, 419; BVerfGE 22, 180 [219] = NJW 1967, 1795; BVerfG NJW 2011, 2113 [2115]).

Das Gewicht, das dem eingeschränkten Grundrecht in der Abwägung mit denjenigen grundrechtlichen Belangen zukommt, die durch den Eingriff in dieses Recht gewahrt werden sollen, kann jedoch nicht vollkommen losgelöst von den **tatsächlichen Möglichkeiten** des Grundrechtsträgers zu **freier Willensentscheidung** bestimmt werden (vgl. BVerfGE 58, 208 [225] = NJW 1982, 691). Der Gesetzgeber ist daher berechtigt, unter engen Voraussetzungen **Behandlungsmaßnahmen gegen den natürlichen Willen** des Grundrechtsträgers ausnahmsweise zu ermöglichen, wenn dieser zur **Einsicht** in die Schwere seiner Krankheit und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen oder zum Handeln gemäß solcher Einsicht krankheitsbedingt **nicht fähig ist** (vgl. BVerfG NJW 2011, 2113 [2115]).

Insofern verfolgen die Regelungen einen legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Zur Erreichung dieser Zwecke ist eine Befreiung von der Einwilligungsnötigkeit durch die Möglichkeit einer Zwangsbehandlung auch geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Die betreffenden Regelungen sind erforderlich, wenn es kein milderer Mittel gleicher Eignung gibt. Zur Erreichung des Ziels einer medizinischen Behandlung bei Verweigerung der Einwilligung ist ein milderer Mittel als die Zulassung einer Zwangsbehandlung nicht ersichtlich, so dass Erforderlichkeit anzunehmen ist.

dd) Angemessenheit

Fraglich ist jedoch, ob die getroffene Regelung zur Erreichung des legitimen Zwecks angemessen ist.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG die Anordnung medizinischer Zwangsbehandlungen im Maßregelvollzug nur zulässt, wenn dem Betroffenen krankheitsbedingt die erforderliche Einsichtsfähigkeit in die Krankheit und die Notwendigkeit der Behandlung fehlt. Fraglich ist, ob die Regelungen diesen Anforderungen gerecht werden.

Nach § 8 II 2 BadWürttUBG hat der Betroffene diejenigen Untersuchungs- und Heilmaßnahmen zu dulden, die **nach den Regeln der ärztlichen Kunst erforderlich** sind, um die Krankheit zu untersuchen und zu behandeln, soweit die Untersuchung oder Behandlung nicht unter Absatz 3 – d. h. unter das Einwilligungserfordernis für operative Eingriffe und Eingriffe, die mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden sind – fällt.

Diese Bindung an die Regeln der ärztlichen Kunst könnte hinreichend sein, um die Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen auf Fälle der fehlenden Einsichtsfähigkeit zu begrenzen.

*„In Deutschland existieren, nachdem von der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) in den 90er Jahren initiierte Versuche zur Etablierung medizinischer Standards für Zwangsbehandlungen nicht zu einem Ergebnis geführt haben (vgl. Steinert, in: Ketelsen/Schulz/Zechert, Seelische Krise und Aggressivität, 2004, S. 44 [47]), keine medizinischen Standards für psychiatrische Zwangsbehandlungen, aus denen mit der notwendigen Deutlichkeit hervorginge, dass Zwangsbehandlungen mit dem Ziel, den Untergebrachten entlassungsfähig zu machen, ausschließlich im Fall krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit zulässig sind. Dass dementsprechend ein Bewusstsein hierfür in den medizinischen und juristischen Fachkreisen noch nicht allgemein verbreitet und eine **gesetzliche Regelung**, wie im Beschluss des Senats vom 23.03.2011 festgestellt, **unverzichtbar** ist, illustriert nicht zuletzt der vorliegende Fall, in dem weder die Klinik noch die Fachgerichte sich mit der Frage, ob beim Bf. eine krankheitsbedingte Unfähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung besteht, auch*

nur ansatzweise auseinandergesetzt haben. Die bloße Feststellung einer Persönlichkeitsstörung beantwortet diese Frage nicht.“ (BVerfG aaO)

In der vorgesehenen Bindung an die Regeln der ärztlichen Kunst liegt **keine** hinreichend deutliche gesetzliche **Begrenzung** der Möglichkeit der Zwangsbehandlung **auf Fälle der fehlenden Einsichtsfähigkeit**.

*„Bereits der Umstand, dass eine Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen nur für operative Eingriffe und für Maßnahmen, die mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit des Untergebrachten verbunden sind, verlangt wird – nur diese bedürfen nach § 8 IV 1 BadWürttUBG einer Einwilligung des Betroffenen, die dessen Einwilligungsfähigkeit voraussetzt –, spricht dafür, dass Eingriffe unterhalb der genannten Schwelle **unabhängig von der Frage einer krankheitsbedingten Selbstbestimmungsunfähigkeit zugelassen** sein sollen. Auch wenn man annehmen wollte, dass zwischen der Fähigkeit zu wirksamer rechtfertigender Einwilligung in eine medizinisch indizierte Behandlung und der Fähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung zu unterscheiden ist, weil eine psychische Krankheit speziell die letztere Fähigkeit – insbesondere die Fähigkeit, die Risiken der Behandlung nicht zu überschätzen – beeinträchtigen kann, stellt jedenfalls nicht schon der Verweis auf die Regeln der ärztlichen Kunst in der notwendigen Weise klar, dass krankheitsbedingt fehlende Einsichtsfähigkeit Voraussetzung der Zwangsbehandlung ist.“ (BVerfG aaO)*

Die gesetzliche Regelung lässt daher Eingriffe in die körperliche Integrität durch medizinische Zwangsbehandlungen in weit größerem Umfang zu, als dies zur Sicherung der Behandlungsmöglichkeiten bei fehlender Einsichtsfähigkeit geboten ist.

*„§ 8 II 2 BadWürttUBG entspricht auch nicht den weiteren aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitenden Anforderungen, denen ein zur medizinischen Zwangsbehandlung eines Untergebrachten ermächtigendes Gesetz genügen muss. Voraussetzung der Zulässigkeit für nicht unter § 8 III BadWürttUBG (operativer Eingriff, erhebliche Lebens- oder Gesundheitsgefahr) fallende Maßnahmen der Zwangsbehandlung ist nach dieser Vorschrift nur, dass sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst erforderlich sind, um die Krankheit zu untersuchen und zu behandeln. Damit ist dem Erfordernis, die **Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung** über abstrakte Verhältnismäßigkeitsanforderungen hinaus **gesetzlich zu konkretisieren** (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn. 42 ff. = EuGRZ 2011, 321 [331 f.]), nicht genügt.*

*In verfahrensrechtlicher Hinsicht fehlt es beispielsweise an einer angemessenen Regelung des – unabhängig von der Einsichts- und Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen bestehenden – **Erfordernisses der vorherigen Bemühung um** eine auf Vertrauen gegründete, im Rechtssinne **freiwillige Zustimmung** (vgl. im Einzelnen BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn. 58 f., 77 f. = EuGRZ 2011, 321 [329, 332]). Eine **hinreichend konkretisierte Ankündigung** ist ebenfalls nicht vorgesehen. § 8 BadWürttUBG enthält hierzu nichts. § 12 II BadWürttUBG fordert eine vorherige Ankündigung nur – sofern die Umstände sie zulassen – für die Anwendung unmittelbaren Zwangs. Mit einer Regelung, die eine Androhung allein für die Anwendung physischen Zwangs vorschreibt, sind jedoch die Fälle, für die das Ankündigungserfordernis von Verfassungs wegen besteht, schon im Ansatz nicht ausreichend erfasst (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn 58 f., 77 ff. = EuGRZ 2011, 321 [329, 332]). Entsprechendes gilt für das Erfordernis der **Anordnung und Überwachung durch einen Arzt** (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn 66 = EuGRZ 2011, 321 [330]). Auch hier greift die Regelung des baden-württembergischen Unterbringungsgesetzes zu kurz, indem sie ein Erfordernis ärztlicher Anordnung nur für den Fall der Anwendung unmittelbaren Zwangs vorsieht (§ 12 I 2 BadWürttUBG).*

*Weiter fehlt es an der erforderlichen **gesetzlichen Regelung zur Dokumentation** (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn 67, 79 = EuGRZ 2011, 321 [330, 32]). Entgegen den verfassungsrechtlichen Erfordernissen ist auch eine vorrausgehende Überprüfung der Maßnahme durch Dritte in gesicherter **Unabhängigkeit** von der Unterbringungseinrichtung (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn 67, 79 = EuGRZ 2011, 321 [330, 332]) nicht vorgesehen.“ (BVerfG aaO)*

§ 8 II 2 BadWürttUBG ist mit Art. 2 II 1 i. V. mit Art. 19 IV GG unvereinbar und nichtig.

„Die Verfassungswidrigkeit des § 8 II 2 Bad-Württ-UBG führt zur Nichtigkeit der Vorschrift. Die Voraussetzungen für eine bloße Unvereinbarerklärung liegen nicht vor (vgl. BVerfG, NJW 2011, 2113 Rn 81 = EuGRZ 2011, 321 [332]).“ (BVerfG aaO)

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer. bereits deshalb in seinem Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG, weil es für die Zwangsbehandlung des Bf., die sie als rechtmäßig bestätigen, an einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage fehlt.

Kurzauslese I

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

BGB
§§ 275, 326 I, V

Erlöschen des Mietverhältnisses völlige Zerstörung des Mietobjekts

BGB

(OLG Köln in NJOZ 2011, 1959; Beschluss vom 16.08.2011 – 22 U 178/10)

Bei einer **von keiner der Vertragsparteien zu vertretenden völligen Zerstörung des Miet- oder Pachtobjektes erlischt das Miet- bzw. Pachtverhältnis automatisch, ohne dass es einer besonderen Kündigung bedarf.**

„Der Vermieter bzw. Verpächter wird nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht, der Mieter bzw. Pächter nach § 326 I BGB von seiner Miet- bzw. Pachtzinszahlung frei. Im Zusammenspiel zwischen § 275 I und § 326 I BGB ergibt sich zugleich eine **Stornierung des Vertrags** und damit eine Klärung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien (vgl. MüKo-BGB/Ernst, 5. Aufl., 2007, § 275 Rn 2), **weshalb eine Kündigung entbehrlich ist** (vgl. Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., 2011, § 536 BGB Rn 508).

Das in § 326 V BGB normierte **Rücktrittsrecht steht dem nicht entgegen**: Vorrangig geht es bei § 326 V BGB darum, dem Gläubiger die Möglichkeit zu eröffnen, über denjenigen Umfang hinaus, in dem Abs. 1 bei beschränkten Störungen eine (ipso iure eintretende) teilweise Vertragsstornierung anordnet, zu einer Aufhebung des Vertrags im Ganzen zu kommen; im Falle einer Teilunmöglichkeit eröffnet § 326 V BGB so bspw. die Möglichkeit des Totalrücktritts (vgl. MüKo-BGB/Ernst, § 326 Rn 103). § 326 V BGB verfolgt aber nicht nur den Zweck, zusätzliche Regelungsergebnisse zur Bewältigung der Unmöglichkeitfälle zu schaffen, sondern ist darüber hinaus auch auf die reibungslose Herbeiführung der schon i. Ü. gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen gerichtet: So erlaubt es die Anordnung des Abs. 5 dem Gläubiger, die Frage der Unmöglichkeit im Hinblick auf die Vertragsaufhebung dahinstehen zu lassen, indem er lediglich die nach § 323 BGB erforderliche Frist erklärt und nach deren furchtlosem Ablauf den Rücktritt erklärt, ohne dass es auf die Einwendung des Schuldners ankäme, der Gläubiger habe sich zu Unrecht auf § 326 I BGB berufen oder sei, weil es an einer fälligen Forderung fehle, zu Unrecht nach § 323 BGB vorgegangen. Schließlich soll § 326 V BGB sicherstellen, dass die Befreiung von der Gegenleistungspflicht zu einer wirklichen Vertragsstornierung führt, indem er dem Gläubiger in denjenigen Fällen, in denen zwischen den Parteien Uneinigkeit darüber bestehen könnte, ob mit der beiderseitigen Befreiung von den Hauptleistungspflichten auch das – nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende – weitere Pflichtenprogramm des Vertrags mit aufgehoben ist, die Möglichkeit gibt, hier durch die Erklärung des Rücktritts Klarheit zu schaffen (vgl. MüKo-BGB/Ernst, § 326 Rn 104).

Auch der Hinweis auf § 326 IV BGB führt zu keiner anderen Beurteilung: § 326 IV BGB bestimmt, dass die Rückgewähr der Gegenleistung, die gem. § 326 I BGB nicht geschuldet ist, nach den Bestimmungen des Rücktrittsrechts zu erfolgen hat. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Gegenleistung erbracht wurde, bevor das Erlöschen des Anspruchs auf Gegenleistung eingetreten ist. Leistet der Gläubiger, nachdem seine Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung bereits erloschen war, handelt es sich um eine **Leistung auf eine Nichtschuld**, für die § 812 I 1 BGB gilt (vgl. MüKo-BGB/Ernst, § 326 Rn 99).“ (OLG Köln aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 444

Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses arglistig verschwiegener Sachmangel

BGB

(BGH in MDR 2011, 1281; Urteil vom 15.07.2011 – V ZR 171/10)

Selbst wenn ein **arglistig verschwiegener Sachmangel für den Willensentschluss des Käufers nicht ursächlich** war, ist **dem Verkäufer** in diesem Falle die **Berufung auf den vereinbarten Haftungsausschluss gem. § 444 BGB verwehrt**.

- I. Ob sich ein Verkäufer auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann, wenn ein arglistig verschwiegener Mangel ohne Einfluss auf den Willensentschluss seines Vertragspartners war, ist für § 444 BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung **höchststrichterlich noch nicht entschieden** worden.
 - Während das **RG** Kausalitätsfragen im Gewährleistungsrecht allgemein für unerheblich hielt (RG WarnR 1933 Nr. 193; zu § 477 BGB a. F. RGZ 55, 210; zu § 463 BGB a. F. RGZ 102, 394; ebenso Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl., S. 436; Planck/Knoke, BGB, 4. Aufl., § 463 Anm. 2 a.E.), hat der BGH für § 463 S. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung angenommen, dass die von dem Verkäufer zu beweisende fehlende Kausalität den Anspruch ausschließt (BGH NJW 2003, 2380; ebenso BGH NJW 1990, 42; BGH NJW 1981, 45; BGH NJW 1977, 1914; KG NJW-RR 1989, 972).
 - In der **Lit.** war die Frage umstritten: Teils wurde vertreten, dass die fehlende Kausalität einen Schadenersatzanspruch gemäß § 463 S. 2 BGB a.F. ausschließe (Erman/Grunewald, BGB, 10. Aufl., § 463 Rn 6; Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl., § 463 Rn 29), teils wurde sie für irrelevant gehalten (Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 463 Rn 25; § 476 Rn 9 f.; Staudinger/Honsell, BGB, § 476 Rn 24).
 - Für § 444 BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung wird - soweit zu dieser Frage überhaupt Stellung bezogen wird - überwiegend angenommen, dass die Arglist nicht ursächlich für den Vertragsschluss gewesen sein muss (Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rn 748; allgemein zum Recht der Sachmängelhaftung Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 438 Rn 37; widersprüchlich Staudinger/Matuschke-Beckmann, BGB, § 444 Rn 42 einerseits, § 438 Rn 95 andererseits; a. A. MüKo-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 438 Rn 35).

II. Nach Ansicht des **BGH aaO** ist die **Ursächlichkeit der Arglist für den Kaufentschluss unerheblich**.

„Anders als in § 123 I BGB (‐zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ... bestimmt“) **findet die Kausalität in dem Wortlaut des § 444 BGB keine Erwähnung** (‐kann sich der Verkäufer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen ... hat“). Ein Kausalitätserfordernis wäre im Recht der Sachmängelhaftung systemwidrig. Während die Anfechtbarkeit im Falle einer arglistigen Täuschung die **rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schützt** (BGHZ 51, 141), sind **Ansprüche aus Sachmängelhaftung an eine Verletzung der in § 433 I 2 BGB normierten Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache geknüpft. Sie setzen grds. nicht voraus, dass der Mangel die Kaufentscheidung beeinflusst hat.** Während das arglistige Verhalten des Verkäufers nach § 463 S. 2 BGB a.F. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch war, ist die Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache seit der Reform des Schuldrechts Teil des Erfüllungsanspruchs, § 433 I 2 BGB. Ein Schadensersatzanspruch ist gem. § 437 Nr. 3, § 280 I 2, § 276 I 1 BGB auch bei einer fahrlässig verschuldeten mangelhaften Lieferung gegeben. Das **arglistige Verhalten des Verkäufers ist in diesem Zusammenhang nur noch im Rahmen von § 444 BGB von Bedeutung.** Diese Vorschrift soll den Käufer allein vor einer **unredlichen Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung schützen.** Eine solche unredliche Freizeichnung ist gegeben, wenn der Verkäufer arglistig handelt. Weitere Voraussetzungen enthält § 444 BGB nicht.

Der **Vorrang der Nacherfüllung**, der sich für den Rücktritt aus §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB und für den Schadens- bzw. Aufwendungsersatz aus §§ 437 Nr. 3, 281 I 1, 284 BGB ergibt, **steht dem Anspruch nicht entgegen.** Jedenfalls aber wäre bei einer arglistigen Täuschung die Nacherfüllung unzumutbar (BGH NJW 2007, 835; BGHNJW 2008, 1371).“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

Auflösung einer GbR

BGB

§ 730 II 2

Erlöschen der Einzelgeschäftsführungsbefugnis

(BGH in MDR 2011, 1246 = NZG 2011, 1140; Urteil vom 05.07.2011 – II ZR 199/10)

Die **Auflösung einer als GbR ausgestalteten Publikumsgesellschaft hat grds. das Erlöschen der einzelnen Gesellschaftern verliehenen Einzelgeschäftsführungsbefugnis nach § 730 II 2 BGB zur Folge.** Die **Geschäftsführung und Vertretung steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu.**

„[Die Auflösung einer GbR] hat zur Folge, dass eine **vollständige Auseinandersetzung des gesamten Gesellschaftsvermögens nach den §§ 731 ff. BGB notwendig wird.** Dabei tritt das **Interesse der Gesellschafter nach Überwachung und Kontrolle in der Liquidationsphase deutlich in den Vordergrund.** Dieser Gedanke liegt auch dem § 730 II 2 BGB zu Grunde (Staudinger/Habermeier, BGB, Neubearb. 2003, § 730 Rn 12; MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn 40).“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

AGBG

Aufrechnungsverbot in AGB

ZivilR

§ 9 I

Wirksamkeit

(BGH in FamRZ 2011, 620 = ZMR 2011, 541; Urteil vom 07.04.2011 – VII ZR 209/07)

Die in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (hier: eines Architektenvertrags) **verwandte Klausel „Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig“ ist gem. § 9 I AGBG unwirksam.**

I. Eine **Benachteiligung** liegt vor, wenn der Besteller durch das Verbot der Aufrechnung in einem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrags gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustehen (vgl. BGHZ 163, 274 = NJW 2005, 2771 = NZBau 2005, 582 = NZI 2005, 674; OLG Frankfurt a. M., OLG R 2008, 665; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 309 Nr. 3 BGB Rn 7 m. w. Nachw.; Kessen BauR 2005, 1691). Denn hierdurch würde **in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in für den Besteller unzumutbarer Weise eingegriffen.**

II. Die **synallagmatische Verknüpfung der Werklohnforderung mit der Forderung auf mangelfreie Erfüllung des Vertrags** findet zunächst ihren Ausdruck in einem Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers im Falle einer mangelhaften oder nicht fertig gestellten Leistung, § 320 I BGB. Der Besteller kann sich im Prozess mit dem Leistungsverweigerungsrecht verteidigen mit der Folge, dass die Werklohnforderung ganz oder teilweise nicht durchsetzbar ist.

„Dies **kann in AGB nicht ausgeschlossen werden** (§ 11 Nr. 2a AGBG, § 309 Nr. 2a BGB). Es wäre ein nicht hinnehmbares Ergebnis, wenn eine aus dem Leistungsverweigerungsrecht erwachsene auf Zahlung gerichtete Gegenforderung dazu führen würde, dass der Werklohn nunmehr durchsetzbar ist (vgl. BGHZ 165, 134 = NJW 2006, 698 = NZBau 2006, 169).“ (BGH aaO)

III. Aus diesen Gründen hat der BGH bereits entschieden, dass ein Vorbehaltsurteil grds. nicht erlassen werden darf, wenn damit eine Werklohnforderung zugesprochen wird und zur Aufrechnung gestellte Ansprüche auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten oder der Fertigstellungsmehrkosten dem Nachverfahren vorbehalten werden.

„Dies würde nämlich zu einer **vorübergehenden Aussetzung der Wirkung einer materiell-rechtlich begründeten Aufrechnung** führen und hätte zur Folge, dass der Kl. einen Titel über eine Forderung erhält, die tatsächlich infolge der Aufrechnung nicht besteht. Diese Wirkung ist grds. nicht gerechtfertigt, wenn der Besteller gegenüber einer Werklohnforderung mit Ansprüchen aufrechnet, die dazu dienen, das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung herzustellen (BGHZ 165, 134 = NJW 2006, 698 = NZBau 2006, 169; BGH NJW-RR 2008, 31 = NZBau 2008, 55 = BauR 2007, 2052 = ZfBR 2008, 39).“ (BGH aaO)

1. Ein **Aufrechnungsverbot führt in noch stärkerer Weise als ein Vorbehaltsurteil zu einer Auflösung der synallagmatischen Verbundenheit der genannten gegenseitigen Forderungen.**

„Diese **Wirkung wäre anders als bei einem Vorbehaltsurteil nicht nur vorübergehend, sondern sogar endgültig**. Deshalb gilt hier erst recht, dass dies in den genannten Fällen nicht gerechtfertigt ist und den **Besteller deshalb unangemessen benachteiligt**.“ (BGH aaO)

2. Auch in einem Architektenvertrag können dem Besteller wegen Mängeln der Leistung des Architekten Ansprüche auf Schadensersatz zustehen, die darin bestehen, die Kosten zur Beseitigung der Mängel des Architektenwerks (etwa die Überarbeitung einer fehlerhaften Planung) oder die Fertigstellungsmehrkosten (etwa die notwendige Beauftragung eines weiteren Architekten mit denselben Leistungen) erstattet zu bekommen.

„[Hier wird] durch § 4 Nr. 4.5 der AGB die Aufrechnung mit jeder Forderung für unzulässig erklärt, es sei denn, sie ist unbestritten oder rechtskräftig festgestellt. Damit umfasst das Aufrechnungsverbot auch derartige in einem engen synallagmatischen Verhältnis zur Werklohnforderung stehende Ersatzansprüche wegen Mängelbeseitigungskosten und Fertigstellungsmehrkosten. Die Klausel führt daher zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bestellers.“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 211 II

Mord
Verdeckungsabsicht

StGB

(BGH in NStZ 2011, 579; Urteil vom 17.05.2011 – 1 StR 50/11)

Für das Vorliegen einer **Verdeckungsabsicht reicht es aus, wenn der Täter glaubt, eine günstige Beweisposition aufrechterhalten zu können**; die Entdeckung der Tat schließt das nicht aus

„In Verdeckungsabsicht handelt, wer als Täter ein Opfer deswegen tötet, um dadurch eine vorangegangene Straftat als solche oder auch **Spuren zu verdecken**, die bei einer näheren Untersuchung Aufschluss über bedeutsame Tatumstände geben könnten (vgl. u.a. BGHSt 50, 11 ff.; Kudlich JuS 2005, 659; Fischinger JA 2005, 490). Allerdings **scheidet begrifflich eine Tötung zur Verdeckung einer Straftat dann aus, wenn diese bereits aufgedeckt ist und der Täter dies weiß** (vgl. BGH GA 1979, 108). Es kommt nicht darauf an, ob die vorangegangene Straftat oder seine Tatbeteiligung daran schon objektiv aufgedeckt waren oder ob objektiv von dem Opfer eine Aufdeckung zu befürchten war, solange der Täter nur subjektiv meint, zur Verdeckung dieser Straftat über die Leiche dieses möglichen Zeugen zu müssen. Auch nach Bekanntwerden einer Straftat kann ein Täter dann noch in Verdeckungsabsicht handeln, wenn er zwar weiß, dass er als Täter dieser Straftat verdächtigt wird, die genauen Tatumstände aber noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt sind.

Verdeckungsabsicht ist aus der Sicht des Täters zu beurteilen: Glaubte er mit der Tötung eine günstige Beweisposition aufrecht erhalten oder seine Lage verbessern zu können, so reicht das für die Annahme der Verdeckungsabsicht aus, selbst wenn er bereits als Täter der Vortat verdächtigt wird (vgl. LK-Jähnke 11. Aufl., § 211 Rn 16), da die Tatumstände – nach seinem Wissen – noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt waren (vgl. BGHSt 15, 291). Verdeckungsabsicht ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Tat als solche bereits entdeckt ist, dem Täter es jedoch noch darauf ankommt, seine eigene Täterschaft zu verbergen; Voraussetzung ist jedoch, dass er sich oder seine Tat noch nicht voll erkannt bzw. nicht voll überführungsfähig glaubt und daher mit der Vorstellung von Entdeckungsvereitelung handelt (Schönke/Schröder-Eser 28. Aufl., § 211 Rn 34 m. w. Nachw.).

Der Umstand, dass die unberechtigten Abhebungen bereits entdeckt waren, schließt daher die Annahme der Verdeckungsabsicht i.S.d. § 211 StGB nicht aus, wenn es der Angekl. darauf ankam, ihre Täterschaft nicht ans Licht kommen zu lassen (vgl. BGH NJW 1952, 531 m. w. Nachw.). In Verdeckungsabsicht tötet, wer die Vortat überhaupt als auch, wer lediglich die eigene Täterschaft verbergen will, die den Strafverfolgungsbehörden nach seiner Vorstellung bisher nicht bekannt ist (vgl. BGH NJW 1988, 2682 m. w. Nachw.; hierzu auch BGH NStZ-RR 1997, 132 m. w. Nachw.). Ein Täter, der sich jedoch „nur“ der Festnahme entziehen will, „weder Tat noch Täter“ zudecken (vgl. BGH NJW 1991, 1189 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 250 II Nr. 3a

schwere körperliche Misshandlung
erhebliche Beeinträchtigung der körperl. Integrität des Opfers
(BGH in NStZ-RR 2011, 337; Urteil vom 15.09.2011 – 2 StR 395/10)

StGB

Zur Annahme einer **schweren körperlichen Misshandlung** (§ 250 II Nr. 3a StGB) ist **nicht der Eintritt einer schweren Folge i.S.v. § 226 StGB oder einer schweren Gesundheitsschädigung i.S.v. § 239 III Nr. 2 StGB erforderlich**. Es ist jedoch **vorauszusetzen, dass die körperliche Integrität des Opfers entweder mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder aber in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, beeinträchtigt wird**.

„Der Gesetzgeber des 6. Strafrechtsreformgesetzes hat den **Begriff der schweren körperlichen Misshandlung** nach § 250 III a StGB **aus § 176a IV Nr. 1 StGB** (§ 176 III 2 Nr. 2 StGB a.F.) **übernommen** (vgl. BT-Dr 13/8587, S. 32, 45), auf den zur Auslegung des Begriffes zurückgegriffen werden kann (vgl. Schönke/Schröder-Eser/Bosch 28. Aufl., § 250 Rn 33; MüKo-StGB/Sander, 2003, § 250 Rn 65; einschränkend LK-Vogel 12. Aufl., § 250 Rn 39). Danach ist zur Annahme einer schweren körperlichen Misshandlung **nicht der Eintritt einer schweren Folge i.S.v. § 226 StGB oder einer schweren Gesundheitsschädigung i.S.v. § 239 III Nr. 2 StGB erforderlich**. Es ist jedoch vorauszusetzen, dass die körperliche Integrität des Opfers entweder mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder aber in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, beeinträchtigt wird (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 175; Schönke/Schröder-Eser/Bosch aaO; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 250 Rn 26; NK-StGB-Kindhäuser 2010, § 250 Rn 23; von Heintschel-Heinegg/Wittig StGB, 2010, § 250 Rn 11).“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§§ 303, 305a I

Sachbeschädigung
Polizeifahrzeug

StGB

(OLG Oldenburg in NStZ-RR 2011, 338; Beschluss vom 27.04.2011 – 1 Ss 66/11)

Das Heraustreten der Seitenscheiben aus einem Polizeiwagen ist kein teilweises Zerstören eines Kraftfahrzeuges der Polizei i. S. des § 305a I Nr. 2 StGB, sondern nur eine Sachbeschädigung nach § 303 StGB.

„Ein [„teilweises Zerstören“] ist mehr als ein „Beschädigen“ und nur dann anzunehmen, wenn durch die Substanzverletzung einzelne, funktionell selbstständige Teile der Sache, die für die zweckentsprechende Nutzung des Gesamtgegenstandes von Bedeutung sind, unbrauchbar gemacht werden (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 305 Rn 5). Diese Teile müssen für die bestimmungsgemäße Verwendung wesentlich sein (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 305 Rn 5). Eine nicht nachhaltige Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit wie etwa die Zerstörung eines Reifens eines Kraftfahrzeuges (vgl. Fischer, § 305a Rn 10) reicht hierfür nicht aus. Dem steht das Eintreten von Scheiben eines Fahrzeuges gleich.“ (OLG Oldenburg aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StVO
§ 29 I, II

nicht genehmigtes Autorennen
Definition des Veranstalterbegriffs

StVO

(OLG Karlsruhe in NSTZ-RR 2011, 286; Beschluss vom 24.11.2010 – 3 (4) SsBs 559/10 AL 203/10)

Veranstalter (hier: eines nicht genehmigten Autorennens) ist **nur derjenige, der die Veranstaltung vorbereitet, organisiert oder eigenverantwortlich ins Werk setzt**, der geistige und praktische Urheber, der Planer und Veranlasser (OLG Stuttgart NSTZ 1981, 186 zum Bad.-Württ. Sammlungsgesetz; ähnlich zum Versammlungsrecht: OLG Düsseldorf NJW 1978, 118 und zum Urheberrecht: OLG Hamburg GRUR 2001, 832; KG Berlin GRUR 1959, 150). **Tätigkeiten ausschließlich im Stadium der Durchführung** können jedenfalls **nicht genügen**.

„Dass ergibt sich aus dem **Sinn und Zweck des § 29 II StVO**, nicht nur die Kraftfahrzeugführer zu belangen, sondern schon die Veranlassung solcher Rennen im Ansatz zu verhindern, indem die hierfür Verantwortlichen schon im Vorfeld eines Rennens an der Durchführung desselben gehindert werden sollen, was der Anwendung auf so genannte „wilde“ oder spontan vereinbarte Rennen entgegensteht. In Übereinstimmung damit **kann nur eine behördliche Erlaubnis die Ahndung als Ordnungswidrigkeit ausschließen**, deren Beantragung durch den Veranstalter und Erteilung jedoch nur im Stadium der Vorbereitung einer Veranstaltung erfolgen kann.

Angewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Veranstaltereigenschaft des Betr. ausscheidet, weil er nach den Feststellungen des AG **ausschließlich Handlungen im Durchführungsstadium erbracht hat** (OLG Düsseldorf VRS 56, 365 für den bei einer Zuverlässigkeitsfahrt die Zielkontrolle Durchführenden). Art und Gewicht der Handlungen des Betr. erlauben nicht den Schluss, dass er auch Handlungen im Vorbereitungsstadium vorgenommen hat.“ (OLG Karlsruhe aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§§ 100 I, 99 I 1

Akteneinsichtsrecht
Prüfervermerke

VwGO

(VG Köln in NVwZ-RR 2011, 897; Urteil vom 16.06.2011 – 6 K 4008/10)

Die **Versagung** der begehrten **Einsichtnahme in die Prüfervermerke** der Gutachter zu den Klausuren für eine juristische Staatsprüfung durch das Landesprüfungsamt **ist rechtmäßig**, denn der zu Prüfende hat weder einen Akteneinsichtsanspruch aus §§ 100 I, 99 I 1 VwGO noch aus § 4 I NWIFG.

I. Nach **§ 4 I NWIFG** hat jede natürliche Person gegenüber den in § 2 genannten Stellen **Anspruch auf Zugang zu den bei der Stelle vorhandenen amtlichen Informationen**.

Vom Anwendungsbereich des NWIFG sind indes nach § 2 III NWIFG bestimmte Einrichtungen, zu denen auch Prüfungseinrichtungen gehören, in näher definierten Fällen **ausgenommen**. So findet das Gesetz nur Anwendung, soweit die in Abs. 3 genannten Einrichtungen nicht im Bereich von Forschung, Lehre, Leistungsbeurteilungen und Prüfungen tätig werden.

„Dies ist entgegen der Auffassung des Kl. hier aber der Fall: Die Prüfervermerke gehören zur Tätigkeit des Bekl. im Bereich von Prüfungen. Der Kl. meint der Gesetzesbegründung (LT-Dr 13/1311 entnehmen zu können, dass zwischen der Zeit vor dem Ablegen der Prüfung und der Zeit danach zu differenzieren sei, da der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, nämlich ein „Aushorchen“ zu vermeiden, allenfalls bis zum Ablegen der Prüfung Geltung beanspruchen könne.

Er verkennt dabei, dass der Aufgabenbereich des Prüfungsamtes über die organisatorische Abwicklung der Prüfungen der einzelnen Kandidaten hinaus weiter gefasst ist (wird ausgeführt).“ (VG Köln aaO)

II. Ein **Widerspruch** bei derartiger Handhabung des Akteneinsichtsrechts **zum verwaltungsverfahrenrechtlichen Akteneinsichtsanspruch besteht nicht**.

„Während es dort um die Frage geht, ob ein Prüfervermerk ein konkretes Verfahren betrifft, d. h. im Rahmen dieses Verfahrens angelegt oder beigezogen wird, geht es in § 2 III NWIFG um die Tätigkeit des Prüfungsamtes im Allgemeinen außerhalb eines konkreten Verfahrens.“ (VG Köln aaO)

III. Der **Anspruch auf Einsichtnahme in die Prüfervermerke** ist zudem **nach § 4 II NWIFG ausgeschlossen**.

„Danach gehen **besondere Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen, die Auskunftserteilung oder die Gewährung von Akteneinsicht** den Vorschriften dieses Gesetzes vor. Unbeschadet der Frage, ob Prüfervermerke überhaupt als „amtliche Informationen“ i. S. des § 4 I NWIFG anzusehen sind, stellen hier §§ 56 I, 23 II NWJAG besondere, den Normen des NWIFG vorgehende Rechtsvorschriften i. S. des § 4 II 1 NWIFG dar. Nach **§ 23 II NWJAG** ist dem Prüfling die Einsicht in seine Prüfungsarbeiten einschließlich der Gutachten der Prüferinnen oder Prüfer zu gestatten. **Prüfervermerke finden keine Erwähnung**. Damit wird der **Umfang der Akteneinsicht** nach Auffassung der Kammer **abschließend definiert**.

In diesem Zusammenhang sei abschließend darauf hingewiesen, dass eine **weite Auslegung zu einem Wertungswiderspruch zum verwaltungsverfahrengerichtlichen Akteneinsichtsrecht führen würde**: Unter Zugrundelegung der Auffassung des Kl. wäre der „Jedermann“ zukommende Anspruch auf Einsichtnahme in die Prüfervermerke bereits geschriebener Klausuren weitergehend, als der dem einzelnen Prüfling zukommende verwaltungsverfahrenrechtliche Anspruch.“ (VG Köln aaO)

(OVG Münster in DÖV 2011, 941; Beschluss vom 18.08.2011 – 15 A 1574/11)

Die **Regelung des § 48 I 2 GO NRW**, wonach der Bürgermeister solche Vorschläge in die Tagesordnung für eine Ratssitzung aufzunehmen hat, die ihm fristgerecht von einem Fünftel der Ratsmitglieder oder einer Fraktion vorgelegt werden, ist **auch unter Berücksichtigung des Mandatsstatus eines fraktions- und gruppenlosen Ratsmitglieds verfassungsgemäß**.

*„Der dem einzelnen Ratsmitglied einfachrechtlich gewährte **Mandatsstatus beinhaltet nicht, dass es sich im Rat völlig unkoordiniert und ungebunden entfalten und entsprechend handeln kann. Der Mandatsstatus des einzelnen Ratsmitglieds wird vielmehr durch die Statusrechte der anderen Ratsmitglieder sowie durch die Rechte der Gesamtheit der Ratsmitglieder begrenzt. Denn die Ratsmitglieder verfügen über eine formal gleiche Rechtsstellung. Deren Entfaltung ist letztlich aber nur im Rahmen der Einbindung der Ratsmitglieder in die Institutionen des Gemeinderats möglich. Diese wiederum setzen unter Berücksichtigung der Vielfältigkeit der wahrzunehmenden Aufgaben und der gebotenen Effektivität der Aufgabenwahrnehmung eine Arbeitsteilung zwischen den einzelnen Ratsmitgliedern zwingend voraus. Dies haben ihrerseits die ausdrücklichen gemeinderatsorganisatorischen Vorgaben der Gemeindeordnung, aber auch diverse Regelungen in den Geschäftsordnungen der Gemeinderäte im Blick, in denen die einzelnen Ratsmitglieder in die Pflicht genommen werden, bestimmte Mandatsrechte nicht allein, sondern nur im Zusammenwirken mit anderen Ratsmitgliedern auszuüben (vgl. etwa §§ 47 I 4, 50 III 2, 55 III 2, 55 IV 1 GO NRW; vgl. zu den entsprechenden Grenzen der Mandatsfreiheit von Bundestagsabgeordneten Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz, 11. Auflage, München 2008, Art. 38 Rn 63 m. w. Nachw.).***

*Hierher gehört auch das durch § 48 I 2 GO NRW konkretisierte Initiativrecht der Ratsmitglieder betreffend die Aufnahme von Vorschlägen in die Tagesordnung von Ratssitzungen: Grds. steht das **Antragsrecht** dem einzelnen Ratsmitglied als **wesentliches Mitwirkungsrecht** alleine zu. Dies verbietet es aber nicht, in der Gemeindeordnung ein **Antragsquorum für bestimmte Mitwirkungsrechte** vorzuschreiben. Der Kl. verkennt hier, dass mit dem Antragsquorum für die Aufnahme eines Vorschlags in die Tagesordnung einer Ratssitzung schon im Ansatz eine Verletzung seines Initiativrechts nicht einhergeht. Denn durch § 48 I 2 GO wird das Initiativrecht des einzelnen Ratsmitglieds nur scheinbar geschmälert. Diesem wird „lediglich“ zugemutet, **im Interesse der Handlungsfähigkeit und Arbeitskraft aller anderen Ratsmitglieder** bezogen auf sein konkretes Anliegen selbst in Erfahrung zu bringen, ob sich im Rat eine ausreichende Anzahl von Mitstreitern findet, die die fragliche Initiative ebenfalls einer öffentlichen Thematisierung zuführen wollen, oder ob sich im Rat sogar eine Mehrheit in der Sache selbst findet.“ (OVG Münster aaO)*

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

Der Grundsatz der Organtreu gilt auch in dem Verhältnis zwischen universitären Organen und Organteilen.

*„Denn die **Pflicht zur Organtreu wurzelt in dem verfassungsrechtlichen Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme** sowie in dem auch im öffentlichen Recht geltenden **Grundsatz von Treu und Glauben**. Daraus folgt namentlich die **Unzulässigkeit rechtsmissbräuchlichen Handelns**. Warum solches treuloses Verhalten eines Organteils gegenüber dem Organ aber keine Folgen haben soll, bleibt unerfindlich. Vielmehr ist das Organ zwingend auf (rechts-)treues Verhalten seiner Mitglieder angewiesen, um seine Kompetenzen wirkungsvoll wahrnehmen zu können.*

*Vor diesem Hintergrund wendet sich der **Grundsatz der Organtreu** auch nicht gegen das Organ selbst: Seine **Anwendung schützt das Organ vielmehr gegen rechtsmissbräuchliche Angriffe seiner Mitglieder**. Der Grundsatz der Organtreu wirkt hier daher gerade zugunsten des Organs.*

*Mit der Anwendung des Grundsatzes der Organtreu geht im vorliegenden Verfahren auch **kein Verzicht auf organschaftliche Rechte** einher, sondern der Ausschluss ihrer Geltendmachung nach Treu und Glauben.*

Ausgehend von vorstehenden Ausführungen geht auch der Einwand der Kl. offensichtlich fehl, die für sie aus dem Grundsatz der Organtreu folgenden Obliegenheiten seien letztlich im Prüfungsrecht entwickelt worden und damit auf sie nicht übertragbar.

Wenn die Kl. schließlich einwenden, es sei fraglich, ob für sie als studentische Vertreter in einem Hochschulgremium der Grundsatz der Organtreu gelte, vermag der Senat die Zweifel der Kl. auch insoweit nicht zu teilen. Ihr Argument, von ihnen als studentischen Mitgliedern des Senats könne nicht erwartet werden, dass sie sich im Rahmen ihrer Gremientätigkeit mit der Rspr. des OVG zum Kommunalverfassungsrecht vertraut machten, verfängt dabei nicht. Denn hier geht es nicht um Spezialkenntnisse aus dem Bereich des Kommunalverfassungsrechts, sondern im Kern um schlichte gegenseitige Rücksichtnahme. Dazu bedarf es keines Studiums der Rechtswissenschaft, sondern einer einfachen, auch von den Kl. zu erwartenden Parallelwertung in der Laiensphäre.“ (OVG Münster aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtStVG
§§ 7, 17, 18**Anscheinsbeweis bei Verkehrsunfall
Fahrspurwechsel des Vorfahrtsberechtigten**

ZPO

(LG Saarbrücken in NJW-RR 2011, 1478; Urteil vom 10.06.2011 – 13 S 40/11)

Dem **Anscheinsbeweis** für ein Verschulden des Wartepflichtigen, der im Einmündungsbereich zweier Straßen mit einem Vorfahrtsberechtigten zusammenstößt, steht ein vor der Kollision erfolgter **Fahrspurwechsel** des Bevorrechtigten jedenfalls dann **nicht entgegen**, wenn der Wartepflichtige **nicht auf die Einhaltung** der von dem Berechtigten ursprünglich **gewählten Fahrspur vertrauen** durfte.

A. Grundlagenwissen: Der Anscheinsbeweis (sog. prima-facie-Beweis)

Ein Anscheinsbeweis liegt vor, wenn es eine **allgemeine Lebenserfahrung** hinsichtlich eines **typischen Geschehensablaufs** gibt. Diese Lebenserfahrung ist auf generalisierbare Erfahrungssätze zurückzuführen (**Ursache – Wirkung**). Der Anscheinsbeweis ist ein mittelbarer Beweis.

Die **Darlegungs-** und **Beweislast** geht beim Anscheinsbeweis dahin, nachzuweisen, dass ein **typischer Geschehensablauf** anzunehmen ist, der auf eine **typische Ursache** zurückzuführen ist. Dies spielt bei der Feststellung des Verschuldens eine große Rolle, vor allem im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen („Wer auffährt, ist schuld.“). Ob der Anscheinsbeweis auch für die **Kausalität** gelten kann, ist strittig (vgl. hierzu BGH NJW 1954, 1119; BGHZ 11, 227).

Ausgeschlossen ist ein Anscheinsbeweis, wenn es auf die individuelle Entscheidungsfreiheit und **individuell geprägte Verhaltensweisen** ankommt, da hier nicht auf allgemeine Erfahrungssätze zurückgegriffen werden kann.

Der Anscheinsbeweis stellt eine **Beweiserleichterung** für den Beweisverpflichteten dar. Soweit es dem Beweisgegner allerdings gelingt, den Anscheinsbeweis durch einen **Gegenbeweis** zu erschüttern, lebt die ursprüngliche Beweispflicht wieder auf und der Vollbeweis ist zu erbringen. Der Anschein ist dann erschüttert, wenn der Beweisgegner **Tatsachen vorträgt und beweist**, die den Schluss auf einen **atypischen Geschehensablauf** zulassen (vgl. grundlegend BGHZ 2, 1; 6, 169; 7, 198; 8, 239).

Auch im Gesetz können Anscheinsbeweise geregelt sein. Insofern sieht § 292a ZPO einen gesetzlichen Anscheinsbeweis bezüglich der Echtheit eines elektronischen Dokumentes bei qualifizierter elektronischer Signatur i.S.d. § 126a BGB vor.

B. Anscheinsbeweis auch bei Fahrspurwechsel des Vorfahrtsberechtigten (LG Saarbrücken in NJW-RR 2011, 1478)

Fall: Die Kl. macht Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall geltend, der sich am 21.02.2009 in der Ausfahrt des Kreisverkehrs ereignet hatte. Zu dem Unfall kam es, als der Zeuge X mit dem Fahrzeug der Kl. in die Ausfahrt des Kreisverkehrs auf der rechten Spur einfuhr und hierbei mit dem dort befindlichen Fahrzeug des Bekl. zu 1, das bei der Bekl. zu 2 versichert ist, kollidierte. Nach den an der Unfallstelle befindlichen Verkehrszeichen war an der Einmündung für den Zeugen X das Zeichen 205 (Vorfahrt gewähren) und auf der querenden Straße, auf der der Bekl. zu 1 fuhr, das Zeichen 301 (Vorfahrt) angebracht. Die Kl. hat ihren Gesamtschaden in Höhe von 2.638,69 Euro zzgl. gesetzlicher Zinsen klagweise geltend gemacht. Sie hat behauptet, der Bekl. zu 1 sei in dem Moment, als das Klägerfahrzeug in die Ausfahrt des Kreisverkehrs eingefahren sei, über eine durchgezogene Linie von der inneren auf die äußere Spur gewechselt, ohne einen Fahrtrichtungsanzeiger betätigt zu haben. Demgegenüber hat die Beklagtenseite vorgetragen, der Fahrspurwechsel sei unter Setzen des Fahrtrichtungsanzeigers und bereits in einem Bereich erfolgt, in dem die durchgezogene Linie noch nicht begonnen habe. Der Bekl. zu 1 habe angesichts des einfahrenden Klägerfahrzeugs noch vergeblich versucht, nach links auszuweichen, was jedoch auf Grund eines auf der benachbarten Spur fahrenden Fahrzeugs nicht möglich gewesen sei. Hat die Kl. einen Schadensersatzanspruch?

Die Kl. könnte gegen den Bekl. zu 1) einen Anspruch gem. §§ 7, 17, 18 StVG haben, für den dann die Bekl. zu 2) nach §§ 115 VVG i.V.m. § 1 PflichtVG einzustehen hat.

I. Haltereigenschaft des Anspruchsgegners

Der Bekl. zu 1) ist Halter des Fahrzeugs nach §§ 1 II, 8 StVG.

II. Verletzung der in § 7 StVG genannten Rechtsgüter des Anspruchsberechtigten

Hier ist ein Schaden an einer Sache, nämlich dem Pkw der Klägerin entstanden.

III. Schaden beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs

Die Schadensverursachung erfolgte auch beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs.

IV. Kein Ausschluss der Haftung

Ein Ausschluss der Haftung wegen höherer Gewalt (§ 7 II StVG), Schwarzfahrt (§ 7 III 1 StVG), langsamer Fahrzeuge i.S.d. § 8 Nr. 1 StVG, Beteiligung des Verletzten (§ 8 Nr. 2 StVG), Transport der beschädigten Sache (§ 8 Nr. 3 StVG), Personenbeförderung oder Verwirkung (§ 15 StVG) kommt nicht in Betracht. Auch liegt für keinen der beteiligten Fahrer ein unabwendbares Ereignis nach § 17 III StVG vor.

V. Haftungsverteilung nach § 17 I, II StVG

Für die Haftungsverteilung bei mehreren Kraftfahrzeugen gilt § 17 I, II StVG. Eine Alleinhaftung der Klägerin könnte sich daraus ergeben, dass dem Fahrer ihres Fahrzeugs ein Vorfahrtsverstoß zur Last gelegt werden kann.

1. Verstoß gegen § 9a StVO (a.F. = § 8 Ia StVG n.F.)

Die Vorschrift kommt nur zur Anwendung, wenn bei der Einmündung zugleich das Verkehrszeichen 215 (Kreisverkehr) angebracht war, anderenfalls kommen die allgemeinen Regeln der StVO zur Anwendung (vgl. Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR, 41. Aufl., § 8 StVO Rn 37 a m. w.N., sowie zur Vorgängervorschrift des § 9 a StVO Geigel/Zieres, Der Haftpflichtprozess, 25. Aufl., Kap. 27 Rn 305 m. w.N.).

„So liegt es hier. In dem Einmündungsbereich, an dem der Zeuge X in die querende Fahrbahn einfuhr, befindet sich ausweislich der Sachverständigenfotos – offenbar weil hier bereits die Ausfahrt des Kreisverkehrs betroffen ist – kein Zeichen 215, sondern lediglich das Zeichen 209 (Rechts). Damit kommen die besonderen Vorschriften für den Kreisverkehr nicht mehr zur Anwendung.“ (LG Saarbrücken aaO)

2. Allgemeiner Vorfahrtsverstoß

Nach den an der Unfallstelle befindlichen Verkehrszeichen war an der Einmündung für den Zeugen X das Zeichen 205 (Vorfahrt gewähren) und auf der querenden Straße, auf der der Bekl. zu 1 fuhr, das Zeichen 301 (Vorfahrt) angebracht. Somit war **der Bekl. zu 1 gegenüber dem Zeugen X gem. § 8 I 2 Nr. 1 StVO grundsätzlich vorfahrtsberechtigt.**“

Fraglich ist jedoch, ob sich deshalb eine andere Wertung ergibt, weil der Bekl. zu 1 unmittelbar vor der Kollision einen Fahrspurwechsel vorgenommen hat.

*„Das Vorfahrtsrecht des Bekl. zu 1 bestand auch ungeachtet eines Fahrspurwechsels, denn die Vorfahrt erstreckt sich auf die **Fahrbahn in ihrer gesamten Breite** (vgl. BGHZ 9, 6 [11] = NJW 1953, 583 = VersR 1975, 38; NJW 1996, 60 = VersR 1995, 1460; OLG Hamburg, VersR 1976, 893; LG Saarbrücken, Urt. v. 5. 9. 2008 – 13 S 91/08, und Urt. v. 14. 11. 2008 – 13 S 125/08 sowie Urt. v. 8. 4. 2011 – 13 S 11/11; Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR, 41. Aufl., § 8 StVO Rn 28 jeweils m. w.N.).“ (LG Saarbrücken aaO)*

Insofern könnte ein Anscheinsbeweis dahingehen gelten, dass der Zeuge C dieses Vorfahrtsrecht verletzt hat.

a) Geltung eines Anscheinsbeweises

*„Anwendungsvoraussetzung für den Anscheinsbeweis ist bei Verkehrsunfällen ein **Geschehensablauf, der nach allgemeiner Lebenserfahrung zu dem Schluss einer Sorgfaltspflichtverletzung drängt, weil er für eine schuldhafte Verursachung typisch ist** (vgl. BGH, NJW 1996, 1828 = NZV 1996, 277; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2010, 323 = NZV 2009, 556). Der **Wartepflichtige**, der in eine Vorfahrtsstraße einbiegen will, unterliegt einer **gesteigerten Sorgfaltspflicht**. Von ihm wird verlangt, dass er mit **Misstrauen** in die Vorfahrtsstraße heranfährt und im Zweifel wartet; auf den Vertrauensgrundsatz kann er sich nur eingeschränkt berufen, insbesondere muss er mit **ver-***

kehrswidrigen Verhalten von Vorfahrtsberechtigten – von groben Verkehrsverstößen abgesehen – **grundsätzlich rechnen** (vgl. BGH, NJW 1996, 60 = VersR 1995, 1460 m. w. N.). Mit Blick auf diese gesteigerte Sorgfaltspflicht des Wartepflichtigen spricht **für sein Verschulden der Beweis des ersten Anscheins**, wenn es – wie hier – im Einmündungsbereich zweier Straßen zum Unfall des nach rechts abbiegenden Wartepflichtigen mit dem Vorfahrtsberechtigten kommt und der **Wartepflichtige sich noch nicht** ohne Behinderung des bevorrechtigten Verkehrs **eingeorde net hatte** (vgl. BGH, NJW 1976, 1317; OLG Karlsruhe, VersR 1977, 673; KG, NZV 2000, 43; LG Saarbrücken, Urt. v. 5. 9. 2008 – 13 S 91/08 sowie Urt. v. 13. 5. 2011 – 13 S 45/11; Hentschel, § 8 StVO Rn 68, jeweils m. w. N.).“ (LG Saarbrücken aaO)

b) Anforderungen Geltung des Anscheinsbeweises

Allerdings könnte dieser Anscheinsbeweis im vorliegenden Fall dadurch erschüttert worden sein, dass der Bekl. zu 1 vorkollisionär die Spur gewechselt hatte.

„Die Annahme eines **Anscheinsbeweises** setzt, wie der BGH jüngst in seiner Entscheidung vom 30.11.2010 (NJW 2011, 685 = DAR 2011, 134 mit umfangr. Nachw. zum bis dahin bestehenden Streitstand) im Zusammenhang mit dem Anscheinsbeweis beim Auffahrunfall noch einmal deutlich gemacht hat, stets voraus, dass ein **typischer Geschehensablauf** feststehen muss. Danach reicht beispielsweise allein das „Kerngeschehen“ des Auffahrens als Grundlage eines Anscheinsbeweises nicht aus, wenn **weitere Umstände** des Unfallereignisses bekannt sind, die **als Besonderheiten gegen die bei derartigen Fallgestaltungen gegebene Typizität sprechen**. Denn es muss das gesamte feststehende Unfallgeschehen nach der Lebenserfahrung typisch dafür sein, dass ein Verkehrsteilnehmer im Rahmen des Unfallereignisses schuldhaft gehandelt hat (vgl. bereits BGH, NJW 1996, 1828, für den Fall des Abkommens von der Fahrbahn).“ (LG Saarbrücken aaO)

c) Fahrspurwechsel als Grund für Wegfall der Typizität

Fraglich ist, ob der Fahrspurwechsel des Bekl. zu 1 die Typizität, nach welcher eine Kollision zwischen einem vorfahrtsberechtigten und einem achtungsverpflichteten Fahrzeug auf einen Vorfahrtsverstoß des letzteren zurückzuführen ist, aufzuheben vermag.

„Ob der Wartepflichtige grundsätzlich **darauf vertrauen** darf, dass ein auf einer bevorrechtigten mehrspurigen Fahrbahn herannahendes Fahrzeug den **gewählten Fahrstreifen einhält** und jedenfalls nicht ohne Ankündigung durch Blinkzeichen (so OLG Hamm, VRS 60, 141; Hentschel, § 8 Rn 54 a) oder sogar – wie das LG Hamburg (Urt. v. 14. 11. 2003 – 313 S 114/02, BeckRS 2005, 930) meint – „unversehens“ die Fahrspur wechselt, ist, sieht man von dem Sonderfall ab, dass die Einfahrs pur des Rechtsabbiegers sich als zusätzlicher Fahrstreifen in der bevorrechtigten Straße fortsetzt (BayObLG, DAR 1979, 46; Hentschel, § 8 Rn 64), aus Sicht der Kammer **zweifelhaft**.

Aus **§ 7 V StVO**, der die **Einhaltung eines gewählten Fahrstreifens** gebietet und einen Fahrspurwechsel nur unter Einhaltung größtmöglicher Sorgfalt gegenüber dem übrigen Verkehr erlaubt, lässt sich dies nicht ableiten (so aber OLG Hamm, VRS 60, 141), denn diese Vorschrift dient dem Schutz des **gleichgerichteten fließenden Verkehrs**, nicht aber des Gegenverkehrs oder – wie hier – des kreuzenden bzw. einmündenden Verkehrs (vgl. eingehend hierzu Haarmann, DAR 1987, 139 [146]; s. auch Hentschel, § 7 Rn 17, je m. w. Nachw.). Eine **Pflicht zur Einhaltung der Fahrspur** durch den bevorrechtigten Spurwechsler **zum Schutz des einbiegenden Verkehrs**, die ein entsprechendes Vertrauen des Wartepflichtigen rechtfertigen würde, lässt sich daher allenfalls aus dem **allgemeinen Rücksichtnahmegebot** des § 1 II StVO entnehmen.“ (LG Saarbrücken aaO)

Ob ein Verstoß gegen das allgemeine Rücksichtnahmegebot angenommen werden kann, hängt auch davon ab, welche Anforderungen die StVO an die Sorgfalt desjenigen, welcher die Vorfahrt zu gewähren hat, stellt.

„Das das **Vertrauen** des Wartepflichtigen ist jedenfalls dann **eingeschränkt**, wenn Gründe vorliegen, auf Grund derer er selbst mit einem kehrswidrigen Fahrspurwechsel rechnen muss. So liegt es hier. Die Unfallstelle liegt **unmittelbar in der Ausfahrt** aus dem mehrspurigen Kreisverkehr. Unmittelbar dahinter befinden sich Abzweigungen nach rechts und links, sowie – in einiger Entfernung – eine Verkehrsampel für den zweispurigen Geradeausverkehr. Mit einem **plötzlichen Fahrstreifenwechsel des ausfahrenden Verkehrs** ist daher einerseits wegen der nach Verlassen des Kreisverkehrs nicht selten gebotenen Neuorientierung des ausfahrenden Verkehrs, andererseits aber auch wegen der unmittelbar hinter der Einmündung, an der der Kl. wartete, gelegenen Abbiegemöglichkeit nach rechts **zu rechnen**. Dies gilt selbst dann, wenn der Bekl. – wie von Klägerseite behauptet – beim Fahrspurwechsel eine durchgezogene Linie überfahren hätte. Da der **Beginn der durchgezogenen Linie** hier erst **hinter der Einmündung** beginnt, dient diese ersichtlich nicht dem Vertrauen des Wartepflichtigen auf Einhaltung der Fahr-

spur durch den heranfahrenden bevorrechtigten Verkehr, sondern allein dem **Schutz des aus der Einmündung bereits berechtigt eingefahrenen Verkehrs** vor einem späteren Fahrspurwechsel. Ist dagegen für den Wartepflichtigen, wie hier den Zeugen X, das herannahende Fahrzeug erkennbar, darf er nicht losfahren, bevor er sicher ist, dass eine Gefährdung des bevorrechtigten Verkehrs auch unter Inkaufnahme eines gegebenenfalls verkehrswidrigen Spurwechsels ausgeschlossen ist.“ (LG Saarbrücken aaO)

Da sich das Vorfahrtsrecht des bevorrechtigten Verkehrs auf die gesamte Fahrbahn und nicht lediglich auf eine bestimmte Fahrspur bezieht und der Wartepflichtige im Übrigen auch mit Verkehrsverstößen des Bevorrechtigten rechnen muss, hätte der wartepflichtige Kl. hier auch das Vorfahrtsrecht des Bekl. zu 1 beim Einfahren verletzt, wenn der Spurwechsel, wie von ihm behauptet, verkehrswidrig erfolgt war. Insbesondere durfte der Kl. **nicht darauf vertrauen**, dass das Beklagtenfahrzeug **auf der ursprünglichen Spur verblieb**.

Der Fahrspurwechsel des Bekl. zu 1 hebt daher die Typizität der Vorfahrtsverletzung nicht auf.

d) Erschütterung des Anscheinsbeweises

Ein Anscheinsbeweis kann auch erschüttert werden. Fraglich ist, ob das Vorbringen der Kl. hierzu ausreicht.

„Der Anscheinsbeweis wird erst entkräftet, wenn eine **abweichende Schadensursache** nicht nur im Bereich der gedanklichen Möglichkeit theoretisch aufgezeigt werden kann, sondern – belegt durch bewiesene Tatsachen – **ernsthaft in Betracht** kommt (vgl. BGH, NJW 1991, 230 = NZV 1990, 386; Hentschel, Einl. Rn 157 a m. w.N.). Nach den zutreffenden und von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen des AG liegen **keine Umstände** vor, die zur Erschütterung des Anscheinsbeweises geeignet sind. Es sind insbesondere keine Tatsachen vorgetragen und bewiesen, aus denen sich ergäbe, dass der Zeuge X das bevorrechtigte Beklagtenfahrzeug bei der nach § 8 II 2 StVO gebotenen Sorgfalt **nicht hätte rechtzeitig wahrnehmen können** (vgl. dazu KG, SP 2003, 86; Haarmann, DAR 1987, 139; Hentschel, § 7 Rn 69 m. w.N.).“ (LG Saarbrücken aaO)

Eine Erschütterung des Anscheinsbeweises ist daher nicht anzunehmen.

VI. Mitverschulden

Den Bekl. zu 1 trifft kein Mitverschulden am Zustandekommen des Unfalls.

„Ein Verstoß gegen die Pflichten beim Wechsel eines Fahrstreifens i. S. des § 7 V StVO ist nicht nachgewiesen, da offen geblieben ist, wo und unter welchen Umständen der Bekl. zu 1 die Fahrspur gewechselt hat. Damit **fehlt der Nachweis**, dass der **Fahrspurwechsel sorgfaltswidrig** – sei es unter Überfahren einer durchgezogenen Linie oder ohne rechtzeitige Ankündigung – erfolgt war. Im Übrigen bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte, um beweissicher zu klären, ob der Bekl. zu 1, als die Vorfahrtsverletzung für ihn erkennbar werden musste, noch so weit entfernt war, dass er unfallverhütend hätte reagieren können (KG, SP 2003, 86).“ (LG Saarbrücken aaO)

VII. Zurechnung der Betriebsgefahr

Da jedoch an dem Unfall zwei Kraftfahrzeuge beteiligt waren, könnte der Bekl. zu 1) zumindest für die Betriebsgefahr haftbar sein, die von seinem Fahrzeug ausgeht.

„Die **Verletzung der Vorfahrt** stellt einen **so schwerwiegenden Verstoß** dar, dass eine Mithaftung des Vorfahrtsberechtigten in aller Regel nur in Betracht kommt, wenn auch dem Berechtigten ein schuldhafter Pflichtenverstoß zur Last gelegt werden kann (LG Saarbrücken, zuletzt Ur. v. 08.04.2011 – 13 S 11/11; vgl. auch BGH, NJW-RR 1987, 1237; KG, SP 2003, 86; OLG Hamburg, VersR 1976, 893; Haarmann, DAR 1987, 139; Hentschel, § 7 Rn.)

Gegenüber dem Verschulden des Zeugen ... **tritt** nach der ständigen Rechtsprechung der Kammer, die der allgemeinen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur entspricht, die **Betriebsgefahr** des bevorrechtigten Beklagtenfahrzeugs **völlig zurück**. (LG Saarbrücken aaO)

Ergebnis: Die Voraussetzungen für eine alleinige Haftung der Kl. liegen vor. Der geltend gemachte Anspruch steht ihr nicht zu.

Hat ein Gericht dem Grunde nach entschieden, dass der Architekt zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der dadurch entstanden ist, dass der Auftraggeber infolge der fehlerhaften Kostenberatung von der Durchführung eines Bauvorhabens nicht abgesehen hat, darf es im Betragsverfahren den Schaden nicht mit der Begründung verneinen, die Kostenschätzung sei nicht fehlerhaft gewesen.

A. Grundlagenwissen: Das Grundurteil, § 304 ZPO

Das Grundurteil ist eine **besondere Form des Zwischenurteils**, in welchen eine Vorabentscheidung **über den Anspruchsgrund** getroffen wird. Eine Prozessbeendigung findet also nicht statt. Ein Grundurteil kommt nach § 304 ZPO nur in Betracht, wenn sich der mit der Klage oder Widerklage geltend gemachte Anspruch auf **Geld oder vertretbare Sachen** richtet.

Ist zwischen den Parteien sowohl der Anspruchsgrund als auch die Anspruchshöhe streitig, die Sache aber nur hinsichtlich des Anspruchsgrundes entscheidungsreif, so kann ein Grundurteil ergehen. Hierbei muss das Grundurteil allerdings grundsätzlich **sämtliche Klagegründe** und die **Sachbefugnis** nebst zugehörigen **Einwendungen** erschöpfend erledigen (Baumbach/Hartmann, § 304, Rn 8).

Ein Grundurteil darf ergehen, wenn

- ein **Anspruch nach Grund und Höhe streitig** ist,
- grundsätzlich **alle Fragen**, die zum Grund des Anspruchs gehören, **erledigt** sind und
- nach dem Sach- und Streitstand zumindest **wahrscheinlich** ist, dass der **Anspruch in irgendeiner Höhe** besteht.

Beispiel: Wird mit einer Klage Schadensersatz geltend gemacht, so kann – sofern das Bestehen eines Schadens feststeht – durch Grundurteil darüber entschieden werden, dass der Beklagte dem Kläger gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet ist, während die Entscheidung über die Höhe des Schadensersatzes noch offen bleibt.

Das Grundurteil muss wegen seiner Bindungswirkung eindeutig im Hinblick auf seine Reichweite sein. Im Hinblick auf Rechtsmittel wird das Grundurteil wie ein Endurteil behandelt, § 304 II ZPO.

B. Bindungswirkung der Sachverhaltswürdigung im Grundurteil für das Betragsurteil (BGH in ZfBR 2011, 752)

Fall: Der Kl. begehrt von den beklagten Architekten Schadensersatz in Höhe von 200.000 EUR und Feststellung, dass diese auch den weiteren Schaden zu ersetzen haben, der ihm durch fehlerhafte Kostenberatung anlässlich der Sanierung und des Umbaus seines Wohn und Geschäftshauses in L. entstanden ist.

Der Kl. beauftragte im Hinblick auf die beabsichtigte Modernisierung seines Anwesens am 07.03.1997 die Bekl. zu 2 und 3 (im Folgenden: die Bekl.) mit den Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 4 des § 15 Abs. 2 HOAI a.F. Die Bekl. erstellten hierzu Kostenschätzungen, in denen sie für die Ausführung des Bauvorhabens Kosten von brutto 1.649.100 DM (Februar 1997) bzw. 1.921.650 DM (Oktober 1997) ermittelten. Mit der weiteren Durchführung der Umbau und Sanierungsmaßnahmen beauftragte der Kl. sodann den Architekten L. Die tatsächlichen Kosten belaufen sich auf 3.202.154,22 DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Am 26.04.2006 hat das BerGer durch Grundurteil entschieden:

1. *Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt.*
2. *Dem Betragsverfahren bleiben Einwendungen der Bekl. aus § 254 BGB insofern vorbehalten, als der Architekt L. kostensichernde und/oder kostensteuernde Maßnahmen im Rahmen der ihm obliegenden Kostenermittlungsverfahren und Kostenkontrollmaßnahmen vorwerfbar unterlassen und/oder der Kl. selbst vorwerfbar verteuernde Maßnahmen angeordnet und/oder verbilligende Maßnahmen unterlassen hat.*

Zur Begründung hat das BerGer unter anderem ausgeführt, eine Pflichtverletzung der Bekl. liege darin, dass diese Kostenschätzungen abgegeben hätten, ohne den Kl. über die Toleranzen aufzuklären, die mit ihnen verbunden gewesen seien. Abgesehen davon hätte eine echte Kostenberechnung und die Kostenkontrolle eine weitere Sicherheit bezüglich der zu erwartenden Kosten gebracht. Die Pflichtverletzung sei ursächlich für den im Betragsverfahren zu ermittelnden Schaden. Der Senat sei davon überzeugt, dass der Kl. die Sanierungs- und Ausbauarbeiten nicht vorgenommen hätte, wenn ihm bei seinem Entschluss, das

Bauvorhaben tatsächlich in Auftrag zu geben, klar gewesen sei, auf welche unwägbaren Kostenerweiterungen er sich eingelassen habe. Der Schaden bestehe darin, dass der Kl. zum einen hohen Zinsbelastungen ausgesetzt sei, die Tilgungsleistungen auf die Schuld verzögerten, wenn nicht unmöglich machten. Zum anderen sei der Behauptung des Kl. nachzugehen, dass die durch den Aus und Umbau erreichte Wertsteigerung weit hinter dem Kostenaufwand zurückbleibe. Der Senat sei davon überzeugt, dass der jetzt auf Prozesskostenhilfe angewiesene Kl. finanziell erheblich besser stünde, wenn das Bauvorhaben nicht durchgeführt worden wäre. Der darin liegende Schaden und die Belastungen des Kl. ließen sich im Rahmen der durchzuführenden Beweisaufnahme durch einen Vergleich des getätigten Aufwands und des jetzigen Ertragswerts betragsmäßig ermitteln.

Ein Mitverschulden des Kl. auf Grund der Versäumnisse des Architekten L. im Planungsbereich könne nicht angenommen werden, weil dieser insoweit nicht Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfe des Kl. im Verhältnis zu den Bekl. gewesen sei. Anders verhalte es sich mit den dem Architekten L. obliegenden Kostenermittlungs- und Kostenkontrollaufgaben, bei deren sachgerechter Erfüllung eine den Kostensicherungsinteressen entsprechende Objektsteuerung möglich gewesen wäre. Dies, wie auch verteuernde Bauherrenwünsche begründeten zugunsten der Bekl. die Anwendung des § 254 BGB, was im Betragsverfahren zu berücksichtigen sei.

Dieses Urteil ist durch Zurückweisung der Beschwerde über die Nichtzulassung der Revision durch den Senat rechtskräftig geworden. Im Betragsverfahren hat das BerGer sodann die Klage abgewiesen und die Revision gegen dieses Urteil nicht zugelassen. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Kl. hat der Senat die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kl. seinen Zahlungsanspruch sowie sein Feststellungsbegehren weiter.

Nachdem das Gericht dem Kl. im Grundurteil zunächst einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens unter Berücksichtigung eines eventuellen Mitverschuldens zugesprochen hat, wurde nunmehr im Betragsverfahren angenommen, dass ein zu ersetzender Schaden nicht entstanden sei. Einer solchen Annahme könnte die Bindungswirkung des Grundurteils entgegenstehen.

I. Bindungswirkung des Grundurteils

Nach § 318 ZPO ist das Gericht an die Entscheidung, die in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurteilen enthalten ist, gebunden.

*„Ein BerGer darf sich **nicht in Widerspruch** zu seinem früheren Grundurteil setzen. Das folgt zwar nicht aus der Rechtskraft im Sinne des § 322 ZPO, weil ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO nur formell, nicht aber auch materiell rechtskräftig wird, ergibt sich aber aus der **Bindungswirkung des § 318 ZPO** (BGH, Urteile vom 14. April 1987 – IX ZR 149/86, NJWRR 1987, 1196; vom 5. Oktober 1965 – VI ZR 90/64, VersR 1965, 1173, jeweils m.w.N.). Diese entspricht inhaltlich der Rechtskraft (BGH, Beschluss vom 21.02.1994 – II ZB 13/93, NJW 1994, 1222).*

*Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist für den **Umfang der Bindung** eines Grundurteils **das wirklich Erkannte maßgebend**. Was erkannt worden ist, wird durch die Urteilsformel in Verbindung mit den Urteilsgründen festgelegt (BGH, Urt. v. 26.09.1996 – VII ZR 142/95, BauR 1997, 170 = ZfBR 1997, 31; vom 22. Juni 1961 – VII ZR 166/60, BGHZ 35, 248, 252).“ (BGH aaO)*

II. Inhalt der Feststellungen im Grundurteil

Nach diesen Maßstäben ist zunächst zu ermitteln, welches das „wirklich Erkannte“ im Grundurteil ist.

*„Das BerGer hat mit der notwendigen Eindeutigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 12.02.2003 – XII ZR 324/98, WM 2003, 1919) **dem Grunde nach entschieden**, dass die Bekl. dem Kl. gemäß § 280 I BGB auf Schadensersatz haften, weil sie ihn **nicht über die Toleranzen der Kostenschätzung aufgeklärt und keine Kostenberechnung erstellt haben**. Es hat bindend entschieden, dass der Kl. ohne die Pflichtverletzung das Bauvorhaben nicht durchgeführt hätte und die Bekl. den insoweit entstandenen Schaden zu ersetzen haben. Für das Betragsverfahren hat es den Einwand des Mitverschuldens zugelassen, soweit das im Tenor des Grundurteils zum Ausdruck gebracht worden ist. Dagegen hat es den Einwand des **Mitverschuldens wegen etwaiger Planungsfehler des Architekten L.** mit bindender Wirkung **zurückgewiesen**.“ (BGH aaO)*

III. Inhalt der Feststellungen im Betragsurteil

Das BerGer ermittelt in seiner Begründung zur Ablehnung eines beim Kl. eingetretenen Schadens die tatsächlichen Baukosten und stellt sie den von den Bekl. geschätzten Kosten gegenüber. Weil die „bereinigten“ tatsächlichen Kosten geringer als die Schätzkosten seien, verneint es einen Schaden beim Kl.

Zudem müsse der Kl. sich ein Mitverschulden des von ihm beauftragten Architekten L. zurechnen lassen.

„Dadurch lägen die bereinigten Baukosten um ca. 237.000 DM niedriger und befänden sich mit 2.135.465 DM innerhalb der den Bekl. zuzubilligenden Schätzungstoleranz von 2.209.897,50 DM. Dem Kl. stehe damit mangels

*Schadens kein Schadensersatzanspruch zu. Seinen **Finanzierungsschaden** habe er ausweislich der Berufungsbegründung **nicht weiterverfolgt**. Einen solchen habe er aber auch deshalb nicht, weil er mit einer Finanzierung bis zu einem Betrag von 2.209.897,50 DM habe rechnen müssen.“ (BGH aaO)*

IV. Vereinbarkeit dieser Feststellungen mit der Bindungswirkung des Grundurteils

Diese Feststellungen im Betragsurteil müssten mit der Bindungswirkung des Grundurteils und damit den darin gefundenen Erkenntnissen vereinbaren lassen.

1. Bestimmung der Pflichtverletzung

Im Betragsurteil stützt das BerGer. die Pflichtverletzung auf die fehlerhafte Schätzung der voraussichtlichen Baukosten durch die Bekl.

„Damit verkennt das BerGer schon im Ansatz, dass die Pflichtverletzung der Bekl. nicht in der inkorrekten Schätzung, sondern in der **mangelnden Aufklärung über die Unwägbarkeit einer Kostenschätzung und der fehlenden Durchführung einer Kostenberechnung** liegt, dass diese Pflichtverletzung durch das Grundurteil bindend festgestellt ist und dass damit dem BerGer weitergehende Feststellungen mit anderslautenden Ergebnissen zur Pflichtverletzung versagt sind.“ (BGH aaO)

Dieser Ansatz ist mit der Bindungswirkung des Grundurteils nicht zu vereinbaren.

2. Berechnung der Schadenshöhe

Das BerGer. ermittelt die Schadenshöhe aus einem Vergleich zwischen den geschätzten und den tatsächlich entstandenen, korrigierten Baukosten.

„[Hierbei] verkennt das BerGer, dass **bindend festgestellt** ist, dass die Pflichtverletzung deshalb ursächlich zu einem Schaden geführt hat, weil der Kl. bei gehöriger Aufklärung durch die Bekl. **von seinem Vorhaben Abstand** genommen hätte. Die Schadenshöhe ist daher durch einen Vermögensvergleich des beim Kl. vorhandenen Vermögens **mit und ohne Durchführung der Baumaßnahme** festzustellen, § 249 I BGB. Die Höhe der geschätzten Baukosten hat darauf keinerlei Einfluss. Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, das BerGer habe prüfen müssen, inwieweit die einzelnen vom Kl. geltend gemachten Kostenpositionen der festgestellten Pflichtverletzung zuzuordnen seien. Im **Betragsverfahren** geht es nur noch um die Frage, **welchen Vermögensnachteil** der Kl. infolge der Entscheidung erlitten hat, das Bauvorhaben durchzuführen. Insoweit sind die **gesamten** durch die infolge der Pflichtverletzung der Bekl. **veranlassten Vermögensaufwendungen** des Kl. der Wertsteigerung gegenüberzustellen, die das Objekt durch die Baumaßnahmen erfahren hat. Auch andere Vermögensvorteile wären zu berücksichtigen.“ (BGH aaO)

Auch der Ansatz für die Berechnung der Schadenshöhe ist daher nicht den Feststellungen im Grundurteil zu vereinbaren und verstößt damit gegen die Bindungswirkung.

V. Entscheidung über die Revision

Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Sache an das BerGer zurückzuverweisen.

„Der Senat kann **mangels verwertbarer Feststellungen** des BerGer zur Schadenshöhe in der Sache **nicht selbst entscheiden**. Er macht jedoch von der Möglichkeit des § 563 I 2 ZPO Gebrauch.“ (BGH aaO)

Darüber hinaus weist der BGH jedoch auf schon jetzt absehbare Probleme hin.

1. Finanzierungsschaden

Das BerGer dar nicht davon ausgehen, dass der Kl. den Finanzierungsschaden nicht weiterverfolgt hat.

„Den Finanzierungsschaden hat der Kl. in der Klage geltend gemacht und teilweise beziffert. Das Grundurteil stellt ihn als Teil des möglichen Schadens dar. Hiervon hat der Kl. in der Berufungsinstanz keinen Abstand genommen. So hat das auch die Beklagtenseite verstanden, die in ihrer Berufungserwiderung ausführlich auf den Finanzierungsschaden eingeht.“ (BGH aaO)

2. Mitverschulden des Architekten L.

„Das BerGer kann im Betragsverfahren ein Mitverschulden des Architekten L. berücksichtigen. Soweit es auf kostensichernde und/oder kostensteuernde Maßnahmen des Architekten L. abstellt, muss es darlegen, dass diese im Rahmen der ihm obliegenden Kostenermittlungsverfahren und Kontrollmaßnahmen **vorwerfbar unterlassen worden** sind. Das betrifft auch die Verletzung einer Pflicht, Gewerke auszuschreiben. Soweit es auf kostenverteuernde Maßnahmen des Kl. abstellt, ist zu prüfen, inwieweit der Kl. gegen seine Pflicht zur Schadensminderung verstoßen hat.

Allein der Umstand, dass er solche Maßnahmen ergriffen hat, begründet ein Mitverschulden noch nicht.“ (BGH aaO)

(LG Oldenburg in NStZ 2011, 655; Beschluss vom 22.09.2010 – 3 Qs 263/10)

Hat eine Tageszeitung im **Internet** ein **Diskussionsforum** eingerichtet, in das jeder Bürger einen **Beitrag** einstellen kann, der **von dem Presseorgan redaktionell nicht bearbeitet** wird und für den allein der Bürger die Verantwortung trägt, so **steht den Redaktionsmitarbeitern bzgl. der Daten** der an der Diskussion mitwirkenden Bürger **kein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I 3 StPO** zu.

Fall: Das AG hat angeordnet, dass die N-Zeitung die Echtpersonalien des Nutzers „X“, der im Diskussionsforum der N.-Zeitung im Internet einen Beitrag unter dem Stichwort „Geld für Kinder ist eine Investition in die Zukunft“ eingestellt hat, herauszugeben bzw. die IP-Adresse des Einsenders zu benennen habe.

Der genannte Nutzer hatte unter dem Pseudonym „X“ eine Beleidigung zum Nachteil eines in der Sache unbeteiligten Geschädigten begangen, indem er den Geschädigten, der als Ratsherr politisch aktiv ist, indirekt als „Sozialschmarotzer“ bezeichnete. Diese Beleidigung ist über das Internet einer unbegrenzten Personenzahl zugänglich gewesen. Zur Aufklärung der Tat und zur Vermeidung von Wiederholungsfällen bedürfe es – so das AG – der Ermittlung des Täters und aus diesem Grunde der Herausgabe der Verbindungsdaten des Nutzers.

Fraglich ist, ob der **Beschluss** im Hinblick auf die Herausgabe der Verbindungsdaten **gem. § 160ff. StPO rechtmäßig** war.

I. **Ermächtigungsgrundlage** für die Anordnung der Herausgabe der Verbindungsdaten ist **§ 100g StPO i. V. m. § 113 TKG**.

1. Nach den **allgemeinen strafprozessualen Bestimmungen der §§ 160ff. StPO** war die **Maßnahme grds. zulässig**. Danach ist die StA, sobald sie von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erlangt, befugt, Ermittlungen jeder Art vorzunehmen oder vornehmen zu lassen zwecks Entschließung darüber, ob öffentliche Klage zu erheben ist (§ 160 I StPO). Dies gilt, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen (§ 161 I StPO).
2. Vorliegend waren die **Befugnisse der StA nicht eingeschränkt**, insbes. nicht durch Regelungen zum Schutz der Pressefreiheit.
 - a) So war die Ermittlungsmaßnahme nicht etwa nach **§ 160a II StPO i.V.m. § 53 I 1 Nr. 5 StPO** unzulässig.

Danach ergeben sich **Beschränkungen bei Ermittlungen gegen solche Personen, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht**.

Daran fehlt es hier jedoch, denn den **Mitarbeitern der Presse steht ein Zeugnisverweigerungsrecht** nämlich **nur insoweit zu, als es sich um Beiträge, Unterlagen, Mitteilungen und Materialien für den redaktionellen Teil oder redaktionell aufbereitete Informations- und Kommunikationsdienste handelt** (§ 53 I 3 StPO).

- aa) Üblicherweise wird **unterschieden zwischen dem Anzeigenteil und dem redaktionellen Teil einer Zeitung**: Während nach allgemeiner Auffassung das Zeugnisverweigerungsrecht nicht für den Anzeigenteil gilt, werden **Leserbriefe** dem redaktionellen Teil zugeordnet mit der Folge, dass ein **Zeugnisverweigerungsrecht auch insoweit besteht**.

„Die Zuordnung zum redaktionellen Teil ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 53 I 3 StPO im Lichte des grundgesetzlichen Schutzes der Pressefreiheit: Die Funktion der Presse, öffentliche Gewalt zu kontrollieren und an der öffentlichen Meinungsbildung mitzuwirken, erfordert es, das ein Informant auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses vertrauen kann. Denn ohne ein solches Vertrauen würde die Presse kaum solche Informationen erhalten, derer sie zur Wahrnehmung ihrer Kontroll- und Meinungsbildungsfunktion bedarf (BVerfGE 36, 193). Auch die in Leserbriefen veröffentlichten Tatsachen und Meinungen dienen diesen Funktionen. Dies entspricht auch der vom BGH (BGHSt 28, 240) geforderten pressefreundlichen Auslegung des § 53 StPO I 3 StPO. Gleichzeitig bedeutet dies, dass das Presseorgan bzw. der jeweilige Redakteur auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn die Grenzen der Pressefreiheit über-

schriften werden und wenn der Inhalt eines Leserbriefes, der in gleicher Weise dem Schutz des § 193 StGB (Wahrnehmung öffentlicher Interessen) unterliegt wie eine berufsmäßige Presseveröffentlichung, diese Grenzen überschreitet.“ (LG Oldenburg aaO)

- bb) Der hier fragliche Beitrag unterscheidet sich jedoch von den derartigen Leserbriefen, denn der **Beitrag wurde**, anders als ein Leserbrief, **nicht redaktionell aufbereitet**.

„Vielmehr kann hier ein jeder Nutzer zu jeder Zeit elektronisch einen Beitrag in dem von der [N-Zeitung] eröffneten und frei zugänglichen Diskussionsforum platzieren, ohne dass dieser Beitrag inhaltlich einer irgendwie gearteten Filterung unterlag. [Die N-Zeitung] wertet lediglich die Tatsache, dass das fragliche Internetforum zum Veröffentlichen von Artikeln seitens der Redaktion zur Verfügung gestellt wird, bereits als „redaktionelle Aufbereitung“.

*Einer solchen Wertung stehen der **Wortlaut und der Sinn der Vorschrift** entgegen. Dies gilt auch bei der gebotenen pressefreundlichen Auslegung der Vorschriften unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Garantie der Meinungs- und Pressefreiheit gemäß Art. 5 I GG.*

*Das **Internetforum** hier ist **lediglich redaktionell aufgemacht, nicht aber redaktionell aufbereitet**. Einzige Schranke war hier, dass der Nutzer die allgemeinen Nutzerbedingungen akzeptiert bzw. durch ein Anklicken dies bestätigt, während sein Beitrag inhaltlich in keiner Weise geprüft wird. Das Forum wird seitens der Redaktion zur freien Verfügung gestellt, ohne dass eine irgendwie geartete Aufbereitung stattfände.*

*Dementsprechend genießen Diensteanbieter wie die [N-Zeitung] auch ein **Haftungsprivileg**, denn nach § 7 II TMG sind sie nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.“ (LG Oldenburg aaO)*

- cc) Auch der **Nutzer vertraut** – anders als bei redaktionell aufbereiteten Leserbriefen – **nicht darauf, dass seine Anonymität geschützt werde**.

*„Wie das AG in dem angefochtenen Beschluss bereits ausgeführt hat, weist die N-Zeitung in ihren **Nutzungsregeln für das Internetforum** darauf hin, dass für die Veröffentlichung einzig den Nutzer die Verantwortung treffe. Zur Wahrung ihrer Kontroll- und Meinungsbildungsfunktion ist die Presse auch nicht darauf angewiesen, dass ein Nutzer des Internetforums auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses bauen kann.“ (LG Oldenburg aaO)*

- b) Auch die Regelung des **§ 160 IV StPO** steht der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme nicht entgegen. Danach sind **Maßnahmen unzulässig, soweit besondere bundes- oder landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen**. Zwar sind derartige Regelungen auch datenschutzrechtliche Regelungen, hier aber greift der Datenschutz nicht zugunsten des Beschuldigten.

*„Nach § 14 II TMG sind die Anbieter vielmehr **ausdrücklich berechtigt, entsprechende Daten an die Ermittlungsbehörden herauszugeben**, denn nach dieser Vorschrift darf der Diensteanbieter auf Anordnung der zuständigen Stellen im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung, zur Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden der Länder, zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes oder des Militärischen Abschirmdienstes oder des Bundeskriminalamtes im Rahmen seiner Aufgabe zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus oder zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum erforderlich ist. Hier geboten Zwecke der Strafverfolgung die Herausgabe der Bestandsdaten, so dass ein spezialgesetzliches Verbot dort gerade nicht geregelt ist.“ (LG Oldenburg aaO)*

- c) Da die Regelungen über die Zulässigkeit einer Beschlagnahme, insbes. § 97 V StPO, ihrerseits Bezug nehmen auf die vorgenannten Regelungen des Zeugnisverweigerungsrechts, ist auch aus diesen Regelungen keine zusätzliche Erkenntnis zu erlangen.

- II. **Ergebnis:** Weder der grundgesetzliche Schutz der Pressefreiheit noch sonstige Erwägungen wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebieten hier einen Quellenschutz, so dass die Beschwerde unbegründet ist.

VwGO

Ergänzung von Ermessenserwägungen

VwGO

§§ 114, 124 II

kein Berufungszulassungsgrund

(OVG Münster in NWVBl. 2011, 438; Beschluss vom 29.04.2011 – 18 A 1491/10)

1. Eine **nach Ergehen eines erstinstanzlichen Urteils** erfolgte Ergänzung von Ermessenserwägungen ist schon im Berufungszulassungsverfahren zu berücksichtigen.
2. Die Berufung ist nicht bereits deshalb zuzulassen, um die **Tragfähigkeit der neuen Ermessenserwägungen** im Berufungsverfahren überprüfen zu können.

A. Grundlagenwissen: Die Zulassung der Berufung**I. Erforderlichkeit der Berufungszulassung**

Gegen erstinstanzliche Urteile des VG ist die Durchführung eines Berufungsverfahrens nicht ohne weiteres zulässig. Vielmehr ist die Zulassung der Berufung erforderlich.

Die Zulassung erfolgt

- durch das Verwaltungsgericht in seinem Urteil
- durch das Oberverwaltungsgericht, wenn keine Zulassung im Urteil einem vorgeschalteten Verfahren (Berufungszulassungsverfahren)

II. Berufungszulassungsgründe

Die Berufung ist nach § 124 II VwGO nur zuzulassen,

1. wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
2. wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
3. wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
4. wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
5. wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

III. Das Berufungszulassungsverfahren**1. Antragstellung**

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist beim Verwaltungsgericht zu stellen, dessen Urteil angegriffen werden soll, § 124a IV 2 VwGO.

2. Antragsfrist

Der Antrag ist binnen 1 Monats nach Zustellung der vollständigen Urteils einzureichen, § 124a IV 1 VwGO.

3. Antragsbegründung

Erfolgt die Antragsbegründung mit Antragstellung, so kann die Begründung beim Verwaltungsgericht eingereicht werden. Die nachträgliche Berufungsbegründung ist an das Oberverwaltungsgericht zu richten, § 124a IV 5 VwGO.

4. Antragsbegründungsfrist

Die Antragsbegründung muss 2 Monate nach Zustellung des vollständigen Urteils eingereicht werden, § 124a IV 4 VwGO. Hierbei ist eine konkrete Ausführung mit Bezug zu den Zulassungsgründen des § 124 II VwGO notwendig.

IV. Folgen des Zulassungsantrags

Die Rechtskraft des Urteils wird gehemmt, § 124a IV 6 VwGO.

V. Entscheidung über den Zulassungsantrag

Die Entscheidung erfolgt durch Beschluss (nicht Urteil).

Wird die Zulassung abgelehnt, so wird das Urteil nach § 127 V 4 VwGO rechtskräftig. Erfolgt die Zulassung, so wird das Verfahren als Berufung weitergeführt, § 124a V 5 VwGO. Eine gesonderte Berufungseinlegung nicht mehr erforderlich.

B. Nachträgliche Ermessenserwägungen machen Berufungszulassung nicht notwendig (OVG Münster in NWVBI. 2011, 438)

Fall: Der Beklagte wies den Kläger im Ermessenswege wegen zahlreicher Straftaten aus Gründen der Generalprävention aus. Die hiergegen gerichtete Klage blieb in erster Instanz erfolglos. Zur Begründung seines Antrags auf Zulassung der Berufung machte der Kläger geltend, er sei nach dem Ergehen des erstinstanzlichen Urteils Vater eines deutschen Kindes geworden. Der Beklagte hielt auch vor diesem Hintergrund an seiner Ermessensentscheidung fest und führte aus, es sei aus spezialpräventiven Gründen weiterhin geboten, den Aufenthalt des Klägers im Bundesgebiet zu beenden. Der Kläger ist der Ansicht, die Berufung sei bereits deshalb wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils zuzulassen, weil der Beklagte seine Ermessenserwägungen im Berufungszulassungsverfahren ergänzt habe. Ob die neuen Ermessenserwägungen tragfähig seien, könne nur in einem Berufungsverfahren überprüft werden. Trifft diese Auffassung zu?

Nach § 124a V 2 VwGO ist die Berufung zuzulassen, wenn einer der Gründe des § 124 II VwGO dargelegt ist und vorliegt. Hier kommt eine Zulassung nach § 124 II Nr. 1 VwGO in Betracht. Aufgrund der nachgeschobenen Ermessenserwägungen könnten **ernstliche Zweifel** an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils bestehen.

I. Ergänzung von Ermessenserwägungen

Die Ergänzung von Ermessenserwägungen ist nach § 114 S. 2 VwGO grundsätzlich zulässig. Dies gilt auch nach Ergehen der erstinstanzlichen Entscheidung.

*„Die Ausländerbehörde ist verpflichtet, die **Rechtmäßigkeit ihrer Ausweisungsverfügung ständig verfahrensbegleitend zu kontrollieren**. Bei einer nachträglichen Änderung der maßgeblichen Umstände hat sie die Verfügung entweder aufzuheben oder – wenn sie trotz der veränderten Sachlage an der Ausweisung festhalten will – ihre Ermessenserwägungen zu ergänzen (Vgl. BVerwG, Urteil vom 15.11.2007 1 C 45.06, BVerwGE 130, 20).“* (OVG Münster aaO)

Allerdings könnte davon auszugehen, dass schon allein die Ergänzung von Ermessenserwägungen ist erforderlich macht, die Berufung zuzulassen, damit die Tragfähigkeit der Ermessenserwägungen im Berufungsverfahren überprüft werden kann.

II. Maßgebliche Sach- und Rechtslage

Fraglich ist, auf welche Sach- und Rechtslage das OVG bei seiner Entscheidung über die Zulassung der Berufung abzustellen hat.

*„Ob ein dargelegter Grund für die Zulassung der Berufung besteht, beurteilt sich nach der im **Zeitpunkt der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts** über den Zulassungsantrag nach materiellem Recht maßgeblichen Sach- und Rechtslage. Maßgeblich ist allein, ob nach der Rechtslage in diesem Zeitpunkt das angefochtene Urteil den (dargelegten) ernstlichen Zweifeln begegnet. Der Ablauf der Frist für die Darlegung solcher Zweifel legt nicht den für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt fest. Das gilt auch in dem umgekehrten Fall. Das Oberverwaltungsgericht hat etwa zu berücksichtigen, ob das angefochtene Urteil sich im Lichte einer **inzwischen eingetretenen und nach materiellem Recht maßgeblichen Änderung der Sach- und Rechtslage** aus anderen Gründen als richtig darstellt und zunächst bestehende ernstliche Zweifel an seiner Richtigkeit damit beseitigt sind. In der Rechtsprechung ist deshalb geklärt, dass das Oberverwaltungsgericht bei der Beurteilung des Zulassungsgrunds nach § 124 II Nr. 1 VwGO grundsätzlich auch Änderungen der Sach- und Rechtslage **zu berücksichtigen** hat, die erst **nach Erlass der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung** eingetreten sind (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 15.12.2003 7 AV 2.03, NWVBI 2004, 183, und vom 11.11.2002 7 AV 3.02, DVBI 2003, 401; vgl. auch Seibert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. (2010), § 124 Rn 92 ff. m w N.)“* (OVG Münster aaO)

III. Berücksichtigung nachträglicher Ermessenserwägungen

Sind demnach die nachträglichen Ermessenserwägungen zu berücksichtigen, so stellt sich die Frage, ob eine umfassende Prüfung der Tragfähigkeit der ergänzten Ermes-

senserwägungen nicht dem Berufungsverfahren selbst vorbehalten bleiben muss und zu diesem Zweck die Berufung zuzulassen ist.

1. Zweck des Berufungszulassungsverfahrens

Das Berufungszulassungsverfahren dient nicht dazu, die für die Berufung erforderlichen Prüfungen vorwegzunehmen, sondern dient nur dazu, das **Vorliegen eines Berufungszulassungsgrundes** festzustellen. Ist dieser Berufungszulassungsgrund, dass ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils geltend gemacht werden, so kann das Vorliegen des Zulassungsgrundes jedoch nur unter rechtlicher Würdigung des Urteils festgestellt werden.

*„Durch das einer Berufung vorgeschaltete Zulassungsverfahren soll das Rechtsmittelgericht entlastet und das **Berufungsverfahren auf problematische Fälle beschränkt** werden, in denen es einer umfassenden Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung bedarf.“ (OVG Münster aaO)*

Die **Notwendigkeit einer umfassenden Prüfung** könnte sich jedoch gerade auch der Ergänzung der Ermessenserwägungen ergeben.

*„Eine Notwendigkeit für eine solche umfassende Überprüfung besteht nicht stets dann, wenn nach Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung eine **Änderung der Sachlage** eingetreten ist, die die Ergänzung der Ermessenserwägungen erforderlich gemacht hat. Vielmehr kann in vielen Fällen – so auch hier – schon im Zulassungsverfahren festgestellt werden, dass der **angegriffene Bescheid nach der Ergänzung der ihn tragenden Ermessenserwägungen rechtmäßig** ist. Damit ist zugleich dem Zweck von § 124 II 2 Nr. 1 VwGO genügt. Dieser Zulassungsgrund öffnet den Zugang zur Rechtsmittelinstanz mit Blick auf das prognostizierte Ergebnis des angestrebten Rechtsmittels. Er soll die Richtigkeit der Entscheidung im Einzelfall gewährleisten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.12.2003 7 AV 2.03, NWVBI 2004, 183). Dementsprechend **scheidet eine Zulassung des Rechtsmittels** – unabhängig davon, ob die mit dem Zulassungsantrag geltend gemachten Einwendungen berechtigt sind – regelmäßig **bereits dann** aus, wenn sich die **angegriffene Entscheidung im Ergebnis als rechtmäßig** erweist (vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 02.07.2010 18 A 2123/09, vom 19.03.2009 18 A 3326/08 und vom 20.03.2006 18 A 3004/05).“ (OVG Münster aaO)*

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Berücksichtigung ergänzter Ermessenserwägungen schon im Berufungszulassungsverfahren könnte gegen die Garantie des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG und den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 I GG verstoßen.

*„[Dies] unterliegt auch mit Blick auf die verfassungsrechtlich garantierten Ansprüche ... keinen durchgreifenden Bedenken, wenn der Betroffene – gegebenenfalls auch nach Ablauf der Frist zur Begründung des Berufungszulassungsantrags – **Gelegenheit hatte, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu den ergänzten Ermessenserwägungen Stellung zu nehmen**. Das war hier gewährleistet. Der Kläger hat sich im Schriftsatz vom 10.11.2010 umfassend mit diesen Erwägungen auseinandergesetzt.“ (OVG Münster aaO)*

Da es auf demnach auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des OVG über den Berufungszulassungsantrag ankommt, hat dieses die im Zulassungsverfahren erfolgten ergänzenden Ermessenserwägungen des Beklagten zu berücksichtigen.

*„Denn auf die **aktuelle Sach- und Rechtslage** ist bei der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisungsverfügung abzustellen. Ist die Ausländerbehörde auch während eines laufenden Berufungszulassungsverfahrens zur **Ergänzung ihrer Ermessenserwägungen verpflichtet**, sind keine Gründe ersichtlich, die ergänzten Erwägungen nicht zum Gegenstand der Zulassungsentscheidung zu machen.“ (OVG Münster aaO)*

IV. Bestehen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils

Für den Erfolg des Berufungszulassungsantrags kommt es demnach darauf an, ob die gefundene Entscheidung sich unter Berücksichtigung der Änderung der Sachlage und die hierauf bezogenen nachträglichen Ermessenserwägungen als richtig darstellt.

*„Die demnach bereits im Berufungsverfahren zu berücksichtigenden, ergänzten Ermessenserwägungen des Bekl. lassen **keine Ermessensfehler** i. S. des § VwGO § 114 S. 1 VwGO erkennen. [wird ausgeführt]“ (OVG Münster aaO)*

Die Berufung war demnach nicht zuzulassen.

(OVG Münster NWVBl. 2011, 440; Beschluss vom 13.05.2011 – 16 E 174/11)

Für Streitigkeiten über ein **Hausverbot**, das für die **Räume eines Jobcenters** gegenüber einem Empfänger von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende erlassen wird, ist der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet (entgegen BSG, Beschl. Vom 01.04.009 – B 14 SF 1/08 R)

A. Grundlagenwissen: Rechtsweg gegen ein Hausverbot für Behördengebäude

Wenn es im Bereich von öffentlichen Einrichtungen zu Störungen kommt, müssen entsprechende Maßnahmen ergriffen werden, wie sie auch jeder Privatperson im Zusammenhang mit ihrem Eigentum zustehen. Handelt es sich allerdings um ein **öffentliches Gebäude** und bei dem Hausherrn um eine Behörde, so ist häufig problematisch, z.B. bei einem Hausverbot das Betretungsrecht vor dem Zivilgericht oder vor dem Verwaltungsgericht erstritten werden muss.

I. gesetzliche Regelungen

1. **Sitzungspolizeiliche Befugnisse** des Vorsitzenden im **förmlichen Verwaltungsverfahren** (§ 68 III 1 VwVfG) und im **Gerichtsverfahren** (§ 176 GVG; § 55 VwGO),
2. **Hausrecht des Bundestagspräsidenten** für Bundestagsgebäude (Art. 40 II 1 GG).
3. Die **Ordnungsbefugnis des Gemeinderatsvorsitzenden**.

II. Anstaltsrecht

Bei öffentlichen-rechtlichen Anstalten ergibt sich die Ermächtigung aus der Verpflichtung zur Erreichung und **Aufrechterhaltung des Anstaltszwecks**. Allerdings gilt sie nur für solche Personen, die dem Anstaltszweck unterworfen sind (Studenten an der Hochschule, Schüler in der Schule). Für sonstige Personen gelten die üblichen Regelungen.

III. sonstige Fälle

In vielen Fällen greift aber **keine besondere Rechtsgrundlage** für die Ausübung des Hausrechts an öffentlichen Gebäuden ein.

Grundsätzlich ist das Hausrecht **Ausfluss der privatrechtlichen Eigentumsrechte** gem. §§ 859 f, 903, 1004 BGB. Im Zusammenhang mit Gebäuden, in denen Verwaltungstätigkeit ausgeübt wird, kann jedoch nicht außer Betracht bleiben, dass es sich um **öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch** handelt.

Entsprechend muss zur **Wahrung des Widmungszweckes** mit der Befugnis zum Gebrauch der Sachen auch eine Befugnis zur **Störungsabwehr als Annexkompetenz** korrespondieren (öffentliche Sachherrschaft). So ist auch unbestritten, dass der Verwaltung jedenfalls an Sachen im Verwaltungsgebrauch ein öffentlich-rechtliches Hausrecht zukommt. Einer besonderen Rechtsgrundlage bedarf es dazu nicht.

Umstritten ist aber, ob die Ausübung des Hausrechts stets als **öffentlich-rechtlich** anzusehen ist **oder** ob auch Fälle **privatrechtlicher Ausübung** des Hausrechts denkbar sind.

1. Die (noch) überwiegende Rechtsprechung grenzt nach dem **Zweck des Besuches**, stellt also darauf ab, aus welchem Grund der Betroffene das Gebäude betreten wollte.
 - Geschah dies zur Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten, so ist der Verwaltungsgebrauch an öffentlichen Sachen betroffen, der auch mittelbar dem Besucher dienen soll und ein ausgesprochenes Hausrecht nach öffentlichem Recht zu beurteilen.
 - Diente der Besuch des Gebäudes hingegen einen privaten Zweck, so ist auch das Hausverbot nach Privatrecht zu beurteilen

vgl. BVerwGE 35, 103ff.; BGHZ 33, 230ff.; BGH NJW 1967, 1911f.; OVG NW DVBl 1963, 450; DVBl 1968, 157f.; DVBl 1975, 587f.; VGH BW NJW 1994, 2500f.

2. Die Literatur und einige neue Rechtsprechung hingegen grenzen nach dem **Zweck des Hausverbotes** ab.

Der Ausspruch des Hausverbotes dient dem Schutz der unbeeinträchtigten **Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben**, so dass das Hausrecht stets öffentlich-rechtlich zu beurteilen ist. Dies gilt unabhängig davon, zu welchem Zweck der Bürger das Gebäude aufgesucht hat.

Ein Hausverbot allein aus **privaten Eigentümerinteressen** ohne Bezug zu einer Beeinträchtigung der öffentlichen Aufgabe kommt hingegen nur in Betracht, wenn subjektive öffentliche Rechte des Bürgers z.B. auf persönliche Antragstellung bei der Behörde, nicht beeinträchtigt werden. Insofern unterliegt die Verwaltung in der Ausübung eines privaten Hausrechtes strengeren Bindungen als eine Privatperson, die ein Hausverbot auf der Grundlage der Eigentümerbefugnisse ohne weiteres auch wegen persönlicher Abneigungen aussprechen kann.

vgl. BayVGH BayVBI 1980, 723; NJW 1982, 1717; OVG NW NVwZ-RR 1989, 316; OVG NW ZMR 1976, 376ff.; VGH BW DVBI 1977, 223; OVG Bremen NJW 1990, 931

B. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gegen Hausverbot für Räume des Jobcenters (OVG Münster in NWVBI. 2011, 440)

Fall: Der Antragsteller wandte sich vor dem Verwaltungsgericht in einem Eilverfahren gegen ein Hausverbot eines Jobcenters. Die Antragsgegnerin bestritt die Zulässigkeit des Rechtswegs. Daraufhin erklärte das VG durch Beschluss nach § 17a III 2, IV GVG den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet. Hiergegen legte die Antragsgegnerin Rechtswegbeschwerde nach § 17a IV 3 GVG ein. Wird sie hiermit Erfolg haben?

Die Rechtswegbeschwerde ist grundsätzlich zulässig gegen Beschlüsse nach § 17a II, III GVG. Das OVG Münster hat ausdrücklich offengelassen, ob dies auch bei gerichtlichen Eilverfahren gilt und sich nur mit der Begründetheit befasst. Die Rechtswegbeschwerde ist begründet, wenn der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO nicht eröffnet ist.

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, für die keine abdrängenden Sonderzuweisungen eingreifen.

I. Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Streitigkeit

Die Rechtsnatur des von einem Träger öffentlicher Verwaltung ausgesprochenen und gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Hausverbots bestimmt sich maßgeblich nach dem Zweck der Maßnahme.

*„Liegt dieser wie im Regelfall und so auch hier in der **Sicherung der widmungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung einer öffentlichen Einrichtung**, ist die Ausübung des Hausrechts und damit die Verhängung eines Hausverbots als **öffentlich-rechtlich zu qualifizieren** (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1989, 316 = NWVBI 1989, 91; VGH München, NJW 1980, 2722; VGH Kassel, NJW 1990, 1250; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl. [2010], § 35 Rn 74; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. [2010], § 40 Rn 389; differenzierend nach dem Rechtsverhältnis zum Besucher BVerwGE 35, 103 = BeckRS 1970, 30432038).*

*Hinzu kommt, dass der Ag. durch **Verwaltungsakt gehandelt** und die sofortige Vollziehung der Verbotsverfügung angeordnet hat, mithin von einer **hoheitlichen Befugnis** ausgegangen ist, deren Bestehen der Kontrolle durch die (allgemeinen oder speziellen) Verwaltungsgerichte unterliegt (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Sodan, in: Sodan/Ziekow, § 40 Rn 382 ff.).“ (OVG Münster aaO)*

II. nichtverfassungsrechtlich

Als verfassungsrechtlich wird nach der Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit nur eine solche Streitigkeit angesehen, bei der Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten. Dies ist hier ersichtlich nicht der Fall.

III. Nichteingreifen einer abdrängenden Sonderzuweisung

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO setzt jedoch auch voraus, dass für die jeweilige Art der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit keine abdrängende Sonderzuweisung eingreift, der Gesetzgeber die Sache also nicht einem anderen Gericht zu Entscheidung zugewiesen hat. Hier kommt eine abdrängende Sonderzuweisung durch § 51 I Nr. 4 a SGG an die Sozialgerichte in Betracht. Es könnte sich um eine sonstige Angelegenheit der Grundsicherung für Arbeitssuchende handeln.

1. Auffassung des BSG

Nach Auffassung des BSG (SozR 4-1500 § 51 Nr. 6 = BeckRS 2009, 62466) greift für Streitigkeiten über Hausverbote für Räume des Jobcenters die abdrängende Sonderzuweisung des § 51 I Nr.4a SGG ein, so dass der Weg zu den Sozialgerichten eröffnet und der Verwaltungsrechtsweg damit unstatthaft wäre.

*„Das BSG verweist zur Begründung der behaupteten **Sachnähe** maßgeblich darauf, dass sich die **Kompetenz** des Sozialleistungsträgers für Ordnungsmaßnahmen gegen Personen, die im Zusammenhang mit deren Beteiligung an einem Verwaltungsverfahren ergehen, aus dem **Sachzusammenhang mit den von ihm wahrgenommenen Sachaufgaben** herleite. Dieser Sachzusammenhang sei in Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgesprochen eng, weil die **Aufgabenerfüllung** nach der Vorstellung des Gesetzgebers vom persönlichen **Kontakt des Hilfebedürftigen** mit den Mitarbeitern des Trägers der Grundsicherung geprägt sei. Ein von dem Träger der Grundsicherung ausgesprochenes Hausverbot stehe insofern von vornherein in einem gewissen **inneren Widerspruch zum Aktivierungskonzept** des SGB II. Die Beurteilung seiner Rechtmäßigkeit könne von den weiteren Ansprüchen und Pflichten des betroffenen Hilfeempfängers im Rahmen der „Dauerrechtsbeziehung“ nach dem SGB II insofern kaum getrennt werden.“ (OVG Münster aaO)*

2. Abweichende Auffassung des OVG Münster

Das OVG Münster hatte zuvor bereits entschieden, dass es für Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit eines öffentlich-rechtlichen Hausverbots, das ein Sozialleistungsträger gegenüber einem Leistungsempfänger erlässt, an einer abdrängenden Sonderzuweisung nach § 51 I SGG fehlt (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1998, 595 = NWVBI 1998, 350).

„An dieser Auffassung ist unbeschadet der gegenläufigen Entscheidung des BSG (SozR 4-1500 § 51 Nr. 6 = BeckRS 2009, 62466) auch für die vorliegende Fallkonstellation festzuhalten, in der das Hausverbot im Rahmen oder aus Anlass eines zwischen den Beteiligten geführten Verwaltungsverfahrens für die Räume einer gemeinsamen Einrichtung nach § 6 d SGB II ausgesprochen worden ist.“ (OVG Münster aaO)

Nach Auffassung des OVG Münster vermögen die Erwägungen des BSG zum engen sachlichen Zusammenhang nicht zu überzeugen.

*„Zwar stellt sich das Hausrecht nach verbreiteter Ansicht in Rechtsprechung und Literatur als **Annex** der dem Hoheitsträger zugewiesenen **materiellen Verwaltungsaufgaben** dar, indem es Voraussetzung für deren ordnungsgemäße Erfüllung ist (vgl. dazu OVG Münster, NWVBI 1990, 296 = vorgesehen für BeckRS 2011, 52193 m.w.N.).“ (OVG Münster aaO)*

Das so verstandene **Hausrecht** zielt selbst jedoch nicht auf die jeweilige behördliche Aufgabenerfüllung. Maßnahmen hausrechtlicher Art sind von daher nicht (unmittelbar) Teil eines in diesem Rahmen geführten Verwaltungsverfahrens. Sie **dienen** vielmehr lediglich **allgemein der Funktionsermöglichung**, die der eigentlichen Verwaltungstätigkeit vorgelagert ist.

*„Dass sie dabei in ihrer konkreten Anwendung **nicht losgelöst vom sachlichen Recht** betrachtet werden können, ist kein zur Eröffnung des Sozialrechtswegs führendes Spezifikum des Rechts der Grundsicherung, mag dieses seinerseits in Bezug auf den Förderungs- und Aktivierungsgedanken auch durch Besonderheiten gekennzeichnet sein, sondern liegt in der Natur der Sache. **Ordnungsbefugnisse** dürfen **nur zu dem Zweck ausgeübt** werden, die **sachgerechte Wahrnehmung der materiellen Verwaltungsaufgaben zu gewährleisten**. Ihre Handhabung im Einzelfall erfordert deswegen stets eine daran ausgerichtete Ermessensentscheidung, die die in den einschlägigen materiell-rechtlichen Vorschriften (direkt oder indirekt) angelegten gesetzgeberischen Interessenbewertungen zu berücksichtigen hat.“*

*Anders als das BSG vermag der Senat einen hinreichenden sachlichen Zusammenhang zu der Verwaltungstätigkeit der Behörden nach dem SGB II nicht zu erkennen, der es rechtfertigen könnte, den Ausspruch eines Hausverbots während eines laufenden Sozialverwaltungsverfahrens trotz des **Fehlens einer unmittelbaren normativen Grundlage** im Grundsicherungsrecht als Angelegenheit der Grundsicherung für Arbeitsuchende anzusehen (i. E. ebenso VG Berlin, NVwZ-RR 2010, 783; VG Neustadt, LKRZ 2010, 178 = BeckRS 2010, 46866; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 5. 3. 2007 – L 16 B 3/07 SF, BeckRS 2009, 54948; zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für eine Klage gegen ein Hausverbot des Vorstehers eines Finanzamts s. auch FG Münster, EFG 2010, 351 = BeckRS 2010, 26030063).“ (OVG Münster aaO)*

Ergebnis: Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, die Rechtswegbeschwerde daher unbegründet.

Kurzauslese II

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

GVG
§ 17a II

Rechtswegbindung fehlerhafte Klageverweisung

GVG

(BGH in ZIP 2011, 1283; Beschluss vom 18.05.2011 – X ARZ 95/11)

Hat ein (Arbeits-)Gericht mit der Begründung, mit der Klage würden in die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts fallende Einwendungen nach § 89 II InsO geltend gemacht, die **Vollstreckungsgegenklage fehlerhaft an das Amtsgericht verwiesen**, so ist die **unanfechtbar gewordene Verweisung hinsichtlich des Rechtswegs bindend**. Eine Zuständigkeit des Insolvenzgerichts wird hierdurch jedoch nicht begründet.

„Die Voraussetzungen, unter denen ein Verweisungsbeschluss, der nicht mit dem zulässigen Rechtsmittel angefochten worden ist, ausnahmsweise nicht bindend wirkt, liegen nicht vor. Nach der st. Rspr. des BGH ist eine **Durchbrechung der gesetzlichen Bindungswirkung der Rechtswegverweisung allenfalls bei „extremen Verstößen“ denkbar** (BGH NJW-RR 2002, 713 = NZA 2002, 637; BGH NJW 2003, 2990), etwa wenn sich die Verweisungsentscheidung bei der Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsnormen so weit von dem diese beherrschenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 I 2 GG) entfernt hat, dass sie schlechthin nicht mehr zu rechtfertigen ist, d. h. wenn sie unverständlich und offensichtlich unhaltbar ist (BVerfGE 29, 45; BGHZ 144, 21 = NJW 2000, 1343; BGHZ 85, 116 = NJW 1983, 671; BAG NJW 2006, 1371 = NZA 2006, 454).

Das ArbG hat seine Entscheidung darauf gestützt, dass mit der Klage Einwendungen gem. § 89 InsO geltend gemacht werden. Dies trifft zu. Ob die Vollstreckungsgegenklage hierfür die richtige Klageart ist oder wie die Einwendungen ansonsten geltend gemacht werden können, ist zwar für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts unmaßgeblich. Die **Entscheidung des ArbG ist indessen nicht schlechthin unhaltbar oder gar willkürlich**. Denn die Begründung der Vollstreckungsgegenklage ist auf insolvenzrechtliche Einwendungen gestützt, über die die Zivilgerichte zu entscheiden haben. Ob die Begründung, die das ArbG seiner Entscheidung beigegeben hat, inhaltlich richtig ist, ist nicht zu entscheiden. Die Erwägungen des ArbG können jedenfalls nicht als völlig sachfremd oder gar willkürlich angesehen werden mit der Folge, dass die Rechtswegverweisung trotz der inzwischen eingetretenen Unanfechtbarkeit als unwirksam anzusehen wäre.

Die Unhaltbarkeit der Entscheidung des ArbG ergibt sich auch nicht daraus, dass über die Vollstreckungsgegenklage der Richter durch Urteil zu entscheiden hat, während die Entscheidung über Einwendungen nach § 89 InsO dem Rechtspfleger übertragen ist und durch Beschluss erfolgt. Denn da die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts für die Vollstreckungsgegenklage nicht begründet ist, hat das AG über diese durch eine Zivilabteilung zu entscheiden. Das ArbG hat bindend nur über den Rechtsweg entschieden (§ 17 a II 3 GVG) und den Rechtsstreit an das AG verwiesen. Eine Zuständigkeit des Insolvenzgerichts wird hierdurch nicht begründet.“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

GVG
§§ 17, 17a

Entscheidung über Zulässigkeit des Rechtswegs Vorrang vor Entscheidung über PKH-Bewilligung

(OLG Stuttgart in MDR 2011, 1200; Beschluss vom 08.04.2011 – 10 W 2/11)

GVG

Wenn mit dem **Prozesskostenhilfeantrag gleichzeitig die Hauptsache anhängig gemacht** wird, ist **vor Entscheidung über den Prozesskostenhilfeantrag über die Zulässigkeit des eingeschlagenen Rechtsweges zu entscheiden** und das Verfahren ggf. an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges gem. § 17 a II 1 GVG zu verweisen.

I. **Ob § 17 a GVG im Prozesskostenhilfverfahren – entsprechend – anwendbar ist, ist streitig:**

- **ablehnend:** OLG München BeckRS 2010, 29648; OLG Karlsruhe MDR 2007, 1390
- **befürwortend:** OVG Greifswald, Beschluss v. 30.12.2009 – 3 O 133/09; ähnl. LAG Nürnberg, Beschluss v. 02.06.2010 – 4 TA 131/09; Zöller/Lückemann, ZPO, 28. Aufl., Vorb. §§ 17 – 17 b GVG Rn 12 m. w. Nachw.

II. Nach **OLG Stuttgart aaO** ist **jedenfalls dann, wenn mit dem Prozesskostenhilfeantrag gleichzeitig die Hauptsache anhängig gemacht** wird, **vor Entscheidung über den Prozesskostenhilfeantrag über die Zulässigkeit des eingeschlagenen Rechtsweges zu entscheiden** und das Verfahren ggf. an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges gem. § 17 a II 1 GVG zu verweisen.

„Die **Prozessvoraussetzungen**, zu denen auch die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges nach § 13 GVG gehört, **sind vom Erstgericht in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen** (vgl. Zöller/Greger, Vorb. § 253 Rn 9; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 17 GVG Rn 1). Diese Prüfung setzt **Rechtshängigkeit**, also die **Zustellung der Klage**, nicht voraus. Vielmehr ist die **Rechtswegzuständigkeit bereits bei Anhängigkeit der Klage zu klären**. Ein solches Verständnis wird dem **Zweck des § 17 a GVG**, eine **möglichst frühzeitige Bestimmung der Zuständigkeit** zu ermöglichen (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 17 a GVG Rn 1), gerecht.

Insbes. kann einer Rechtswegentscheidung nach § 17 a GVG vor **Rechtshängigkeit** nicht § 17 b I 2 GVG entgegen gehalten werden (so wohl Zöller/Lückemann, Vorb. § 17 – 17 b GVG Rn 12). § 17 b GVG regelt die Wirkungen der Verweisung, also deren Folgen, und nicht deren Voraussetzungen. Es ist in § 17 b I 2 GVG – deklaratorisch – festgehalten, dass die Wirkungen der **Rechtshängigkeit** bestehen bleiben, soweit sie beim verweisenden Gericht schon eingetreten ist. Damit ist nicht festgelegt, dass die **Rechtshängigkeit Voraussetzung für eine Verweisung nach § 17 a GVG** wäre, sondern wenn das Verfahren beim ver-

weisenden Gericht anhängig, aber noch nicht rechtshängig ist, greift lediglich die Folge der Verweisung nach § 17 b I 2 GVG nicht ein, weil deren Voraussetzung, bereits bestehende Rechtshängigkeit, nicht erfüllt ist.

Auch § 17 I GVG regelt keine Voraussetzungen für eine Prüfung der Rechtswegzuständigkeit und Verweisung, sondern Wirkungen der Rechtshängigkeit. **Dadurch wird** eine Verweisung im Stadium der Anhängigkeit der Klage nicht ausgeschlossen.

Bei Anhängigkeit der Hauptsache hat deshalb ein Gericht vor der Entscheidung über einen Prozesskostenhilfeantrag von Amts wegen die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges zu prüfen und gem. § 17 a II 1 GVG durch Beschluss vorab über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges zu befinden und gegebenenfalls den Rechtsstreit an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges zu verweisen. Allein dieses Gericht, das auch eine Entscheidung in der Hauptsache selbst zu treffen hat, ist berufen, die erforderlichen Erfolgsaussichten des Klagebegehrens und die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe zu prüfen und einer Entscheidung zuzuführen.“ (OLG Stuttgart aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§§ 156, 296a

Anspruch auf rechtliches Gehör Schriftsatzrecht

ZPO

(BGH in MDR 2011, 1313; Beschluss vom 20.09.2011 – VI ZR 5/11)

Räumt das Gericht einer Partei ein **Schriftsatzrecht zur Stellungnahme zu einem erst in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis** ein und wird in einem **daraufhin** eingegangenen Schriftsatz **neuer entscheidungserheblicher Prozessstoff** eingeführt, so muss das Gericht die **mündliche Verhandlung wiedereröffnen oder in das schriftliche Verfahren übergehen**, um den Anspruch des Gegners auf rechtliches Gehör zu wahren.

„Art. 103 I GG gibt dem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten das Recht, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern. Das Gericht darf nur solche Tatsachen und Beweise verwerten, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten (BVerfG NJW 1994, 1210). Räumt das Gericht einer Partei ein Schriftsatzrecht zur Stellungnahme zu einem erst in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis ein und wird in einem daraufhin eingegangenen Schriftsatz neuer entscheidungserheblicher Prozessstoff eingeführt, so muss das Gericht die mündliche Verhandlung wiedereröffnen oder in das schriftliche Verfahren übergehen, um dem Gegner rechtliches Gehör zu gewähren (vgl. Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., § 56 Rn 4; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 296 a Rn 4). Dies gilt umso mehr, wenn – wie im vorliegenden Fall – im nachgelassenen Schriftsatz präsente Beweismittel vorgelegt werden, die gem. § 285 I ZPO zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung zu machen sind (vgl. BGH BGHReport 2006, 529).“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 269 III 3

Kostenentscheidung unzulässig nach Rücknahme eines PKH-Gesuchs

ZPO

(OLG Celle in FamRZ 2011, 1748; Beschluss vom 05.05.2011 – 13 W 42/11)

Für eine **Kostenentscheidung nach § 269 III 3 ZPO** ist kein Raum, wenn ein **förmlich zugestelltes Prozesskostenhilfesuch zurückgenommen** wird.

„Durch dessen Zuleitung an die Ag. im Prozesskostenhilfverfahren ist noch **kein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien zu Stande gekommen** (vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 8283; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1424). Nachdem das LG dem Ast. Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Klage bewilligt hat, hätte es diesem obliegen, eine den Erfordernissen des § 253 II ZPO entsprechende Klageschrift einzureichen. Erst dies hätte eine ausreichende Grundlage für ein weiteres Tätigwerden des LG darstellen können (vgl. BGH NJW 1972, 1373). Eine derartige Klageschrift hat der Ast. nicht bei Gericht eingereicht. Dass das LG statt dessen der Ag. offenbar eine Abschrift des Prozesskostenhilfeantrags zugestellt hat, bewirkte als solches **keine Anhängigmachung der Klage**. Die Klage hätte vielmehr frühestens in einer etwaigen mündlichen Verhandlung als eingereicht angesehen werden können, wenn der Ast. in einer solchen Verhandlung zu erkennen gegeben hätte, dass er den Prozesskostenhilfeantrag nunmehr als Klageschrift ansehen wollte (vgl. BGH NJW 1972, 1373; NJW 1996, 1351; OLG Karlsruhe BeckRS 2009, 8283; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1424). Zu einer derartigen mündlichen Verhandlung ist es vorliegend aber nicht mehr gekommen, nachdem der Ast. seine „Klage“ bereits vor der vom LG anterminierten mündlichen Verhandlung zurückgenommen hat.“ (OLG Celle aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 322 I

Klageabweisung mangels Fälligkeit des Klageanspruchs

ZPO

(BGH in NJW-RR 2011, 1528; Urteil vom 28.07.2011 – VII ZR 180/10)

Im Falle der **Abweisung eines Zahlungsanspruchs als (noch) nicht fällig** erwächst in **materielle Rechtskraft**, dass der **Kl. bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gegen den Bekl. keinen zur Zahlung fälligen Anspruch hatte**.

„Das hat **präjudizielle Wirkungen** in dem Sinne, dass die im Vorprozess entschiedene Rechtsfolge im nachfolgenden Prozess einer erneuten rechtlichen Würdigung nicht zugänglich ist (BGH WM 1989, 1897 = m. w. Nachw.). Soweit ein Klageanspruch rechtskräftig abgewiesen ist, ist es den Parteien versagt, sich in einem zweiten Prozess zu dieser Feststellung in Widerspruch zu setzen (BGHZ 117, 1 = NJW 1992, 1172). Die **Fälligkeit des Anspruchs kann daher im Folgeprozess nur auf Grund von nach dem Erstprozess entstandenen neuen Tatsachen angenommen werden** (vgl. OLG Brandenburg NJOZ 2001, 2098 = OLG-Report 2001, 274).

Maßgebender **Stichtag für diese Zäsur** ist dabei der **Zeitpunkt vor der Entscheidung des Gerichts des Erstprozesses**, bis zu dem die Parteien Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen können (vgl. MüKo-ZPO/Gottwald, 3. Aufl., § 322 Rn 139; Mu-

sielak/Musielak, ZPO, 8. Aufl., § 322 Rn 28). Das ist im Zivilprozess grds. der **Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhand**

lung. Im schriftlichen Verfahren, § 128 ZPO, tritt an dessen Stelle der vom Gericht bestimmte Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können (vgl. MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn 139; Musielak/Musielak, § 322 Rn 28). Entsprechendes gilt im Verfahren nach § 522 II ZPO. Auch hier handelt es sich um ein schriftliches Verfahren ohne mündliche Verhandlung (vgl. Zöller/Heßler, § 522 Rn 33). In ihm ist jedenfalls der Tatsachenvortrag der Parteien bis zum Ablauf der nach § 522 II 2 ZPO gesetzten Frist zu berücksichtigen. Mindestens alle bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Tatsachen sind damit nicht mehr geeignet, in einem neuen Prozess zur Begründung der Fälligkeit herangezogen werden zu können.“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 140 II

Pflichtverteidigerbestellung Aufhebungsentscheidung

StPO

(OLG Düsseldorf in NSTZ 2011, 653; Beschluss vom 09.11.2010 – 4 Ws 615/10)

Die **Bestellung eines Pflichtverteidigers** nach § 140 II StPO kann das Gericht nach pflichtgemäßen Ermessen **aufheben, wenn** sich die für die Anordnung **maßgeblichen Umstände wesentlich verändert** haben (hier: Haftentlassung in anderer Sache).

„Die Bestellung eines Pflichtverteidigers im Rahmen des § 140 II StPO gilt grds. für das gesamte Verfahren bis zur Rechtskraft, also auch für das Berufungs- und Revisionsverfahren. Ist die Frage der Notwendigkeit der Verteidigung in irgendeinem Verfahrensstadium positiv beantwortet worden, muss es – abgesehen von den gesetzlich geregelten Ausnahmen nach den §§ 140 III 1, 143 StPO – insbesondere dann bei der Bestellung bleiben, wenn das Gericht lediglich seine rechtliche Auffassung über das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Pflichtverteidigerbeordnung ändert (vgl. BGHSt 7, 69; RGSt 70, 317). Denn der **Eintritt einer Änderung ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen**. Insofern ist es unbeachtlich, wenn das Gericht im Laufe des Verfahrens nur seine subjektive Auffassung hinsichtlich der Notwendigkeit der Pflichtverteidigung durch eine andere Beurteilung ersetzen will oder ein während des Verfahrens neu zuständig werdendes Gericht die Auffassung des Vorderrichters nicht zu teilen vermag (vgl. OLG Düsseldorf StV 1995, 117).

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich die für die Anordnung der Pflichtverteidigung **maßgeblichen Umstände wesentlich verändert** haben oder das **Gericht von objektiv falschen Voraussetzungen ausgegangen** ist (vgl. OLG Düsseldorf aaO; Meyer-Goßner, 53. Aufl., § 140 Rn 34 m. w. Nachw.). Eine solche **Einschränkung der Rücknahmemöglichkeiten** gebietet schon der **Grundsatz des prozessualen Vertrauensschutzes** (vgl. auch OLG Zweibrücken NSTz Nr. 11 zu § 140 StPO; OLG Stuttgart StV 1985, 140). Das Gesetz eröffnet für den Sonderfall des § 140 I Nr. 5 StPO gem. § 140 III 1 StPO die eingeschränkte Möglichkeit der nachträglichen Aufhebung der Beordnung eines Pflichtverteidigers, wenn der Beschuldigte wenigstens zwei Wochen vor der Hauptverhandlung auf freien Fuß kommt. Dieser Fristbestimmung liegt die Erwägung zugrunde, dass einem Beschuldigten dadurch ausreichend Zeit eingeräumt wird, um einen Verteidiger seines Vertrauens noch bis zum Beginn der Hauptverhandlung zu finden.

Entsprechend verhält es sich im vorliegenden Fall (wird ausgeführt).

Indessen ordnet § 140 III 1 StPO nicht die uneingeschränkte Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen an. Vielmehr wird für das mit der Frage befasste Gericht ein **Ermessensspielraum** eröffnet. Das Gericht ist gehalten, dieses Ermessen fehlerfrei zu gebrauchen. Im Rahmen des insoweit eingeräumten Ermessens ist stets sorgfältig zu prüfen, ob die frühere mit dem Umstand der Inhaftierung verbundene Behinderung des Angekl. in seinen originären Verteidigungsrechten und -möglichkeiten entfallen ist oder diese Einschränkung des Angekl. trotz Aufhebung der Haft fortbesteht und deshalb eine weitere Unterstützung durch einen Verteidiger erfordert (vgl. OLG Düsseldorf aaO; OLG Celle StV 1992, 151; OLG Frankfurt StV 1990, 487; OLG Frankfurt 1983, 497). Das Gericht ist verpflichtet, insoweit nachvollziehbare Erwägungen anzustellen und diese zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen.“ (OLG Düsseldorf aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 244 III 2, VI

verspäteter Beweis Antrag Zurückweisung vor Urteilsverkündung

StVO

(BGH in NJW 2011, 2821; Beschluss vom 20.07.2010 – 3 StR 44/11)

Die Möglichkeit, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine **Frist, in der Beweisanträge zu stellen sind**, zu setzen und eine **verspätete Antragstellung** sodann als **Indiz für eine Verschleppungsabsicht** i. S. des § 244 III 2 Var. 6 StPO zu werten, enthebt das **Gericht auch bei nach Ablauf der Frist gestellten Anträgen** grds. nicht seiner **Pflicht, über diese Anträge in der gesetzlich vorgesehenen Weise** (hier: § 244 VI StPO) **zu entscheiden**.

„Der BGH hat zwar in verschiedenen Entscheidungen die Möglichkeit aufgezeigt, unter bestimmten Voraussetzungen eine Frist zu setzen, in der Beweisanträge zu stellen sind, und eine **verspätete Antragstellung als Indiz für eine Verschleppungsabsicht i. S. des § 244 III 2 Var. 6 StPO** zu werten (vgl. BGHSt 51, 333 = NJW 2007, 2501 = NSTz 2008, 300; BGH NSTz 2007, 716; BGHSt 52, 355 = NJW 2009, 605 = NSTz 2009, 169; BGH NSTz 2010, 161; s. auch BVerfG NJW 2010, 592 = NSTz 2010, 155; BVerfG NJW 2010, 2036). Doch enthebt dies das Gericht auch bei Anträgen, die nach Ablauf der Frist gestellt sind, nicht von der Pflicht, über diese in der gesetzlich vorgesehenen Weise zu entscheiden (vgl. etwa BGH NSTz 2010, 161).

Ob gleichwohl darüber hinaus in extrem gelagerten Fällen eine **Bescheidung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung ausnahmsweise entbehrlich** sein kann (so BGH NJW 2005, 2466 = NSTz 2005, 648), muss der Senat hier nicht entscheiden: Der zitierte Beschluss betrifft den **Sonderfall massenhaft gestellter Beweisanträge**, die erkennbar darauf abzielten, das Tatgericht allein schon durch die notwendige (einkalkuliert negative) Bescheidung der Anträge und nicht durch Beweiserhebungen nach Maßgabe der Anträge am Abschluss des Verfahrens zu hindern (vgl. Löwe/Rosenberg, § 244 Rn 283). Für diese Konstellation hat der 5. Strafsenat erwogen, dass den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Entgegennahme von Beweisanträgen gesetzt und mit eingehender Begründung die pauschale Ablehnung nach Fristablauf gestellter Anträge wegen Verschleppungsabsicht vorab beschlossen werden könne; die nach Fristablauf angebrachten Anträge überprüfe das Tatgericht dann vornehmlich unter Aufklärungsgesichtspunkten, bescheide sie aber – so sie nicht doch Anlass zu weiterer Beweiserhebung unter diesem Gesichtspunkt bieten – wie Hilfsbeweisanträge erst im Urteil, wobei auch der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht nicht ausgeschlossen sei. Der 5. Strafsenat hat allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Verfahrensweise i. d. R. allenfalls dann in Betracht gezogen werden könne, wenn zuvor gestellte Beweisanträge wiederholt wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden mussten.“ (BGH aaO)

(BGH in NSTZ-RR 2011, 347; Urteil vom 19.10.2010 – 1 StR 266/10)

In einem **Einstellungsurteil wegen Verjährung** sind die **tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Verfahrenshindernisses** in einer **revisionsrechtlich überprüfaren Weise festzustellen und zu begründen**.

- I. Der **Tatrichter** ist **grds.** dazu **verpflichtet**, die **Verfahrensvoraussetzungen zu prüfen** und so **darzulegen**, dass sie vom RevGer. nachgeprüft werden können. Soweit zu dieser Überprüfung eine dem Tatrichter obliegende Feststellung von Tatsachen erforderlich ist, hat er diese rechtsfehlerfrei zu treffen und (ggf.) zu würdigen.

„Dieser **Begründungszwang** ergibt sich sowohl aus § 34 StPO wie aus der Natur der Sache (vgl. RGSt 69, 157; Meyer-Goßner, 53. Aufl., § 267 Rn 29; LR-Gollwitzer, 25. Aufl., § 267 Rn 158; HK-StPO-Julius, § 267 Rn 32; KMR-Paulus, § 267 Rn 106; auch OLG Hamm MDR 1986, 778 m. w. Nachw.; OLG Köln NJW 1963, 1265). Würde man die pauschale, in tatsächlicher Hinsicht nicht näher belegte Angabe des Tatrichters, dass ein bestimmtes Verfahrenshindernis bestehe oder eine Verfahrensvoraussetzung fehle, für ausreichend erachten, so wäre der betreffende Verfahrensbeteiligte in Unkenntnis des vom Gericht als gegeben unterstellten, aber nicht mitgeteilten Sachverhalts in vielen Fällen gar nicht in der Lage, die Entscheidung sach- und formgerecht anzufechten. Ein derartiger sachlich-rechtlicher Mangel nötigt zur Aufhebung des Urteils und der ihm zugrunde liegenden Feststellungen (vgl. OLG Hamm aaO).“ (BGH aaO)

- II. In den **Urteilsgründen** muss daher grds., von der zugelassenen Anklage ausgehend, in **revisionsrechtlich nachprüfbarer Weise dargelegt werden, aus welchen Gründen die Durchführung des Strafverfahrens unzulässig ist**, d.h. die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Verfahrenshindernisses sind festzustellen und anzugeben. Der Umfang der Darlegung richtet sich nach den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles, insbes. nach der Eigenart des Verfahrenshindernisses.

„Die angeführten Grundsätze gelten jedenfalls und vor allem dann, wenn – wie hier – das Verfahrenshindernis von der strafrechtlichen Würdigung der Sache abhängt und eine abschließende Beurteilung darüber, ob ein Verfahrenshindernis vorliegt, nur getroffen werden kann, wenn eine diesbezügliche Beweisaufnahme durchgeführt und entsprechende Feststellungen getroffen wurden. Gerade bei der Prüfung der Voraussetzungen der Verjährung sind die tatsächlichen Voraussetzungen des behaupteten Verfahrenshindernisses, das zur Einstellung des Verfahrens nach § 260 III StPO führen müsste, hinreichend festzustellen (vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 374 m. w. Nachw.). Hier benötigt ein Einstellungsurteil eine vom Tatrichter festzustellende Sachverhaltsgrundlage. Erst auf dieser Grundlage lässt sich die Verjährungsfrage beurteilen. Daher sind in solchen Fällen eine **umfassende Beweisaufnahme und detaillierte Feststellungen zum Tatgeschehen erforderlich**, bevor die Verjährungsfrage beurteilt werden kann (vgl. u.a. BGHSt 41, 305). An diesen Anforderungen ändert daher auch der Umstand nichts, dass das Revisionsgericht befugt ist, das Vorliegen von Verfahrensvoraussetzungen selbständig zu prüfen (vgl. u.a. OLG Hamm MDR 1986, 778 m. w. Nachw.; LR-Gollwitzer aaO). Es hat dieses Verfahrenshindernis vielmehr nach revisionsrechtlichen Grundsätzen zu überprüfen. Der Senat könnte die für die Beurteilung des Eintritts der Verjährung maßgebliche Frage, ob der Angekl. „gewerbsmäßig“ gehandelt hat, nicht im Freibeweisverfahren klären; dies obliegt vielmehr dem Tatrichter im Strengbeweisverfahren.“ (BGH aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2011, 886; Urteil vom 31.05.2011 – 10 S 794/09)

Die **nachbessernde Änderung eines Bescheides** durch die Behörde während eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens **stellt** jedenfalls dann eine **Aufhebung der ursprünglichen Verfügung und den Neuerlass eines Verwaltungsaktes dar, wenn**

- der **Bescheidtenor nicht unwesentlich geändert** oder
- **erstmalig Ermessen ausgeübt** wird.

Eine derartige wesentliche Änderung hat zur **Folge**, dass sich der **ursprünglich angegriffene Verwaltungsakt erledigt**.

„Nach § 43 II LVwVfG wird ein Verwaltungsakt unter anderem dann unwirksam, wenn er sich, auf welche Weise auch immer, erledigt. Von einer **Erledigung** i. S. dieser Regelung ist auszugehen, wenn der **Verwaltungsakt nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu erzeugen, oder wenn die Steuerungsfunktion, die ihm ursprünglich innewohnte, nachträglich entfällt** (vgl. BVerwG NVwZ 2009, 122). Ob diese Voraussetzungen eingetreten sind, ist vom Regelungsgehalt des Verwaltungsakts her zu beurteilen.

Diese **[Erledigungs-] Wirkung** ist dabei **sogleich mit Erlass des Änderungsbescheides eingetreten**, ungeachtet des Umstands, dass die Kl. auch gegen den Änderungsbescheid Widerspruch eingelegt und damit dessen Bestandskraft gehemmt hat (vgl. hierzu BVerwGE 129, 66).

Auch handelt es sich bei dem Nachbessern der Bekl. mit „ergänzender Verfügung“ der Sache nach um eine Aufhebung der ursprünglichen Verfügung und den Erlass eines neuen Verwaltungsakts (vgl. zu dieser Problematik BVerwGE 85, 163; Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl., § 114 VwGO Rn 89). Dies dürfte sich bereits daraus ergeben, dass die Bekl. nicht lediglich die Bescheidgründe, sondern den **Bescheidtenor nicht unwesentlich geändert** hat. Eine **Wesensänderung der Verfügung** und damit der Erlass eines neuen Verwaltungsaktes liegt regelmäßig vor, wenn die Behörde den **Regelungsausspruch ändert**. Unabhängig hiervon ist eine neue Ermessensausübung auch deshalb anzunehmen, weil die Bekl. in ihrem Änderungsbescheid erstmals Ermessen ausgeübt hat. Es liegt deshalb nicht lediglich eine Ergänzung der Ermessenserwägungen i. S. von § 114 S. 2 VwGO ohne Wesensänderung des angegriffenen ursprünglichen Verwaltungsaktes vor. Denn § 114 S. 2 VwGO schafft die prozessualen Voraussetzungen lediglich dafür, dass defizitäre Ermessenserwägungen ergänzt werden, nicht hingegen, dass das Ermessen erstmals ausgeübt oder die Gründe einer Ermessensausübung komplett oder doch in ihrem Wesensgehalt ausgewechselt werden (vgl. hierzu BVerwG NJW 1999, 2912; BVerwG NVwZ 2007, 470). Die von § 114 S. 2 VwGO nicht mehr gedeckte erstmalige Ausübung von Ermessen stellt deshalb stets den Neuerlass eines Verwaltungsaktes mit der Folge dar, dass sich der ursprünglich angegriffene Verwaltungsakt erledigt hat.“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 80b I 2 HS 2

Anfechtungsklage

Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2011, 920; Beschluss vom 29.08.2011 – 8 MC 138/11)

VwGO

Nach § 80b I 2 HS 2 VwGO ist eine **Behörde befugt**, die kraft Gesetzes nach § 80b I 1 und 2 HS 1 VwGO entfallende **aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage durch die Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes bis zu dessen Unanfechtbarkeit fort dauern zu lassen**.

„Nach § 80b I 1 VwGO endet die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage mit der Unanfechtbarkeit oder, wenn die Anfechtungsklage im ersten Rechtszug abgewiesen worden ist, drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels. Dies gilt nach § 80b I 2 HS 1 VwGO auch dann, wenn vor Ergehen des klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils die Vollziehung durch die Behörde ausgesetzt oder die aufschiebende Wirkung durch das Gericht wiederhergestellt oder angeordnet worden ist. Mit diesen Regelungen will der Gesetzgeber die **Möglichkeit der missbräuchlichen Ausnutzung des Suspensiveffektes allein durch die Einlegung von Rechtsmitteln beschränken** (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), BT-Drs. 13/3993, S. 9 und 11).

Die Gefahr einer solchen missbräuchlichen Ausnutzung des Suspensiveffektes durch den Rechtsmittelführer einer Anfechtungsklage ist dann ausgeschlossen, wenn die beklagte Behörde nach Ergehen des klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils selbst die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes aussetzt. Als **Ausnahmeregelung zum Entfall der aufschiebenden Wirkung nach § 80b I 1 und 2 HS 1 VwGO** räumt daher § 80b I 2 HS 2 VwGO der Behörde die Befugnis ein, die kraft Gesetzes eintretende sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes bis zu dessen Unanfechtbarkeit auszusetzen. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss diese Aussetzung der Vollziehung ausdrücklich und unter Bestimmung ihrer Dauer erfolgen (vgl. Kopp/Schenke, § 80b Rn 12; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 80b Rn 31). Dabei markiert die in § 80b I 2 HS 2 VwGO enthaltene Formulierung „bis zur Unanfechtbarkeit“ nur eine äußerste Grenze; die Behörde kann auch eine kürzere Frist wählen (vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll, VwGO, 5. Aufl., § 80b Rn 8).“ (OVG Lüneburg aaO)

- ZA 12/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 123 I

Auswahlentscheidung

maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2011, 909; Beschluss vom 12.04.2011 – 4 S 353/11)

VwGO

Maßgeblich für die **Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung** ist im Hinblick auf das Vorliegen von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen der **Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts** über den Antrag nach § 123 I VwGO, wenn ein **Widerspruchsverfahren gegen die Auswahlentscheidung noch möglich oder noch nicht abgeschlossen** ist.

- I. Zwar ist für die Beurteilung des Gerichts **regelmäßig die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung maßgeblich**, denn für deren Rechtmäßigkeit kommt es auf die Erwägungen an, die der Dienstherr in Ausübung seines Verwendungsermessens und des ihm vorbehaltenen Beurteilungsspielraums hinsichtlich der Eignung der Kandidaten angestellt hat.

vgl. BVerwGE 133, 13 = NVwZ-RR 2009, 604; BVerwGE 128, 329 = NVwZ-RR 2007, 695; OVG Bautzen BeckRS 2010, 48848; OVG Magdeburg BeckRS 2010, 55861; auf den Ablauf der Bewerbungsfrist abstellend: BGH NJW-RR 1999, 932

- II. Für die Frage, ob der Ast. die allgemeinen Voraussetzungen für eine Beförderung erfüllt oder seine Beförderung im Hinblick auf ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal – wie hier die Altersgrenze – aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist, kommt es nicht auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung, sondern – jedenfalls in der vorliegenden Fallgestaltung, in der ein Widerspruchsverfahren gegen die Auswahlentscheidung noch möglich ist – auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts an.

„Der **maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ergibt sich aus dem materiellen Recht** (st. Rspr., vgl.: BVerwGE 121, 140 = NJW 2004, 3581; BVerwGE 128, 329 = NVwZ-RR 2007, 695 jew. m. w. Nachw.).

Entscheidend ist im Hinblick darauf, dass es bei der hier streitgegenständlichen Altersgrenze nicht um eine Frage geht, die den gerichtlich nicht voll überprüfaren Beurteilungs- oder Ermessensspielraum des Dienstherrn betrifft (nur dazu verhält sich bspw. der Beschluss des BVerwGE 133, 13 = NVwZ-RR 2009, 604 zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die Auswählerwägungen), sondern um das Vorliegen eines objektiven Tatbestandsmerkmals – Einhaltung einer Altersgrenze für Beförderungen (vgl. zu einer vergleichbaren Unterscheidung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Zusammenhang mit der Einstellung in das Beamtenverhältnis (auch: BVerwGE 121, 140 = NJW 2004, 3581).

Im Streit steht nicht die Frage der (Un-)Zulässigkeit nachträglicher Veränderungen des stellenbezogenen Anforderungsprofils oder der Einbeziehung nachträglicher Veränderungen der individuellen Eignungs-, Befähigungs- und Leistungsmerkmale oder nachträglicher Auswählerwägungen in das Auswahlverfahren, sondern die Geltung der allgemeinen Beförderungsvoraussetzungen. Bedeutung und Reichweite des Art. 33 II GG gebieten insoweit die Berücksichtigung objektiv-rechtlicher Rechtsänderungen. Das gilt jedenfalls, solange das **behördliche Auswahlverfahren noch offen und nicht durch Widerspruchsbeendung beendet** ist. Schutzwürdige Interessen der Mitbewerber werden hierdurch nicht verletzt, denn ihr (Bewerber-)Anspruch darauf, dass ihre Bewerbungen nur aus Gründen zurückgewiesen werden, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind, ist nicht berührt. Jeder Bewerber kann nur eigene Benachteiligungen und Bevorzungen eines anderen verhindern, die nicht durch Art. 33 II GG gedeckt sind. Es besteht kein Anspruch darauf, dass während eines laufenden Bewerbungsverfahrens die gesetzlichen Einstellungs- und Beförderungsvoraussetzungen unverändert gelten und etwaige Rechtsänderungen unberücksichtigt bleiben. Die Schaffung und Besetzung von Planstellen des öffentlichen Dienstes dient grds. allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben und erfolgt nicht in Wahrnehmung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten (vgl. hierzu: BVerwGE 101, 112 = NVwZ 1997, 283). Die vorliegend nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene und daher noch nicht bestandskräftige Auswahlentscheidung (§ 70 II i. V. mit § 58 II VwGO) müsste insoweit auch in einem Widerspruchsverfahren entsprechend überprüft bzw. neu getroffen werden.“ (VGH Mannheim aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Eisenberg:** Aktuelle Entwicklungen zum Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht – bahnbrechende Entscheidungen von EuGH und BGH (BB 2011, .2634)

Durch einige Entscheidungen des **EuGH** und des **BGH** aus jüngerer Zeit sind weitere **Fragen des reformierten Kaufrechts geklärt** worden. - Für den **Nacherfüllungsanspruch des Käufers** gilt dies zunächst für den **Erfüllungsort der Nacherfüllung**: Dieser **bestimmt sich** künftig **nach der allgemeinen Regelung des § 269 BGB**; dem Praktiker ist hier anzuraten, diesen künftig zumindest außerhalb von Verbrauchergeschäften vertraglich festzulegen. - Weiterhin ist nunmehr der **Umfang der im Rahmen der Nacherfüllung vom Verkäufer zu tragenden Kosten** geklärt: Diese **umfassen sowohl die Aus- als auch Einbaukosten der bestimmungsgemäß vor Kenntnis vom Mangel durch den Käufer eingebauten Kaufsache**; da diese Auslegung der Gewährleistungsregelungen grds. nur für den Verbrauchsgüterkauf greift, ist davon auszugehen, dass die entsprechende **Vorschrift des § 439 II 2 BGB künftig für alle Kaufverträge einheitlich angewendet** wird. - Schließlich **entfällt bei Verbrauchsgüterkaufverträgen künftig die Möglichkeit des Verkäufers, die Nacherfüllung insgesamt wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern** (sog. absolute Unverhältnismäßigkeit), wenn nur eine Art der Nacherfüllung in Frage kommt. - **Nutzungersatz bei Neulieferung muss**, anders als beim Rücktritt und teilweise auch beim Verbraucherwiderruf, **beim Verbrauchsgüterkauf nicht geleistet werden**. - **Höchstrichterlich noch ungeklärt ist die Frage der Auswirkungen einer erfolgten Nacherfüllung auf die Verjährung der Mängelrechte**; nach derzeitigem Stand ist in der Praxis insbes. zu berücksichtigen, dass die Übernahme einer Nacherfüllung ein Anerkenntnis i. S. von § 212 I Nr. 1 BGB darstellen kann.

2. **Wortmann:** Quotelung von Sachverständigenkosten im Mitverschuldensfall? (NJW 2011, 3482)

Problemstellung: Meist geht der unfallgeschädigte Kfz-Eigentümer davon aus, dass er keine Schuld am Zustandekommen des Verkehrsunfalls trägt und beauftragt in dieser Kenntnislage einen Kfz-Sachverständigen mit der Erstellung des Schadensgutachtens, damit er ein beweiskräftiges Dokument in Händen hält, um seinen Unfallschaden bei der Versicherung des Schädigers zur Erstattung anzumelden; später, vielleicht auch erst im Schadensersatzprozess, stellt sich heraus, dass den Geschädigten ein Mitverschulden trifft; es stellt sich dann die Frage, ob die Sachverständigenkosten, wie die übrigen Schadenspositionen des Geschädigten, zu quoteln sind oder ob der Geschädigte die Sachverständigenkosten, trotz seines Mitverschuldens, in voller Höhe beanspruchen kann. – Werden **im Quotenfall die zu ersetzenden Sachverständigenkosten in Relation zum zu erstattenden Fahrzeugschadensbetrag gesetzt, steht dies in werkvertraglicher und schadensersatzrechtlicher Hinsicht mit dem Sachverständigenvertrag im Einklang**, denn mit dem Sachverständigen schließt der Geschädigte einen Werkvertrag ab; dabei überschreitet der Sachverständige, der für Routinegutachten eine an der Schadenshöhe orientierte angemessene Pauschalierung seines Honorars vornimmt, die Grenzen des ihm vom Gesetz eingeräumten Gestaltungsspielraums nicht; mithin ist der Sachverständige berechtigt, seinem Kunden, dem Geschädigten, eine Honorarrechnung in Relation zum Gesamtschadensbetrag zu stellen, §§ 631, 632 BGB; grds. ist der Geschädigte nunmehr berechtigt, diese Kostenrechnung als Schadensposition bei dem Schädiger als Schadensersatzanspruch geltend zu machen; auf Grund des Quotenfalls reguliert der Schädiger nur die Sachverständigenkosten bis zu dem Betrag, der in Relation zur Quote steht; der Differenzbetrag ist dann der Betrag, den der Geschädigte als Mitverursacher des Unfalls und damit des Schadens selbst zu tragen hat und hinsichtlich dessen der Geschädigte verpflichtet ist, den Sachverständigen gem. § 632 BGB auszugleichen. - Der **Sachverständige erhält auch im Quotenfall sein volles Honorar zum vollen Schadensbetrag**, nämlich von seinem Auftraggeber; dieser wiederum hat einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Schädiger in Höhe seiner Quote und hinsichtlich der geltend gemachten Sachverständigenkosten in Höhe des Betrags, der in Relation zu dem gequotelten Schadensbetrag steht; dieser nicht ersetzte Sachverständigenkostenbetrag ist eben der vom Geschädigten auf Grund seines Mitverschuldens selbst zu tragende Anteil; damit trägt der Schädiger den gequotelten Schadensanteil an dem Fahrzeugschaden und den entsprechenden in Relation gestellten Sachverständigenkostenbetrag; der Geschädigte, der zu einem Anteil auch selbst Schädiger ist, trägt hinsichtlich der Differenz zum 100%-igen Schadensbetrag somit auch seinen Mitverursachungsanteil. - Auch **bei den Rechtsanwaltskosten gilt Ähnliches**: Der Schädiger trägt nur zu dem von ihm zu erstattenden Schadensbetrag die Rechtsanwaltskosten des Geschädigten; auch insoweit findet eine in Relation zum Gegenstandswert orientierte anteilige Ersatzleistung statt; bei den Rechtsanwaltskosten hat der Geschädigte dem Anwalt den Teil zu erstatten, der von dem Schädiger nicht ersetzt worden ist; hierbei handelt es sich um den Differenzkostenbetrag, der vom Anwalt gegenüber dem Geschädigten geltend gemacht werden kann.

3. **Hilber:** Preisanpassungsklauseln im unternehmerischen Verkehr – Rechtliche Grenzen und Möglichkeiten (BB 2011, 2699)

Obwohl **Preisanpassungsklauseln** einen **Kernbereich wirtschaftlicher Gestaltungsfreiheit betreffen**, **unterliegen** sie sowohl **der Regulierung durch das PrKIG als auch dem AGB-Recht**. - Die AGB-rechtliche Ange-

messenheitskontrolle findet auch im unternehmerischen Verkehr statt, sofern die Klausel mehrfach verwendet wurde (oder werden soll) und sie nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde. - **Im unternehmerischen Verkehr sind die Möglichkeiten zulässiger Gestaltung zwar etwas zahlreicher als im Verbraucherverkehr**, dennoch sollte man genau darauf achten, dass die Aspekte berechtigtes Interesse, Transparenz und Interessenwahrung berücksichtigt werden. - In der Praxis lassen sich häufig für beide Seiten akzeptable und wirksame Lösungen durch selbsttätige Preisanpassungsklauseln finden, die aber wiederum dem Preisklauselgesetz unterliegen und unzulässig sind, sofern sie sich auf Indizien beziehen, die Gegenstände abbilden, welche mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder den Kostenelementen des Dienstleisters oder Lieferanten nicht vergleichbar sind.

4. **Stuckel:** Zur Einwilligung in Telefon- und E-Mail-Werbung (DB 2011, 2424)

Für Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern und für E-Mail-Werbung ist im Allgemeinen eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten erforderlich; lediglich für die Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern genügt eine mutmaßliche Einwilligung. - Daraus folgt jedoch **keine Privilegierung der Telefon-Werbung** als stärkerer Eingriffsform, denn für die E-Mail-Werbung ist dafür in § 7 III UWG eine Ausnahmeregelung, bei der es sich im Kern um einen modifizierten Fall einer mutmaßlichen Einwilligung handelt, vorgesehen. - Der **BGH bekräftigt die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung** und stellt **strenge Anforderungen auf für den Nachweis einer im Wege der elektronischen Kommunikation gewonnenen Einwilligung**. - Die Unternehmen müssen zudem prüfen, ob ihre Prozesse zur Datenerfassung und -verwaltung den Vorgaben des BGH entsprechen. - Dagegen stellt der BGH die Eignung eines „Double-optin“-Verfahrens zur Einholung einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung nicht grds. infrage: Eine im Rahmen dieses Verfahrens versandte „**Check-Mail**“ als solche kann auch nicht als wegen fehlender ausdrücklicher vorheriger Einwilligung – ihrerseits gegen § 7 II Nr. 3 UWG verstoßende geschäftliche Handlung eingestuft werden. - Eine **weitere Verschärfung** der gesetzlichen Regelung der Telefon- Werbung könnte **durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung** erfolgen: Der Schwerpunkt dieses Gesetzes liegt in dem Vorschlag einer Bestätigungslösung in § 312b BGB-E, wonach die Einwilligung eines Verbrauchers zu Werbeanrufen, die nicht in Textform (§216b BGB) erklärt ist, eine im Rahmen eines Werbeanrufs abgegebene Willenserklärung darstellt, die auf Abschluss eines Vertrages gerichtet ist, und die erst wirksam wird, wenn der Verbraucher sie durch nachfolgende Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt; dadurch soll der Verbraucher vor Überrumpelungen und Beweisproblemen geschützt werden. - Korrespondierend wird in § 7 II Nr. 2 UWG-E festgeschrieben, dass die ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers in Telefon-Werbung in Textform zu erklären ist. - Außerdem wird nicht nur die **Werbung mit erwünschten Anrufen** nach § 7 II Nr. 2, § 20 I UWG, sondern auch die **ungebetene Werbung unter Verwendung automatischer Anrufmaschinen** (§7 II Nr. 3 UWG) mit einer **Ordnungsstrafe bedroht**.

5. **Herbert/Oberrath:** Der Anspruch des Arbeitgebers auf Erstattung der Kosten für die Überwachung des Arbeitnehmers (BB 2011, 2939)

Der Arbeitgeber kann seinen **Anspruch wegen Überwachungskosten auf § 91 I ZPO oder die materiell-rechtlichen Ansprüche nach § 280 I BGB oder § 823 BGB** stützen. - Dazu muss die durchgeführte Überwachung wegen eines **konkreten Tatverdachts gegen den betreffenden Arbeitnehmer** notwendig und die **Überwachungskosten** im Hinblick auf die nachzuweisende Pflichtverletzung **erforderlich und angemessen** sein.

6. **Kock:** BB-Rechtsprechungsreport zur personenbedingten Kündigung 2010/2011 (BB 2011, 2998)

II. Strafrecht

1. **Schmid:** Nebenklage und Adhäsionsantrag in der Berufung (NSTZ 2011, 611)

Weitaus öfter als früher bedienen sich Opfer von Straftaten der ihnen gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten, ihre Rechte im Strafverfahren als Neben- und/oder Adhäsionskläger geltend zu machen; sofern der **Nebenkläger** in 1. Instanz damit nicht vollständig Erfolg hat, ist er **in der Berufung häufig auf sich alleine gestellt**, da die Staatsanwaltschaft zumeist kein Rechtsmittel einlegt, weil die gleichzeitige Berufung der Staatsanwaltschaft die erneute Überprüfung des Falles unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten ermöglichen würde. - Für den Nebenkläger stellt sich bei einer isolierten Berufung hingegen die **Frage, unter welchen Voraussetzungen seine Berufung überhaupt zulässig ist** und welchen Prüfungsumfang sie dem Berufungsgericht eröffnet. - Dem **in 1. Instanz erfolglosen Adhäsionskläger** steht **kein Rechtsmittel** zu Verfügung, sodass sich für ihn die Frage stellt, ob er seine zivilrechtlichen Ansprüche im Berufungsverfahren gleichwohl weiterverfolgen kann. - Die Begründetheit der zulässigen Berufung des Nebenklägers setzt voraus, dass das Berufungsgericht nach durchgeführter Beweisaufnahme abweichend von der erstinstanzlichen Entscheidung feststellt, dass zum Nachteil des Nebenklägers ein Nebenklagedelikt verwirklicht wurde; damit ist jedoch eine **Befugnis des Berufungsgerichts zur Überprüfung der entsprechenden materiell-rechtlichen Tat unter allen rechtlichen Gesichtspunkten** eröffnet, die auch mit dem Nebenklagedelikt in Tateinheit stehende nicht nebenklagefähige Delikte einschließt; dies gilt entsprechend für den Sonderfall, dass durch dieses Nebenklagedelikt nicht nur der zugelassene Nebenkläger, sondern auch weitere Opfer verletzt wurden, sofern es sich um eine Tat und nicht um mehrere Taten im materiell-rechtlichen Sinn handelt. - Der **Adhäsionskläger kann das Absehen von einer Entscheidung über den Adhäsionsantrag in 1. Instanz nicht mit Rechtsmitteln angreifen und kann seinen Antrag auch nicht in der Berufungsinstanz wiederholen**.

2. **Kett/Straub:** Das Verwenden nationalsozialistischer Kennzeichen - § 86a StGB im Spannungsfeld zwischen symbolischem Strafrecht, Gefühls- und echtem Rechtsgüterschutz (NSTZ 2011, 601)
3. **Roggan:** Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei strafprozessualer Telekommunikationsüberwachung – Zur verfassungsrechtlichen Unzulänglichkeit des § 100a IV StPO (StV 2011, 762)
4. **Achenbach:** Aus der 2010/2011 veröffentlichten Rspr. zum Wirtschaftsstrafrecht (NSTZ 2011, 615)
5. **Singelstein/Puschke:** Polizei, Gewalt und das Strafrecht – Zu den Änderungen beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (NJW 2011, 3473)

III. öffentliches Recht

1. **Ossenbühl:** Verbraucherschutz durch Information (NVwZ 2011, 1357)

Die **Information** ist **keine neue Handlungsform der Verwaltung**, vielmehr gehören staatliche Informationen gegenüber den Bürgern seit jeher zum notwendigen und selbstverständlichen Repertoire hoheitlichen Regierens und Verwaltens; insbes. **Warnungen vor allgemeinen Gefahren**, wie z.B. Naturereignisse, technische Katastrophen oder gesundheitsgefährdende Produkte, **gehören zu den obligatorischen Aufgaben der hoheitlichen Verwaltung**. - Beim Verbraucherschutz geht es nicht mehr nur um Gefahrenabwehr, sondern unabhängig von Gefahren um „Klarheit und Wahrheit bei der Kennzeichnung und Aufmachung von Lebensmitteln“; damit **greift die staatliche Information in das Marktgeschehen ein und berührt in unterschiedlicher Intensität grundrechtlich geschützte Freiheitsrechte der Produzenten, Dienstleister und sonstigen Unternehmer**; Gefahrenabwehr ist nicht mehr allein das legitimierende Motiv staatlichen Eingreifens, vielmehr nimmt der Staat auch Bewertungen jenseits der Gefahrenabwehr für sich in Anspruch, wie das Projekt der sog. „Hygiene-Ampel“ deutlich demonstriert.

2. **Hebeler:** Die Gefährderansprache (NVwZ-RR 2011, 1364)

Die **Gefährderansprache** hat bislang noch **keinen Eingang in die Gesetzgebung gefunden**; sie wird gesetzlich nirgends als Begriff verwandt und nirgends legal definiert; im Schrifttum wird die Gefährderansprache als die **in einem konkreten Fall an einen potenziellen Gefahrenverursacher gerichtete Ermahnung, Störungen der öffentlichen Sicherheit zu unterlassen**, umschrieben; sie kommt zur Anwendung bei Personen, denen mitgeteilt wird, dass die Polizei- bzw. Ordnungsbehörde ausreichend über die bisherigen Verhaltensweisen der betreffenden Person informiert sei und dass polizeiliche Gegenmaßnahmen gegen die betreffende Person bereits vorbereitet seien. – Es herrscht Einigkeit dahingehend, dass die **Gefährderansprache** mangels Regelungsgehalts **keinen Verwaltungsakt i. S. von § 35 VwVfG** darstellt; die Gefährderansprache stellt **schlicht-hoheitliches Handeln** und mithin einen **Realakt** dar; eine Regelung i. S. von § 35 S. 1 VwVfG ist (nur) dann gegeben, wenn die Maßnahme der Behörde ihrem objektiven Gehalt nach darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge festzusetzen; die Gefährderansprache beinhaltet hinweisende Elemente (Mitteilung des Kenntnisstandes der Behörde bzgl. der betreffenden Person), empfehlende Elemente (das Anheimstellen, bestimmte Dinge zu tun bzw. zu unterlassen) und auch warnende Elemente (es drohen bestimmte behördliche Maßnahmen, wenn die Person nicht wie empfohlen handelt); sie gibt indes kein Tun, Dulden oder Unterlassen rechtsverbindlich auf. - Mangels Verwaltungsaktcharakter ist daher eine **Anfechtungsklage gem. § 42 I Alt. 1 VwGO** (und vorgeschaltet ebenso ein Anfechtungswiderspruch) **gegen eine Gefährderansprache unstatthaft**; als **Rechtsschutzmöglichkeit** ist daher in erster Linie eine **Feststellungsklage** in Betracht zu ziehen. - Da die Gefährderansprache sich nicht in einem allgemein gehaltenen Hinweis auf die Rechtslage erschöpft, sondern auch die dargestellten empfehlenden und warnenden Elemente beinhaltet, greift sie in den Rechtskreis des Betroffenen ein und bedarf daher einer Ermächtigungsgrundlage; es steht somit die Anwendung einer Rechtsnorm in Rede, so dass ein Rechtsverhältnis begründet wird. - Auf Grund ihres nicht lediglich hinweisenden, sondern auch empfehlenden und warnenden Charakters geht mit der Gefährderansprache ein **Eingriff in den Rechtskreis der betroffenen Person** einher; mangels Regelungswirkung ist zwar kein Eingriff gegeben, der alle Merkmale des sog. klassischen Grundrechtseingriffs (u. a. Rechtsaktförmigkeit insbes. in Form eines Handelns mittels Befehl und Zwang) erfüllt, nach dem **modernen, offenen Grundrechtseingriffsbegriff** ist ein **Eingriff aber u. a. dann zu bejahen, wenn die Rechtskreisbeschränkung final und unmittelbar erfolgt**, was bei einer Gefährderansprache der Fall ist. - Da die Gefährderansprache nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist und auch keine polizei- bzw. ordnungsgesetzlichen Standardbefugnisse einschlägig sind, kommt als **Ermächtigungsgrundlage** allein die **polizeiliche Generalklausel** in Betracht: Die polizeiliche Generalklausel erfordert eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit; weiterhin muss die betreffende Person auch polizeilich Verantwortlicher sein, wobei im Zusammenhang mit Gefährderansprachen allein eine Verhaltens-, nicht hingegen eine Zustandsverantwortlichkeit in Betracht kommt; schließlich muss das behördliche Handeln ermessensfehlerfrei und insgesamt verhältnismäßig sein.

3. **Momen:** Rückwirkung von Steuergesetzen (BB 2011, 2781)

Das **BVerfG** hat die **Anforderungen an die Zulässigkeit der unechten steuergesetzlichen Rückwirkung verschärft**: Zwar hält es nach wie vor an der Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Entstehung der Steuerschuld für die Unterscheidung zwischen unechter und echter Rückwirkung fest, allerdings widersprechen nach neuester

Auffassung des BverfG auch belastende Folgen unechter Rückwirkungen ebenso wie belastende Folgen echter Rückwirkungen dem Grundsatz des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes.

4. **Schlick:** Die Rspr. des BGH zu den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen – Amtshaftung (NJW 2011, 3341)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Schmidt:** Die Anwalts-GmbH & Co. KG: Kraftprobe des Berufsrechts oder des § 105 II HGB? (DB 2011, 2477)
Bespr. der Entsch. BGH DB 2011, 2027
2. **Peters:** Das Beratungshilfereformgesetz und die Rechtswahrnehmungsgleichheit (Rpfler 2011, 641)
3. **Nickel:** Aktuelle Entwicklungen in der Rspr. zur Prozesskostenhilfe (MDR 2011, 1334)
4. **König:** Der Zugang des (noch) nicht mandatierte Verteidigers zum inhaftierten Beschuldigten (StV 2011, 704)
5. **Götz/Brudermüller:** Nutzungs- und Rechtsverhältnisse an Ehemwohnung und Haushaltsgegenständen, Verfahren nach dem GewSchG – Rspr.-Übersicht seit Ende 2008 (FamRZ 2011, 1840)

Der Aufbau eines Bescheides

Der Aufbau ist nicht streng vorgegeben und variiert u.U. von Behörde zu Behörde, einige Grundsätze sind jedoch stets einzuhalten.

I. Kopf und Tenor

1. Kopf des Bescheides

Der Kopf des Bescheides muss die erlassende Behörde erkennen lassen (sonst Nichtigkeit nach § 44 II Nr. 1 VwVfG). Er muss mit einem Datum versehen werden und den Namen und die Anschrift des Empfängers enthalten. Darüber hinaus ist – sofern zugestellt werden soll, die Zustellart zu vermerken.

Beachte: Ist die Zustellung gesetzlich vorgeschrieben oder soll sie nach Entscheidung der Behörde auch ohne zwingende Vorgabe erfolgen, richtet sich diese – je nach handelnder Behörde – nach Bundes- oder Landesverwaltungszustellungsgesetz.

Ist der Adressat vertreten, so sieht § 14 III VwVfG zwar die Zustellung an den Vertretung als Soll-Vorschrift vor, von der nur in besondere Ausnahmefällen abgewichen werden darf. Hat sich allerdings ein Bevollmächtigter unter Vorlage einer schriftlichen Vollmacht bestellt, so sieht § 7 I 2 BVwZG und § 7 I 2 LVwZG NW zwingend die Zustellung an den Bevollmächtigten vor. Bei Verstoß hiergegen liegt zunächst keine wirksame Zustellung nach § 73 II 2 VwGO vor, so dass auch die Klagefrist des § 74 VwGO noch nicht zu laufen beginnt. Daher ist auch diese Frage zu prüfen und zu entscheiden, ob der Bescheid an einen Bevollmächtigten zuzustellen ist. Dies erfolgt dann gegenüber Rechtsanwälten in der Regel gegen Empfangsbekanntnis (vgl. § 5 IV BVwZG und § 5 IV LVwZG NW). Vor Beginn des Tenors ist die Sache im Betreff zu bezeichnen:

2. Tenor

In einem Tenor muss zunächst der Ausgang des Verfahrens deutlich gemacht werden. Hierzu gehört auch nicht nur ein Hauptsachetenor, sondern ggf. auch eine Entscheidung über die Kosten oder Gebühren.

II. Begründung

Die getroffene Entscheidung ist mit Gründen zu versehen. Die Formulierung wird regelmäßig nicht abstrakt gewählt („Antrag ist unbegründet“, „Der Antragsteller ist der Auffassung“), sondern in der direkten Ansprache zwischen Entscheidungsträger und Adressat („Ich bin nach §§... für die Entscheidung über ihren Widerspruch zuständig.“, „Sie haben am ??? beantragt, Ihren Sohn in die Gesamtschule Berger Feld in Gelsenkirchen aufzunehmen.“).

Von der Darstellungsreihenfolge wird zunächst die tatsächliche Situation geschildert und nachfolgend der Verfahrensgang geschildert. Sodann wird, ohne neue Überschrift, die rechtliche Würdigung angeschlossen. Wichtig ist hierbei, die maßgeblichen Normen umfassend und sauber zu zitieren.

Die rechtliche Würdigung beginnt gewöhnlich mit dem Satz:

„Ihr Widerspruch, zu dessen Bescheidung ich gem. ?? zuständig bin, ist zulässig und begründet / zulässig, aber unbegründet.“

Im Rahmen der Begründung sind neben der Subsumtion auch Ausführungen zur Ermessensbetätigung erforderlich. Hierzu gehören auch Zweckmäßigkeitserwägungen.

III. Nebenentscheidungen

Es können auch Nebenentscheidungen zu treffen sein.

1. Entscheidungen zur sofortigen Vollziehbarkeit

So kann nach § 80 I 2 Nr. 4 VwGO auch Behörde die sofortige Vollziehung anordnen. Solche Entscheidungen sind gesondert zu begründen.

2. Kostenentscheidung

Die zuvor getroffene und besprochene Kostenentscheidung ist entsprechend zu begründen, sofern Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Anderenfalls reicht die Zitierung der zugrundeliegenden Regelungen.

3. Gebührenentscheidung

Die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens kann nach § 1 GebG NW gebührenpflichtig sein.

IV. Rechtsbehelfsbelehrung

Der Bescheid soll sowohl hinsichtlich der getroffenen Sachentscheidung als auch bezüglich der Kostenentscheidung eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten, in der die zuständige Widerspruchsbehörde/das zuständige Gericht und die zu beachtende Form und Frist für den Fall einer Anfechtung zu nennen sind. Zwar ist dies gesetzlich nur in § 73 III 1 VwGO für den Widerspruchsbescheid vorgesehen, jedoch ist es auch bei Ausgangsbescheiden angezeigt, da anderenfalls eine Widerspruchs/Klagefrist von 1 Jahr läuft (§ 70 II, 74 II, 58 II VwGO), Hinsichtlich der Gebührenentscheidung bedarf es trotz § 22 GebG NW einer gesonderten Belehrung.

V. Schlussformel

Vor der Unterschrift regelmäßig die Formel „mit freundlichen Grüßen“ verwendet.

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.) VorsRiaOLG Dr. D	Tag d. mündl. Prüfung 06.10.2011
-----------------------------------	---	---

Zur Person:

Ihr habt das große Los gezogen! Dr. D ist ein sehr netter älterer Prüfer und schafft es, den Prüflingen durch seine ruhige Art die Nervösität zu nehmen. Er freut sich immer sichtbar, wenn er eine richtige Antwort hört. Seine Benotung ist sehr fair und großzügig.

Zur Prüfung:

Zunächst schilderte er uns folgenden kurzen Fall:

K kauft von der V-GmbH eine Immobilie im Wert von 800.000 €. Während der Vertragsverhandlungen erklärt der Geschäftsführer X gegenüber K, dass das Dach aufgrund von Feuchtigkeit und Schimmel gerade komplett saniert worden sei. Nach Vertragsschluss kommt es erneut zu Problemen mit Feuchtigkeit im Haus. Ein Sachverständigen-gutachten ergibt, dass das Dach seinerzeit nur notdürftig repariert und nicht saniert wurde. Eine Sanierung würde 200.000 € kosten. Eine Ausschlussklausel enthält der Kaufvertrag nicht. Kann K von der V-GmbH die Zahlung von 200.000€ verlangen?

Zunächst wurde abgegrenzt zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht.

Vorliegend will K das Haus behalten, also kommt weder Nacherfüllung noch Rücktritt in Betracht. Dr. D wollte auf den Schadensersatzanspruch hinaus, auf den Vorrang der Nacherfüllung kam es ihm überhaupt nicht an.

Dann wurde § 434 BGB besprochen: Liegt ein Mangel bei Gefahrenübergang vor? Ja, nach Nr. 2 der Regelung („ein Dach muss dicht sein“); ein Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, 280 ff. BGB wäre unproblematisch gegeben.

Problem: Die V-GmbH ist mittlerweile insolvent. Hat K einen Anspruch gegen X?

Ein vertraglicher Anspruch ist nicht gegeben, da X kein Vertragspartner ist!

Als Anspruchsgrundlagen kommen § 826 BGB und § 823 II BGB (i.V.m. § 263 StGB) in Betracht.

§ 826 BGB sollte nur genannt werden, auf die Voraussetzungen kam es Dr. D nicht an. Ausführlich geprüft wurde § 823 II BGB: Wir sollten kurz die Voraussetzungen des Anspruchs nach § 823 BGB benennen. Problematisch war hier nur der Schaden. Liegt überhaupt ein ersatzfähiger Schaden vor? Wir kamen auf § 249 I BGB zu sprechen und definierten den Ersatz des positiven und negativen Interesses (Unterschied?). Im Ergebnis wurde der Anspruch des K gegen X verneint, weil er nachher nicht schlechter stand als vorher (Differenzhypothese). K wäre so zu stellen, als wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dieses Ereignis war die unwahre Aussage des X, wodurch K zum Hauskauf verleitet wurde. Hätte X nicht gelogen, hätte K den Vertrag nicht geschlossen. Würde jetzt einen Schaden bejaht werden, hätte K am Ende ein Haus mit saniertem Dach, also mehr, als wenn X nicht gelogen hätte. Aus diesem Grund ist hier ein Schaden zu verneinen!

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: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) RA H	Tag d. mündl. Prüfung 22.09.2011
---------------------	--	--

Zur Person:

H ist als Prüfer „neu im Geschäft“. Obwohl er zuvor Zivilrecht geprüft hat, war sein Gebiet bei uns das Strafrecht. Es gab erst ein einziges Protokoll (zum Zivilrecht). H beharrt manchmal auf einer bestimmten Antwort, führt aber ansonsten gut durch die Prüfung. Er ging meist nach der Sitzreihenfolge vor. Die Punkteverteilung war doch recht unterschiedlich: K 2 und ich haben recht gute Punkte bekommen, die anderen beiden Kandidaten jedoch deutlich weniger, was ich als ungerecht empfand.

Zur Prüfung:

Zu Beginn seiner Prüfung stellte H folgenden Fall:

Wir sollten uns in die Rolle eines Rechtsanwalts hineinversetzen. Zu uns kommt der Mandant A, der sich auf einer Reise durch Deutschland befindet. Er wird vor einer Bank festgenommen und des Skimmings beschuldigt, nachdem er ein entsprechendes Kartenlesegerät an einen EC-Geldautomaten angebracht hatte. Kurz nach dem Anbringen wurde er von zwei Polizisten gefragt, was er dort mache. Ein Pflichtverteidiger war noch nicht bestellt worden.

Wir sammelten zunächst, welche Straftatbestände in Betracht kamen und nannten §§ 263, 263a, 202a StGB. Wir gingen dann zunächst auf § 202a StGB – das Ausspähen von Daten – ein. A hatte sich jedoch bisher noch nicht unbefugt Daten verschafft, da noch niemand eine EC-Karte in das Lesegerät hineingeschoben hatte.

In Betracht kam weiter § 202c StGB – das Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten. Dieser Tatbestand war erfüllt, da A sich ein entsprechendes Computerprogramm verschafft hatte, dass der Auswertung der durch das Kartenlesegerät gewonnenen Daten dienen sollte.

Wir kamen dann in der Prüfung zu den Voraussetzung einer Festnahme des A (§§ 112 f. StPO), die Voraussetzungen eines Haftbefehls sowie § 127 StPO (vorläufiges Festnahmerecht). Die Voraussetzungen des § 127 StPO waren gegeben, insbes. kann auch ein Ausländer, der einer frischen Tat verdächtigt wird, vorläufig festgenommen werden.

Gem. § 128 StPO muss ein Festgenommener, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, unverzüglich, spätestens am Tage nach der Festnahme dem Ermittlungsrichter vorgeführt werden. § 112 StPO setzt zunächst einen dringenden Tatverdacht voraus. Wir arbeiteten heraus, dass dieser in der Wahrscheinlichkeit liegt, dass jemand Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist. Auch der Haftgrund der Fluchtgefahr war zu bejahen, da A lediglich auf Reise in Deutschland und von einer Rückkehr in sein Heimatland und einer Entziehung der Strafverfolgungsbehörden auszugehen war. Weiterhin war wichtig, dass die Haft nicht unverhältnismäßig sein durfte. Letztlich haben wir die Voraussetzungen der Haftanordnung bejaht.

Dann gingen wir auf die Pflichtverteidigung und die neue Regelung des § 140 I Nr. 4 StPO ein. Dieser beinhaltet, dass u.a. im Falle der Anordnung von Untersuchungshaft ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben ist.

Wie ist das weitere Vorgehen? Der Ermittlungsrichter (Anknüpfungspunkt im Gesetz § 162 StPO) vernimmt den Beschuldigten. Dies ist im Hinblick auf das rechtliche Gehör nach Art. 103 I GG sehr wichtig. Wie wird ein Pflichtverteidiger bestimmt? Zunächst wird geprüft, ob der Beschuldigte einen Wahlverteidiger hat (§ 142 StPO). Falls dies nicht der Fall ist, wird dem Beschuldigten aus einer entsprechenden Liste der Pflichtverteidiger bei den Amtsgerichten ein Pflichtverteidiger bestellt.

H entwickelte den Ausgangsfall dann fort:

Dem A war bereits ein Pflichtverteidiger bestellt worden. Ist es dann auch noch möglich, einen Wahlverteidiger zu beauftragen? Die Antwort gibt § 143 StPO: Danach ist die Bestellung zurückzunehmen, wenn demnächst ein anderer Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt. Die Zurückweisung eines Wahlverteidigers ist nur unter den Voraussetzungen des § 146a StPO möglich, nämlich dann, wenn ein Verteidiger gewählt wird, obwohl die Voraussetzungen des § 137 I 2 oder § 146 StPO vorliegen.

Fazit: Die Prüfung war gut zu bewältigen, wenn wir uns als Kandidaten auch mit den Differenzierungen innerhalb der Pflicht- und Wahlverteidigung etwas schwer taten.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

