



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

34. Jahrg.

Dezember 2009

Heft 12

---

Aus dem Inhalt:

- |                      |  |
|----------------------|--|
| <b>BGH:</b>          | Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertrag                   |
| <b>OLG Rostock:</b>  | Unwirksamkeit doppelter Schriftformklausel in Miet-AGB |
| <b>BGH:</b>          | Terrorismusunterstützung                               |
| <b>OLG Hamm:</b>     | Amtshaftung wegen falscher Meldeauskunft               |
| <b>BGH:</b>          | Herausgabevollstreckung Dritter gegen Mieter           |
| <b>BGH:</b>          | Belehrungspflicht                                      |
| <b>VGH Mannheim:</b> | Maßgebliche Sach- und Rechtslage                       |



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

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

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

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

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreis:** vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Verbraucherschutz .....	1
-------------------------	---

### Brandaktuell

BGH:                   Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertrag (auch bei Sittenwidrigkeit) .....	3
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

OLG Rostock:       Unwirksamkeit doppelter Schriftformklausel in Miet-AGB (Vorrang der Individualabrede).....	4
BGH:                 Grenzen kritischer Meinungsäußerung (Verdacht „unsauberer Geschäfte“) .....	6

#### Strafrecht

OLG Hamburg:     Besitz kinderpornografischer Schriften (Besitzverschaffung von Daten aus dem Internet) .....	10
BGH:                Terrorismusunterstützung (durch in der BRD lebenden Täter) .....	12

#### öffentl. Recht

OLG Hamm:         Amtshaftung wegen falscher Meldeauskunft (Anforderungen an Sorgfaltspflicht) .....	17
OVG Greifswald:   Voraussetzungen einer Veränderungssperre (Aufstellungsbeschluss für Bebauungsplan).....	20

#### Kurzauslese I

BGH:                Aufrechnungsverbot (gegenseitige unerlaubte Handlung).....	24
BGH:                Gesamtschuldnerausgleich (Verjährung des Ausgleichsanspruchs).....	24
OLG Düsseldorf:   Mietvorvertrag (begründet keinen Mietzinsanspruch des Vermieters).....	25
KG:                 Unternehmergesellschaft (Firma „... GmbH & Co. ...“ ist unzulässig).....	25
LG Frankfurt:     bedeutender Fremdschaden (Wertgrenze: 1.400,00 €).....	26
BVerfG:            Volksverhetzung (NPD-Wahlplakat „Polen-Invasion stoppen!“).....	26
OLG Oldenburg:   Verbreitung pornografischer Schriften (Nutzung einer Internet-Tauschbörse).....	26
OLG Frankfurt:    Fälschung von Gesundheitszeugnissen (Vortäuschen einer Beauftragung) ) .....	27
BVerwG:            Beihilfe (Kürzung um Praxisgebühr ist zulässig).....	27
VG Köln:           unzulässiges Hilfsmittel (ungenutzter Spickzettel) .....	28
BFH:                Verwaltungsakt (Beitreibungersuchen an einen EG-Mitgliedstaat).....	28

**Entscheidungen Verfahrensrecht****Zivilrecht**

BGH:	Herausgabevollstreckung Dritter gegen Mieter (Vermieterpfandrecht und Vollstreckungserinnerung) .....	29
OLG Frankfurt a.M.:	Nichtvollziehung einer einstweiligen Verfügung (materielle Rechtskraft und erneuter Eilantrag).....	31

**Strafrecht**

BGH:	Belehrungspflicht (bei Spontanäußerungen des Verdächtigen) .....	33
------	---	----

**öffentl. Recht**

OVG Bln/Bbg.:	reformatio in peius (Wirkung einer Anordnung der sofortigen Vollziehung).....	36
VGH Mannheim:	Maßgebliche Sach- und Rechtslage (Ermessensausübung bei Aufenthaltsbeendigung) .....	40

**Kurzauslese II**

BAG:	Berufungsbegründung (keine wirksame Unterschrift bei Verwendung eines Faksimile-Stempels) .....	44
BGH:	zivilprozessualer Wohnungsbegriff (erfasst auch Nebengebäude und Garagen).....	45
OLG Saarbrücken:	Antrag auf Protokollberichtigung (Rechtsmittel).....	45
BGH:	Insolvenzrechtsbeschwerde (Rechtsmittelzug).....	45
OLG Nürnberg:	Zeugnisverweigerungsrecht (Schweigepflichtentbindung durch Insolvenzverwalter).....	45
OLG Köln:	Haftprüfung (keine Haftentlassung bei Überschreitung der Frist des § 118 V StPO).....	47
OLG Hamm:	Unterschrift (unzulässige Vertretung).....	47
OLG Rostock:	Revisionseinlegung (unzulässige Formulierung: „auf Wunsch des Angeklagten“).....	47
BVerfG:	Klagebefugnis (Einziehung einer öffentlichen Straße).....	48
VGH Kassel:	einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (Beschwerde ist nicht statthaft).....	48

**Speziell für Rechtsanwälte und Notare****Gebühren und Kosten**

KG u.a.:	Anwendbarkeit des § 15a RVG (Altfälle).....	49
OLG Schleswig:	Beschränkung des anwaltl. Vergütungsanspruchs (Wechsel des beigeordneten PKH-Anwalts).....	49
LG Braunschweig:	Erhöhungsgebühr (bei Vertretung einer BGB-Gesellschaft).....	50
KG:	Verfahrensgebühr (Beschwerdeverfahren nach § 15 II BNotO).....	50
OLG Düsseldorf:	Verbot der „reformatio in peius“ (gilt nicht im Streitwertrecht).....	52
OLG Stuttgart:	Anschlussberufung (Kosten nach Berufungszurückweisung).....	52

**Aus der Praxis**

BGH:	Rechtsanwaltszulassung (Lebenszeitbeamter).....	53
OLG Bremen:	Sachlichkeitsgebot (Beleidigung eines Verfahrensbeteiligten in einer Verhandlungspause).....	54
OLG Köln:	anwaltliche Schweigepflicht (zulässige Veröffentlichung anonymisierter Sachverhalte).....	54
BGH:	anwaltliche Pflichtverletzung (keine Verpflichtung zur Übernahme von Argumenten des Mandanten).....	55
BGH:	amtswidrige Werbung (zulässige Internetadresse).....	55
OLG Hamm:	Weiterverwendung einer Kurzbezeichnung (nach Auflösung einer Sozietät).....	55
OLG München:	Streitverkündung (Zustellung an Prozessbevollmächtigten).....	56
BGH:	Ehegattenunterhalt (Abzug des Kindesunterhalts).....	57
EGMR:	Recht auf einen Verteidiger (auch schon bei der ersten polizeilichen Vernehmung).....	58
OLG Köln:	Löschung personenbezogener Daten durch StA (Mitwirkungspflicht des Verteidigers).....	58

**Steuern**

BFH:	Werbungskosten (Aufwendungen für ein Studium).....	59
BFH:	Denkmalsbegriff (Neubau).....	60
BFH:	Arbeitsstätte (Tätigkeitsstätte eines Arbeitnehmers beim Kunden).....	61

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	62
---	----

<b>Mandantenbrief</b> .....	65
-----------------------------	----



## Aus der Gesetzgebung

### Verbraucherschutz

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

#### I. Allgemeines

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

#### II. Die wesentlichen Neuregelungen

##### 1. Umsetzung der europäischen Zahlungsdiensterichtlinie

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

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

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

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

##### 2. Schaffung eines einheitlichen Euro- Zahlungsverkehrsraums

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

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

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

### 3. Verbesserung grenzüberschreitende Zahlungen

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

### 4. Neuregelung des Rechts der Verbraucherdarlehen

- a) Künftig soll ein Verbraucher schon vor Abschluss eines Darlehensvertrages über die wesentlichen Bestandteile des Kredits informiert werden.

Damit soll es dem Verbraucher ermöglicht werden, verschiedene Angebote zu vergleichen und eine fundierte Entscheidung zu treffen. Sobald sich die Wahl eines bestimmten Kredits abzeichnet, müssen dem Verbraucher zusätzlich die Hauptmerkmale des Vertrags erläutert werden.

- b) Die Werbung für Darlehensverträge wird stärker reglementiert: Wer für den Abschluss von Darlehensverträgen wirbt, darf nicht nur eine einzige Zahl herausstellen (etwa einen besonders niedrigen Zinssatz); vielmehr müssen auch die weiteren Kosten des Vertrags angegeben und diese Angaben mit einem realistischen Beispiel erläutert werden.
- c) Für unterschiedliche Kreditverträge gelten zukünftig jeweils einheitliche Muster zur Unterrichtung der Verbraucher. Anhand dieser Muster werden sämtliche Kosten des Darlehens erkennbar. Die Muster gelten europaweit, so dass Kunden auch Angebote aus dem europäischen Ausland einholen und vergleichen können.
- d) Die Kündigung von Darlehensverträgen wird neu geregelt: Kündigungen durch den Darlehensgeber sind bei unbefristeten Verträgen nur noch dann zulässig, wenn eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Monaten vereinbart ist. Verbraucher können dagegen einen unbefristeten Vertrag jederzeit kündigen. Dabei darf die Kündigungsfrist für den Verbraucher einen Monat nicht überschreiten. Bei befristeten Verträgen, die nicht durch ein Grundpfandrecht wie eine Grundschuld oder Hypothek gesichert sind, dürfen Verbraucher das Darlehen künftig jederzeit ganz oder teilweise zurückzahlen. Verlangt der Darlehensgeber in einem solchen Fall eine Vorfälligkeitsentschädigung, ist diese auf höchstens ein Prozent des vorzeitig zurückgezählten Betrages beschränkt.

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

### 5. Neuordnung des Widerrufs- und Rückgaberechts

Die bereits bestehenden Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht werden ebenfalls neu geordnet: Dies führt zu mehr Rechtssicherheit, und zwar nicht nur bei Verbraucherverträgen, sondern auch bei Versicherungsverträgen.

## Brandaktuell

BGB  
§§ 312d, 355

### Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertrag auch bei Sittenwidrigkeit

BGB

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

§§ 305b, 307 I

### Doppelte Schriftformklausel in Miet-AGB

VertragsR

#### Vorrang der Individualabrede

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

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

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

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

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

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

### I. Beendigung durch Kündigung zum 30.09.2008

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

### II. Beendigung durch Auflösungsvertrag zum 30.09.2008

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

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

Fraglich ist jedoch, ob eine **Abänderung des Schriftformerfordernisses** nicht aufgrund der Schriftformklausel auch **ihrerseits** wieder **der Schriftform** bedarf. Dies könnte sich aus der entsprechenden Vertragsbedingung in § 18 Nr. 2 des Vertrages ergeben, die auch für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses die Schriftform vorsieht (**sog. doppelte Schriftformklausel**).

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

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

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

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

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

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

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

BGB  
§§ 823, 1004

**Grenzen kritischer Meinungsäußerung  
Verdacht „unsauberer Geschäfte**

BGB

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

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

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

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

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

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

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

Wird die Klage Erfolg haben?

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

**I. Verletzung eines durch § 823 BGB geschützten Rechtsguts**

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

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

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

## 1. Mutmaßungen über unfreiwilligen Rücktritt

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

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

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

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

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

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

## 2. Mutmaßungen über „unsaubere Geschäfte“

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

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

### 3. Abwägung der kollidieren Verfassungsrechte

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

#### a) Rechtswidrigkeit wegen Einstufung als Schmähkritik

##### aa) Bewertungsmaßstäbe

„An die Bewertung einer Äußerung als **Schmähkritik** sind **strenge Maßstäbe** anzulegen, weil andernfalls eine umstrittene Äußerung ohne Abwägung dem Schutz der Meinungsfreiheit entzogen und diese damit in unzulässiger Weise verkürzt würde (vgl. BGHZ 143, 199 [209] = NJW 2000, 1036; BGH, NJW 2008, 2110 Rn 15; NJW 2009, 1872 Rn 18 m.w.N.). Erst wenn bei einer Äußerung **nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache**, sondern die **Herabsetzung der Person im Vordergrund** steht, die jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll, nimmt die Äußerung den Charakter einer unzulässigen Schmähung an (vgl. Senat, BGHZ 143, 199 [209] = NJW 2000, 1036; BGH, NJW 2007, 686 = VersR 2007, 249 [251]; NJW 2008, 996 = VersR 2008, 357 Rn 22; NJW 2008, 2110; NJW 2009, 1872).“ (BGH aaO)

##### bb) Unfreiwilligkeit des Rücktritts

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

##### cc) „unsaubere Geschäfte“

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

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

#### b) Rechtswidrigkeit nach Abwägung gegenläufiger Interessen

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

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

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

Es ist **allgemein bekannt** und lässt sich den vorgelegten Presseberichten entnehmen, dass der **Kl. zu 2** auf Grund seiner Geschäftstätigkeit **in der Öffentlichkeit sehr kritisiert** worden ist. Da die Kl. keine Begründung für das Ausscheiden gegeben haben und der Kl. zu 2 auch

keine Abfindung erhalten hat, war der **Weg für Spekulationen über die Gründe des Rücktritts eröffnet**.

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

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

StGB  
§ 184b IV

**Besitz kinderpornografischer Schriften**  
**Besitzverschaffung von Daten aus dem Internet**

StGB

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

StGB  
§§ 129 ff.

**Terrorismusunterstützung  
durch in der BRD lebenden Täter**

StGB

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

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

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

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

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

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

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

BGHSt 28, 147 = NJW 1979, 172; BGHSt 31, 202 = NJW 1983, 1334 = NStZ 1983, 365; BGHSt 31, 239 = NJW 1983, 1686 = NStZ 1983, 311; BGHSt 45, 26 = NJW 1999, 1876 = NJW 1999, 524; BGH NJW 2005, 1668 = NStZ 2005, 377; NJW 2006, 1603 = NStZ-RR 2006, 267; BGHR StGB § 129 Vereinigung 3 m.w.N.

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

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

Diese **Voraussetzungen sind für Al Qaida zu bejahen.**

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

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

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

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

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

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

„Auch dieses voluntative Element der Vereinigung ist hinreichend belegt: Nach der ursprünglichen Struktur der Al Qaida in Afghanistan stand an der Spitze der Organisation ein Führungskreis, dem Usama Bin Laden, Aiman Al Zawahiri und Muhammed Atef sowie die Leiter verschiedener „Fachausschüsse“ angehörten. Die **Willensbildung** war demnach **hierarchisch strukturiert**, ohne dass sich allerdings die Mitglieder der Organisation einseitig einer nicht vom Gruppenwillen getragenen Führungsperson unterwarfen. Im Tatzeitraum teilten die Mitglieder der Al Qaida weiterhin die gemeinsame politisch-ideologische Grundhaltung des gewaltbereiten extremistischen Islamismus. Die Gruppierung verfügte nach wie vor mit dem „Jihad gegen Juden und Kreuzzügler“ bis zur Zerstörung der USA und ihrer Verbündeten über eine über den bloßen Zweckzusammenhang der Vereinigung hinausreichende, von allen Mitgliedern getragene Zielsetzung. Der fortwährende, vom Willen der Mitglieder der Al Qaida getragene Führungsanspruch von Usama Bin Laden und Aiman Al Zawahiri wird etwa durch deren per Internet oder Massenmedien veröffentlichte Video- und Audiobotschaften manifestiert.“ (BGH aaO)

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

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

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

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

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

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

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

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

„**Hierfür reicht allein die Tätigkeit für die Vereinigung**, mag sie auch besonders intensiv sein, **nicht aus**; denn ein Außenstehender wird nicht allein durch die Förderung der Vereinigung zu de-

ren Mitglied (BGHSt 18, 296 = NJW 1963, 1315; BGHSt 29, 114; BGH NStZ 1993, 37; Schöne/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 129 Rn 13).“ (BGH aaO)

*Auch ein auf lediglich einseitigem Willensentschluss beruhendes Unterordnen und Tätigwerden genügt nicht, selbst wenn der Betreffende bestrebt ist, die Vereinigung und ihre kriminellen Ziele zu fördern (Krauß, LK-StGB, § 129 Rn 105). Die Mitgliedschaft setzt ihrer Natur nach eine Beziehung voraus, die der Vereinigung regelmäßig nicht aufgedrängt werden kann, sondern ihre Zustimmung erfordert. Eine Beteiligung als Mitglied scheidet deshalb aus, wenn die Unterstützungshandlungen nicht von einem einvernehmlichen Willen zu einer fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben getragen sind (BGH NStZ 1993, 37).“ (BGH aaO)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die hieraus folgende Privilegierung des Werbens für eine Vereinigung ist durch die entsprechende Änderung der §§ 129, 129a StGB durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.08.2002 (BGBl I, 3390) sowie das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22. 12. 2003 (BGBl I, 2836) bedingt und auf diese Tathandlung beschränkt; sie führt insbesondere nicht dazu,

dass für die sonstigen Erscheinungsformen möglicher Unterstützungshandlungen vergleichbare Einschränkungen gelten etwa mit der Folge, dass die Anforderungen an den notwendigen Vorteil der Unterstützungshandlung für die Vereinigung generell zu erhöhen wären.

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

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

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

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

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

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



## 1. Verletzung einer Amtspflicht

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

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

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

Es wurde daher eine Amtspflicht verletzt.

## 2. Drittschutz

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

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

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

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

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

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

## III. Verschulden

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

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

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

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

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

#### IV. kausal verursachter Schaden

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

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

#### V. Mitverschulden der K, § 254 BGB

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

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

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

BauGB  
§§ 14, 16

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

BauR

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

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

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

Gegen die Veränderungssperre leitete A am 27.06.2007 einen Normenkontrollantrag ein.

Hat der Normenkontrollantrag Aussicht auf Erfolg?

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

#### A. Zulässigkeit des Antrags

##### I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

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

##### II. richtige Verfahrensart

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

##### III. Zuständiges Gericht

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

#### IV. Beteiligtenfähigkeit

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

#### V. Postulationsfähigkeit, § 67 VwGO

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

#### VI. Antragsbefugnis

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

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

#### VII. Vorverfahren

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

#### VIII. Antragsfrist

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

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

#### B. Begründetheit

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

##### I. Rechtsgrundlage

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

##### II. Formelle Rechtswidrigkeit der Veränderungssperre

###### 1. Zuständigkeit

###### a) Verbandskompetenz

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

###### b) Organkompetenz

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

## 2. Form

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

## 3. Verfahren

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

### III. materielle Rechtswidrigkeit der Veränderungssperre

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

#### 1. Beschlussfassung über Aufstellung eines Bebauungsplanes

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

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

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

#### 2. Notwendigkeit der Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses

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

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

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

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

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

#### 3. Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. Konsequenzen für die Veränderungssperre

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

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

**C. Ergebnis:** Der Normenkontrollantrag ist zulässig und begründet.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 393

### Aufrechnungsverbot gegenseitige unerlaubte Handlung

BGB

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

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

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

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

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

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

BGB  
§ 426 I

### Gesamtschuldnerausgleich Verjährung des Ausgleichsanspruchs

BGB

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BGB  
§ 535

### Mietvorvertrag

BGB

**begründet keinen Mietzinsanspruch des Vermieters**

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

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

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

HGB  
§ 19 II

### Unternehmergesellschaft

HGB

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

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

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

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

StGB

**bedeutender Fremdschaden**

StGB

§ 69 II Nr.3

Wertgrenze: 1.400,00 €

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

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

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

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

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

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

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

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

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

StGB

**Volksverhetzung**

StGB

§ 130 I Nr.2

NPD-Wahlplakat „Polen-Invasion stoppen!“

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

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

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

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

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

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

StGB

**Verbreitung pornografischer Schriften**

StGB

§ 184a Nr.2

Nutzung einer Internet-Tauschbörse

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

Die **bloße Nutzung einer Internet-Tauschbörse lässt keinen Schluss darauf zu, dass der Nutzer weiß oder damit rechnet, dass auch** die von ihm auf seinen Personalcomputer **heruntergeladenen und gespei-**

cherten (hier: gewaltpornographischen) Dateien ohne sein weiteres Zutun **sofort der Tauschgemeinschaft zugänglich sind.**

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

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

StGB  
§ 277

### Fälschung von Gesundheitszeugnissen Vortäuschen einer Beauftragung

StGB

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

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

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

BhV

### Beihilfe

BeamtenR

§ 12 I 2 HS 1, II 1

### Kürzung um Praxisgebühr ist zulässig

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

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

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

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

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

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

„Dieser hergebrachte Grundsatz i.S. des Art. 33 V GG fordert, dass der Dienstherr den amtsangemessenen Lebensunterhalt der Beamten und ihrer Familien auch in besonderen Belastungssituationen wie Krankheit oder Pflegebedürftigkeit sicherstellt. Er muss dafür Sorge tragen, dass **Beamte in diesen Lebenslagen nicht mit erheblichen finanziellen Aufwendungen belastet bleiben, die sie nicht mehr in zumutbarer Weise aus ihrer Alimentation bestreiten können** (st. Rspr., vgl. u.a. BVerfGE 106, 225 = NVwZ 2003, 720 = NJW 2003, 2158; BVerfG NJW 2008, 137 = NVwZ 2008, 66 = DVBI 2007, 1493; BVerwGE 131, 20 = NVwZ 2008, 1129; BVerwGE 131, 234 = NVwZ 2009, 472, jeweils m.w.N.). Dies ist ebenfalls auf der Grundlage des gegenwärtig praktizierten „Mischsystems“ zu beurteilen.

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

JAusBG NRW  
§ 32

### unzulässiges Hilfsmittel ungenutzter Spickzettel

PrüfR

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

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

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

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

AO  
§ 118

### Verwaltungsakt

öffR

#### Beitreibungersuchen an einen EG-Mitgliedstaat

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

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

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

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

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 766

### Herausgabevollstreckung Dritter gegen Mieter Vermieterpfandrecht und Vollstreckungserinnerung

ZPO

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

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

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

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

S und der Vermieter der Betriebsräume der Schuldnerin, in denen sich die Maschine befindet, V, haben beim zuständigen Gericht Erinnerung gegen die Ankündigung des von der Gläubigerin beauftragten Gerichtsvollziehers, den Herausgabebetitel zu vollstrecken, eingelegt. Zur Begründung haben sie sich auf ein Vermieterpfandrecht des weiteren Beteiligten an der Maschine berufen. Sie haben geltend gemacht, der Gerichtsvollzieher müsse das Vermieterpfandrecht im Vollstreckungsverfahren berücksichtigen.

Wird die Erinnerung Erfolg haben?

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

### I. Zulässigkeit der Erinnerung

#### 1. Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung der S

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

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

#### 2. Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung des V

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

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

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

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

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

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

ZPO

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

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

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

Zu Recht?

**I. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung**

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

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

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

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

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

*„Bei **Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem LG** am 15.09.2008 hatte die Verfügungsklägerin daher ein berechtigtes Interesse, einen erneuten Titel im Eilverfahren zu erlangen (vgl. dazu Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 929 ZPO Rn 40). Sie hatte **ab diesem Zeitpunkt keine vollziehbare einstweilige Verfügung mehr** in ihren Händen. Es ist somit rechtlich unerheblich, ob das Senatsurteil dem LG bei der mündlichen Verhandlung bekannt gewesen ist oder nicht.“* (OLG Frankfurt a.M. aaO)

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

## 2. Entgegenstehen materieller Rechtskraft

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

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

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

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

## II. Begründetheit des Antrags auf Erlass der erneuten einstweiligen Verfügung

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

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

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

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

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

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

StPO  
§ 136 I 2

**Belehrungspflicht  
bei Spontanäußerungen des Verdächtigen**  
(BGH in NJW 2009, 3589; Beschluss vom 09.06.2009 – 4 StR 170/09)

StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Zudem ist der Angekl. auch **nicht zu einer Aussage in unzulässiger Weise gedrängt worden**: Weder die StPO noch der verfassungsrechtlich verankerte **Grundsatz eines fairen Verfahrens** verbieten es, eine Vernehmung im Anschluss an eine anfängliche Aussageverweigerung fortzusetzen, solange nicht

mit verbotenen Mitteln auf die Willensfreiheit des zu Vernehmenden und die Durchsetzbarkeit seines Aussageverweigerungsrechts eingewirkt wird (BGHSt 42, 170 = NJW 1996, 2242 = NSTZ 1996, 452).

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

VwGO  
§ 80 V

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

VwGO

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

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

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

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

### I. formelle Voraussetzungen einer Anordnung der sofortigen Vollziehung

#### 1. Zuständigkeit

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

#### 2. Form

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

#### 3. Verfahren

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

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

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

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

## II. materielle Voraussetzungen

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

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

### 1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

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

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

#### a) Ermächtigungsgrundlage

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

#### b) formelle Rechtmäßigkeit

Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verfügungen bestehen nicht.

#### c) materielle Rechtmäßigkeit

Die Auflage müsste zum Schutz der Gäste erforderlich sein.

##### aa) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

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

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

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

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

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

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

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

#### bb) Verhältnismäßigkeit

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

„Ausweislich der Bestätigung für die Geeignetheit des Aufstellungsortes nach § 33 c III GewO sind in diesem Raum 12 Geldspielgeräte ausgestellt. In dem größeren Raum von ca. 120 m<sup>2</sup> befinden sich Billardtische, Dartspiele sowie zwei Internetplätze. Es **fehlt** aber in dem **größeren Raum** an einer **größeren Anzahl von Spielgeräten** mit Geldgewinnmöglichkeiten.

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

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

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

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

## 2. Interessenabwägung

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

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

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung war daher rechtmäßig.

## 3. Umfang der Anordnung der sofortigen Vollziehung

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

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

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

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

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

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

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

VwGO  
§ 113 I 1

**Maßgebliche Sach- und Rechtslage**  
**Ermessenausübung bei Aufenthaltsbeendigung**

VwGO

(OVG Bautzen in NJW 2009, 3385 = BeckRS 2009, 35905.;  
Beschluss vom 11.06.2009 - 5 A 254/08)

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

**Fall:** Der 1952 geborene Kläger stammt aus dem früheren Jugoslawien. Er reiste am 11.10.1991 als Asylbewerber in die Bundesrepublik Deutschland ein. Aufgrund eines Urteils des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 21.04.1995 wurde er mit Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 13.06.1995 als Asylberechtigter anerkannt; zugleich wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen des § 51 I AuslG vorliegen. Er erhielt daraufhin am 28.08.1995 eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis, die nach § 101 AufenthG als Niederlassungserlaubnis weitergalt.

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

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

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

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

Ist die Klage begründet?

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

**I. Ermächtigungsgrundlage**

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

**II. formelle Rechtmäßigkeit**

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

**III. materielle Rechtmäßigkeit**

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

## 1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

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

## 2. Ermessen

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

### a) maßgebliche Sach- und Rechtslage

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

*„Der Senat geht in **Fortentwicklung** der jüngsten zu Ausweisungsverfügungen ergangenen **Rechtsprechung des BVerwG** (NVwZ 2008, 434 = InfAuslR 2008, 156) sowie im Anschluss an die eigene Rechtsprechung (vgl. InfAuslR 2008, 353 = BeckRS 2008, 36222, zur mit der Ausweisungsverfügung verbundenen Abschiebungsandrohung) nunmehr davon aus, dass bei allen die **Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendenden Verfügungen**, wie einer nachträglichen Befristung (vgl. § 7 II 2 AufenthG), einem Widerruf (vgl. § 52 AufenthG) oder einer Rücknahme (vgl. § 48 BadWürttVwVfG) eines Aufenthaltstitels für die **Feststellung der maßgeblichen Sach- und Rechtslage auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz** abzustellen ist und nicht mehr auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (vgl. noch VGH Mannheim, EzAR 214 Nr. 5; VGH Mannheim, VBIBW 2006, 442 = BeckRS 2006, 25162).“* (VGH Mannheim aaO)

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

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

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

### b) Subsumtion

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

#### aa) Befristung als milderer Mittel

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

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

*§ 7 II 2 AufenthG gebietet nicht anders als die Ermessensausweisung eine umfassende Ermessensausübung, bei der insbesondere Art. 6 GG, Art. 8 EMRK und die rechtsstaat-*

lichen Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit zu beachten sind (vgl. noch zu § 12 II 2 AuslG 1990 BVerwG, Buchholz 402.240 § 12 AuslG 1990 Nr. 8 = NVwZ-RR 1997, 9).

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

## bb) Umfang des Ermessens

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

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

## cc) Interessenabwägung

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

### (1) öffentliches Interesse

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

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

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

### (2) privates Interesse

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

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

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

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

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

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

„**Gelingt diese Integration nicht**, was insbesondere durch Begehung von Straftaten oder den regelmäßigen Bezug öffentlicher Mittel i.S. des § 2 III AufenthG belegt sein kann, indiziert dies ein erhebliches öffentliches Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung, ohne dass der Ausländer sich insofern - gemäß dem oben erwähnten

*Verbot der schematischen Anwendung von Anforderungen aus anderen Gesetzkapiteln - schematisch auf die Vergünstigungen besonderen Ausweisungsschutzes nach § 56 AufenthG berufen kann.*

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

### **(3) Abwägung**

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

## **IV. Ergebnis: Die Klage ist unbegründet.**



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

ZPO

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

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

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

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

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

ZPO

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

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

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

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

ZPO  
§ 574 I**Insolvenzrechtsbeschwerde**  
Rechtsmittelzug

ZPO

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

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

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

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

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

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

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

StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

StPO

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

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

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

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

StPO  
§ 345 II**Unterschrift**  
**unzulässige Vertretung**

StPO

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

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

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

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

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

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

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

StPO

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

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

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

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

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

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

VwGO

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

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

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

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

VwGO

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

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

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

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

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

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

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

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

RVG  
§ 15a

#### Anwendbarkeit des § 15a RVG Altfälle

RVG

(OLG Düsseldorf in NJOZ 2009, 4573; Beschluss vom 06.08.2009 – 20 W 62/09;  
OLG Hamm in NJOZ 2009, 4578; Beschluss vom 22.06.2009 – 6 WF 154/09;  
OLG Frankfurt a.M. in NJOZ 2009, 4577; Beschluss vom 10.08.2009 – 12 W 91/09;  
KG in NJOZ 2009, 4593; Beschluss vom 13.08.2009 – 2 W 128/0)

Die **Vorschrift des § 15a RVG** ist nach § 60 I 1 RVG auf Sachverhalte **nicht anwendbar**, bei denen der unbedingte **Auftrag vor Inkrafttreten der Neuregelung erteilt worden** ist. Für sog. „Altfälle“ gilt die Neuregelung daher nicht.

„Nach **§ 60 I RVG** kommt es auf das **bisherige Recht an, wenn der unbedingte Auftrag vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung erteilt worden** ist (LAG Hessen NZA-RR 2009, 608; NJW-Spezial 2009, 459), was hier der Fall ist.

Eine **andere Auslegung** der Anrechnungsvorschrift **lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass der Gesetzgeber durch die Einführung der Regelung des § 15a RVG lediglich klarstellen wollte, was nach seiner Auffassung schon immer der Regelungsgehalt der Anrechnungsvorschrift war** (so aber wohl AG Wesel NJW-Spezial 2009, 459).

Nach **überwiegender Rechtsmeinung** kommt es bei der Auslegung von Gesetzen grds. nicht auf den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers an, sondern maßgeblich ist der im Gesetzeswortlaut **objektivierte Wille des Gesetzgebers** (BVerfGE 1, 299 = NJW 1952, 737; sog. objektive Theorie, Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., vor § 1 Einleitung 40 m. zahlr.w.Nachw.). Wie bereits dargelegt, stützt sich die hier vertretene Sichtweise der Anrechnungsvorschrift in erster Linie auf deren **klaren Wortlaut**. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die **Gesetzesbegründung zum Kostenmodernisierungsgesetz** (BT-Dr 15/1971, S. 209) noch nicht einmal ansatzweise erkennen lässt, dass der Gesetzgeber sich überhaupt mit diesen Praxisdetails beschäftigt hat (vergleiche hierzu ausführlich: BGH NJW 2008, 1323). Die Auffassung, die Neuregelung habe nur klarstellende Funktion, lässt sich aber auch nicht mit der Begründung des Gesetzentwurfes rechtfertigen. Als Begründung für die Gesetzesänderung wird ausdrücklich nur das Verständnis des BGH von der Anrechnungsvorschrift benannt, das zu unbefriedigenden Ergebnissen führe. Die Anrechnung auf die Verfahrensgebühr bewirke, dass eine kostenbewusste Partei die außergerichtliche Einschaltung eines Rechtsanwalts ablehnen und ihm stattdessen sofort Prozessauftrag erteilen müsste. Auch werde das Kostenfestsetzungsverfahren wegen der Anrechnung von Rahmengebühren mit einer materiell-rechtlichen Prüfung belastet. Beides laufe unmittelbar der Absicht zuwider, die der Gesetzgeber mit dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz verfolgt habe (BT-Dr 16/12717 vom 22.04.2009, S. 67f.). Damit nimmt der Gesetzgeber aber selbst nicht in Anspruch, dass der mit der Gesetzesänderung eingetretene Regelungsgehalt bereits in der bisherigen Fassung der Anrechnungsvorschrift enthalten gewesen sei.“ (KG aaO)

RVG  
§§ 45, 48

#### Beschränkung des anwaltl. Vergütungsanspruchs Wechsel des beigeordneten PKH-Anwalts

RVG

(OLG Schleswig in NJW-RR 2009, 1517; Beschluss vom 18.02.2009 – 8 WF 27/09)

Wird der **Vergütungsanspruch** eines nach § 121 I ZPO **beigeordneten Rechtsanwalts ohne dessen Einverständnis beschränkt**, so ist auf die Beschwerde des Rechtsanwalts die **Beschränkung aufzuheben**. Eine **Aufhebung auch der Beordnung scheitert am Verbot der Schlechterstellung** des Beschwerdeführers.

- I. Erfolgt die Beordnung eines Rechtsanwalts mit der Einschränkung, dass er sich die an den vorangehend beigeordneten Rechtsanwalt gezahlte Vergütung anrechnen lassen muss und hat sich der Rechtsanwalt mit dieser Einschränkung nicht einverstanden erklärt, so **kollidiert die Beschränkung mit den Vorschriften der §§ 45 I, 48 I RVG**, denen zufolge sich der Vergütungsanspruch des beigeordneten Rechtsanwalts bemisst nach den gesetzlichen Bestimmungen und dem von der Beordnung umfassten Streitgegenstand.

„Eine Handhabe, den Gebührenanfall zu beschränken aus Gründen, die das RVG nicht nennt, besteht nicht (allgemeine Ansicht, z.B. OLG Hamm FamRZ 2006, 1551; OLG Köln NJOZ 2003, 2291 = FamRZ 2004, 123; OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 632; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 121 Rn 27; Musielak/Fischer, ZPO, 6. Aufl., § 121 Rn 25; MüKo-ZPO/Motzer, 3. Aufl., § 121 Rn 24; Zöller/Philippi, § 121 Rn 35).“ (OLG Schleswig aaO)

- II. **Umstritten** ist allerdings, **welche Rechtswirkung sich aus einer Beordnung, verbunden mit einer vergütungsrechtlichen Beschränkung ohne anwaltliches Einverständnis** ergibt: Während die überwiegende Ansicht dahin geht, es entfalle lediglich die unzulässige Beschränkung, die Beordnung bleibe

also unbeschränkt bestehen (so die vorstehend Zitierten), ist nach anderer Auffassung die Beiordnung insgesamt unwirksam (OLG Karlsruhe NJOZ 2007, 4649 = FamRZ 2007, 645).

*„Dem unmissverständlich zu Tage tretenden Willen des FamG, eine weitere Beiordnung nur auf eine Weise vorzunehmen, die der Landeskasse keine Mehrkosten aufbürdet, kann nicht durch die Annahme einer Gesamtnunwirksamkeit von Beiordnung und Beschränkung zum Durchbruch verholfen werden, denn die Beschränkung ist nicht rechtslogische Voraussetzung der Beiordnung, die dann mit der Wirksamkeit der Beschränkung stünde oder fiel, sondern bloße Motivation für einen konstitutiven Akt, den seine Rechtswidrigkeit nicht zu einem Nullum macht und dem die begünstigende Wirkung nicht deshalb fehlt, weil die Beiordnung bei anderem Verfahrensgang – nämlich einer Anfrage beim beizuordnenden Rechtsanwalt und dessen Weigerung, das Einverständnis mit einer Beschränkung zu erklären – unterblieben wäre. Die erworbene Rechtsposition darf dem Bf. wegen des Verbots einer reformatio in peius nicht genommen werden (ebenso OLG Hamm FamRZ 2006, 1551) und wäre i. Ü. selbst auf eine Beschwerde der Landeskasse nicht aufzuheben, weil eine sofortige Beschwerde der Landeskasse nur stattfindet, wenn weder Monatsraten noch aus dem Vermögen zu zahlende Beträge festgesetzt worden sind und nur darauf gestützt werden kann, dass die Partei nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen Zahlungen zu leisten hat (§ 127 III 1 ZPO); die Beiordnung eines Rechtsanwalts oder die Modifikation derselben können bei dieser eingeschränkten Beschwerdeberechtigung nicht durch die Landeskasse zur Überprüfung gestellt werden.“ (OLG Braunschweig aaO)*

VV RVG  
Nr. 1008

### Erhöhungsgebühr bei Vertretung einer BGB-Gesellschaft

RVG

(LG Braunschweig in NJOZ 2009, 4605; Beschluss vom 24.09.2009 – 22 O 228/09)

Eine **BGB-Gesellschaft** ist jedenfalls dann als **nur ein Auftraggeber** anzusehen, wenn die BGB-Gesellschaft **nach außen hin als eine Gesamtheit auftritt**. Bei der Vertretung einer GbR fällt dementsprechend **keine Erhöhungsgebühr nach Nr. 1008 VV RVG** an.

- I. Nach der **neueren Rspr. des BGH** (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056) ist die **GbR parteifähig** und damit **im Ergebnis der OHG stark angenähert** (Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 705 Rn 24).

*„Es besteht daher im Hinblick auf Nr. 1008 VV RVG kein Anlass, den Rechtsanwalt einer BGB-Gesellschaft allein wegen der Anzahl der Gesellschafter der BGB-Gesellschaft anders zu behandeln.“ (LG Braunschweig aaO)*

- II. Eine **andere Ansicht lässt sich auch aus der Neuregelung der Nr. 1008 VV-RVG** als Nachfolgevorschrift von § 6 I 2 BRAGO **nicht rechtfertigen**.

*„Allein die Wortwahl „Auftraggeber sind in derselben Angelegenheiten mehrere Personen“ zu dem Wortlaut des § 6 I 2 BRAGO „so erhöhen sich die Geschäftsgebühr durch jeden Auftraggeber um drei Zehntel“ lässt nicht erkennen, dass trotz der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft und ihrer Nähe zur OHG für die Anwendung von Nr. 1008 VV RVG nunmehr die Anzahl der hinter der BGB-Gesellschaft stehenden Personen maßgeblich sein sollte (so auch Hartmann, Kostengesetze, 38. Aufl., 1008 VV-RVG Rn 1; OLG Karlsruhe MDR 2008, 408; OLG Köln JurBüro 2006, 248).*

*Es verbleibt daher bei der bereits zu § 6 BRAGO ergangenen Rspr., wonach eine BGB-Gesellschaft jedenfalls dann als nur ein Auftraggeber anzusehen ist, wenn die BGB-Gesellschaft nach außen hin als eine Gesamtheit auftritt (so OLG Hamburg NJOZ 2001, 1724 = MDR 2001, 773; OLG Karlsruhe NJW 2001, 2336 = MDR 2001, 1072; OLG Hamm NJOZ 2002, 1902 = NJW-RR 2002, 1219 = MDR 2002, 721 - sogar unabhängig von der neueren Rspr. zur Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft; insoweit anders OLG Zweibrücken OLG-Report 2005, 418, wonach für Fälle vor der Entscheidung BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056, auf die Anzahl der Gesellschafter abzustellen sein soll). Anderes gilt nur, wenn lediglich einzelne Gesellschafter der BGB-Gesellschaft Auftraggeber sind (s. dazu BGH NJW 2002, 2958 = NZM 2002, 794).“ (LG Braunschweig aaO)*

- III. Auch der Hinweis darauf, dass bei Tätigwerden im Auftrag einer GbR ein **erhöhtes Haftungsrisiko** bestehen kann, **führt nicht zur Annahme der Erhöhungsgebühr**, da insoweit **kein Unterschied zu der früheren Vorschrift des § 6 I 1 BRAGO** besteht.

*„Bereits dort bezweckte die Vorschrift im Interesse der Gerechtigkeit eine möglichst differenzierte Vergütung von Mehrarbeit, erhöhter Verantwortung und erhöhter Haftungsgefahr (Hartmann, Kostengesetze, 32. Aufl., § 6 Rn 2). Es ist nicht ersichtlich, warum die neue Vorschrift der Nr. 1008 VV RVG nunmehr einem „erhöhten Haftungsrisiko“ auch dann Rechnung tragen sollte, wenn nur ein Auftraggeber vorhanden ist.“ (LG Braunschweig aaO)*

VV RVG  
Nr. 3500

### Verfahrensgebühr Beschwerdeverfahren nach § 15 II BNotO

RVG

(KG in NJOZ 2009, 4596; Beschluss vom 10.07.2009 – 1 W 93/09)

Für das **Beschwerdeverfahren vor dem LG nach § 15 II BNotO** steht dem anwaltlichen Vertreter eines Beteiligten die **Verfahrensgebühr nach Nr. 3500 VV RVG** zu; eine **Anrechnung der im Verfahren vor dem Notar entstandenen Geschäftsgebühr** findet nicht statt.

- I. **Für das Verfahren bei „Beschwerden“ nach § 15 II BNotO** (wie auch nach § 54 BeurkG) **gelten die Vorschriften des FGG über das Beschwerdeverfahren, §§ 19ff. FGG**. Der Notar nimmt dabei die Stellung ein, die sonst im Beschwerdeverfahren das erstinstanzliche Gericht hat, dessen Entscheidung vom BeschwGer. überprüft wird.

OLG Hamm DNotZ 1989, 648; vgl. auch Schippel/Bracker, BNotO, 8. Aufl., § 15 Rn 78; Haug DNotZ 1992, 18; KG DNotZ 1971, 494

- II. Die **Verfahrensgebühr** für das Beschwerdeverfahren **bestimmt sich nach Teil 3, Abschnitt 5 VV RVG**, hier also nach Nr. 3500; sie beträgt daher 0,5.

*„Ausgenommen sind nach Vorb. 3.5 die in Vorb. 3.1 II und Vorb. 3.2.1 genannten Verfahren. Durch Vorb. 3.1 II wird das Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 1065 ZPO den in Teil 3 Abschnitt 1 geregelten Verfahren des ersten Rechtszugs zugeordnet. In Vorb. 3.2.1 werden „bestimmte Beschwerden enumerativ aufgeführt, die in Teil 3 Abschn. 2, Unterabschnitt 1 den Berufungen gleichgestellt sind. Die Notarbeschwerden nach § 15 II BNotO, § 54 BeurkG gehören nicht hierzu.“ (KG aaO)*

- III. Allerdings hat das **OLG Köln** (AGS 2008, 543 = DNotZ 2009, 396) die Auffassung vertreten, dass die Aufzählung der Beschwerdeverfahren, für die die Gebühren wie bei einem Berufungsverfahren festzusetzen sind, in Vorb. 3.2.1 nicht abschließend und diese Regelung deshalb entsprechend auf das Beschwerdeverfahren in Notarsachen anzuwenden ist (ebenso Schippel/Bracker, § 111 Rn 58).

Das OLG Köln beruft sich dabei auf die Motive zu Vorb. 3.2.1 I Nr. 2 (BT-Dr 15/1171, S. 213; Gerold/Schmidt, RVG, 18. Aufl., VV Vorb. 3.2.1 Rn 1), wonach der Gesetzgeber eine einheitliche Handhabung erreichen wollte „in allen Beschwerderechtszügen in der Hauptsache eines streitigen Verfahrens, die mit dem Berufungsverfahren vergleichbar sind, auch wenn sich dieses nach den Vorschriften des FGG richtet“.

*„Für das Beschwerdeverfahren vor dem BGH nach § 111 IV BNotO, § 42 IV bis VI BRAO trifft dies zu, da auch das erstinstanzliche Beschlussverfahren des § 111 BNotO, §§ 40, 41 BRAO im Wesentlichen einem Urteilsverfahren entspricht (Schippel/Bracker, § 111 Rn 58).*

*Hingegen geht dem Beschwerdeverfahren vor dem LG nach § 15 II BNotO kein Streitiges Verfahren mit einer „den Rechtszug beendenden Entscheidung“ des Notars voraus, wie die Vorb. 3.2.1 dies für die in Abs. Nr. 2 aufgeführten Beschwerdeverfahren nach dem FGG erfordert. Eine entsprechende Anwendung kommt daher nicht in Betracht.“ (KG aaO)*

- IV. Für die **Notarkostenbeschwerde** nach § 156 KostO hat das **LG Berlin** (AGS 2006, 484) entschieden, dass dem Verfahrensbevollmächtigten die Gebühren nach Nr. 3100ff. VV-RVG und nicht nach Nr. 3500ff. entstehen; denn dieses Verfahren sei kostenrechtlich als erstinstanzliches Verfahren zu behandeln.

*„Ob dem zu folgen ist, bedarf hier keiner Entscheidung: Die Notarkostenbeschwerde ist in § 156 KostO zwar als Beschwerde gegen die Kostenberechnung des Notars (§ 154 KostO) ausgestaltet, unterscheidet sich insoweit aber nicht von der Beschwerde gegen den gerichtlichen Kostenansatz nach § 14 III KostO. Das legt es nahe, die Gebühr nach Nr. 3500 VV-RVG zu bestimmen, zumal auch das erstinstanzliche Verfahren der Erinnerung unter diese Bestimmung fällt. Andererseits hat der Gesetzgeber der Eigenart des gegen die Notarkostenberechnung gerichteten Rechtsbehelfs inzwischen dadurch Rechnung getragen, dass er diesen in § 156 KostO in der ab 01.09.2009 geltenden Fassung (abgedr. bei Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl.) nunmehr als Antrag auf gerichtliche Entscheidung ausgestaltet hat, für den zweifellos die Verfahrensgebühr des 1. Rechtszuges nach Nr. 3100ff. VV-RVG anfällt.“ (KG aaO)*

- V. Ein **kostenrechtlicher Begriff des ersten Rechtszuges**, dem die Notarbeschwerden nach § 15 BNotO, § 54 BeurkG trotz ihrer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung als Beschwerden nach §§ 19ff. FGG zuzuordnen wären, **ist dem RVG nicht zu entnehmen**.

*„Richtig ist, dass in Teil 3 VV RVG für die gerichtlichen Verfahren - auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, anders als nach Abschnitt 3 der BRAGO - für alle Verfahren des 1. Rechtszuges durch die Auffangregelung in Vorb. 3.1 I zu Abschnitt 1 eine einheitliche und umfassende Regelung getroffen wurde. Ein Begriff des 1. Rechtszuges, der auch ein verfahrensrechtlich in 2. Instanz geführtes Verfahren umfassen würde, lässt sich daraus aber nicht entwickeln. Insbesondere kann nicht darauf abgestellt werden, die in Abschnitt 5 geregelten Beschwerden setzten notwendig voraus, dass zuvor in 1. Instanz ein dem 1. Abschnitt unterfallendes gerichtliches Verfahren geführt wurde. Das wäre eine petitio principii. Es lässt sich, auch in kostenrechtlicher Betrachtung, kein zwingender Grund dafür angeben, das vom Gesetzgeber vorausgesetzte „Verfahren“ der 1. Instanz vor dem Notar müsse außer Betracht bleiben und der erste Rechtszug mit der beim LG einzulegenden Beschwerde beginnen.*

*Das LG Berlin weist darauf hin, dass für das Notarkostenbeschwerdeverfahren eine gebührenrechtliche Verschlechterung eintreten würde, wenn lediglich die 0,5-Gebühr nach Nr. 3500 VV RVG anfiel, was der Mindestgebühr einer früher anzusetzenden Geschäftsgebühr nach § 118 BRAGO entspricht. Dass demgegenüber die Vergütung durch eine erstinstanzliche Verfahrensgebühr nach Nr. 3100ff. VV-RVG - wie jedenfalls auf Grund der Neufassung des § 156 BNotO - sachgerecht erscheint, beruht darauf, dass der Erteilung der Notarkostenberechnung nach § 154 KostO, gegen die sich die nach § 156 zu erhebenden Einwendungen des Kostenschuldners richten, ein erstinstanzliches die Kostenberechnung betreffendes „Verfahren“ nicht vorausgeht.*

*Anders ist es aber bei der Beschwerde nach § 15 II BNotO, die sich gegen die Verweigerung der notariellen Amtstätigkeit richtet und ein auf Vornahme dieser Tätigkeit gerichtetes erstinstanzliches Ansuchen an den Notar voraussetzt: Für die anwaltliche Vertretung des Bet. entsteht dabei zwar keine Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG, wohl aber eine gleichwertige Geschäftsgebühr nach Nr. 2300, an die sich die Vergütung für die Vertretung im anschließenden Beschwerdeverfahren anschließt. Eine Verschlechterung gegenüber der nach § 118 BRAGO bemessenen Vergütung ist nicht ersichtlich. Sie folgt auch nicht aus der Anrechnungsvorschrift nach Vorb. 3 (4) VV-RVG, deren Anwendung dazu führen würde, dass die 0,5 Verfahrensgebühr nach Nr. 3500 VV RVG bei Anrechnung einer hälftigen Geschäftsgebühr von 0,65 völlig aufgezehrt würde, während beim Ansatz der 1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG bzw. der ermäßigten 0,8 Gebühr nach Nr. 3101 VV RVG nach der Anrechnung immerhin noch ein Restbetrag von 0,65 bzw. 0,15 verbliebe.*

*Eine solche Anrechnung findet beim Ansatz der Verfahrensgebühr nach Nr. 3500 VV RVG nämlich nicht statt: Dies ergibt sich aus § 15 II 2 RVG, wonach die Gebühren in jedem Rechtszug ohne Anrechnung aufeinander entstehen. Beginnt das gerichtliche Verfahren nach der gesetzlichen Regelung hier in der 2. Instanz, so sind die Gebühren*

der ersten, außergerichtlichen Instanz zwar nach Nr. 2300 VV RVG zu bestimmen, aber nicht nach Vorb. 3 (4) auf die Verfahrensgebühr der Rechtsmittelinstanz anzurechnen.“ (KG aaO)

GKG  
§§ 63 ff.

### Verbot der „reformatio in peius“ gilt nicht im Streitwertrecht

GKG

(OLG Düsseldorf in OLGR 2009, 745; Beschluss vom 19.05.2009 – I-24 W 13/09)

Der im Zivilprozessrecht sonst fast ausnahmslos geltende **Grundsatz des Verbots der „reformatio in peius“ gilt im Streitwertrecht grds. nicht.**

„Das beruht darauf, dass das **Streitwertfestsetzungsverfahren im überwiegenden öffentlichen Interesse an einer jederzeit objektiv richtigen Bewertung der Verfahrensgegenstände gem. §§ 63 ff GKG als amtliches Verfahren ausgestaltet ist** (vgl. BGH NJW 2004, 3488). Die (Rechtsmittel-) Gerichte sind gem. § 61 GKG nicht an die Schätzangaben der Parteien zum Wert gebunden und gem. § 63 III 1 GKG befugt, in den zeitlichen Grenzen des S. 2 dieser Bestimmung den Streitwert jederzeit von Amts wegen festzusetzen und abzuändern. Die divergierenden und ohnehin je nach Parteilinie wechselnden privaten Interessen der Prozessbeteiligten, die Rechtsverfolgung für sich möglichst kostengünstig, für den Gegner aber möglichst kostspielig zu gestalten, sind nicht schutzwürdig und treten hier vollständig zurück.“ (OLG Düsseldorf aaO)

ZPO  
§ 522 II

### Anschlussberufung Kosten nach Berufungszurückweisung

ZPO

(OLG Stuttgart in NJW-RR 2009, 863; Beschluss vom 23.03.2009 – 12 U 220/08)

Im Falle der **Zurückweisung einer Berufung nach § 522 II ZPO muss der Anschlussberufungskläger die Kosten des Berufungsverfahrens anteilig tragen.**

- I. Die **Frage**, wer im Falle einer Zurückweisung der Berufung nach § 522 II ZPO die Kosten der Anschlussberufung zu tragen hat, **ist höchstrichterlich nicht geklärt** (offen lassend etwa BGH NJW-RR 2006, 1147 = FamRZ 2006, 619).

Die wohl **überwiegende Meinung** geht davon aus, dass der Anschlussberufungsführer die Kosten des Berufungsverfahrens anteilig zu tragen hat.

so etwa KG MDR 2008, 1062; OLG Naumburg VersR 2005, 1601; OLG Celle MDR 2005, 1017; OLG Koblenz OLGR 2005, 419; OLG München OLGR 2004, 456; OLG Dresden MDR 2004, 1386; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2005, 80; Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl., § 524 Rn 44; Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 524 Rn 31a

a.A.: OLG Bremen NJOZ 2008, 5072 = MDR 2008, 1306; OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2006, 4236 = OLGR 2006, 1095; OLG Dresden NJOZ 2006, 213 = BauR 2006, 1791; OLG Celle NJOZ 2004, 797 = MDR 2004, 592

- II. Dieser Auffassung **schließt sich OLG Stuttgart aaO an.**

„Es entspricht einem **kostenrechtlichen Grundprinzip**, dass der Unterliegende die Kosten eines erfolglos gebliebenen Angriffsmittels zu tragen hat, die kostenmäßigen Folgen seines Rechtsschutzbegehrens also insoweit durch Erfolg bzw. Misserfolg bestimmt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Rechtshandlung nach sachlicher Prüfung ohne Erfolg bleibt oder ob es zu einer Sachprüfung deswegen nicht kommt, weil die Rechtshandlung aus verfahrensrechtlichen Gründen unzulässig ist (BGH NJW 1981, 1790). Unter diesem kostenrechtlichen Blickwinkel ist auch die Anschlussberufung ein Angriffsmittel (für die Anschlussrevision BGH NJW 1981, 1790), der im Falle der Entscheidung nach § 522 II ZPO der Erfolg versagt bleibt.“

Die **Kostentragungspflicht des Anschlussberufungskl.** ist auch **nicht unbillig**: Der Berufungsbekl. weiß von vornherein, dass eine Anschlussberufung nur Erfolg haben kann, wenn es nicht zu einer Entscheidung nach § 522 II ZPO kommt. Das Risiko, dass die Anschlussberufung ihre Wirkung verliert, kann vermieden werden, indem abgewartet wird, ob das BerGer. einen Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt und somit nicht den Weg nach § 522 II ZPO beschreitet. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Gegenauffassung letztlich zu Missbräuchen führen kann: So könnte ein Berufungsbekl., nachdem der Berufungskl. auf die Aussichtslosigkeit der Berufung durch das BerGer. hingewiesen wurde, allein deshalb Anschlussberufung einlegen, um den Berufungskl. mit weiteren Kosten zu belasten.“ (OLG Stuttgart aaO).

## Aus der Praxis

**BRAO**  
§ 14 II Nr. 5

**Rechtsanwaltszulassung**  
**Lebenszeitbeamter**

RA/Nt

(BGH in DB 2009, 1873; Beschluss vom 06.07.2009 – AnwZ (B) 52/08)

Der **Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft** nach § 14 II Nr. 5 BRAO **wegen Ernennung zum (Fach-) Hochschulprofessor** unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit **verstößt weder gegen die Eigentumsgarantie** (Art. 14 GG, Art. 1 ZP 1 EMRK) **noch gegen die Berufsfreiheit** (Art. 12 GG).

- I. Nach **§ 14 II Nr. 5 BRAO** ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu widerrufen, wenn der **Rechtsanwalt zum Beamten auf Lebenszeit ernannt wird und nicht auf die Rechte aus der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft verzichtet**.

Nach **st. Rspr. des Senats** zwingt § 14 II Nr. 5 BRAO auch dann zu einem Widerruf, wenn dem Rechtsanwalt bei der Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit das Amt eines Hochschullehrers übertragen wird.

*„Der Gesetzgeber stellt in § 14 II Nr. 5 BRAO aus Gründen der **Klarheit und Rechtssicherheit** auf den Status als Beamter oder Richter auf Lebenszeit oder als Berufssoldat ab und nicht auf das dem Rechtsanwalt dabei übertragene Amt und seine inhaltliche Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit dem Beruf des Rechtsanwalts (BGHZ 92, 1; BGH NJW-RR 1995, 888; BGH BRAK-Mitt. 1995, 214; BGH NJW-RR 2000, 438; vgl. auch BGH NJW-RR 1998, 1440).“* (BGH aaO)

- II. Gegen die dem Widerruf zugrunde liegende Vorschrift des § 14 II Nr. 5 BRAO als solche und gegen ihre Anwendung auf Rechtsanwälte, die zum Universitäts- oder Fachhochschulprofessor oder (Fach-) Hochschulassistenten ernannt werden, sind nach st. Rspr. des Senats **verfassungsrechtliche Bedenken nicht zu erheben**.

BGHZ 71, 23 und 92, 1; BGH BRAK-Mitt 1991, 165; BGH NJW-RR 1995, 888; BGH BRAK-Mitt. 1995, 214; BGH BGHR 2001, 748, 750; BGH MittdschPatAnw 2002, 382

Diese **Rspr. hat das BVerfG bestätigt**.

BVerfG JZ 1984, 1042; BVerfG NJW 2007, 2317; vgl. auch BVerfG NJW 1988, 2535

Sie steht auch mit dem **europäischen Gemeinschaftsrecht** und Art. 14 EMRK und Art. 1 ZP 1 EMRK in Einklang.

BGH NJW-RR 2000, 438; EGMR NJW 2007, 3049

- III. Nach **BGH aaO** besteht kein Anlass, von dieser Rspr. abzuweichen.

1. In der Lit. wird gegen die BGH-Rspr. teilweise eingewendet, dass die **Aufgabe eines Hochschullehrers inhaltlich mit dem Beruf des Rechtsanwalts vereinbar** sei: Hochschullehrern, so wird geltend gemacht, komme die in Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtlich garantierte Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre zu. Sie könnten deshalb nicht mit den für andere Beamten geltenden Maßstäben gemessen werden. Sie übten ihren Beruf in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit aus, seien weisungsfrei und an Dienstzeiten nicht gebunden.

Kleine-Cosack, BRAO, 5. Aufl., § 7 Rn 95 f.; Bender NJW 1986, 409; Michalski/Römermann MDR 1996, 433; Gruber MDR 1997, 18; Haller DÖD 1998, 59; Nachbaur, Festschrift Gülzow [1999] S. 93, 99; a. M. Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 14 Rn 52; Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., § 7 Rn 126

*„Dieser **Einwand verfehlt das eigentliche Anliegen des Widerrufsgrunds** nach § 14 II Nr. 5 BRAO: Das zeigt sich schon darin, dass eine vergleichbare Rechtsstellung nicht nur Hochschullehrern, sondern auch anderen Beamtengruppen, wie etwa den Mitgliedern der Rechnungshöfe oder den Beamten der Bundesstelle für Seefalluntersuchung nach § 12 II und III SUG, und insbesondere den Richtern zukommt.“* (BGH aaO).

2. Außerdem ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei der Berufung in ein Beamten- oder Richter- verhältnis auf Lebenszeit oder in ein Dienstverhältnis als Berufssoldat nicht wegen der inhaltlichen Ausrichtung der konkreten Aufgabe zu widerrufen, die dem Rechtsanwalt in seinem Dienstverhältnis übertragen ist; ihren Grund hat die Regelung vielmehr in der **Unvereinbarkeit der Rechtsstellung eines Beamten oder Richters auf Lebenszeit oder eines Berufssoldaten mit der Stellung als Rechtsanwalt**.

*„Das Berufsbild des Rechtsanwalts ist nach § 1 BRAO entsprechend dem **Leitbild der freien Advokatur** durch die **äußere und innere Unabhängigkeit des Rechtsanwalts** vom Staat geprägt (BVerfG NJW 2007, 2317). Demgegenüber stehen **Beamte und Richter auf Lebenszeit und Berufssoldaten** in einem **öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zum Staat**, das ihnen **besondere Pflichten** auferlegt. Diese **enge Bindung** kommt insbesondere in der Verpflichtung zu vollem persönlichen Einsatz (§§ 34 BeamtStG, 61 BBG) für den Staat, den Dienstherrn und seine öffentlichen Aufgaben (§§ 33 BeamtStG, 61 BBG) und im Nebentätigkeitsrecht zum Ausdruck. Die Übernahme und der Umfang anderer Tätigkeiten sind grds. von der Genehmigung des Dienstherrn abhängig. Eine derartige Bindung an den Dienstherrn **steht nicht in Einklang mit der Stellung eines Rechtsanwalts**, was der Senat in st. Rspr. zum Ausdruck gebracht hat (BGHZ 71, 23 und 92, 1; BGH BRAK-Mitt. 1991, 165 und BRAK-Mitt. 1995, 214; BGH BGHR 2001, 748). Ist allein entscheidend die Rechtsstellung als Lebenszeitbeamter als solche, so unterscheidet sich ein verbeamteter Hochschullehrer nicht von anderen Beam-*

ten (AGH München BRAK-Mitt. 2001, 239). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, dass die Hochschule selbst Wissenschaftsfreiheit genießt (Art. 5 III GG). Sie ist, anders als z.B. die Kirchen (BVerfG NJW 2007, 2317), Teil der mittelbaren Staatsverwaltung.“ (BGH aaO)

3. Dem Widerruf der Zulassung nach § 14 II Nr. 5 BRAO steht auch nicht entgegen, dass der Betroffene nach dem Widerruf seiner Zulassung zur Rechtsanwaltschaft keine Erfahrung in der anwaltlichen Praxis mehr sammeln könnte.

„Ob es darauf ankommt, kann offen bleiben. Jedenfalls könnte der Ast. im Rahmen seiner Hochschullehrertätigkeit eine für seine Forschung und Lehre inhaltlich gleichwertige praktische Erfahrung durch die Nutzung der Vertretungsmöglichkeiten nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz sammeln (AGH München BRAK-Mitt. 2001, 239). Er hat ferner die Möglichkeit, seine Stellung als Beamter auf Lebenszeit aufzugeben und seine Hochschullehrertätigkeit als Lehrbeauftragter oder Honorarprofessor oder im Angestelltenverhältnis fortzusetzen (zu diesem Gesichtspunkt: BGH MitttschPatAnw 2002, 382; AGH München BRAK-Mitt. 2001, 239), was § 70 III und IV hess. HochschulG ausdrücklich erlaubt. Ein solches Lehrverhältnis verlangt von dem Hochschullehrer zwar auch die getreuliche Erfüllung seiner Lehr- und Forschungsverpflichtung. Es bindet ihn aber nicht so eng an den Staat, wie dies bei den Lebenszeitbeamten der Fall ist (dazu BVerfG NJW 2007, 2317; AGH München BRAK-Mitt. 2001, 239) und wird von § 14 II Nr. 5 BRAO nicht erfasst (Feuerich/ Weyland, § 14 Rn 51; Henssler/Prütting, § 14 Rn 23). Es wäre allein an § 14 II Nr. 8 BRAO zu messen und in diesem Rahmen, von hier nicht gegebenen Sonderfällen abgesehen, nicht zu beanstanden (BVerfGE 87, 287; NJW 1995, 951), wenn die Lehr- und Forschungstätigkeit in tatsächlicher Hinsicht den nötigen Freiraum für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs bietet.“ (BGH aaO)

4. Der Widerruf der Zulassung führt auch nicht deswegen zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte des Antragstellers oder seine Rechte nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, weil das österreichische Recht (§ 20 Nr. 1 RAO) eine Lehrtätigkeit auch im Beamtenverhältnis nach dem österreichischen Beamten-Dienstrechtsgesetz für mit dem Rechtsanwaltsberuf vereinbar erklärt.

„Das deutsche Recht verschließt einem Rechtsanwalt die Wahl eines Zweitberufs als Hochschullehrer nicht. Es lässt dies zur Sicherung der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängigem Organ der Rechtspflege nur nicht im Beamten-, Richter- oder Berufssoldatenverhältnis zu, das den Rechtsanwalt zu besonderer Treue gegenüber dem Staat verpflichtet und damit seine Unabhängigkeit gefährden würde. Diese Entscheidung aber ist von dem Ermessensspielraum der Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention gedeckt (EGMR NJW 2007, 3049 - Rechtssache Lederer).“ (BGH aaO).

5. Schließlich ist weder grundrechtlich (BGH MitttschPatAnw 2002, 382; ebenso AGH München BRAK-Mitt. 2001, 239) noch konventionsrechtlich (EGMR NJW 2007, 3049 - Rechtssache Lederer) die unterschiedliche Behandlung gegenüber Steuerberatern (§ 46 Abs. 2 StBerG) und Wirtschaftsprüfern (§ 20 WiPrO), bei denen die Ernennung zum Professor unter Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nicht zu einem Widerruf der Zulassung oder zu einer Tätigkeitsbeschränkung führt (§ 57 StBerG, § 43a III Nr. 3, IV Nr. 2 WiPrO) zu beanstanden.

„Dieser Unterschied findet seinen sachlichen Grund darin, dass nur Rechtsanwälte umfassend zur Rechtsberatung befugt sind und diese im Interesse der Rechtssuchenden als staatsfreie unabhängige Organe der Rechtspflege zu erbringen haben (EGMR NJW 2007, 3049 - Rechtssache Lederer).“ (BGH aaO).

---

BRAO **Sachlichkeitsgebot** BRAO  
§§ 43a III, 113 I **Beleidigung eines Verfahrensbeteiligten in einer Verhandlungspause**

(OLG Bremen in BRAK-Mitt. 2009, 286; Urteil vom 17.09.2009 –)

Es stellt einen Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot des § 43a III BRAO dar, wenn ein Rechtsanwalt einem Behördenvertreter in der Sitzungspause eines Verwaltungsgerichtsprozesses vorwirft, dass Leute wie er Schuld daran seien, dass Kinder sterben und tot in Kühltruhen gefunden werden.

„Der angeschuldigte Rechtsanwalt hat damit schuldhaft verstoßen gegen das Gebot, sich bei seiner Berufsausübung nicht unsachlich zu verhalten. Dies erfüllt den Tatbestand der Verletzung seiner Berufspflicht aus §§ 43a III, 113 I BRAO.

Allerdings ist anerkannt, dass ein Anwalt mit den Verfahrensbeteiligten nicht stets so umgehen muss, dass sich diese nicht in ihrer Persönlichkeit beeinträchtigt fühlen. Ein Anwalt darf grds. starke, eindringliche Ausdrücke benutzen. Es muss beim „Kampf um das Recht“ auch ein anwaltliches Verhalten hingenommen werden, das ungehörig, als Verstoß gegen den guten Ton und das Taktgefühl empfunden oder allgemein als unsachlich gewertet wird, selbst wenn es dem Ansehen des Anwaltsstandes abträglich ist.

Um einen Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot des § 43a III BRAO annehmen zu können, ist nach der Rspr. des BVerfG sowie der berufsrechtlichen Rspr., der sich der Senat anschließt, die Schwelle zu sanktionswürdigen Pflichtverletzungen erst überschritten, wenn eine Herabsetzung nach Inhalt und Form als strafbare Beleidigung (§ 185 StGB), üble Nachrede (§ 186 StGB) oder Verleumdung (§ 187 StGB) zu beurteilen ist oder eine rechtliche Auseinandersetzung durch neben der Sache liegende Herabsetzung belastet wird, zu denen andere Beteiligte oder der Verfahrensverlauf keinen Anlass gegeben haben (vgl. BVerfGE 76, 171; zuletzt: BVerfG NJW-Spezial 2008, 382 f.; AnwGH Saarland NJW-RR 2002, 923 ff.; AnwG Hamburg NJW-RR 2009, 846 f.).

Diese Schwelle hat der angeschuldigte Rechtsanwalt mit seinem Verhalten gegenüber dem Zeugen B in der Verhandlungspause überschritten (wird ausgeführt).“ (OLG Bremen aaO)

---

BRAO **anwaltliche Schweigepflicht** BRAO  
§43a II **zulässige Veröffentlichung anonymisierter Sachverhalte**

(OLG Köln in BRAK-Mitt. 2009, 290; Beschluss vom 20.05.2009 – 10 EV 330/07)

Ein Rechtsanwalt verstößt nicht gegen die Schweigepflicht, wenn

- er vollständig anonymisierte Sachverhalt veröffentlicht,
- die keine Bezugsherstellung zu konkreten Personen zulassen und
- das Anforderungsprofil der Veröffentlichungsrichtlinie der nordrhein-westfälischen Justizministerin wahr.

„Der Rechtsanwalt hat über alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist, zu schweigen. Das **Gebot der Verschwiegenheitspflicht** gehört zu den **tragenden Säulen des Anwaltsberufes** schlechthin. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit sind die **Grundbedingungen dafür, dass nicht nur dem einzelnen Anwalt, sondern der gesamten Berufsgruppe dasjenige Vertrauen entgegengebracht wird, das Voraussetzung ist, um fremde Interessen als berufener und unabhängiger Berater und Beistand erfolgreich vertreten zu können.** Die Verschwiegenheitspflicht ist **anwaltliche Grundpflicht**.

Sie ist **Ausfluss des verfassungsrechtlich gesicherten Rechtes auf informative Selbstbestimmung** (Art. 2 I 1 i. V. m. Art. 1 I GG). Damit geht es nicht um die ungestörte Ausübung des Anwaltsberufes, sondern es geht um das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mandanten (BVerfGE 65, 1), grds. selbst zu bestimmen, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden dürfen (Hamburg NSTz 98, 358; Krause JuS 84, 268 u. a.).

**Vollständig anonymisierte Sachverhalte, die keine Bezugsherstellung zulassen, bedürfen daher, wenn sie nicht höher-rangige Bedeutung als den Schutz des Persönlichkeitsrechtes des Mandanten haben, keiner Geheimhaltung.**

Als Anforderungsprofil für die erforderliche Anonymisierung reicht die Veröffentlichungsrichtlinie der Nordrhein-Westfälischen Justizministerin, in der geregelt ist, nach welchen Vorgaben Behörden im Geschäftsbereich des Justizministeriums NRW über Gerichtsverfahren berichten dürfen, aus. Die Veröffentlichung des Beschwerdegegners hielt diesen Anforderungen stand. Die Veröffentlichung erfolgte ohne Übermittlung personenbezogener Daten und infolge dessen ohne Bezugsherstellung zu beteiligten Personen und Kanzleien. Ein Berufsrechtsverstoß war mit der Veröffentlichung damit nicht festzustellen.“ (OLG Köln aaO)

BRAO

**anwaltliche Pflichtverletzung**

BRAO

§ 48 II

**keine Verpflichtung zur Übernahme von Argumenten des Mandanten**

(BGH in BRAK-Mitt. 2009, 283; Beschluss vom 23.09.2009 – IV ZR 259/08)

Es stellt – insbesondere in Revisionsverfahren - **nicht automatisch eine anwaltliche Pflichtverletzung** dar, wenn ein Rechtsanwalt nicht alle Argumente, die der Mandant vorgetragen hatte, in seine Schriftsätze übernimmt.

„Dass [der Rechtsanwalt] nicht alle Argumente, die der Kl. in seinem erfolgreichen Prozesskostenhilfeantrag vorgetragen hatte, auch in die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde übernommen haben mag, entspricht der **Aufgabe des beim BGH zugelassenen Rechtsanwalts, den Streitstoff auf diejenigen Gesichtspunkte zu konzentrieren, die nach seiner besonderen Sachkunde für eine dem Mandanten günstige Entscheidung Bedeutung haben können.** Dass der Mandant selbst Weiteres vorgetragen wissen möchte, entbindet den beigeordneten Prozessbevollmächtigten nicht von seiner Pflicht, im Interesse des Mandanten **von weiterem Vortrag abzusehen, wenn er ihn nach eigenverantwortlicher Prüfung nicht für erheblich oder sogar für schädlich für das Prozessziel des Mandanten hält.**“ (BGH aaO)

BNotO

**amtswidrige Werbung**

RA/Nt

§§ 111, 29

**zulässige Internetadresse**

(BGH in DB 2009, 1532; Beschluss vom 11.05.2009 – NotZ 17/08)

Die Verwendung der Internet-Adresse „www.notar-in-r.(Stadt)“ stellt keine amtswidrige Werbung dar.

„Dem Notar, der ein öffentliches Amt ausübt, ist grds. jedes Verhalten untersagt, das den Eindruck erwecken könnte, seine Unparteilichkeit und Unabhängigkeit werde durch ein gewerbliches, gewinnorientiertes Marktverhalten beeinflusst (BGH NJW-RR 2002, 58). Ausgehend hiervon ist die **Verwendung der beanstandeten Internetadresse durch den Ast. keineswegs unbedenklich. Gleichwohl dürfte derzeit kein** - jedenfalls kein irgendwelche berufsrechtlichen Maßnahmen rechtfertigender - **Verstoß gegen § 29 BNotO** vorliegen, weil die Notarkammer VII. Nr. 7 der Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer (veröffentlicht in DNotZ 2003, 393) bisher (noch) nicht in eigenes Satzungsrecht umgesetzt hat. Nach S. 1 dieser Empfehlung darf der Notar in Internet-Domain-Namen keine Begriffe verwenden, die eine gleichartige Beziehung zu anderen Notaren aufweisen und nicht mit individualisierenden Zusätzen versehen sind. Dies gilt nach S. 2 dieser Empfehlung insbesondere für solche Domain-Namen, die notarbezogene Gattungsbegriffe ohne individualisierenden Zusatz enthalten oder mit Bezeichnungen von Gemeinden (hier etwa: R.) oder sonstigen geografischen oder politischen Einheiten (hier etwa: Mecklenburg-Vorpommern) kombinieren.“ (BGH aaO)

BORA

**Weiterverwendung einer Kurzbezeichnung**

BORA

§§ 9 I, 10 IV

**nach Auflösung einer Sozietät**

(OLG Hamm in GRUR-RR 2009, 429; Urteil vom 11.08.2009 – 4 U 109/09)

Die Verwendung einer Buchstabenfolge als Kürzel für eine Anwaltssozietät ist dann **irreführend, wenn die ursprüngliche Sozietät nach völligem Wechsel der Gesellschafter nicht mehr fortgesetzt** wird.

„Die angegriffene Firmierung der Ag. mit dem Kürzel „C“ auf ihren Briefbögen und in ihrem Internetauftritt ist irreführend i. S. des § 5 UWG: Die Ag. **täuscht hier über geschäftliche Verhältnisse** i. S. des § 5 II Nr. 3 UWG a.F. bzw. § 5 I Nr. 3 UWG n.F. Denn es wird zu Unrecht mit der Fortführung einer Sozietät geworben, wenn in Wahrheit eine **Neugründung** vorliegt nach Auseinandersetzung der alten Sozietät (OLG Hamm NJW-RR 1998, 1073; Hartung/Römerman, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. [2008], § 9 BerufsO Rn 59). Es liegt dann eine irreführende Außendarstellung vor.

Bei dem zum Verbotsgegenstand gemachten Briefbogen sowie bei den Internetauftritten der Ag. wird aber gerade der Eindruck erweckt, dass die Ag. die frühere Rechtsanwaltssozietät der Anwälte C, X und M fortsetzt.

Der Ag. ist zwar zuzugeben, dass das Kürzel „C“ für sich genommen zunächst einmal unverfänglich ist. Den Rechtsuchenden, denen die frühere Sozietät unbekannt gewesen ist, mag sich kein irreführender Eindruck über die Fortsetzung einer alten Sozietät aufdrängen. Infolgedessen hat der Senat auch gem. § 139 ZPO gegenüber der Ast. angeregt, von dem zunächst begehrten Schlechthinverbot abzurücken.

**Angesprochene Verkehrskreise** sind aber auch die **Rechtsuchenden, denen die frühere Sozietät bekannt gewesen ist**. Für diesen Kreis der Rechtsuchenden erwecken Briefkopf und Internetauftritt aber den **Eindruck, dass die Ag. diese frühere Sozietät fortsetzt**. Der Briefkopf der Ag. ist, jedenfalls was die Kopfzeile betrifft, mit dem Briefkopf der früheren Sozietät identisch. Das Kürzel „C“ ist vollkommen gleich gestaltet. Lediglich heißt es statt „Notare“ nunmehr nur noch „Notar“ in der Einzahl. Dieser feine Unterschied fällt dem Verkehr aber nicht auf. Auch der Internetauftritt enthält in der Kopfzeile wiederum das Kürzel „C“ in der **identischen Ausgestaltung der früheren Sozietät**. Dass die Namen der Sozietätsmitglieder nunmehr andere sind, spielt für den Verkehr keine entscheidende Rolle. Vielmehr geht der Verkehr davon aus, dass es trotz der anderen Sozietätsmitglieder nach wie vor um dieselbe Sozietät geht, eben weil gerade dieses **charakteristische Kürzel der alten Sozietät weitergeführt** wird.“ (OLG Hamm aaO)

ZPO  
§ 72

### Streitverkündung Zustellung an Prozessbevollmächtigten

ZPO

(OLG München in BRAK-Mitt. 2009, 234; Beschluss vom 14.05.2009 – 1 W 875/09)

Der **Prozessvertreter einer Partei ist nicht Dritter i. S. von § 72 ZPO**. § 72 II ZPO ist auf Grund einer Regelungslücke im Gesetz auf Rechtsanwälte analog anwendbar. Ebenso wie gegenüber dem Gericht und einem vom Gericht ernannten Sachverständigen ist daher die **Zustellung einer Streitverkündungsschrift an den anwaltlichen Vertreter einer Prozesspartei unstatthaft**.

I. Auch wenn die Regelung des **§ 72 ZPO** ausdrücklich nur eine Zustellung des Schriftsatzes im Falle der Streitverkündung gegenüber dem erkennenden Gericht und einem gerichtlich bestellten Sachverständigen ausschließt, **kann aus dieser Bestimmung der Grundsatz hergeleitet werden, dass eine Zustellung der Streitverkündung dann zu unterbleiben hat**, wenn die Streitverkündung nicht an einen Dritten, sondern an einen an dem Prozess als Vertreter des Kl. oder Bekl. Beteiligten erfolgt und bereits die Zustellung der Streitverkündung seine ihm kraft Gesetz und Aufgabenstellung zugewiesene Funktion in dem Rechtsstreit beeinträchtigen kann. Die Vorschrift des § 72 II 2 ZPO ist dann zumindest analog anzuwenden.

II. Als Prozessbevollmächtigte ist ein **Rechtsanwalt nicht Dritter i. S. von § 72 I ZPO, sondern als Vertreter einer Prozesspartei Zweiter i. S. dieser Vorschrift**.

*„Der Senat vermag nicht der Auffassung zu folgen, dass § 72 II 1 ZPO eine abschließende Regelung enthält, wer Erster, Zweiter und Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist.*

*In der Gesetzesbegründung zum 2. JuMoG § 72 ZPO heißt es: u. a.: Andere Prozessbeteiligte als die im Verfahren beteiligten Richter oder gerichtliche Sachverständige können grds. Dritter i. S. des § 72 I ZPO sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kl. als Erster und der Bekl. als Zweiter des Verfahrens nicht zugleich Dritter sein können, dies versteht sich von selbst und bedarf daher keiner Klarstellung. Dritter kann jedoch ein Streitgenosse des Verkünders oder des Gegners sein. Auch Zeugen kann grds. der Streit verkündet werden.*

*Bei den weiteren Prozessbeteiligten ging der Gesetzgeber ersichtlich von Zeugen aus.“ (OLG München aaO).*

III. In der **Lit.** wird die Zulässigkeit der Streitverkündung gegenüber dem Prozessbevollmächtigten des Gegners nicht eingehend problematisiert.

- Zum Teil wird nur ausdrücklich die Streitverkündung an den gesetzlichen Vertreter einer Partei als unzulässig bezeichnet (Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 29. Aufl., § 66 Rn 3; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. 2009, § 66 Rn 54, MK/Schultes, ZPO, 3. Aufl., § 66 Rn 3), zum Teil auch eine an den gewillkürten Vertreter (Musielak/Weth, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 66 Rn 4; Wieczorek/Mansel, 3. Aufl. 1994, ZPO § 66 Rn. 24), zum Teil wird eine Streitverkündung an Personen abgelehnt, die am Rechtsstreit bereits in einer mit der Streithilfe unvereinbaren Funktion beteiligt sind, so auch die Parteien und ihre eigenen gesetzlichen Vertreter sowie ihre eigenen Prozessbevollmächtigten (Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 72 Rn 1). Nach einer anderen Auffassung kann Dritter auch der Prozessbevollmächtigte und der eigene Streitgenosse sein (Stein/Jonas/Bork, 22. Aufl. 2002 § 72 Rn 3; 66 Rn 8 unter Hinweis auf BGH VersR 1982, 975).

- In der **höchstrichterlichen Rspr.** wurde die Frage, ob der Prozessbevollmächtigte des Gegners Dritter i. S. von § 72 ZPO sein kann, soweit ersichtlich, bisher nicht erörtert.

IV. **OLG München aaO** tritt der Rechtsauffassung vollumfänglich bei, wonach ein **Prozessbevollmächtigter aufgrund seiner Aufgabenstellung so eng mit der prozessualen Stellung einer Partei verknüpft ist, dass er als Vertreter dieser Partei** in seiner Prozessstellung auch der Partei zugeordnet ist und der Prozessbevollmächtigte von vornherein Erster oder Zweiter i. S. der Vorschrift des § 72 I ZPO ist.

*„Die Aufgaben und Rechtsstellungen des Prozessbevollmächtigten sind derart eng mit seiner Partei verbunden, dass er nicht als unabhängiger Dritter, wie beispielsweise ein Zeuge oder Sachverständiger, in dem Prozess tätig sein kann. Von seinen Berufsgrundsätzen ist der Prozessbevollmächtigte verpflichtet, im Rahmen der Rechtsordnung ausschließlich die Interessen seines Mandanten wahrzunehmen, und es ist ihm untersagt, eigene Interessen in dem Prozess zu verfolgen, die möglicherweise im Widerstreit zu den Interessen seines Mandanten stehen könnten. Die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht wegen einer möglichen Interventionswirkung bereits im Falle der Zustellung einer Streitverkündungsschrift. Der Ausgang des Prozess hätte dann auch unmittelbare Auswirkung auf die Rechtsposition des Prozessbevollmächtigten. Der Prozessbevollmächtigte könnte nicht mehr uneingeschränkt und ausschließlich die Interessen seines Mandanten vertreten, sondern müsste stets auch die Wahrung eigener Rechtsinteressen im Blick behalten. Eine solche Konstellation ist mit der Funktion eines Anwaltes als Rechtsvertreter seines Mandanten unvereinbar (auch wenn im Einzelfall die Rechtsinteressen des Mandanten und des Prozessbevollmächtigten deckungsgleich sein mögen) und hätte zur Folge, dass ein Rechtsanwalt sein Mandat niederlegen müsste. Es*

bedarf keiner vertieften Ausführungen, dass es mit der Funktion des Prozessbevollmächtigten einer Partei völlig unvereinbar ist, der Aufforderung des Gegners zu folgen, auf seiner Seite dem Prozess beizutreten.

Eine Partei hat die Funktion und Aufgabenstellung des gegnerischen Prozessbevollmächtigten hinzunehmen und es darf ihr **nicht gestattet sein, in das Mandatsverhältnis einzugreifen**, anderenfalls könnte eine Partei die Wahl des Prozessbevollmächtigten beeinflussen bzw. den Gegner zur Beauftragung eines anderen Rechtsanwaltes zwingen. Dem Schutz des Anwalts-/Mandantenverhältnis und dem Recht der freien Anwaltswahl ist der Vorrang vor etwaigen rechtlichen Interessen einer Partei, dem Prozessbevollmächtigten des Gegners den Streit zu verkünden, einzuräumen.“ (OLG München aaO).

BGB  
§§ 1581, 1612b

### Ehegattenunterhalt Abzug des Kindesunterhalts

BGB

(BGH in NJW 2009, 2744; Urteil vom 24.06.2009 – XII ZR 161/08)

Bei der **Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners** im Hinblick auf den Ehegattenunterhalt ist der **Kindesunterhalt mit dem um das (anteilige) Kindergeld geminderten Zahlbetrag** – und nicht etwa der ungekürzte Tabellenbetrag – **abzuziehen**.

- I. Grds. ist der Unterhalt des Kindes einkommensmindernd bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts auf Seiten des Unterhaltsverpflichteten zu berücksichtigen. Auf Grund seines **Vorrangs** ist er vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen abzuziehen, weil das Einkommen insoweit für den Ehegattenunterhalt nicht verfügbar ist.

zur vorgelagerten Frage der Bedarfsermittlung beim Kindesunterhalt s. BGHZ 178, 79 = NJW 2008, 3562 = FamRZ 2008, 2189

„Aus § 1612b BGB ergibt sich, in welcher Weise sich das Kindergeld auf den Kindesunterhalt auswirkt. Nach § 1612b I 1 BGB in der seit dem 01.01.2008 durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz (UÄndG) geänderten Gesetzesfassung ist das auf das Kind entfallende Kindergeld zur Deckung seines Barbedarfs zu verwenden, und zwar nach § 1612b I 1 Nr. 1 BGB zur Hälfte, wenn ein Elternteil seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes erfüllt (§ 1606 III 2 BGB). In diesem Umfang mindert es den Barbedarf des Kindes (§ 1612b I 2 BGB). Die **bedarfsmindernde Wirkung** stellt das (anteilige) Kindergeld damit im Gegensatz zur vorausgegangenen Rechtslage, nach der das Kindergeld „anzurechnen“ war (§ 1612b I BGB a.F.), eigenem Einkommen des Kindes gleich (BGH NJW 2009, 2523; Wend/Scholz, Das UnterhaltsR in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 2 Rn 510).

Dass auch **bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit nach § 1581 BGB der Zahlbetrag abzuziehen** ist, entspricht der **mit dem UÄndG verfolgten Absicht**: Die Begründung des Gesetzentwurfs weist ausdrücklich darauf hin, dass durch den bedarfsmindernden Vorwegabzug des Kindergelds nach § 1612b I BGB n.F. von der zur Verteilung anstehenden Masse ein geringerer Anteil für den Kindesunterhalt erforderlich ist und ein entsprechend höherer Anteil für die nachrangigen Unterhaltsberechtigten, etwa für den betreuenden Elternteil zur Verfügung steht (BT-Dr 16/1830, S. 29). Damit ist genau die vorliegende Fallgestaltung angesprochen.

Gegenüber der früheren Rechtslage (dazu BGH NJW 1997, 1919 = FamRZ 1997, 806; NJW 2000, 3140 = FamRZ 2000, 1492; NJW 1987, 58 = FamRZ 1986, 783) hat sich demnach die **Art und Weise der Kindergeldanrechnung grundlegend verändert**.

Da der Abzug des Zahlbetrags statt des Tabellenbetrags danach sowohl vom **Wortlaut des Gesetzes** als auch von der **ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers** gefordert wird, sind die Gerichte daran gebunden. Die Gerichte sind also auch nicht befugt, an die Stelle des verbindlichen Gesetzesrechts ihre eigenen Vorstellungen von einer gerechten Aufteilung des Kindergelds zu setzen (BGH NJW 2009, 2523).“ (BGH aaO).

- II. Eine **andere Auslegung der gesetzlichen Vorschriften ist nicht zulässig**, denn dies steht zum Willen des Gesetzgebers im offenen Widerspruch.

1. Wie die **Gesetzesbegründung** zeigt, ist es gerade eine gewollte Folge der bedarfsmindernden Verwendung des auf den Barunterhaltspflichtigen entfallenden hälftigen Kindergelds, dass sich dadurch die Verteilungsmasse für nachrangige Unterhaltsberechtigte vergrößert.

„Das kommt auch im Wortlaut des § 1612b I BGB unmissverständlich zum Ausdruck. Die Minderung des Barbedarfs durch das Kindergeld ist eine **ausdrückliche und bewusste Anordnung des Gesetzes**. Aus ihr ergibt sich zwangsläufig, dass der Unterhaltsanspruch des Kindes nur in Höhe des Zahlbetrags entsteht. Dadurch wurde die frühere Rechtslage abgelöst, nach der der Unterhaltsanspruch zunächst in unverminderter Höhe entstand und erst anschließend mit dem Kindergeld verrechnet wurde. Auch die frühere Praxis ist durch die neue gesetzliche Regelung und das mit ihr ausdrücklich verfolgte Ziel jedenfalls überholt.

Die Vorgehensweise des BerGer. führt demnach in der Sache zu einer Korrektur des parlamentarischen Gesetzgebers, die allein dem BVerfG möglich wäre. Der vom BerGer. eingeschlagene Weg war demnach schon methodisch verfehlt. Es hätte auf der Grundlage der von ihm vertretenen Auffassung stattdessen nach Art. 100 I 1 GG das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des BVerfG einholen müssen.“ (BGH aaO).

2. Die gesetzliche Regelung ist im Übrigen auch **nicht wegen Verstoßes gegen Art. 3 I GG** verfassungswidrig (BGH NJW 2009, 2523).

„Bereits nach der bis zum 31.12.2007 geltenden Regelung in § 1612b V BGB (a. F.) wurde der Kindergeldanteil des barunterhaltspflichtigen Elternteils zur Deckung des Existenzminimums des Kindes herangezogen, während der Anteil des betreuenden Elternteils davon verschont blieb. Das BVerfG hat diese ungleiche Heranziehung der Kindergeldanteile als sachlich gerechtfertigt gebilligt und einen Verstoß gegen Art. 3 I GG verneint (NJW 2003, 2733 = FamRZ 2003, 1370). Auch die Anwendung des § 1612b V BGB (a.F.) konnte schon zu dem Ergebnis führen, dass durch die Heranziehung des dem barunterhaltspflichtigen Elternteil zustehenden Kindergeldanteils das Existenzminimum des Kindes gesichert war, während dem betreuenden Elternteil sein ungekürzter Kindergeldanteil verblieb. Demnach stand es dem Gesetzgeber nach der Verfassung aber ebenfalls frei,

das zu berücksichtigende Kindergeld generell als Einkommen des Kindes anzusehen und es zur Deckung des Unterhaltsbedarfs des Kindes heranzuziehen.

Dass damit der nunmehr **nachrangige Ehegattenunterhalt** - als teilweise Kompensation des Nachrangs (vgl. BT-Dr 16/1830, S. 29) - erhöht worden ist, ist nicht sachwidrig (BGH NJW 2009, 2523).

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung kann überdies schon nicht als Regelfall unterstellt werden, dass der betreuende Elternteil seinen Kindergeldanteil etwa vollständig für eigene Zwecke verbraucht (BGH NJW 2009, 2523). Für die Beurteilung, ob die gesetzliche Differenzierung sachgemäß ist, kann demnach jedenfalls nicht außer Acht gelassen werden, dass regelmäßig auch der betreuende Elternteil seinen Kindergeldanteil ganz oder teilweise zu Gunsten seines Kindes verwendet.“ (BGH aaO).

3. Auch **unterschiedliche Regelungen im Sozialrecht und steuerrechtliche Zwecksetzungen können ein anderes Ergebnis nicht rechtfertigen.**

„Dass das **Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen nicht zu Lasten des Kindesunterhalts angegriffen werden muss, wird durch den unterhaltsrechtlichen Selbstbehalt gewährleistet, der gegenüber dem Ehegatten - wie ausgeführt - höher zu veranschlagen ist als gegenüber minderjährigen Kindern. Dass dem barunterhaltspflichtigen Elternteil in Folge des teilweisen Verbrauchs des Kindergelds schließlich weniger Spielraum für sonstige Ausgaben, zum Beispiel für Umgangskosten, verbleibt, ist anderweitig zu berücksichtigen, etwa durch einen - teilweisen - Abzug der Umgangskosten vom Einkommen oder eine Erhöhung des (Ehegatten-)Selbstbehalts (vgl. BGH NJW 2009, 2592; NJW 2009, 2523; NJW 2005, 1493 = FamRZ 2005, 706; NJW 2008, 1373 = FamRZ 2008, 594; sowie Wendl/Klinkhammer, § 2 Rn 169).“ (BGH aaO).**

EMRK

**Recht auf einen Verteidiger**

StrafR

Art. 6 I, IIIc

**auch schon bei der ersten polizeilichen Vernehmung**

(EGMR in NJW 2009, 3707; Urteil vom 27.11.2008 – 36391/02)

Der **Besch. muss grds. schon mit Beginn der ersten polizeilichen Vernehmung den Beistand eines Verteidigers** erhalten können. Dieses Recht kann nur unter besonderen Umständen eingeschränkt werden; in keinem Fall darf der Wesensgehalt des Rechts angetastet werden.

- I. Das **Ermittlungsverfahren hat große Bedeutung für die Vorbereitung des Gerichtsverfahrens**, denn die im Ermittlungsverfahren gewonnenen Beweise bestimmen den Rahmen, in dem über die angeklagte Straftat im Gerichtsverfahren entschieden wird.

„Ein **Besch. ist in diesem Stadium des Verfahrens in einer besonders verletzbaren Lage**, was dadurch verstärkt wird, dass das Strafprozessrecht immer komplexer wird, insbesondere bei den Vorschriften über die Erhebung und Verwertung von Beweisen. In den meisten Fällen kann diese besondere Verletzbarkeit nur durch den Beistand eines Verteidigers angemessen ausgeglichen werden, der insbesondere dafür sorgen muss, dass das Recht jedes Beschuldigten geachtet wird, sich nicht selbst zu beschuldigen. Dieses Recht setzt voraus, dass die Anklage versuchen muss, ihre Behauptungen in einer Strafsache zu beweisen, ohne auf Beweise zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck gegen den Willen des Beschuldigten erlangt worden sind (s. EGMR NJW 2006, 3117). Der frühe Zugang zu einem Verteidiger ist **Teil der Verfahrensgarantien**, denen der Gerichtshof besondere Aufmerksamkeit schenkt, wenn er prüft, ob ein Verfahren den Wesensgehalt des Rechts angetastet hat, sich nicht selbst zu beschuldigen (s. mutatis mutandis EGMR NJW 2006, 3117). In diesem Zusammenhang nimmt der Gerichtshof die zahlreichen Empfehlungen des Europäischen Ausschusses zur Verhinderung von Folter oder unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) ... zur Kenntnis, in denen der Ausschuss wiederholt hervorgehoben hat, das **Recht des Häftlings auf Zugang zu Rechtsbeistand sei eine wesentliche Sicherung gegen Misshandlungen**. Jede Einschränkung der Ausübung dieses Rechts muss eindeutig bestimmt und zeitlich strikt beschränkt sein. Diese Grundsätze haben bei schweren Straftaten besondere Bedeutung, denn bei den schärfsten Strafen muss die demokratische Gesellschaft das Recht auf ein faires Verfahren in besonders hohem Maß gewährleisten.“ (EGMR aaO)

- II. Damit das in **Art. 6 I EMRK garantierte Recht auf ein „faires Verfahren“** ausreichend „praktisch und wirksam“ bleibt, ist es unter diesen Umständen grds. notwendig, dass dem Besch. schon von der ersten Vernehmung durch die Polizei an Zugang zu einem Verteidiger gewährt wird, es sei denn, es würde nachgewiesen, dass es unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falls zwingende Gründe für eine Beschränkung dieses Rechts gibt.

„Und selbst wenn solche Gründe in **Ausnahmefällen** die Verweigerung des Zugangs zu einem Verteidiger rechtfertigen können, darf eine solche Beschränkung - aus welchen Gründen auch immer sie gerechtfertigt ist - in die Rechte des Beschuldigten aus Art. 6 EMRK nicht unangemessen eingreifen. In der Regel werden die Rechte des Beschuldigten auf nicht wiedergutmachende Weise verletzt, wenn eine Verurteilung auf belastende Aussagen während seiner polizeilichen Vernehmung ohne Beistand eines Verteidigers gestützt wird.“ (EGMR aaO)

StPO

**Löschung personenbezogener Daten durch StA**

StPO

§ 101 VIII

**Mitwirkungspflicht des Verteidigers**

(OLG Köln in StV 2009, 686; Beschluss vom 27.03.2009 – 2 Ws 125/09)

Ein **Strafverteidiger ist nicht dazu verpflichtet, an der** der Staatsanwaltschaft obliegenden Pflicht zur **Löschung personenbezogener Daten mitzuwirken.**

„Der Senat vermag den **Gesetzesmaterialien** zu § 101 VIII StPO jedoch nicht zu entnehmen, dass der Verteidiger an der der Staatsanwaltschaft obliegenden Pflicht zur Löschung personenbezogener Daten mitzuwirken hat.“ (OLG Köln aaO)

**Steuerrecht**

EStG

§§ 9 I 1, 10 I Nr. 7, 12 Nr. 5

**Werbungskosten****Aufwendungen für ein Studium**

SteuerR

(BFH in NJW 2009, 3390; Urteil vom 18.06.2009 – VI R 14/07)

**Aufwendungen für ein Studium nach abgeschlossener Berufsausbildung sind als (vorweggenommene) Werbungskosten** gem. § 9 I 1 EStG bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit **zu berücksichtigen**. Weder § 10 I Nr. 7 EStG noch § 12 Nr. 5 EStG steht einem Abzug entgegen.

I. Die **frühere Rspr. des BFH** unterschied zwischen den als Werbungskosten abziehbaren Kosten einer Fortbildung in einem bereits ausgeübten Beruf und den als Sonderausgaben begrenzt abziehbaren Kosten einer Ausbildung zu einem künftigen Beruf:

- Als **Fortbildungskosten** erkannte der BFH nur Ausgaben an, die ein Steuerpflichtiger tätigt, um in dem ausgeübten Beruf auf dem Laufenden zu bleiben und den jeweiligen Anforderungen gerecht zu werden.
- Dagegen nahm der BFH **Berufsausbildungskosten** bereits dann an, wenn die Aufwendungen dem Ziel dienen, Kenntnisse zu erwerben, die als Grundlage für einen künftigen Beruf notwendig sind oder welche die Grundlage dafür bilden sollen, um von einer Berufs- oder einer Erwerbstätigkeit zu einer anderen überzugehen, die also einen Berufswechsel vorbereiten sollen.

Derartige Aufwendungen stünden noch nicht mit einer konkreten beruflichen Tätigkeit und hieraus fließenden Einnahmen im Zusammenhang. Ausgaben dieser Art erwüchsen grundsätzlich jedem Steuerpflichtigen; sie gehörten daher zu den Kosten der Lebensführung und seien deshalb nach § 12 Nr. 1 EStG nicht als Werbungskosten abziehbar.

Zu den Berufsausbildungskosten gehörten stets die Aufwendungen eines Steuerpflichtigen für ein Erststudium an einer Hochschule (Universität oder Fachhochschule), weil es dem Steuerpflichtigen eine andere (höherrangige) berufliche, gesellschaftliche und wirtschaftliche Stellung eröffne (BFHE 201, 156 = BStBl II 2003, 403 = NJW 2003, 533 m.w.N.).

Der Senat hat, beginnend mit der Entscheidung in **BFHE 201, 156** = BStBl II 2003, 403 = NJW 2003, 533, diese **Rspr. aufgegeben** und von der strikten Unterscheidung zwischen Aus- und Fortbildung Abstand genommen. Nach der geänderten Rechtsprechung können auch Aufwendungen für ein erstmaliges Hochschulstudium Werbungskosten i.S. von § 9 I 1 EStG sein. Ob das Studium eine Basis für andere Berufsfelder schafft oder einen Berufswechsel vorbereitet, ist dabei unerheblich; maßgeblich ist allein das Veranlassungsprinzip

vgl. etwa BFHE 201, 211 = BStBl II 2003, 407 = DStR 2003, 150 = NJW 2003, 536 ; BFHE 202, 563 = BStBl II 2004, 889 = NJW 2003, 3583; BFHE 203, 500 = BStBl II 2004, 891 = NJW 2004, 1063; BFHE 214, 370 = BStBl II 2006, 764 = NJW 2006, 3375

II. Der **Sonderausgabenabzug nach § 10 I Nr. 7 EStG** steht dem ebenso wenig entgegen wie das Abzugsverbot in § 12 Nr. 5 EStG.

1. Nach dem Einleitungssatz des **§ 10 I i.V.m. § 10 I Nr. 7 EStG** sind Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine eigene Berufsausbildung nur dann Sonderausgaben, „wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind“. Danach hat der Werbungskosten- bzw. Betriebsausgabenabzug Vorrang vor dem Abzug von Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung als Sonderausgaben, so dass § 10 I Nr. 7 EStG keine Sperrwirkung für erwerbsbedingte Aufwendungen entfalten kann.

vgl. im Einzelnen BFHE 202, 314 = BStBl II 2004, 884 = NJW 2003, 2775; BFHE 201, 156 = BStBl II 2003, 403 = NJW 2003, 533; BFHE 201, 211 = BStBl II 2003, 407 = DStR 2003, 150 = NJW 2003, 536; BFHE 201, 495, BStBl II 2003, 698 = NJW 2003, 2263

2. Nach BFH aaO steht aber auch **§ 12 Nr. 1 EStG** einem Abzug von Bildungsaufwendungen im Allgemeinen und Kosten für ein Studium im Besonderen nicht entgegen (s. etwa BFHE 201, 156 = BStBl II 2003, 403 = NJW 2003, 533).

*„Die aus beruflichen Gründen entstandenen Kosten sind nicht zugleich Aufwendungen für die private Lebensführung, welche die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt (§ 12 Nr. 1 S. 2 EStG). Das die Aufwendungen auslösende, maßgebliche Moment entstammt in diesen Fällen der beruflichen und nicht der privaten Sphäre (s. etwa BFHE 201, 156 = BStBl II 2003, 403 = NJW 2003, 533; BFHE 202, 314 = BStBl II 2004, 884 = NJW 2003, 2775; zur Veranlassung von Bildung s. Pfab, Die Behandlung von Bildungsaufwendungen im deutschen EinkommensteuerR, 2008, S. 191ff.).“ (BFH aaO)*

3. Die durch das **Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung** und weiterer Gesetze vom 21.07.2004 (BGBl I 2004, 1753 = BStBl I 2005, 343) rückwirkend in Kraft getretene (s. Art. 6 II des Gesetzes) Bestimmung des § 12 Nr. 5 EStG hindert die Abziehbarkeit von beruflich veranlassten Kosten für ein sog. Erststudium zumindest dann nicht, wenn diesem eine abgeschlossene Berufsausbildung vorausgegangen ist.

„Nach § 12 Nr. 5 EStG dürfen **Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine erstmalige Berufsausbildung und für ein Erststudium weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden**. Die Vorschrift bestimmt in typisierender Weise, dass Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung (und ein Erststudium) - von dem in HS 2 der Vorschrift genannten Fall abgesehen - noch nicht mit einer konkreten beruflichen Tätigkeit und hieraus fließenden Einnahmen im Zusammenhang stehen.

Nach der zitierten Rspr. des Senats sind Aufwendungen für Bildungsmaßnahmen Werbungskosten i.S. von § 9 I 1 EStG, wenn ein erwerbsbezogener Veranlassungszusammenhang besteht, d.h. wenn der erforderliche Veranlassungszusammenhang mit der späteren beruflichen Tätigkeit gegeben ist. Diese Rechtsprechung soll grundsätzlich auch nach der durch die Einfügung des § 12 Nr. 5 EStG beabsichtigten „Neuordnung“ der Ausbildungskosten maßgebend sein (BT-Dr 15/3339, S. 10). Insoweit konsequent sind von der Neuregelung grundsätzlich die Steuerpflichtigen nicht betroffen, denen im Anschluss an eine erstmalige Berufsausbildung Kosten für eine weitere Berufsausbildung oder sonstige Bildungsmaßnahmen entstehen. Es soll dabei bleiben, dass jede berufliche Umschulung - d.h. auch eine berufliche Neuorientierung - zum Abzug der hierfür geleisteten Aufwendungen als Werbungskosten führen kann. Auch soweit Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine erstmalige Berufsausbildung im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfinden, wird der Werbungskostenabzug zugelassen. In diesen Fällen geht das Gesetz offenkundig von einem erwerbsbezogenen Veranlassungszusammenhang aus; Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung sind hingegen im Regelfall nicht ausreichend beruflich veranlasst. Insoweit fehlt es, wie beim Besuch von allgemeinbildenden Schulen, an der konkreten Berufsbezogenheit (s. dazu BFHE 214, 250 = BStBl II 2006, 717 = NJW 2006, 2878). Diese Sicht gibt die typisierende Regelung des § 12 Nr. 5 EStG wieder.

Diese **Typisierung erfasst auch Aufwendungen für ein Studium**, sofern es sich dabei um eine Erstausbildung handelt. Nach Auffassung des Senats erstreckt sie sich jedoch nicht auf Steuerpflichtige, die ein Studium im späteren Berufsleben berufsbegleitend oder in sonstiger Weise als Zweitausbildung aufnehmen.

Zwar erfasst § 12 Nr. 5 EStG im ersten Halbsatz dem **Wortlaut** nach unterschiedslos alle Steuerpflichtigen, die ein Erststudium absolvieren, unabhängig davon, ob sie zuvor bereits eine nichtakademische Berufsausbildung durchlaufen haben oder nicht. Dies würde jedoch in gleichheitswidriger Weise Steuerpflichtige, die nach abgeschlossener Berufsausbildung erstmalig ein Studium aufnehmen, gegenüber den Steuerpflichtigen benachteiligen, die eine zweite nichtakademische Ausbildung, ein Zweitstudium oder ein Erststudium im Rahmen eines Dienstverhältnisses absolvieren.

Bei der hiernach gebotenen **verfassungskonformen Auslegung der §§ 10 I Nr. 7 und 12 Nr. 5 EStG** erfasst das Abzugsverbot des § 12 Nr. 5 EStG allenfalls die Fälle des Erststudiums, das zugleich eine Erstausbildung vermittelt und nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfindet.“ (BFH aaO)

EstG  
§ 7i

### Denkmalsbegriff Neubau

SteuerR

(BFH in DStR 2009, 1745; Urteil vom 24.06.2009 – X R 8/08)

**Denkmal i. S. des § 7i EStG kann steuerrechtlich auch ein Neubau im bautechnischen Sinne sein.**

- I. Steuerpflichtige können nach **§ 7i I EStG** bei Gebäuden, die nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften **Baudenkmäler** sind, **jeweils bis zu 10 % der Herstellungskosten für Baumaßnahmen**, die nach Art und Umfang zur Erhaltung des Gebäudes als Baudenkmal oder zu seiner sinnvollen Nutzung erforderlich sind, unter weiteren Voraussetzungen im Jahr der Herstellung und in den neun folgenden Jahren **absetzen**. Die erhöhten Absetzungen können jedoch nur in Anspruch genommen werden, wenn der Steuerpflichtige die Voraussetzungen des Abs. 1 für das Gebäude und die Erforderlichkeit der Aufwendungen durch eine Bescheinigung der zuständigen Landesbehörde nachgewiesen hat, § 7i II EStG.

§ 7i EStG liegt die Erwägung zugrunde, dass Eigentümer denkmalgeschützter Gebäude finanziell wegen der öffentlich-rechtlichen Bindungen nach dem Denkmalschutzgesetz und der erheblichen Kosten zur Erhaltung derartiger Gebäude entlastet werden sollen. Hinzu kommt der hohe Stellenwert, den die Erhaltung historischer bedeutender und städtebaulich wertvoller Stadtgebiete in der breiten Öffentlichkeit gefunden hat. Es hat sich gezeigt, dass der öffentlichen finanziellen Unterstützung ausschlaggebende Bedeutung für den Wirkungsgrad des Denkmalschutzes zukommt (Bordwin/Brandt, § 7i EStG Rn 2).

- II. Der **Wiederaufbau oder die völlige Neuerrichtung des Gebäudes** sind **nicht nach § 7i EStG begünstigt**, weil es gerade um die Erhaltung des bestehenden Denkmals geht (BFHE 201, 250; BFH BStBl II 2003, 916; BFH DStR 2003, 774).

„Der Zweck der Vorschrift, kulturhistorisch wertvolle Gebäude zu erhalten und zu modernisieren, rechtfertigt jedoch die Auslegung, dass Herstellungskosten, die zur Erhaltung des Gebäudes i. S. des § 7i EStG erforderlich sind, auch dann vorliegen, wenn nach allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen (z. B. bei Erneuerung tragender Teile) von einem Neubau in bautechnischer Sicht auszugehen ist. Die weite Ausdehnung des steuerrechtlichen Begriffs des Neubaus hatte den Zweck, Steuerpflichtige durch Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 7 V EStG zu begünstigen. Im Rahmen des § 7i EStG hätte eine solche Ausdehnung aber gerade die gegenteilige Wirkung: Die Begünstigung müsste versagt werden, obwohl das Baudenkmal durch die Baumaßnahme erhalten wird. Der Begriff des Neubaus in § 7i EStG ist daher tatbestandsspezifisch einzuschränken (so auch Schmidt/Kulosa, EStG, 28. Aufl., § 7i Rn 3). Er umfasst nur den Wiederaufbau oder die völlige Neuerrichtung des Gebäudes, nicht jedoch einen steuerrechtlichen Neubau im bautechnischen Sinn.“ (BFH aaO)

EStG

**Arbeitsstätte**

SteuerR

§§ 556 I, 307

**Tätigkeitsstätte eines Arbeitnehmers beim Kunden**

(BFH in NJW 2009, 3183; Urteil vom 09.07.2009 – VI R 21/08)

Die **betriebliche Einrichtung eines Kunden des Arbeitgebers** ist keine **regelmäßige Arbeitsstätte i.S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG**. Dies gilt auch dann, wenn ein Arbeitnehmer bei einem Kunden des Arbeitgebers längerfristig eingesetzt ist.

- I. **Regelmäßige Arbeitsstätte** i.S. dieser Vorschrift ist nach der neueren Rspr. des erkennenden Senats **jede ortsfeste dauerhafte betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist** und die er nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit, d.h. fortdauernd und immer wieder aufsucht; dies ist regelmäßig der Betrieb des Arbeitgebers oder ein Zweigbetrieb.

BFHE 207, 225 = DStR 2004, 1741 = NJW 2004, 3448; BFHE 209, 515 = DStR 2005, 1405 = NZA-RR 2006, 148; BFHE 209, 518 = DStR 2005, 1401 = NZA-RR 2006, 317 und BFHE 209, 523 = DStRE 2005, 996 = NZA-RR 2006, 317; BFH BFH/NN 2006, 53; BFHE 221, 11 = DStR 2008, 1185; BFHE 222, 391 = DStR 2008, 1873 = BFH/NV 2008, 1923; BFHE 224, 111 = NJW 2009, 1532

„Liegt eine auf Dauer und Nachhaltigkeit angelegte (regelmäßige) Arbeitsstätte vor, so kann sich der Arbeitnehmer in unterschiedlicher Weise auf die immer gleichen Wege einstellen und so auf eine Minderung der Wegekosten hinwirken. Dies kann etwa durch Bildung von Fahrgemeinschaften und Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel und gegebenenfalls durch eine entsprechende Wohnsitznahme geschehen (z.B. BFHE 221, 35 = NZA-RR 2008, 485 = NJW 2008, 2800; BFHE 222, 391 = DStR 2008, 1873). Für diesen Grundfall erweist sich die Regelung des § 9 I 3 Nr. 4 EStG als sachgerechte und folgerichtige **Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip** (z.B. BFHE 209, 523 = DStRE 2005, 996 = NZA-RR 2006, 317; BFHE 222, 391 = DStR 2008, 1873; BFHE 224, 111 = NJW 2009, 1532).“ (BFH aaO)

- II. Liegt keine auf Dauer und Nachhaltigkeit angelegte (regelmäßige) Arbeitsstätte vor, auf die sich der Arbeitnehmer typischerweise in der aufgezeigten Weise einstellen kann, ist eine **Durchbrechung der Abziehbarkeit beruflich veranlasster Mobilitätskosten gem. § 9 I 1 EStG sachlich nicht gerechtfertigt**. Dies ist insbesondere bei **Auswärtstätigkeiten** der Fall.

BFHE 209, 502 = NJW 2005, 2941 = NZA-RR 2005, 540; BFHE 209, 508 = DStR 2005, 1403 = NJW 2005, 2943; BFHE 221, 35 = NZA-RR 2008, 485 = NJW 2008, 2800

„Ein **auswärts tätiger Arbeitnehmer hat typischerweise nicht die vorbezeichneten Möglichkeiten, seine Wegekosten gering zu halten**, insbesondere scheidet ein Familienumzug an die Tätigkeitsstätte aus.

In seinem Urteil in BFHE 222, 391 = DStR 2008, 1873 = BFH/NV 2008, 1923 ist der erkennende Senat auch bei einem Arbeitnehmer, der vorübergehend ausschließlich am Betriebssitz eines Kunden für seinen Arbeitgeber tätig ist, davon ausgegangen, dass dieser typischerweise nicht die Möglichkeit hat, sich auf diese Tätigkeitsstätte einzustellen. Hieraus hat der Senat geschlossen, dass die betriebliche Einrichtung eines Kunden des Arbeitgebers keine regelmäßige Arbeitsstätte i.S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG ist, und insoweit ausgeführt, dass diese Vorschrift auch dann nicht zur Anwendung komme, wenn ein Arbeitnehmer bei einem Kunden längerfristig eingesetzt wird. An dieser Rspr. hält der Senat fest. Denn die Beurteilung, ob sich ein Arbeitnehmer in der genannten Weise auf eine bestimmte Tätigkeitsstätte einstellen kann, hat stets aus der Sicht zum Zeitpunkt des Beginns der jeweiligen Tätigkeit („ex ante“) zu erfolgen. Soll ein Arbeitnehmer in der betrieblichen Einrichtung eines Kunden seines Arbeitgebers eingesetzt werden, so ist prägend für diese Sicht des Arbeitnehmers allein das Arbeitsverhältnis und nicht die Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Kunde. Auf die konkrete Ausgestaltung und die Dauer jener vertraglichen Beziehung kann und muss sich der Arbeitnehmer typischerweise weder rechtlich noch faktisch mit dem Ergebnis der Minderung der Wegekosten einstellen. Vielmehr ist es gerade Ausdruck des Arbeitsverhältnisses, dass der beim Kunden eingesetzte Arbeitnehmer hinsichtlich des Orts, an dem er seine Arbeitsleistung zu erbringen hat, in besonderer Weise dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Auch bei längerfristigem Einsatz beim Kunden steht die dortige Tätigkeit unter einem dem Einfluss des Arbeitnehmers entzogenen Vorbehalt, dass die vom Arbeitsverhältnis unabhängige Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Kunde Bestand hat.“ (BFH aaO)

- III. Nach diesen Rechtsgrundsätzen **führt auch der längerfristige Einsatz eines Arbeitnehmers in der betrieblichen Einrichtung eines Kunden des Arbeitgebers nicht zu einer regelmäßigen Arbeitsstätte**.

„Dass der Kl. nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Geschäftsführer der A-GmbH gewesen ist, führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn die A-GmbH wurde bei der AG nur im Unterauftrag der B-GmbH tätig. Umstände, nach denen der Kl. als Geschäftsführer von vornherein von einem über lange Jahre gesicherten Auftrag zur Beratung der AG hätte ausgehen können, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Auch der Gegenstand der bei der AG ausgeübten Beratungstätigkeit spricht nicht schon für sich gesehen für eine von vornherein langfristig ausgelegte Tätigkeitsstätte in W.“ (BFH aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Strafrecht

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

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

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

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

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

## III. öffentliches Recht

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

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

Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

---

Dezember 2009

---

## A. Aus der Gesetzgebung

### Verbraucherschutz

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

#### Die wesentlichen Neuregelungen

##### I. Umsetzung der europäischen Zahlungsdiensterichtlinie

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

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

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

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

##### II. Schaffung eines einheitlichen Euro- Zahlungsverkehrsraums

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

##### III. Verbesserung grenzüberschreitende Zahlungen

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

ergänzt außerdem für Zahlungsdienstleister die Rahmenbedingungen der SEPA-Lastschrift.

#### IV. Neuregelung des Rechts der Verbraucherdarlehen

1. Künftig soll ein Verbraucher schon vor Abschluss eines Darlehensvertrages über die wesentlichen Bestandteile des Kredits informiert werden.

Damit soll es dem Verbraucher ermöglicht werden, verschiedene Angebote zu vergleichen und eine fundierte Entscheidung zu treffen. Sobald sich die Wahl eines bestimmten Kredits abzeichnet, müssen dem Verbraucher zusätzlich die Hauptmerkmale des Vertrags erläutert werden.

2. Die Werbung für Darlehensverträge wird stärker reglementiert: Wer für den Abschluss von Darlehensverträgen wirbt, darf nicht nur eine einzige Zahl herausstellen (etwa einen besonders niedrigen Zinssatz); vielmehr müssen auch die weiteren Kosten des Vertrags angegeben und diese Angaben mit einem realistischen Beispiel erläutert werden.
3. Für unterschiedliche Kreditverträge gelten zukünftig jeweils einheitliche Muster zur Unterrichtung der Verbraucher. Anhand dieser Muster werden sämtliche Kosten des Darlehens erkennbar. Die Muster gelten europaweit, so dass Kunden auch Angebote aus dem europäischen Ausland einholen und vergleichen können.
4. Die Kündigung von Darlehensverträgen wird neu geregelt.

Kündigungen durch den Darlehensgeber sind bei unbefristeten Verträgen nur noch dann zulässig, wenn eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Monaten vereinbart ist. Verbraucher können dagegen einen unbefristeten Vertrag jederzeit kündigen. Dabei darf die Kündigungsfrist für den Verbraucher einen Monat nicht überschreiten. Bei befristeten Verträgen, die nicht durch ein Grundpfandrecht wie eine Grundschuld oder Hypothek gesichert sind, dürfen Verbraucher das Darlehen künftig jederzeit ganz oder teilweise zurückzahlen. Verlangt der Darlehensgeber in einem solchen Fall eine Vorfälligkeitsentschädigung, ist diese auf höchstens ein Prozent des vorzeitig zurückgezahlten Betrages beschränkt.

#### V. Neuordnung des Widerrufs- und Rückgaberechts

Die bereits bestehenden Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht werden ebenfalls neu geordnet: Dies führt zu mehr Rechtssicherheit, und zwar nicht nur bei Verbraucherverträgen, sondern auch bei Versicherungsverträgen.

### B. Aus der Rechtsprechung

BGB  
§ 535

#### Mietvorvertrag

BGB

begründet keinen Mietzinsanspruch des Vermieters

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

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

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

HGB  
§ 19 II

#### Unternehmergesellschaft

HGB

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

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

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

„Aus der die Haftungsbeschränkung kennzeichnenden Bezeichnung nach § 19 II HGB muss sich ergeben, um welche Art von Gesellschaft es sich bei dem persönlich Haftenden handelt. Es trifft zwar zu, dass der Firma nicht mehr die

Herausgeber: Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806.- 35  
Fax: 0209 / 945 806 - 50  
www.juridicus.de / info@juridicus.de

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

ESTG

§§ 9 I 1, 10 I Nr. 7, 12 Nr. 5

**Werbungskosten****Aufwendungen für ein Studium**

SteuerR

(BFH in NJW 2009, 3390; Urteil vom 18.06.2009 – VI R 14/07)

Aufwendungen für ein Studium nach abgeschlossener Berufsausbildung sind als (vorweggenommene) Werbungskosten gem. § 9 I 1 EStG bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit zu berücksichtigen. Weder § 10 I Nr. 7 EStG noch § 12 Nr. 5 EStG steht einem Abzug entgegen.

- I. Die frühere Rspr. des BFH unterschied zwischen den als Werbungskosten abziehbaren Kosten einer Fortbildung in einem bereits ausgeübten Beruf und den als Sonderausgaben begrenzt abziehbaren Kosten einer Ausbildung zu einem künftigen Beruf:

Der Senat hat, beginnend mit der Entscheidung in BFHE 201, 156 = BStBl II 2003, 403 = NJW 2003, 533, diese Rspr. aufgegeben und von der strikten Unterscheidung zwischen Aus- und Fortbildung Abstand genommen. Nach der geänderten Rechtsprechung können auch Aufwendungen für ein erstmaliges Hochschulstudium Werbungskosten i.S. von § 9 I 1 EStG sein. Ob das Studium eine Basis für andere Berufsfelder schafft oder einen Berufswechsel vorbereitet, ist dabei unerheblich; maßgeblich ist allein das Veranlassungsprinzip

- II. Der Sonderausgabenabzug nach § 10 I Nr. 7 EStG steht dem ebenso wenig entgegen wie das Abzugsverbot in § 12 Nr. 5 EStG.

1. Nach dem Einleitungssatz des § 10 I i.V.m. § 10 I Nr. 7 EStG sind Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine eigene Berufsausbildung nur dann Sonderausgaben, „wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind“. Danach hat der Werbungskosten- bzw. Betriebsausgabenabzug Vorrang vor dem Abzug von Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung als Sonderausgaben, so dass § 10 I Nr. 7 EStG keine Sperrwirkung für erwerbsbedingte Aufwendungen entfalten kann.
2. Nach BFH aaO steht aber auch § 12 Nr. 1 EStG einem Abzug von Bildungsaufwendungen im Allgemeinen und Kosten für ein Studium im Besonderen nicht entgegen (s. etwa BFHE 201, 156 = BStBl II 2003, 403 = NJW 2003, 533).

„Die aus beruflichen Gründen entstandenen Kosten sind nicht zugleich Aufwendungen für die private Lebensführung, welche die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt (§ 12 Nr. 1 S. 2 EStG). Das die Aufwendungen auslösende, maßgebliche Moment entstammt in diesen Fällen der beruflichen und nicht der privaten Sphäre (s. etwa BFHE 201, 156 = BStBl II 2003, 403 = NJW 2003, 533; BFHE 202, 314 = BStBl II 2004, 884 = NJW 2003, 2775; zur Veranlassung von Bildung s. Pfab, Die Behandlung von Bildungsaufwendungen im deutschen EinkommensteuerR, 2008, S. 191ff.).“ (BFH aaO)

3. Die durch das Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze vom 21.07.2004 (BGBl I 2004, 1753 = BStBl I 2005, 343) rückwirkend in Kraft getretene (s. Art. 6 II des Gesetzes) Bestimmung des § 12 Nr. 5 EStG hindert die Abziehbarkeit von beruflich veranlassten Kosten für ein sog. Erststudium zumindest dann nicht, wenn diesem eine abgeschlossene Berufsausbildung vorausgegangen ist.

„Nach § 12 Nr. 5 EStG dürfen Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine erstmalige Berufsausbildung und für ein Erststudium weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. Die Vorschrift bestimmt in typisierender Weise, dass Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung (und ein Erststudium) - von dem in HS 2 der Vorschrift genannten Fall abgesehen - noch nicht mit einer konkreten beruflichen Tätigkeit und hieraus fließenden Einnahmen im Zusammenhang stehen.“

Nach der zitierten Rspr. des Senats sind Aufwendungen für Bildungsmaßnahmen Werbungskosten i.S. von § 9 I 1 EStG, wenn ein erwerbsbezogener Veranlassungszusammenhang besteht, d.h. wenn der erforderliche Veranlassungszusammenhang mit der späteren beruflichen Tätigkeit gegeben ist. Diese Rspr. soll grds. auch nach der durch die Einfügung des § 12 Nr. 5 EStG beabsichtigten „Neuordnung“ der Ausbildungskosten maßgebend sein (BT-Dr 15/3339, S. 10). Insoweit konsequent sind von der Neuregelung grundsätzlich die Steuerpflichtigen nicht betroffen, denen im Anschluss an eine erstmalige Berufsausbildung Kosten für eine weitere Berufsausbildung o-

der sonstige Bildungsmaßnahmen entstehen. Es soll dabei bleiben, dass jede berufliche Umschulung - d.h. auch eine berufliche Neuorientierung - zum Abzug der hierfür geleisteten Aufwendungen als Werbungskosten führen kann. Auch soweit Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine erstmalige Berufsausbildung im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfinden, wird der Werbungskostenabzug zugelassen. In diesen Fällen geht das Gesetz offenkundig von einem erwerbsbezogenen Veranlassungszusammenhang aus; Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung sind hingegen im Regelfall nicht ausreichend beruflich veranlasst. Insoweit fehlt es, wie beim Besuch von allgemeinbildenden Schulen, an der konkreten Berufsbezogenheit (s. dazu BFHE 214, 250 = BStBl II 2006, 717 = NJW 2006, 2878). Diese Sicht gibt die typisierende Regelung des § 12 Nr. 5 EStG wieder.

Diese Typisierung erfasst auch Aufwendungen für ein Studium, sofern es sich dabei um eine Erstausbildung handelt. Nach Auffassung des Senats erstreckt sie sich jedoch nicht auf Steuerpflichtige, die ein Studium im späteren Berufsleben berufsbegleitend oder in sonstiger Weise als Zweitausbildung aufnehmen. Zwar erfasst § 12 Nr. 5 EStG im ersten Halbsatz dem Wortlaut nach unterschiedslos alle Steuerpflichtigen, die ein Erststudium absolvieren, unabhängig davon, ob sie zuvor bereits eine nichtakademische Berufsausbildung durchlaufen haben oder nicht. Dies würde jedoch in gleichheitswidriger Weise Steuerpflichtige, die nach abgeschlossener Berufsausbildung erstmalig ein Studium aufnehmen, gegenüber den Steuerpflichtigen benachteiligen, die eine zweite nichtakademische Ausbildung, ein Zweitstudium oder ein Erststudium im Rahmen eines Dienstverhältnisses absolvieren. Bei der hiernach gebotenen verfassungskonformen Auslegung der §§ 10 I Nr. 7 und 12 Nr. 5 EStG erfasst das Abzugsverbot des § 12 Nr. 5 EStG allenfalls die Fälle des Erststudiums, das zugleich eine Erstausbildung vermittelt und nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfindet.“ (BFH aaO)

EStG

**Arbeitsstätte**

SteuerR

§§ 556 I, 307

**Tätigkeitsstätte eines Arbeitnehmers beim Kunden**

(BFH in NJW 2009, 3183; Urteil vom 09.07.2009 – VI R 21/08)

Die betriebliche Einrichtung eines Kunden des Arbeitgebers ist keine regelmäßige Arbeitsstätte i.S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG. Dies gilt auch dann, wenn ein Arbeitnehmer bei einem Kunden des Arbeitgebers längerfristig eingesetzt ist.

- I. Regelmäßige Arbeitsstätte i.S. dieser Vorschrift ist nach der neueren Rspr. des erkennenden Senats jede ortsfeste dauerhafte betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist und die er nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit, d.h. fortdauernd und immer wieder aufsucht; dies ist regelmäßig der Betrieb des Arbeitgebers oder ein Zweigbetrieb.

„Liegt eine auf Dauer und Nachhaltigkeit angelegte (regelmäßige) Arbeitsstätte vor, so kann sich der Arbeitnehmer in unterschiedlicher Weise auf die immer gleichen Wege einstellen und so auf eine Minderung der Wegekosten hinwirken. Dies kann etwa durch Bildung von Fahrgemeinschaften und Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel und gegebenenfalls durch eine entsprechende Wohnsitznahme geschehen (z.B. BFHE 221, 35 = NZA-RR 2008, 485 = NJW 2008, 2800; BFHE 222, 391 = DStR 2008, 1873). Für diesen Grundfall erweist sich die Regelung des § 9 I 3 Nr. 4 EStG als sachgerechte und folgerichtige Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip.“ (BFH aaO)

- II. Liegt keine auf Dauer und Nachhaltigkeit angelegte (regelmäßige) Arbeitsstätte vor, auf die sich der Arbeitnehmer typischerweise in der aufgezeigten Weise einstellen kann, ist eine Durchbrechung der Abziehbarkeit beruflich veranlasster Mobilitätskosten gem. § 9 I 1 EStG sachlich nicht gerechtfertigt. Dies ist insbesondere bei Auswärtstätigkeiten der Fall.

„Ein auswärts tätiger Arbeitnehmer hat typischerweise nicht die vorbezeichneten Möglichkeiten, seine Wegekosten gering zu halten, insbesondere scheidet ein Familienumzug an die Tätigkeitsstätte aus.

In seinem Urteil in BFHE 222, 391 = DStR 2008, 1873 = BFH/NV 2008, 1923 ist der erkennende Senat auch bei einem Arbeitnehmer, der vorübergehend ausschließlich am Betriebssitz eines Kunden für seinen Arbeitgeber tätig ist, davon ausgegangen, dass dieser typischerweise nicht die Möglichkeit hat, sich auf diese Tätigkeitsstätte einzustellen. Hieraus hat der Senat geschlossen, dass die betriebliche Einrichtung eines Kunden des Arbeitgebers keine regelmäßige Arbeitsstätte i.S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG ist, und insoweit ausgeführt, dass diese Vorschrift auch dann nicht zur Anwendung komme, wenn ein Arbeitnehmer bei einem Kunden längerfristig eingesetzt wird.

An dieser Rspr. hält der Senat fest. Denn die Beurteilung, ob sich ein Arbeitnehmer in der genannten Weise auf eine bestimmte Tätigkeitsstätte einstellen kann, hat stets aus der Sicht zum Zeitpunkt des Beginns der jeweiligen Tätigkeit („ex ante“) zu erfolgen. Soll ein Arbeitnehmer in der betrieblichen Einrichtung eines Kunden seines Arbeitgebers eingesetzt werden, so ist prägend für diese Sicht des Arbeitnehmers allein das Arbeitsverhältnis und nicht die Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Kunde. Auf die konkrete Ausgestaltung und die Dauer jener vertraglichen Beziehung kann und muss sich der Arbeitnehmer typischerweise weder rechtlich noch faktisch mit dem Ergebnis der Minderung der Wegekosten einstellen. Vielmehr ist es gerade Ausdruck des Arbeitsverhältnisses, dass der beim Kunden eingesetzte Arbeitnehmer hinsichtlich des Orts, an dem er seine Arbeitsleistung zu erbringen hat, in besonderer Weise dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Auch bei längerfristigem Einsatz beim Kunden steht die dortige Tätigkeit unter einem dem Einfluss des Arbeitnehmers entzogenen Vorbehalt, dass die vom Arbeitsverhältnis unabhängige Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Kunde Bestand hat.“ (BFH aaO)

- III. Nach diesen Rechtsgrundsätzen führt auch der längerfristige Einsatz eines Arbeitnehmers in der betrieblichen Einrichtung eines Kunden des Arbeitgebers nicht zu einer regelmäßigen Arbeitsstätte.

„Dass der Kl. nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Geschäftsführer der A-GmbH gewesen ist, führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn die A-GmbH wurde bei der AG nur im Unterauftrag der B-GmbH tätig. Umstände, nach denen der Kl. als Geschäftsführer von vornherein von einem über lange Jahre gesicherten Auftrag zur Beratung der AG hätte ausgehen können, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Auch der Gegenstand der bei der AG ausgeübten Beratungstätigkeit spricht nicht schon für sich gesehen für eine von vornherein langfristig ausgelegte Tätigkeitsstätte in W.“ (BFH aaO)

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

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

## Was können Sie sonst noch tun?

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

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

## Was kostet das?

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

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

