



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

**36. Jahrg.**

**Dezember 2011**

**Heft 12**

---

**Aus dem Inhalt:**

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



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

[info@juridicus.de](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

Die Änderung des Bundeswahlgesetzes.....	1
--	---

### Brandaktuell

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

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

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

#### Strafrecht

BGH: Notwehr (Erforderlichkeit der Verteidigung bei Intensivierung des Angriffs) .....	11
OLG München: Wertpapierhandel (strafbare Marktmanipulation).....	13

#### öffentl. Recht

VGH Kassel: Grundrechtlicher Schutz einer Gegendemonstration (mehr als reine Unterbindungsabsicht erforderlich).....	16
BVerfG: Medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (Anforderungen an Verfassungsmäßigkeit).....	21

#### Kurzauslese I

OLG Köln: Erlöschen des Mietverhältnisses (völlige Zerstörung des Mietobjekts).....	25
BGH: Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses (arglistig verschwiegener Sachmangel).....	25
BGH: Auflösung einer GbR (Erlöschen der Einzelgeschäftsführungsbefugnis).....	26
BGH: Aufrechnungsverbot in AGB (Wirksamkeit).....	26
BGH: Mord (Verdeckungsabsicht).....	27
BGH: schwere körperliche Misshandlung (erhebliche Beeinträchtigung der körperl. Integrität des Opfers).....	27
OLG Oldenburg: Sachbeschädigung (Polizeifahrzeug).....	27
OLG Karlsruhe: nicht genehmigtes Autorennen (Definition des Veranstalterbegriffs).....	28
VG Köln: Akteneinsichtsrecht (Prüfervermerke).....	28
OVG Münster: Ratssitzung (Festsetzung der Tagesordnung).....	28
OVG Münster: Grundsatz der Organtreue (gilt auch im Verhältnis zwischen universitären Organen und Organteilen).....	29

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

LG Saarbrücken:	Anscheinsbeweis bei Verkehrsunfall (Fahrspurwechsel des Vorfahrtsberechtigten).....	30
BGH:	Sachverhaltswürdigung im Grundurteil (Bindungswirkung im Betragsverfahren).....	34

### Strafrecht

LG Oldenburg:	Zeugnisverweigerungsrecht (Redaktionsmitglied eines Internetforums).....	37
---------------	---	----

### öffentl. Recht

OVG Münster:	Ergänzung von Ermessenserwägungen (kein Berufungszulassungsgrund).....	39
OVG Münster:	Rechtsweg bei Hausverbot (Verwaltungsrechtsweg auch bei Räumen des Jobcenters).....	41

### Kurzauslese II

BGH:	Rechtswegbindung (fehlerhafte Klageverweisung) .....	43
OLG Stuttgart:	Entscheidung über Zulässigkeit des Rechtswegs (Vorrang vor Entscheidung über PKH-Bewilligung).....	43
BGH:	Anspruch auf rechtliches Gehör (Schriftsatzrecht).....	44
OLG Celle:	Kostenentscheidung (unzulässig nach Rücknahme eines PKH-Gesuchs).....	44
BGH:	Klageabweisung (mangels Fälligkeit des Klageanspruchs).....	44
OLG Düsseldorf:	Pflichtverteidigerbestellung (Aufhebungsentscheidung).....	45
BGH:	verspäteter Beweisantrag (Zurückweisung vor Urteilsverkündung).....	45
BGH:	Einstellungsurteil (Begründungserfordernis).....	46
VGH Mannheim:	Erledigung eines Verwaltungsakts (durch nachbessernde Änderung).....	46
OVG Lüneburg:	Anfechtungsklage (Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung).....	47
VGH Mannheim:	Auswahlentscheidung (maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt).....	47

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

KG:	Streitwert (Mietzahlungsklage).....	48
VGH Mannheim:	Streitwert (Klageänderung).....	48
LG Kleve:	Verkehrsordnungswidrigkeit (Gebührenbemessungsrahmen).....	48
OLG Köln:	Nebenklagevertretung (Ansatz der Höchstgebühr).....	49

## Inhaltsverzeichnis

---

BGH:	Vergütungsanspruch (nicht bei Kündigung des Mandatsverhältnisses ohne Veranlassung) .....	49
OLG Düsseldorf:	Geschäftsgebühr (Anrechnung im Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber).....	50
OLG Köln:	Einigungsgebühr (Klagerücknahme).....	50
BGH:	fiktive Reisekosten (Erstattungsfähigkeit).....	51
BAG:	Prozesskostenhilfe für jur. Person (Beiordnung eines PKH-Anwalts).....	51
<b>Aus der Praxis</b>		
AGH Niedersachsen:	Fachanwaltszulassung (Minder- oder Höhergewichtung von Fällen ist verfassungswidrig).....	52
OLG Frankfurt a.M.:	Forderungskauf (Verstoß gegen anwaltliches Berufsrecht).....	52
BGH:	Anwaltshaftung (Änderung des Streitgegenstands im Regressprozess).....	54
OLG Naumburg:	sofortiges Anerkenntnis (nicht nach unbeschränktem Widerspruch gegen Mahnbescheid).....	54
OVG Magdeburg:	Verwertungsverbot (Eintragungen im Verkehrszentralregister).....	55
OLG Oldenburg:	Geschwindigkeitsüberschreitung (durch Fahrtunterbrechung „vergessene“ Geschwindigkeitsbeschränkung).....	56
<b>Steuern</b>		
BFH:	Ansparabschreibungen (Software).....	57
BFH:	Auswärtstätigkeit (Einsatz in verschiedenen Filialen).....	58
OVG Schleswig:	Zweitwohnungssteuer (Mitnutzung einer Erwerbszweitwohnung durch Familienangehörige).....	59
<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....		61
<b>Mandantenbrief</b> .....		65



## Aus der Gesetzgebung

### Die Änderung des Bundeswahlgesetzes

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

#### I. Allgemeines

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

##### 1. Begriffsdefinition „Überhangmandate“

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

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

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

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

##### 2. Begriffsdefinition „negatives Stimmgewicht“

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

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

#### II. Die gesetzl. Neuregelungen im Überblick

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

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

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

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

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



## Brandaktuell

BGB  
§ 276

### Unberechtigte Abhebungen mit richtiger PIN Darlegungsanforderungen für Anscheinsbeweis

BGB

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

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

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

#### I. Umfang der Höchstbetragshaftungsklausel

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

#### II. Anspruch auf Einhaltung des vereinbarten Höchstbetrages

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

#### III. Anscheinsbeweis bei Eingabe der richtigen Geheimnummer

##### 1. Bisherige Rechtsprechung des BGH

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

##### 2. Konkretisierung in neuer Entscheidung

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

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

## Entscheidungen materielles Recht

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

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

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

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

### I. Beendigung des Mietverhältnisses

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

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

#### 1. Abmahnung als Kündigungsvoraussetzung bei wiederholt unpünktlicher Zahlung

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

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

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

## 2. Verschulden der Mieter

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

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

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

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

## 3. Ergebnis

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

## II. Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Kauti

Es könnte ein Anspruch auf Rückzahlung der überzahlten Kauti bestehen.

### 1. Anspruch entstanden

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

#### a) etwas erlangt

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

#### b) durch Leistung der Beklagten

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

#### c) ohne Rechtsgrund

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

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

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

## 2. Anspruch durchsetzbar

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

### a) Verjährungsfrist

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

### b) Beginn der Verjährungsfrist

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### I. Verfügungsgrund

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

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

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

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

Ein Verfügungsgrund besteht daher nicht.

## II. Verfügungsanspruch

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

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

### 1. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

#### a) Eingriff in den sachlicher Schutzbereich

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

#### b) Geltung für die Verfügungskl. als juristische Person

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

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

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

### 2. Rechtswidrigkeit des Eingriffs

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

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

#### a) Buch als Kunstwerk

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

### aa) Wertungsmaßstäbe

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

### bb) Anwendung auf den Fall

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

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

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

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

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

### b) Ausgleich zwischen Kunstfreiheit zum allgemeinem Persönlichkeitsrecht

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

#### aa) Wertungsmaßstäbe

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

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

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

## bb) Anwendung auf den Fall

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

### (1) Intensität des Eingriffs

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

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

### (2) Grad der Fiktionalisierung

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

### (3) Relevanz für die Erzählung

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

### (4) Abwägung

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



StGB

**Notwehr**

StGB

§§ 32 II, 33

**Erforderlichkeit der Verteidigung bei Intensivierung des Angriffs**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Danach irrte der Angekl. nicht über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrlage. Vielmehr schloss er aus dem Eingreifen des Zeugen Z1 irrig auf eine unmittelbar bevorstehende Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs, den er durch den bislang geleisteten bloßen körperlichen Widerstand nicht mehr begegnen zu können glaubte.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Dieser **Offenbarungspflicht** sind die Angekl. **mit dem pauschalen Hinweis** darauf, dass Redakteure und Mitarbeiter der jeweiligen Publikation zum Zeitpunkt der Veröffentlichung

Wertpapiere, die im Rahmen der Publikation besprochen werden, halten „können“, **nicht ausreichend nachgekommen.**

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

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

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

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

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

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

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

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

„Damit gelten auch hier die generellen Zurechnungsregeln des allgemeinen Strafrechts, insbes. auch die Regel des § 25 II StGB, wonach jeder als (Mit-)Täter zu bestrafen ist, wenn mehrere die Straftat gemeinschaftlich begehen. Wie im allgemeinen Strafrecht mehrere Täter jeweils als Mittäter beispielsweise eines Betrugs zu bestrafen sind, auch wenn entsprechend gemeinsamer Absprache der eine lediglich die Täuschungshandlung begangen und der andere lediglich die täuschungsbedingte Geldzahlung in Empfang genommen hat, so sind auch alle Tatbeteiligten jeweils wegen gemeinschaftlicher Marktmanipulation zu bestrafen, wenn diese in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit verteilten Rollen – hier Positionhalter, dort Kommentator – begangen wird, alle zusammen aber absprachegemäß die Tat als Ganzes begehen wollen.“ (OLG München aaO)

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

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

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

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

GG  
Art. 8**Grundrechtlicher Schutz der Gegendemonstration  
mehr als reine Unterbindungsabsicht erforderlich**

GG

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

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

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

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

Aufstellungsort: Ostseite Busbahnhof F1.,

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

Auflösungsort und Ende der Veranstaltung: Ostseite Busbahnhof F1.

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

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

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

**I. Zulässigkeit der Klage****1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO**

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

**2. statthafte Klageart**

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

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

### 3. besonderes Feststellungsinteresse

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

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

Ein besonderes Feststellungsinteresse besteht daher.

### 4. sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen

Am Vorliegen der sonstigen Sachentscheidungsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken.

## II. Begründetheit

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

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

### 1. Ermächtigungsgrundlage

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

### 2. formelle Rechtmäßigkeit

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

### 3. materiell Rechtmäßigkeit

Die Auflösung der Gegendemonstrationen hätte aber auch materiell rechtmäßig sein.

**a) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen**

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

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

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

**b) ordnungsgemäße Ermessenausübung**

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

**aa) Geeignetheit**

Geeignet wäre ein solches Vorgehen zur Beseitigung der Gefahr gewesen.

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

**bb) Erforderlichkeit**

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

**cc) Angemessenheit**

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

**(1) Schutzwürdigkeit der klägerischen Versammlung**

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

## (2) Schutzwürdigkeit der Gegendemonstrationen

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

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

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

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

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

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

### (3) gerechter Interessenausgleich

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

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

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

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

### III. Ergebnis

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

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

VerfR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**I. Schutzbereich**

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

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

## II. Eingriff

Es muss auch ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

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

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

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

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

## III. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

### 1. Beschränkbarkeit des Grundrechts

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

### 2. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung

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

#### a) Verfassungsmäßigkeit des Unterbringungsgesetzes BW

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

##### aa) Legitimer Zweck

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

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

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

Insofern verfolgen die Regelungen einen legitimen Zweck.

#### bb) Geeignetheit

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

#### cc) Erforderlichkeit

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

#### dd) Angemessenheit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Kurzauslese I

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

BGB  
§§ 275, 326 I, V

### Erlöschen des Mietverhältnisses völlige Zerstörung des Mietobjekts

BGB

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

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

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

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

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

BGB  
§ 444

### Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses arglistig verschwiegener Sachmangel

BGB

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

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

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

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

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

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

BGB

**Auflösung einer GbR**

BGB

§ 730 II 2

**Erlöschen der Einzelgeschäftsführungsbefugnis**

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

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

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

AGBG

**Aufrechnungsverbot in AGB**

ZivilR

§ 9 I

**Wirksamkeit**

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

StGB  
§ 211 II

**Mord**  
**Verdeckungsabsicht**

StGB

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

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

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

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

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

StGB  
§ 250 II Nr. 3a

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

StGB

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

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

StGB  
§§ 303, 305a I

**Sachbeschädigung**  
**Polizeifahrzeug**

StGB

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

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

„Ein [„**teilweises Zerstören**“] ist **mehr als ein „Beschädigen“** und **nur dann anzunehmen, wenn durch die Substanzverletzung einzelne, funktionell selbstständige Teile der Sache**, die für die zweckentsprechende Nutzung des Gesamtgegenstandes von Bedeutung sind, **unbrauchbar gemacht werden** (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 305 Rn 5). Diese Teile müssen für die bestimmungsgemäße Verwendung wesentlich sein (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 305 Rn 5). Eine **nicht nachhaltige Beein-**

**trächtigung der Funktionsfähigkeit** wie etwa die Zerstörung eines Reifens eines Kraftfahrzeuges (vgl. Fischer, § 305a Rn 10) reicht hierfür nicht aus. Dem steht das Eintreten von Scheiben eines Fahrzeuges gleich.“ (OLG Oldenburg aaO)

**StVO** **nicht genehmigtes Autorennen** **StVO**  
**§ 29 I, II** **Definition des Veranstalterbegriffs**  
(OLG Karlsruhe in **NStZ-RR 2011, 286**; Beschluss vom 24.11.2010 – 3 (4) SsBs 559/10 AL 203/10)

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

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

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

**VwGO** **Akteneinsichtsrecht** **VwGO**  
**§§ 100 I, 99 I 1** **Prüfervermerke**  
(VG Köln in **NVwZ-RR 2011, 897**; Urteil vom 16.06.2011 – 6 K 4008/10)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**GO NRW** **Ratssitzung** **KommunalR**  
**§ 48** **Festsetzung der Tagesordnung**  
(OVG Münster in **DÖV 2011, 941**; Beschluss vom 18.08.2011 – 15 A 1574/11)

Die **Regelung des § 48 I 2 GO NRW**, wonach der Bürgermeister solche Vorschläge in die Tagesordnung für eine Ratssitzung aufzunehmen hat, die ihm fristgerecht von einem Fünftel der Ratsmitglieder oder einer Fraktion vorgelegt

werden, ist auch unter Berücksichtigung des Mandatsstatus eines fraktions- und gruppenlosen Ratsmitglieds verfassungsgemäß.

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

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

GG  
§ 20 III

**Grundsatz der Organtreue**  
gilt auch im Verhältnis zwischen universitären Organen und Organteilen  
(OVG Münster in DÖV 2011, 941; Beschluss vom 18.08.2011 – 15 A 1574/11)

KommunalR

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

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

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

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

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

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

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

ZPO

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

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

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

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

**I. Haltereigenschaft des Anspruchsgegners**

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

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

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

**III. Schaden beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs**

Die Schadensverursachung erfolgte auch beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs.

**IV. Kein Ausschluss der Haftung**

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

**V. Haftungsverteilung nach § 17 I, II StVG**

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

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

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

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

## 2. Allgemeiner Vorfahrtsverstoß

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

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

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

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

### a) Geltung eines Anscheinsbeweises

„Anwendungsvoraussetzung für den Anscheinsbeweis ist bei Verkehrsunfällen ein **Geschehensablauf**, der **nach allgemeiner Lebenserfahrung** zu dem Schluss einer Sorgfaltspflichtverletzung drängt, weil er für eine schuldhafte Verursachung typisch ist (vgl. BGH, NJW 1996, 1828 = NZV 1996, 277; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2010, 323 = NZV 2009, 556). Der **Wartepflichtige**, der in eine Vorfahrtsstraße einbiegen will, unterliegt einer **gesteigerten Sorgfaltspflicht**. Von ihm wird verlangt, dass er mit Misstrauen in die Vorfahrtsstraße heranfährt und im Zweifel wartet; auf den Vertrauensgrundsatz kann er sich nur eingeschränkt berufen, insbesondere muss er mit **verkehrswidrigen Verhalten von Vorfahrtsberechtigten** – von groben Verkehrsverstößen abgesehen – **grundsätzlich rechnen** (vgl. BGH, NJW 1996, 60 = VersR 1995, 1460 m. w. N.). Mit Blick auf diese gesteigerte Sorgfaltspflicht des Wartepflichtigen spricht für **sein Verschulden der Beweis des ersten Anscheins**, wenn es – wie hier – im Einmündungsbereich zweier Straßen zum Unfall des nach rechts abbiegenden Wartepflichtigen mit dem Vorfahrtsberechtigten kommt und der **Wartepflichtige sich noch nicht** ohne Behinderung des bevorrechtigten Verkehrs **ingeordnet hatte** (vgl. BGH, NJW 1976, 1317; OLG Karlsruhe, VersR 1977, 673; KG, NZV 2000, 43; LG Saarbrücken, Urt. v. 5. 9. 2008 – 13 S 91/08 sowie Urt. v. 13. 5. 2011 – 13 S 45/11; Hentschel, § 8 StVO Rn 68, jeweils m. w.N.).“ (LG Saarbrücken aaO)

### b) Anforderungen Geltung des Anscheinsbeweises

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

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

### c) Fahrspurwechsel als Grund für Wegfall der Typizität

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

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

Rechtsabbiegers sich als zusätzlicher Fahrstreifen in der bevorrechtigten Straße fortsetzt (BayObLG, DAR 1979, 46; Hentschel, § 8 Rn 64), aus Sicht der Kammer **zweifelhaft**.

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

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

„Das das **Vertrauen** des Wartepflichtigen ist jedenfalls dann **eingeschränkt**, wenn Gründe vorliegen, auf Grund derer er selbst mit einem verkehrswidrigen Fahrspurwechsel rechnen muss. So liegt es hier. Die Unfallstelle liegt **unmittelbar in der Ausfahrt** aus dem mehrspurigen Kreisverkehr. Unmittelbar dahinter befinden sich Abzweigungen nach rechts und links, sowie – in einiger Entfernung – eine Verkehrsampel für den zweispurigen Geradeausverkehr. Mit einem **plötzlichen Fahrstreifenwechsel des ausfahrenden Verkehrs** ist daher einerseits wegen der nach Verlassen des Kreisverkehrs nicht selten gebotenen Neuorientierung des ausfahrenden Verkehrs, andererseits aber auch wegen der unmittelbar hinter der Einmündung, an der der Kl. wartete, gelegenen Abbiegemöglichkeit nach rechts **zu rechnen**. Dies gilt selbst dann, wenn der Bekl. – wie von Klägerseite behauptet – beim Fahrspurwechsel eine durchgezogene Linie überfahren hätte. Da der **Beginn der durchgezogenen Linie** hier erst **hinter der Einmündung** beginnt, dient diese ersichtlich nicht dem Vertrauen des Wartepflichtigen auf Einhaltung der Fahrspur durch den heranfahrenden bevorrechtigten Verkehr, sondern allein dem **Schutz des aus der Einmündung bereits berechtigt eingefahrenen Verkehrs** vor einem späteren Fahrspurwechsel. Ist dagegen für den Wartepflichtigen, wie hier den Zeugen X, das herannahende Fahrzeug erkennbar, darf er nicht losfahren, bevor er sicher ist, dass eine Gefährdung des bevorrechtigten Verkehrs auch unter Inkaufnahme eines gegebenenfalls verkehrswidrigen Spurwechsels ausgeschlossen ist.“ (LG Saarbrücken aaO)

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

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

#### d) Erschütterung des Anscheinsbeweises

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

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

Eine Erschütterung des Anscheinsbeweises ist daher nicht anzunehmen.

## VI. Mitverschulden

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

„Ein Verstoß gegen die Pflichten beim Wechsel eines Fahrstreifens i. S. des § 7 V StVO ist nicht nachgewiesen, da offen geblieben ist, wo und unter welchen Umständen der Bekl. zu 1 die Fahrspur gewechselt hat. Damit **fehlt der Nachweis**, dass der **Fahrspurwechsel sorgfaltswidrig** – sei es unter Überfahren einer durchgezogenen Linie oder ohne rechtzeitige Ankündigung – erfolgt war. Im Übrigen bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte,

um beweissicher zu klären, ob der Bekl. zu 1, als die Vorfahrtverletzung für ihn erkennbar werden musste, noch so weit entfernt war, dass er unfallverhütend hätte reagieren können (KG, SP 2003, 86).“ (LG Saarbrücken aaO)

## VII. Zurechnung der Betriebsgefahr

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

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

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

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

**Sachverhaltswürdigung im Grundurteil**  
**Bindungswirkung im Betragsverfahren**  
 (BGH in ZfBR 2011, 752; Urteil vom 14.07.2011 - VII ZR 142/09)

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

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

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

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

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

Zur Begründung hat das BerGer unter anderem ausgeführt, eine Pflichtverletzung der Bekl. liege darin, dass diese Kostenschätzungen abgegeben hätten, ohne den Kl. über die Toleranzen aufzuklären, die mit ihnen verbunden gewesen seien. Abgesehen davon hätte eine echte Kostenberechnung und die Kostenkontrolle eine weitere Sicherheit bezüglich der zu erwartenden Kosten gebracht. Die Pflichtverletzung sei ursächlich für den im Betragsverfahren zu ermittelnden Schaden. Der Senat sei davon überzeugt, dass der Kl. die Sanierungs- und Ausbauarbeiten nicht vorgenommen hätte, wenn ihm bei seinem Entschluss, das Bauvorhaben tatsächlich in Auftrag zu geben, klar gewesen sei, auf welche unwägbaren Kostenerweiterungen er sich eingelassen habe. Der Schaden bestehe darin, dass der Kl. zum einen hohen Zinsbelastungen ausgesetzt sei, die Tilgungsleistungen auf die Schuld verzögerten, wenn nicht unmöglich machten. Zum anderen sei der Behauptung des Kl. nachzugehen, dass die durch den Aus und Umbau erreichte Wertsteigerung weit hinter dem Kostenaufwand zurückbleibe. Der Senat sei davon überzeugt, dass der jetzt auf Prozesskostenhilfe angewiesene Kl. finanziell erheblich besser stünde, wenn das Bauvorhaben nicht durchgeführt worden wäre. Der darin liegende Schaden und die Belastungen des Kl. ließen sich im Rahmen der durchzuführenden Beweisaufnahme durch einen Vergleich des getätigten Aufwands und des jetzigen Ertragswerts betragsmäßig ermitteln.

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

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

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

### I. Bindungswirkung des Grundurteils

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

„Ein BerGer darf sich **nicht in Widerspruch** zu seinem früheren Grundurteil setzen. Das folgt zwar nicht aus der Rechtskraft im Sinne des § 322 ZPO, weil ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO nur formell, nicht aber auch materiell rechtskräftig wird, ergibt sich aber aus der **Bindungswirkung des § 318 ZPO** (BGH, Urteile vom 14. April 1987 – IX



ZR 149/86, NJWRR 1987, 1196; vom 5. Oktober 1965 – VI ZR 90/64, VersR 1965, 1173, jeweils m.w.N.). Diese entspricht inhaltlich der Rechtskraft (BGH, Beschluss vom 21.02.1994 – II ZB 13/93, NJW 1994, 1222).

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

## II. Inhalt der Feststellungen im Grundurteil

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

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

## III. Inhalt der Feststellungen im Betragsurteil

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

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

„Dadurch lägen die bereinigten Baukosten um ca. 237.000 DM niedriger und befänden sich mit 2.135.465 DM innerhalb der den Bekl. zuzubilligenden Schätzungstoleranz von 2.209.897,50 DM. Dem Kl. stehe damit mangels Schadens kein Schadensersatzanspruch zu. Seinen **Finanzierungsschaden** habe er ausweislich der Berufungsbegründung **nicht weiterverfolgt**. Einen solchen habe er aber auch deshalb nicht, weil er mit einer Finanzierung bis zu einem Betrag von 2.209.897,50 DM habe rechnen müssen.“ (BGH aaO)

## IV. Vereinbarkeit dieser Feststellungen mit der Bindungswirkung des Grundurteils

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

### 1. Bestimmung der Pflichtverletzung

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

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

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

### 2. Berechnung der Schadenshöhe

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

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

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

## V. Entscheidung über die Revision

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

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

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

### 1. Finanzierungsschaden

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

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

### 2. Mitverschulden des Architekten L.

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

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

StPO  
§ 53 I 3**Zeugnisverweigerungsrecht  
Redaktionsmitglied eines Internetforums**

StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VwGO  
§§ 114, 124 II

## Ergänzung von Ermessenserwägungen kein Berufungszulassungsgrund

VwGO

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

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

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

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

### I. Ergänzung von Ermessenserwägungen

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

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

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

### II. Maßgebliche Sach- und Rechtslage

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

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

### III. Berücksichtigung nachträglicher Ermessenserwägungen

Sind demnach die nachträglichen Ermessenserwägungen zu berücksichtigen, so stellt sich die Frage, ob eine umfassende Prüfung der Tragfähigkeit der ergänzten Ermessenserwägungen nicht dem Berufungsverfahren selbst vorbehalten bleiben muss und zu diesem Zweck die Berufung zuzulassen ist.

## 1. Zweck des Berufungszulassungsverfahrens

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

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

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

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

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

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

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

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

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

## IV. Bestehen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils

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

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

Die Berufung war demnach nicht zuzulassen.

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

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

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

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

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

### I. Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Streitigkeit

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

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

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

### II. nichtverfassungsrechtlich

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

### III. Nichteingreifen einer abdrängenden Sonderzuweisung

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

#### 1. Auffassung des BSG

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

„Das BSG verweist zur Begründung der behaupteten **Sachnähe** maßgeblich darauf, dass sich die **Kompetenz des Sozialleistungsträgers für Ordnungsmaßnahmen** gegen Personen, die im Zusammenhang mit deren Beteiligung an einem Verwaltungsverfahren ergehen, aus dem **Sachzusammenhang mit den von ihm wahrgenommenen Sachaufgaben** herleite. Dieser Sachzusammenhang sei in Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitssuchende ausgesprochen eng, weil die **Aufgabenerfüllung** nach der Vorstellung des Gesetzgebers vom persönlichen **Kontakt des Hilfebedürftigen** mit den Mitarbeitern des Trägers der Grundsicherung geprägt sei. Ein von dem Träger der Grundsicherung ausgesprochenes Hausverbot stehe insofern von vornherein in einem gewissen **inneren Widerspruch zum Aktivierungskonzept** des SGB II.

Die Beurteilung seiner Rechtmäßigkeit könne von den weiteren Ansprüchen und Pflichten des betroffenen Hilfeempfängers im Rahmen der „Dauerrechtsbeziehung“ nach dem SGB II in folgedessen kaum getrennt werden.“ (OVG Münster aaO)

## 2. Abweichende Auffassung des OVG Münster

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

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

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

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

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

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

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

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



## Kurzauslese II

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

GVG  
§ 17a II

### Rechtswegbindung fehlerhafte Klageverweisung

GVG

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

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

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

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

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

GVG  
§§ 17, 17a

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

GVG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

ZPO  
§§ 156, 296a

### Anspruch auf rechtliches Gehör Schriftsatzrecht

ZPO

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

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

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

---

ZPO  
§ 269 III 3

### Kostenentscheidung unzulässig nach Rücknahme eines PKH-Gesuchs

ZPO

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

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

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

---

ZPO  
§ 322 I

### Klageabweisung mangels Fälligkeit des Klageanspruchs

ZPO

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

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

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

Maßgebender **Stichtag für diese Zäsur** ist dabei der **Zeitpunkt vor der Entscheidung des Gerichts des Erstprozesses**, bis zu dem die Parteien Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen können (vgl. MüKo-ZPO/Gottwald, 3. Aufl., § 322 Rn 139; Musielak/Musielak, ZPO, 8. Aufl., § 322 Rn 28). Das ist im Zivilprozess grds. der **Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung**. Im schriftlichen Verfahren, § 128 ZPO, tritt an dessen Stelle der vom Gericht bestimmte Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze

---

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

StPO  
§ 140 II

**Pflichtverteidigerbestellung  
Aufhebungsentscheidung**

StPO

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

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

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

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

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

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

StPO  
§ 244 III 2, VI

**verspäteter Beweisantrag  
Zurückweisung vor Urteilsverkündung**

StVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

**GKG** **Streitwert** **GKG**  
**§ 41 I** **Mietzahlungsklage**  
 (KG in NJW-RR 2011, 1521; Beschluss vom 07.02.2011 – 8 W 41/10)

Auch wenn die Parteien über das Bestehen oder den Fortbestand des zu Grunde liegenden Mietverhältnisses streiten, **kommt § 41 I GKG bei Streitigkeiten über Zahlungsverpflichtungen aus einem Mietvertrag grds. nicht in Betracht.**

„Denn der für die Wertfestsetzung maßgebliche Streitgegenstand ist nicht durch den Streit über das Bestehen oder die Dauer des Mietverhältnisses bestimmt, sondern **durch einen Einzelanspruch aus dem Mietverhältnis, nämlich hier rückständige und zukünftige Geldforderungen des Vermieters.** Aus diesem Grund fällt die Leistungsklage des Vermieters nicht in den Anwendungsbereich des § 41 I GKG (BGH NJW-RR 2005, 938 = NZM 2005, 519; Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., VIII Rn 237).“ (KG aaO)

**GKG** **Streitwert** **GKG**  
**§§ 66 VI 1, 68 I 5** **Klageänderung**  
 (VGH Mannheim in NVwZ-RR 2011, 918; Beschluss vom 17.05.2011 – 9 S 1167/11)

Für die Bestimmung des **Streitwerts** im Falle der **echten, den Streitgegenstand austauschenden Klageänderung** ist der **geänderte Streitgegenstand maßgeblich.**

„Denn die Zulassung der Klageänderung in § 91 VwGO hat gerade zur **Folge**, dass eine **Veränderung des Streitgegenstands** noch im laufenden Gerichtsverfahren ermöglicht wird. Durch diese Regelung wird dem Kl. nicht nur die **Rücknahme des bisherigen Antrags und die Erhebung einer neuen Klage erspart.** Vielmehr bleibt – anders als im Falle der ex tunc wirkenden Teilrücknahme – auch die **Weiterverwertung der bisherigen Prozessergebnisse möglich** (vgl. hierzu Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzcker, VwGO, Stand: Mai 2010, § 91 Rn). Die Klageänderung führt damit zwar auch zum **Ausscheiden des ursprünglichen Antrags aus dem Prozess**, sie ist in dogmatischer Hinsicht aber **nicht als inzidente Rücknahme ausgestaltet** (vgl. auch Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 91 Rn 6). Diese **rechtliche Konzeption der Klageänderung muss auch kostenrechtlich berücksichtigt werden.** Maßgeblich für die Gerichtskosten ist deshalb der Wert des geänderten Anspruchs (vgl. MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, 3. Aufl. 2008, § 263 Rn 100; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 3 Rn 93).

Die **Streitwerte** sind auch **nicht** gem. § 39 I GKG **zusammenzurechnen**, weil der ursprüngliche Antrag mit der Klageänderung entfallen ist und seine Rechtshängigkeit verloren hat (vgl. etwa OLG Düsseldorf BeckRS 2010, 22837; hierzu auch Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 91 Rn 35).

Schließlich **kommt auch eine Spaltung des Streitwerts** für den Zeitraum bis zur Klageänderung und den nachfolgenden Abschnitt **nicht in Betracht**, weil das Kostenrecht Ermäßigungen nur noch im Falle der Beendigung des gesamten Verfahrens kennt (vgl. KV Nr. 5111) und damit ausscheidbare Teile mit entsprechenden Kostendifferenzierungen nicht mehr zulässt.“ (VGH Mannheim aaO)

**RVG** **Verkehrsordnungswidrigkeit** **RVG**  
**§ 14** **Gebührenbemessungsrahmen**  
 (LG Kleve in Rpfleger 2011, 695; Beschluss vom 01.04.2011 – 111 Qs 9/11)

**Einfache, alltägliche Verkehrsordnungswidrigkeiten** (z. B. wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung mit einer Geldbuße von 80 €), sind nach den in § 14 RVG genannten Maßstäben **im unteren Bereich des Bemessungsrahmens** einzuordnen

„Auch wenn Ordnungswidrigkeitenverfahren in einem hohen Anteil Verkehrsordnungswidrigkeiten zum Gegenstand haben, werden die Verkehrsordnungswidrigkeitenverfahren, von Ausnahmen abgesehen, dadurch nicht bedeutsamer oder schwieriger.

Die **konkrete Bedeutung der Angelegenheit** für den Betroffenen war angesichts der Bußgeldhöhe von lediglich 80 € gering. Die mit dem Bußgeld verbundene Eintragung im Verkehrszentralregister mit einem Punkt hätte kein Fahrverbot zur Folge gehabt. Der Umstand, dass der Betroffene zur Tatzeit eine Fahrerlaubnis auf Probe gemäß § 2a StVG besaß und daher an einem Aufbauseminar hätte teilnehmen müssen (§ 2a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StVG), führt zwar zu einer etwas höheren Bedeutung der Angelegenheit für den Betroffenen als bei vergleichbaren Geschwindigkeitsüberschreitungen. Dies rechtfertigt für sich alleine indes nicht die Festsetzung der sog. Mittelgebühren. Dabei ist zu beachten, dass der **einschlägige Gebührenrahmen für Bußgelder** von 40 bis 5.000 € Anwendung findet und ein **Bußgeld von 80 € somit im untersten Bereich dieser Spanne** liegt. Auch die **unterdurchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Betroffenen**, der zur fraglichen Zeit noch Schüler war und ein monatliches Taschengeld von 30 € erhielt, sprechen gegen die Angemessenheit der sogenannten Mittelgebühren und für die Angemessenheit der vom Amtsgericht festgesetzten niedrigeren Gebühren.

Auch die **Sach- und Rechtslage war denkbar einfach**: Sie beschränkte sich auf die Frage, ob der Betroffene zur fraglichen Zeit Fahrer des Fahrzeugs war oder nicht. Zur Klärung dieser Frage wurde ein Lichtbildvergleichsgutachten eingeholt. Das gerichtliche

Verfahren stellte im Vergleich zu anderen Ordnungswidrigkeitsverfahren sowohl vom Umfang als auch von der Schwierigkeit her nur **unterdurchschnittliche Anforderungen an die Tätigkeit des Verteidigers.**“ (LG Kleve aaO)

RVG  
§ 14 I 1

### Nebenklagevertretung Ansatz der Höchstgebühr

RVG

(OLG Köln in NStZ-RR 2011, 360; Beschluss vom 13.07.2011 – 2 Ws 281/11)

- I. Die **Rahmengebühren im Hinblick auf die Nebenklagevertretung** werden ihrer Höhe nach gem. § 14 I 1 RVG **vom Verteidiger** unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls **nach billigem Ermessen bestimmt.**

Zu den Umständen des Einzelfalls zählt das Gesetz **Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, die Bedeutung der Angelegenheit** sowie die **Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers.**

Bei der Bestimmung der Gebührenhöhe ist zunächst **von der Mittelgebühr auszugehen** (vgl. Hartmann, KostenG, 41. Aufl., § 14 RVG Rn 14; Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., § 14 Rn 10; Bischof, RVG, 3. Aufl., § 14 Rn 72f. – jew. m. w. Nachw.).

Eine **Abweichung von der Bestimmung des Verteidigers** kommt im Festsetzungsverfahren mithin **nur in Betracht, wenn sich diese als unbillig hoch** erweist.

- II. In der **Kommentarlit.** wird die Auffassung vertreten, dass Fälle vorstellbar seien, in welchen ein einzelnes Bestimmungsmerkmal des § 14 I 1 RVG ein solches Übergewicht erhalte, dass es bereits für sich genommen den Ansatz der Höchstgebühr zu rechtfertigen vermöge (Hartmann, § 14 RVG Rn 15; ebenso Burhoff, RVG, 2. Aufl., § 14 Rn 43).

Nach Auffassung des **OLG Köln aaO** muss eine solche Betrachtungsweise jedenfalls Extremfällen vorbehalten bleiben.

RVG  
§ 15

### Vergütungsanspruch nicht bei Kündigung des Mandatsverhältnisses ohne Veranlassung (BGH in MDR -RR 2011, 1387 = FamRZ 2011, 1387; Urteil vom 29.09.2011 – IX ZR 170/10)

RVG

**Kündigt ein Rechtsanwalt das Mandatsverhältnis, ohne dass dies durch ein vertragswidriges Verhalten des Mandanten** veranlasst wurde, **steht ihm ein Anspruch auf Vergütung insoweit nicht zu, als der Mandant einen anderen Prozessbevollmächtigten neu beauftragen muss**, mit dessen Vergütung auch die Tätigkeit des kündigenden Anwalts abgegolten wäre.

- I. Nach **§ 628 I 2 BGB** steht dem Dienstverpflichteten, der den Dienstvertrag kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils dazu veranlasst zu sein, ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine **bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse** haben.
- II. Von einem entsprechenden Interessenwegfall für den Dienstberechtigten ist nach **st. BGH-Rspr.** dann auszugehen, wenn dieser die **Leistung nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann**, sie also für ihn **nutzlos geworden** ist.

Einer entsprechenden Lage sieht sich der Auftraggeber eines Rechtsanwalts gegenüber, wenn er wegen einer von seinem bisherigen Prozessbevollmächtigten grundlos ausgesprochenen Kündigung einen anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen muss, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen. Die **Aufwendungen für den zuerst bestellten Prozessbevollmächtigten sind dann** für den Auftraggeber **nutzlos geworden**, der **Vergütungsanspruch geht unter** (BGH NJW 1985, 41; BGH NJW 1997, 188; BGHZ 174, 186).

1. Von einem Wegfall des Interesses ist auch dann auszugehen, soweit die von dem Mandanten neu beauftragten Rechtsanwälte z. B. eine Berufung nicht mehr einlegen konnten und eine Wahrnehmung von Gerichts- und Ortsterminen durch diese Rechtsanwälte nicht mehr in Betracht kam.

*„Die Einschränkung, die bis zur Mandatsniederlegung erbrachten Leistungen würden für den Auftraggeber jedenfalls insoweit nicht nutzlos, als die **Tätigkeiten des ersten Anwalts für den Mandanten einen bleibenden Wert** hätten, wie z.B. die Klageerhebung zur Hemmung der Verjährung oder Einlegung eines fristgebundenen Rechtsmittels, das der zweite Anwalt infolge des Fristablaufs nicht mehr einlegen könne (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 1084; KG NJW-RR 2002, 708; OLG Schleswig OLGR 2008, 232; Erman/Belling, BGB, 13. Aufl., § 628 Rn 12; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 628 Rn 4; Mugler AnwBl. 2000, 19), ist jedenfalls insoweit **nicht gerechtfertigt**, als der Auftraggeber einen neuen Anwalt bestellen muss, um den Rechtsstreit fortführen zu können (Henssler/Deckenbrock, NJW 2005, 1; MüKo-BGB/Henssler, 5. Aufl. § 628 Rn 28). Die Tätigkeit des ersten Anwalts, der das Mandatsverhältnis ohne Veranlassung durch den Auftraggeber kündigt, bleibt für den Mandanten auch dann nutzlos, wenn dieser ein fristgebundenes Rechtsmittel eingelegt und einzelne Prozesshandlungen vorgenommen hat.“* (BGH aaO)

2. Soweit **aufgrund der Beauftragung eines neuen Rechtsanwalts die gleichen Gebühren noch einmal entstehen, kommt eine Kürzung der Gebühren des neuen Anwalts** aufgrund der Regelungen des Gebührenrechts **nicht in Betracht und auch eine Anrechnung findet nicht statt.**

*„Wirtschaftlich gesehen hat der Mandant keinen Vorteil davon, dass der zuerst tätige Anwalt schon fristwahrende Handlungen vorgenommen oder an früheren Verhandlungs- und Ortsterminen teilgenommen hat. Darauf, dass eine fristgebundene Handlung und frühere Termine durch den später beauftragten Rechtsanwalt nicht mehr wahrgenommen werden können, kommt es deshalb nicht an. Entscheidend ist, dass dem Mandanten keine andere Wahl bleibt, als einen neuen*

*Anwalt, der noch einmal die gleichen Gebühren bekommt, zu beauftragen, will er nicht den Rechtsstreit allein deshalb verlieren, weil er nicht mehr anwaltlich vertreten ist. Die fristwahrende Handlung des ersten Anwalts stellt keinen bleibenden Wert dar, weil ihr Nutzen ohne die Beauftragung eines neuen Anwalts verloren geht.* (BGH aaO)

3. Würde man dem Rechtsanwalt die Möglichkeit geben, durch die nach § 627 I BGB ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässige Kündigung des Mandatsverhältnisses den Auftraggeber dem Risiko auszusetzen, dass er die gleichen Gebühren noch einmal entrichten muss, hätte der Anwalt ein **Instrument, jederzeit höhere als die gesetzlichen Gebühren durchzusetzen.**

*„Er könnte den Mandanten vor die Wahl stellen, entweder den Abschluss einer nachträglichen Gebührenvereinbarung zu akzeptieren oder einen neuen Anwalt beauftragen zu müssen, der die gleichen Gebühren noch einmal bekommt.“* (BGH aaO)

4. Ob und inwieweit der kündigende Anwalt **bereits Tätigkeiten erbracht** hat, die durch einen neu zu beauftragenden Rechtsanwalt nicht mehr nachgeholt werden können, **ist deshalb ohne Bedeutung.**

*„Der neu zu bestellende Anwalt muss aufgrund des Gesetzes gebührenrechtlich so behandelt werden, als hätte er die Angelegenheit vom Anfang bis zum Ende erledigt. Der Einwand, er habe nur einen Teil der im Verfahren zu erbringenden Leistungen tatsächlich erbracht, ist ihm gegenüber ausgeschlossen. Hieraus folgt zwangsläufig für den zuerst tätigen Anwalt, dass seine Tätigkeit für den Auftraggeber nutzlos geworden ist. Dies gilt etwa auch dann, wenn er mit der Klageerhebung die Verjährung eines Anspruchs unterbrochen, durch Einlegung der Berufung oder einer Revision deren Fristen gewahrt oder innerhalb der Fristen die Berufung oder Revision begründet hat. Auch wenn die Wahrung der entsprechenden Fristen für den Auftraggeber erhalten bleibt, wird sie doch wirtschaftlich für ihn nutzlos, weil er den notwendigerweise zu bestellenden zweiten Anwalt genauso zu entlohnen hat, als hätte dieser die entsprechenden fristwahrenden Schriftsätze gefertigt und Prozesshandlungen vorgenommen.“* (BGH aaO)

5. Hieran wenn der Rechtsanwalt sowohl in dem ersten als auch in dem zweiten Berufungsverfahren tätig war, ändert sich an dieser Betrachtungsweise nichts.

*„Soweit die gesetzlichen Gebühren für die jeweilige Tätigkeit einheitlich entstehen und die infolge der Mandatsniederlegung notwendige Beauftragung eines zweiten Anwalts zur nochmaligen Entstehung der gleichen Gebühren führt, ist unter den Voraussetzungen einer nicht vom Auftraggeber veranlassten Kündigung stets von wirtschaftlicher Nutzlosigkeit der bisherigen Leistungen auszugehen. Dass diese tatsächlich nicht nutzlos sind, weil das Verfahren ohne sie gar nicht so weit gediehen wäre, hat für die Anwendung des § 628 I 2 BGB keine Bedeutung. Die **gesetzlichen Gebührentatbestände sind darauf angelegt, dass der Auftragnehmer das Mandat zu Ende bringt.**“* (BGH aaO)

RVG  
§ 15a

### Geschäftsgebühr

RVG

**Anrechnung im Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber**  
(OLG Düsseldorf in JurBüro 2011, 581; Beschluss vom 31.05.2011 – 10 W 27/11)

In den Fällen, in denen Vorbem. 3 IV RVG VV eine Anrechnung vorsieht, ist der zum 05.08.2009 in Kraft getretene § 15a RVG zu beachten. Aus dem **Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 15a RVG** folgt, dass eine **Anrechnung der Geschäftsgebühr zu unterbleiben** hat.

- I. **§ 15a I RVG** regelt, welche **Wirkungen der Anrechnung im Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und dem Auftraggeber** zukommt. Danach bewirkt die Anrechnung im **Innenverhältnis**, dass der **Anwalt beide Gebühren geltend machen, aber insgesamt nicht mehr als den** um die Anrechnung **verminderten Betrag erhalten kann.**

**§ 15a II RVG** betrifft die **Wirkungen der Anrechnung im Verhältnis zu Dritten**, die nicht am Mandatsverhältnis beteiligt sind, sondern etwa für entstandene Gebühren Schadensersatz zu leisten oder sie nach prozessrechtlichen Vorschriften zu erstatten haben. Danach kann sich ein Dritter im Außenverhältnis nur in den enumerativ aufgeführten drei Alternativen auf die Anrechnung berufen, damit sichergestellt ist, dass er nicht über den Betrag hinaus auf Ersatz oder Erstattung in Anspruch genommen wird, den der Rechtsanwalt von seinem Auftraggeber verlangen kann (vgl. Gesetzesbegründung BT-Dr 16/12717, S. 58).

- II. Aus dem **Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 15a RVG** folgt, dass eine **Anrechnung der Geschäftsgebühr zu unterbleiben** hat (vgl. auch BGH BeckRS 2011, 8343; anders wohl OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2010, 1876).

*„Ausweislich der **Gesetzesbegründung** wird mit Schaffung des § 15a RVG der bisher nicht im Gesetz definierte **Begriff der Anrechnung legal definiert**, um einerseits die **unerwünschte Auswirkungen der Anrechnung zum Nachteil des Auftraggebers zu vermeiden**, die aus dem vom BGH geprägten Verständnis der Anrechnung folgen, und andererseits den mit der Anrechnung verfolgten Zweck zu wahren, dass der Rechtsanwalt für eine Tätigkeit nicht doppelt honoriert wird (vgl. BT-Dr 16/12717, S. 2, 58). Dieses **Ziel kann nur erreicht werden, wenn man eine Berufung auf die Anrechnungswirkungen der Vorb. 3 IV RVG VV nur unter den Voraussetzungen des § 15a RVG für zulässig hält.**“* (OLG Düsseldorf aaO)

VV RVG  
Nr. 1000

### Einigungsgebühr Klagerücknahme

RVG

(OLG Köln in FamRZ 2011, 1387; Beschluss vom 02.09.2011 – 17 W 170/11)

Eine **Einigungsgebühr** nach Nr. 1000 VV RVG **fällt nicht an, wenn der Kläger die Klage unter Verzicht auf den Anspruch zurücknimmt.**



- I. In einem dem vorliegenden vergleichbaren Fall hat das **OLG Düsseldorf** (AGS 2005, 494 = RVGReport 2005, 469) wie folgt ausgeführt:

„Gem. Nr. 1000 VV RVG entsteht die **Einigungsgebühr für die Mitwirkung am Abschluss eines Vertrages, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird**, es sei denn, der Vertrag beschränkt sich ausschließlich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht. Dieser Gebührentatbestand ist hier nicht erfüllt.

Nachdem der Kl. nach der mündlichen Verhandlung die Klagerücknahme erklärt hatte, bedurfte diese Erklärung, um die Rechtsfolgen des § 269 III ZPO auszulösen, der Einwilligung der Bekl. (§ 269 I ZPO). Diese Einwilligung hat die Bekl. unter der i. S. des § 158 I BGB aufschiebenden Bedingung der Bekanntgabe eines Klageverzichts durch den Kl. erklärt. Die aufschiebende Bedingung ist mit dem Zugang des klägerischen Schriftsatzes eingetreten, der sich über „einen Klageverzicht in prozessualer Hinsicht“ verhält.

Fraglich ist schon, ob die wechselseitigen Prozesserkklärungen der Parteien als auf den Abschluss eines Vertrages i. S. der Nr. 1000 VV RVG gerichtet qualifiziert werden können. Selbst wenn dies der Fall wäre, beschränkte sich die Vereinbarung jedenfalls in Form eines Prozessvertrages auf einen Verzicht, nämlich auf den seitens der Bekl. zuvor verlangten Klageverzicht. Bei dieser Sachlage ist zweifelsfrei der gesetzliche Ausschlussgrund für den Anfall der streitigen Einigungsgebühr gegeben.“ (OLG Düsseldorf aaO)

- II. Diesen Ausführungen schließt sich **OLG Köln aaO** an (ebenso Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 43; Schneider/Wolf, RVG, 5. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 93).

„Soweit der Ast. auf die Kommentierung bei Hartmann (Kostengesetz, 41. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 32) verweist, wo es heißt, zur Erfüllung des Gebührentatbestandes könne eine Klagerücknahme mit einem Verzicht auf den Anspruch unter einer Übernahme der Kosten nebst einer Zustimmung des Gegners zur Rücknahme ausreichen, da darin mehr als ein bloßer Anspruchsverzicht i. S. von Nr. 1000 I 1 a. E. VV RVG zu sehen sei, vermag der Senat dem angesichts der überzeugenden Ausführungen des OLG Düsseldorf, die allgemeine Zustimmung gefunden haben, nicht zu folgen.

Der Vollständigkeit halber ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Rechtspfleger einem Rechtsirrtum unterliegt, soweit er die Festsetzung schon daran scheitern lässt, dass es an einem gegenseitigen Nachgeben der Parteien fehle: Im Gegensatz zur alten Rechtslage, § 23 BRAGO (Vergleichsgebühr) ist für das Entstehen einer Einigungsgebühr nach Nr. 1000 ff. VV RVG ein gegenseitiges Nachgeben zur Erfüllung des Gebührentatbestandes nicht mehr erforderlich. Dies ist seit nunmehr über 7 Jahren, nämlich seit Einführung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes geltendes Recht und sollte deshalb inzwischen allgemein bekannt sein.“ (OLG Köln aaO)

ZPO  
§ 91 I 1, II 1

**fiktive Reisekosten  
Erstattungsfähigkeit**

ZPO

(BGH in NJW 2011, 3520; Beschluss vom 13.09.2011 – VI ZB 9/10)

Macht die bei einem auswärtigen Gericht verklagte Partei **Reisekosten eines Rechtsanwalts** geltend, **der weder am Gerichtsort noch am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässig** ist („Rechtsanwalt am dritten Ort“), sind die **Kosten jedenfalls bis zur Höhe der fiktiven Reisekosten eines am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässigen Rechtsanwalts zu erstatten**.

„Die Zuziehung eines am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässigen Rechtsanwalts durch eine an einem auswärtigen Gericht klagende Partei [stellt] im Regelfall eine **Maßnahme zweckentsprechender Rechtsverfolgung** dar. Ein **tragender Grund** hierfür ist die Annahme, dass üblicherweise ein **persönliches mündliches Gespräch erforderlich und gewünscht** ist. Ferner ist von Bedeutung, dass die Partei **grds. ein berechtigtes Interesse** daran hat, **sich durch einen Rechtsanwalt ihres Vertrauens auch vor auswärtigen Gerichten vertreten zu lassen** (vgl. etwa BGH NJW-RR 2004, 858 = VersR 2005, 93; NJW-RR 2005, 1662 = GRUR 2005, 1072; NJW 2007, 2048 = MDR 2007, 802; NJW 2008, 2122 = MDR 2008, 829; JurBüro 2010, 369). Für die Erstattungsfähigkeit von Reisekosten bedarf es nicht der Feststellung im Einzelfall, dass die Partei zu dem den Termin wahrnehmenden Rechtsanwalt ein besonderes Vertrauensverhältnis gehabt hat. Bei der Prüfung der Notwendigkeit einer bestimmten Rechtsverfolgungs- oder Rechtsverteidigungsmaßnahme ist eine **typisierende Betrachtungsweise geboten** (vgl. etwa BGH NJW-RR 2005, 1662; JurBüro 2010, 369 m. w. Nachw.). Darauf, ob nach der Klageerhebung ein persönliches Gespräch zwischen der Kl. und ihrem Prozessbevollmächtigten stattgefunden hat, kommt es mithin nicht an.

Der Erstattung der Reisekosten steht nicht entgegen, dass der Prozessbevollmächtigte der Kl. nicht an ihrem Wohnort niedergelassen ist. Macht die obsiegende Partei Reisekosten eines Rechtsanwalts geltend, der eine Partei vertritt, die bei einem auswärtigen Gericht verklagt wird und der weder am Gerichtsort noch am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässig ist („Rechtsanwalt am dritten Ort“), sind diese Kosten zwar regelmäßig nur bis zur Höhe der fiktiven Reisekosten eines am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässigen Rechtsanwalts zu erstatten (vgl. BGH NJW-RR 2004, 858; NJW-RR 2007, 1561; NJW-RR 2011, 1430 = WuM 2011, 433). Auch nach diesem Grundsatz sind aber die zugesprochenen Reisekosten zu erstatten, weil der Sitz des Prozessbevollmächtigten der Kl. näher zu den Dresdner Prozessgerichten gelegen ist.“ (BGH aaO)

ArbGG  
§ 11a I Nr. 1

**Prozesskostenhilfe für jur. Person  
Beordnung eines PKH-Anwalts**

ArbGG

(BAG in NJW 2011, 3532; Beschluss vom 03.08.2011 – 3 AZB 8/11)

Die **Beordnung eines PKH-Rechtsanwalts** nach § 11a I 1 ArbGG kann **nur zu Gunsten einer natürlichen Person** erfolgen.

„Nach § 11a I 1 ArbGG kann ein Rechtsanwalt nur einer Partei beigeordnet werden, die außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten. Diese Voraussetzung kann nur von natürlichen Personen erfüllt werden. **Juristische Personen und Parteien kraft Amtes sind auf die Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Beordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen des Prozesskostenhilferechts verwiesen** (a. A. Germelmann/Matthes/Prütting/Germelmann, § 11a Rn 9).“ (BAG aaO)

## Aus der Praxis

FAO  
§ 5 IV

**Fachanwaltszulassung**  
**Minder- oder Höhergewichtung von Fällen ist verfassungswidrig**  
(AGH Niedersachsen in AnwBl 2011, 957; Urteil vom 29.08.2011 – AGH 12/10)

RA/Nt

Die **Regelung des § 5 IV FAO verstößt gegen Art. 12 I, 3 I und 20 III GG** und ist deshalb nicht anzuwenden.

- I. Eine Norm, die wie § 5 IV FAO das Grundrecht des Rechtsanwalts aus Art. 12 I GG einschränkt (vgl. BVerfG BRAK-Mitt. 1998, 145), muss u. a. **Mindestanforderungen an das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot** erfüllen, denn ohne ausreichende Bestimmtheit bestünde die **Gefahr willkürlicher, weil beliebiger Gewichtungen** und damit auch die **Gefahr einer sachwidrigen Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Antragstellern**, die den Geboten der Art. 3 I, 20 III GG zuwider liefen.

**Hinreichende konkrete Anhaltspunkte dafür, wann und in welchem Umfang eine Minder- oder Höhergewichtung vorzunehmen ist, enthält § 5 Abs. 4 FAO nicht.**

1. Hier wird nur **allgemein** vorgesehen, dass „**Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit einzelner Fälle**“ zu einer **abweichenden Gewichtung führen kann**.

Während der **AGH Bremen** (BRAK-Mitt. 2004, 85) und ihm folgend der **Thüringer AGH** (BRAK-Mitt. 2005, 134) ohne nähere Begründung die Auffassung vertreten haben, dass jeder Fall zumindest mit 0,5 zu gewichten sei, hat der **BGH** (BRAK-Mitt. 2009, 177) nun entschieden, dass bei Wiederholungsfällen eine Mindergewichtung „mit einem Faktor von höchstens 0,2“ zulässig sei. Eine Begründung der Mindergewichtung gerade mit diesem Faktor erfolgt jedoch in diesem Beschluss des BGH ebenso wenig wie eine Auseinandersetzung mit der Frage der Verfassungsgemäßheit dieser Satzungsregelung.

2. Letztlich ist bei einer solchen Anwendung des § 5 IV FAO für einen Ast. **in keiner Weise vorhersehbar, ob** die von ihm in dem vorgegebenen Zeitraum **bearbeiteten und eingereichten Fälle ausreichen, um seine besonderen praktischen Erfahrungen i. S. des § 5 FAO nachzuweisen**.

*„So sieht bspw. § 5 I m) FAO vor, dass von dem Ast. 80 von ihm persönlich und weisungsfrei bearbeitete Fälle aus dem Bereich des Erbrechts nachgewiesen werden müssen. Folgt man der Auffassung des BGH aaO und lässt eine Mindergewichtung mit bis zu 0,2 pro Fall zu, würde dies, wenn man den ersten von mehreren Wiederholungsfällen mit 1,0 gewichtet, bedeuten, dass der Ast. die Bearbeitung von 396 Fällen nachweisen müsste. In § 5 I m) FAO ist jedoch vorgesehen, dass der Ast. zum Nachweis seiner besonderen praktischen Erfahrungen „80 Fälle, davon mindestens 20 rechtsförmliche Verfahren“, bearbeitet haben muss. Dies zeigt, dass grds. nicht nur „rechtsförmliche Verfahren“, sondern auch sonstige Fälle, z.B. Beratungen, als ein „Fall“ i. S. dieser Regelung anzusehen sind. Dies bestätigt letztlich auch der Wortlaut des § 5 IV FAO, nach dem „Umfang, Bedeutung und Schwierigkeit einzelner Fälle (...) zu einer höheren oder niedrigeren Gewichtung führen“ können.*

*Allein die vom Satzungsgeber vorgesehenen Kriterien „Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit“ für eine höhere oder niedrigere Gewichtung sind jedoch für sich genommen nicht geeignet, die für die Ast. bestehende Unsicherheit auf ein verfassungsrechtlich unbedenkliches Maß zu reduzieren, sodass auch eine verfassungskonforme Auslegung dieser Norm ausscheidet. Soweit in der Lit. (vgl. Klose BRAK-Mitt. 2008, 150) in diesem Zusammenhang eine Parallele gezogen wird zu der in § 14 RVG vorgesehenen Bestimmung der Rahmengebühren nach billigem Ermessen durch den Rechtsanwalt im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, ist zu bedenken, dass für die im Vergütungsverzeichnis zum RVG vorgesehenen Rahmengebühren jeweils eine Unter- und Obergrenze gesetzlich festgelegt ist. Auch eine solche Festlegung fehlt in § 5 IV FAO.“ (AGH Niedersachsen aaO)*

3. Gerade in dem auch aus verfassungsrechtlichen Gründen **stark formalisierten Fachanwaltszulassungsverfahren** (vgl. hierzu BGH BRAK-Mitt. 2010, 270, der unter Hinweis auf die Formalisierung des Nachweises der Fallbearbeitung innerhalb der 3-Jahres-Zeitraums auch einen unwesentlichen Teil der Bearbeitung eines dem jeweiligen Fachgebiet zuzuordnen Falles in dem maßgeblichen Zeitraum ausreichen lässt) kann eine derart systemwidrige und unbestimmte, das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit einschränkende Vorschrift keine Anwendung finden.

- II. AGH Niedersachsen aaO ist berechtigt, selbst über die Nichtigkeit des § 5 IV FAO wegen Verstoßes gegen Art. 12 I, 3 I, 20 III GG zu entscheiden und diesen nicht anzuwenden, da es sich nicht um ein formelles Gesetz, sondern um eine auf der Ermächtigungsgrundlage des § 59 b BRAO beruhende Satzung handelt (vgl. Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. Kap. II zu § 1 FAO). Es wird daher die Aufgabe der Satzungsversammlung sein, eine verfassungskonforme Regelung der Gewichtung einzelner Fälle im Sinne des § 5 FAO zu verabschieden. Solange dies nicht geschehen ist, ist eine **Höher- oder Mindergewichtung einzelner Fälle mangels einer rechtswirksamen Rechtsgrundlage nicht zulässig**.

BRAO  
§§ 1, 3I, 43a, 49b I

**Forderungskauf**  
**Verstoß gegen anwaltliches Berufsrecht**  
(OLG Frankfurt a.M. in NJW 2011, 3724; Urteil vom 13.04.2011 – 17 U 250/10)

RA/Nt

Die **Wirksamkeit einer Forderungsabtretung** an den Anwalt **setzt die Wirksamkeit der Honorarvereinbarung voraus**. Insoweit **können standeswidrige Rechtsgeschäfte zugleich sittenwidrig sein**, wenn der betreffende Berufsstand rechtlich anerkannt ist und wichtige Gemeinschaftsaufgaben zu erfüllen hat.

**Fall:** Der Kl., ein Rechtsanwalt, macht gegen die beklagte Bank Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter öffentlicher Kapitalmarktinformation und wegen Beratungspflichtverletzungen gegenüber seiner Mandantin geltend. Die Mandantin erwarb im Februar 2007 nach Beratung durch die Bekl. 5 Stück Global Champion Zertifikate der Lehman Brothers Treasury Co. B. V. zu einem Preis von jeweils 1.008,53 €. Der Kl. hat sich zunächst auf abgetretene Rechte seiner Mandantin berufen, hat aber dann behauptet, diese habe ihm ihre Ansprüche gegen Zahlung eines Entgelts unter Aufgabe jeglicher eigener Rechte an diesen Ansprüchen verkauft.

Der Geltendmachung des in Frage stehenden Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung einer die Bekl. mit der Anlageberatung treffenden Aufklärungspflicht aus dem Beratungsvertrag mit der Zedentin gem. § 280 BGB steht entgegen, dass der Kl. für die Geltendmachung der an ihn abgetretenen Forderung aus dem Beratungsvertrag nicht aktivlegitimiert ist.

I. Für die Frage einer **Unwirksamkeit des Forderungskaufs gem. § 134 I BGB** kommt es darauf an, ob der von dem Kl. mit der Zedentin geschlossene Forderungskauf deshalb nicht mit der gesetzlichen Regelung in § 49 b II BRAO, § 4 a RVG zu vereinbaren ist, weil die **Statthaftigkeit eines Erfolgshonorars für die anwaltliche Betätigung nur ausnahmsweise unter engen Voraussetzungen gegeben** sein soll und der **Aufkauf von Forderungen durch einen Rechtsanwalt als unzulässige Umgehung der nur unter engen Voraussetzungen möglichen Vereinbarung eines Erfolgshonorars** gewertet werden könnte.

1. Die der Entscheidung des **BVerfG** (NJW 2007, 979) Rechnung tragende Regelung des § 49 b II BRAO beruht auf der grds. Annahme, dass Vereinbarungen, die durch eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wurden, grds. als unzulässig zu gelten haben.

*„Mit diesem Verbot soll verhindert werden, dass der Rechtsanwalt in seiner Stellung als Organ der Rechtspflege den Ausgang eines Mandats zu seiner eigenen wirtschaftlichen Angelegenheit macht.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

2. Soweit die **Neuregelung in § 49 b II BRAO i. V. mit** der darin in Bezug genommenen Regelung in **§ 4 a RVG die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden darf, wenn der Auftraggeber auf Grund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der eigenen Rechtsverfolgung abgehalten würde**, liegen jedenfalls die für diesen Fall vorgesehenen Wirksamkeitsvoraussetzungen in § 4 a II RVG nicht vor.

*„Insbes. fehlt es an einer Benennung der ansonsten geltenden gesetzlichen Vergütung ebenso wie die notwendige Erfolgsbeschreibung gem. § 4 a II Nr. 2 RVG. Während sich danach der im konkreten Fall zu beurteilende Forderungskauf des Kl. in seiner Stellung als Rechtsanwalt für diesen im Ergebnis so auswirkt, dass er im Erfolgsfalle der Geltendmachung des streitgegenständlichen Schadensersatzanspruchs wegen einer Verletzung der fraglichen Aufklärungspflicht über die in diesem Fall verdienten gesetzlichen Gebühren hinaus auch noch einen mindestens 2/3 der geltend gemachten Klageforderung entsprechenden Betrag als zusätzliche Einnahme für sich verbuchen darf, besteht andererseits die Besonderheit der konkreten Gestaltung darin, dass der Kl. anders als bei der typischen Konstellation eines Erfolgshonorars seinerseits einen eigenen Geldbetrag aufwenden muss.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

3. Unabhängig von der Frage der möglichen Unwirksamkeit des anwaltlichen Forderungskaufs gem. § 134 I BGB wegen einer **gesetzwidrigen Umgehung der gesetzlichen Regelungen in § 49 b II BRAO, § 4 a RVG** ist die im Rahmen der anwaltlichen Betätigung erfolgte Verschaffung der Rechtsposition als **Forderungsinhaber** auf Grund des in Rede stehenden Forderungskaufs als **sittenwidrig i. S. des § 138 BGB** zu werten.

*„Insoweit können im Grundsatz standeswidrige Rechtsgeschäfte zugleich sittenwidrig sein, wenn der betreffende **Berufsstand rechtlich anerkannt ist und wichtige Gemeinschaftsaufgaben zu erfüllen hat** (Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 138 Rn 57 m. w. Nachw.). Auch wenn grds. nicht jeder **Verstoß gegen das Standesrecht** bereits die Anwendung des § 138 BGB zu rechtfertigen geeignet ist, verstößt die Betätigung des Kl. bei der Durchsetzung entsprechender Schadensersatzansprüche wegen **Verletzung der Aufklärungspflicht unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses der ordnungsgemäßen Berufungsausübung** fundamental gegen Grundsätze des anwaltlichen Berufsrechts und damit vorliegend auch gegen § 138 BGB.*

*Zu Recht hat das LG darauf abgestellt, es sei bereits mit der Vorstellung einer seriösen anwaltlichen Tätigkeit nicht zu vereinbaren, wenn der Kl. statt der ihm zugewiesenen **Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege** (§ 1 BRAO) und der dabei zugewiesenen Rolle als **Vertreter und Berater einer Partei** im konkreten Fall mit einem in der Person einer anwaltlich zu Beratenden entstandenen Anspruch als allein **eigenen wirtschaftlichen Interessen** verhafteter Anspruchsteller auftritt.*

*Auch wenn ein Anwalt generell nicht gehindert ist, eigene Ansprüche bei Gericht durchzusetzen, erhält in diesem Zusammenhang zusätzlich der Umstand besondere Bedeutung, dass der vorgelegte **Internetauftritt** des Kl. gerade auf einen systematisch betriebenen **Ankauf von Mandantenforderungen** hinweist, welcher als **gewerbliche Tätigkeit** des Kl. zu werten und damit **mit der Stellung eines Rechtsanwalts in Ausübung eines freien Berufs** gem. § 2 BRAO **nicht vereinbar** ist. Indem die Tätigkeit eines Rechtsanwalts kein Gewerbe ist, hat sein **Streben nach Gewinn zurückzutreten hinter seiner Funktion als Organ der Rechtspflege** mit der damit zugewiesenen Aufgabe, seine Mandanten richtig und angemessen zu beraten und zu vertreten (Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 6).*

*Wenn der Kl. in diesem Zusammenhang damit zu argumentieren sucht, es sei ihm mit dem Forderungserwerb nicht um die Gewinnerzielung sondern vielmehr ausschließlich darum gegangen, vorwiegend älteren Geschädigten im Zusammenhang mit der Lehman Insolvenz zu helfen, steht dies der Bewertung als gewerbliche Betätigung im Zusammenhang mit dem Ankauf entsprechender Forderungen und deren Durchsetzung nicht entgegen. Daran vermag auch der mit der Berufung hervorgehobene Umstand nichts zu ändern, dass der Kl. möglicherweise über seine Homepage nur für eine kurze Zeit mit der Möglichkeit des Forderungsverkaufs im Zusammenhang mit seiner anwaltlichen Tätigkeit geworben haben mag. Vielmehr reicht für eine gewerbliche Tätigkeit bereits die erste in Wiederholungsabsicht im Wege des Forderungskaufs erworbene Forderung, um künftig in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen bei unterschiedlichen Gerichten die erworbenen Ansprüche durchzusetzen. Diese gewerbliche Betätigung in Form des Forderungskaufs hinsichtlich ver-*

meintlicher Schadensersatzansprüche von Lehman-Geschädigten war demgemäß auf eine **gewerblich betriebene Forderungseinziehung** gerichtet, welche jedenfalls dann mit der anwaltlichen Tätigkeit im Rahmen eines freien Berufs als Organ der Rechtspflege nicht mehr in Einklang zu bringen und damit als sittenwidrig zu bewerten ist, wenn er damit als Alternative zur Durchführung des anwaltlichen Mandats wirbt.

Die Bewertung des Vorgehens des Kl. als sittenwidrig rechtfertigt sich im konkreten Fall auch aus der Gefährdung der rechtsuchenden Mandanten hinsichtlich der mit dem Ankauf von Forderungen der Mandanten drohenden besonderen Interessenkollision, indem die Gefahr droht, dass ein Rechtsanwalt seine besonderen Rechtskenntnisse im Zusammenhang mit den für den Mandanten nicht hinreichend einzuschätzenden Erfolgsaussichten zu eigenen finanziellen Vorteilen ausnutzt (Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, 7. Aufl., § 1 Rn 4).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- III. Die **Unabhängigkeit des Rechtsanwalts** gegenüber seinem Mandanten ist **erkennbar gefährdet**, wenn er sich von dem Mandanten einen Anspruch abtreten lässt und diesen im eigenen Namen geltend macht.

„Allein die **bloße Gefahr eines solchen Handels gefährdet die Interessen der Rechtspflege und das Vertrauen des rechtsuchenden Publikums in die Kompetenz und Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft** in einer Weise, dass sich daraus das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB ergibt. Diese erfasst zugleich auch die in Vollziehung des Forderungskaufs erfolgte Abtretung des für die Zedentin geltend gemachten Anspruchs, da dies gerade Ausfluss des rechtlich zu missbilligenden Vorgehens des Kl. ist.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

ZPO  
§ 511

**Anwaltschaftung**  
**Änderung des Streitgegenstands im Regressprozess**  
(BGH in NJW 2011, 3653; Beschluss vom 29.09.2011 – IX ZB 106/11)

ZPO

Eine **Berufung ist unzulässig**, wenn das **vorinstanzliche Begehren nicht weiterbetrieben, sondern im Wege der Klageänderung ein neuer, bislang nicht erhobenen Anspruch zur Prüfung unterbreitet wird**.

Wird daher die gegen einen Rechtsanwalt gerichtete Regressklage darauf gestützt, dass ein Vorprozess infolge **pflichtwidriger Prozessführung des Rechtsanwalts** verloren wurde, ist mangels Bekämpfung der erstinstanzlichen Beschwerde eine Berufung unzulässig, mit der erstmals geltend gemacht wird, der **Rechtsanwalt habe mangels Erfolgsaussichten bereits von der Einleitung des Vorprozesses abraten müssen**.

In einem solchen Fall wird nämlich in der Berufung, ohne dass die Beschwerde des Ersturteils angegriffen wird, ein **geänderter prozessualer Anspruch** geltend gemacht.

- I. Nach der heute **ganz h. M.** wird der Streitgegenstand durch den Klageantrag, in dem sich die von dem Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund) bestimmt, aus dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge ableitet. Eine Klageänderung liegt vor, wenn entweder der Klageantrag oder der Klagegrund ausgewechselt wird (BGH NJW 2008, 3570 = WM 2008, 2029).
- II. In der zuvor dargestellten Fallsituation ist im **Vergleich zu dem erstinstanzlichen Vorbringen** lediglich der **Klageantrag teildentisch**. Die Kl. hat indessen den **Klagegrund** mit der Folge einer Klageänderung und der Unanwendbarkeit des § 264 ZPO **ausgewechselt**.

„Der Mandant, der im Vorprozess mit seiner Klage nicht durchgedrungen ist, kann seinen Kostenschaden auf **zwei sich wechselseitig ausschließende Sachverhaltsalternativen** gründen: Einmal kann er behaupten, dass der Vorprozess bei pflichtgemäßem Vorgehen des Anwalts gewonnen und ihm folglich keine Kostenpflicht auferlegt worden wäre. Hier wird der Kostenschaden regelmäßig neben den Schaden treten, der im Verlust der Hauptsache liegt.

Zum anderen kann der Mandant geltend machen, der **Anwalt habe den aus Rechtsgründen nicht gewinnbaren Vorprozess gar nicht erst einleiten dürfen** (Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl., Rn 926). Mit Rücksicht auf den gegensätzlichen Sachverhalt handelt es sich dabei um unterschiedliche Streitgegenstände (BGH NJW-RR 2008, 1508 = WM 2008, 1612; BGH NJW-RR 2008, 1235 = WM 2008, 1560).

Bei dieser Sachlage hat die Kl. im Berufungsrechtszug eine **Klageänderung** vorgenommen: Sie hat abweichend von dem ersten Rechtszug nicht mehr die Verfahrensführung durch den Bkl. in dem Vorprozess beanstandet, sondern ihm **ausschließlich die Einleitung des Vorprozesses angelastet**. Dementsprechend wurde der erstinstanzlich neben dem Kostenschaden auch auf Ersatz des Verlusts in der Hauptsache gerichtete Antrag im Berufungsrechtszug auf den Kostenschaden reduziert. Der allein auf Ersatz des Kostenschadens gerichtete Antrag beruht indessen auf einem neuen tatsächlichen Vorbringen. Infolge der damit gegebenen **Änderung des Streitgegenstands** liegt der Berufung **ausschließlich eine Klageänderung zu Grunde**.“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 93

**sofortiges Anerkenntnis**  
**nicht nach unbeschränktem Widerspruch gegen Mahnbescheid**  
(OLG Naumburg in NJOZ 2011, 1937; Beschluss vom 31.12.2010 – 10 W 20/10)

ZPO

Nach einem **Widerspruch gegen einen Mahnbescheid** kommt eine **Anwendung des § 93 ZPO nur noch dann** in Betracht, wenn der **Widerspruch auf die Kosten beschränkt** wurde.

- I. Ob ein **Anerkenntnis mit der Wirkung des § 93 ZPO noch möglich** ist, wenn der Schuldner gegen einen Mahnbescheid einen gegen den Anspruch insgesamt gerichteten Widerspruch einlegt, **wird in Rspr. und Schrifttum kontrovers diskutiert**.
- Ein **Teil der Lit.** vertritt zwar hierzu die Ansicht, dass der gegen einen Mahnbescheid erhobene unbeschränkte Widerspruch der Rechtzeitigkeit eines späteren Anerkenntnisses nicht entgegensteht.

vgl. Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 93 Rn 9; Zöller/Vollkommer, § 91 a Rn 58 Stichwort „Mahnverfahren“; Fischer MDR 2001, 1336 m. w. Nachw.

- Demgegenüber wird **überwiegend die Meinung** vertreten, dass eine Anwendung des § 93 ZPO nur in Betracht kommt, wenn der Widerspruch auf die Kosten beschränkt wurde. Etwas Anderes soll nur dann gelten, wenn der Bekl. zur Überprüfung des Anspruchs unverschuldet nicht in der Lage ist, etwa weil sich aus dem Mahnbescheid nicht entnehmen lässt, aus welchen Einzelpositionen sich die Forderung zusammensetzt.

vgl. OLG Schleswig MDR 2006, 228; MüKo-ZPO/Giebel, § 93 Rn 29 m. w. Nachw.; Prütting/Gehrlein, § 93 Rn 4 m. w. Nachw.; Zöller/Herget, § 93 Rn 6 Stichwort „Mahnverfahren“; offenlassend BGH BeckRS 2009, 10089; OLG Naumburg NJW-RR 2000, 1666 = JurBüro 1999, 597; BGH BeckRS 2009, 10089; MüKo-ZPO/Giebel § 93 Rn 29 m. w. Nachw.

II. **OLG Naumburg aaO** schließt sich der zuletzt genannten vorherrschenden Meinung an.

*„Dem Bekl. war es hier ohne Weiteres möglich, seinen Widerspruch gegen den Mahnbescheid der Kl. gem. § 694 I ZPO auf die Kosten zu beschränken. Die **Pflicht zur Beschränkung des Widerspruchs auf die Kosten** folgt zudem aus dem **Gebot der möglichst kostensparenden Prozessführung**, an das sich beide Parteien halten müssen, mithin auch der Bekl. (vgl. OLG Schleswig MDR 2006, 228). Er hat sich gleichwohl positiv zur Erhebung eines Widerspruchs entschlossen, der sich gegen den Anspruch insgesamt richtete. Wer aber ein solches Verhalten im Mahnverfahren aufzeigt, macht deutlich, dass er auch vorprozessual Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hätte.“* (OLG Naumburg aaO)

StVG

**Verwertungsverbot**

StVG

§ 4 III 1 Nr. 2

**Eintragungen im Verkehrszentralregister**

(OVG Magdeburg in NJW 2011, 3466; Beschluss vom 18.08.2011 – 3 M 348/11)

- I. **Rechtsgrundlage** für die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar ist **§ 4 III 1 Nr. 2 StVG**. Danach hat die Fahrerlaubnisbehörde gegenüber den Inhabern einer Fahrerlaubnis die Teilnahme an einem Aufbauseminar anzuordnen und hierfür eine Frist zu setzen, wenn sich 14, aber nicht mehr als 17 Punkte ergeben.
- II. Eine **Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister kann** zur Anordnung eines Aufbauseminars nach § 4 III 1 Nr. 2 StVG **nach Ablauf eines Zeitraums, der einer fünfjährigen Tilgungsfrist entspricht, nicht mehr verwertet werden**.

1. Gem. **§ 29 VIII 1 StVG** dürfen die Tat und die Entscheidung einem Betroffenen für die Zwecke der Beurteilung der Eignung und Befähigung von Personen zum Führen von Kraftfahrzeugen (§ 28 II Nr. 1 StVG) nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwendet werden, wenn eine Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister getilgt ist. Unterliegen diese Eintragungen einer zehnjährigen Tilgungsfrist, dürfen sie nach Ablauf eines Zeitraums, der einer fünfjährigen Tilgungsfrist entspricht, gem. § 29 VIII 2 StVG nur noch für ein Verfahren übermittelt und verwendet werden, das die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis zum Gegenstand hat.

2. **OVG Magdeburg aaO** hält es nicht für gerechtfertigt, wegen der Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar die fünfjährige Frist mit der Begründung hinauszuschieben, die Anordnung bilde die Vorstufe zu einer Fahrerlaubnisentziehung, weil die Nichtteilnahme an einem Aufbauseminar die Entziehung der Fahrerlaubnis nach Maßgabe des § 4 VII 1 StVG nach sich ziehe.

- a) Nach dem **Wortlaut des § 29 VIII 2 StVG** ist die Möglichkeit der Verwertung über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus beschränkt auf ein Verfahren, das die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis „zum Gegenstand hat“. Wollte man davon ausgehen, dass die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar eine Vorstufe zur Fahrerlaubnisentziehung ist, so würde die zehnjährige Verwertungsmöglichkeit über den Wortlaut der Regelung hinaus auf die Verfahren erstreckt, die nicht eine Entziehung der Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben, sondern Voraussetzung für ein möglicherweise künftig einzuleitendes Verfahren zur Fahrerlaubnisentziehung sind.

*„Entgegen der Auffassung des Ag. kann aus der Bezugnahme auf „diese Eintragungen“ im Wortlaut der Regelung des § 29 VIII 2 StVG nicht geschlossen werden, dass nach § 29 VIII 2 StVG nur solche Eintragungen einer besonderen Regelung hinsichtlich der Befugnis zur Übermittlung und Verwertung zugeführt werden, die im Verkehrszentralregister nach § 29 VIII 1 StVG bereits gelöscht sind. Denn ein solches Verständnis verkennt, dass eine im Verkehrszentralregister getilgte Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung bereits nach § 29 VIII 1 StVG nicht mehr vorgehalten und nicht mehr zum Nachteil des Betroffenen verwertet werden darf. Die Verwendung der Worte „diese Eintragung“ in § 29 VIII 2 StVG knüpft nicht an im Verkehrszentralregister getilgte Eintragungen an, sondern an eine Eintragung „über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister“.“* (OVG Magdeburg aaO)

- b) Auch aus der **Entstehungsgeschichte** lässt sich nach Auffassung des OVG Magdeburg aaO nicht belegen, dass die Ausnahme der zehnjährigen Verwertbarkeit gerichtlicher Entscheidung nach § 29 VIII 2 StVG über den Wortlaut der Regelung hinaus auch auf Verfahren erstreckt werden dürfte, die nicht die Entziehung der Fahrerlaubnis, sondern die Teilnahme an einem Aufbauseminar zum Gegenstand haben.

*„Der Wortlaut des Gesetzes geht zurück auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung, in dem in den Einzelbegründungen zu der Regelung in § 29 VIII StVG-E ausgeführt ist (BT-Dr 13/6914, S. 76):*

*„Abs. 8 enthält das – bisher noch nicht gesetzlich fixierte – Verwertungsverbot für getilgte und tilgungsreife Entscheidungen, das bisher nur aus Sinn und Zweck des Registers hergeleitet wurde.*

*Die Verwertungsregelungen des Bundeszentralregistergesetzes bleiben unberührt. Dies gilt auch für das Verwertungsverbot für Entscheidungen, die auch im Bundeszentralregister eingetragen und dort bereits getilgt sind. Um*

die Einhaltung des Verbots auch in der Praxis sicherzustellen, wird in S. 2 die Verwertung dieser Entscheidungen auf eine Tilgungsfrist von fünf Jahren begrenzt. Hiervon ausgenommen ist die Verwertung für die Prüfung der Berechtigung zum Führen von Kraftfahrzeugen sowie für Verfahren, die die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben. Insoweit sind die Regelungen für das VZR maßgeblich.

Außerdem wird durch eine Änderung des § 52 BZRG (vgl. Art. 5) die bisher mögliche unbefristete („ewige“) Verwertung für Verfahren, die die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben, abgeschafft. Durch die neue Regelung in Abs. 8 des § 29 StVG wird künftig die Verwertung auf die dort vorgesehenen Fristen begrenzt.

Abs. 8 trifft nur eine Regelung für die im VZR erfassten gerichtlichen Entscheidungen, weil solche Entscheidungen – obgleich im VZR getilgt und gelöscht – möglicherweise noch im BZR stehen. Für die nur im VZR enthaltenen Eintragungen (Ordnungswidrigkeiten und Verwaltungsentscheidungen) bedarf es keines ausdrücklichen Verwertungsverbots, wenn diese im VZR getilgt und nach Abs. 7 gelöscht sind.“

Zwar geht das VG sehr wohl zutreffend davon aus, dass diese Bestimmung zur Lösung von Konflikten bei den Regelungen über Tilgung und Verwertung zwischen dem Bundeszentralregister und dem Verkehrszentralregister dienen soll. Das rechtfertigt indes noch nicht den Schluss, dass die Regelung in § 29 VIII 2 StVG für die Verwertung gerichtlicher Entscheidungen im Rahmen eines auf die Entziehung gerichteten Verwaltungsverfahrens über den Wortlaut hinaus auch auf Verfahren anzuwenden sein soll, die auf die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar gerichtet sind. Immerhin soll sich die Ausnahme auch nach der Gesetzesbegründung beschränken auf „... Verfahren, die die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben.“ (OVG Magdeburg aaO)

- c) Schließlich spricht zudem die **Gesetzessystematik** dafür, ein auf die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar nach § 4 III 1 Nr. 2 StVG gerichtetes Verfahren nicht einem Verfahren zur Entziehung einer Fahrerlaubnis gleichzusetzen.

„Wenn nämlich der Gesetzgeber in § 28 III StVG wegen der im Verkehrszentralregister zu speichernden Daten zwischen der Entziehung einer Fahrerlaubnis (§ 28 III Nr. 6 StVG) auf der einen Seite und Maßnahmen der Fahrerlaubnisbehörde nach § 4 III 1 Nrn. 1 und 2 StVG (§ 28 III Nr. 11 StVG) auf der anderen Seite unterscheidet, so spricht dies dafür, ausgehend von dieser Unterscheidung bei der Aufnahme von Daten in das Verkehrszentralregister auch für die Verwertung an dieser Unterscheidung festzuhalten und die zehnjährige Verwertungsmöglichkeit nach § 29 VIII 2 StVG auf die Verfahren zu beschränken, die die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben.

Sinn und Zweck der Regelungen über das Verwertungsverbot ist es, die bis dahin mögliche („ewige“) Verwertung für Verfahren, die die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis zum Gegenstand habe, abzuschaffen und durch § 29 VIII 2 StVG die Verwertung „auf die dort vorgesehenen Fristen“ (vgl. BT-Dr 13/6914, S. 76) zu begrenzen. Die dort vorgesehenen Fristen unterscheiden indes hinreichend klar zwischen einer zehnjährigen Verwertungsmöglichkeit für ein Verfahren, das auf die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis gerichtet ist, und der Begrenzung der Verwertung auf eine fünfjährige Frist für weitere verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Verfahren.“ (OVG Magdeburg aaO)

StVO  
§ 49 III Nr. 4

### Geschwindigkeitsüberschreitung durch Fahrtunterbrechung „vergessene“ Geschwindigkeitsbeschränkung (OLG Oldenburg in NJW 2011, 3593; Beschluss vom 16.09.2011 – 2 SsRs 214/11)

StVO

Wer als **Fahrer eines Kfz** vor dem Erreichen eines Park-/Rastplatzes ein die Höchstgeschwindigkeit begrenzendes Verkehrszeichen passiert, kann sich **nach dem Verlassen des Park/Rastplatzes und Weiterfahrt in die ursprüngliche Richtung nicht damit entlasten**, dass sich nicht unmittelbar nach der Ausfahrt des Parkplatzes erneut ein entsprechendes Verkehrszeichen befunden und **er die angeordnete Geschwindigkeitsbegrenzung mittlerweile vergessen habe**.

„Soweit im Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde auf die Entscheidung des BayObLG in VRS 73 (1987), 76 abgestellt wird, lag dem ein anderer Sachverhalt zu Grunde. Dort hatte der Betroffene die Bundesstraße, auf der ein Überholverbot angeordnet war, „in jüngster Vergangenheit befahren“. Hierzu hat das BayObLG ausgeführt, dass ein Kraftfahrer nicht verpflichtet sei und keinen Anlass habe, die **Wahrnehmung eines eine Verkehrsbeschränkung anordnenden Verkehrszeichens über die Zeit bis zum Verlassen des Geltungsbereichs des Zeichens hinaus seinem Gedächtnis einzuprägen**, wobei dieses unabhängig von der Länge der seit dem letzten Befahren der Strecke verstrichenen Zeit gelte. Hier war es allerdings so, dass der Betr. den Geltungsbereich des Verkehrszeichens, bezogen auf die M.-Straße, gerade nicht verlassen hatte.

Auch aus der vom Betr. zitierten Entscheidung des OLG Hamm (VerkMitt. 1972, 96) ergibt sich nichts anderes. Zwar hat das OLG Hamm dargelegt, dass ein Rechtssatz des Inhalts, dass ein Kraftfahrer, der von einem Grundstück auf eine Straße fahre, sich vorher darüber informieren müsse, welche Streckenverbote angeordnet seien, zumindest im Hinblick auf ein eventuelles Überholverbot nicht bestehe. In dieser Entscheidung hat das OLG allerdings auch ausgeführt, dass, sollte sich in **Fahrtrichtung** des Betroffenen vor der Grundstückseinfahrt bereits ein Überholverbotszeichen befunden haben, dieses Zeichen für den Betroffenen auch nach Verlassen des Grundstücks und der anschließenden Weiterfahrt in der ursprünglichen Richtung seine Wirkung behalten hätte. So liegt der Fall auch hier, lediglich mit der Abweichung, dass der Parkplatz dem öffentlichen Verkehr zugänglich war.

Da das **Streckenverbot** bis zum Ort der Messung **nicht aufgehoben war**, galt es für den Betr. fort. Zwar soll unter anderem das Zeichen 274 hinter Kreuzungen und Einmündungen wiederholt werden, an denen mit dem Einbiegen **ortsunkundiger Kraftfahrer** zu rechnen ist. Hier war es allerdings so, dass der Betr. den Parkplatz nur erreichen konnte, nachdem er zuvor das die Geschwindigkeit begrenzende Zeichen passiert haben musste. Selbst wenn man die Zufahrt zum Parkplatz mit einer Einmündung gleichsetzen würde, wäre allein hierdurch das Streckenverbot nicht aufgehoben worden (vgl. Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR, 41. Aufl., § 3 StVO Rn 45 b m. w. Nachw.).“ (OLG Oldenburg aaO)

## Steuerrecht

ESTG  
§ 7g I, III

### Ansparabschreibungen Software

SteuerR

(BFH in NJW 2011, 3679; Urteil vom 18.05.2011 – X R 26/09)

Eine **Ansparabschreibung gem. § 7g III EStG** kann **nicht für Software** gewährt werden, da es sich hierbei um ein **immaterielles Wirtschaftsgut** handelt. Das gilt grds. auch dann, wenn es sich um Standardsoftware handelt, die auf einem Datenträger gespeichert ist.

I. Nach § 7g III EStG können Steuerpflichtige für die künftige Anschaffung oder Herstellung eines Wirtschaftsguts i. S. des Abs. 1 eine den Gewinn mindernde Rücklage bilden (Ansparabschreibung). § 7g I EStG betrifft die Vornahme von Sonderabschreibungen für neue bewegliche Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens.

1. **Beweglich oder unbeweglich können** nach allgemeiner Auffassung **nur materielle Wirtschaftsgüter sein**.

st. Rspr., vgl. BFHE 128, 289; BFHE 150, 259 m. w. Nachw.; BFHE 158, 250; BFHE 175, 184; BFH NJW 1995, 615, sowie BFHE 223, 567 = DStRE 2009, 220; Hermann/Heuer/Raupach, § 7 EStG Rn 315; Blümich/Schreiber, § 5 EStG Rn 335; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 30. Aufl., § 5 Rn 115

2. Materielle Wirtschaftsgüter sind **körperliche Gegenstände**, ferner die auf konkrete materielle Werte gerichteten **Finanzwerte i. S. von § 266 II A III. HGB**. Immaterielle Wirtschaftsgüter unterscheiden sich davon durch ihre Unkörperlichkeit; es handelt sich zumeist um **geistige Werte**, z. B. Ideen und Rechte (grdl. BFHE 216, 168 = DStR 2007, 848).

Bei **einheitlichen Wirtschaftsgütern**, die sich aus **materiellen und immateriellen Komponenten** zusammensetzen, **entscheidet** die im Vordergrund stehende **wirtschaftliche Bedeutung über die Qualifikation**. Entscheidend ist, ob es dem Erwerber überwiegend auf den materiellen oder den immateriellen Gehalt ankommt, ob der Verkörperung eine eigenständige Bedeutung zukommt oder ob sie lediglich als „Träger“ den immateriellen Gehalt festhalten soll (vgl. BFHE 223, 567).

3. **Computerprogramme** jedweder Art sind grds. auch dann, wenn sie auf einem Datenträger gespeichert und demnach aus materiellen und immateriellen Elementen zusammengesetzt sind, **unkörperlicher Natur** und daher **immaterielle Wirtschaftsgüter**.

a) Der **BFH** behandelt in **st. Rspr.** selbstständige Software aller Kategorien grds. als immaterielles Wirtschaftsgut.

vgl. BFHE 128, 289; BFHE 150, 259; BFHE 158, 250; BFHE 175, 184 = NJW 1995, 615; BFHE 216, 168 = DStR 2007, 848

Eine **Ausnahme** gilt lediglich für **Datensammlungen, die keine Befehlselemente enthalten**, jedenfalls dann, wenn die Daten, wie etwa Zahlen oder Buchstaben, allgemein bekannt und jedermann zugänglich sind (BFHE 153, 269 = NJW 1988, 2504). Bereits für eine Sammlung von Telexadressen hat der BFH diese Voraussetzungen verneint und ist von einem immateriellen Wirtschaftsgut ausgegangen (BFHE 154, 573).

b) Diese Rspr. entspricht den **allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern**. BFH aaO hält an dieser Auffassung fest.

*„Es besteht kein Anlass, mit Rücksicht auf die Entwicklung der Informationstechnologie oder die zunehmende Bedeutung und Verfügbarkeit von Software immaterielle Wirtschaftsgüter insgesamt als bewegliche Wirtschaftsgüter zu behandeln.*

*Bei der Beurteilung der Frage, ob der materielle oder immaterielle Gehalt des angeschafften oder anzuschaffenden Wirtschaftsguts überwiegt, kommt es darauf an, auf welches Wirtschaftsgut sich der künftige Anschaffungsvorgang bezieht. Denn allein dieser ist Gegenstand von § 7g III EStG. **Nicht maßgebend ist daher, welche Funktion die Software bei dem Erwerber nach ihrer Verbindung mit dem bei dem Erwerber bereits vorhandenen Gerät, für dessen Betrieb sie bestimmt ist, besitzt.** Ob nach dieser Verbindung der Schwerpunkt des aus dem bisherigen Gerät und der neu erworbenen Software bestehenden „Gesamtpakets“ auf materiellen oder immateriellen Elementen liegt, ist daher für die Frage, wie der isolierte Erwerb von Software zu beurteilen ist, nicht erheblich. Wie es zu beurteilen wäre, wenn der Kl. zusammen mit der Systemsoftware, die Gegenstand der Ansparabschreibung war, die für deren Nutzung und Anwendung erforderliche Hardware hätte erwerben wollen, ist im vorliegenden Verfahren deshalb nicht zu beantworten.“ (BFH aaO)*

II. Ist die **geplante Anschaffung ausschließlich auf Software gerichtet**, **beschränkt sich der materielle Gehalt** des zu erwerbenden Wirtschaftsguts **auf den Datenträger**.

*„Der Datenträger, der bei der Veräußerung von Software übergeben wird, dient dazu, die Software zu transportieren und in einen Computer zu übertragen. Eine **weitere Funktion oder einen nennenswerten wirtschaftlichen Wert besitzt der Datenträger nicht**. In der Regel verliert er mit einmaliger Übertragung des Programms in einen Datenspeicher des Computers seine Bedeutung. Er **gleicht** allenfalls noch **einer schützenden Verpackung**.*

*Zudem hat der Datenträger als solcher noch weiter an Bedeutung verloren, seitdem es möglich ist, Software durch Herunterladen aus dem Internet zu erwerben und zu installieren. Dem steht nicht entgegen, dass auch in solchen Fällen die Software vor und nach dem Übertragungsvorgang bei Veräußerer und Erwerber in irgendeiner Form gespeichert ist. Der Anschaffungsvorgang selbst findet in solchen Fällen ohne die Übergabe eines Datenträgers statt. Vor diesem Hintergrund ist die in der Recht-*

sprechung vorgenommene Qualifikation der Software als immaterielles Wirtschaftsgut nicht etwa durch technische Entwicklungen überholt, sondern bestätigt und verstärkt worden. Das gilt auch dann, wenn es sich um Standardsoftware handelt, die in unveränderter Weise vervielfältigt und ohne Anpassung an etwaige individuelle Bedürfnisse des Anwenders vertrieben wird. Die Vervielfachung und Verbreitung und deren Häufigkeit führt bei Software nicht dazu, dass die Bedeutung der Verkörperung auf einem Datenträger den in der Software liegenden geistigen Gehalt überwiegt.“ (BFH aaO)

III. Schließlich ist die **Rspr. des BGH zur Behandlung von Software nicht übertragbar**, da ihr andere Fragestellungen zu Grunde liegen.

- In der Entscheidung **BGHZ 102, 135 = NJW 1988, 406** hatte der BGH sich mit der Frage zu befassen, nach welchen Regeln für fehlerhafte Software Gewähr zu leisten sei. Er ist zu der Auffassung gekommen, dass in Fällen der verkaufswweisen Überlassung von Programmkopien mit inhaltlich fehlerhaftem Programm die Sachmängelhaftung der §§ 459 ff. BGB zumindest entsprechend anwendbar sei.

Der BGH hat in diesem Urteil allerdings auch ausgeführt, dass der eigentliche wirtschaftliche Wert eines Computerprogramms sich aus den darin gespeicherten Informationen und Befehlsfolgen ergebe, die als solche eine geistige Leistung, jedenfalls ein immaterielles Gut darstellten. Software werde definiert als das, was man im Gegensatz zur Hardware „nicht anfassen kann“. Als körperliche Sache hat er die Software demnach gerade nicht bezeichnet. Er hat im Weiteren zwar ausgeführt, dass Kaufgegenstand ein Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm sei, „insofern“ also eine körperliche Sache. Mit diesen Ausführungen sollte ihrem Zusammenhang nach aber nur begründet werden, warum die zumindest entsprechende Anwendung der Regeln über die Sachmängelhaftung sachgerecht sei.

- in einer anderen Entscheidung (**BGHZ 109, 97 = NJW 1990, 320**), die die Anwendbarkeit des nur für bewegliche Sachen geltenden Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte betraf, hat der BGH wiederholt, dass Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm bewegliche Sachen seien, bei unmittelbarer Überspielung eines Programms ohne das Medium des Datenträgers das Abzahlungsgesetz allerdings angesichts seines Schutzzwecks zumindest entsprechend anwendbar sei.
- In einer weiteren Entscheidung, die die ebenfalls für bewegliche Sachen geltende Rügeobliegenheit des Käufers gem. §§ 377, 381 II HGB betraf, hat der BGH (**NJW 1993, 2436**) ausgeführt, Software sei als bewegliche Sache anzusehen, wenn – und dies sei entscheidend – sie auf einem Datenträger verkörpert sei.

„Sämtliche Entscheidungen gehen davon aus, dass die **Software zwar – regelmäßig – an einen Datenträger gebunden ist, aber nicht durch dessen Körperlichkeit geprägt wird**. Folgerichtig ist der BGH in den beiden erstgenannten Entscheidungen lediglich von einer entsprechenden Anwendung der für bewegliche Sachen einschlägigen Rechtsvorschriften auf Software ausgegangen. Das Urteil in NJW 1993, 2436 betraf einen einheitlichen Kauf von Hard- und Software.

Für § 7g EStG wie für die Bilanzierungsvorschriften, an die die Definition des beweglichen Wirtschaftsguts sowie die Abgrenzung zwischen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern anknüpft, ist die äußere Form, in der das angeschaffte oder anzuschaffende Wirtschaftsgut gehandelt wird, ohne Bedeutung; entscheidend ist, ob der Verkörperung eine eigenständige Funktion zukommt.“ (BFH aaO)

IV. Auch der **Rspr. des BFH** ist im Ergebnis nichts Abweichendes zu entnehmen.

- In der Entscheidung **BFHE 182, 423** wurde ausgeführt, dass die Veräußerung von Standardsoftware durch einen Händler keine Einräumung, Übertragung oder Wahrnehmung von Rechten sei, die sich aus dem Urheberrechtsgesetz ergäben, so dass die Steuerermäßigung nach § 12 II Nr. 7c UStG nicht zu gewähren sei. Die umsatzsteuerliche Behandlung hängt indes nicht von der ertragsteuerlichen Behandlung der Software ab.
- Auch nach der Entscheidung **BFHE 223, 228 = DStRE 2009, 130** ist **Standardsoftware „Ware“ i. S. von § 2a II EStG**, sofern sie, gleich auf welchem Datenträger, verkörpert sei.

Der IX. Senat hebt ausdrücklich hervor, dass er mit seiner Auslegung des Begriffs der Ware i. S. des § 2a II EStG nicht von der Rspr. des BFH zu den Investitionszulagengesetzen abweiche; in seinem Fall gehe es allein um die Auslegung des Begriffs „Ware“ und nicht darum, ob und inwieweit Computerprogramme zu immateriellen Wirtschaftsgütern im Sinne der Fördergesetze zählten.

„Der Senat kann offenlassen, ob er den dort angesprochenen Gedanken folgen könnte, dass – jedenfalls bei Büchern und Tonträgern – die Vervielfältigung und die Häufigkeit der Materialisierung zu einer Umwandlung in materielle Wirtschaftsgüter führe. Wie bereits ausgeführt, **beeinflusst weder die Vervielfältigung als solche noch die vielfache Speicherung auf Datenträger die gegenüber dem materiellen Wert des Datenträgers überwiegende Bedeutung des geistigen Gehalts der Software**. Ebenso ist nicht von Bedeutung, ob der Erwerber die Software verändern kann und darf.

Die **Sachlage ist bei Büchern und Tonträgern insofern wesentlich anders, als dort der Wert und die Wertschätzung des Objekts nicht zuletzt von der Materialisierung abhängen**. Hinzu tritt, dass der Erwerber eines Buches darüber wie über jedes andere materielle Wirtschaftsgut frei verfügen, es namentlich weiterveräußern oder verschenken kann, während der Erwerb von Software regelmäßig an Lizenzvereinbarungen geknüpft ist, wie dies typisch für die immaterielle Wirtschaftsgüter darstellenden geistigen Werte (Ideen und Rechte) ist.“ (BFH aaO)

EStG  
§ 9

### Auswärtstätigkeit Einsatz in verschiedenen Filialen

SteuerR

(BFH in NJW 2011, 3392; Urteil vom 09.06.2011 – VI R 36/10)

Ein Arbeitnehmer übt eine **Auswärtstätigkeit** aus, wenn

- er **in verschiedenen Filialen seines Arbeitgebers wechselnd tätig** ist und
  - **keine der Tätigkeitsstätten eine hinreichend zentrale Bedeutung** gegenüber den anderen Tätigkeitsorten hat.
- I. **Mehraufwendungen für die Verpflegung** des Steuerpflichtigen sind gem. § 9 V i.V.m. § 4 V 1 Nr. 5 S. 1 EStG **nicht abziehbare Werbungskosten**.



Wird der Steuerpflichtige jedoch **vorübergehend von seiner Wohnung und dem Mittelpunkt seiner dauerhaft angelegten betrieblichen Tätigkeit entfernt betrieblich tätig**, so ist nach Satz 2 der Vorschrift für jeden Kalendertag, an dem der Steuerpflichtige wegen dieser vorübergehenden Tätigkeit von seiner Wohnung und seinem Tätigkeitsmittelpunkt über eine bestimmte Dauer abwesend ist, ein nach dieser Dauer **gestaffelter Pauschbetrag** abzusetzen.

Dies **gilt entsprechend, wenn der Steuerpflichtige** bei seiner individuellen beruflichen Tätigkeit typischerweise nur **an wechselnden Tätigkeitsstätten oder auf einem Fahrzeug tätig** wird (§ 4 V 1 Nr. 5 S. 3 EStG).

Der Begriff des Tätigkeitsmittelpunkts (§ 4 Nr. 5 S. 1 Nr. 5 S. 2 EStG) entspricht dem Begriff der (regelmäßigen) Arbeitsstätte i.S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG.

II. Fahrten zwischen Wohnung und wechselnden Tätigkeitsstätten sind gem. § 9 I 1 EStG mit den tatsächlichen Kosten als Werbungskosten zu berücksichtigen. Die Regelung des **§ 9 I 3 Nr. 4 EStG** kommt nicht in Betracht, denn die Vorschrift **erfasst nur Fahrten zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte**.

1. **Regelmäßige Arbeitsstätte** i.S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG ist (nur) der (**ortsgebundene**) **Mittelpunkt der dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit** des Arbeitnehmers (vgl. BFHE 209, 523; BFHE 209, 515; BFH BFH/NV 2006, 53) und damit der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine aufgrund des Dienstverhältnisses geschuldete Leistung zu erbringen hat (BFHE 199, 329; BFHE 209, 523; BFH BFH/NV 2006, 53). Dies ist **im Regelfall der Betrieb oder eine Betriebsstätte des Arbeitgebers**, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist und die er nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit, also fortdauernd und immer wieder aufsucht (BFHE 231, 127 m. w. Nachw.).

2. Liegen diese Voraussetzungen vor, so konnte ein Arbeitnehmer nach bisher **st. BFH-Rspr.** auch **mehrere regelmäßige Arbeitsstätten nebeneinander** innehaben (vgl. zuletzt BFHE 209, 515 für mehrere im Wechsel aufgesuchte Busdepots bei einem Linienbusfahrer, und BFH BFH/NV 2006, 53 für mehrere im Wechsel aufgesuchte Rettungstationen bei einem Rettungsassistenten).

**Hieran hält BFH aaO jedoch nicht länger fest.**

*„Denn der ortsgebundene Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit des Arbeitnehmers kann nur an einem Ort liegen. Nur insoweit kann sich der Arbeitnehmer auf die immer gleichen Wege einstellen und so (etwa durch Fahrgemeinschaften, öffentliche Verkehrsmittel oder eine zielgerichtete Wohnsitznahme in der Nähe der regelmäßigen Arbeitsstätte) auf eine **Minderung der Wegekosten** hinwirken. Damit stellt sich § 9 I 3 Nr. 4 EStG auch nur insoweit als sachgerechte und folgerichtige **Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip** dar. Übt der Arbeitnehmer hingegen an mehreren betrieblichen Einrichtungen des Arbeitgebers seinen Beruf aus, ist es ihm regelmäßig nicht möglich, die anfallenden Wegekosten durch derartige Maßnahmen gering zu halten. Denn die unter Umständen nicht verlässlich vorhersehbare Notwendigkeit, verschiedene Tätigkeitsstätten aufsuchen zu müssen, erlaubt es dem Arbeitnehmer nicht, sich immer auf die gleichen Wege einzustellen. In einem solche Fall lässt sich die Einschränkung der Steuererheblichkeit von Wegekosten durch die Entfernungspauschale (§ 9 I 3 Nr. 4 EStG) nicht rechtfertigen.“* (BFH aaO)

III. Ist der **Arbeitnehmer in mehreren betrieblichen Einrichtungen des Arbeitgebers tätig**, sind deshalb die **Umstände des Einzelfalles zu würdigen** und der ortsgebundene Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit zu bestimmen.

*„Hierbei ist insbes. zu berücksichtigen, **welcher Tätigkeitsstätte** der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber **zugeordnet** worden ist, welche Tätigkeit er an den verschiedenen Arbeitsstätten im Einzelnen wahrnimmt oder wahrzunehmen hat und welches konkrete Gewicht dieser Tätigkeit zukommt.*

*Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer eine **Tätigkeitsstätte im zeitlichen Abstand immer wieder aufsucht**, reicht für die **Annahme einer regelmäßigen Arbeitsstätte** jedenfalls dann **nicht aus, wenn der Steuerpflichtige fortdauernd und immer wieder verschiedene Betriebsstätten seines Arbeitgebers aufsucht** (vgl. bereits BFHE 199, 329). Der regelmäßigen Arbeitsstätte muss vielmehr hinreichend zentrale Bedeutung gegenüber den weiteren Tätigkeitsorten zukommen (BFHE 221, 11).“* (BFH aaO)

SH KAG  
§ 3

**Zweitwohnungssteuer**  
**Mitnutzung einer Erwerbszweitwohnung durch Familienangehörige**  
(OVG Schleswig in NVwZ-RR 2011, 917; Urteil vom 16.06.2011 – 2 LB 9/11)

SteuerR

Eine (**Erwerbszweit-**)Wohnung, die aus Rechtsgründen nicht zweitwohnungssteuerpflichtig ist, **wird nicht** dadurch **zum Gegenstand der Zweitwohnungssteuer**, dass in sie **vorübergehend auch Personen** (hier: Familienangehörige) **aufgenommen werden, die ihren Hauptwohnsitz in einer anderen Gemeinde haben**.

**Fall:** Der Kl. war an der Universität in G. als Lehrbeauftragter tätig und übernahm im November 2006 seine Tätigkeit als Tierschutzbeauftragter an der Universität in K. Daneben übernahm er in der Folgezeit eine außerplanmäßige Professur am veterinärmedizinischen Fachbereich in G. Er war in diesem Zeitraum (noch) zusammen mit seiner Familie mit Hauptwohnsitz in W. gemeldet. Seine Ehefrau war weiterhin in G. tätig. Zum 01.01.2007 mietete der Kläger in Sch. eine Wohnung an.

Der Bekl. - handelnd für die Gemeinde Sch. – zog den Kl. für das Jahr 2008 zur Zahlung einer Zweitwohnungssteuer heran. Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde zurückgewiesen. Der Kläger hat sodann fristgerecht Klage vor dem VerwG erhoben und vorgetragen, seine Heranziehung zur Zweitwohnungssteuer sei mit der Rspr. des BVerfG zur „Erwerbszweitwohnung“ nicht vereinbar. Die gemeinsame Ehwohnung sei nie aufgegeben worden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass ihn einmal seine Familie in der Wohnung in Sch. für zwei Wochen besucht habe. Dies habe nichts daran geändert, dass die Wohnung ausschließlich für berufliche Tätigkeiten gehalten worden sei. Auch während des kurzen Urlaubs seiner Ehefrau bzw. der Ferien der Kinder habe er in K. weiter gearbeitet.

I. **Rechtsgrundlage** für eine Heranziehung zu einer Zweitwohnungssteuer wäre **§ 3 KAG i. V. m. der „Satzung über die Erhebung einer Zweitwohnungssteuer in der Gemeinde Sch.“**. **Gegenstand der Steuer** ist gem. § 2 I der Satzung das **Innehaben einer Zweitwohnung im Gemeindegebiet**. **Zweitwohnung** ist nach Abs. 2 dieser Bestimmung **jede Wohnung, die jemand neben seiner Hauptwohnung** für seinen persönlichen Lebensbedarf oder den persönlichen Lebensbedarf seiner Angehörigen **innehat**.

II. Der Kl. erfüllt diese Voraussetzungen für eine Heranziehung zur Zweitwohnungssteuer jedoch nicht, sondern kann sich auf den **Schutz des grundrechtlichen Diskriminierungsverbotes aus Art. 6 I GG** berufen, da er sich als **nicht dauernd getrennt lebender Verheirateter** aus **beruflichen Gründen** eine Wohnung gehalten und seine eheliche Wohnung sich in einer anderen Gemeinde befunden hat. Die **Erhebung einer Zweitwohnungssteuer für das Innehaben einer solchen Zweitwohnung diskriminiert die Ehe** und **verstößt gegen Art. 6 I GG**.

1. Nach der **Rspr. des BVerfG** verstößt eine Zweitwohnungssteuer gegen das in Art. 6 I GG verankerte Diskriminierungsverbot, soweit das Innehaben einer aus beruflichen Gründen gehaltenen Wohnung eines nicht dauernd getrennt lebenden Verheirateten, dessen eheliche Wohnung sich in einer anderen Gemeinde befindet, besteuert wird.

*„Art. 6 I GG, der Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, enthält einen **besonderen Gleichheitssatz**. Er verbietet, Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaften schlechter zu stellen. Insbes. untersagt Art. 6 I GG eine **Benachteiligung gegenüber Ledigen**. Verweisungen in Satzungen auf die melderechtlichen Regelungen über die Definition über die „Hauptwohnung“ bewirken, dass verheiratete Personen anders als nicht Verheiratete zur Zweitwohnungssteuer für die von ihnen vorwiegend benutzte Wohnung herangezogen werden, soweit die Familie im Übrigen eine andere Wohnung vorwiegend nutzt. Während nicht verheiratete Personen keine Zweitwohnungssteuer für die vorwiegend benutzte Wohnung zu entrichten haben, **können Verheiratete die Besteuerung nicht vermeiden, wenn die Familie, von der sie nicht dauernd getrennt leben, die andere Wohnung vorwiegend benutzt**.“ (OVG Schleswig aaO)*

2. Die Veranlagung des Kl. zur Zweitwohnungssteuer kann auch nicht darauf gestützt werden, dass eine sog. **Mischnutzung** vorgelegen habe.

*„Der Umstand, dass die Familie des Kl. sich im Jahre 2008 in der Wohnung für zwei Wochen ebenfalls und dies evt. auch zu Erholungszwecken aufgehalten haben, ändert an der zweitwohnungssteuerrechtlichen Bewertung der Wohnung nichts.*

*Der vom BVerfG und vom VerwG verwandte **Begriff der „Mischnutzung“** wird im Recht der Zweitwohnungssteuer üblicherweise mit der Bedeutung angewandt, dass eine **Wohnung in einigen Zeitabschnitten des Besteuerungsjahres als Vermietungsobjekt für Zwecke der Einkommenserzielung genutzt und in anderen Zeitabschnitten für den persönlichen Lebensbedarf oder persönlichen Lebensbedarf von Angehörigen vorgehalten wird**.*

*Im vorliegenden Fall liegt eine solche in den Zeitabschnitten wechselnde Nutzung jedoch nicht vor: Die Wohnung ist vom Kl. selbst nämlich durchgängig aus beruflichen Gründen gehalten und genutzt worden. Seine Meldung mit Hauptwohnsitz war ihm in dieser Wohnung - ebenfalls durchgängig - gem. § 13 II 2 LMG verwehrt, weil er verheiratet und nicht dauernd getrennt lebend war und der Hauptwohnsitz seiner Familie weiterhin in W. geblieben war.*

*Erfüllte aber die Wohnung des Kl. aufgrund dieser rechtlichen Bestimmungen über das gesamte Jahr nicht den Tatbestand des § 2 der Satzung, so wird dies nicht dadurch aufgehoben oder auch nur berührt, dass diese Wohnung zeitweise - auch - **von Familienangehörigen zu Erholungszwecken genutzt** worden ist. Eine Wohnung, die aus Rechtsgründen nicht zweitwohnungssteuerpflichtig ist, wird nicht dadurch Gegenstand der Zweitwohnungssteuer, dass in sie vorübergehend auch Personen aufgenommen werden, die ihren Hauptwohnsitz in einer anderen Gemeinde haben.“ (OVG Schleswig aaO)*

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Strafrecht

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

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

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

### III. öffentliches Recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Dezember 2011

## A. Aus der Gesetzgebung

### Die Änderung des Bundeswahlgesetzes

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

#### I. Allgemeines

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

##### 1. Begriffsdefinition „Überhangmandate“

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

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

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

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

##### 2. Begriffsdefinition „negatives Stimmgewicht“

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

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

#### II. Die gesetzl. Neuregelungen im Überblick

1. Mit dem neuen Gesetz soll der **Effekt des "negativen Stimmengewichts"**, den das Verfassungsgericht gerügt hatte, **beseitigt** werden, indem die bisher **mögliche Verbindung von Landeslisten einer Partei abgeschafft** wird. Damit könnten Zweitstimmen, die eine Partei in einem Bundesland erhält, nicht mehr mit denen in einem anderen Land verrechnet werden. Durch den Verzicht auf Listenverbindungen soll sich das Auftreten des negativen Stimmengewichts erheblich reduzieren.
2. Außerdem enthält die Neuregelung eine weitere Klausel: Ist die **Zahl der Zweitstimmen** einer Partei, die in den 16 Ländern nicht zu einem Sitz geführt haben, **größer als die im Bundesdurchschnitt** für ein Mandat erforderliche Stimmenzahl, sollen **zum Ausgleich weitere Mandate vergeben** werden. Dabei werden diese zunächst den Landeslisten einer Partei zugeteilt, auf die Überhangmandate entfallen sind.

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

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

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

## B. Aus der Rechtsprechung

BGB  
§ 276

### Unberechtigte Abhebungen mit richtiger PIN Darlegungsanforderungen für Anscheinsbeweis

BGB

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

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

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

#### I. Umfang der Höchstbetragshaftungsklausel

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

#### II. Anspruch auf Einhaltung des vereinbarten Höchstbetrages



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

### III. Anscheinsbeweis bei Eingabe der richtigen Geheimnummer

#### 1. Bisherige Rechtsprechung des BGH

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

#### 2. Konkretisierung in neuer Entscheidung

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

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

BGB  
§ 444

### Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses arglistig verschwiegener Sachmangel (BGH in MDR 2011, 1281; Urteil vom 15.07.2011 – V ZR 171/10)

BGB

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

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

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

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

BGB  
§ 730 II 2**Auflösung einer GbR**  
**Erlöschen der Einzelgeschäftsführungsbefugnis**

BGB

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

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

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

StVG  
§ 4 III 1 Nr. 2**Verwertungsverbot**  
**Eintragungen im Verkehrszentralregister**

StVG

(OVG Magdeburg in NJW 2011, 3466; Beschluss vom 18.08.2011 – 3 M 348/11)

Eine **Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister kann zur Anordnung eines Aufbauseminars nach § 4 III 1 Nr. 2 StVG nach Ablauf eines Zeitraums, der einer fünfjährigen Tilgungsfrist entspricht, nicht mehr verwertet werden**.

- I. Gem. **§ 29 VIII 1 StVG** dürfen die Tat und die Entscheidung einem Betroffenen für die Zwecke der Beurteilung der Eignung und Befähigung von Personen zum Führen von Kraftfahrzeugen (§ 28 II Nr. 1 StVG) nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwendet werden, wenn eine Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister getilgt ist. Unterliegen diese Eintragungen einer zehnjährigen Tilgungsfrist, dürfen sie nach Ablauf eines Zeitraums, der einer fünfjährigen Tilgungsfrist entspricht, gem. § 29 VIII 2 StVG nur noch für ein Verfahren übermittelt und verwendet werden, das die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis zum Gegenstand hat.
- II. **OVG Magdeburg aaO** hält es nicht für gerechtfertigt, wegen der Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar die fünfjährige Frist mit der Begründung hinauszuschieben, die Anordnung bilde die Vorstufe zu einer Fahrerlaubnisentziehung, weil die Nichtteilnahme an einem Aufbauseminar die Entziehung der Fahrerlaubnis nach Maßgabe des § 4 VII 1 StVG nach sich ziehe.

1. Nach dem **Wortlaut des § 29 VIII 2 StVG** ist die Möglichkeit der Verwertung über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus beschränkt auf ein Verfahren, das die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis „zum Gegenstand hat“. Wollte man davon ausgehen, dass die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar eine Vorstufe zur Fahrerlaubnisentziehung ist, so würde die zehnjährige Verwertungsmöglichkeit über den Wortlaut der Regelung hinaus auf die Verfahren erstreckt, die nicht eine Entziehung der Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben, sondern Voraussetzung für ein möglicherweise künftig einzuleitendes Verfahren zur Fahrerlaubnisentziehung sind.

„Entgegen der Auffassung des Ag. kann aus der Bezugnahme auf „diese Eintragungen“ im Wortlaut der Regelung des § 29 VIII 2 StVG nicht geschlossen werden, dass nach § 29 VIII 2 StVG nur solche Eintragungen einer besonderen Regelung hinsichtlich der Befugnis zur Übermittlung und Verwertung zugeführt werden, die im Verkehrszentralregister nach § 29 VIII 1 StVG bereits gelöscht sind. Denn ein solches Verständnis verkennt, dass eine im Verkehrszentralregister getilgte Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung bereits nach § 29 VIII 1 StVG nicht mehr vorgehalten und nicht mehr zum Nachteil des Betroffenen verwertet werden darf. Die Verwendung der Worte „diese Eintragung“ in § 29 VIII 2 StVG knüpft nicht an im Verkehrszentralregister getilgte Eintragungen an, sondern an eine Eintragung „über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister.“ (OVG Magdeburg aaO)

2. Auch aus der **Entstehungsgeschichte** lässt sich nach Auffassung des OVG Magdeburg aaO nicht belegen, dass die Ausnahme der zehnjährigen Verwertbarkeit gerichtlicher Entscheidung nach § 29 VIII 2 StVG über den Wortlaut der Regelung hinaus auch auf Verfahren erstreckt werden dürfte, die nicht die Entziehung der Fahrerlaubnis, sondern die Teilnahme an einem Aufbauseminar zum Gegenstand haben.
3. Schließlich spricht zudem die **Gesetzessystematik** dafür, ein auf die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar nach § 4 III 1 Nr. 2 StVG gerichtetes Verfahren nicht einem Verfahren zur Entziehung einer Fahrerlaubnis gleichzusetzen.

„Wenn nämlich der Gesetzgeber in § 28 III StVG wegen der im Verkehrszentralregister zu speichernden Daten zwischen der Entziehung einer Fahrerlaubnis (§ 28 III Nr. 6 StVG) auf der einen Seite und Maßnahmen der Fahrerlaubnisbehörde nach § 4 III 1 Nrn. 1 und 2 StVG (§ 28 III Nr. 11 StVG) auf der anderen Seite unterscheidet, so spricht dies dafür, ausgehend von dieser Unterscheidung bei der Aufnahme von Daten in das Verkehrszentralregister auch für die Verwertung an dieser Unterscheidung festzuhalten und die zehnjährige Verwertungsmöglichkeit nach § 29 VIII 2 StVG auf die Verfahren zu beschränken, die die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben.“

Sinn und Zweck der Regelungen über das Verwertungsverbot ist es, die bis dahin mögliche („ewige“) Verwertung für Verfahren, die die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben, abzuschaffen und durch § 29 VIII 2 StVG die Verwertung „auf die dort vorgesehenen Fristen“ (vgl. BT-Dr 13/6914, S. 76) zu begrenzen. Die dort vorgesehenen Fristen unterscheiden indes hinreichend klar zwischen einer zehnjährigen Verwertungsmöglichkeit für ein Verfahren, das auf die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis gerichtet ist, und der Begrenzung der Verwertung auf eine fünfjährige Frist für weitere verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Verfahren.“ (OVG Magdeburg 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**

