



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

37. Jahrg.

April 2012

Heft 4

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Eigenbedarfskündigung eines neuen GbR-Gesellschafters
- BGH:** Mobbing und Garantenpflicht des Betriebsinhabers
- KG:** Besonders schwerer Diebstahl in mittelbarer Täterschaft
- OVG Bremen:** Verbot des Tragens von Rockerabzeichen
- BVerfG:** Funktionsvorbehalt bei Privatisierung des Maßregelvollzugs
- BGH:** Präklusion des Erfüllungseinwands im Versäumnisverfahren
- BGH:** Verwertungsverbot für heimlich aufgezeichnetes Selbstgespräch



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreis: vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Verbraucherschutz im Internet.....	1
------------------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Hausrecht von Hotelbetreibern (nach Buchung nur bei ausreichenden Sachgründen).....	2
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Eigenbedarf eines neuen GbR-Gesellschafters (Änderung der Rechtsprechung).....	3
OLG Koblenz: Aufsichtspflicht für radfahrenden Fünfjährigen (Kausalität des Pflichtverstoßes).....	6

Strafrecht

BGH: Mobbing (Garantenpflicht des Betriebsinhabers/Vorgesetzten).....	8
KG: Besonders schwerer Diebstahl (mittelbare Täterschaft).....	10

öffentl. Recht

OVG Bremen: Tragen von Bekleidung mit Rockerabzeichen (Verbot durch polizeirechtliche Allgemeinverfügung).....	12
BVerfG: Privatisierung des Maßregelvollzugs (Geltung des Funktionsvorbehalts).....	18

Kurzauslese I

BGH: Verjährungshemmung (erschlichener Mahnbescheid).....	25
BGH: Nachtragsverteilung (Einzug massezugehöriger Forderung nach Verfahrensaufhebung).....	25
OLG Schleswig: Grundsatz der Firmenwahrheit (firmenrechtliche Irreführung durch Zusatz „Group“ bei Einzelkaufmann).....	26
BGH: Hehlerei (Vortat muss abgeschlossen sein).....	27
BGH: Untreue durch GmbH-Geschäftsführer (tatbestandsausschließendes Einverständnis des Vermögensinhabers).....	27
OLG Hamm: Betrug (Versuchsbeginn bei Erschleichung eines Verbraucherkredits).....	27
BGH: Straßenverkehrsgefährdung (beschädigte Bremsanlage eines Kfz).....	27
AG Lübeck: Verkehrsfremder Eingriff in den Straßenverkehr (gefährliches Fahrverhalten).....	28
OVG Münster: Organtreuegrundsatz (gilt auch für universitäre Organe und Organteile).....	28
VG Hannover: Mischgebiet (Zulässigkeit der Gänsehaltung).....	29

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Präklusion bei Vollstreckungsgegenklage (Erfüllungseinwand im Versäumnisverfahren).....	30
BGH:	Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel (Klauselerinnerung bei Fehlen erforderlicher Nachweise).....	34

Strafrecht

BGH:	Verwertungsverbot (heimlich aufgezeichnetes Selbstgespräch).....	39
------	---	----

öffentl. Recht

VGH Kassel:	Unterbleiben der Anhörung (Voraussetzungen für Heilung).....	42
-------------	---	----

Kurzauslese II

BSG:	Streitverkündung (rechtswegübergreifende Interventionswirkung).....	46
BGH:	Ausschlussfrist (Nachweis der Bevollmächtigung).....	46
OVG Greifswald:	Rechtsmittelfristberechnung (Zustellung an einem Sonnabend).....	46
BGH:	Widerklage in Berufungsinstanz (Zulässigkeit).....	47
OVG Saarlouis:	Urkunde (schriftliche Zeugenerklärung).....	47
BGH:	Zeugnisverweigerungsrecht (Angehörigenverhältnis zu einem Mitbeschuldigten).....	48
BGH:	Zeugnisverweigerungsrecht (zulässige Vernehmung des Ermittlungsrichters).....	48
VGH Mannheim:	sofortige Vollziehbarkeit (Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren).....	48
VGH Mannheim:	Vollziehungsanordnung (Aufhebung).....	49
VG München:	gerichtlicher Vergleichsvorschlag (Bindungswirkung).....	50
VGH Mannheim:	Bescheidungsurteil (Umfang der Rechtskraft).....	50
VGH Mannheim:	Einstweilige Anordnung im Zwangsvollstreckungsverfahren (Zwangsvollstreckung aus Leistungsbescheid).....	50

Weitere Schrifttumsnachweise	52
---	----

Übersicht: Rechtsbehelfe gegen Erteilung der Vollstreckungsklausel	55
---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Öffentliches Recht	56
Assessorprüfung:	Zivilrecht	57

Aus der Gesetzgebung

Verbraucherschutz im Internet

Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes vom 02.04.2012; In-Kraft-Treten voraussichtlich im Sommer 2012

I. Allgemeines

Der Bundesrat hat am 02.04.2012 dem vom Bundestag am 02.03.2012 verabschiedete Gesetz zur Änderung des BGB zum **besseren Schutz** der Verbraucherinnen und Verbraucher **vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr** und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes zugestimmt; das Gesetz kann nunmehr nach Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten in Kraft treten.

II. Die gesetzliche Neuregelung im Überblick

Das neue Gesetz sieht in § 312g BGB die sog. „**Buttonlösung**“ vor, die Unternehmer gegenüber Verbrauchern verpflichtet, bei Verträgen im elektronischen Rechtsverkehr, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben, die Bestellsituation so auszugestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, zur Zahlung verpflichtet zu sein. Bei Bestellungen auf Online-Plattformen im Internet, die über Schaltflächen erfolgen, ist es daher erforderlich, die Bestellschaltfläche gut lesbar mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung zu beschriften. Erfüllt der Unternehmer diese Pflicht nicht, kommt ein Vertrag nicht zustande.

Im Einzelnen:

1. Der Unternehmer wird verpflichtet, bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr über eine entgeltliche Leistung **auf den Gesamtpreis**, ggf. anfallende **Liefer- und Versandkosten** und bei Dauerschuldverhältnissen auf die **Vertragslaufzeit** und eine **automatische Vertragsverlängerung deutlich gestaltet hinzuweisen**.
2. Der Unternehmer wird verpflichtet, den Internetauftritt so zu gestalten, dass eine **verbindliche Bestellung erst möglich** ist, **wenn** der **Kunde** diesen Hinweis zur Kenntnis genommen und **aktiv bestätigt** hat.
3. Werden diese **Verpflichtungen verletzt**, ist der **Vertrag nichtig**.
4. Der **persönliche Anwendungsbereich** der Regelung beschränkt sich auf **Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern**, bei denen der Unternehmer der Anbieter der entgeltlichen Leistung ist.
5. Der **sachliche Anwendungsbereich** umfasst sowohl **Warenlieferungs-** als auch **Dienstleistungsverträge**, einschließlich **Finanzdienstleistungsverträge**.

Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, die ausschließlich durch individuelle Kommunikation (in erster Linie E-Mail) geschlossen werden, werden hingegen nicht erfasst.

Brandaktuell

BGB
§ 903

Hausrecht von Hotelbetreibern nach Buchung nur bei ausreichenden Sachgründen

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 32/2012; Urteil vom 09.03.2012 – V ZR 115/11)

Fall: Die Ehefrau von Udo Voigt, dem ehemaligen Bundesvorsitzenden der NPD, hatte bei einem Touristikunternehmen für sich und ihn einen viertägigen Aufenthalt in einem Wellnesshotel gebucht. Das Touristikunternehmen bestätigte die Buchung zunächst, teilte dann aber mit, ein Aufenthalt in dem Hotel sei nicht möglich. Als der Kläger bei der Hotelbetreiberin nachfragte, erteilte diese ihm schriftlich ein Hausverbot: Die politische Überzeugung des Klägers sei nicht mit dem Ziel des Hotels zu vereinbaren, jedem Gast nach Möglichkeit ein exzellentes Wohlfühlerlebnis zu bieten. Der Kläger sah sich dadurch diskriminiert und verlangte von der Hotelbetreiberin den Widerruf des Hausverbots. Er verwies unter anderem darauf, dass er sich bei seinen früheren Aufenthalten in dem Hotel politisch nicht geäußert habe. Da er sich auch bei künftigen – und somit auch bei dem gebuchten Aufenthalt – nicht habe politisch äußern wollen, hätte die Hotelbetreiberin das Hausverbot nicht aussprechen dürfen.

I. Hausrecht des Hotelbetreibers

Der Eigentümer einer Immobilie hat grundsätzlich nach §§ § 858 ff., 903, 1004 I BGB die Befugnis, andere von der Nutzung seines Eigentums auszuschließen.

Der Inhaber des Hausrechts, das auf dem Eigentums- und Besitzrecht (Art. 14 I GG) sowie der Privatautonomie (Art. 2 I GG) beruht, kann in der Regel frei entscheiden, wem er den Zutritt gestattet und wem er ihn verwehrt.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch gilt, wenn jemandem der Zutritt wegen einer politischen Überzeugung verwehrt wird.

1. kein Verstoß gegen AGG

„Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verbietet nicht, aufgrund politischer Überzeugungen ein Hausverbot auszusprechen. Denn der Gesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, das Diskriminierungsverbot auf Benachteiligungen wegen politischer Überzeugungen zu erstrecken.“ (BGH aaO)

2. Kein Verstoß gegen Art. 3 III GG

Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg auf Art. 3 III GG berufen, wonach niemand wegen seiner politischen Anschauungen benachteiligt werden darf.

„**Grundrechte haben im Verhältnis zwischen Privaten nur eine mittelbare Drittwirkung.** Der BGH räumt nach Abwägung der Interessen des Klägers mit den ebenfalls grundgesetzlich geschützten Interessen der Beklagten letzteren den Vorrang ein. Das **Verbot**, das Hotel der Beklagten nicht zu nutzen, betreffe den Kläger **nur in seiner Freizeitgestaltung.** Demgegenüber stehe das **wirtschaftliche Risiko** der Beklagten für das Geschäftskonzept eines Wellnesshotels. Befürchte die Beklagte, dass Gäste aufgrund ihrer politischen Überzeugungen dem Hotelkonzept schadeten, dürfe sie diesen den Zutritt verweigern.“ (BGH aaO)

II. Einschränkung des Hausrechts

Das vorstehende gilt jedoch nur, soweit nicht schon ein Vertragsschluss erfolgt ist. Nach Vertragsschluss besteht grundsätzlich ein vertraglicher Anspruch des Klägers auf den Hotelaufenthalt.

„Ein den Vertrag vereitelndes Hausverbot ist nur dann gerechtfertigt gewesen, wenn **besonders gewichtige Sachgründe** vorgelegen hätten. Denn durch die freiwillige – privatautonome – Gestaltung der eigenen Interessen verliert die Berufung der Beklagten auf die Privatautonomie (Art. 2 I GG), die unternehmerische Freiheit (Art. 12 GG) und die Ausübung der Eigentumsrechte (Art. 14 GG) deutlich an Gewicht. Ausreichende Sachgründe für die Erteilung des Hausverbots bestehen aber nicht. Insbesondere war nicht zu befürchten, dass der Kläger anders als bei seinen vorherigen Besuchen des Hotels nun durch Äußerung rechtsextremer Thesen Unruhe gestiftet hätte oder stiften würde.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Soweit das Hausverbot den Zeitraum der bestätigten Buchung betrifft, ist es rechtswidrig, für sonstige Zeiträume rechtmäßig.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 573 I Nr. 2

Eigenbedarf eines neuen GbR-Gesellschafters Anderung der Rechtsprechung

BGB

(BGH NZM 2012, 150; Urteil vom 23.11.2011 – VIII ZR 74/11)

1. Wird eine GbR, die Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses und Vermieterin der Wohnungen dieses Anwesens ist, **unter Bildung von Wohnungseigentum** und Eintragung der einzelnen Gesellschafter als Eigentümer der jeweils zugewiesenen Wohnungen **auseinandergesetzt**, tritt der neue Eigentümer in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein.
2. Eine GbR kann sich auf einen in der **Person eines Gesellschafters bestehenden Eigenbedarf** auch dann berufen, wenn dieser der **Gesellschaft** bei Abschluss des Mietvertrags oder bei Eintritt der Gesellschaft in einen bestehenden Mietvertrag **noch nicht angehört**

Fall: Die klagende GbR begehrt von der Bekl. Räumung einer Wohnung auf Grund einer Kündigung, die sie wegen Eigenbedarfs ihrer beiden Gesellschafter und deren Sohnes erklärt hat. Die Bekl. mietete die streitige Wohnung 1981 von den damaligen Eigentümern an. Im Jahr 2000 erwarb eine – später als „Eigentümergeinschaft W D-Str. GbR M u. a.“ (GbR M) bezeichnete – GbR das Anwesen und setzte das Mietverhältnis fort. Im August 2004 trat die Kl. dieser Gesellschaft durch Anteilsübernahme bei und wurde am 15.12.2004 als weitere Gesellschafterin im Grundbuch eingetragen. Mit Vertrag vom 21.10.2005 wurde die Auseinandersetzung der GbR M durchgeführt und das Anwesen nach § 3 WEG geteilt. Die Kl. wurde am 10.04.2006 als Eigentümerin der an die Bekl. vermieteten Wohnung in das Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 26.04.2006 erklärte die Kl. die auf Eigenbedarf gestützte Kündigung des Mietverhältnisses. Hat sie einen Anspruch auf Räumung?

Ein Räumungsantrags besteht nur dann, wenn das Mietverhältnis zu der Bekl. durch die Kündigung der Kl. wirksam beendet wurde. Dies setzt zum einen voraus, dass überhaupt ein Mietverhältnis zwischen der Kl. und der Bekl. besteht, der Kündigungsgrund des Eigenbedarfs vorliegt und geltend gemacht werden kann sowie die Kündigungsfrist eingehalten wurde.

I. Bestehen eines Mietvertrages zwischen der Kl. und der Bekl.

Ursprünglich bestand zwischen der Bekl. und der GbR M ein Mietverhältnis. In dieses Mietverhältnis könnte die Kl. nach § 566 I BGB eingetreten sein.

1. Begriff der Veräußerung

Im Falle der Veräußerung einer an den Mieter überlassenen Wohnung tritt der Erwerber nach § 566 I BGB an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums ergebenden Rechte und Pflichten ein.

„Nach allg. A. setzt dies Identität zwischen Vermieter, Eigentümer und Veräußerer voraus (Senat, NJW 1974, 1551 [unter B I 1]; BGHZ 154, 171 [175] = NZM 2003, 476; BGH, NJW-RR 2004, 657 = NZM 2004, 300 [unter II 2b] – jew. Zu § 571 BGB; Staudinger/Emmerich, BGB [2011], § 566 Rn 21; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 566 Rn 7; Streyll, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 566 Rn 64).“ (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob in der Auseinandersetzung der GbR M unter Bildung von Wohnungseigentum und Eintragung der Kl. als Eigentümerin der streitigen Wohnung eine Veräußerung i. S. von § 566 BGB liegt.

*„Die GbR M war **zunächst Eigentümerin des Anwesens** einschließlich der Wohnung der Bekl. Denn ein Grundstück, als dessen Eigentümer – wie hier – die Gesellschafter einer GbR mit einem entsprechenden Zusatz eingetragen sind, steht nicht im Eigentum der Gesellschafter, sondern der GbR (BGH, NZM 2006, 900 = NJW 2006, 3716 Rn 11; Senat, NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn 21). Wie das BerGer. Weiter richtig erkannt hat, ist eine **Auseinandersetzung der Gesellschaft**, die unter Bildung von Wohnungseigentum und Eintragung der bisherigen Gesellschafter als Eigentümer der jeweils zugewiesenen Wohnung vorgenommen wird, **entsprechend ihrem wirtschaftlichen Zweck als einheitliches Rechtsgeschäft** anzusehen, das zu einem Wechsel der Rechtsträgerschaft von der Gesellschaft auf die einzelnen Wohnungseigentümer führt.“ (BGH aaO)*

Soweit der Senat entschieden hatte, dass Miteigentümer eines Anwesens, dessen Wohnungen sie vermietet haben, mit der Aufteilung des Wohnungseigentums keine Veräußerung i. S. von § 571 BGB (a. F.) vornehmen (BGHZ 126, 364 = NJW 1994, 2542), steht dies der Annahme einer Veräußerung im vorliegenden Fall nicht entgegen.

Zur Begründung hat der Senat darauf abgestellt, dass diese Vorschrift eine **Veräußerung an eine Person voraussetzt, die bisher nicht Vermieter** ist, woran es bei der Begründung von Wohnungseigentum durch vermietende Miteigentümer fehlt, weil der spätere Sondereigentümer schon bisher (als Miteigentümer) Vermieter gewesen ist. Hiervon unterscheidet sich die vorliegende Situation jedoch, weil Vermieterin zunächst die GbR M war, also ein **von den späteren Wohnungseigentümern verschiedener Rechtsträger**.“ (BGH aaO)

Auch die Entscheidung des Senats zu § 577 a BGB, wonach mit der **Übertragung des Wohnungseigentums von der Gesellschaft auf den einzelnen Gesellschafter kein Wechsel in der Rechtsträgerschaft** eintritt, der geeignet ist, neuen, für den Mieter zuvor nicht zu befürchtenden Eigenbedarf zu schaffen (NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738), steht der Annahme einer Veräußerung nicht entgegen.

„Die Bestimmung des § 577a BGB hat ... (nur) den Zweck, dem durch Umwandlung in Wohnungseigentum gefährdeten Bestandsschutzinteresse des Mieters Rechnung zu tragen, ist aber **nicht** auf den **Schutz vor einer unabhängig von einer Umwandlung bestehenden Eigenbedarfslage** zugeschnitten (Senat NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn 21). Somit hat der Senat nur mit Rücksicht auf den (eingeschränkten) Schutzzweck des § 577a BGB eine Veräußerung i. S. jener Vorschrift verneint.

Diese **Argumentation** lässt sich entgegen der Auffassung der Revision **nicht auf** die Frage des Eintritts des Vermieters in das Mietverhältnis nach **§ 566 I BGB übertragen**, denn diese Vorschrift hat eine andere Zielrichtung. Während § 577a BGB den Mieter davor schützen soll, dass mit einem Wechsel des Rechtsträgers neuer Eigenbedarf geschaffen wird, soll § 566 BGB den Mieter, der vom Eigentümer angemietet hat, vor einer „Vertreibung“ bewahren (Senat, BGHZ 107, 315 [320] = NJW 1989, 2053; NZM 2008, 726 = NJW 2008, 2773 Rn 10); denn ohne einen Übergang der Vermieterstellung könnte der Mieter dem Herausgabeanspruch eines Erwerbers (§ 985 BGB) kein Recht zum Besitz entgegensetzen.

Der **Schutzzweck des § 566 BGB** – Erhaltung des Besitzrechts des Mieters gegenüber einem Erwerber – gebietet es daher, auch die **Auseinandersetzung**, die eine Gesellschaft bezüglich eines von ihr vermieteten Anwesens unter Zuweisung von Wohnungseigentum vornimmt, **als Veräußerung i. S. von § 566 BGB** mit der Folge anzusehen, dass der jeweilige Wohnungseigentümer mit der Grundbucheintragung in die Stellung des Vermieters dieser Wohnung eintritt.“ (BGH aaO)

2. Isolierte Betrachtung der Bildung von Miteigentumsanteilen

Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass die im Rahmen der Auseinandersetzung erfolgte Bildung von Miteigentumsanteilen isoliert zu betrachten sei, so dass nicht eine Veräußerung der einzelnen Wohnungen von der GbR M an den jeweiligen neuen Eigentümer anzunehmen sei, sondern eine Veräußerung des gesamten Anwesens an die Gesellschafter als Bruchteilsgemeinschaft.

„Denn die **Bildung von Miteigentumsanteilen** ist ein bloß rechtstechnisch mit Rücksicht auf die Vorschriften des WEG **erforderlicher Zwischenschritt**, um den mit der Auseinandersetzung bezweckten Wechsel der Rechtsträgerschaft von der Gesellschaft auf die einzelnen Gesellschafter herbeizuführen.“ (BGH aaO)

Die Bildung der Miteigentumsanteile ist daher auch nicht isoliert zu betrachten.

II. Ausschluss der Eigenbedarfskündigung nach § 577a BGB

Das Recht zur Kündigung nach § 573 I Nr. 2 BGB könnte nach § 577a BGB ausgeschlossen sein. Danach kann eine Eigenbedarfskündigung erst nach Ablauf von drei Jahren nach der Veräußerung erklärt werden, wenn an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden ist.

„Dem BerGer. ist auch darin beizupflichten, dass die Übertragung des Wohnungseigentums auf die Kl. im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschaft die Sperrfrist des § 577a BGB nicht ausgelöst hat. Denn die hier bestehende **Eigenbedarfslage** wurde **nicht erst durch die Umwandlung in Wohnungseigentum** und eine anschließende Veräußerung begründet, sondern bestand **unabhängig davon schon zuvor**, weil die Kl. der GbR angehörte, die Vermieterin der Bekl. war. Eine **Kündigung wegen Eigenbedarfs** (im Hinblick auf den Erlangungswunsch der Gesellschafter der Kl.) hätte deshalb **auch schon vor der Umwandlung** erfolgen können. Denn nach der Rechtsprechung des Senats kann eine GbR als Vermieterin **wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter kündigen** (NZM 2007, 679 = NJW 2007, 2845 Rn. 12 ff.; NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn 13).“ (BGH aaO)

Es kommt insofern auch nicht darauf an, dass die GbR M nicht den ursprünglichen Mietvertrag mit den Bekl. abgeschlossen hat, sondern erst dadurch Vermieterin geworden ist, dass sie im Jahr 2000 – zu einem Zeitpunkt, als die Kl. noch nicht Gesellschafterin war – durch Erwerb des Anwesens nach § 566 I BGB in den Mietvertrag eingetreten ist.

„Zwar hat der Senat in seiner Entscheidung NZM 2007, 679 = NJW 2007, 2845 Rn 17, die Möglichkeit der GbR, wegen des Eigenbedarfs eines Gesellschafters zu kündigen, auf diejenigen Gesellschafter beschränkt, die der Gesellschaft bereits bei Abschluss des Mietvertrags angehörten. An dieser Einschränkung hält der Senat aber, wie im Senatsurteil NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn 15, bereits angedeutet, nicht mehr fest.

*Nach der Rechtsprechung des Senats ist der GbR der **Eigenbedarf eines Gesellschafters deshalb zuzurechnen**, weil es im Ergebnis nicht gerechtfertigt wäre, sie anders zu behandeln als die einfache Vermietermehrheit; denn es hängt **oft vom Zufall** ab, ob eine Personenmehrheit dem Mieter eine Wohnung als Gemeinschaft oder als GbR vermietet (Senat, NZM 2007, 679 = NJW 2007, 2845 Rn 15). **Auch bei einer Miteigentümergeinschaft**, die eine Wohnung vermietet hat, besteht aber – anders als in jenem Senatsurteil in NZM 2007, 679 = NJW 2007, 2845 Rn 17, vorausgesetzt – die **Möglichkeit der Kündigung wegen des Eigenbedarfs auch später hinzugetretener Bruchteilseigentümer**.*

*Denn bei der Übertragung eines Miteigentumsanteils tritt der Erwerber gem. § 566 BGB neben den verbleibenden Miteigentümern in den Vertrag auf Vermieterseite ein (Strey, in: Schmidt-Futterer, § 566 Rn 76; Beuermann, WuM 1995, 5 [6]). Für den Mieter besteht somit **auch bei der Bruchteilsgemeinschaft die Gefahr**, dass das Mietverhältnis wegen einer **Eigenbedarfssituation eines später hinzugetretenen Miteigentümers** gekündigt wird. Eine unterschiedliche Behandlung der GbR und der Miteigentümergeinschaft ist auch insoweit nicht sachgerecht. Es lässt sich in beiden Fällen nicht rechtfertigen, eine Kündigung nur wegen Eigenbedarfs derjenigen Personen zuzulassen, die der Personenmehrheit bereits bei Abschluss des Mietvertrags angehörten.“ (BGH aaO)*

III. Anwendung der Sperrfrist des § 577a BGB aus anderen Gründen

Es kommt auch unter dem Gesichtspunkt einer analogen Anwendung dieser Vorschrift oder wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der GbR M bzw. der Kl. keine Heranziehung der Sperrfrist des § 577a BGB in Betracht.

*„Da der Gesetzgeber in § 577a BGB die Eigenbedarfskündigung nur für eine spezielle, hier nicht vorliegende Konstellation erschwert hat, **fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke**; eine analoge Anwendung des § 577a BGB auf den Erwerb eines Anwesens durch eine Personenmehrheit zwecks Eigennutzung kommt deshalb nicht in Betracht, selbst wenn die Erwerber die Absicht haben, früher oder später Wohnungseigentum zu begründen (Senat, NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn. 18 ff.). Es macht insoweit auch keinen Unterschied, ob die Personenmehrheit, die ein solches Objekt erworben hat, in ihrem Bestand unverändert bleibt oder einzelne Miteigentümer oder Gesellschafter erst später hinzutreten und anschließend eine Aufteilung erfolgt.*

Die Wahl einer Erwerbsform, die von der gesetzlichen Vorschrift des § 577 a BGB nach ihrem Zweck nicht erfasst ist, stellt sich auch nicht als rechtsmissbräuchlich dar.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Der Kl. als Vermieterin war daher eine Eigenbedarfskündigung möglich. Das Vorliegen der Voraussetzungen des Eigenbedarfs ist zwischen den Parteien nicht streitig. Die Kl. hat daher einen Anspruch gegen die Bekl. auf Räumung der Wohnung.

(OLG Koblenz in NJW-RR 2012, 274; Urteil vom 24.08. 2011 – 5 U 433/11)

1. Ein fünfjähriges, **auf dem Bürgersteig radelndes** Kind muss **nicht derart eng überwacht** werden, dass der Aufsichtspflichtige **jederzeit eingreifen** kann. Ebenso wenig muss der Aufsichtspflichtige dafür sorgen, dass das Kind generell vor Biegungen des Gehwegs anhält und dort verharrt.
2. Ein Verstoß gegen die Pflicht, dem Kind auf Sicht- und Rufweite zu folgen, ist haftungsrechtlich unerheblich, wenn feststeht, dass **ihre Beachtung den Unfall nicht vermieden hätte**.

A. Grundlagenwissen: Verletzung der Aufsichtspflicht über Kinder im Straßenverkehr**I. Allgemeines**

Für den Inhalt der elterlichen Aufsichtspflicht ist entscheidend, was verständige Eltern nach **vernünftigen Anforderungen** im konkreten Fall unternehmen müssen, um die Schädigung Dritter durch ihr Kind zu verhindern. Die Aufsichtspflicht wird durch die **Einsichtsfähigkeit des Kindes** sowie die **Einflussmöglichkeit auf das Kind** bestimmt. Zu berücksichtigen sind z.B. das **Alter des Kindes, Eigenart und Charakter des Kindes, die Gefährlichkeit des Spielzeugs**, usw. Entscheidende Bedeutung haben andererseits auch das Persönlichkeitsrecht sowie der Entwicklungsfreiraum und der Entwicklungsprozess zur Selbstständigkeit des Aufsichtsbedürftigen. Ob der Aufsichtspflichtige die erforderliche Sorgfalt angewandt hat, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. (vgl. Günter Christian Schwarz/Manfred Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2011, § 18. Haftung für vermutetes Verschulden).

Werden im außergeschäftlichen Verkehr durch die Kinder Dritten Schäden zugefügt, so haften die Eltern nach § 832, wenn sie ihre Aufsichtspflicht verletzen. Elterliche Sorge entfaltet daher auch in dieser Richtung Drittwirkung (vgl. Nina Dethloff, Familienrecht, 29. Auflage 2009, § 13. Elterliche Sorge Rn 17-18).

II. Kinder im Straßenverkehr (vgl. Bamberger/Roth, § 832 BGB, Rn. 28 ff.)

Angesichts der besonderen Gefahren im Straßenverkehr ist eine besonders strenge Aufsichtspflicht gegenüber Kindern selbstverständlich. Dies gilt zum einen hinsichtlich der **Belehrung über die Regeln und Gefahren** der Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr, etwa mit dem Fahrrad, zum anderen hinsichtlich der **Vertrautheit des Kindes mit einer Verkehrsstrecke** (und der konkreten Verkehrssituation).

Die **Intensität der Aufsichtspflicht** hängt dabei - wie immer - vom **Gefahrenpotenzial** ab, insbes von der Art der Verkehrswege und der **Gewöhnung der Kinder** an den Straßenverkehr (OLG Hamm NZV 1995, 112; OLG Düsseldorf VersR 1992, 1233, 1234; Kasuistik bei Staudinger/Belling Rn 97 ff m.w.N. älterer Rspr).

Ohne besondere Belehrung über die Gefahren und Einweisung in die Regeln des Straßenverkehrs darf Kindern **nicht die selbstständige Benutzung eines Fahrrads gestattet** werden (KG MDR 1997, 840; AG Radolfzell NJW-RR 2000, 1192, 1993; s dazu auch die Rechtsprechungsübersicht insbes zu den Altersgrenzen bei Bernau DAR 2008, 286 ff). Hat aber ein sechsjähriger genügend Erfahrung und Übung im Radfahren, kann er in **vertrauter Umgebung auch ohne Begleitung Fahrrad** fahren (OLG Celle NJW-RR 1988, 216; ebenso LG Berlin NJW 1999, 2906; AG Wetzlar VersR 2006, 1271), so muss auch einem Fünfjährigen das Fahrradfahren in reinen Anwohnerstraßen nicht generell verboten werden (OLG Hamm VersR 2001, 386), anders verhält es sich hingegen wenn mit **unbekannten Situationen** oder **unbekannter Umgebung** gerechnet werden muss (BGH NJW-RR 1987, 1430, 1431), etwa in einer Fußgängerzone (AG Radolfzell NJW-RR 2000, 1192, 1193).

Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Gesetzgeber mit dem in § 2 V 1 StVO enthaltenen Gebot für Kinder unter acht Jahren, den Gehweg zum Fahrradfahren zu benutzen, bewusst eine Gefährdung anderer Personen in Kauf genommen hat (BGH NJW-RR 1987, 1430, 1431; s auch LG Mönchengladbach NJW-RR 2003, 1604). Bei kleineren Kindern genügt es, wenn das Fahrrad Stützräder aufweist und der Aufsichtspflichtige in ausreichender Nähe ist, um eingreifen zu können (LG Mönchengladbach NJW-RR 2003, 1604; LG München I VersR 2000, 1022).

B. Aufsichtspflicht für radfahrenden Fünfjährigen und Kausalität der Aufsichtspflichtverletzung (vgl. OLG Koblenz in NJW-RR 2012, 274)

Fall: Die Bekl. ist die Mutter des 2003 geborenen M, der den damals 76-jährigen Kl. am 23.08.2009 bei einem Zusammenprall verletzte. Der Kl. befand sich seinerzeit in der Biegung eines Fußweges. M kam ihm mit dem Fahrrad entgegen und schlug gegen sein rechtes Bein. Wie schnell M fuhr und wie intensiv die Kollision war, ist im Streit. Der Kl. sieht sich in der Folge dauerhaft geschädigt. Er leide unfallbedingt unter einem offenen Bein und könne deshalb seinen Haushalt nicht mehr führen. Dafür macht er die Bekl. verantwortlich, die ihre Aufsichtspflicht verletzt habe. M war vor dem Unfallereignis zusammen mit einem ihm bekannten Erwachsenen auf einem Spielplatz gewesen. Der Zusammenstoß fand ohne dessen Beobachtung in deutlicher Entfernung statt, nachdem M allein fortgeradelt war.

Mit seiner Klage hat der Kl. ein mit mindestens 10.000 Euro zu bezifferndes Schmerzensgeld, einen fortlaufenden Haushaltsführungsschaden und vorgerichtliche Anwaltskosten geltend gemacht.

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Schadensersatzanspruch gem. § 832 I BGB haben. Dann müsste die Bekl. eine ihr obliegende Aufsichtspflicht verletzt haben. Diese Aufsichtspflichtverletzung müsste für einen bei dem Bekl. eingetretenen Schaden kausal gewesen sein.

I. Verletzung der Aufsichtspflicht

Grundsätzlich obliegt der Bekl. als Mutter des Kindes eine Aufsichtspflicht.

*„Man kann insoweit mit dem Kl. davon ausgehen, dass es **geboten gewesen wäre, M nicht unbegleitet vom Spielplatz fortradeln zu lassen, sondern ihm zu folgen**. Dies hätte indessen **nicht in kurzem Abstand zu geschehen brauchen, weil sich M – der Vorgabe des § 2 V StVO gemäß – auf einem Gehweg und damit in dem Bereich befand, in dem nicht mit eklatanten Gefahrensituationen zu rechnen war**. Der – von dem Zeugen H mitgeteilte – Umstand, dass M dazu geneigt habe, nicht nach links oder rechts zu schauen, wenn er auf eine Straße fuhr, begründete hier kein Risiko. Insofern war es angemessen, M als bald sechsjährigem Kind die **Gelegenheit zu geben, sich eigenständig und unabhängig davon zu bewegen**, ob die Bekl. jederzeit zu intervenieren vermochte (OLG Hamm, NJW-RR 2002, 236 = OLG-Report 2000, 266; VersR 2001, 386).“ (OLG Koblenz aaO)*

Dadurch, dass die Bekl. bzw. der von ihr eingeschaltete Erwachsene das Kind allein mit dem Fahrrad vom Spielplatz hat fahren lassen, ist die Aufsichtspflicht verletzt worden.

II. Kausalität der Aufsichtspflichtverletzung

Eine Haftung der Bekl. kommt allerdings nur in Betracht, wenn eine Beachtung der vorstehenden Aufsichtspflichten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Schaden hätte vermeiden können.

„Das streitige Unfallereignis, aus dem der Kl. seine Ansprüche herleitet, wäre auch dann nicht vermieden worden, wenn die Bekl. M am 23. 8. 2009 in Einhaltung der an Eltern zu stellenden Sorgfaltspflichten überwacht hätte.

*Überdies war **M mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut**, und äußere Einflüsse, die ihn zu Unbedachtsamkeiten hätten verleiten können, waren nicht zu ersehen (vgl. dazu BGH, NJW-RR 1987, 1430). Dass er die **Wegstrecke im Auge zu behalten und Hindernissen auszuweichen** hatte, brauchte ihm nicht weiter nahe gebracht zu werden, weil zu erwarten war, dass er **in seinem Alter über die Einsichtsfähigkeit verfügte, schon im eigenen Interesse so zu handeln**. Es ist auch nicht erkennbar, dass Anlass bestanden hätte, M zu ermahnen, langsamer zu fahren. Mit welcher Geschwindigkeit er sich fortbewegte, ist im Streit. Der Kl. hat dazu mitgeteilt, M sei „so schnell“ gewesen, dass er „ihn vorher nicht habe sehen können“. Das besagt objektiv wenig und kann sich ohne Weiteres aus einer momentanen eigenen Unaufmerksamkeit erklären.*

*Mithin wäre die Bekl. in Erfüllung ihrer elterlichen Aufsichtspflicht allenfalls gehalten gewesen, **M auf allgemeine Sicht- und Rufweite zu folgen**. Dann aber hätte sie dem Zusammenstoß, der sich dem Vortrag des Kl. zu Folge in einer in **Sträucher und Gebüsch eingebetteten Wegbiegung** ereignete, ebenso wenig wirksam vorbeugen können, wie dies dem Kl. und M möglich war. Die **Gelegenheit, physisch oder verbal präventiv einzugreifen**, hätte nicht bestanden. Nach dieser hypothetischen Betrachtung kommt die Inanspruchnahme der Bekl. gem. § 832 I 2 BGB nicht in Betracht.“ (BGH aaO)*

Mobbing

Garantenpflicht des Betriebsinhabers / Vorgesetzten

(BGH in NSTZ 2012, 142; Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11)

1. **Grds.** kann sich aus der **Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter** eine **Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter** ergeben.
2. Diese **beschränkt** sich indes – unabhängig von den tatsächlichen Umständen, die im Einzelfall für die Begründung der Garantenstellung maßgebend sind – **auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten** und umfasst nicht auch solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.

Fall: Der Angekl. war in der Straßenbauabteilung der Stadt H. beschäftigt. Nach deren Zusammenlegung mit der Grünflächenabteilung der Stadt im städtischen Bauhof im Frühsommer 2006 war er Vorarbeiter einer Kolonne, der außer ihm die Mitangekl. S, K und B angehörten. Zwischen Februar 2006 und Juli 2008 wurde der ebenfalls beim städtischen Bauhof angestellte, aber in einer anderen Kolonne tätige Geschädigte D während der Arbeitszeit wiederholt Opfer demütigender körperlicher Übergriffe von Seiten der Mitangeklagten, die hierfür bisweilen auch Knüppel, Ketten oder andere Werkzeuge verwendeten.

U. a. kam es zu folgenden Vorfällen: Am 22.02.2006 drängten die Mitangeklagten den Geschädigten D in eine Friedhofskapelle. Die Mitangeklagten K und B hielten den Geschädigten an den Armen fest, während der Mitangeklagte S ihm mit einem Holzknüppel mehrere wuchtige Schläge gegen den Oberkörper versetzte. Nach einem Positionstausch zwischen den Mitangeklagten S und K schlug dieser ebenfalls mehrfach auf den Geschädigten ein. Sodann ließen die Mitangeklagten den Geschädigten, der eine Rippenfraktur erlitten hatte und wegen der starken Schmerzen mehrere Stunden nicht bewegungsfähig war, in der Kapelle zurück und entfernten sich. Anfang 2008 forderten die Mitangeklagten S und K einem gemeinsamen Tatplan entsprechend den Geschädigten auf, sich einen vermeintlichen Schaden an einem der zum Bauhof gehörenden Fahrzeuge anzuschauen, packten ihn, als er sich dem Fahrzeug genähert hatte, von hinten und stießen seinen Kopf heftig auf die Motorhaube. Im Frühjahr 2008 erhielt der Geschädigte D, weil er sich für eine berufliche Fortbildung angemeldet hatte, beim Beladen eines Fahrzeugs Schläge zunächst vom Mitangeklagten S, sodann vom Mitangeklagten K.

Der Angekl. war bei diesen 3 Taten zwar anwesend, an einer aktiven Tatbeteiligung in Form psychischer Unterstützung fehlt es jedoch.

Der Angekl. könnte **durch Unterlassen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung und zur Nötigung** geleistet haben.

Dies setzt das Vorliegen einer **Garantenstellung i. S. einer besonderen Pflichtenstellung**, die über die für jedermann geltende Handlungspflicht hinausgeht (BGH NJW 2000, 2754), voraus.

- I. Eine solche Garantenstellung könnte aus einer dem Angekl. von seiner Arbeitgeberin, der Stadt H., übertragenen **Pflicht zum Schutz der Rechtsgüter des Geschädigten vor Angriffen durch Dritte** ergeben. Dies ist im Ergebnis nach Ansicht des BGH aaO jedoch zu verneinen.

*„Dabei kann dahinstehen, ob die Stadt H. eine solche **Schutzpflicht** – etwa aus § 618 BGB (vgl. BGHR StGB § 222 Pflichtverletzung 9) – überhaupt traf und welche konkreten **Vorgesetztenpflichten** sich ferner aus dem Arbeitsvertrag des Angekl. mit der Stadt H. ergaben. Selbst wenn hier eine solche – grds. mögliche (vgl. BGHSt 54, 44; LK-Weigend 12. Aufl., § 13 Rn 60; Rogall ZStW 98, 573) – arbeitsvertragliche Übertragung einer Schutzpflicht im Interesse nachgeordneter Mitarbeiter anzunehmen sein sollte, würde sich diese jedenfalls nicht auf den Geschädigten erstrecken haben. Dieser befand sich zu keinem der Tatzeitpunkte innerhalb des **personellen Verantwortungsbereichs** des Angekl. Nach den Feststellungen der StrK war der Angekl. weder der planmäßige Vorgesetzte des Geschädigten, noch war der Geschädigte ihm und der von ihm geführten Kolonne aus anderen Gründen, etwa vertretungsweise, zugeordnet.“ (BGH aaO)*

- II. Eine Garantenstellung könnte sich aber aus einer der Stadt H. obliegenden und vom Angekl. **im Rahmen des Arbeitsverhältnisses übernommenen Pflicht zur Überwachung der Mitangekl. S, K und B** mit dem Ziel, von diesen ausgehende Straftaten zum Nachteil des Geschädigten zu verhindern, ergeben.

1. Zwar kann sich aus der **Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter** je nach den Umständen des einzelnen Falles eine **Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter** ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die **Verhinderung betriebsbezogener Straftaten** und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.

vgl. RGSt 58, 130; BGHSt 54, 44; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 918; vgl. auch BGHSt 37, 106; OLG Karlsruhe GA 1971, 281; Schönke/Schröder-Stree/Bosch, 28. Aufl., § 13 Rn 53; Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 13 Rn 14; NK-StGB-Wohlers, 3. Aufl., § 13 Rn 53; Fischer, 58. Aufl., § 13 Rn 37; Roxin, StrafR AT II, § 32 Rn 134; Schünemann wistra 1982, 41; Schall f. FS Rudolphi, S. 267; Rogall ZStW 98, 573; Tiedemann, WirtschaftsstrafR, 3. Aufl., Rn 183; gegen eine Garantenstellung des Geschäftsherrn wegen des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit SK-StGB-Rudolphi, § 13 Rn 32ff.; Otto Jura 1998, 409; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 116

Betriebsbezogen ist eine Tat dann, wenn sie einen **inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes** aufweist (vgl. Spring Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, 2009, S. 137 m.w.N.; Roxin aaO, Rn 141; LK-Weigend; enger Rogall S. 618).

„Die Beschränkung der Garantenhaftung des Betriebsinhabers auf betriebsbezogene Taten ist unabhängig davon geboten, welche tatsächlichen Umstände für die Begründung der Garantenstellung im Einzelfall maßgebend sind. Weder mit einem auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Weisungsrecht gegenüber Mitarbeitern noch mit der Herrschaft über die „Gefahrenquelle Betrieb“ oder unter einem anderen Gesichtspunkt lässt sich eine über die allgemeine Handlungspflicht hinausgehende, besondere Verpflichtung des Betriebsinhabers begründen, auch solche Taten von voll verantwortlich handelnden Angestellten zu verhindern, die nicht Ausfluss seinem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftender Gefahren sind, sondern die sich außerhalb seines Betriebes genauso ereignen könnten (vgl. OLG Karlsruhe GA 1971, 281; Roxin aaO, Rn 139, 141).“ (BGH aaO)

2. Gemessen daran handelte es sich vorliegend bei den Misshandlungen des Geschädigten D durch die Mitangeklagten nicht um betriebsbezogene Straftaten, denn sie standen weder in einem **inneren Zusammenhang** zur von den Mitangekl. im Rahmen des Arbeitsverhältnisses **zu erbringenden Tätigkeit**, noch hat sich in ihnen eine gerade dem Betrieb des städtischen Bauhofs **spezifisch anhaftende Gefahr** verwirklicht.

*„Insbes. war den Mitangekl. die Schikanierung des Geschädigten weder als Teil der „Firmenpolitik“ – etwa um einen unliebsamen Mitarbeiter zum Verlassen des Unternehmens zu bewegen – von der Betriebsleitung aufgetragen worden, noch nutzten die Mitangekl. ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumte **arbeits-technische Machtbefugnisse** zur Tatbegehung aus (vgl. Mühe, Mobbing am Arbeitsplatz – Strafbarkeitsrisiko oder Strafbarkeitslücke?, 2006, S. 239).“* (BGH aaO)

3. Eine andere Bewertung ist auch nicht deshalb geboten, weil die Taten Bestandteil einer Serie wiederkehrender und sich **über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstreckender Misshandlungen** waren.

*„Zwar wird die **Betriebsbezogenheit** solcher mit dem Begriff „Mobbing“ bezeichneter Tatserien bisweilen mit der Begründung bejaht, dass sich eine in der Betriebsgemeinschaft allgemein angelegte Gefahr verwirklichte, weil für solche Taten der abgegrenzte soziale Raum des Betriebes **ohne ausreichende Ausweichmöglichkeiten für das um seinen Arbeitsplatz und damit seine wirtschaftliche Existenz fürchtende Opfer** konstitutiv seien (in diesem Sinne etwa Mühe aaO, S. 244ff.; Wolmerath, Mobbing, 3. Aufl., S. 80; dagegen Fehr, Mobbing am Arbeitsplatz, 2007, S. 195ff.).*

*Damit würde das **Merkmal der Betriebsbezogenheit** jedoch jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden **überdehnt**: Die Gefahr auch wiederholter, unter Kollegen begangener Körperverletzungen besteht in jedem Unternehmen mit mehr als einem Mitarbeiter, ist also keine gerade dem konkreten Betrieb – hier dem städtischen Bauhof – inwohnende Gefahr. Auch ändert sich am Fehlen eines inneren Zusammenhangs zwischen dem Betrieb des Bauhofs bzw. dem Aufgabenbereich der Mitangekl. und der Misshandlung des Geschädigten nichts dadurch, dass diese wiederholt begangen wurde. Insbes. verlieren die Körperverletzungstaten hierdurch nicht ihren Charakter als Exzesstaten. Ließe man allein das iterative Moment für die Annahme der Betriebsbezogenheit ausreichen, würde die mit diesem Merkmal bezweckte und im Hinblick auf Art. 103 II GG gebotene (vgl. LK-Weigend aaO, Rn 18f. mwN). Einschränkung der Haftung des Geschäftsherrn aufgegeben und dieser im Ergebnis doch für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit verantwortlich gemacht.“* (BGH aaO)

- III. **Ergebnis:** Das Vorliegen einer Garantenpflicht des Arbeitgebers, Betriebsinhabers, Vorgesetzten ergibt sich vorliegend nicht aus der arbeitsrechtlichen Pflicht zur Überwachung der Mitangeklagten mit dem Ziel der Verhinderung von Straftaten. Eine solche Pflicht besteht nur in Bezug auf betriebsbezogene Straftaten, nicht aber auf solche, die lediglich bei Gelegenheit der Tätigkeit im Betrieb begangen werden. Körperliche Übergriffe unter Mitarbeitern gehören daher auch dann nicht zu den betriebsbezogenen Straftaten, wenn sie wiederholt geschehen und den Begriff des „Mobbing“ erfüllen.

(KG in NJW 2012, 1093; Urteil vom 28.08.2011 – 1 Ss 465/11)

1. Ein **verschlossenes Behältnis** ist **gegen Wegnahme** auch dann **besonders gesichert**, wenn der Täter dieses mit dem zuvor **aufgefundenen Schlüssel öffnet**, der jedenfalls **nicht im Schloss steckte** oder als erkennbar **zum Behältnis gehörig direkt daneben lag**.
2. Der Täter stiehlt auch dann eine durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache, wenn er **als Unberechtigter durch Täuschung einen gutgläubigen Dritten dazu bewegt**, den zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten **Zugangscode für den Schließmechanismus zu verwenden**.

Fall: Der Angekl. entwendete in der Wohnung des Geschädigten B, in welcher er für einige Tage zur Untermiete gewohnt hat, aus einem Tresor mindestens 4.200 € Bargeld, um es für sich zu verwenden. Den vom Angekl. benutzten Tresorschlüssel entdeckte er im Tatortzimmer, er war nicht besonders versteckt.

Im zweiten Fall befand sich der Angekl. in einem Hotelzimmer des Hotel A. Um aus dem im Zimmer befindlichen Tresor dort verwahrte Gegenstände entwenden zu können, rief der Angekl. per Telefon an der Rezeption an, gab sich als Bewohner des Zimmers aus und erklärte, sein Zimmersafe lasse sich nicht öffnen, worauf der Hoteltechniker F erschien und dem Angekl., der vorgab, den Code vergessen zu haben, den Tresor öffnete. Aus dem Tresor entwendete der Angekl. mit Diebstahlsabsicht für seine Zwecke 350 US-Dollar Bargeld und einen iPod.

- I. Der Angekl. könnte die Voraussetzungen eines **besonders schweren Falls des Diebstahls** gem. § 243 I StGB erfüllt haben, indem er den in der Wohnung des B vorhandenen **Tresor mit dem** in der Wohnung **selbst aufgefundenen Tresorschlüssel geöffnet** hat.
 1. Der Umstand, dass der **Tresorschlüssel** für den Angekl. zu entdecken war, weil er „**nicht besonders versteckt**“ war, **führt nicht zum Ausschluss des verschärften Strafrahmens**.

KG aaO schließt sich hierbei in der Begründung dem BGH (NJW 2010, 3175 = NSTz 2011, 36 = StV 2011, 18) an, der zu der Frage der **Öffnung einer Schutzvorrichtung mit einem dafür bestimmten Schlüssel durch Unberechtigte** das Folgende ausgeführt hat:

*„Dient das Behältnis nach seiner **erkennbaren Zweckbestimmung** wenigstens u. a. auch zur **Sicherung der darin aufbewahrten Sache gegen Diebstahl**, wie es bei einem Tresor idealtypisch der Fall ist, dann ist das verschlossene Behältnis ein Spezialfall einer Schutzvorrichtung im Sinne der Vorschrift. Das Regelbeispiel setzt voraus, dass das Behältnis verschlossen ist. **Weitere Sicherungen**, etwa durch Wegschließen des Schlüssels, sind danach zu seiner Erfüllung **nicht mehr erforderlich**. Der Täter muss – sofern er nicht sogar die Sache mitsamt dem Behältnis stiehlt – die **Sicherung überwinden**, wobei es aber **nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt** (vgl. BT-Dr IV/650, S. 403; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 243 Rn 17). § 243 I 2 Nr. 2 StGB betont nämlich die **besondere Sicherung des Diebstahlobjekts**, während § 243 I 2 Nr. 1 StGB besondere Arten der Tatausführung bei einer allgemeinen Sicherung des Gegenstands hervorhebt; auf eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das Überwinden der Sicherung hinaus kommt es dagegen bei § 243 I 2 Nr. 2 StGB nicht an (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW 1988, 3028). Daher scheidet die Anwendung des Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall des Diebstahls wegen der Wegnahme einer Sache aus einem verschlossenen Behältnis auch dann nicht aus, wenn der Verschluss mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel geöffnet wird. Allenfalls dann, wenn der Benutzer des Schlüssels zu dessen Verwendung befugt ist, könnte für ihn die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlssicherung entfallen (vgl. OLG Hamm NJW 1982, 777 = JR 1982, 119; MüKo-StGB/Schmitz, 2003, § 243 Rn 35). Jedenfalls wenn ein Unbefugter den Schlüssel an sich nimmt und er damit das Behältnis öffnet, überwindet er die Diebstahlssicherung, die sich aus dem Verschlusszustand des Behältnisses ergibt (vgl. OLG Karlsruhe NSTz-RR 2010, 48; Fischer, § 243 Rn 17; Vogel, LK-StGB, 12. Aufl., § 243 Rn 32). Die Erfüllung des Regelbeispiels führt grds. zur Anwendung des Ausnahmestrafrahmens.“*

2. Ob etwas anders gilt, wenn der **Schlüssel im Schloss des betreffenden Behältnisses steckt** oder als **erkennbar zu diesem gehörig direkt daneben liegt** und in diesem Sinne „unmittelbar zugänglich“ ist (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 243 Rn 22; Bosch JA 2009, 905), muss in der vorliegenden Konstellation nicht entschieden werden.

*„Nicht mehr mit dem Wortlaut und dem Zweck der erhöhten Strafdrohung vereinbar wäre es und führte überdies zu **kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten**, den Erschwerungsgrund schon allein bei einer*

„leichten“ Zugänglichkeit des Schlüssels zu verneinen (in diese Richtung aber, unter Verweis auf eine vermeintlich herrschende Meinung und ohne jede Darlegung der näheren Voraussetzungen einer solchen Fallgruppe, Bachmann/Goeck StV 2011, 19: „sonst leicht zugänglich“ [Anm. zu BGH NJW 2010, 3175 = NStZ 2011, 36 = StV 2011, 18]).“ (KG aaO)

II. im zweiten Fall könnte der Angekl. die Voraussetzungen eines **besonders schweren Falls des Diebstahls** gem. § 243 I StGB erfüllt haben, indem er den **gutgläubigen Hoteltechniker dazu bewegt** hat, den **Zimmertresor**, der eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme i. S. des Regelbeispiels darstellt, **zu öffnen**, um sodann auf dessen Inhalt zugreifen zu können.

1. Ob der Hoteltechniker zur Verwendung des ihm bekannten Zugangscode im Verhältnis zu den wirklichen Bewohnern des Hotelzimmers und Gewahrsamsinhabern an dem Inhalt des Tresors befugt war und für ihn deshalb die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlssicherung entfallen ist, kann dahinstehen. Der **Angekl.** jedenfalls **hat in seiner Person diese besondere Diebstahlssicherung durch sein listiges Vorgehen überwunden**, weil es nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt, eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das faktische Überwinden der Sicherung hinaus also nicht von Belang ist, sondern allein die **Art der Sicherung maßgeblich** ist (vgl. BGH NJW 2010, 3175 = NStZ 2011, 36).

„Der **gesetzgeberische Grund** für das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB und die hierdurch regelmäßig ausgelöste Strafschärfung liegt darin, dass der Täter ein **erhöhtes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber fremdem Eigentum** zeigt, indem er sich über eine besondere Sicherung hinwegsetzt, mit welcher der Eigentümer zu erkennen gibt, dass er auf die Erhaltung gerade dieser Sache Wert legt (vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 48 m. w. Nachw.).

So liegt es hier, ebenso wie in einem Fall, in dem der Täter einen zur Öffnung gewidmeten Schlüssel auf unredliche Weise und unbefugt an sich genommen hat (vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 48 m. w. Nachw.). Der Angekl. war nicht befugt, den Zugangscode selbst zu nutzen oder für sich nutzen zu lassen; er hat **durch sein listiges Verhalten die zu Gunsten des berechtigten Gewahrsamsinhabers bestehende besondere Diebstahlssicherung i. S. des § 243 I 2 Nr. 2 überwunden**.

Auch wenn man dies anders sehen wollte, läge der Erschwerungsgrund des § 243 StGB vor. Die Aufzählung der benannten besonders schweren Fälle in § 243 I StGB ist nicht abschließend. Vielmehr sind auch sonst Diebstähle als besonders schwere Fälle anzusehen, wenn sich die Taten auf Grund einer Gesamtbewertung nach ihrem Gewicht von Unrecht und Schuld **deutlich von dem Normalfall des einfachen Diebstahls gem. § 242 StGB abheben** (vgl. Schönke/Schröder, § 243 Rn 42a m. w. Nachw.). Das kommt u. a. in Betracht, wenn die konkreten Tatumstände einem der den Regelbeispielen zu Grunde liegenden Leitbilder vergleichbar sind. Dies ist etwa der Fall, wenn die Tat eine **besondere kriminelle Energie** offenbart, aber auch, wenn der Täter besonders listig vorgegangen ist und dadurch eine nicht unerhebliche Beute gemacht hat (vgl. OLG Düsseldorf NJW 2000, 158 = NStZ 2000, 424; s. auch BGH NStZ-RR 2010, 374: Betreten eines Hauses durch eine Terrassentür im Erdgeschoss nach Hineingreifen durch den gekippten Türflügel zum Öffnen der Tür). Ein Fall vergleichbaren Schweregehalts liegt hier vor.“ (KG aaO)

2. Ein Schuldspruch wegen eines (in mittelbarer Täterschaft begangenen) Diebstahls in einem besonders schweren Fall kommt allerdings nicht in Betracht, weil das Vorliegen eines besonders schweren Falls nach § 243 StGB nicht zur rechtlichen Bezeichnung der Tat i. S. des § 260 IV 1 StPO gehört (vgl. BGH NStZ 1999, 205; Meyer-Goßner, § 260 Rn 25 m.w. Nachw.).

(OVG Bremen in DÖV 2012, 204; Beschluss vom 21.10.2011 - 1 B 162/11)

1. Eine gefahrenabwehrrechtliche Allgemeinverfügung, mit der das **Tragen von Bekleidungsstücken** mit näher bezeichneten Abzeichen und Emblemen bestimmter Rockergruppen in einem bestimmten Gebiet verboten wird, ist nur rechtmäßig, solange sie **anlassbezogen** der Abwehr einer **konkret drohenden Gewalteskalation** dient.
2. Eine **konkrete Gefahr** ist gegeben, wenn im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in **absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit** eintreten wird.
3. Eine **abstrakte Gefahr** ist gegeben, wenn eine **generell-abstrakte Betrachtung** für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein **Schaden** im Einzelfall **einzutreten pflegt**.
4. Dem Fortbestehen „**latent existenter Aggressionen**“ zwischen solchen Gangs und einem von der Kleidung ausgehenden möglichen Einschüchterungseffekt für Dritte kann **nicht** mit einer unbefristeten **Allgemeinverfügung**, sondern **nur**, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, mit einer **Polizeiverordnung** nach §§ 48 ff. BremPolG begegnet werden.

A. Grundlagenwissen: Gefahrbegriffe im POR**I. Gefahr**

Aus der Sicht eines objektiven Beobachters liegen zum Zeitpunkt des Ergreifens der Maßnahme Anhaltspunkte vor, die zur Annahme berechtigten, dass in naher Zukunft das Schutzgut mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt werden wird. Nachträglich stellt sich heraus, dass eine Gefahr tatsächlich vorlag.

Was ist gefährdet?	polizeiliches Schutzgut
Wann?	in naher Zukunft
Prognose?	hinreichende Wahrscheinlichkeit
Zeitpunkt der Betrachtung?	Ergreifen der Maßnahme (sog. ex ante Betrachtung)
Blickwinkel?	objektiver Beobachter
Störer?	allgemeine Grundsätze
Nachträgliche Betrachtung?	Gefahr lag vor

II. Konkrete Gefahr

Konkreter Sachverhalt ergibt Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Gefahr (= grds. Voraussetzung für Ordnungsverfügung/polizeiliche Maßnahme nach den Generalklauseln).

III. abstrakte Gefahr

Ohne auf konkreten Sachverhalt zurückzugreifen kann aufgrund der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass in einer bestimmten Situation üblicherweise bestimmte Gefahren auftreten (Voraussetzung für eine Polizeiverordnung).

IV. gegenwärtige Gefahr

Die Verletzung des polizeilichen Schutzgutes findet bereits statt oder steht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevor (insbesondere erforderlich für die Inanspruchnahme von nichtverantwortlichen Personen (sog. Nichtstörern)).

V. erhebliche Gefahr

Das gefährdete Schutzgut ist besonders bedeutsam oder die zu erwartende Verletzung besonders schwerwiegend.

VI. Gefahr in Verzug

Es liegt eine Gefahr vor, der nur wirksam begegnet werden kann, wenn von der Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens abgesehen wird, da ansonsten der Erfolg vereitelt oder unvertretbar verzögert würde.

VII. Anscheinsgefahr

Aus der Sicht eines objektiven Beobachters liegen zum Zeitpunkt des Ergreifens der Maßnahme Anhaltspunkte vor, die zur Annahme berechtigten, dass in naher Zukunft das Schutzgut mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt werden wird. Nachträglich stellt sich heraus, dass eine Gefahr objektiv nicht vorlag, ein verständiger Betrachter aber von einer solchen ausgehen durfte. Die Anscheinsgefahr ist eine Gefahr im Sinne des POR.

Der **Anscheinsstörer** ist Störer, wenn der Anschein in zurechenbarer Weise veranlasst wurde, obwohl bei nachträglicher Betrachtung keine Gefahr vorlag.

VIII. Scheingefahr

Der Amtswalter irrt sich über das Vorliegen objektiver Anhaltspunkte für die Gefährdung eines Schutzgutes, er hält also nur subjektiv einen Schadenseintritt für wahrscheinlich, ohne dass ein objektiver Beobachter die gleichen Schlüsse gezogen hätte. Es handelt sich nicht um einer Gefahr i.S.d. POR.

IX. Gefahrenverdacht

Aus Sicht eines objektiven Beobachters liegen zum Zeitpunkt des Ergreifens der Maßnahme Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Gefahr gegeben sein könnte. Es geht also um Maßnahmen zur Erforschung des Sachverhaltes, um das Vorliegen einer Gefahr feststellen zu können. Zulässig sind hier nur Maßnahmen zur Sachaufklärung.

Wann?	noch offen
Prognose?	Anhaltspunkte
Zeitpunkt der Betrachtung?	Ergreifen der Maßnahme (sog. ex ante Betrachtung)
Blickwinkel?	objektiver Beobachter
Störer?	Verdachtsstörer
Nachträgliche Betrachtung?	offen

B. Verbot des Tragens von Bekleidung mit Rockerabzeichen durch polizeirechtliche Allgemeinverfügung (vgl. OVG Bremen in DÖV 2012, 204)

Fall: Am 12.05.2011 erließ die Antragsgegnerin für den Bereich der östlichen Bahnhofsvorstadt in Bremen folgende Allgemeinverfügung:

„Es wird untersagt, im nachfolgend näher bezeichneten Gebiet Bekleidungsstücke zu tragen, die mit Abzeichen und Emblemen von Motorradgruppierungen versehen sind, soweit sich diese mit Abzeichen und Emblemen auf die nachfolgend genannten, sog. Outlaw Motorcycle Gangs beziehen. Dazu zählen Kleidungsgegenstände, die in Text, Bild oder Zeichen den Namen, das Symbol oder sonstige Kennzeichnungen einer Zugehörigkeit oder der Unterstützung einer solchen Gruppierung wiedergeben. Dies sind im Einzelnen die Gruppierungen Hells Angels MC, Red Devils MC, Mongols MC, Bandidos MC, Gremium MC. Die Symbole der bezeichneten Gruppierungen sind in der Anlage zu dieser Verfügung aufgeführt.

Ferner ist die Wiedergabe der Schriftzüge AFFA, DFFD, MFFM und der Parolen „The Big Red Machine“, „Red Light Crew“, „Respect Few, Fear None“ und „Expect no mercy“, sowie des Signums „1%er“ oder des Signums „1% in einer Raute“ und die Bezeichnungen „Outlaw Motorcycle Gang“ oder „Outlaw Motorcycle Club“ verboten.

Der Verbotsbereich erstreckt sich auf das Gebiet, welches beschränkt wird von der Bürgermeister-Smidt-Straße, Beim Handelsmuseum, Bahnhofsvorplatz, Gustav-Deetjen-Tunnel, An der Weide, Außer der Schleifmühle, Dobbenweg, Eduard-Grunow-Straße, Rembertikreisel, Rembertiring, Fedelhören, Präsident-Kennedy-Platz bis auf Höhe Kohlhöcker Straße, Contrescarpe, Birkenstraße zurück zur Bürgermeister-Smidt-Straße und ist insoweit identisch mit der Waffenverbotszone. Der beigefügte Plan ist Bestandteil dieser Entscheidung.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Ziffer 1 dieser Verfügung wird die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von € 200,- gem. § 11 ff des Bremischen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes angedroht. An die Stelle des Zwangsgeldes tritt die Ersatzzwangshaft von 1 Tag je € 200,00 wenn die Beitreibung des Zwangsgeldes ohne Erfolg versucht wurde oder wenn feststeht, dass die Beitreibung des Zwangsgeldes keinen Erfolg haben wird.

Die sofortige Vollziehung dieser Entscheidung wird angeordnet.“

Die Allgemeinverfügung wurde am 14.05.2011 in der Tageszeitung Weser-Kurier öffentlich bekannt gegeben.

Die Maßnahme wurde mit einem am 07./08.05.2011 erfolgten Überfall von Mitgliedern des Vereins „Mongols MC Bremen“ auf das Vereinsheim der „Hells Angels Bremen“ begründet. Aus Anlass dieses Überfalls wurden 61 Personen aus der Gruppe der „Mongols“ in polizeiliches Gewahrsam genommen. Mit der Allgemeinverfügung solle erneuten gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen den rivalisierenden Rockergruppen entgegen gewirkt werden. Darüber hinaus sei die Allgemeinverfügung auch erlassen worden, weil von den uniformähnlichen Bekleidungsstücken der Motorradgruppen, die in der Vergangenheit wiederholt durch Aggressionen und Gesetzesverletzungen aufgefallen seien, eine einschüchternde Wirkung auf die Anwohner und Geschäftsleute des Stadtteils sowie die Besucher der in dem Stadtteil gelegenen Lokale und Vergnügungstätten ausgehe.

Mit Verfügung vom 19.05.2011 verbot der Senator für Inneres der Freien Hansestadt Bremen unter Anordnung der sofortigen Vollziehung den Verein „Mongols MC Bremen“. Dagegen ist Klage vor dem Oberverwaltungsgericht Bremen erhoben, über die noch nicht entschieden ist. Ein Aussetzungsantrag ist nicht gestellt worden.

Am 01.06.2011 hat der Antragsteller, der sich als Sympathisant der „Hells Angels“ bezeichnet, Widerspruch gegen die Allgemeinverfügung vom 12.05.2011 eingelegt. Ebenfalls am 01.06.2011 hat er beantragt, die sofortige Vollziehung der Verfügung auszusetzen. Er sehe nicht ein, dass ihm verboten werde, Kleidung mit Schriftzügen zu tragen, die seine Sympathie gegenüber den „Hells Angels“ zum Ausdruck bringe.

Ist der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung begründet?

Der Antrag ist begründet, die Allgemeinverfügung nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist, da kein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung einer rechtswidrigen Allgemeinverfügung bestehen kann.

Die Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG ist rechtswidrig, wenn eine Ermächtigungsgrundlage fehlt, die formellen Voraussetzungen fehlen oder materielle Fehler feststellbar sind.

I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für eine polizeiliche Allgemeinverfügung kommt die Generalklausel des § 10 BremPolG in Betracht.

vgl. §§ 1, 3 BWPoIG; § 17 I BlnASOG; § 10 I BbgPoIG; § 11 NdsSOG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOOG; § 8 NwPoIG; § 9 RhPfPOG; § 8 I SaarPoIG; § 3 I SächsPoIG; §§ 1, 13 SachsAnhSOG; § 174 SchlHVwG; § 12 I ThürPAG

II. formelle Rechtmäßigkeit

Für eine polizeirechtliche Allgemeinverfügung ist die Polizei zuständig. Auch hinsichtlich der Form und Bekanntmachung bestehen keine Bedenken. Eine Anhörung war nach § 28 II Nr. 4 BremVwVfG entbehrlich. Fraglich ist allerdings, ob die Allgemeinverfügung hinreichend bestimmt ist.

„Ihr räumlicher Geltungsbereich ist eindeutig festgelegt. Er betrifft den Bereich der östlichen Bahnhofsvorstadt in Bremen. Die Straßenzüge, die den Geltungsbereich begrenzen, sind im Tenor der Verfügung genannt.

*Die Verfügung verbietet in diesem Bereich **Bekleidungsstücke** zu tragen, die mit Abzeichen und Emblemen bestimmter Motorradgruppierungen versehen sind. Die **Gruppierungen werden im Einzelnen genannt**. Dass die betreffenden Rockergruppen über unverwechselbare, auffällige Abzeichen und Embleme verfügen, durch die jeweils eine eindeutige Zuordnung zu den Gruppen bezweckt wird, kann ernstlich nicht bestritten werden. In der Behördenakte befinden sich Ablichtungen von Lederjacken und Westen, die mit entsprechenden Zeichen versehen sind. Ferner wurden bestimmte Schriftzüge verboten, unter anderem der vom Antragsteller beanstandete „The Big Red Machine“. Dass dieser Schriftzug ein Synonym für die „Hells Angels“ ist, hat die Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren plausibel dargelegt.“ (OVG Bremen aaO)*

Die Allgemeinverfügung ist daher hinreichend bestimmt.

III. materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 10 I 1 BremPolG darf die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Voraussetzung für einen auf § 10 Abs. 1 Satz 1 BremPolG gestützten Verwaltungsakt ist das Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

1. Voraussetzungen für Allgemeinverfügung nach Generalklausel

„Das gilt auch, wenn die Polizei auf der Grundlage von § 10 I 1 BremPolG eine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 BremVwVfG erlässt. Eine **Allgemeinverfügung** ist ein **Verwaltungsakt**, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen **bestimmten oder bestimmbar**en **Personenkreis** richtet (personenbezogene Allgemeinverfügung, § 35 Satz 2 1. Alt. BremVwVfG). Es handelt sich in diesem Fall um eine **„konkret-generelle“** **Regelung**, die **aus einem konkreten Anlass** gegen einen bestimmten oder zumindest bestimmbaren **Personenkreis** erlassen wird (st. Rspr. vgl. BVerwG, U. v. 17.08.2011 - 6 C 9/10 - juris, Rn. 51; U. Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 282; HK-VerwR/Schwarz, 2. Aufl. 2010, § 35 VwVfG, Rn. 117). Bei einer Allgemeinverfügung, die sich auf § 10 I 1 BremPolG stützt, besteht dieser **Anlass in der konkreten Gefahr**, die durch die Verfügung abgewehrt werden soll.

Durch eine gefahrenabwehrrechtliche Allgemeinverfügung können **andauernde Handlungs- und Unterlassungspflichten** auferlegt werden. In diesem Fall ist jedoch zu beachten, dass derartige Handlungsgebote und -verbote nur zur **Bekämpfung einer konkreten Gefahr** ergehen dürfen. Eine Allgemeinverfügung darf nicht zur Bekämpfung abstrakter Gefahren erlassen werden. Sollen **abstrakte Gefahren** abgewehrt werden, darf dies nur im **Wege einer gefahrenabwehrrechtlichen Verordnung** geschehen (§ 10 Abs. 1 Satz 2 BremPolG; vgl. auch U. Stelkens, a. a. O., § 35 Rn. 287; HK-VerwR/Schwarz, a. a. O., § 35 VwVfG, Rn. 122). Zuständigkeit und Verfahren für den Erlass von Polizeiverordnungen werden im Einzelnen in § 48 ff. BremPolG geregelt.“ (OVG Bremen aaO)

2. Anforderungen an das Vorliegen einer konkreten Gefahr

Es muss daher auch für eine Allgemeinverfügung eine konkrete Gefahr vorliegen.

„Eine **konkrete Gefahr** ist gegeben, wenn im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in **absehbarer Zeit** ein **Schaden für die öffentliche Sicherheit** eintreten wird (vgl. § 2 Nr. 3a BremPolG).

Die konkrete Gefahr unterscheidet sich von der abstrakten nicht durch den Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern durch den Bezugspunkt der Gefahrenprognose. Während bei der **konkreten Gefahr** auf einen **bestimmten Sachverhalt** oder ein bestimmtes Ereignis abgestellt wird, ist die **abstrakte Gefahr** auf den typischen Fall bezogen. Eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine **generell-abstrakte Betrachtung** für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt (st. Rspr., vgl. BVerwG, U. v. 03.07.2002 - 6 CN 8/01 - BVerwGE 116, 347 [351]).“ (OVG Bremen aaO)

3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben vom Vorliegen einer konkreten Gefahr ausgegangen werden kann. Hierbei kann durchaus zwischen dem Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung und einem späteren Zeitpunkt unterschieden werden. Bei einer polizeirechtlichen Allgemeinverfügung ist die Polizei nämlich verpflichtet, die Verfügung bei Fortfall der konkreten Gefahr aufzuheben.

a) Vorliegen einer konkreten Gefahr bei Erlass der Allgemeinverfügung

„In der Nacht vom 07. auf den 08.05.2011 war es zu einem Überfall von Mitgliedern der Rockergruppe „Mongols“ auf das Vereinsheim der „Hells Angels“ in der Straße Am Dobben in Bremen gekommen. Die **drohende Konfrontation** konnte nur mit einem erheblichen **Einsatz von Polizeikräften** verhindert werden. Insgesamt wurden 61 Personen aus der Gruppe der „Mongols“ in Polizeigewahrsam genommen.

Wie zugespitzt die Lage war, wird durch einen weiteren Vorfall, der sich nur wenige Tage später ereignete, bestätigt. Am Abend des 13.05.2011 schlugen Mitglieder der „Mongols“ in der Hankestraße in Bremen mit Hieb Waffen und Dachlatten auf Angehörige und Unterstützer der „Hells Angels“ ein. Es kam zu Körperverletzungen.

Bei der **Gefahrenprognose** hat die Antragsgegnerin weiterhin zu Recht berücksichtigt, dass die von der Allgemeinverfügung erfassten Rockergruppen ihre **Rivalität** bereits in der Vergangenheit **wiederholt gewaltsam ausgetragen** hatten. Bei dieser Sachlage bestand die **konkrete Gefahr**, dass aufgrund der beiden Überfälle eine **Gewalteskalation in Gang gesetzt** werden würde.

Die Allgemeinverfügung war ein **verhältnismäßiges Mittel**, um dieser Gefahr entgegen zu wirken. Zwar war damit eine weitere Eskalation nicht ausgeschlossen. Den Mitgliedern der Rockergruppen wurde damit im räumlichen Geltungsbereich der Allgemeinverfügung aber immerhin die **Möglichkeit genommen**, durch die auffälligen Zeichen ihrer jeweiligen Gruppe **Gruppenzugehörigkeit zu demonstrieren**. Damit entfiel ein Anknüpfungspunkt für gegenseitige Provokationen und Übergriffe.

Die konkrete Gefahr einer Gewalteskalation war durch das am 19.05.2011 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung erfolgte Verbot des Vereins „Mongols MC Bremen“ noch nicht beseitigt. Es blieb abzuwarten, welche Wirkungen dieses Verbot entfaltete, zumal die „Mongols“ - wie im Übrigen auch die „Hells Angels“ - in der Lage sind, Gleichgesinnte aus anderen Bundesländern zu mobilisieren.“ (OVG Bremen aaO)

Eine summarische Überprüfung führt daher zu dem Ergebnis, dass im Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung am 12.05.2011 eine konkrete Gefahr für gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Rockergruppen gegeben war.

b) Wegfall der konkreten Gefahr zu einem späteren Zeitpunkt

Mit Rücksicht auf die Intensität der im Mai 2011 zwischen den Rockergruppen geführten Auseinandersetzungen, das Gewicht der drohenden Rechtsgutverletzungen sowie die überregionalen Verbindungen der Rockergruppen ist insoweit für die Gefahrenprognose ein Beobachtungszeitraum anzuerkennen.

„Das Gericht geht davon aus, dass aber jedenfalls nach **Ablauf von drei Monaten** nach Bekanntgabe der Allgemeinverfügung die konkrete Gefahr entfallen war und sich die Lage insoweit wieder „beruhigt“ hatte. Von **welchem Zeitpunkt** an die konkrete Gefahr einer Gewalteskalation fortgefallen war, bedarf im Rahmen dieses Eilverfahrens **keiner abschließenden Klärung**.

Auf ein Hinweisschreiben des Gerichts vom 11.10.2011 hat die Antragsgegnerin **keine tragfähigen Anhaltspunkte** genannt, die für ein **Fortbestehen der konkreten Gefahr** sprechen könnten. Die Antragsgegnerin spricht zwar in ihrer Stellungnahme vom 17.10.2011 von den weiter „**latent existenten Aggressionen**“ zwischen den Mitgliedern der in der Allgemeinverfügung genannten Gruppierungen. Über **konkrete Hinweise** für eine Gewalteskalation, wie sie im Mai 2011 drohte, verfügt die Antragsgegnerin aber **ersichtlich nicht**. Die besorgniserregenden Vorkommnisse, die in der Stellungnahme aus anderen Städten berichtet werden, haben keinen konkreten Bezug zu den in Bremen erfolgten gewalttätigen Auseinandersetzungen. Das hier in Rede stehende Verbot, rockertypische Bekleidungsstücke zu tragen, wäre im Übrigen auch kein geeignetes Mittel, um solche Vorkommnisse zu verhindern (u. a. Schüsse auf ein Geschäft in Berlin am 06.10.2011; Einwerfen einer Eingangstür mit Steinen in Kiel am 26.08.2011; dreifacher Mord in Belgien am 20.05.2011).“ (OVG Bremen aaO)

Allerdings wurde die Allgemeinverfügung auch damit begründet, die von dem Verbot erfassten Embleme und Abzeichen verliehen der Kleidung einen uniformähnlichen Charakter, was mit einem **Einschüchterungseffekt für die Bevölkerung** des Stadtteils verbunden sei.

„**Sofern** diese Gefahrenprognose der Antragsgegnerin **zutreffen sollte**, was an dieser Stelle ausdrücklich offen gelassen wird, handelte es sich hierbei nicht um eine konkrete, sondern um eine **abstrakte Gefahr**, nämlich eine Gefahr, die sich bei **abstrakt-genereller Betrachtung** aus einer bestimmten Verhaltensweise ergibt. Daran ändert auch nichts, dass, wie die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 17.10.2011 ausführt, innerhalb des Stadtteils die sogenannte Diskomeile liege, die nebst ihres näheren Umfelds einen Kriminalitätsschwerpunkt darstelle. Gefahrbegründend wäre insoweit nicht ein konkretes Ereignis oder ein konkreter Sachverhalt, sondern eine allgemeine Verhaltensweise, nämlich das Tragen bestimmter Bekleidungsstücke. **Abstrakte Gefahren dürfen jedoch nicht mit einer Allgemeinverfügung bekämpft werden**, das statthafte rechtliche Instrument ist die Polizeiverordnung.“ (OVG Bremen aaO)

Es spricht einiges dafür, dass die Allgemeinverfügung zwar rechtmäßig erlassen worden ist, inzwischen aber die rechtlichen Voraussetzungen für die ergriffene Maßnahme entfallen sind. Im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens geht das Obergericht davon aus, dass der Verfügung jedenfalls seit dem 14.08.2011, also nach Ablauf von drei Monaten seit ihrer Bekanntgabe, die Rechtsgrundlage fehlt. Auch hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung ist die sofortige Vollziehung für die Zeit ab dem 14.08.2011 auszusetzen; für die Zeit davor besteht hierfür jedoch kein Anlass.

Ergebnis: Für die Zeit ab dem 14.08.2011 ist nach summarischer Prüfung von der Rechtswidrigkeit der Allgemeinverfügung auszugehen, so dass ab diesem Zeitpunkt auch die Voraussetzungen für die Zwangsgeldandrohung fehlen und hinsichtlich beider Verwaltungsakte die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen ist.

„Andererseits spricht einiges dafür, dass die Allgemeinverfügung in den ersten drei Monaten ihrer Geltung keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnete. Eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, deren **Rückwirkung vom Gericht beschränkt** werden kann (Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 80 Rn. 54), kommt für diesen Zeitraum nicht in Betracht. Insoweit bleibt der Aussetzungsantrag erfolglos.“ (OVG Bremen aaO)

(BVerfG, DÖV 2012, 242; Beschluss vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10)

1. Die Übertragung von Aufgaben des Maßregelvollzugs auf **formell privatisierte** Träger kann mit Art. 33 IV GG sowie mit dem **Demokratieprinzip** und den **Grundrechten der Untergebrachten** vereinbar sein.
2. Art. 33 IV GG gilt auch für die **Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform**.
3. **Abweichungen** vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts bedürfen der Rechtfertigung durch einen **spezifischen**, dem Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechenden **Ausnahmegrund**.
4. Das Demokratieprinzip erfordert eine **personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation** mit hinreichenden Kontrollbefugnissen.
5. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG soll gewährleisten, dass die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse** als ständige Aufgabe regelmäßig den von Art. 33 V GG für das Berufsbeamtentum institutionell garantierten **besonderen Sicherungen qualifizierter, loyaler und gesetzestreuer Aufgabenerfüllung** unterliegt.

Fall Der Beschwerdeführer ist Insasse einer Maßregelvollzugseinrichtung, die 2007 formell privatisiert wurde. Durch das Land Hessen wurden der als gemeinnützige GmbH betriebenen Einrichtung hoheitliche Befugnisse verliehen. Bei der betreffenden GmbH handelt es sich um eine rein formelle Privatisierung in Trägerschaft des Landes Hessen. Die Einrichtung unterliegt keinen erwerbswirtschaftlichen Zwängen. Die aufgabengemäße Ausstattung der Einrichtung und die Einhaltung ihrer Rechtspflichten sind gewährleistet. Das leitende Personal der Einrichtung wird durch den Landeswohlfahrtsverband und damit eine öffentliche Körperschaft bestellt.

Nach einem aggressiven Ausbruch war der Beschwerdeführer durch Pflegekräfte ohne vorherige Information der Klinikleitung gewaltsam eingeschlossen worden. Der diensthabende Arzt und über diesen der leitende diensthabende Arzt wurden nachträglich informiert. Die Pflegekräfte handelten auf Grund von § 5 III HessMaßregelvollzugsG. Die Norm ermächtigt Bedienstete privater Maßregelvollzugseinrichtungen bei Gefahr im Verzug zur Anordnung besonderer Sicherungsmaßnahmen gegen Untergebrachte. Sein Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 109 I StVollzG) sowie die gegen die negative Entscheidung gerichtete Rechtsbeschwerde blieben ohne Erfolg.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde macht der Beschwerdeführer einen Verstoß gegen Art. 33 IV GG geltend, wonach die Ausübung hoheitlicher Befugnisse in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist. Zudem sieht er sich in der durch Art. 2 II 2 GG gewährleisteten persönlichen Freiheit verletzt und rügt einen Verstoß gegen das in Art. 20 II GG verankerte Demokratieprinzip.

Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

1. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG)

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **der Bürger als dem Staat gegenüberstehend** gegen eine staatliche Maßnahme wendet. Dies ist hier der Fall, da gegen gerichtliche Entscheidungen vorgegangen wird.

2. Beschwerdegegenstand (Art 93 1 Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 1 BVerfGG)

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze). Hier wendet sich der Bf. gegen die für ihn nachteiligen gerichtlichen Entscheidungen. Diese sind ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

3. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 IV, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

a) Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach **nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

aa) Berufung auf Art. 33 IV GG

Fraglich ist zunächst, ob der Beschwerdeführer sich überhaupt auf Art. 33 IV GG berufen kann.

*„Dabei kommt es nicht darauf an, ob und gegebenenfalls inwieweit Art. 33 IV GG für sich genommen einen **subjektiv-rechtlichen Gehalt** aufweist (verneinend BVerfGE 6, 376 [385]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18.02.1988 - 2 BvR 1324/87 -, juris, Rn. 9; offenlassend BVerfGE 35, 79 [147]). Denn der Beschwerdeführer ist durch die angegriffenen, seinen Einschluss als rechtmäßig bestätigenden Entscheidungen jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG berührt und kann in diesem Zusammenhang geltend machen, der Eingriff sei wegen Verstoßes gegen Art. 33 IV GG nicht rechtfertigungsfähig.*

*Diese Rüge steht dem Beschwerdeführer unabhängig davon offen, ob das Grundrecht aus Art. 2 I GG gegen jeden mit einer Norm des objektiven Rechts nicht vereinbaren Eingriff schützt (vgl. zu dieser Frage Dreier, in: ders., GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Abs. 1 Rn. 44, m.w.N.). Denn **Art. 33 IV GG** dient zwar **nicht dem Schutz individueller Beamten- oder Verbeamteninteressen** (vgl. Masing, in: Dreier, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 61; Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 33 Abs. 4 Rn. 29), wohl aber unter anderem dem **Schutz des von hoheitliche Aufgabenwahrnehmung in seinen Grundrechten betroffenen Bürgers** (vgl. BVerfGE 119, 247 [261]; Nds.StGH 4, 232 [256]; Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 55 [April 2010]; Dollinger/Umbach, in: Umbach/Clemens, GG, Bd. 1, 2002, Art. 33 Rn. 75; Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 284; Bansch, Die Beileihung als verfassungsrechtliches Problem, 1973, S. 68; Leisner, in: ders., Beamtentum, 1995, S. 163 [166]; Ossenbühl, VVDStRL 29 [1971], S. 137 [162]; Badura, ZBR 1996, S. 321 [325]; Jachmann/Strauß, ZBR 1999, S. 289 [296]).“ (BVerfG aaO)*

bb) Berufung auf Art. 20 II GG

Zudem ist fraglich, ob sich der Beschwerdeführer im Rahmen einer Individualverfassungsbeschwerde auf das von Art. 20 II GG geschützte Demokratieprinzip berufen kann.

„Auch soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des Demokratieprinzips beanstandet, tut er dies im Zusammenhang mit der Rüge eines Grundrechtseingriffs, den er unter anderem wegen Verstoßes gegen Art. 20 I GG für nicht gerechtfertigt hält, und überschreitet damit nicht die Grenzen des mit einer Verfassungsbeschwerde Rügefähigen.“ (BVerfG aaO)

cc) Berufung auf Art. 2 II 2 GG

Grundsätzlich kann eine Verfassungsbeschwerde auf die Verletzung von Art. 2 II 2 GG gestützt werden.

„Es ist unschädlich, dass der Beschwerdeführer nicht einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG), sondern eine Verletzung seines - im vorliegenden Fall nicht berührten - Grundrechts auf Freiheit der Person aus Art. 2 II 2 GG rügt. Eine fehlende oder unrichtige Artikelzuordnung des Grundrechtsverstoßes, der erkennbar gerügt werden soll, führt nicht zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (vgl. BVerfGE 92, 158 [175]; 115, 166 [180]; BVerfGK 2, 275 [277]).“ (BVerfG aaO)

dd) Möglichkeit der Rechtsverletzung

„Mit dem Vortrag, dass der Einschluss unter den gegebenen Rahmenbedingungen nicht durch angestellte Bedienstete des privaten Trägers erfolgen durfte, ist - jedenfalls angesichts des Umstandes, dass Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, aus der Gegenteiliges hervorgeht, nicht vorliegt (zu Auseinandersetzungsobliegenheiten, die anderenfalls bestünden, vgl. BVerfGE 101, 331 [346]) - die Möglichkeit eines Grundrechtsverstoßes ausreichend dargetan.“ (BVerfG aaO)

b) Unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind. Dies ist hier durch die angegriffenen Entscheidungen ohne weiteres anzunehmen.

4. Frist, § 93 BVerfGG

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von einem Monat nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Von der Einhaltung dieser Frist kann ausgegangen werden.

5. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Etwas anderes gilt nach § 90 II 2 BVerfGG nur, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Der Beschwerdeführer hat den Rechtsweg vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ausgeschöpft.

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die gerichtlichen Entscheidungen den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzen.

1. Verletzung von Art. 2 II 2 GG

„Der **Schutzbereich** des Grundrechts der **Freiheit der Person** (Art. 2 II 2 GG) ist demgegenüber **nicht berührt**. Mit dem Einschluss in einem enger begrenzten Teil der Unterbringungseinrichtung ändert sich, verschärfend, die Art und Weise des Vollzugs der einmal verhängten Freiheitsentziehung; eine **erneute Freiheitsentziehung**, die den besonderen Anforderungen des Art. 104 II 1 GG zu genügen hätte, **liegt darin nicht** (vgl. BVerfGK 2, 318 [323]; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 08.07.1993 - 2 BvR 213/93 -, NJW 1994, S. 1339).“ (BVerfG aaO)

2. Verletzung von Art. 2 I 1 GG

Der Einschluss des Beschwerdeführers könnte diesen in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG verletzen.

a) Schutzbereich

Dann müsste zunächst der Schutzbereich eröffnet sein.

Auf das Grundrecht des Art. 2 I kann sich im persönlichen Schutzbereich jeder berufen, also auch der Beschwerdeführer. Der sachliche Schutzbereich umfasst die allgemeine Handlungsfreiheit als **menschliche Handlungsfreiheit** im weitesten Sinne, also jegliches menschliche Handeln. Der Schutzbereich ist damit eröffnet.

b) Eingriff

Es müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, das dem Einzelnen eine in den Schutzbereich des Grundrechts fallende Betätigung ganz oder teilweise unmöglich macht oder erschwert, ungeachtet dessen, ob die Beeinträchtigung unmittelbar oder mittelbar, final oder nicht final, rechtlich oder faktisch, imperativ oder nicht imperativ erfolgt.

Der Einschluss des Beschwerdeführers stellt daher einen Eingriff auf der Grundlage von § 5 III HessMaßregelvollzugsG dar.

c) Rechtfertigung

Für das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit bestimmt das Grundgesetz bereits in der Grundrechtsgewährleistung in Art. 2 I selbst drei (verfassungsunmittelbare) Schranken, die sog. Schranken-Trias: die Rechte anderer, das Sittengesetz und die verfassungsmäßige Ordnung. Art. 2 I GG steht damit unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Es kann daher grundsätzlich durch § 5 III HessMaßregelvollzugsG beschränkt werden. Diese Beschränkung ist allerdings nur tauglich, wenn die Vorschrift ihrerseits verfassungsgemäß ist. Bedenken gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit bestehen nicht. Die Regelung könnte aber wegen Verstoßes gegen Art. 33 IV GG oder gegen Art. 20 II GG verfassungswidrig sein.

aa) Verstoß gegen Art. 33 IV GG

Ein Verstoß gegen Art. 33 IV GG kommt nur in Betracht, wenn dessen Vorgaben auch für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform gelten. Zudem muss eine ständig wahrzunehmende hoheitliche Aufgabe betroffen sein.

(1) Geltung für Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform

*„Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG soll gewährleisten, dass die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse** als ständige Aufgabe regelmäßig den von Art. 33 V GG für das Berufsbeamtentum institutionell garantierten **besonderen Sicherungen qualifizierter, loyaler und gesetzestreuer Aufgabenerfüllung** unterliegt (vgl. BVerfGE 9, 268 [284]; 119, 247 [260 f.]).*

*Zu diesem Zweck wird mit Art. 33 IV GG dem **Berufsbeamtentum ein Mindesteinsatzbereich institutionell gesichert** [m.w.N.] Diese **Regelungsintentionen** würden **verfehlt**, wenn hoheitliche **Aufgabenwahrnehmung** dem Anwendungsbereich des Art. 33 IV GG dadurch entzogen werden könnte, dass sie **privaten Trägern überantwortet** wird.*

*Demgemäß entspricht es der **vorherrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur**, dass Art. 33 IV GG **unabhängig von** der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen **Organisation des Aufgabenträgers anzuwenden** ist [m.w.N.]“ (BVerfG aaO)*

Art. 33 IV GG regelt damit nicht nur die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch öffentliche Träger, sondern beansprucht Geltung auch für den Fall der Übertragung solcher Aufgaben auf Private.

(2) ständig als hoheitlich wahrzunehmende Aufgaben

Dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG ist nur die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse unterworfen und auch diese nur, soweit es um ihre Übertragung als ständige Aufgabe geht.

*„Um die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse** handelt es sich jedenfalls, wenn Befugnisse zum **Grundrechtseingriff im engeren Sinne** (vgl. Dreier, in: ders., GG, Bd. I, 2. Aufl.2004, Vorb. Rn. 124, m.w.N.) ausgeübt werden, die öffentliche Gewalt also durch Befehl oder Zwang **unmittelbar beschränkend auf grundrechtlich geschützte Freiheiten einwirkt**.“ (BVerfG aaO)*

§ 5 III HessMVollzG ermächtigt zu Grundrechtseingriffen im engeren Sinne und damit zur Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Hierbei müsste es sich aber auch um ständige Aufgaben handeln.

*„Die Ausübung der Befugnis aus § 5 III HessMVollzG ist den ermächtigten Bediensteten auch als ständige Aufgabe übertragen. Für die Frage, ob die Ausübung einer Befugnis als „ständige Aufgabe“ übertragen ist, kommt es danach, dem Wortsinn entsprechend, auf die **Dauerhaftigkeit der Aufgabenübertragung**, nicht auf die Frequenz der Befugnisausübung an. Ob die Ausübung der übertragenen hoheitsrechtlichen Befugnis in der Praxis häufig oder selten vorkommt und ob sie das Gesamtbild der Tätigkeit des Ausübungsbefugten prägt oder nicht, kann demgegenüber für die Frage eine Rolle spielen, ob die in Art. 33 IV GG offengelassene Möglichkeit einer Ausnahme von der Regel des Funktionsvorbehalts eingreift.“ (BVerfG aaO)*

Die Vereinbarkeit des § 5 III HessMVollzG mit Art. 33 IV GG folgt nicht bereits aus diesen Beschränkungen, denn die Vorschrift verleiht hoheitsrechtliche Befugnisse und weist deren Ausübung den Bediensteten, auf die sie sich bezieht, als ständige Aufgabe zu.

(3) Verletzung des Funktionsvorbehalts

Nach Art. 33 IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe „in der Regel“ Berufsbeamten zu übertragen. Diese Einschränkung ermöglicht Ausnahmen.

(a) Prüfungsvorgaben**(aa) quantitative Bedeutung des Funktionsvorbehalts**

„Von der Ausnahmemöglichkeit darf kein Gebrauch gemacht werden, der dazu führt, dass der vorgesehene Regelfall faktisch zum zahlenmäßigen Ausnahmefall wird. Eine gegenteilige Auslegung ginge am Zweck des Art. 33 IV GG vorbei, dem **Berufsbeamtentum einen Mindesteinsatzbereich institutionell zu sichern**.

Die **Bestimmungskraft der Regelvorgabe** in ihrer rein quantitativen Dimension ist allerdings **begrenzt**, denn für den erforderlichen zahlenmäßigen Vergleich lässt sich ein **Bezugsrahmen** unterhalb der Ebene der staatlichen Einheit (Bund oder Land), deren Aufgabenwahrnehmung in den Blick genommen wird, **kaum willkürfrei identifizieren** (vgl. zu diesem Problem, offenlassend, SH OLG, Beschluss vom 19. Oktober 2005 - 2 W 120/05 -, juris, Rn. 21; OVG NW, Urteil vom 4. November 1970 - III A 434/68 -, ZBR 1971, S. 207 [210]).“ (BVerfG aaO)

(bb) qualitative Bedeutung des Funktionsvorbehalts

Die Möglichkeit von Ausnahmen ist für zudem nur für Fälle eingeräumt worden, in denen der Sicherungszweck des Funktionsvorbehalts die Wahrnehmung der betreffenden hoheitlichen Aufgaben durch Berufsbeamte ausweislich bewährter Erfahrung nicht erfordert oder im Hinblick auf funktionelle Besonderheiten nicht in gleicher Weise wie im Regelfall angezeigt erscheinen lässt.

„Abweichungen vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts bedürfen demgemäß nach herrschender und richtiger Auffassung der Rechtfertigung durch einen **besonderen sachlichen Grund** [m.w.N.] Als rechtfertigender Grund kommt nur ein **spezifischer**, dem **Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechender** ... Ausnahmegrund in Betracht [m.w.N.].

Gründe, die sich in gleicher Weise wie für die ins Auge gefasste Ausnahme auch für beliebige andere hoheitsrechtliche Tätigkeiten anführen ließen, der Sache nach also nicht nur Ausnahmen betreffen, scheiden damit als mögliche Rechtfertigungsgründe für den Einsatz von Nichtbeamten in grundsätzlich von Art. 33 IV GG erfassten Funktionen von vornherein aus.“ (BVerfG aaO)

(cc) Fiskalische Gründe als spezifischer Ausnahmegrund

Fiskalische Gründe kommen als spezifischer Ausnahmegrund nicht in Betracht.

„Die **pauschale Erwägung**, dass die **Wahrnehmung** von Aufgaben **durch Berufsbeamte** Kosten verursacht, die in anderen Organisationsformen - insbesondere etwa im Privatisierungsfall wegen dann sich bietender Möglichkeiten der Aufgabenerledigung zu Niedriglöhnen - vermeidbar wären, liefe als Ausnahmegrund, weil nicht spezifisch, der mit Art. 33 IV GG zum Ausdruck gebrachten grundsätzlichen Wertung zugunsten des Einsatzes von Berufsbeamten zuwider.

Das bedeutet jedoch nicht, dass **Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte** ganz außer Betracht zu bleiben hätten [m.w.N.]. Vielmehr kann berücksichtigt werden, ob eine auf ihre Ausnahmefähigkeit hin zu beurteilende **Tätigkeit Besonderheiten aufweist**, deretwegen Kosten und Sicherungsnutzen des Einsatzes von Berufsbeamten hier in einem anderen - deutlich ungünstigeren - als dem nach Art. 33 IV GG im Regelfall vorauszusetzenden Verhältnis stehen (vgl. BVerwGE 57, 55 [59 f.]: „wertende Abgrenzung“).“ (BVerfG aaO)

(dd) Verhältnismäßigkeit als Ausnahmebegrenzung

Je intensiver eine bestimmte Tätigkeit Grundrechte berührt, desto weniger sind Einbußen an institutioneller Absicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung hinnehmbar.

„Soweit die Zulässigkeit von Ausnahmen danach auch von der Einschätzung tatsächlicher Verhältnisse und ihrer künftigen Entwicklung abhängt, kommt dem Gesetzgeber ein **Einschätzungsspielraum** zu (vgl. BVerwGE 57, 55 [59 f.]; Freitag, Das Belehungsrechtsverhältnis, 2004, S. 61).“ (BVerfG aaO)

(b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob hier nach vorstehenden Maßstäben eine Ausnahme von Funktionsvorbehalt gerechtfertigt ist.

„Der Vollzug strafrechtlich verhängter Freiheitsentziehungen gehört zum Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit. Der Maßregelvollzug steht darin, auch was die Intensität der möglichen Grundrechtseingriffe angeht, dem Strafvollzug in nichts nach (vgl. SH OLG, Beschluss vom 19. Oktober 2005 - 2 W 120/05 -, juris, Rn. 32). Wer in einem solchen Rahmen anderen mit Anordnungs- und Zwangsbefugnissen gegenübertritt, dessen Tätigkeit bleibt auch insoweit hoheitlich geprägt, als sich - gerade im Schatten dieser Befugnisse - förmliche Anordnungen und deren Durchsetzung im Wege des unmittelbaren Zwangs in der Mehrzahl der Fälle erübrigen.“ (BVerfG aaO)

Damit ist aber die Rechtfertigungsfähigkeit einer Ausnahme vom Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG für den Maßregelvollzug noch nicht von vornherein ausgeschlossen.

„Die formelle Privatisierung des hessischen Maßregelvollzuges dergestalt, dass ein Einsatz von Beamten in den Maßregelvollzugseinrichtungen für die aus Bediensteten des Landeswohlfahrtsverbandes bestehende Leitungsebene nicht vorgeschrieben und unterhalb dieser Ebene selbst als Möglichkeit nicht mehr vorgesehen ist, ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Die hessische Landesregierung hat ausgeführt, dass die gewählte Privatisierungslösung der Erhaltung des organisatorischen Verbundes der Maßregelvollzugseinrichtungen und der sonstigen heute unter dem Dach der jeweiligen gGmbH zusammengefassten psychiatrischen Einrichtungen dient, und dass die Erhaltung dieses Verbundes durch Synergieeffekte sowie verbesserte Personalgewinnungs-, Ausbildungs- und Fortbildungsmöglichkeiten gerade der Qualität des Maßregelvollzuges zugutekommt [wird ausgeführt].

Die gleichzeitige Einschätzung, dass diese Vorzüge der Einbeziehung des Maßregelvollzuges in den privatisierten Verbund nicht mit spürbaren Nachteilen im Hinblick auf die - besonders im Kernbereich hoheitlicher Staatsaufgaben unabdingbare - Sicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung erkauft worden sind, ist angesichts vorhandener Erfahrungen mit der Inanspruchnahme der Ausnahmemöglichkeit des Art. 33 IV GG im Maßregelvollzug und angesichts der institutionellen Ausgestaltung der erfolgten Privatisierung vom Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers und der für die Festlegung der vertraglichen Rahmenbedingungen verantwortlichen Regierung gedeckt. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

Die in § 5 III HessMVollzG vorgesehene Befugnis zur vorläufigen Anordnung besonderer Sicherungsmaßnahmen erweist sich als zulässige Ausnahme von der Funktionsvorbehaltsregel des Art. 33 IV GG.

bb) Verstoß gegen Art. 20 II GG

Es könnte aber ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 II GG vorliegen.

(1) Anforderungen des Demokratieprinzips bei Aufgabenprivatisierung

„Alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter bedarf nach dem Demokratieprinzip (Art. 20 II GG) der demokratischen Legitimation. Es muss sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden (BVerfGE 77, 1 [40]; 83, 60 [72]; 93, 37 [66]; 107, 59 [87]). Der notwendige Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft wird vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt (vgl. BVerfGE 83, 60 [72]; stRspr).“ (BVerfG aaO)

Diese Weisungsgebundenheit bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch Private könnte nicht mehr hinreichend gesichert und hierin ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip zu sehen sein.

„Die staatliche Gewährleistungsverantwortung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung schließt daher, auch für das Parlament, eine entsprechende Beobachtungspflicht ein [m.w.N.]. Der demokratische Legitimationszusammenhang bleibt nur gewahrt, wenn das Parlament an der Wahrnehmung dieser Beobachtungspflicht nicht gehindert ist.

In **personeller Hinsicht** ist eine hoheitliche Entscheidung legitimiert, wenn sich die Bestellung desjenigen, der sie trifft, durch eine **ununterbrochene Legitimationskette auf das Staatsvolk zurückführen lässt**.

Die **sachlich-inhaltliche Legitimation** wird durch **Gesetzesbindung** und **Bindung an Aufträge und Weisungen der Regierung** vermittelt (vgl. BVerfGE 93, 37 [67 f.]; 107, 59 [87 f.]). Personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation stehen in einem **wechselbezüglichen Verhältnis** derart, dass eine verminderte Legitimation über den einen Strang durch verstärkte Legitimation über den anderen ausgeglichen werden kann, sofern insgesamt ein bestimmtes Legitimationsniveau erreicht wird (vgl. BVerfGE 83, 60 [72]; 93, 37 [66 f.]; 107, 59 [87 f.]). Das **Legitimationsniveau** muss **umso höher sein, je intensiver** die in Betracht kommenden Entscheidungen die **Grundrechte berühren** (vgl. BVerfGE 93, 37 [73]).“ (BVerfG aaO)

(2) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob das insofern erforderliche Legitimationsniveau für die im hessischen Maßregelvollzug zu treffenden grundrechtseingreifenden Entscheidungen, einschließlich der Anordnungen nach § 5 III HessMVollzG, ausreichend gewährleistet ist.

(a) personelle Legitimation

„Der Leiter oder die Leiterin der jeweiligen Einrichtung, deren Stellvertreter und die weiteren Ärzte mit Leitungsfunktion sind als **Beschäftigte** des Landeswohlfahrtsverbandes durch die Bestellungsentscheidung **einer öffentlichen Körperschaft** personell legitimiert (§ 2 Satz 6 HessMVollzG). Die übrigen in der Einrichtung Beschäftigten werden als Bedienstete des privaten Trägers formell von diesem angestellt. Die Anstellung aller Bediensteten des privaten Trägers, denen grundrechtsrelevante Vollzugsentscheidungen oder eine Mitwirkung daran obliegen oder zugewiesen werden können, steht aber materiell dadurch in einem personellen Legitimationszusammenhang, dass dem seinerseits personell legitimierten Leiter nach dem Beleihungsvertrag für die Besetzung von Stellen in seinem Geschäftsbereich ein Vorschlagsrecht zusteht (§ 6 Satz 2 BV). [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

(b) sachlich-inhaltliche Legitimation

„Sachlich-inhaltlich ist die Aufgabenwahrnehmung durch die privatisierten Einrichtungsträger und die dort tätigen Personen durch deren **Bindung an das Gesetz** in Verbindung mit umfassenden Weisungsbefugnissen der verantwortlichen öffentlichen Träger - bei gleichzeitigem Ausschluss von Weisungen der Geschäftsführung des privaten Trägers im Zuständigkeitsbereich des Leiters der jeweiligen Maßregelvollzugseinrichtung - legitimiert. [Es] stehen alle unmittelbar grundrechtseingreifenden vollzuglichen Entscheidungen, abgeschirmt gegen potentiell nicht primär fachlich motivierte Einwirkungen, in dem erforderlichen ununterbrochenen, bis zu den einzelnen handelnden Personen reichenden (vgl. Nds.StGHE 4, 232 [264 f.]) Weisungszusammenhang. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

In der Zusammenschau von personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation ergibt sich danach ein hinreichendes Legitimationsniveau. Dem Demokratieprinzip des Art. 20 II GG ist damit Genüge getan. Ein Verstoß ist nicht ersichtlich.

Ergebnis: § 5 III HessMVollzG, der die Bediensteten (auch) privatisierter Maßregelvollzugseinrichtungen ermächtigt, bei Gefahr im Verzug vorläufige besondere Sicherungsmaßnahmen gegen einen Untergebrachten anzuordnen, ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Art. 2 I GG ist daher nicht verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

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
§§ 204, 242

Verjährungshemmung Erschlichener Mahnbescheid

BGB

(BGH in NJW 2012, 995; Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 157/11)

Die **Berufung auf** eine durch Erlass eines Mahnbescheids eingetretene **Verjährungshemmung** kann dann **rechtsmissbräuchlich** sein, wenn der **Mahnbescheidsantrag** die **bewusst wahrheitswidrige Erklärung** enthält, dass die Gegenleistung bereits erbracht sei.

„Von dieser grds. bestehenden Möglichkeit ist bereits der Gesetzgeber bei Schaffung des § 204 BGB ausgegangen. Denn er hat sich in der Gesetzesbegründung zu dem Hinweis veranlasst gesehen, dass die zur Verhinderung der missbräuchlichen Erlangung einer Verjährungshemmung getroffenen Regelungen nicht als abschließend zu verstehen seien, und seiner Erwartung Ausdruck gegeben, dass die Gerichte rechtsmissbräuchlichen Rechtsverfolgungsmaßnahmen keine Hemmungswirkung zubilligen würden (BT-Dr 14/6857, S. 44). Dementsprechend geht auch die Rspr. des BGH dahin, dass Fallgestaltungen, in denen ein Gläubiger im Einzelfall mit Hilfe unzulässiger oder unbegründeter Anträge in missbräuchlicher Weise versuchen sollte, die Hemmung der Verjährung herbeizuführen, durch Anwendung von § 242 BGB begegnet werden kann (BGHZ 160, 259 = NJW 2004, 3772 m. w. Nachw.; BGHZ 123, 337 = NJW-RR 1993, 1495).

*Soweit in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum neben der Frage, ob ein auf Grund objektiv falscher Angaben des Antragstellers erlassener Mahnbescheid zur Herbeiführung einer Verjährungshemmung geeignet ist (vgl. OLG Koblenz NJOZ 2005, 1997; Musielak/Voit, ZPO, 8. Aufl., § 693 Rn 4; MüKo-ZPO/Schüler, 3. Aufl., § 688 Rn 12), auch die Frage erörtert wird, wie es sich etwa bei einer vorsätzlich falschen Erklärung des Ast. zu den von § 690 I Nr. 4 ZPO geforderten Umständen verhält, wird die Auffassung vertreten, dass eine Berufung des Antragstellers auf die verjährungshemmende Wirkung eines zugestellten Mahnbescheids rechtsmissbräuchlich sei. Denn bei **wahrheitsgemäßen Angaben im Mahnantrag hätte das MahnGer. den Antrag gem. § 691 I 1 Nr. 1 ZPO als unzulässig zurückweisen müssen**, so dass dem Ast. lediglich die Möglichkeit der verjährungshemmenden Klageerhebung geblieben wäre. Beschreite ein Kl. in einem derartigen Fall gleichwohl den Weg des Mahnverfahrens in der nahe liegenden Absicht, die Klage nicht sofort begründen zu müssen, **nutzte er treuwidrig eine formale Rechtsposition aus**, wenn er sich auf die verjährungshemmende Wirkung des zugestellten Mahnbescheids berufe (OLG München BeckRS 2010, 00584; ähnlich Wagner ZfIR 2005, 856; vgl. ferner OLG Oldenburg NJOZ 2010, 1625 = FamRZ 2010, 1098, für den unter Verschleierung der Vermögensverhältnisse bewusst falschen Prozesskostenhilfeantrag).“ (BGH aaO)*

InsO
§ 203 I Nr. 3

Nachtragsverteilung Einzug massezugehöriger Forderung nach Verfahrensaufhebung

(BGH in MDR 2012, 371; Beschluss vom 26.01.2012 – IX ZB 111/10)

InsO

Zieht der **Schuldner nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens eine Forderung ein**, die zur Masse gehörte, **unterliegt der Erlös der Nachtragsverteilung**.

- I. Wird ein Gegenstand der Insolvenzmasse nachträglich ermittelt, kann die Nachtragsverteilung hinsichtlich dieses Gegenstands nicht mehr angeordnet werden, wenn über ihn vom Schuldner in **beschlagfreier Zeit** so verfügt worden ist, dass der durch die Anordnung der Nachtragsverteilung erneut bestellte Treuhänder (Verwalter) den **Rechtserwerb nicht mehr verhindern** kann (BGH NZI 2008, 177 = ZIP 2008, 322).
- II. Ist jedoch die **Nachtragsverteilung nicht hinsichtlich des Erstattungsanspruchs angeordnet** worden, sondern hinsichtlich des an den Schuldner bereits erstatteten (anteiligen) Betrages, ist **strittig, ob der ausgezahlte Betrag für Zwecke der Nachtragsverteilung an die Stelle des Anspruchs auf Auszahlung tritt**, also seinerseits der Nachtragsverteilung unterliegt.

1. Nach **einer Meinung** kann auf den vom Schuldner erlangten Gegenwert nicht zurückgegriffen werden, denn das Surrogat unterliege nicht der Nachtragsverteilung. Eine dingliche Surrogation finde nur in den wenigen gesetzlich angeordneten Ausnahmefällen statt (z. B. nach §§ 718 II, 1048 I 2, 2111 II BGB).

Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 203 Rn 12; Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2011, § 203 Rn 14; Kießner, FK-InsO, 6. Aufl., § 203 Rn 19; Breutigam, BK-InsO, § 203 Rn 15; vgl. auch Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., § 166 KO Anm. 1c

2. Nach **a. A.** ist in solchen Fällen von einer dinglichen Surrogation auszugehen. Hinsichtlich des Surrogats könne Nachtragsverteilung angeordnet werden

Häsemeyer, InsolvenzR, 4. Aufl., Rn 7.68 unter Bezugnahme auf Rn 9.28

3. Nach **BGH aaO** ist die zuletzt genannte Auffassung im Ergebnis zutreffend.

„§ 203 I Nr. 3 InsO hat den Zweck, nachträglich ermittelte Massegegenstände zu Gunsten der Insolvenzgläubiger zu verwerten. Die Vorschrift ist weit auszulegen. Erfasst werden nicht nur Gegenstände, deren Existenz oder Aufenthaltsort dem Verwalter (Treuhänder) unbekannt geblieben ist, etwa weil sie ihm verheimlicht worden sind. Die Vorschrift erfasst vielmehr auch Gegenstände, die der Verwalter zunächst nicht für verwertbar hielt, für bereits veräußert ansah oder als wertlos betrachtete. Auch wenn der Verwalter schon vor dem Schlusstermin Kenntnis von dem Gegenstand hatte,

steht dies einer Nachtragsverteilung nicht entgegen. Ob die Bewertung des Verwalters (Treuhanders) auf einer vorwerfbaren Fehleinschätzung beruhte, ist unerheblich (BGH NZI 2006, 180 = ZIP 2006, 143; BGH NZI 2008, 177 = ZIP 2008, 322).

Zur Masse gehörende, vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht verwertbare Gegenstände sind gem. § 203 I Nr. 3 InsO der Nachtragsverteilung zuzuführen, selbst wenn die Verwertung auf Grund einer Nachlässigkeit des Verwalters unterblieben ist (BGH NZI 2008, 177 = ZIP 2008, 322). Ist ein solcher Gegenstand zwischenzeitlich aus dem Vermögen des Schuldners durch dessen wirksame Verfügung ausgeschieden, kann auf ihn zwar nicht mehr zugegriffen werden (BGH NZI 2008, 177 = ZIP 2008, 322). Der Zweck des § 203 I Nr. 3 InsO steht jedoch der Annahme entgegen, in einem solchen Fall könne auch nicht auf die in das Vermögen des Schuldners geflossene Gegenleistung zugegriffen werden. Entscheidend ist vielmehr, dass das in der Masse vorhanden gewesene Vermögen der Verteilung zugeführt werden soll (vgl. BGH NZI 2011, 369 = ZIP 2011, 135). Die Annahme, dass in Fällen der vorliegenden Art oder etwa im Falle eines während des Insolvenzverfahrens erworbenen Pflichtteilsanspruchs (vgl. dazu BGH NZI 2011, 369 = ZIP 2011, 135) die Verwertbarkeit des Anspruchs zu Gunsten der Gläubiger davon abhängen soll, dass der Schuldner die Forderung noch nicht eingezogen hat, wäre mit der **gesetzlichen Wertung des § 203 I InsO** unvereinbar. Anderenfalls könnte in derartigen Fällen die Nachtragsverteilung leicht vereitelt werden und hinge von reinen Zufälligkeiten ab.“ (BGH aaO)

HGB
§ 18 II

Grundsatz der Firmenwahrheit

RVG

Firmenrechtliche Irreführung durch Zusatz „Group“ bei Einzelkaufmann

(OLG Schleswig in NZG 2012, 34 = Rpfleger 2012, 211; Beschluss vom 28.09.2011 – 2 W 231/10)

Nach dem **Grundsatz der Firmenwahrheit** darf die Firma weder in ihrem Kern, noch in den Zusätzen oder insgesamt **Angaben enthalten, die geeignet sind, über wesentliche geschäftliche Verhältnisse unrichtige Vorstellungen hervorzurufen**. Danach ist eine **firmenrechtliche Irreführung** gegeben, wenn ein Einzelkaufmann den Zusatz „Group“ verwendet.

- I. Ersichtlich unzulässig ist die gewählte Firma schon im Hinblick auf die **Reihenfolge von Firmenkern und dem nach § 19 I Nr. 1 HGB vorgeschriebenen Firmenzusatz**. Der vorgeschriebene Zusatz „e. K.“ ist hier zwischen die Teile der gewählten Firma „J Group“ gesetzt worden. Es ist zwar grds. nicht ausgeschlossen, dass in einer Firma der Zusatz vor dem Kern stehen kann (Baumbach/Hopt, § 18 Rn 8). Die **gewählte Reihenfolge darf nur nicht ihrerseits irreführend wirken** (Hopt, § 18 Rn 20). Dies ist hier jedoch der Fall.

„Indem der vorgeschriebene Zusatz „e. K.“ in die Mitte der Firma gesetzt wird, kommt nämlich schon die tatsächliche Rechtsform der Betroffenen nicht mehr zum Ausdruck. Die Firma eines Einzelkaufmanns darf jedenfalls keine Zusätze enthalten, die auf das Vorliegen einer Gesellschaft hindeuten (Krafka/Willer/Kühn, Rn 240). Die Betr. erweckt dagegen mit der gewählten Firma den Eindruck, es handele sich bei ihr gerade nicht um ein einzelkaufmännisches Unternehmen, sondern um eine „Gruppe“ und damit um einen Zusammenschluss mehrerer. Die in der Firma enthaltene Abkürzung „e. K.“ sorgt dabei nicht für Klarheit. Die Abkürzung wird hier so in den Firmenkern integriert, dass sie für einen Außenstehenden nicht ohne Weiteres als Firmenzusatz i. S. des § 19 I Nr. 1 HGB zu erkennen ist. Im Vordergrund steht für den Betrachter die frei gewählte Bezeichnung „Group“ und nicht der Zusatz „e. K.“, der in der Bevölkerung ohnehin nicht den gleichen Bekanntheitsgrad hat wie etwa die Rechtsform „GmbH“.

Dies steht jedoch in einem eindeutigen Widerspruch zu den tatsächlichen Gegebenheiten. Die Betr. ist schon nach ihrem eigenen Vorbringen keine Gruppe, sondern allenfalls Teil einer Gruppe, die aus zwei einzelkaufmännischen Unternehmen ihres Inhabers und einer von ihm gegründeten GmbH bestehen soll.“ (OLG Schleswig aaO)

- II. Selbst die Firma „J Group“ mit dem am Ende angefügten Zusatz „e. K.“ stünde im vorliegenden Fall jedoch im **Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen** und wäre damit **unzulässig**.

„Dabei ist es allerdings nicht von Bedeutung, ob die Bezeichnung „Group“ bereits auf eine bestimmte Größe hindeutet, welche die Betr. nicht haben dürfte. Der Verkehr registriert bei dem Begriff „Gruppe“ bzw. „Group“ nur das Zusammengehen mehrerer Unternehmen, nicht aber eine bestimmte Größenordnung (MüKo-HGB/Heidinger, § 18 Rn 167; Baumbach/Hopt, § 18 Rn).

Der Begriff „Gruppe“/„Group“ weist aber jedenfalls auf eine Vereinigung bzw. einen Zusammenschluss mehrerer hin (LG Lüneburg BB 1979, 135; MüKo-HGB/Heidinger, § 18 Rn 167; Baumbach/Hopt, § 18 Rn 31; Heymann, HGB, 2. Aufl., § 18 Rn 57).

Aus diesem Grund wird teilweise vertreten, dass der Firmenbestandteil „Gruppe“ von einem Einzelunternehmen generell nicht geführt werden dürfe (MüKo-HGB/Heidinger, § 18 Rn 167 m. w. Nachw.). Nach a. A. soll das Wort „Gruppe“ bei einem Konzern i. S. des § 18 AktG so verstanden werden, dass es das herrschende Unternehmen, also die Konzernspitze, bezeichne (Staub, HGB, 5. Aufl., § 18 Rn 76). In diesem Sinne soll der Zusatz auch von einem Einzelkaufmann geführt werden können (Staub, HGB, § 18 Rn 76). Ferner soll das Wort „Gruppe“ nach der letztgenannten Auffassung auch in dem Sinne verstanden werden können, dass mehrere (einschließlich der Arbeitnehmer) gemeinsam etwas tun („Forschungsgruppe Alternative Energien“, „Arbeitsgruppe Vertriebsoptimierung“ –Staub, HGB, § 18 Rn 76). Auch in diesem Sinne wird die Verwendung des Begriffs „Gruppe“ durch Einzelkaufleute für zulässig gehalten (Staub, HGB, § 18 Rn 76).

Hier kann jedoch dahinstehen, ob die Verwendung des Begriffs „Gruppe“/„Group“ in der Firma eines Einzelkaufmanns generell unzulässig ist oder in bestimmten Konstellationen in Betracht kommt. Die Betr. ist selbst bei dem dargestellten weiten Verständnis dieses Begriffs keine Gruppe. Der Inhaber der Betr. sieht vielmehr die drei von ihm geführten Unternehmen – zwei einzelkaufmännische und eine von ihm gegründete GmbH – insgesamt als „Firmengruppe“ an. Die Betr. selbst wird aber durch die Existenz zweier weiterer Firmen mit dem Kern „J“ nicht zur Gruppe. Dass die betroffene Firma den Begriff „Group“ zur Unterscheidung von den anderen Firmen J e. K. Immo und J Fruchthandel-GmbH enthalten soll, genügt ebenfalls nicht, um gerade diesen Firmenbestandteil zuzulassen.“ (OLG Schleswig aaO)

StGB
§ 259

Hehlerei
Vortat muss abgeschlossen sein

StGB

(BGH in StV 2012, 215 = NSTZ-RR 2012, 71; Beschluss vom 09.11.2011 – 2 StR 386/11)

Die **Strafbarkeit wegen Hehlerei** nach § 259 StGB **setzt voraus, dass die gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat zum Zeitpunkt des abgeleiteten Erwerbs bereits abgeschlossen** ist. Wenn die Vortat erst durch die Verfügung zu Gunsten des Hehlers begangen wird, ist der Hehlereitabstand nicht erfüllt, in diesem Fall kommt lediglich eine **Beteiligung des Erwerbers an der Vortat** – nämlich einer durch Verfügung oder Weggabe begangenen Unterschlagung - in Betracht (BGH aaO).

StGB
§ 263

Betrug
Versuchsbeginn bei Erschleichung eines Verbraucherkredits

StGB

(OLG Hamm in StV 2012, 155; Beschluss vom 11.08.2011 – III-3 RVs 54/11)

Stellt sich das **Vorhaben, einen Verbraucherkredit betrügerisch zu erschleichen**, als ein **mehrgliedriges Geschehen** dar, ist für den **Beginn des Betrugsversuchs erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich**, die den **Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Vermögensverfügung bestimmen** und den **Vermögensschaden herbeiführen** soll. Dafür **reichen solche Handlungen nicht aus**, die wie die Vorlage gefälschter Verdienstbescheinigungen oder eines gefälschten Personalausweises nur dazu dienen, **das allgemeine Vertrauen des Opfers zu erwerben**.

„Für den **Beginn eines strafbaren Betrugsversuchs** genügt es zwar **regelmäßig, dass der Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht**; jedoch muss das, was der Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens getan hat, **zu den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen und deren beabsichtigter Verwirklichung in Beziehung gesetzt** werden (vgl. BGH NSTZ 2011, 400).

Bei der **betrügerischen Erschleichung eines Verbraucherkredits** handelt es sich **regelmäßig um ein Tatgeschehen, das aus mehreren Teilakten** besteht: In der **Anbahnungsphase** erfolgt **regelmäßig die Angabe der Personalien und der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und die Abklärung des gewünschten Kreditvolumens**, wobei **regelmäßig ein schriftlicher Kreditantrag gestellt** wird. Sodann **findet i. d. R. eine - verschieden geartete - Überprüfung der Bonität des Kreditnehmers**, etwa durch **Einholung einer erbottenen Schufa-Auskunft** statt und die **Abklärung der Erforderlichkeit und des Vorhandenseins von Sicherheiten**. Schließlich **erklärt die kreditgebende Bank die Annahme des Kreditantrages und verfügt die Kreditsumme an den Kreditnehmer**.

Bei einem so **gelagerten mehrgliedrigen Geschehen** ist **für den Beginn des Betrugsversuchs erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich**, die den **Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Vermögensverfügung bestimmen** und den **Vermögensschaden herbeiführen** soll (vgl. BGH NSTZ 2011, 400; BGH NSTZ 2002, 433). **Versuchter Betrug** liegt noch nicht vor, solange der **Täter lediglich solche Täuschungshandlungen vornimmt**, die weder nach der **wirklichen Sachlage** noch nach seiner **Vorstellung** dazu **ausreichen, denjenigen Irrtum hervorzurufen, der den Getäuschten zu der schädigenden Vermögensverfügung bestimmen** und damit den **Schaden herbeiführen** soll (vgl. BGH NJW 1991, 1839). **Erforderlich ist, dass der Täter nach den objektiven Tatumständen und auch nach seiner eigenen Vorstellung das bloße Vorbereitungsstadium verlassen und die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschritten hat und sein Tun ohne wesentliche Zwischenschritte in der angestrebten Vermögensverschiebung münden** wird (BGH NSTZ 2011, 400).“ (OLG Hamm aaO)

StGB
§§ 266, 283

Untreue durch GmbH-Geschäftsführer
Tatbestandsausschließendes Einverständnis des Vermögensinhabers
(BGH in StV 2011, 728; Beschluss vom 14.04.2011 – 1 StR 458/10)

StGB

Das **Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens** schließt die **Tatbestandsmäßigkeit der Untreue grds. aus**. Bei **juristischen Personen** tritt an die Stelle des **Vermögensinhabers** dessen **oberstes Willensorgan** für die **Regelung der inneren Angelegenheiten**, bei der GmbH die **Gesamtheit ihrer Gesellschafter**.

Aus dem Einverständnis der Gesellschafter folgt indessen **nicht in jedem Fall der Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit**.

„Zwar können der **Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Zustimmung ihrer Gesellschafter grds. Vermögenswerte entzogen werden**, weil sie gegenüber ihren **Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälerten Bestand** hat. Ein **Einverständnis der Gesellschafter** ist **allerdings unwirksam** und die **Vermögensverfügung des Geschäftsführers deshalb missbräuchlich**, wenn unter **Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet** wird, etwa durch **Beeinträchtigung des Stammkapitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung oder durch Gefährdung der Liquidität** (BGHSt 49, 147; BGH NJW 2009, 2225; BGHSt 54, 52).“ (BGH aaO)

StGB
§ 315b

Straßenverkehrgefährdung
Beschädigte Bremsanlage eines Kfz
(BGH in StV 2012, 217; Beschluss vom 28.07.2011 – 4 StR 340/11)

StGB

Die **bloße Inbetriebnahme eines Kfz, dessen Bremsanlage beschädigt worden ist**, **reicht nicht für die Annahme einer konkreten Gefahr i.S. des § 315b StGB aus**, denn das dadurch begründete **besondere Unfallrisiko stellt sich nur als eine - wenn auch möglicherweise erhebliche - Steigerung des allg. Unfallrisikos** dar.

„Die **Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache** ist erst dann **konkret gefährdet**, wenn durch die **Tathandlung ein so hohes Verletzungs- oder Schädigungsrisiko begründet** worden ist, dass es **nur noch vom Zufall abhängt, ob es zu einer**

Rechtsgutsverletzung kommt. Kritische Verkehrssituationen erfüllen diese Voraussetzungen im Allgemeinen nur, wenn sie sich aus der Perspektive eines objektiven Beobachters als ein „Beinahe-Unfall“ darstellen (BGH NJW 1995, 3131; Schönke/Schröder, § 315b Rn 16).

Die bloße Inbetriebnahme eines Fahrzeuges, dessen Bremsanlage beschädigt worden ist, reicht für die Annahme einer konkreten Gefahr nicht aus. Das dadurch begründete **besondere Unfallrisiko stellt sich nur als eine** – wenn auch möglicherweise erhebliche – **Steigerung des allgemeinen Unfallrisikos dar, ohne die darin liegende abstrakte Gefahr bereits i. S. von § 315b StGB zu konkretisieren** (BGH NJW 1995, 3131).“ (BGH aaO)

BauNVO
§ 6 I

Verkehrsfremder Eingriff in den Straßenverkehr Gefährliches Fahrverhalten

BauR

(AG Lübeck in NStZ-RR 2012, 124; Beschluss vom 09.12.2011 – 61 GS 125/11)

Auch ein **besonders gefährliches**, über die eigentliche Fortbewegung hinaus **allein Unterhaltungszwecken dienendes Fahrverhalten** (hier: Fahrt mit einem Motorrad nur auf dessen Hinterrad) **stellt** für sich genommen noch **keinen verkehrsfremden Eingriff in den Straßenverkehr** i.S. des § 315b StGB **dar**

- I. § 315 b I Nr. 3 StGB erfasst Eingriffe, die den in den Nr. 1 und 2 erfassten Tathandlungen ähnlich und ebenso gefährlich sind.

Gemeint sind damit in allen Tatbestandsvarianten nur **verkehrsfremde Eingriffe in den Straßenverkehr**, d. h. Eingriffe von außen. Störungen des fließenden Verkehrs auf öffentlichen Straßen durch Verkehrsteilnehmer, die mithin Teil von Verkehrsvorgängen sind, werden hingegen grds. durch die abschließende Regelung des § 315 c StGB erfasst (vgl. etwa BGHSt 48, 233; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325; Fischer, StGB, § 315 Rn 2, 7, 9; Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010, § 315b Rn 7).

Dieses insbes. am sprachlichen Ausdruck „Eingriff“ in § 315b I Nr. 3 StGB festgemachte Verständnis findet indes nach st. Rspr. bei Handlungen im Straßenverkehr eine **Ausnahme**, wenn diese sich als **verkehrsfremde - nicht nur verkehrswidrige - Eingriffe** darstellen, und der Täter als Verkehrsteilnehmer gleichsam einen Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr pervertiert. Dies setzt **objektiv eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht**, letztlich eine besondere Gefährlichkeit voraus. Auch dann sind Eingriffe i. S. des § 315b I Nr. 3 StGB aber nur angenommen worden, wenn sie in **subjektiver Hinsicht unter bewusster Zweckentfremdung des Fahrzeugs absichtlich als Mittel der Verkehrsbehinderung** begangen werden, bei dem es dem Täter also darauf ankommt, durch sein Verhalten in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.

Diese schon weithin anerkannte Ausnahme ist durch die **jüngere BGH-Rspr.** nochmals weiter gehend dadurch eingeschränkt worden, als dass der **bewusst zweckwidrige Einsatz eines Fahrzeugs mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz** - etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug - erfolgen muss (grundlegend BGH NJW 2003, 1613; abl. Etwa Schönke/Schröder aaO, Rn 10, jeweils m. w. Nachw.). Danach sind als tatbestandsmäßig angesehen worden etwa ein absichtliches Auffahren auf ein vorausfahrendes oder ein im öffentlichen Verkehrsraum abgestelltes Fahrzeug, ein Zufahren jedenfalls mit hoher Geschwindigkeit auf eine auf der Fahrbahn gestürzte Person oder ein Abgeben von Schüssen aus einem Fahrzeug.

- II. Den vorgenannten Fällen lässt sich das hier in Frage stehende (Fahr-)Verhalten (Fahrt mit einem Motorrad nur auf dessen Hinterrad) bei einem **wertenden Vergleich** nicht gleichstellen.

„Zwar kann im Ausgangspunkt zweifelsfrei festgestellt werden, dass der Besch. die Fahrt auf dem Hinterrad ohne Rücksicht auf die Sicherheit des Straßenverkehrs in hohem Maße verkehrswidrig unternommen und den Straßenverkehr gleichsam zu seinem Ausleben pervertiert hat. Damit rückt der Sachverhalt aber wertungsmäßig in die Nähe etwa des sog. „Auto-Surfens“, bei welchem das OLG Düsseldorf die Verwendung eines Pkw zur Mitnahme von auf dem Dach liegenden Personen als zwar zweckentfremdetes Mittel der Unterhaltung angesehen, den Vorgang aber nicht als Eingriff in den Straßenverkehr bewertet hat (OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325 ff.; zustimmend etwa Schönke/Schröder aaO, Rn 12; a. A. Saal NZV 1998, 49). Soweit es bei der Beurteilung im dortigen Streitfall auch darauf abgestellt hat, dass von den Beteiligten bewusst verkehrsfreie Feldwege zur Nachtzeit ausgewählt wurden, hier der Besch. aber Hauptstraßen zur Abendzeit befahren hat, ändert dies an der Bewertung nichts. Denn ein absichtlich auf die Störung des Straßenverkehrs (zweck-)gerichtetes verkehrsfreundliches oder gar mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz vorgenommenes Fahrverhalten, in dem das Kraffrad als Waffe oder Schadenswerkzeug missbraucht wird, lässt sich derzeit nicht annehmen, auch wenn der Besch. eine Gefährdung anderer nicht schon durch die Wahl einer wenig befahrenen Wegstrecke von vornherein ausgeschlossen hat. Die gegenständliche Fahrt diente primär fahrerischen Unterhaltungszwecken, damit aber jedenfalls auch einem eigenen Fortkommen im Verkehr. Eine andere Beurteilung hätte letztlich zur Folge, dass eine Vielzahl bewusst risikoreicher, teilweise geradezu grotesk-absurder Fahrmanöver im täglichen Straßenverkehr der vergleichsweise hohen Strafdrohung und -erwartung des § 315b StGB unterliegen. Dies mag aus generalpräventiven Gesichtspunkten zur mäßigenden Einwirkung auf das Verhalten im Straßenverkehr zwar geboten erscheinen. Eine solche Betrachtung verschließt sich aber, da nach dem Willen des Gesetzgebers abstrakt besonders gefährliche Verkehrsverstöße enumerativ von § 315c I Nr. 2 StGB erfasst sind.“ (AG Lübeck aaO)

GG
Art. 20 III

Organtreuegrundsatz

öffR

gilt auch für universitäre Organe und Organteile

(OVG Münster in NWVBI 2012, 116; Beschluss vom 19.08.2011 – 15 A 1555/11)

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.**“ (OVG Münster aaO)

BauNVO
§ 6 I

Mischgebiet
Zulässigkeit der Gänsehaltung

BauR

(VG Hannover in NVwZ-RR 2012, 227; Beschluss vom 01.11.2011 – 12 B 3701/11)

Die **Haltung von Gänsen widerspricht dem Charakter eines Mischgebietes und verstößt gegen § 6 BauNVO.**

- I. Gem. § 6 I BauNVO dienen Mischgebiete dem Wohnen und der Unterbringung von **Gewerbebetrieben, die das Wohnen nicht wesentlich stören**. Mit anderen Worten wird ein Mischgebiet von einem Nebeneinander von Wohnnutzung und mit dem Wohnen verträglicher Gewerbenutzung geprägt. Zulässig sind bauliche Anlagen in einem Mischgebiet daher nur dann, wenn sie sich in dem so vorgegebenen Rahmen halten (vgl. § 6 II und III BauNVO).
- II. Für sonstige Nutzungen wie die Tierhaltung ohne dazugehörige bauliche Anlagen trifft die BauNVO zwar unmittelbar keine Aussage, **in der Rspr. ist jedoch anerkannt, dass auch sonstige Nutzungen gegen die Gebietsfestsetzung verstoßen** und damit baurechtswidrig sein können, **wenn sie dem** – hier in § 6 I BauNVO zum Ausdruck kommenden – **Gebietscharakter widersprechen** (vgl. BVerwG BeckRS 1973, 30433408). Ein solcher Widerspruch liegt insbes. dann vor, wenn die sonstige Nutzung die vorhandene bzw. den Planfestsetzungen entsprechende Situation mehr als nur geringfügig verschlechtert.

*„Das ist hier der Fall: Die Gänsehaltung führt für die Wohnnutzung, die in der näheren Umgebung des von dem Ast. genutzten Grundstücks überwiegt und die das Plangebiet gem. § 6 I BauNVO prägt, zu einer **unzumutbare Lärmbelästigung**.*

Zu den Anforderungen an die Haltung von Gänsen findet sich in der entsprechenden Fachliteratur exemplarisch die folgende Aussage (v. Luttitz, Enten und Gänse halten, 3. Aufl. [1997], S. 48 f.):

„Das geflügelte Wort „Ruhe ist die halbe Mast“ ist jedem Mäster vertraut. Jede Beunruhigung führt bei den schreckhaften ... Gänsen ... zu meist panikartigem Gehabe, das noch tagelang als mehr oder minder latente Nervosität nachwirken kann. Schon ein Aufschrei, ein in den Stall verirrter Vogel oder eine huschende Ratte oder sogar ein im Winde schwankender Baumast vor dem Fenster vermögen plötzlich einen ganzen Stall in Unruhe, lautes Geschnatter und kopfloses Hin- und Hergerenne zu versetzen. ... Deswegen verhalte man sich in der Nähe der Tiere immer behutsam, spreche beruhigend auf sie ein, unterlasse hastige Bewegungen, vermeide Geräusche und bewahre die Tiere vor Hunden, Katzen, Ratten und jeglichem Raubzug, aber auch vor fremden Personen. Überhaupt halte man nach Möglichkeit alle Veränderungen von ihnen fern. Stallbegehungen sollten, abgesehen von den täglich unumgänglichen Versorgungsarbeiten, auf das notwendige Maß beschränkt bleiben, die Kontrollen nach Möglichkeit unbemerkt erfolgen.“

*Daraus folgt, dass es sich bei Gänsen um **außerordentlich empfindliche und schreckhafte Tiere** handelt, die auf jegliche Störung mit **lautstarkem und länger andauerndem Schnattern** reagieren. Derartige Störungen kommen in einer bebauten und gemischt genutzten Ortslage naturgemäß ständig vor. Vorbeigehende Passanten, der Fahrzeugverkehr sowie die Geräusche der Anwohner und der Gewerbebetriebe, die sowohl tagsüber als auch nachts auftreten, werden von den Gänsen als Störung wahrgenommen, so dass es – wie die in dem Verwaltungsvorgang dokumentierten Nachbarbeschwerden eindrucksvoll bestätigen – mit großer Häufigkeit zu lautstarken Äußerungen der Tiere kommt. Dass aufgeschreckte Gänse eine **erhebliche Lautstärke** erreichen, die die Wohnruhe – und erst recht den Nachtschlaf – in einer nicht hinnehmbaren Weise stört, wird auch von dem Ast. im Ergebnis nicht in Abrede gestellt. Gänse sind mithin – ebenso wie möglicherweise die Affen im Tierpark – in der Lage, mit ihren Lautäußerungen eine ganze Stadt in Aufruhr zu versetzen. Im Fall des Ast. ist die Zahl der Tiere zwar deutlich geringer. Die **Geräuschentwicklung dürfte aber ausreichen, um die umgebende Wohnnutzung empfindlich zu beeinträchtigen**. Mit den gem. § 6 I BauNVO vorgesehenen Nutzungen ist die Haltung von Tieren, die ein derartiges Verhalten zeigen, nicht vereinbar.“ (VG Hannover aaO)*

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 767

Präklusion bei Vollstreckungsgegenklage Erfüllungseinwand im Versäumnisverfahren

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 304; Urteil vom 01.12.2011 – IX ZR 56/11)

1. Sind die Gründe, auf denen eine **Einwendung** beruht, bereits **vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung** entstanden, in der die Einwendung hätte erhoben werden müssen, ist die Einwendung für das Verfahren nach § 767 ZPO danach **in jedem Falle präkludiert**.
2. Erfüllt ein Schuldner den mit einer Klage geltend gemachten Anspruch seines Gläubigers vor der letzten mündlichen Verhandlung, ist es ihm **in gleicher Weise wie bei anderen rechtsvernichtenden Einwendungen zuzumuten**, den Einwand noch im laufenden Verfahren zu erheben und dadurch eine Verurteilung zu verhindern.
3. Die **Erwartung**, der Gläubiger werde von sich aus die **prozessualen Konsequenzen aus der eingetretenen Erfüllung** ziehen, enthebt den Schuldner nicht der Pflicht, die Einwendung im Prozess vorzutragen.

A. Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten

Erscheint der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht und steht § 335 ZPO der Annahme einer Säumnis nicht entgegen, so ergeht auf Antrag des Klägers ein **Versäumnisurteil**, wenn seine **Klage zulässig und schlüssig** ist. Wird die Klage in diesem Fall abgewiesen, so spricht man von einem **unechten Versäumnisurteil**.

I. Voraussetzungen des Säumnisverfahrens

1. Antrag des Klägers

Für den Erlass eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten ist stets ein ausdrücklicher Antrag des Klägers erforderlich.

2. Säumnis des Beklagten

Der Beklagte muss nach den obigen Maßstäben säumig sein.

3. ordnungsgemäße Ladung des Beklagten

Hier gelten die obigen Ausführungen zum Versäumnisurteil gegen den Kläger

4. ordnungsgemäße Einlassungsfrist für den Beklagten

Bestimmt der Vorsitzende **keinen frühen ersten Termin** zur mündlichen Verhandlung, so fordert er nach § 276 I ZPO den Beklagten mit der Zustellung der Klage auf, wenn er sich gegen die **Klage verteidigen** wolle, dies binnen einer **Notfrist von zwei Wochen** nach Zustellung der Klageschrift dem Gericht schriftlich anzuzeigen. Zugleich ist dem Beklagten eine Frist von mindestens **zwei weiteren Wochen** zur **schriftlichen Klageerwidern** zu setzen.

Mit der Aufforderung ist der Beklagte nach § 276 II ZPO über die Folgen einer Versäumnis der ihm nach § 276 I 1 ZPO gesetzten Frist sowie darüber zu **belehren**, dass er die Erklärung, der Klage entgegenzutreten zu wollen, nur durch den zu bestellenden Rechtsanwalt abgeben kann. Zudem muss nach § 276 II 2 ZPO über die **Möglichkeit des Erlasses eines Versäumnisurteils** bei nicht rechtzeitiger Anzeige belehrt werden, wobei auch auf die Rechtsfolgen aus den §§ 91, 708 Nr. 2 ZPO hinzuweisen ist. Wurde der Beklagte auf diese Frist nicht hingewiesen, **fehlt die Belehrung** über die Säumnisfolgen oder sind Mängel bei der Zustellung der betreffenden Verfügung feststellbar (vgl. BGH NJW 1980, 1167, 1168), so **kann nach § 335 I Nr. 4 ZPO kein Versäumnisurteil ergehen** und die versäumten Handlungen sind ordnungsgemäß nachzuholen.

5. rechtzeitige Mitteilung von Tatsachen

Nach § 335 I Nr. 3 ZPO ist der Erlass eines Versäumnisurteils ausgeschlossen, wenn der nicht erschienenen Partei ein **tatsächliches mündliches Vorbringen** oder ein **Sachantrag** nicht **rechtzeitig** mittels Schriftsatzes **mitgeteilt** war. Für Prozessanträge (z.B. Antrag auf Prozesskostenhilfe, Beweisanträge, Antrag auf Vertagung usw.) gilt diese Vorschrift nicht, da diese nicht angekündigt werden müssen. Bei Säumnis des Klägers ist allerdings weder ein Sachantrag des Beklagten noch ein tatsächliches Vorbringen erforderlich, so dass § 335 I Nr. 3 ZPO **nur auf die Säumnis des Beklagten anwendbar** ist. Ist diesem der Antrag oder das Vorbringen des Klägers **nicht rechtzeitig mitgeteilt** worden, so **darf kein Versäumnisurteil gegen ihn ergehen**, weil sich bei rechzeitigem Erhalt der entsprechenden Informationen u.U. seine Einschätzung hinsichtlich der Gefahr, dass ein echtes Versäumnisurteil gegen ihn ergeht, ändert. Darüber hinaus sind Sachantrag und Tatsachenvortrag relevant, um den Umfang der Säumnisfolgen, insbesondere wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung, beurteilen zu können.

II. Zulässigkeit der Klage

Es handelt sich bei dem **Versäumnisurteil** um ein **Sachurteil**. Dieses darf daher nur ergehen, wenn die **Prozess- und Sachurteilsvoraussetzungen** für eine Sachentscheidung vorliegen.

Ist die Klage unzulässig, so kommt es darauf an, ob es sich um einen behebbaren Mangel handelt oder nicht.

Ist der **Mangel unbehebbar**, so wird die Klage des Klägers mit **Prozessurteil** als unechtem Versäumnisurteil **als unzulässig abgewiesen**.

Ist der **Mangel** allerdings **behebbar**, so muss nach § 335 I Nr. 1 ZPO der Antrag des Klägers auf Erlass eines Versäumnisurteils zurückgewiesen werden, wenn der Kläger den Mangel nicht im Termin zu beseitigen vermag (vgl. Stein/Jonas-Schumann, § 335 ZPO, Rn. 2; Musielak-Stadler, § 335 ZPO, Rn. 2; Baumbach/Lauterbach-Hartmann, § 335, Rn. 4). Allerdings wird seine Klage dann auch **nicht sofort durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen**, sondern er erhält Gelegenheit, den Mangel zu beheben. Der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils ist dann durch Beschluss zurückzuweisen und der nicht säumigen Partei wegen der nach § 329 III ZPO gegebenen Beschwerdemöglichkeit zuzustellen.

III. Begründetheitsprüfung bei Versäumnisurteil

Es kommt auf die Begründetheit der Klage an. Dies ist nach § 331 II ZPO der Fall, wenn die **Klage schlüssig** ist. Die Klage ist schlüssig, wenn der geltend gemachte Anspruch nach dem Vortrag des Klägers besteht. Hat sich der **Beklagte gar nicht geäußert**, so gelten die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen als **zugestanden** und damit als **unstreitig** (§ 331 I 1 ZPO). Einreden des Beklagten werden nur berücksichtigt, wenn sie vom Kläger in seinen Vortrag aufgenommen wurden (sog. inkorporierte Einreden).

B. Präklusion des Erfüllungseinwand im Versäumnisverfahren bei Vollstreckungsgegenklage (vgl. BGH in NJW-RR 2012, 304).

Fall: Die Kl. wendet sich mit dem Einwand der Erfüllung gegen die Zwangsvollstreckung des Bekl. aus einem Versäumnisurteil. Im Jahr 2005 verpflichtete sich die Kl. in einem Vergleich, einem vom Bekl. vertretenen Mandanten Rechtsanwaltskosten in Höhe von 9.611,82 Euro zu erstatten. Der Bekl. ließ sich die Forderung abtreten und verklagte die Kl. im Januar 2009 auf Zahlung. Am 24.03.2009 überwies die Kl. an den Bekl. 13.084,31 Euro. Dabei gab sie ein falsches Gerichtsaktenzeichen an, bezeichnete den Mandanten des Bekl. aber richtig. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 21.04.2009 erschien für die jetzige Kl. und damalige Bekl. niemand. Es erging deshalb ein Versäumnisurteil. Nach Ablauf der Einspruchsfrist ließ der Bekl. der Kl. am 27.07.2010 ein vorläufiges Zahlungsverbot nach § 845 ZPO zustellen. Der Aufforderung der Kl., die Vorpfändung wegen der im März 2009 erfolgten Zahlung zurückzunehmen, kam der Bekl. nicht nach. Die Kl. hat deshalb Vollstreckungsgegenklage erhoben mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 21.04.2009 für unzulässig zu erklären und den Bekl. zu verurteilen, die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils an die Kl. Herauszugeben, hilfsweise den Bekl. zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung zu verurteilen. Wird er Erfolg haben?

I. **Hauptantrag: Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO**

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

1. **Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage**

a) Vom Vorliegen der **Prozessvoraussetzungen** und der **allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen** kann ohne weiteres ausgegangen werden. Ausschließlich zuständig ist nach §§ 802, 767 I ZPO das Prozessgericht des ersten Rechtszugs.

b) **Statthaftigkeit**

Die Vollstreckungsabwehrklage ist nach § 767 I statthaft, wenn der Kl. Einwendungen erhebt, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen. Der Kläger muss also materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend machen.

Der Kl. beruft sich hier auf die Erfüllung nach § 362 BGB und damit auf eine materiell-rechtliche Einwendung.

Die Vollstreckungsabwehrklage ist damit statthaft.

c) **Aktivlegitimation des Klägers**

Klageberechtigt ist nur derjenige, gegen den er Titel lautet oder gegen den er umgeschrieben wurde. Der Kl. ist damit aktivlegitimiert.

d) **Rechtsschutzbedürfnis**

Dieses fehlt, wenn der Kl. auf billigerem und einfacherem Weg zum gleichen Ziel kommen kann, der verfahrensmäßig einfacherer und kostengünstiger ist. Der Kl. hat keine andere Möglichkeit gegen die Zwangsvollstreckung vorzugehen. Bezüglich des Rechtsschutzbedürfnisses bestehen damit ebenfalls keine Bedenken.

Die Vollstreckungsabwehrklage ist mithin zulässig.

2. **Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage**

Die Klage ist begründet, wenn dem Kl. eine durch § 767 II oder III nicht ausgeschlossene materiell-rechtliche Einwendung zusteht, welche die Wirkung hat, dass der titulierte Anspruch nicht mehr oder nur noch eingeschränkt besteht. Es kommen nur rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen in Betracht, weil nur solche nach Schluss der letzten Tatsachenverhandlung entstehen können.

a) **Vorliegen einer materiell-rechtlichen Einwendung**

Der Kl. hat die geschuldete Zahlung vorgenommen, so dass der Anspruch des Bekl. nach § 362 BGB erfüllt wurde und damit untergegangen ist. Es liegt damit eine **rechtsvernichtende Einwendung** vor.

b) **keine Präklusion**

Trotz des Bestehens einer materiell-rechtlichen Einwendung ist die Vollstreckungsabwehrklage des Kl. nur begründet, wenn er mit seiner Einwendung nicht nach § 767 II ZPO **präkludiert** ist.

aa) **Grundsatz**

Dies ist dann der Fall, wenn die geltend gemachte Einwendung bereits **vor dem Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung** vor Erlass des Titels entstanden ist. Es kommt hier nicht darauf an, ob der Schuldner – hier der Kl. - die Einrede kannte oder beweisen konnte. Ausschlaggebend ist allein die **objektive Möglichkeit der Geltendmachung** der Einrede in dem früheren Verfahren, die das nachträgliche Vorbringen mit der Vollstreckungsklage ausschließt.

„Sind die **Gründe**, auf denen eine Einwendung beruht, **bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden**, in der die Einwendung hätte erhoben werden müssen, ist die Einwendung für das Verfahren nach § 767 ZPO danach **in jedem Falle präkludiert**. Eine andere Auslegung lässt der eindeutige Wortlaut des Gesetzes nicht zu. Dieses Verständnis entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers (vgl. Hahn, Mat. Bd. II/1, S. 437 f.) und dem Zweck der Norm, die **Rechtskraftwirkung unanfechtbar gewordener Entscheidungen** zu sichern und Verzögerungen im Vollstreckungsverfahren vorzubeugen (vgl. BGHZ 124, 164 [172] = NJW 1994, 460; BGHZ 125, 351 [353] = NJW 1994, 2769; K. Schmidt, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 767 Rn. 73).“ (BGH aaO)

Der Kl. hatte hier die geschuldete Leistung hier am 24.03.2009 erbracht. Der Termin zur mündlichen Verhandlung war erst am 21.04.2009. Hier hätte er den Erfüllungseinwand schon vorbringen können. Dies hätte er auch im Rahmen des Einspruchsverfahrens gegen das Versäumnisurteil nach §§ 338 ff. ZPO nachholen können. Dies ist jedoch beides nicht gesehen, so dass die Voraussetzungen für eine Präklusion vorliegen.

bb) Besonderheiten im Versäumnisverfahren

Der Zusatz in § 767 II letzter Halbs. ZPO „und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können“ verschärft die Präklusion in den Fällen, in denen ein Versäumnisurteil ergangen ist.

„Dann sind auch solche Einwendungen von der Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen, deren Gründe zwar nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, aber **durch Einspruch noch geltend gemacht werden können**. Hierauf kommt es im Streitfall aber nicht an, weil die Einwendung **bereits vor der dem Urteil zu Grunde liegenden mündlichen Verhandlung entstanden ist**.“

Es kann deshalb **dahinstehen**, ob entgegen der in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Auffassung (RGZ 55, 187 [191]; Gaul/Schilken, ZwangsvollstreckungsR, 12. Aufl., § 40 Rn 86 f.; Schuschke/Walker/Raebel, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 767 ZPO Rn 33) der vom OLG Hamm (NJW-RR 2000, 659) und von Teilen des Schrifttums vertretenen Ansicht zu folgen ist, wonach der **Einwand der Erfüllung im Anschluss an ein Versäumnisurteil nur dann präkludiert ist**, wenn er zum **Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vollstreckungsgegenklage noch mit dem Einspruch geltend gemacht** werden könnte (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 767 Rn. 40; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und InsolvenzR, 23. Aufl., § 12 Rn 16; Otto, Die Präklusion, S. 69 ff., 72; ders., JA 1981, 649 [650]; Bruns/Peters, ZwangsvollstreckungsR, 3. Aufl., § 15 I 2; Baumann/Brehm, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., § 13 III 2 S. 215; Schumann, NJW 1982, 1862).“ (BGH aaO)

cc) Besonderheiten beim Erfüllungseinwand

Allerdings könnten Besonderheiten beim Erfüllungseinwand gerechtfertigt sein, weil in einem solchen Fall die titulierte Forderung nachweislich untergegangen ist und der Titelgläubiger materiell-rechtliche keine Berechtigung mehr zur Beitreibung der Forderung hat.

„**Auch der Einwand der Erfüllung richtet sich gegen die Rechtskraftwirkung eines ergangenen Urteils**. Erfüllt ein Schuldner den mit einer Klage geltend gemachten Anspruch seines Gläubigers vor der letzten mündlichen Verhandlung, ist es ihm **in gleicher Weise wie bei anderen rechtsvernichtenden Einwendungen zuzumuten**, den Einwand noch im laufenden Verfahren zu erheben und dadurch eine Verurteilung zu verhindern. Die **Erwartung**, der Gläubiger werde von sich aus die **prozessualen Konsequenzen aus der eingetretenen Erfüllung ziehen**, enthebt den Schuldner nicht der Pflicht, die Einwendung im Prozess vorzutragen.“ (BGH aaO)

Auch der Erfüllungseinwand rechtfertigt daher keine Abweichung von den Präklusionsvorschriften. Die Vollstreckungsabwehrklage ist folglich unbegründet und wird keinen Erfolg haben.

II. Hilfsantrag: Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung nach § 826 BGB

1. Zulässigkeit der Klage

Gegen die Zulässigkeit des Hilfsantrags bestehen keine durchgreifenden Bedenken.

„Nach gefestigter Rechtsprechung kann ein Gläubiger in **besonders schwerwiegenden, eng begrenzten Ausnahmefällen** nach § 826 BGB zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus einem

rechtskräftigen, aber materiell unrichtigen Titel verpflichtet sein, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre, dass der Titelgläubiger seine **formelle Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt**; dann muss die Rechtskraft zurücktreten (vgl. etwa BGHZ 101, 380 [383 ff.] = NJW 1987, 3256; NJW 1999, 1257 = WM 1999, 919 [920]; BGHZ 151, 316 [327 ff.] = NJW 2002, 2940).“ (BGH aaO)

2. Begründetheit der Klage

Eine solche Klage setzt neben der materiellen Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels und der Kenntnis des Gläubigers hiervon zusätzliche besondere Umstände voraus, welche die Erlangung des Vollstreckungstitels oder seine Ausnutzung als sittenwidrig und es als geboten erscheinen lassen, dass der Gläubiger die ihm unverdient zugefallene Rechtsposition aufgibt.

a) materielle Unrichtigkeit des Titels

Der titulierte Anspruch ist nach § 362 BGB untergegangen, so dass der Titel materiell unrichtig ist.

b) besondere Umstände

Es müssten aber noch besonderen Umstände hinzutreten.

*„Nach den Feststellungen der Vorinstanzen gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Bekl. zu dem **Zeitpunkt**, als er den **Erlass des Versäumnisurteils beantragte**, die **Zahlung** der Kl. bereits **bekannt** war. Er hat deshalb den Titel nicht erschlichen. Zum Versäumnisurteil kam es vielmehr auf Grund der Prozessführung der Kl. Im Hinblick auf deren nachlässiges Vorgehen (vgl. dazu BGH, NJW-RR 1988, 957 [959]) **verletzt die Durchsetzung** der titulierten Forderung des Bekl. trotz ihrer bereits erfolgten Erfüllung das **Rechtsgefühl nicht in einem solch unerträglichen Maß**, dass eine Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils gerechtfertigt wäre. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob die Kl. den bereits gezahlten Betrag **wegen Zweckverfehlung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen wieder herausverlangen kann**.“* (BGH aaO)

Die Klage hat auch mit dem Hilfsantrag, den Bekl. zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 21.04. 2009 zu verurteilen, keinen Erfolg.

ZPO
§ 222**Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel
Klauselerinnerung bei Fehlen erforderlicher Nachweise**
(BGH in WM 2012, 454; Beschluss vom 12.01.2012 – VII ZB 71/09)

ZPO

1. Im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO ist der Einwand des Schuldners grundsätzlich **nicht zu berücksichtigen**, der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle habe die der Vollstreckung zugrunde liegende Klausel nach §§ 724, 725 ZPO **zu Unrecht ohne die gemäß § 726 I ZPO erforderlichen Nachweise** erteilt.
2. Die **fehlerhafte Erteilung einer Klausel** nach § 724, 725 ZPO durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle statt einer Klausel nach § 726 I ZPO durch den Rechtspfleger führt nicht zur Unwirksamkeit der Klausel, sondern **nur zu ihrer Anfechtbarkeit**, die allein mit der **Klauselerinnerung** geltend gemacht werden kann.

A. Grundlagenwissen: Rechtsbehelfe gegen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss

Über den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses entscheidet nach § 828 I ZPO das Vollstreckungsgericht und dort nach § 20 Nr. 17 S. 1 RPfIG der Rechtspfleger. Grundsätzlich kommen daher die Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO), die sofortige Beschwerde (§ 793 ZPO) und die Rechtspflegererinnerung (§ 11 II RPfIG) in Betracht.

I. Rechtsbehelf gegen PfÜB**1. Rechtspflegererinnerung, § 11 II RPfIG**

Die Rechtspflegererinnerung kommt nur in Betracht, wenn der Rechtspfleger eine Entscheidung getroffen hat, gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist.

Gegen **Entscheidungen** ohne notwendige mündliche Verhandlung im Vollstreckungsverfahren ist die **sofortige Beschwerde** nach § 793 ZPO statthaft. Liegt keine Entscheidung vor, so ist die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO gegeben.

Da für die Entscheidung über einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss keine mündliche Verhandlung vorgesehen ist, der Schuldner nach § 834 ZPO noch nicht einmal anzuhören ist, scheidet die Rechtspflegererinnerung aus.

2. Abgrenzung zwischen § 766 ZPO und § 793 ZPO

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine Vollstreckungsmaßnahme vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO anzuwenden.

Fraglich ist dabei allerdings, wann von einer Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO auszugehen ist.

Eine **Entscheidung** liegt nach h.M. dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den **Gegner angehört** hat oder einen **Antrag** des Gläubigers **ablehnt**. Ist die Anhörung unterblieben, obwohl sie gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 850b III ZPO), so liegt daher nach h.M. keine Entscheidung vor (vgl. OVG Münster NJW 1980, 1709).

Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine **tatsächliche und rechtliche Würdigung**, so dass die Annahme des Vorliegens einer **Entscheidung** gerechtfertigt ist.

Wird also ein **Pfändungs- und Überweisungsbeschluss** ohne Anhörung des Gegners **erlassen**, so liegt stets eine Vollstreckungsmaßnahme vor, die vom Schuldner mit der **Vollstreckungserinnerung** angegriffen werden kann.

B. Rechtsbehelf gegen Erteilung einer Vollstreckungsklausel ohne Vorlage der nach §726 I ZPO erforderlichen Nachweise (vgl. BGH in WM 2012, 454)

Fall: Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem vor dem Landgericht Neubrandenburg am 05.08.2008 mit der Schuldnerin geschlossenen Prozessvergleich und aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Neubrandenburg vom 16.09.2008. In dem Vergleich hatte sich die Schuldnerin unter anderem dazu verpflichtet, der Gläubigerin von dieser zu bezeichnende Unterlagen spätestens bis

zum 01.10.2008 zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus sollte die Schuldnerin bis zum 01.09.2008 Bürgschaftsurkunden herausgeben. Für den Fall der nicht fristgerechten Vornahme dieser Handlungen verpflichtete sich die Schuldnerin, 6.379,99 € (Unterlagen) und 1.497,17 € (Bürgschaftsurkunden) an die Gläubigerin zu zahlen.

Am 26.08.2008 wurde der Gläubigerin eine mit Vollstreckungsklausel nach § 725 ZPO versehene Ausfertigung des der Schuldnerin am 12.08.2008 zugestellten Vergleichs erteilt. Die vollstreckbare Ausfertigung eines mit 843,14 € zugunsten der Gläubigerin ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 16.09.2008 wurde der Schuldnerin am 19.09.2008 zugestellt. Wegen der vorbezeichneten Zahlungsansprüche erließ das Amtsgericht am 21.10.2008 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, mit dem Forderungen der Schuldnerin gegen die D.-Bank in N. gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen wurden.

Gegen den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hat die Schuldnerin unter dem 04.11.2008 bei dem Amtsgericht - Vollstreckungsgericht – Vollstreckungserinnerung eingelegt und zur Begründung angeführt, dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss liege kein vollstreckungsfähiger Titel zugrunde. Voraussetzungen für den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 21.10.2008 hätten nicht vorgelegen, weil die gemäß § 726 I ZPO erforderliche Vollstreckungsklausel nicht erteilt worden sei. Es fehle an der Zustellung eines mit Vollstreckungsklausel versehenen Titels und an der Erteilung einer Vollstreckungsklausel überhaupt. Darüber hinaus seien die Voraussetzungen nicht erfüllt, unter denen sie nach den im Vergleich getroffenen Regelungen zur Zahlung der dort genannten Geldbeträge verpflichtet sei. Die Klausel habe nur erteilt werden dürfen, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde geführt worden sei. Die Vollstreckungsklausel sei deshalb nicht ordnungsgemäß erteilt worden.

Wird die Vollstreckungserinnerung Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Erinnerung

Die Erinnerung ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs-voraussetzungen vorliegen.

1. Zuständigkeit

Für die Erinnerung nach § 766 I ZPO ist das **Vollstreckungsgericht zuständig**. Dieses ist nach § 764 II ZPO das Amtsgericht, in dessen Bezirk das **Vollstreckungsverfahren** stattfinden soll oder **stattgefunden hat**.

2. Statthaftigkeit

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

a) Abgrenzung zur Beschwerde

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine **Vollstreckungsmaßnahme** vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO (Beschwerde) anzuwenden.

Fraglich ist dabei allerdings, wann von einer Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO auszugehen ist. Eine **Entscheidung** liegt **nach h.M.** dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den Gegner **angehört** hat oder einen **Antrag des Gläubigers** ablehnt. Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine tatsächliche und rechtliche Würdigung, so dass die Annahme des Vorliegens einer Entscheidung gerechtfertigt ist.

Die Schuldnerin wendet sich hier gegen den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ohne vorherige Anhörung. Hierbei handelt es sich um eine Maßnahme, gegen die **grundsätzlich die Vollstreckungserinnerung** nach § 766 I ZPO **statthaft** ist.

b) Nichtbeachtung von Verfahrensvorschriften

Die Schuldnerin kann ihr Begehren gleichwohl nur auf § 766 I ZPO stützen, wenn sie geltend macht, dass Verfahrensvorschriften, die bei Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu berücksichtigen sind, nicht beachtet wurden. Sie macht geltend, die Voraussetzungen für den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hätten nicht vorgelegen, weil eine ge-

mäß § 726 I ZPO erforderliche qualifizierte Vollstreckungsklausel nicht erteilt gewesen sei.

aa) Kostenfestsetzungsbeschluss

„Das ist hinsichtlich der im Kostenfestsetzungsbeschluss titulierten Forderung schon deshalb nicht zutreffend, weil deren Vollstreckung offenkundig nicht von einer Bedingung abhängt.“ (BGH aaO)

bb) Vergleich

Dieser Einwand ist im Verfahren der Vollstreckungserinnerung nur statthaft, wenn es für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses darauf ankommt, ob die vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs statt mit der unstreitig nach § 725 ZPO erteilten Klausel mit einer qualifizierten Vollstreckungsklausel gemäß § 726 I ZPO hätte versehen werden müssen.

(1) Relevanz des Fehlers

Die **Erteilung der Vollstreckungsklausel** erfolgt gemäß § 724 II ZPO **grundsätzlich** durch den **Urkundsbeamten** der Geschäftsstelle des Prozessgerichts. Geht dort ein Antrag auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel ein, obliegt es ihm auch **zu prüfen**, ob der Titel **Vollstreckungsbedingungen** im Sinne des § 726 I ZPO enthält und es deshalb gemäß § 20 Nr. 12 RPfIG dem **Rechtspfleger vorbehalten** ist, eine dann erforderliche qualifizierte Klausel zu erteilen.

*„Gegenstand dieser Prüfung ist der **Inhalt des Titels**, der in der Regel durch Auslegung zu ermitteln ist. Gelangt die Prüfung des Urkundsbeamten **zum objektiv falschen Ergebnis** und erteilt er zu Unrecht eine einfache Vollstreckungsklausel nach §§ 724, 725 ZPO, so liegt darin eine **fehlerhafte Ausübung der ihm nach dem Gesetz übertragenen Aufgaben**.“* (BGH aaO)

(a) Auswirkungen des Fehlers auf Wirksamkeit

Fraglich ist daher, welche Konsequenzen es hat, wenn Urkundsbeamte das Vorliegen von Vollstreckungsbedingungen übersieht und daher eine einfache Vollstreckungsklausel erteilt. Dies ist umstritten.

(aa) Unwirksamkeit der Klausel

*„[Es] wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass eine **Vollstreckungsklausel**, die entgegen § 726 I ZPO, § 20 Nr. 12 RPfIG nicht vom **Rechtspfleger, sondern vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** (§ 724 II ZPO) **erteilt** wird, **unwirksam** ist und - was bei der Vollstreckung zu berücksichtigen wäre - **nicht Grundlage für eine ordnungsgemäße Vollstreckung** sein kann (OLG Hamm, MDR 1987, 682; KG, JurBüro 1999, 601, 602; OLG München, JurBüro 2001, 438, 439; LG Detmold, Rpfleger 1996, 19; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 726 Rn. 7; Thomas/Putzo/Hübstege, ZPO, 32. Aufl., § 724 Rn. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 726 Rn. 3; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Aufl., Rn. 106).“* (BGH aaO)

(bb) Anfechtbarkeit der Klausel

*Nach der **Gegenmeinung** ist eine solche **Klausel** zwar fehlerhaft und **anfechtbar, nicht aber unwirksam** (OLG Zweibrücken, MDR 1997, 593; OLG Koblenz, NJW 1992, 378, 379; LG Kassel, JurBüro 1986, 1255; AG Oldenburg, DGVZ 1989, 142; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 726 Rn. 4; Schuschke/Walker, ZPO, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 726 Rn. 18; MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl., § 724 Rn. 15). Die **Vollstreckung auf Grund** einer in diesem Sinne **fehlerhaften Klausel** sei bis zu ihrer Beseitigung deshalb **rechtmäßig** und könne nicht im Verfahren nach § 766 ZPO angefochten werden. **Einwendungen des Schuldners**, welche die materielle Zulässigkeit der erteilten Klausel betreffen, seien vielmehr **im Wege der Klauselerinnerung** (§ 732 ZPO) geltend zu machen (OLG Hamm, FamRZ 1981, 199, 200; OLG Koblenz, aaO; OLG Frankfurt, JurBüro 1976, 1122; Schuschke/Walker, aaO).“* (BGH aaO)

(cc) Auffassung des BGH

„Der **Bundesgerichtshof** hat diese **Frage bisher offen gelassen** und lediglich im Rahmen eines Klauselerinnerungsverfahrens die Zwangsvollstreckung auf der Grundlage einer vom funktional unzuständigen Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig gehalten (BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2005 - VII ZB 40/05, NJW 2006, 776; vgl. auch BAG, NJW 2004, 701, 702). **Der Senat hält die zuletzt genannte Auffassung für zutreffend.**“ (BGH aaO)

(b) Relevanz der Anfechtbarkeit

Fraglich ist, ob das jeweilige Vollstreckungsorgan bei der Beachtung der Vollstreckungsverfahrens gehalten ist, die Anfechtbarkeit der Vollstreckungsklausel zu berücksichtigen.

„Dieser Fehler betrifft die **materielle Richtigkeit der erteilten Vollstreckungsklausel**, die grundsätzlich nicht zur Überprüfung des Vollstreckungsorgans gestellt ist. Seiner Nachprüfung unterliegt es, ob eine **Klausel vorhanden** ist und ob sie **ordnungsgemäß erteilt wurde**, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte (OLG Frankfurt, JurBüro 1976, 1122; OLG Hamm, FamRZ 1981, 199; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 724 Rn. 14).

Deshalb ist es insbesondere **nicht Sache des** mit der Vollstreckung des Titels befassten **Vollstreckungsorgans**, die **Wirksamkeit der Klausel am Inhalt des Titels zu messen** und die erforderliche Abgrenzung zwischen unbedingt und bedingt vollstreckbaren Titeln vorzunehmen. Über dahingehende **Einwendungen des Schuldners gegen die in der Klausel bezeugten sachlichen Erfordernisse** der Vollstreckung des Titels entscheidet gemäß § 732 ZPO vielmehr dasjenige Gericht, dessen Geschäftsstelle die Vollstreckungsklausel erteilt hat. Sie sind der **Nachprüfung durch das Vollstreckungsorgan entzogen** und können deshalb auch nicht im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO vor dem Vollstreckungsgericht und dem ihm übergeordneten Beschwerdegericht geltend gemacht werden.“ (BGH aaO)

Der von der Schuldnerin gerügte Fehler hätte daher mit der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO geltend gemacht werden müssen.

„Der von der Schuldnerin geltend gemachte Fehler bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel **ist nicht derart schwerwiegend**, dass er auch **ohne eine erfolgreiche Anfechtung** im Verfahren nach § 732 ZPO die im Erinnerungsverfahren zu berücksichtigende **Unwirksamkeit der Klausel** begründen könnte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein **Vollstreckungsakt** ausnahmsweise, nämlich bei **grundlegenden, schweren Mängeln nichtig und deshalb von vorneherein unwirksam** sein (BGH, Urteil vom 16. Februar 1976 - II ZR 171/74, BGHZ 66, 79, 81). Das gilt ebenso für Fehler bei der - nicht zum Vollstreckungsverfahren gehörenden (Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 724 Rn. 1) - Erteilung der Vollstreckungsklausel (OLG Hamm, FamRZ 1981, 199, 200; OLG Hamm, MDR 1987, 682; OLG Zweibrücken, MDR 1997, 593).

Macht der Schuldner, wie hier, geltend, der Urkundsbeamte habe die Klausel nach §§ 724, 725 ZPO zu Unrecht ohne die gemäß § 726 I 1 ZPO erforderlichen Nachweise erteilt, so betrifft dieser Einwand die **Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit** einer Vollstreckungsklausel im Einzelfall, die der Urkundsbeamte im Rahmen der ihm nach dem Gesetz zugewiesenen Aufgaben erteilt hat. Eine in solcher Weise fehlerhaft erteilte Vollstreckungsklausel **leidet nicht an einem grundlegenden, schwerwiegenden Mangel**, der es rechtfertigen könnte, die Überprüfung der Klauselerteilung dem nach obigen Grundsätzen hierfür allein vorgesehenen Verfahren nach § 732 ZPO zu entziehen.“ (BGH aaO)

Die die in Rede stehende Vollstreckungsmaßnahme war **selbst dann nicht rechtswidrig** im Sinne des § 766 ZPO, wenn, wie die Schuldnerin meint, ihre Zahlungsverpflichtungen nach dem Vergleich von Vorleistungen der Gläubigerin abhängig waren, deren Erfüllung diese gemäß § 726 I ZPO vor der Erteilung einer entsprechenden Vollstreckungsklausel **durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden hätte beweisen** müssen. Ein solcher Fehler kann daher nicht mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 I ZPO geltend gemacht werden. Die Erinnerung ist nicht statthaft und daher unzulässig.

StPO
§ 100f

Verwertungsverbot Heimlich aufgezeichnetes Selbstgespräch (BGH in NJW 2012, 945; Urteil vom 22.12.2011 – 2 StR 509/10)

StPO

Ein in einem Kfz mittels **heimlich durchgeführter akustischer Überwachung** aufgezeichnetes **Selbstgespräch** eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist in einem Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – **unverwertbar**.

Fall: Die Angekl. S und I sind Geschwister, der Angekl. W ist der Ehemann von I, deren Ehe trotz Kinderwunschs kinderlos blieb. Die Angekl. I und W verfügen über ein Haus, in dem auch der Angekl. S nach seiner Übersiedlung aus Chemnitz nach der Wiedervereinigung Deutschlands eine Wohnung erhielt. Dort nahm der Angekl. S im Jahre 2001 seine Ehefrau L auf, die er auf den Philippinen geheiratet hatte. Am 07.02.2002 wurde der Sohn M der Eheleute geboren. Die Angekl. I und W mischten sich in deren Angelegenheiten ein, was L zunehmend störte. Während der Angekl. S sich wenig um sein Kind kümmerte, wurde der Junge von den Angekl. I und W wie ihr eigenes Kind behandelt. Vor diesem Hintergrund kam es zu Spannungen zwischen den Eheleuten L und S. L zog schließlich am 28.09.2005 zusammen mit ihrem Sohn aus der Ehewohnung aus und bezog eine eigene Wohnung in K. Der Angekl. W bot ihr Geld für den Fall an, dass sie das Kind bei ihm und seiner Ehefrau S aufwachsen lassen werde. L lehnte dies entschieden ab. Am 18.01.2006 einigten sich S und L über den Unterhalt. Am 27.01.2006 beantragte die Angekl. I ein eigenes Umgangsrecht mit dem Kind; der Antrag blieb jedoch in allen Instanzen erfolglos. Der Angekl. S erhielt vom FamG ein Umgangsrecht zugesprochen. Er befürchtete jedoch, dass seine Ehefrau nach der Scheidung weit wegziehen werde, um seinen Kontakt mit dem Sohn zu vereiteln. Im Frühjahr 2007 beschlossen die Angekl., dass das Problem durch die Tötung von L gelöst werden solle. Einzelheiten dazu waren nicht feststellbar. Im März und April 2007 renovierte der Angekl. S das Kinderzimmer in der Wohnung von L und führte weitere Arbeiten durch. Er wechselte auch das Schloss der Wohnungstür aus. L hegte angesichts dieser Arbeiten die Hoffnung auf einen Neubeginn der Beziehung zu ihrem Ehemann, die sich jedoch nicht realisierte. Am Mittwoch, dem 18.04.2007 telefonierte sie zweimal mit ihrem Ehemann. Ein anschließendes Telefonat mit einer Freundin beendete sie um 14.45 Uhr mit dem Hinweis, dass ihr Ehemann erscheine. Der Angekl. S kam aber nicht alleine, sondern in Begleitung der Mitangekl. I und W. Er nahm seinen Sohn in Empfang und sagte diesem, er dürfe jetzt 50 Mal beim Vater schlafen. Dann fuhren die Angekl. mit dem Kind davon. Der Angekl. S suchte später im Einvernehmen mit den Angekl. I und W seine Ehefrau in deren Wohnung auf und tötete sie, um zu ermöglichen, dass das Kind bei den Angekl. aufwachsen könne. Einzelheiten der Tatausführung blieben ungeklärt, da keine Spuren auffindbar waren. Trotz umfangreicher Suche der Ermittlungsbehörden wurde die Leiche der Getöteten nicht gefunden.

Im Vorverfahren wurden verschiedene verdeckte Überwachungsmaßnahmen durchgeführt: U. a. fand mit ermittlungsrichterlicher Gestattung gem. § 100f i. V. mit §§ 100b I, 100d II StPO eine elektronische Überwachung im Auto des Angekl. S statt. Dabei wurden dessen Selbstgespräche, als er sich alleine im Auto befand, an mehreren Tagen aufgezeichnet und später in die Hauptverhandlung eingeführt sowie im Urteil des LG verwertet.

Am 22. 10.2007 war auf den umfangreichen Aufzeichnungen neben zahlreichen unerheblichen Äußerungen auch die Bemerkung zu hören: „... die L ist schon lange tot, die wird auch nicht wieder ... kannste natürlich nicht sagen.“ Am 23.10.2007 fielen im Rahmen der Selbstgespräche die Worte: „Richter“ und „wie? Mord?“, ... sowie „oho I kill her ... oh yes, oh yes ... and this is my problem ...“, ferner „... ich würde mal sagen, es wird jetzt wohl so sein, dass die Polizei mal auf eure Truppe kommt“. Am 26.10.2007 konnte den Selbstgesprächen die Anmerkung entnommen werden: „... ja, was soll ich sagen, die Situation ist kritisch ...“. Am 29.10.2007 erklärte der Angekl. S im Selbstgespräch u. a., es sei: „... langweilig, der das Gehirn rausprügeln ... kann ich dir sagen, joh und weg damit ... werde auch keine mehr wegknallen ... nö I, wir haben sie tot gemacht ...“. Schließlich war aus einem weiteren Selbstgespräch am selben Tag zu späterer Stunde herauszuhören: „...ist eben lebenslang und fertig aus, lebenslang ... war nicht alt ...“.

Das LG hat darin ein geständnisgleiches Indiz für die Tötung von L durch den Angekl. S gesehen. Die Bemerkung „nö I, wir haben sie tot gemacht“ deutet zudem auf Mittäterschaft hin.

Zu prüfen ist, ob die **heimlich aufgenommenen Selbstgespräche** verwertbar sind oder aber einem **Beweisverwertungsverbot** unterfallen.

I. Das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch unterliegt einem **selbstständigen Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen**.

vgl. BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NSTz 2005, 700; Dalakouras, Beweisverbote bzgl. der Achtung der Intimsphäre, 1988, S. 264; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., Einl. L Rn 88; Jahn, Gutachten C zum 67. DJT 2008, C 84; Roxin/Schünemann, StrafverfahrensR, 26. Aufl., § 36 Rn 45; Wolter, SK-StPO, 4. Aufl., 2010, § 100f Rn 35

1. Der **absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung** wird aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG hergeleitet (vgl. BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NSTz 1990, 89). Sein Schutzbereich wird durch heimliche Aufzeichnung des nichtöffentlich geführten Selbstgesprächs der Zielperson staatlicher Ermitt-

lungsmaßnahmen und deren Verwertung in der Hauptverhandlung berührt (vgl. BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700).

Ob das nichtöffentlich gesprochene Wort zum absolut geschützten Kernbereich oder zu dem nur relativ geschützten Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört, ist durch **Gesamtbewertung aller Umstände im Einzelfall** festzustellen.

*„Aus einer Kumulation von Umständen folgt hier, dass die Selbstgespräche des Angekl. SK dem Kernbereich zuzurechnen sind. Dazu zählen die **Eindimensionalität der „Selbstkommunikation“**, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche **Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch**, die **Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken** beim Selbstgespräch und die **Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes**.*

*Der Grund für den absoluten Schutz eines Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung besteht in der Eröffnung einer Möglichkeit für Menschen, sich in einem **letzten Rückzugsraum** mit dem eigenen Ich befassen zu können, ohne Angst davor haben zu müssen, dass staatliche Stellen dies überwachen (vgl. BGHSt 31, 296 = NJW 1983, 1569 = NStZ 1983, 518). Die **Gedanken sind grds. frei, weil Denken für Menschen eine Existenzbedingung** darstellt (vgl. BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NStZ 1990, 89). Den Gedanken fehlt aus sich heraus die Gemeinschaftsbezogenheit, die jenseits des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung liegt. Gleiches gilt für die **Gedankenäußerung im nichtöffentlich geführten Selbstgespräch** (vgl. BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700). Gedanken werden typischerweise in Form eines „inneren Sprechens“ entwickelt (vgl. Tönnies, Selbstkommunikation, 1994, S. 16). **Denken und Sprache**, die dem Menschen als einzigem Lebewesen zur Verfügung steht, sind **untrennbar miteinander verbunden**. Die Gedankeninhalte des inneren Sprechens treten vor allem in Situationen, in denen der Sprechende sich unbeobachtet fühlt, durch Aussprechen hervor. Das möglicherweise **unbewusste „laute Denken“** beim nichtöffentlich geführten Selbstgespräch nimmt sodann an der Gedankenfreiheit teil. Bedeutung für die Zuordnung zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung hat dabei auch die **Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation**.*

*Zwar fanden die hier in Rede stehenden Selbstgespräche nicht in einer Wohnung i. S. von Art. 13 I GG statt, woraus sich eine „Vermutung“ hätte ergeben können, „dass der Kernbereich tangiert sein kann“ (vgl. BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700); dies folgt auch aus dem Zusammenhang von § 100c IV mit § 100f StPO. Hieraus ist aber nicht zu schließen, dass der Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit in Bezug auf Äußerungen sich ausschließlich auf den räumlichen Bereich von Wohnungen beschränke. Vielmehr kann auch das **„Alleinsein mit sich selbst“** in einem Pkw diesen Schutz begründen. Es bestand aus der Sicht des Angekl. S nicht die Gefahr, dass andere Personen den Inhalt seiner Äußerungen im Selbstgespräch erfassen. Der rechtlich geringere Schutz des Aufenthaltsorts im Auto gegenüber der Wohnung i. S. von Art. 13 I GG (zur Relativierung bei der Äußerung im Krankenzimmer BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700) wird hier deshalb im Einzelfall dadurch kompensiert, dass tatsächlich das **Risiko einer Außenwirkung der spontanen Äußerungen nahezu ausgeschlossen** war; das Selbstgespräch konnte nur durch eine heimliche staatliche Überwachungsmaßnahme erfasst werden. Die **Nichtöffentlichkeit der Gesprächssituation** war daher bei einer Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls **derjenigen in einer Wohnung gleichzusetzen**.“ (BGH aaO)*

2. Auf den Inhalt der Gedankenäußerung und dessen mehr oder weniger großen Sozialbezug kommt es demgegenüber bei Selbstgesprächen nicht entscheidend an. Insoweit gilt etwas anderes als bei der Fixierung von Gedanken in einem Tagebuch oder bei der Erfassung des Gesprächs eines Beschuldigten mit Dritten.
 - a) Die **Tagebuchentscheidung des BVerfG** (BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NStZ 1990, 89), bei der wegen Stimmgleichheit eine Grundrechtsverletzung nicht festgestellt werden konnte, kann nicht ohne Weiteres auf die Frage der Zuordnung des heimlich abgehörten Selbstgesprächs zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung oder zur allgemeinen Persönlichkeitsphäre übertragen werden.

*„War dort der Raum, in dem die Anfertigung von Notizen stattfand, für die Frage der Verwertbarkeit der schriftlich fixierten Gedanken im Strafverfahren ohne Belang, weil die **Notizen freiwillig der Sicherstellung preisgegeben** wurden, so erlangt im vorliegenden Fall das Kriterium der Nichtöffentlichkeit des Ortes der Gedankenäußerung erhebliche Bedeutung. Spielte in der Tagebuchentscheidung die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes keine Rolle, weil der Betroffene seine Gedanken dort im Tagebuch fixiert und bei diesem Schreibvorgang unter Umständen auch noch repetiert hatte, so erlangt die **Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes als Abgrenzungskriterium** im vorliegenden Fall besonderes Gewicht. In der Tagebuchentscheidung waren überdies auch präventive Überlegungen für die Annahme der Verwertbarkeit von Bedeutung (BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NStZ 1990, 89), weil die dort fraglichen Tagebuchaufzeichnungen vor der Tatbegehung gemacht worden waren und bei rechtzeitiger Erfassung durch die Polizeibehörden theoretisch auch zur Verhinderung der Tat als Maßnahme der Gefahrenabwehr hätten genutzt werden können. Dagegen spielt die Möglichkeit der Prävention zu Gunsten anderer Grundrechtsträger als Frage der Grundrechtskollision hier keine Rolle (vgl. auch BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700).“ (BGH aaO)*

- b) Das „**Selbstgespräch**“ kann auch nicht mit einem **Zwiegespräch gleichgesetzt werden**, das regelmäßig nicht dem absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zuzuordnen ist, wenn es mit seinem Inhalt einen Tatbezug und damit Sozialbezug aufweist.

vgl. BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NStZ 2004, 270; BVerfG NJW 2012, 833; BVerfG NJW 2012, 907; vgl. auch § 100c IV 3 StPO

*„Es unterscheidet sich von einem solchen Gespräch schon dadurch, dass die **Äußerungen nicht auf Verständlichkeit angelegt** und jedenfalls auch **durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte gekennzeichnet sind** (BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700).“ (BGH aaO)*

3. Der somit gebotene **Kernbereichsschutz entfällt nur, wenn der Grundrechtsträger den Bereich der privaten Lebensgestaltung von sich aus öffnet**, bestimmte Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht und damit die **Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt** (vgl. BGH NJW 2012, 767).

„Dies geschieht nicht ohne Weiteres schon dadurch, dass er sich außerhalb des besonders geschützten Bereichs seiner Wohnung i. S. von Art. 13 I GG aufhält, sofern er einen anderen Rückzugsraum wählt, in dem er sich unbeobachtet fühlen kann. Das war hier hinsichtlich des Pkw der Fall. Nach außen gerichtete Äußerungen in einem Pkw, in dem die betreffende Person allein ist, können nicht Äußerungen in der Öffentlichkeit gleichgestellt werden. Es bleibt deshalb bei der Zuordnung der Selbstgespräche des Angekl. S zum absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung mit der Folge ihrer Unverwertbarkeit.“ (BGH aaO)

- II. Das Beweisverbot entfaltet wegen seiner Absolutheit, die ein Beweiserhebungsverbot für die Hauptverhandlung bzgl. der im Vorverfahren erlangten Informationen einschließt (vgl. Schwaben, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverboten, 2005, S. 101 f.), seine Wirkung auch auf die nicht unmittelbar von der akustischen Überwachung im Vorverfahren betroffenen Mitangekl.

*„Die Unverwertbarkeit des Selbstgesprächs von S als Indiz für und gegen alle Angekl. (zur Frage der „Überkreuzverwertung“ Jahn, DJT-Gutachten C 114 f.) entspricht den Verboten, die in §§ 100a IV 2, 100cV 3 StPO für den Fall des **Eingriffs in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung** positivrechtlich geregelt sind. Der Gesetzgeber hat dort für den Fall, dass tatsächlich der Kernbereich betroffen ist, jede Verwendung der hierüber erlangten Informationen im Strafverfahren ausgeschlossen. Er ist damit nicht dem Gedanken gefolgt, dass Beweisverwertungsverbote auch mit Blick auf die Ambivalenz ihrer Beweisbedeutung als Be- oder Entlastungsbeweis ausschließlich den Bedeutungsgehalt von Belastungsverboten haben sollen (vgl. dazu BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700; Jahn, DJT-Gutachten C 112 ff.). Zwar hat der Gesetzgeber in § 100f StPO auf eine entsprechende Kernbereichsregelung verzichtet, jedoch gilt für das unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Beweisverwertungsverbot in diesem Zusammenhang nichts anderes. Auch Art. 1 I 2 GG spricht gegen die Verwertbarkeit der Selbstgesprächsinhalte für oder gegen Dritte, weil insoweit ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot begründet wird (vgl. zur ausnahmsweise absoluten Wirkung eines Beweisverbots i. Ü. auch §§ 136a III, 69 III StPO).“ (BGH aaO)*

**Unterbleiben der Anhörung
Voraussetzungen für Heilung**

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 163; Beschluss vom 23.09.2011 – 6 B 1701/11)

1. Nach § 28 II VwVfG hat die Behörde über die Fälle der Nr. 1-5 hinaus die Befugnis, **nach Ermessen** über einen **Verzicht auf die Anhörung** zu entscheiden.
2. Die Ermessensentscheidung bedarf einer **Begründung**, die erkennen lässt, auf welchen Erwägungen die Entscheidung, von der Anhörung abzusehen, beruht (
3. Die Verletzung der Anhörungspflicht ist nur dann gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG unbeachtlich, wenn die Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt und ihre **Funktion** für den Entscheidungsprozess der Behörde **uneingeschränkt erreicht** wird.
4. Eine Heilung des Anhörungsmangels nach § 45 I Nr. 3 VwVfG setzt voraus, dass der Beteiligte – nachträglich – eine **vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme** erhält und die Behörde die vorgebrachten Argumente zum Anlass nimmt, die ohne vorherige Anhörung **getroffene Entscheidung kritisch zu überdenken**

Fall: Die Bet. streiten über die sofortige Vollziehbarkeit eines Bescheids vom 09.08.2011, mit dem die Ag. ein Auskunftsverlangen gem. § 44 I 1 KWG an den Ast. als Geschäftsleiter der X.-AG richtete. In dem Bescheid ersuchte die Ag. den Ast. um Auskunft bis zum 24.08.2011 zu verschiedenen Fragen betreffend der X.- GmbH. Für den Fall, dass der Ast. dem Auskunftersuchen nicht oder nicht vollständig bis zu dem genannten Termin nachkommen sollte, drohte die Ag. die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 20 000 Euro an. Dagegen legte der Ast. am 16.08.2011 Widerspruch ein, begehrte Akteneinsicht und beantragte die Aussetzung der sofortigen Vollziehung; in Anbetracht der ausstehenden Akteneinsicht bat er um Einräumung einer Frist für die Widerspruchsbegründung bis zum 30.09.2011. Den Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung lehnte die Ag. mit Schreiben vom 17.08.2011 ab. Den ebenfalls am 22.08.2011 gestellten Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes hatte das VG noch am selben Tag ohne Einschaltung des Ag. abgelehnt. Dagegen richtete sich die vom Ast. form- und fristgerecht durch einen Rechtsanwalt eingelegte und begründete Beschwerde.

A. Zulässigkeit der Beschwerde**I. Zuständiges Gericht**

Die Beschwerde ist nach § 147 VwGO bei dem Gericht einzulegen, dessen Entscheidung angefochten werden soll (iudex a quo), also hier beim VG. Die Entscheidung über die Beschwerde trifft dann nach § 150 VwGO das OVG durch Beschluss

II. Beteiligtenfähigkeit/Prozessfähigkeit/Postulationsfähigkeit

Da das Beschwerdeverfahren letztlich vor dem OVG geführt wird, ist nach § 147 I 2, 67 IV VwGO auch schon für die Einlegung der Beschwerde die Vertretung durch einen Rechtsanwalt oder einen sonstigen zugelassenen Prozessbevollmächtigten (§ 67 II 1 VwGO) erforderlich. Der Ast. hat die Beschwerde über einen Rechtsanwalt einlegen lassen.

III. Beschwerdefähigkeit der Entscheidung

Die Beschwerde kann nach § 146 I VwGO nur gegen Entscheidungen des Gerichts erhoben werden, die keine Urteile und Gerichtsbescheide sind (Beschlüsse, Verfügungen). Nach § 146 IV VwGO ausdrücklich auch gegen Beschlüsse nach § 80 V VwGO.

IV. Beschwerdeberechtigung

Die Beschwerde kann nach § 146 I VwGO von den Beteiligten eingelegt werden, zu denen nach § 63 VwGO der Ast. gehört.

V. Beschwer des Antragstellers

Die Beschwer des Antragstellers ergibt sich aus der Ablehnung seines Antrags nach § 80 V VwGO.

VI. Form

Die Beschwerde muss nach § 147 I 1 VwGO schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt werden. Dies entbindet jedoch nicht vom Anwaltszwang in den Fällen des § 67 I 2. Von der Wahrung der Form ist auszugehen.

VII. Frist (§ 147 I 1 VwGO)

Die Beschwerde ist innerhalb zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung einzu-legen (§ 147 I 1 VwGO) und § 146 IV 1 VwGO innerhalb eines Monats zu begründen. Die Fristen wurden eingehalten.

B. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn das VG den Antrag des Ast. zu Unrecht abgelehnt hat. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen für den Erlass eines Beschlusses nach § 80 V VwGO vorgelegen haben. Von der Zulässigkeit des betreffenden Antragsverfahrens ist aus-zugehen. Die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen den Bescheid nach § 44 I 1 KWG sowie gegen die Androhung des Zwangsgeldes ist nach § 80 II Nr. 3 VwGO i.V.m. § 49 KWG von Gesetzes wegen entfallen, so der Antrag des Ast. auf Anordnung der auf-schiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO gerichtet war. Der Antrag nach § 80 V VwGO muss jedoch auch begründet gewesen sein.

Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn die angefochte-nen Bescheide (Auskunftsersuchen und Zwangsgeldandrohung) nach summarischer Prü-fung rechtswidrig sind und ein besonderes Aufschubinteresse des Ast. besteht.

I. Summarische Prüfung des Auskunftsersuchens

Das Auskunftsersuchen könnte schon formell rechtswidrig sein, weil die nach § 28 I VwVfG grundsätzlich erforderliche Anhörung unterblieben ist.

1. Notwendigkeit Anhörung, § 28 I VwVfG

Nach § 28 I VwVfG ist einem Bet. Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Ent-scheidung erheblichen Tatsachen zu äußern, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift.

„Eine entsprechende Anhörung des Ast. vor Erlass des Bescheids vom 09.08.2011, mit dem er als Geschäftsleiter der X.-AG zur Auskunftserteilung in Form der Beantwortung von insgesamt neun Fra-gen gem. § 44 I 1 KWG herangezogen wurde, hat nicht stattgefunden.“ (VGH Kassel aaO)

2. Verbot der Anhörung, § 28 III VwVfG

Dass die Anhörung aus den – zwingenden – Gründen des § 28 III VwVfG zu unterbleiben hatte, lässt sich weder dem Vorbringen der Bet. im gerichtlichen Verfahren noch den Verwaltungsvorgängen ent-nehmen.“ (VGH Kassel aaO)

3. Entbehrlichkeit der Anhörung, § 28 II VwVfG

Die Anhörung könnte nach § 28 II VwVfG entbehrlich sein. Von der Anhörung kann danach abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist. Einer der nicht abschließend aufgezählten Entbehrlichkeitsgründe liegt zumindest für das Auskunftsersuchen (bzgl. der Zwangsgeldandrohung gilt § 28 II Nr. 5 VwVfG) nicht vor. Die Aufzählung ist allerdings nicht abschließend.

*„Liegen die Voraussetzungen des § 28 II VwVfG vor, räumt die Vorschrift der Behörde die **Befugnis** ein, nach **Ermessen über einen Verzicht auf die Anhörung** zu entscheiden. Die Ermessensent-scheidung bedarf einer Begründung, die erkennen lässt, auf welchen Erwägungen die Entscheidung, von der Anhörung abzusehen, beruht (Fehling/Kastner, VerwaltungsR, 2. Aufl. [2010], § 28 VwVfG, Rn 35; VGH Kassel, NVwZ-RR 1989, 113). Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 28 II VwVfG vorlagen, lässt sich der **Begründung** des Bescheids vom 09.08.2011 **nicht entnehmen**, dass die Ag. eine **solche Ermessensentscheidung getroffen** hat und – ggf. – aus welchen Gründen sie von der vorherigen Anhörung abgesehen hat.“ (VGH Kassel aaO)*

Allerdings wäre die Ag. von der Notwendigkeit, eine Ermessensentscheidung über das Absehen von der Anhörung zu treffen und diese Entscheidung unter Abwägung aller für und gegen eine Anhörung sprechenden Gesichtspunkte hinreichend zu be-gründen enthoben, wenn dem Ast. der für das an ihn gerichtete Auskunftsverlangen maßgebliche Sachverhalt bereits bekannt gewesen wäre.

*„[Eine] Kenntnis des Betroffenen von den wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Aspekten [könn-te] allenfalls dazu führen, dass die Behörde gem. § 28 II VwVfG aus sonstigen Gründen von der Anhö-rung absehen könnte. Von der **Ausübung des Ermessens** wäre sie aber auch dann **nicht suspen-diert**.“ (VGH Kassel aaO)*

4. Heilung des Anhörungsmangels, § 45 I Nr. 3 VwVfG

Allerdings kann ein Anhörungsmangel, soweit Nichtigkeit nach § 44 VwVfG ausscheidet (was hier offensichtlich der Fall ist) nach § 45 I Nr. 3 VwVfG durch Nachholung geheilt werden und zwar – je nach landesrechtlicher Regelung – entweder bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz oder bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens.

a) Anforderungen an Nachholung der Anhörung

*„Eine Heilung in diesem Sinne tritt allerdings nur dann ein, wenn die Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt und ihre **Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht** wird (BVerwGE 137, 199 = NVwZ 2011, 115). Das setzt voraus, dass der Bet. – nachträglich – eine **vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme** erhält und die Behörde die vorgebrachten Argumente zum Anlass nimmt, die ohne vorherige Anhörung **getroffene Entscheidung kritisch zu überdenken** (Kopp/Ramsauer, VwVfG-Komm., 11. Aufl. [2010], § 45 Rn 26; Fehling/Kastner, § 45 VwVfG, Rn 29).“* (VGH Kassel aaO)

b) Erfüllung der Anforderungen im konkreten Fall

Fraglich ist, ob diese Anforderungen vorliegend erfüllt wurden.

aa) Einlegung von Widerspruch

Gegen den am 11.08.2011 zugestellten Bescheid legte der Ast. am 16.08.2011 Widerspruch ein, begehrte Akteneinsicht und stellte einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung. Gleichzeitig bat er darum, ihm eine Frist zur Begründung des Widerspruchs bis zum 30.09.2011 einzuräumen.

„Das Schreiben vom 16.08.2011 enthielt lediglich eine Begründung für den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung, welchen die Ag. mit Schreiben vom 17.08.2011 ablehnte. Da der Ast. zu diesem Zeitpunkt weder Akteneinsicht erhalten noch den Widerspruch begründet hatte, kann in dem Schriftverkehr vom 16. und 17.08.2011 eine Nachholung der unterbliebenen Anhörung nicht gesehen werden.“ (VGH Kassel aaO)

bb) Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Allerdings ist eine Heilung des Anhörungsmangels auch noch während des gerichtlichen Verfahrens möglich.

*„Dabei kann die Frage, ob **Äußerungen und Stellungnahmen der Bet. im gerichtlichen Verfahren generell geeignet** sind, eine nachträgliche Anhörung i. S. des § 45 I Nr. 3 VwVfG darzustellen (**verneinend**: BVerwGE 137, 199 = NVwZ 2011, 115; **bejahend**: OVG Münster, BeckRS 2010, 55839 m. w. Nachw.; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2002, 822; mit Einschränkungen: VGH Kassel, NVwZ-RR 1989, 113), im vorliegenden Fall **dahingestellt** bleiben. Jedenfalls erfüllen die schriftsätzlichen Stellungnahmen der Bet. im gerichtlichen Verfahren nicht die Anforderungen an eine nachträglich ordnungsgemäß durchgeführte Anhörung.“*

*Eine Heilung der unterbliebenen Anhörung im erstinstanzlichen Verfahren scheidet bereits deshalb aus, weil das VG über den **Eilantrag** vom 22.08.2011 noch **am selben Tag** entschieden hat, **ohne der Ag. Gelegenheit zur Stellungnahme** gegeben zu haben. Auch im Beschwerdeverfahren ist eine ordnungsgemäße Nachholung der Anhörung nicht erfolgt. Der Ast. hat die Beschwerde zwar mit Schriftsätzen vom 23. und 29.08. 2011 begründet; dabei hat er allerdings darauf hingewiesen, dass er den **Widerspruch noch nicht begründet** habe, sondern nach erfolgter Akteneinsicht vom 22.08.2011 bis zum 30.09.2011 begründen wolle. Damit hat der Ast. **bislang noch keine vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme** erhalten, so dass auch die Beschwerdeerwiderung der Ag. – mit Schriftsätzen vom 24.08. und 13.09. 2011 – noch nicht die Funktion einer ordnungsgemäß durchgeführten Anhörung erfüllt.“* (VGH Kassel aaO)

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die unterbliebene Anhörung des Ast. durch die Ausführungen der Bet. im Gerichtsverfahren nachgeholt und damit geheilt worden ist.

5. Unbeachtlichkeit des Anhörungsmangels, § 46 VwVfG

Nach § 46 VwVfG kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zu

Stande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.

*„Dass der Verfahrensfehler in Form der unterbliebenen Anhörung des Ast. **offensichtlich ohne Einfluss** auf die von der Behörde getroffene Entscheidung war, kann **nicht festgestellt** werden. Die Ag. hat jeweils nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu entscheiden, ob und ggf. welche nach § 44 I KWG zulässigen Überwachungsmaßnahmen sie anordnet. Bei **Ermessensentscheidungen** kann **im Regelfall die Möglichkeit nicht ausgeschlossen** werden, dass die Behörde bei Beachtung des Verfahrensrechts **zu einer anderen Entscheidung in der Sache** gekommen wäre (Fehling/Kastner, § 46 VwVfG, Rn 27).“* (VGH Kassel aaO)

Der Bescheid vom 09.08.2011 ist somit aller Voraussicht nach formell rechtswidrig, da der Ast. nicht nach § 28 I VwVfG angehört worden ist, ein Ausnahmefall nach § 28 II und III VwVfG nicht vorliegt, die Anhörung nicht gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG nachgeholt worden ist und die Voraussetzungen für eine Unschädlichkeit des Verfahrensfehlers gem. § 46 VwVfG nicht gegeben sind.

II. Interessenabwägung

Da der Gesetzgeber unabhängig von der Rechtswidrigkeit den Bescheiden sofortige Vollziehbarkeit beimisst, ist eine Abweichung hiervon nur angezeigt, wenn ein besonderes Aufschubinteresse des Ast. besteht.

*„Ist bereits die (**formelle**) **Rechtmäßigkeit** des angegriffenen Auskunftsverlangens erheblich **infrage gestellt**, so kann der in § 49 KWG **kraft Gesetzes angeordnete Vorrang des Vollzugsinteresses nicht ohne Weiteres zur Geltung** kommen. Das bedeutet, dass der Ast. nicht etwa wie im Falle der uneingeschränkten Anwendung des § 49 KWG die Wertung des Gesetzgebers mit Besonderheiten seiner persönlichen Situation entkräften und Wege aufzeigen muss, die gleichwohl den öffentlichen Belangen noch Rechnung tragen. Das **öffentliche Interesse** an einer Beaufsichtigung der X.-AG gerade in Form des streitgegenständlichen Auskunftsverlangens gegenüber ihrem Geschäftsleiter muss vielmehr **vorerst zurücktreten**. Der Ag. bleibt die Möglichkeit, die erforderliche Anhörung ordnungsgemäß nachzuholen und – ggf. – einen Abänderungsantrag nach § 80 VII VwGO zu stellen.“* (VGH Kassel aaO)

Dem Interesse des Ast. an der Aufhebung des Sofortvollzugs ist daher gegenüber den öffentlichen Interessen den Vorzug einzuräumen.

Ergebnis: Der Antrag des Ast. auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung war daher begründet, so dass die Entscheidung des VG fehlerhaft war. Das OVG wird daher den betreffenden Beschluss aufheben und die aufschiebende Wirkung anordnen.

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.

ZPO
§ 68

Streitverkündung Rechtswegübergreifende Interventionswirkung (BSG in NJW 2012, 956; Urteil vom 13.09.2011 – B 1 KR 4/11)

ZPO

Die **Interventionswirkung einer Streitverkündung** in einem vorangegangenen Zivilprozess ist **auch in einem Folgeprozess vor Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zu beachten**.

- I Die **Bestimmungen der ZPO regeln nicht ausdrücklich, ob die Interventionswirkung auch dann eintritt, soweit der Folgeprozess in einem anderen Rechtsweg zu führen ist. BSG aaO bejaht eine begrenzte Interventionswirkung** eines vorangegangenen Zivilprozesses für einen Folgeprozess vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit.

„Der erkennende Senat geht mit der für verwaltungsgerichtliche Folgeverfahren ergangenen Rspr. des BVerwG davon aus, dass die Interventionswirkung gem. § 68 ZPO nicht nur in einem nachfolgenden Zivilrechtsstreit, sondern auch in einem nachfolgenden Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit zu Gunsten der früheren Parteien zu beachten ist. Zu Recht verweist das BVerwG auf den Grundsatz der Einheit der rechtsprechenden Gewalt und der Gleichrangigkeit der Rechtswege. Dem steht im Ausgangspunkt nicht entgegen, dass im Zivilprozess die Verhandlungsmaxime, im Verwaltungsprozess aber die Untersuchungsmaxime herrscht (BVerwG Buchholz 310 § 173 VwGO Nr. 1 Anh § 68 ZPO Nr. 1 m. w. Nachw.).“ (BSG aaO)

- II. Soweit dagegen die **Rspr. des BGH** in einem obiter dictum auf Einwände hingewiesen hat (vgl. BGHZ 123, 44 = NJW 1993, 2539; dem folgend Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 68 Rn 10; Musielak, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 68 Rn 4; a. A. z. B. Häsemeyer ZP 107 [1994], 232; MüKo-ZPO/Schultes, 3. Aufl. 2008, § 69 Rn 24; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 68 Rn 3 m. w. Nachw.; Wax NJW 1994, 2331 m. w. Nachw.; auch Regenfus, Komplexe Prozessführung, 2007, S. 248 ff.), ist diesem Wertungsgesichtspunkt im Rahmen des Umfangs der Interventionswirkung Rechnung zu tragen.“

„So kann nach § 68 ZPO der Nebenintervenient oder der Streitverkündete der Interventionswirkung den Einwand entgegensetzen, dass er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts verhindert worden sei, Angriffs-, Verteidigungs- oder Beweismittel geltend zu machen; das belaste ihn im Folgeprozess unangemessen und sei auch mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs unvereinbar. Dieser Einwand muss erst recht gelten, wenn durch eine Streitverkündung in einem Verfahren außerhalb der für das spätere Verfahren ausschließlich zuständigen Gerichtsbarkeit weitgehende Bindungen für den später geführten Rechtsstreit erzeugt und dadurch die Parteien den speziellen Ausgestaltungen dieses Verfahrens beliebig entzogen werden könnten (vgl. BGHZ 123, 44 = NJW 1993, 2539). Das erfordert eine restriktive Handhabung der Interventionswirkung in einem rechtswegfremden, von anderen Maximen beherrschten Folgeprozess.“ (BSG aaO)

ZPO
§ 80

Ausschlussfrist Nachweis der Bevollmächtigung (BGH in FamRZ 2012, 360; Beschluss vom 14.12.2011 – XII ZB 233/11)

ZPO

Hat das Gericht für den **Nachweis der Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht eine Frist gesetzt, handelt es sich hierbei nicht um eine Ausschlussfrist**. Die **schriftliche Prozessvollmacht** kann daher **noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eingereicht** werden. **Auch die Genehmigung** der bisherigen Prozessführung **durch die Partei oder ihren neuen Vertreter reicht aus**.

„Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Verfahrens gerügt werden (§ 88 I ZPO). Auf diese Rüge ist die Bevollmächtigung - abgesehen von hier nicht gegebenen Ausnahmefällen (vgl. hierzu Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 80 Rn 23) - durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten einzureichen; hierfür kann das Gericht eine Frist bestimmen (§ 80 ZPO).

Hierbei [handelt es sich] indessen nicht um eine Ausschlussfrist (BGHZ 166, 278 = NJW 2007, 772; Stein/Jonas/Bork aaO, § 89 Rn 6; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 80 Rn 12; Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., § 80 Rn 8). Wird die Vollmacht innerhalb der Frist nicht eingereicht, so kann sie noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung oder bis zu dem in § 128 II 2 ZPO bestimmten Zeitpunkt beigebracht oder die bisherige Prozessführung durch die Partei oder ihren neuen Vertreter genehmigt werden (Zöller/Vollkommer aaO, § 80 Rn 12; Thomas/Putzo aaO, § 80 Rn 8).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 222 II

Rechtsmittelfristberechnung Zustellung an einem Sonnabend (OVG Greifswald in NJW 2012, 953; Beschluss vom 13.10.2011 – 2 L 257/11)

ZPO

Nach § 124a IV 1 VwGO ist der **Antrag auf Zulassung der Berufung innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils** zu beantragen.

Wird das verwaltungsgerichtliche **Urteil an einem Sonnabend zugestellt, führt dies nicht zu einer Verlängerung der Frist** für den Antrag auf Zulassung der Berufung.

„Verschiebungen mit Rücksicht auf Feiertage bzw. Wochenendtage sieht das seinem **Wortlaut nach eindeutige Gesetz** nur dann vor, wenn das „**Fristende**“ **auf einen entsprechenden Tag fällt** (vgl. § 167 VwGO, § 222 II ZPO). Dies trifft hier aber nicht zu, da der Ablauf der Rechtsmittelfrist hier auf einen Dienstag, gefallen ist.“ (OVG Greifswald aaO)

ZPO

Widerklage in Berufungsinstanz Zulässigkeit

RVG

§§ 286 I 1, 529 I Nr. 1, 533 Nr. 2

(BGH in FamRZ 2012, 545; Urteil vom 13.01.2012 – V ZR 183/10)

Eine (erstmalig) in der Berufungsinstanz erhobene **Widerklage kann auch auf Tatsachenstoff gestützt werden, der in erster Instanz zwar vorgetragen worden**, für die Entscheidung über die Klage aber unerheblich ist.

- I. Nach **§ 533 Nr. 2 ZPO** kann eine **erst in zweiter Instanz erfolgte Klageänderung oder Aufrechnungserklärung ebenso wie** eine in der Berufungsinstanz erhobene **Widerklage nur auf Tatsachen gestützt** werden, **die das Berufungsgericht** seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin **nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat**.

Der in der Berufungsinstanz zugrunde zu legende **Tatsachenstoff beschränkt sich aber nicht nur auf das Tatsachenvorbringen, das für die Entscheidung des Gerichts erster Instanz** "nach Rechtsauffassung des Berufungsgerichts" **erheblich gewesen ist**. Nach der Rspr. des BGH **gelangt vielmehr der gesamte in erster Instanz vorgetragene Tatsachenstoff in die Berufungsinstanz**, auch wenn ihn das erstinstanzliche Gericht als unerheblich ansieht und es daher keine Feststellungen trifft (BGHZ 158, 295; BGH NJW 2007, 2414; BGH NJW 2011, 2796 m. w. Nachw.; MüKo-ZPO/Rimmerspacher, 3. Aufl., § 529 Rn 7; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 529 Rn 3).

„Hierfür spricht zunächst die einfache Überlegung, dass Vortrag nicht deshalb neu ist, weil er in erster Instanz für unerheblich befunden wurde (vgl. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO; BGH NJW-RR 2010, 1286). In diesem Fall ist es Aufgabe des Berufungsgerichts, die erforderlichen Feststellungen zu treffen. Nichts anderes gilt, wenn die Tatsachen erst durch eine in zweiter Instanz erfolgte Klageänderung erheblich geworden sind. "Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen" i. S. von § 529 I Nr. 1 ZPO können sich auch aus neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln ergeben, die in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen sind (BGHZ 158, 295; BGH NJW 2007, 2414; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 529 Rn 19).“ (BGH aaO)

- II. Diese **Erwägungen gelten in gleicher Weise für die in zweiter Instanz erhobene Widerklage**. Wird sie auf Vorbringen gestützt, das bereits in erster Instanz erfolgt und deshalb nach § 529 I Nr. 1 ZPO beachtlich ist, sind die Voraussetzungen von § 533 Nr. 2 ZPO erfüllt (Musiellak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 533 Rn 21; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 533 Rn 34). Dies gilt ebenso, wenn die **Widerklage auf neues unstreitiges Vorbringen gestützt** wird (§ 529 I Nr. 2, § 531 II Nr. 3 ZPO; vgl. BGH NJW-RR 2005, 437).

„**§ 533 Nr. 2 ZPO [enthält] keine weiteren Anforderungen an die Zulässigkeit der Widerklage**. Insbes. kommt es nicht darauf an, ob das Vorbringen (auch) für die Klage erheblich ist. Eine solche zusätzliche Einschränkung kann schon dem **Wortlaut** des § 533 Nr. 2 ZPO nicht entnommen werden. Zwar heißt es dort, die Widerklage könne nur auf Tatsachen gestützt werden, die "das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat". Diese Formulierung knüpft aber wörtlich an den Eingangssatz von § 529 I ZPO an; schon daraus folgt, dass das Tatsachenvorbringen, auf das die Widerklage gestützt wird, (nur) die in jener Norm enthaltenen Anforderungen erfüllen muss. Dies war auch die erklärte Absicht des Gesetzgebers: § 533 Nr. 2 ZPO soll verhindern, dass über die Widerklage neuer Tatsachenstoff eingeführt wird, der nach § 529 ZPO nicht zugrunde zu legen ist; umgekehrt soll der Tatsachenstoff ausreichen, um über die Widerklage entscheiden zu können. Nur durch die Bezugnahme auf § 529 ZPO soll eine "Flucht in die Widerklage" mit dem Ziel der Verfahrensverzögerung in der Berufungsinstanz verhindert werden (BT-Drucks. 14/4722 S. 102; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 533 Rn 21). **Wird eine aufwendige Beweisaufnahme über im ersten Rechtszug vorgetragene Tatsachen ausschließlich im Hinblick auf die in zweiter Instanz erhobene Widerklage erforderlich, kann dies bei fehlender Einwilligung des Gegners allenfalls dazu führen, dass die Sachdienlichkeit gem. § 533 Nr. 1 ZPO zu verneinen ist.**“ (BGH aaO)

ZPO

Urkunde

ZPO

§ 580 Nr. 7b

Schriftliche Zeugenerklärung

(OVG Saarlouis in NJW 2012, 871; Beschluss vom 04.10.2011 – 1 A 257/11)

Eine **schriftliche Zeugenerklärung ist keine Urkunde i. S. des § 580 Nr. 7b ZPO**.

„Der Grund für diese Auslegung des Urkundenbegriffs des § 580 Nr. 7b ZPO liegt darin, dass es für eine Durchbrechung der Rechtskraft eines Urteils nach dem Regelungssystem des § 580 ZPO bspw. nicht ausreicht, wenn ein Verfahrensbeteiligter nachträglich eine Person ausfindig macht, die unter Zugrundelegung mündlicher Bekundungen eine für den Ausgang des Prozesses erhebliche Tatsache, die bisher als nicht bewiesen angesehen wurde, bestätigen kann. Vielmehr müssen hierfür mit Rücksicht auf die hochwertigen Rechtsgüter der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens wesentlich höhere Hürden überwunden werden, wie insbes. die in den § 580 Nr. 1–5 ZPO erwähnten Fälle i. V. mit § 581 I ZPO belegen. Danach findet eine Wiederaufnahme beispielsweise dann, wenn der Verdacht aufkommt, ein Urteil beruhe auf einer Falschaussage oder einer Verfälschung einer Urkunde, nur statt, wenn wegen der entsprechenden Straftat eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist oder die Einstellung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann. Neben diese Fälle der Beeinflussung des Verfahrensausgangs durch strafbares Handeln stellt § 580 Nr. 6 u. 7 ZPO Fälle, in denen eine Urteilsgrundlage ausweislich eines qualifiziert verbrieften Beweises weggefallen ist oder damit in Widerspruch steht. Hierzu fordert § 580 Nr. 6 und Nr. 7 a ZPO die Vorlage eines rechtskräftigen Urteils. Das muss Auswirkungen auf das Verständnis des Begriffs der „anderen“ Urkunde in § 580 Nr. 7b ZPO haben. Auch hier muss dem Schriftstück ein ganz besonderer, nämlich urteilsähnlicher Beweiswert zukommen.

Daran fehlt es aber bei einer **schriftlichen Zeugenaussage** in Bezug auf das darin Mitgeteilte: Es **handelt sich dabei nicht einmal um ein „ordentliches“ Beweismittel**. Wäre das Schriftstück dem Senat vor oder während der mündlichen Verhandlung vom 10. 2.

2010 präsentiert worden, hätte es – lediglich – Veranlassung gegeben, den Vater der Kl. zusätzlich als Zeugen zu hören, und danach hätte der Senat **unter Würdigung des Gesamtergebnisses der Beweisaufnahme entscheiden** müssen, ob er der Schilderung der Kl. Glauben schenkt. Eine Zwangsläufigkeit insoweit hätte sicherlich nicht bestanden und besteht erst recht nicht allein mit Blick auf den Inhalt des vorgelegten Schriftstücks. Auch deshalb greift übrigens § 580 Nr. 7b ZPO nicht durch.“ (OVG Saarlouis aaO)

StPO § 52 I **Zeugnisverweigerungsrecht** StPO
Angehörigenverhältnis zu einem Mitbeschuldigten
(BGH in StV 2012, 194; Beschluss vom 14.12.2011 – 5 StR 434/11)

Ein **Zeuge** ist hinsichtlich aller Beschuldigten zur Verweigerung des Zeugnisses gem. § 52 I StPO **berechtigt und hierüber auch zu belehren, wenn**

- sich ein **einheitliches Verfahren gegen mehrere Beschuldigte** richtet oder gerichtet hat,
- der Zeuge jedenfalls **zu einem von ihnen in einem** von § 52 I StPO erfassten **Angehörigenverhältnis** steht und
- der **Sachverhalt**, zu dem er aussagen soll, **auch seinen Angehörigen betrifft**.

Nach einer Verfahrenseinstellung gem. § 170 II StPO besteht das zwischen dem angehörigem Zeugen und dem Angekl. über den vormals mitbeschuldigten Angehörigen bestehende **Zeugnisverweigerungsrecht fort**.

„Zwar ist anerkannt, dass eine zwischen dem angehörigem Zeugen und dem Angekl. über einen vormals mitbeschuldigten Angehörigen bestehende Verbindung durch prozessuale Entwicklungen gelockert sein kann und deshalb eine Zubilligung des Zeugnisverweigerungsrechts nicht mehr rechtfertigt; dies gilt namentlich nach Ableben des früheren Mitbeschuldigten (BGH BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 7), nach dessen rechtskräftiger Verurteilung (BGHSt 38, 96) oder rechtskräftigem Freispruch (BGH BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 9) und nach erfolgter Verfahrenseinstellung gem. § 154 StPO mit Blick auf eine rechtskräftige Verurteilung im Bezugsverfahren (BGHSt 54, 1).

Dem steht die vorliegende Fallkonstellation angesichts der **uneingeschränkten Möglichkeit für die Staatsanwaltschaft**, ein nach § 170 II StPO **eingestelltes Verfahren** wegen eines nicht verjährten Tatvorwurfs **wiederaufzugreifen** (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 170 Rn 50 m. w. Nachw.), jedoch nicht gleich (vgl. BGH BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 10; vgl. auch BGH BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 11; BGHSt 54, 1).“ (BGH aaO)

StPO § 53 I Nr. 3 **Zeugnisverweigerungsrecht** StPO
Zulässige Vernehmung des Ermittlungsrichters
(BGH in StV 2012, 195; Beschluss vom 20.12.2011 – 1 StR 547/11)

Ein **Ermittlungsrichter darf über den Inhalt der Aussage eines** gem. § 53 I Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten **Arztes vernommen werden**, die dieser vor ihm gemacht hat, **wenn der Arzt bei dieser Aussage gem. § 53 II StPO von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden war**.

„Zwar ist die Vorschrift des § 252 StPO grds. auch auf Berufsgeheimnisträger i.S.v. § 53 StPO anwendbar (vgl. BGHSt 18, 146; BGH StV 1997, 233). Nach der Rspr. des BGH, an der der Senat festhält, darf aber der Ermittlungsrichter über den Inhalt der Aussage eines gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Arztes vernommen werden, die dieser vor dem Ermittlungsrichter gemacht hat, **wenn der Arzt bei dieser Aussage gem. § 53 II StPO von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden war; § 252 StPO ist dann nicht anwendbar** (BGHSt 18, 146; BGH StV 1997, 233; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 53 Rn 49 und § 252 Rn 3; Diemer, KK-StPO, 6. Aufl., § 252 Rn 6; Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 53 Rn 83; Neubeck, KMR-StPO § 53 Rn 41; Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 252 Rn 4; a. A. OLG Hamburg NJW 1962, 689; Geppert Jura 1988, 305; Schmidt JR 1963, 267).

Grund hierfür ist, dass in einem solchen Fall der **Pflichtenwiderstreit**, auf den das Verwertungsverbot des § 252 StPO Rücksicht nimmt, **nicht auftreten kann** (zutr. Diemer aaO). Denn durch das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO wird der Berufsgeheimnisträger geschützt und nicht diejenige Person, die ihn von der Schweigepflicht entbinden kann. Ihr Recht beschränkt sich darauf, darüber zu entscheiden, ob sie den Berufsgeheimnisträger von der Schweigepflicht entbindet oder nicht. Sie hat indes keinen Anspruch darauf, dass der Berufsgeheimnisträger die Aussage verweigert und das Gericht nicht verwertet, was er gleichwohl ausgesagt hat (BGHSt 18, 146). War der Berufsgeheimnisträger zum Zeitpunkt seiner Aussage vor dem Ermittlungsrichter von der Schweigepflicht befreit, **befand er sich nicht in einem Pflichtenwiderstreit zwischen Wahrheitspflicht und Schweigepflicht**.

Für die hier vorliegende Fallkonstellation, dass der zunächst von der Schweigepflicht entbundene Berufsgeheimnisträger im Ermittlungsverfahren seine Angaben nicht vor einem Ermittlungsrichter, sondern im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung gemacht hat, führt ebenfalls nicht zum Vorliegen eines Verwertungsverbots gem. § 252 StPO. Denn die Verwertbarkeit der Angaben der Vernehmungsperson ergibt sich im Fall der Vernehmung einer jedenfalls zu diesem Zeitpunkt von der Schweigepflicht entbundenen Person nicht erst aus der besonderen Bedeutung der richterlichen gegenüber einer sonstigen Vernehmung (vgl. dazu BGHSt 49, 72; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 252 Rn 14 m. w. Nachw.), sondern bereits daraus, dass die Vorschrift des § 252 StPO mangels der von ihr vorausgesetzten Pflichtenkollision des bei seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren von seiner Schweigepflicht entbundenen Berufsgeheimnisträgers von vornherein nicht anwendbar ist (vgl. BGH StV 1997, 233).“ (BGH aaO)

VwGO § 80 II 1 Nr. 1 **sofortige Vollziehbarkeit** VwGO
Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren
(VG Mannheim in VBIBW 2012, 116; Beschluss vom 20.04.2011 – 2 S 247/11)

Die in einem Widerspruchsbescheid getroffene **Kostenentscheidung** ist in Verbindung mit der Festsetzung einer **Widerspruchsgebühr** auch dann gem. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO **sofort vollziehbar, wenn die Anfechtungsklage gegen die dem Widerspruchsbescheid zugrunde liegende Sachentscheidung aufschiebende Wirkung entfaltet**.

- I. Nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO entfällt die aufschiebende Wirkung u. a. dann, wenn sich **Widerspruch oder Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt richten**, der die Anforderung öffentlicher Kosten zum Gegenstand hat. Öffentliche Kosten i. S. dieser Vorschrift sind nach allg. M. die in einem Verwaltungsverfahren für die öffentlichrechtliche Amtstätigkeit einer Behörde entstehenden Gebühren und Auslagen (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rn 690).

„Bei den für die Tätigkeit im Widerspruchsverfahren erhobenen Gebühren (vgl. dazu § 4 LGebG) handelt es sich danach um Kosten i. S. d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO. Der Senat sieht - ebenso wie die inzwischen h. M. in der Rspr. - keinen Anlass dafür, im Falle einer mit einer Sachentscheidung verbundenen Kostenentscheidung die Vorschrift des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO dahingehend eng auszulegen, dass sich die eventuelle aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen die Sachentscheidung auch auf die Kostenentscheidung erstreckt (ebenso etwa VGH BW VBIBW 2004, 352; OVG Rh-Pf NVwZ-RR 2004, 157; Thür.OVG NVwZ-RR 2004, 393; ebenso: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 80 Rn 61; a. A. Schoch/Schmidt-Alßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Mai 2010, § 80 Rn 119 m. w. N. sowie VGH BW NVwZ 1987, 1087).“ (VGH Mannheim aaO)

- II. Wird nur die in dem Sachbescheid enthaltene Kostenentscheidung, die Festsetzung der Verwaltungsgebühren und Auslagen, **angefochten, schließt § 80 II 1 Nr. 1 VwGO die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs nach allg. M. aus**. Die Vorschrift findet jedoch - beschränkt auf die Kostenentscheidung - auch dann Anwendung, wenn der Betroffene sich mit Widerspruch und Klage gegen die Sachentscheidung und zugleich gegen die mit ihr verbundene Kostenentscheidung wendet.

„In diesem Fall lösen Widerspruch oder Anfechtungsklage gegenüber der Sachentscheidung nach § 80 I 1 VwGO aufschiebende Wirkung aus, sofern kein Fall des § 80 II 1 Nr. 1 bis 4 VwGO vorliegt, während gegenüber der Kostenentscheidung im Sachbescheid § 80 II 1 Nr. 1 VwGO den Eintritt der aufschiebenden Wirkung ausschließt. Weder der Wortlaut des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO noch dogmatische Gründe zwingen dazu, die aufschiebende Wirkung, die der Anfechtung des Sachbescheids zukommt, auf die Kostenentscheidung zu erstrecken. Zwar ist eine **Kostenentscheidung, wenn sie als Nebenentscheidung zu einer Sachentscheidung ergeht, von deren rechtl. Schicksal abhängig**. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass sich die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen die Sachentscheidung auch auf die Kostenentscheidung erstrecken müsste. Eine solche Erstreckung käme ohnehin nur in Anfechtungssachen in Betracht und würde eine Gruppe von Kostenschuldern ohne zwingenden Grund begünstigen. Zum anderen liefe die durch die aufschiebende Wirkung bewirkte Verzögerung des Mittelzuflusses dem Zweck des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO zuwider, nämlich der Verwaltung den konstanten Zufluss der zur Deckung ihres Finanzbedarfs vorgesehenen Mittel zu sichern, zumal die unselbstständige Kostenentscheidung der gesetzlich vorgesehene Regelfall ist (vgl. zum Ganzen: Sodan/Ziekow aaO). Zudem ist die aufschiebende Wirkung eine teilbare Rechtsbehelfsfolge, die begrifflich nicht den gesamten Verwaltungsakt erfassen muss, wie nicht zuletzt § 80 V 1 VwGO zeigt, der es gestattet, die aufschiebende Wirkung auch nur teilweise anzuordnen, wodurch der Verwaltungsakt teils vollziehbar bleibt und teils in seiner Vollziehbarkeit gehemmt wird (Finkelnburg/Dombert/Külpmann aaO, Rn 696).

Die dargestellten Überlegungen gelten nicht nur bzgl. der Kostenentscheidung im Ausgangsbescheid, sondern gleichermaßen für die Kosten, d. h. die Gebühren und Auslagen, im Widerspruchsverfahren.“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 80 II Nr. 4, III 1, 2

**Vollziehungsanordnung
Aufhebung**

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2012, 151 = NVwZ-RR 2012, 54; Beschluss vom 27.09.2011 – 1 S 2554/11)

Verstößt eine Vollziehungsanordnung gegen § 80 III 1 VwGO, hebt das Gericht die Anordnung auf; dabei kommt es nicht darauf an, ob ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung besteht. Durch eine nachträgliche schriftliche Bestätigung der mündlichen Anordnung und nachträgliche Begründung der sofortigen Vollziehung kann der Mangel nicht geheilt wer

„Die Vorschrift des § 80 II Nr. 4 VwGO bestimmt, dass die sofortige Vollziehung „besonders angeordnet wird“. **Notwendig ist eine entsprechende behördliche Willensentschließung**, die dem Betroffenen kundgetan wird. Dafür reicht weder die tatsächliche Vollziehung oder Einleitung der Vollstreckung eines Verwaltungsakts noch die Annahme einer konkludenten Anordnung. Die Entscheidung über die sofortige Vollziehbarkeit muss ausdrücklich erfolgen. Das **besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung** des Verwaltungsakts muss gem. § 80 III 1 VwGO **schriftlich begründet** werden. **Auch die Offensichtlichkeit der Gründe, die einen Sofortvollzug gebieten, rechtfertigt in aller Regel keine Ausnahme vom Begründungszwang**, wie die ausdrückliche Regelung in § 80 III 2 VwGO zeigt. Von dem besonderen Begründungserfordernis darf nur unter den Voraussetzungen des § 80 III 2 VwGO, also bei sog. Notstandsmaßnahmen, abgesehen werden. Diese Bestimmungen weichen deutlich vom Begründungsgebot bei Verwaltungsakten und den dortigen Ausnahmen (§ 39 VwVfG) ab. Eine dem § 45 I Nr. 2 VwVfG vergleichbare Vorschrift fehlt in § 80 III VwGO. Angesichts dieser Rechtslage handelt es sich bei § 80 III VwGO um eine abschließende Spezialregelung. Das - danach zwingende - Begründungserfordernis in § 80 III 1 VwGO verfolgt drei Funktionen. Die Behörde selbst wird angehalten, sich des Ausnahmecharakters der Vollziehungsanordnung bewusst zu sein. Diese **Warnfunktion** soll zu einer sorgfältigen Prüfung des Interesses an der sofortigen Vollziehung veranlassen. Der Betroffene wird über die Gründe, die für die behördliche Entscheidung maßgebend gewesen sind, unterrichtet. Er kann danach die Erfolgsaussichten eines Aussetzungsantrags gem. § 80 IV VwGO abschätzen. Dem Gericht erlaubt die Kenntnis der verwaltungsbehördlichen Erwägungen für die sofortige Vollziehbarkeit eine ordnungsgemäße Rechtskontrolle.

Nach der Rspr. des erkennenden Gerichtshofs und auch nach der überwiegend in Rspr. und Lit. vertretenen Auffassung (vgl. Eyer- mann, VwGO, 11. Auflage, § 80 Rn 44, Schoch/Schmidt-Alßmann/Pietzner, § 80 Rn 179, jeweils m. w. N.; BayVGH BayVBl. 1989, 117) kann eine fehlende oder unzureichende Begründung gem. § 80 III 1 VwGO nicht mit heilender Wirkung nachgeholt werden. Der Gegenauffassung (OVG Rh-Pf NVwZ-RR 1995, 572; HessVGH DÖV 1985, 75; OVG NRW NJW 1986, 1894), die dem **Gründe der Prozessökonomie** entgegenhält und ein **Nachholen der Begründung jedenfalls bis zur Stellung eines Eilantrags nach § 80 V VwGO erlaubt**, ist mit Blick darauf, dass es sich bei § 80 III VwGO um eine abschließende Sonderregelung handelt, nicht zu folgen. Mit der **Warn- und Appellfunktion des Schriftlichkeitserfordernisses** wäre es nicht vereinbar, wenn eine fehlende Begründung mit heilender Wirkung nachgeholt werden könnte (vgl. Schoch/Schmidt-Alßmann/Pietzner, aaO, § 80 Rn 174 ff. m. w. Nachw.; Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 2. Auflage, § 80 Rn 48 m. w. Nachw.).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 106 S. 2

**gerichtlicher Vergleichsvorschlag
Bindungswirkung**

VwGO

(VG München in BayVBI 2012, 222; Beschluss vom 18.04.2011 – M 16 M 11.1673)

Haben die Beteiligten einem **gerichtlichen Vergleichsvorschlag gem. § 106 S.2 VwGO** zugestimmt, kann das **Gericht diesen nicht einseitig ändern oder erweitern.**

*„Bei dem Vergleich, auch wenn er auf Vorschlag des Gerichts zu Stande kam, handelt es sich um einen **Vertrag zwischen den Parteien. Dem Gericht ist es verwehrt, auf diesen Vertragsinhalt nachträglich einseitig einzuwirken.***

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 162 II i. V. mit § 161 I VwGO: Die Erklärung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung des Bevollmächtigten im Vorverfahren gem. § 162 II 2 VwGO steht im Zusammenhang mit der gerichtlichen Entscheidung über die Kosten gem. § 161 I VwGO.

*Hieran fehlt es jedoch vorliegend. Das Verfahren wurde durch den von den Parteien geschlossenen Vergleich unmittelbar beendet. **Weder bedurfte es noch eines weiteren Einstellungsbeschlusses, noch einer gerichtlichen Entscheidung über die Kosten, da der Vergleich auch die Kostenfrage abschließend regelte** (vgl. Eyermann, VwGO, 13. Auflage, § 106 Rn 28). Anders läge der Fall, wenn ein deklaratorischer Einstellungsbeschluss ergangen wäre, in dessen Folge das Gericht auch eine (eigenständige) Kostenentscheidung hätte treffen müssen (so auch die Konstellation, die der vom Erinnerungsführer angeführten Kommentierung bei Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, § 160 Rn 5 zugrunde liegt).“ (VG München aaO)*

VwGO
§ 121

**Bescheidungsurteil
Umfang der Rechtskraft**

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2012, 113; Urteil vom 12.07.2011 – 6 S 2579/10)

Die **Rechtskraft bei Bescheidungsurteilen erstreckt sich nicht nur auf die Verpflichtung der Behörde zur Neubescheidung, sondern auch auf die Entscheidung über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen** der jeweiligen Norm.

*„Gem. §121 VwGO binden rechtskräftige Urteile die Beteiligten, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist. Aus dem **Rechtsstaatsprinzip** folgt, dass über den Wortlaut des § 121 VwGO hinaus nicht nur die Beteiligten, sondern auch die Gerichte in einem späteren Prozess der Beteiligten über denselben Gegenstand an das rechtskräftige Urteil gebunden sind. Bei einem rechtskräftigen Bescheidungsurteil, in dem die Behörde zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verpflichtet wird (vgl. § 113 V 2 VwGO), wird dessen Rechtskraftwirkung durch die in ihm verbindlich zum Ausdruck gebrachte und maßgebliche Rechtsauffassung bestimmt. Da sich die Rechtsauffassung, die ein Bescheidungsurteil der Behörde zur Beachtung bei dem Erlass des neuen Verwaltungsakts vorschreibt, nicht aus der Urteilsformel selbst entnehmen lässt, ergibt sich der **Umfang der materiellen Rechtskraft** und damit der Bindungswirkung aus den Entscheidungsgründen, die die nach dem Urteilstenor zu beachtende Rechtsauffassung des Gerichts im Einzelnen darlegen (BVerwG NVwZ 2007, 104).*

Mithin umfasst die Rechtskraft bei Bescheidungsurteilen nicht nur die Verpflichtung der Behörde zur Neubescheidung überhaupt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Entscheidung über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Norm (BVerwG FEVS 14, 321).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 123 I

**Einstweilige Anordnung im Zwangsvollstreckungsverfahren
Zwangsvollstreckung aus Leistungsbescheid**

VwGO

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 129; Beschluss vom 16.11.2011 – 3 S 1317/11)

Für einen Antrag, die Zwangsvollstreckung aus einem Leistungsbescheid vorläufig einzustellen, ist § 123 I VwGO die statthafte Antragsart. Eine analoge Anwendung des § 769 ZPO scheidet aus.

- I. Die VwGO sieht zwar in **§ 167 I VwGO** für die Vollstreckung die entsprechende Anwendung der Vorschriften des 8. Buches der ZPO vor. Dies **gilt jedoch nur für die in § 168 VwGO genannten Vollstreckungstitel**. Hierzu gehören jedoch Verwaltungsakte wie z.B. ein bestandskräftiger Leistungsbescheid nicht.
- II. Auch über **§ 15 I BadWürttVwVG** ergibt sich die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 769 ZPO nicht.

*„Die Vorschrift des § 15 I BadWürttVwVG erklärt für die Beitreibung einer Geldforderung – um die es hier geht – bestimmte Vorschriften der Abgabenordnung für entsprechend anwendbar. Hierzu zählt auch § 322 I 2 AO 1977. Nach dieser Bestimmung sind auf die Vollstreckung die für die gerichtliche Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften, namentlich die §§ 864 – 871 ZPO und das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung anzuwenden. Der **Verweis in § 322 I 2 AO 1977 auf die zivilprozessualen Vorschriften umfasst nicht nur die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, sondern auch die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung, d. h. die §§ 704 – 802 ZPO** (vgl. Hübschmann/Hepp/ Spitaler, Komm. AO 1977, § 322 Rn 64) und damit dem Wortlaut nach auch die §§ 767 und 769 ZPO.*

Gleichwohl ist über die Verweiskette des § 15 BadWürttVwVG und des § 322 I AO 1977 weder die Vorschrift des § 767 ZPO noch die des § 769 ZPO anzuwenden, da sich § 15 BadWürttVwVG nur an die Vollstreckungsbehörden richtet; deren Verfahren hat sich an die Vorgaben der Abgabenordnung und der durch die Abgabenordnung für anwendbar erklärten Vorschriften der ZPO zu halten. Den Rechtsschutz im Verfahren der Verwaltungsvollstreckung regelt § 15 BadWürttVwVG dagegen nicht. Dieser richtet sich vielmehr nach den Vorschriften der VwGO. § 15 BadWürttVwVG entspricht im Wesentlichen der bundesrechtlichen Vorschrift des § 5 VwVG, wonach sich das Verwaltungszwangsverfahren und der Vollstreckungsschutz im Fall des § 4 VwVG nach bestimmten Vorschriften der Abgabenordnung richten. Aus der Einschränkung „im Falle des § 4“ wird gefolgert, dass sich die in § 4 VwVG genannten Vollstreckungsbehörden in ihrem Verfahren nach der Abgabenordnung zu richten haben, der Rechtsschutz in dieser Vorschrift aber nicht ausdrücklich geregelt ist; hierfür gelten die allgemeinen Regeln des Verwal-

tungsrechtsschutzes (vgl. Engelhardt/App/Schlatmann, Komm. VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2011, § 5 VwVG, Rn 3 und 5; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 167 Rn 14). § 15 BadWürttVwVG enthält diese Einschränkung zwar nicht in dieser Form. Er ordnet die sinngemäße Anwendung bestimmter Vorschriften der Abgabenordnung jedoch „mit der Maßgabe“ an, „dass an die Stelle des Vollziehungsbeamten der Vollstreckungsbeamte tritt“. Diese Einschränkung macht deutlich, dass durch § 15 BadWürttVwVG und die dadurch für anwendbar erklärten Vorschriften der Abgabenordnung sowie der ZPO nur das Vollstreckungsverfahren geregelt wird, nicht aber das Rechtsschutzverfahren in der Zwangsvollstreckung. Für dieses sind daher, auch soweit es die Vollstreckung von Leistungsbescheiden nach dem Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz betrifft, die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung einschlägig.“ (VGH Mannheim aaO)

III. Eine **entsprechende Anwendung des § 769 ZPO** – und auch des § 767 ZPO – über die Verweisungsnorm des § 173 VwGO **scheidet schließlich ebenfalls aus.**

„Nach dieser Vorschrift sind die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und der ZPO nur insoweit entsprechend anzuwenden, als die VwGO keine Bestimmungen über das Verfahren enthält. Die entsprechende Anwendung der §§ 767 und 769 ZPO ist daher ausgeschlossen, wenn im Verfahren der Hauptsache eine Klage nach § 42 oder § 43 VwGO und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ein Antrag nach § 80 V oder § 123 I VwGO zulässig sind (vgl. BVerwGE 27, 141 = NJW 1967, 1976; VGH Mannheim NVwZ 1993, 72).

So liegen die Dinge hier: Der Kl. konnte sein Rechtsschutzziel im Hauptsacheverfahren im Wege einer vorbeugenden Feststellungsklage nach § 43 VwGO verfolgen mit dem Ziel, die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem Leistungsbescheid feststellen zu lassen. Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes war daher ein Antrag nach § 123 I VwGO statthaft.“ (VGH Mannheim aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. Jaensch: Der Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung (NJW 2012, 1025)

§ 439 II BGB ist keine Anspruchsgrundlage, sondern eine reine Kostenzuweisungsnorm. - Der Anspruch auf Nachlieferung gem. § 439 I BGB erfasst in seiner richtlinienkonformen Auslegung die **Verpflichtung des Verkäufers, die mangelhafte Sache aus- und die nachgelieferte Sache einzubauen.** - Der Verkäufer hat das Recht, die Nacherfüllung bei absoluter Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, wenn die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen den Wert der Sache im mangelfreien Zustand übersteigen und der Bedeutung des Mangels unangemessen sind (**Kappungsgrenze**); der Käufer kann die Einrede des Verkäufers verhindern, indem er verbindlich zusagt, den die Kappungsgrenze überschreitenden Teil zu übernehmen; sofern der Käufer die Sache in Kenntnis des Mangels eingebaut hat, kann der Verkäufer die Übernahme der Ein- und Ausbaukosten nach § 439 III BGB verweigern. - Macht der Verkäufer von seinem Leistungsverweigerungsrecht nach § 439 III Halbs. 2 BGB Gebrauch, hat er die **verhältnismäßigen Aufwendungen**, die für die Nacherfüllung erforderlich sind, **im Wege des Schadensersatzes nach §§ BGB §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 283 zu erstatten**; der Auffassung des BGH, wonach sich die Kostenerstattung aus einem beschränkten Nacherfüllungsanspruch ergibt, ist nach Ansicht des Autors nicht zu folgen. - Der **Leistungsort der Nacherfüllung** befindet sich am **Belegenheitsort der Kaufsache**.

2. Schäfer: „Schriftliche“ Einladung zur Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins auch per E-Mail? (NJW 2012, 891)

Problemstellung: Bei vielen eingetragenen Vereinen, deren Satzung für die Ladung „Schriftform“ vorschreibt (vgl. § 58 Nr. 4 BGB), ist eine Ladung zu Mitgliederversammlungen per E-Mail üblich, soweit die Mitglieder über einen entsprechenden Zugang zum Medium „E-Mail“ verfügen; dies dient nicht nur der Arbeitserleichterung und der **Ressourcenschonung**, sondern auch der **Einsparung von Kosten**; im vereinsrechtlichen Schrifttum wird teilweise – zumeist allerdings ohne nähere Begründung – die Auffassung vertreten, eine Einladung per E-Mail sei unwirksam, wenn die Satzung „Schriftform“ anordnet; der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass diese Auffassung unzutreffend ist. - Zur Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins kann nach Auffassung des Autors durch E-Mail auch dann rechtswirksam geladen werden, wenn die Satzung für die Ladung „Schriftform“ statuiert; dass die Satzung sich mit „Textform“ (§ 126b BGB) begnügt, ist nicht erforderlich; dies ergibt sich – in Übereinstimmung mit dem Formzweck – aus § 127 II 1 BGB. - Ob die per E-Mail versandte Ladung die **Unterschrift des Ladenden zumindest in eingescannter Form enthalten** muss, ist eine andere Frage: Sie betrifft nicht das „Ob“ der E-Mail, sondern deren „Wie“; zur Sicherheit ist eine gescannte Unterschrift zur Formwahrung jedenfalls zu empfehlen. - Zur E-Mail-Erreichbarkeit verpflichtet sind die Mitglieder bei alledem nicht; der Verein kann aber durch unterschiedlich hohe Beiträge Anreize schaffen, dass seine Mitglieder sich per E-Mail laden lassen.

3. Fritz: Die Entwicklung des Gewerberaummietrechts im Jahre 2011 (NJW 2012, 980)

4. Kollrus: Missbräuchliche Abhebung von Bargeld an Geldautomaten (MDR 2012, 380)

Bei missbräuchlicher Abhebung von Bargeld an Geldautomaten gelten für eine Bank die **erhöhten Nachweisanforderungen des § 675w S. 3 BGB**; die Bank darf sich dabei der **Beweiserleichterung durch den Anscheinsbeweis** bedienen. - Auch nach Umsetzung der ZdRL dürften die dafür bisher schon in Rspr. und Lit. entwickelten Erfahrungsgesetze uneingeschränkt fortgelten, so dass für den Karteninhaber regelmäßig das Problem entstehen wird, diesen Anschein nicht ausreichend substantiiert entkräften zu können; aus Gründen der Waffengleichheit dürfen deshalb an diesen Sachvortrag keine hohen Anforderungen gestellt werden; wurde der Anscheinsbeweis erschüttert, hat die Bank ihrerseits aufgrund ihrer sekundären Beweislast substantiiert Stellung zu nehmen.

5. Schuschke: Aktuelle Probleme zur Räumungsvollstreckung (NZM 2012, 209)

II. Strafrecht

1. Mitsch: Parken auf Behindertenparkplätzen als Straftat und Ordnungswidrigkeit (NZV 2012, 153)

Unbefugtes Parken auf einem für Körperbehinderte reservierten Parkplatz ist keine Straftat, sondern nur eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG i.V.m. § 49 StVO. - Die **unbefugte Verwendung eines Behindertenparkausweises** auf einem entgeltpflichtigen Parkplatz **kann als Betrug (§ 263 StGB) strafbar sein**, während Zutrittserschleichung (§ 265a StGB) niemals einschlägig ist. - Die **unbefugte Verwendung eines Behindertenparkausweises auf einem nicht-entgeltpflichtigen Parkplatz ist kein Betrug** (§ 263 StGB), weil die betrügerische Abwendung einer Sanktionierung mit Geldbuße oder Verwarnungsgeld **keinen Vermögensschaden verursacht**. - Das **Selbstbegünstigungsprinzip** steht einer Strafbarkeit aus § 281 StGB nicht entgegen, wenn der Täter einen fremden Behindertenparkausweis benutzt, um die Anordnung einer Geldbuße oder eines Verwarnungsgeldes abzuwenden.

2. **Huppertz:** Das „Partybike“ als Fahrrad und Objekt i.S.d. § 316 StGB (NZV 2012, 164)

Das sog. „**Bierbike**“ ist verkehrsrechtlich ein Fahrrad: Unter einem Fahrrad wird allgemein ein zweirädriges, einspuriges Fahrzeug, das mit Muskelkraft durch Tretkurbeln angetrieben wird, verstanden; angesichts der zu beobachtenden Formenvielfalt sind darunter aber auch zwei- oder dreirädrige, über Tretkurbeln angetriebene Fahrzeuge zu verstehen; mehrspurige Fahrräder werden sowohl als Einsitzer als auch als Zweisitzer hergestellt; das BVerfG kommt unter Hinweis auf § 2 IV StVO und in Abgrenzung zur Definition des Kfz in § 1 II StVG zu dem Ergebnis, dass es allein auf den ausschließlichen Antrieb durch Muskelkraft ankomme; bauartbedingte Besonderheiten ändern daran nichts. - Auch die **Gäste sind Fahrzeugführer**: Fahrzeugführer i.S. verkehrsrechtlicher Vorschriften ist derjenige, der sich selbst aller oder **wenigstens eines Teiles der wesentlichen technischen Einrichtungen des Fahrzeuges bedient**, die für seine Fortbewegung bestimmt sind, also das Fahrzeug unter bestimmungsgemäßer Anwendung seiner Antriebskräfte unter eigener Allein- oder Mitverantwortung in Bewegung setzt oder das Fahrzeug unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrbewegung durch den öffentlichen Verkehrsraum ganz oder wenigstens zum Teil lenkt; danach ist Führer eines Fahrzeuges nicht nur derjenige, der alle für die Fortbewegung des Fahrzeugs erforderlichen technischen Funktionen ausübt, sondern auch, wer nur einzelne dieser Tätigkeiten vornimmt, jedenfalls solange es sich dabei um solche handelt, ohne die eine zielgerichtete Fortbewegung des Fahrzeugs im Verkehr unmöglich wäre (wie z.B. das Bremsen oder Lenken); bei der Diskussion um die Führereigenschaft beim sog. „Bier- oder Partybike“ scheint einzig die Position des Kutschers unstrittig, wesentlich gewichtiger jedoch ist die mögliche Strafbarkeit seiner Fahrgäste; hierbei kommt es darauf an, ob deren Tatbeitrag als eine essentielle Teilfunktion angesehen werden kann; entsprechend der zuvor beschriebenen Arbeitsverteilung kommt den Fahrgästen lediglich die Antriebsfunktion zu, auf Lenkung und Bremsen hingegen haben sie keinen Einfluss; andererseits ist der Kutscher jedoch auf gerade diesen Antrieb angewiesen; damit **haben die Fahrgäste die alleinige Verantwortung für die Fortbewegung des Partybikes**; versagen auch nur einige Fahrgäste ihren Dienst, so wird das Bierbike sich nicht mehr weiter fortbewegen und kann sich dann auch nicht aus schwierigen Verkehrssituationen retten; Kutscher und Fahrgäste sind somit **in fast schon symbiotischer Art und Weise verbunden**; die **Fahrgäste unterliegen der Anwendung des § 316 StGB einschließlich der 1,6 Promille-Grenze**. - Den **Gefahren für die Verkehrssicherheit kann und muss mit Mitteln der Gefahrenabwehr begegnet werden**.

3. **Cirener:** Die Zulässigkeit von Verfahrensrügen in der Rspr. des BGH – Teil 1 u. 2 (NStZ-RR 2012, 65 u. 103)

III. Öffentliches Recht

1. **Franßen/Blatt:** Ersatzansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag beim Feuerwehreinsatz (NJW 2012, 1031)

Problemstellung: Ob die Ersatzregelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht anwendbar sind, wird seit Jahrzehnten kontrovers in Rspr. und Lehre diskutiert; die Annahme, dass jedenfalls im Feuerwehrecht kein Raum für die Geschäftsführung ohne Auftrag ist, war bislang zumindest in der Rspr. weitestgehend gefestigt; neuere ober- und bundesgerichtliche Entscheidungen zum Verhältnis des Feuerwehrechts zum Schadensersatzrecht stellen diesen Grundsatz nunmehr jedoch in Frage. - Der **öffentliche Aufgabenträger kann seine Feuerwehrkosten über die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag vom Störer ersetzt verlangen**, wenn und soweit die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag in den Brandschutzgesetzen der Länder ausdrücklich vorgesehen ist. - Des Weiteren kann sich der öffentliche Aufgabenträger auf die Geschäftsführung ohne Auftrag berufen, wenn und soweit eine Auslegung der **Brandschutzgesetze der Länder** ergibt, dass diese **keine abschließende Kostenregelung treffen**. - Schließlich kann der Werkfeuerwehrräger seine Werkfeuerwehrkosten über die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag beim Störer geltend machen, wenn und soweit der Werkfeuerwehrräger seine Kosten vom öffentlichen Aufgabenträger und der öffentliche Aufgabenträger seinerseits diese Kosten als Einsatzkosten vom Störer ersetzt verlangen könnte.

2. **Korn:** Akteneinsicht und Informationsfreiheit im Steuerrecht (DÖV 2012, 232)

Informationszugangsfreiheit und Abgabenrecht bilden keine miteinander unvereinbaren Gegensätze, vielmehr ist das Abgabenrecht als **Teilgebiet des Verwaltungsrechts** den gleichen rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen wie das übrige Verwaltungsrecht; insbes. das Abgabenrecht als reines Eingriffsrecht bedarf einer starken Bindung an das Gesetz sowie einer effektiven Kontrolle. - Das **Informationsrecht ist eng mit dem bereichsspezifischen Fachrecht zu betrachten** und stellt doch eine **eigenständige Materie** dar; es folgt primär einer **objektiv-rechtlichen Zielsetzung durch Schaffung subjektiv-rechtlicher Ansprüche**; im Vergleich mit den Datenschutzgesetzen von Bund und Ländern und den bestehenden teleologischen Parallelen wohnen ihm auch **subjektiv-rechtliche Komponenten** inne, so zum einen in Gestalt eines **grundrechtlichen Leistungsanspruchs auf Zugang zu Informationen zur Verfolgung eigener Rechte**, zum anderen als **durch Art. 5 I GG geschütztes informationsrechtliches Teilhaberecht**. - Als kleine Kodifikationen verpflichten die Informationsfreiheitsgesetze der Länder auch die Finanzbehörden, wenngleich aufgrund des strafbewehrten Steuergeheimnisses den datenschützenden Ausschlussstatbeständen besondere Bedeutung zukommt. - Die in verschiedenen Abhandlungen erörterten Mängel der Umsetzung der Informationszugangsfreiheit, insbes. auf Ebene der Verwaltung, bestehen auch – wenn nicht sogar verstärkt – im Bereich des Abgabenrechts; gleiches gilt hinsichtlich der (finanzrechtlichen) Rspr.: Beide Gewalten gehen offensichtlich vom traditionellen Bild der Steuerverwaltung aus; doch bleiben dabei die **Öffnung der Verwaltung** sowie die **Verstärkung demokratischer Kontrolle und rechtsstaatlicher Bindung** unberücksichtigt; der voraussetzungslose Informationszugangsanspruch wird entge-

gen seiner Zielsetzung zu einem bloßen und subsidiären Akteneinsichtsrecht degradiert. - Dem Informationsfreiheitsrecht kommt eine weitere Bedeutung zu als die bloße subjektiv-rechtliche Gewährung von Zugang zu eigenen Daten.

3. **Austermann:** Die Streichung rechtlich entbehrlicher Grundgesetznormen (DÖV 2012, 227)

Aufgehoben werden könnten entbehrliche – mit anderen Worten: überflüssige – Verfassungsnormen: Eine **Vorschrift kann aus rechtlichen Gründen entbehrlich sein oder aus politischen Gründen** für entbehrlich gehalten werden. - Verfassungsvorschriften, deren materielle Geltung sich aufgrund normimmanenter Geltungsbegrenzungen oder Verfassungswandels erledigt hat, können ohne Weiteres als rechtlich entbehrlich aufgehoben werden; ein Verfassungswandel, der Vorschriften rechtlich entbehrlich gemacht hätte, ist bislang allerdings nicht ersichtlich; Verfassungsbestimmungen, die in der bisherigen Verfassungspraxis nur sehr selten oder noch gar nicht einschlägig waren, sind nicht rechtlich entbehrlich. - Aufgehoben werden können und sollten einige Vorschriften aus den Übergangs- und Schlussvorschriften. - Immer wieder wird das **Grundgesetz durch Textergänzungen an die Verfassungswirklichkeit angepasst**; im Rahmen einer derartigen Änderung könnte die Streichung der rechtlich entbehrlichen Normen unproblematisch mit erledigt werden; dies würde der Pflege der Verfassung dienen, die von gegenstandslosen Regelungen befreit würde.

4. **Bergwitz:** Prozessuale Verwertungsverbote bei unzulässiger Videoüberwachung (NZA 2012, 353)

Die **prozessuale Verwertung von Videoaufnahmen bedarf** gem. § 4 I BDSG einer **gesetzlichen Ermächtigung**, die sich für die Überwachung öffentlich zugänglicher Räume in § 6b III BDSG findet und i. Ü. aus Art. 20 III GG und Art. 103 I sowie § 286 ZPO ergibt. - Die **Beweisverwertung einer** unter Verletzung des BDSG erlangten **Videoaufnahme im Arbeitsgerichtsprozess setzt voraus, dass das Beweisführungsinteresse des Arbeitgebers schwerer wiegt als das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts**; je schwerwiegender der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ausgefallen und je geringfügiger der Anlass für die Videoüberwachung gewesen ist, desto größer ist das Risiko eines Beweisverwertungsverbots; es sollte daher jeweils sorgfältig geprüft werden, ob eine Videoüberwachung tatsächlich das Mittel der Wahl ist. Insbesondere die Beweisverwertung einer heimlich angefertigten Videoaufnahme unterliegt erhöhten Anforderungen. - Ein **generelles Beweisverwertungsverbot scheidet jedoch auch in diesem Fall aus**. - Eine **Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten ist abzulehnen**; dagegen dürfte ein Sachvortragsverwertungsverbot i. W. unter denselben Voraussetzungen anzuerkennen sein, die für ein Beweisverwertungsverbot gelten.

5. **Schöneboom/Brenndörfer:** Veröffentlichung von Gemeinderatsvorlagen vor nichtöffentlicher (Vor-) Beratung im Ausschuss? (VBIBW 2012, 97)

Die **Verhandlungsgegenstände einer Gemeinderatssitzung und mit ihnen die Sitzungsunterlagen können** – entgegen der weit verbreiteten Praxis – frühzeitig und ohne Verstoß gegen § 39 V 2 GemO **auch vor einer nichtöffentlichen (vor-)beratenden Ausschusssitzung veröffentlicht und bekannt gegeben werden**; der Nichtöffentlichkeitsgrundsatz in (vor-)beratenden Ausschusssitzungen erstreckt sich „nur“ auf den Gang und das Ergebnis der Beratungen und Abstimmungen und nicht wie das für den Gemeinderat geltende Nichtöffentlichkeitsgebot auch auf die Verhandlungsgegenstände als solche und die Sitzungsunterlagen. - Die **rechtliche Ausgestaltung der Verschwiegenheitspflicht der Gemeinderäte**, gewissermaßen das notwendige Pendant einer nichtöffentlichen Behandlung, sowie die Stellung der Ortschaftsräte **bestätigen dieses Ergebnis**. - Durch eine deutlich frühere Veröffentlichung der Verhandlungsunterlagen werden zugleich sowohl die berechtigten Interessen der Bürgerschaft an mehr Information als auch die uneingeschränkte Ausübung der ehrenamtlichen Arbeit des Gemeinderats gestärkt; dieses „Instrument“ trägt dazu bei, ein ausreichendes Maß an Vertrauen in eine durchlässige Arbeit des Gemeinderats auf- und **Vorurteile gegenüber einer „Politik hinter verschlossenen Türen“ abzubauen**, denn alle Bürgerinnen und Bürger bekommen die Gelegenheit, sich weit im Vorfeld von zu treffenden Entscheidungen mit Sachverstand, Hinweisen oder Kritik an die gewählten Volksvertreter zu wenden und **auf deren Meinungsbildung Einfluss auszuüben**; auch der einzelne Gemeinderat kann profitieren und sich unabhängig der persönlichen Bewertung eines Sachverhalts und/oder der Haltung der Fraktion mit der Bürgerschaft konkret austauschen; zugleich ist damit **keine Abschaffung der nichtöffentlichen (Vor-) Beratung verbunden**; die **nichtöffentliche Vorberatungsfunktion bleibt erhalten und wird sogar gestärkt**, da wichtige Aspekte und Argumente aus der Bürgerschaft sowie aus den zeitlich vorausgehenden Sitzungen der Ortschaftsräte in die nichtöffentliche (Vor-) Beratung und nicht erst in die spätere öffentliche Gemeinderatssitzung einfließen können.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Stauder:** Praktische Folgen der neuen Geldwäschegesetzgebung für Unternehmen und Rechtsanwälte (GWR 2012, 330812)
2. **Hellstab:** Die Entwicklung des Prozess-, Verfahrenskostenhilfe- und Beratungshilferechts seit 2010 (Rpfler 2012, 186)

Rechtbehelfe gegen Erteilung der Vollstreckungsklausel

I. Klauselerinnerung § 732 ZPO

Mit der Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO kann sich der Schuldner gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel wehren. Sie ist gerichtet auf die Erklärung der Unzulässigkeit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und der Zwangsvollstreckung aus.

1. Zulässigkeit

Zuständig ist das Gericht, in dessen Geschäftsstelle die Vollstreckungsklausel erteilt wurde, § 732 I 1 ZPO.

Statthaft ist die Klauselerinnerung in allen Fällen der Klauselerteilung - auch im Normalfall gem. § 724 I ZPO, in dem der Urkundsbeamte für die Erteilung zuständig ist. Sie kann auf jeden - formellen wie materiellen - Fehler bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel gestützt werden. Ein formeller Fehler wäre z. B. ein fehlender oder unwirksamer Titel. Ein materieller Fehler der Klausel wäre das Fehlen der Voraussetzungen der §§ 726 - 729 ZPO. Mit der Klauselerinnerung kann dagegen nicht der Titel auf seiner materielle Richtigkeit überprüft werden.

Die Klauselerinnerung ist weder an eine Form noch an eine Frist gebunden.

Die **Beschwer** des Schuldners ergibt sich ohne weiteres daraus, dass ihm erst aufgrund der Vollstreckungsklausel aus dem Titel die Vollstreckung droht.

2. Begründetheit

Die Erinnerung ist begründet, wenn eine oder mehrere Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel fehlen.

3. Entscheidung

Das Gericht entscheidet gem. § 732 I 2 ZPO durch Beschluss.

- Ist die Erinnerung unzulässig oder unbegründet, wird sie zurückgewiesen.
- Ist die Erinnerung begründet, wird die vollstreckbare Ausfertigung des betreffenden Titels und die Zwangsvollstreckung aus ihr für unzulässig erklärt.

II. Klauselgegenklage § 768 ZPO

Falls die Vollstreckungsklausel gem. §§ 726 I, 727 - 729, 733, 738, 742, 744, 745 II sowie 749 ZPO erteilt wurde, kann der Schuldner **wegen die Erteilung der Klausel** diese besondere Art der Vollstreckungsabwehrklage erheben. Der Anwendungsbereich der Klauselgegenklage überschneidet sich mit dem der Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO.

1. Zulässigkeit

Die Klauselgegenklage bedarf zunächst der **allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen** jeder zivilprozessualen Klage. Sie ist auf die Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung aus einem bestimmten Titel zu richten.

Zuständig ist das Prozessgericht der I. Instanz.

Die Klage ist **statthaft** nur gegen die vollstreckbaren Ausfertigungen, die vom Rechtspfleger erteilt wurden, vgl. §§ 768 ZPO, 20 Nr. 12 RPfG. Weiterhin lässt § 768 ZPO die Klage nur zu, wenn sie auf materielle Einwendungen gestützt wird, d.h. wenn die besonderen Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel gem. §§ 726 Abs. 1, 727 - 729, 733, 738, 742, 744, 745 Abs. 2 sowie 749 ZPO bestritten werden.

2. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die besonderen materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorliegen.

3. Entscheidung

Die Entscheidung ergeht durch **Urteil**.

- Ist die Klage begründet, wird die Zwangsvollstreckung aus der genau zu bezeichnenden vollstreckbaren Ausfertigung für unzulässig erklärt.
- Das Gericht kann in dem Urteil gem. § 770 ZPO Anordnungen treffen.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Öffentliches Recht

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

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) Vize Präs. VG B.	Tag d. mündl. Prüfung 14.02.2012
----------------------------	---	---

Zur Person:

B. ist ein netter Prüfer. Er spricht aber sehr leise und hat einen komischen Akzent, sodass ich Schwierigkeiten hatte, ihn zu verstehen. Geprüft hat B ausschließlich Polizeirecht.

Zur Prüfung:

B stellte einen **Fall** aus seiner Praxis: Ein Bauer K holt aus Kroatien 30 Saisonarbeiter für die Gemüseernte. Entgegen der getroffenen Absprache zahlt er ihnen aber nur 2 € pro Stunde. Außerdem werden sie in nur 2 Zimmern untergebracht. Die Arbeiter protestieren und wollen unter solchen Umständen nicht arbeiten. K kündigt schließlich die „Verträge“ und lässt die Arbeiter gehen. Diese „besetzen“ den Hoff des K. Als die Stadt X hiervon erfährt, fordert sie den K dazu auf, die Arbeiter nach Hause zu schicken. K reagiert nicht. Die Stadt bestellt einen Bus und lässt die 30 Arbeiter in ihre Heimat bringen. Die Stadt verlangt nun von K in Form eines Bescheides die Erstattung der hierfür angefallenen Kosten i.H.v. 3.000 €. Was kann K dagegen tun und wie erfolgreich sind die Rechtsmittel?

Es ging mit der Prüfung der Formalitäten los: Widerspruch und Anfechtungsklage sind statthaft. Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen gab es keine Probleme.

Die Anfechtungsklage ist dann erfolgreich, wenn der Kostenbescheid nicht rechtmäßig ist. Dieser ist dann rechtmäßig, wenn die Maßnahme, die dem Kostenbescheid zu Grunde liegt, ebenfalls rechtmäßig ist. Dummerweise habe ich mit öff-rechtl. GoA als Ermächtigungsgrundlage angefangen. B fragte dann, ob es so was überhaupt gibt und wie die Anspruchsvoraussetzungen sind. Wir haben dann überlegt, dass vorliegend Abtransport der Arbeiter entweder eine unmittelbare Ausführung nach § 8 PolG oder eine Ersatzvornahme nach § 49 PolG darstellt. Geprüft haben wir zunächst die unmittelbare Ausführung. Die Ermächtigungsgrundlage des Kostenbescheids ist § 8 II PolG. Dann müsste die unmittelbare Ausführung nach § 8 I PolG rechtmäßig sein. Geprüft wurde der fiktive VA, gerichtet an K. Zuständig wäre die Ortspolizeibehörde, also der Bürgermeister, §§ 66 I, 62 IV PolG, 44 III GemO. K war auch angehört worden, 28 VwVfG. Ermächtigungsgrundlage für das Handeln der Behörde war die Generalklausel der §§ 1,3 PolG. Es bestand eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, nämlich die Gesundheit der Arbeiter. B wollte auch auf die öffentl. Ordnung hinaus (ähnlich wie bei Obdachlosen).

Sodann war die Vollstreckung als solche zu prüfen. Problematisch war die Störeigenschaft des K; dieser war nur mittelbarer Störer. Er hat jedoch diesen Zustand veranlasst. Außerdem ist K auch nach dem Grundsatz der Effektivität der Gefahrenbeseitigung in Anspruch zu nehmen. Lange diskutiert haben wir ebenfalls über die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme und die Frage, was die Gemeinde alternativ hätte machen können. Eine Anweisung in die privaten Räume wäre denkbar gewesen, aber nicht günstiger. B wollte auch hören, dass man den K hätte möglicherweise dazu bewegen sollen, die Arbeiter wieder aufzunehmen. Es wäre aber menschenunwürdig, 30 Personen in 2 Zimmern unterzubringen.

Im Ergebnis war die Maßnahme verhältnismäßig und der Bescheid auch der Höhe nach nicht zu beanstanden.

Bei der Ersatzvornahme war nur die Anspruchsgrundlage § 49 I PolG, § 31 I LVwVfG zu nennen.

Insgesamt eine machbare Prüfung. Allen anderen Prüflingen viel Erfolg!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

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

Land: Ba-Wü	Prüfer (mit Titel usw.) VRi LG S	Tag d. mündl. Prüfung 06.03.2012
------------------------------	---	---

Zur Person:

S ist ein ruhiger und sachlicher Prüfer. Seiner Mimik und Gestik ist leider nicht zu entnehmen, ob man mit einer Antwort richtig oder falsch liegt. Die Mitschriften, die er sich während der Prüfung macht, sollte einen nicht irritieren. Jedenfalls im Rahmen der mündlichen Prüfung (nicht im Aktenvortrag) scheinen die Vornoten eine gewisse Rolle zu spielen.

S prüfte die Kandidaten abwechselnd. Jeder hatte ausreichend Zeit, sich zur gestellten Frage zu äußern. Gefordert ist bei ihm (wie immer) eine eng am Gesetzeswortlaut orientierte Lösung und schulmäßige Prüfung der Normen.

Zur Prüfung:

Die doch sehr kurze Prüfung wurde auf einem einzigen Fall aufgebaut. Ausgeteilt wurde eine kopierte Fotografie, auf der ein Grundstück und eine seitlich hiervon verlaufende Straße zu sehen war (ohne Verkehrsschilder). Auf einem Teil des Grundstücks befinden sich Parkplätze. Auf diesen Parkplätzen befinden sich wiederum 3 Kfz. Vor diesen parkt ein weiterer Pkw so, dass es den drei anderen Pkw schwer fällt, auszuparken. Das Grundstück selbst konnte aber noch durch eine Einfahrt, die nicht zugestellt war, erreicht werden. Was kann der Grundstückseigentümer gegen diese ihn störende Verhaltensweise unternehmen? Welche Ansprüche hat er gegen den „Falsch“-Parker?

Ein Kandidat stürzte sich sogleich auf § 1004 BGB, wonach ein Unterlassungsanspruch in Betracht kommen könnte. Es wurde dann kurz unter den Tatbestand subsumiert, dieser schien gegeben zu sein. Jedenfalls kann der Eigentümer mit einer Sache (Haus und Grundstück inkl. Parkflächen) so verfahren, wie er will (§ 903 BGB) und kann andere von jeder Einwirkung ausschließen.

Bei der Frage, ob tatsächlich eine Einwirkung vorliege, geriet die Prüfung etwas aus dem Rhythmus. Ich hatte darauf hingewiesen, dass sich aus § 823 I BGB ein Unterlassungsanspruch ergeben könnte, weil dort ein Sekundäranspruch gegeben sei und auch ein Primäranspruch der Unterlassung gewährt wird. In Betracht kommt eine partielle Eigentumsbeeinträchtigung durch Nutzungsbeschränkung. Darauf folgte eine kurze Darstellung des „Fleet-Falles“ und die Verneinung der Eigentumsbeeinträchtigung, weil infolge der geringen Intensität des hier gegebenen Eingriffs (gefordert ist eine gewisse Intensität und Dauer der Beeinträchtigung) eine ausreichende Schutzgutverletzung zu verneinen ist. Also kamen wir wieder zurück auf § 1004 BGB und bejahten schließlich dessen Tatbestandsvoraussetzungen. Nun folgte die zeitintensive Klärung der Frage, ob eine Duldungspflicht für den Hauseigentümer besteht (§ 1004 II BGB). Zunächst schon, denn ein Parkverbotsschild oder eine ähnliche Ge- oder Verbotsnorm ließ sich für das Verhalten des „Störers“ nicht finden. Auch ein Blick in § 906 BGB ergab zunächst keine andere Beurteilung der Rechtslage. S fragte dann, woraus sich relevante Pflichten für den parkenden Störer ergeben könnten. Geprüft wurde dann zunächst § 12 III Nr. 3 StVO, dies war aber nicht einschlägig, da das Parken gerade nicht die direkte Zufahrt auf das Grundstück verhinderte.

Wir sollten dann unterstellen, dass ein Anspruch auf Unterlassung bestünde. S fragte, wie ein solcher Anspruch durchgesetzt werden könnte? Mit der Leistungsklage, speziell Unterlassungsklage.

Wie müsste ein solcher Tenor/Antrag lauten? Nun bastelten wir ein wenig an der Formulierung des Tenors herum und versuchten, das Augenmerk vor allem auf die Bestimmtheit des Tenors (dieser muss ja vollstreckbar sein) zu legen.

Was ist, wenn der Störer weiterhin „falsch“ parkt? Bereits vor dem Prozessgericht kann der Antrag auf Verhängung eines Ordnungsgeldes, ersatzweise Ordnungshaft nach § 890 I und II ZPO gestellt werden.

Insgesamt handelte es sich um eine angenehme Prüfung mit einer insgesamt fairen Notenvergabe.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das ?

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

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

- **Bearbeitungspauschale**
- **Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen**
- **Versandkosten** (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

