



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

34. Jahrg.

August 2009

Heft 08

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Instandhaltungskosten bei Grundstücksnießbrauch
- BGH:** Strafbarkeit eines GmbH-Geschäftsführers bei Bankrott
- BVerwG:** Unsittlichkeit einer Anbahnungsgaststätte
- BGH:** Präklusion des Aufrechnungseinwands
- BGH:** Wiedereinsetzungsfrist bei Ablehnung der Prozesskostenhilfe
- OVG Bamberg:** Beweisverwertungsverbot
- BVerfG:** Summarische Prüfung im Eilverfahren



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

| | |
|----------------------------|---|
| Patientenverfügung..... | 1 |
| Kontopfändungsreform | 2 |

Brandaktuell

| | |
|---|---|
| BVerfG: Schulpflicht und Religionsfreiheit (Nichtteilnahme an bestimmten Unterrichtsveranstaltungen) | 3 |
|---|---|

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

| | |
|---|---|
| BGH: Entbehrlichkeit der Fristsetzung (Schadensersatz wegen Schlechtleistung)..... | 4 |
| BGH: Instandhaltungskosten bei Grundstücksnießbrauch (zum Verhältnis von § 1050 BGB zu § 1041 BGB) | 6 |

Strafrecht

| | |
|---|----|
| BGH: Bankrott (Strafbarkeit eines GmbH-Geschäftsführers)..... | 9 |
| BGH: räuberische Erpressung (Misshandlung des Opfers nach Tatvollendung) | 14 |

öffentl. Recht

| | |
|---|----|
| BayVGH: Laufzeit einer Veränderungssperre (bei Änderung des B-Plans wegen Unwirksamkeit) | 16 |
| BVerwG: Unsittlichkeit einer Anbahnungsgaststätte (keine grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfragen)..... | 20 |

Kurzauslese I

| | |
|--|----|
| BGH: beendetes Mietverhältnis (zulässige Einstellung der Heizenergieversorgung)..... | 23 |
| OLG Rostock: Betriebskostenvorauszahlung (kein Anfechtungsrecht bei zu geringem Zahlbetrag)..... | 25 |
| OLG Nürnberg: Verbraucherdarlehensvertrag (Kündigung)..... | 25 |
| BGH: Mittäterschaft (andere Tatausführung durch Tatbeteiligte)..... | 27 |
| BGH: Garantenstellung (versuchter Mord durch einen Mittäter)..... | 27 |
| OLG Oldenburg: Urkundenfälschung (Telefax ist keine Urkunde) | 29 |
| BGH: Schadensersatzanspruch des Dienstherrn (Vorrang der Beamten-Gesetze)..... | 29 |
| OVG Bautzen: Homepage einer Universität (kein Verlinkungsanspruch einer Studentenverbindung))..... | 29 |
| VGH Kassel: kommunalrechtlicher Wahlfehler (Begriffsdefinition))..... | 31 |

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

| | |
|--|----|
| BGH: Präklusion des Aufrechnungseinwands (Vollstreckungsgegenklage / negative Feststellungsklage) | 33 |
| BGH: Ablehnung der Prozesskostenhilfe (Wiedereinsetzungsfrist für Rechtsmittel)..... | 37 |

Strafrecht

| | | |
|--------------|---|----|
| OLG Bamberg: | Beweisverwertungsverbot (fehlende polizeiliche Anordnungskompetenz zur Blutprobenentnahme)..... | 40 |
|--------------|---|----|

öffentl. Recht

| | | |
|---------------|--|----|
| OVG Lüneburg: | Maßgebliche Sach- und Rechtslage (Abschaffung des Widerspruchsverfahrens)..... | 45 |
| BVerfG: | Summarische Prüfung im Eilverfahren (Umfang der Aufklärungspflicht) | 48 |

Kurzauslese II

| | | |
|----------------|---|----|
| BGH: | Beschwerdegegenstand (Klageerweiterung nach Schluss der mündlichen Verhandlung) | 51 |
| BGH: | Berufung (Berufungsschrift und PKH-Antrag)..... | 51 |
| BGH: | Berufungsbegründungsfrist (Verlängerungsantrag)..... | 51 |
| BGH: | Rechtsmittelbelehrung (Erforderlichkeit in der Grundstücks-Zwangsversteigerung)..... | 53 |
| BGH: | Beschlagnahme (E-Mails können beim Provider sichergestellt werden)..... | 55 |
| OLG Dresden: | Haftbefehl (wegen Fernbleibens von der Hauptverhandlung)..... | 55 |
| OLG Oldenburg: | Pflichtverteidigerbestellung (Ermittlungsverfahren)..... | 55 |
| BGH: | Wiedereinsetzungsantrag (Berücksichtigung nachträglicher Erkenntnisse)..... | 57 |
| VGH Mannheim: | Beschwerdeverfahren (unzulässige Antragsweiterung)..... | 57 |
| OVG Münster: | Zwischenverfügung (mit Beschwerde anfechtbar)..... | 57 |

| | |
|--|----|
| Weitere Schriftumsnachweise | 59 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| Prüfungsschema: Rechtmäßigkeit von Ratsbeschlüssen | 63 |
|---|----|

Aus der mdl. Prüfung

| | |
|-----------------------------------|----|
| Referendarprüfung: Erbrecht | 64 |
| Assessorprüfung: Zivilrecht | 65 |

Aus der Gesetzgebung

A. Patientenverfügung

Gesetz für Patientenverfügungen vom 18.06.2009, In Kraft treten am 01.09.2009

I. Allgemeines

Bereits seit Ende der 90er Jahre wird die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung in der Rspr. zunehmend anerkannt: Der XII. Zivilsenat des BGH hat mit seinen Beschlüssen vom 17.03.2003 (BGHZ 154, 205) und vom 08.06.2005 (BGHZ 163, 195) die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts bei ärztlichen Maßnahmen und die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung bestätigt. Auch die Bundesärztekammer und ihre Ethikkommission gehen in den Grundsätzen zur Sterbebegleitung vom 07.05.2004 sowie in den Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung vom 27.03.2007 von der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung für Ärztinnen und Ärzte und der Beachtung des Patientenwillens auch nach eingetretener Einwilligungsunfähigkeit bei allen medizinischen Behandlungen aus.

Der Deutsche Bundestag hat nunmehr am 18.06.2009 den Vorschlag für eine gesetzliche Regelung zur Wirksamkeit und Reichweite von Patientenverfügungen beschlossen, der Bundesrat hat diesem Vorschlag mittlerweile zugestimmt. Künftig werden die **Vorraussetzungen von Patientenverfügungen und ihre Bindungswirkung eindeutig gesetzlich bestimmt** und sind damit **weitgehend verbindlich**. Mit einer Patientenverfügung soll dem Arzt der Wille eines Patienten vermittelt werden, der sich zu einer Frage medizinischer Behandlung nicht mehr selbst äußern kann. Ärzte müssen den erklärten Patientenwillen befolgen, auch wenn dies den Tod der Erkrankten bedeuten kann. Die **Gerichte sollen nur im Streitfall eingeschaltet** werden. Damit soll dem in der Verfassung festgeschriebenen **Recht auf Selbstbestimmung** Rechnung getragen werden.

II. Die wichtigsten gesetzlichen Neuregelungen im Überblick

- **Volljährige** können in einer **schriftlichen Patientenverfügung** im Voraus festlegen, **ob und ggf. wie sie später behandelt werden wollen**, wenn sie ihren Willen nicht mehr selbst äußern können. Betreuer und Bevollmächtigte sind künftig im Fall der Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen an seine schriftliche Patientenverfügung gebunden; geprüft werden muss nur, ob die Festlegungen in der Patientenverfügung der **aktuellen Lebens- und Behandlungssituation entsprechen** und den **Willen des Betroffenen** zur Geltung bringen.
- Patientenverfügungen können **jederzeit formlos widerrufen** werden.
- Gibt es keine Patientenverfügung oder Treffen die Festlegungen nicht (mehr) die aktuelle Situation, muss der Betreuer oder Bevollmächtigte unter **Beachtung des mutmaßlichen Patientenwillens** entscheiden, ob er in die Untersuchung, die Heilbehandlung oder den ärztlichen Eingriff einwilligt.
- Eine sog. **Reichweitenbegrenzung**, die den Patientenwillen kraft Gesetzes in bestimmten Fällen für unbeachtlich erklärt, **wird es nicht geben**.
- Die **Entscheidung über die Durchführung einer ärztlichen Maßnahme** wird im Dialog zwischen **Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigtem** vorbereitet. Der behandelnde Arzt prüft, was medizinisch indiziert ist und erörtert die Maßnahme mit dem Betreuer oder Bevollmächtigten, möglichst unter **Einbeziehung naher Angehöriger und sonstiger Vertrauenspersonen**.
- Sind sich Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigter über den Patientenwillen einig, **bedarf es keiner Einbindung des Vormundschaftsgerichts**; bestehen hingegen Meinungsverschiedenheiten, müssen folgenschwere Entscheidungen vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden.

B. Die Reform des Kontopfändungsrechts

Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes v. 07.07.2009, In-Kraft-Treten am 01.01.2010 (BGBl. I, S. 1707)

I. Allgemeines

Das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes sieht eine Überarbeitung der für den Kontopfändungsschutz relevanten Vorschriften der ZPO, des SGB I sowie des EStG vor. Maßgebliches Anliegen der Reform ist die Schaffung effektiven Rechtsschutzes bei Kontopfändungen für alle Bürger/innen. Unter Wahrung der Gläubigerinteressen sollen dem Schuldner ohne aufwändiges und bürokratisches Verfahren die Geldmittel verbleiben, die er zur Bestreitung seines existentiellen Lebensbedarfs benötigt. Kündigungen von gepfändeten Girokonten sollen nur noch in Ausnahmefällen möglich sein.

II. Die wichtigsten Neuerungen im Überblick

1. Automatischer Pfändungsschutz

Ein Kontoguthaben in Höhe des Pfändungsfreibetrages des § 850c ZPO wird grds. nicht von einer Pfändung erfasst (sog. „**Basispfändungsschutz**“), d.h. dass aus diesem Betrag weiterhin Überweisungen, Lastschriften, Barabhebungen, Daueraufträge etc. getätigt werden können.

- Dieser Basisbetrag wird jeweils für einen Kalendermonat gewährt; dies gilt unabhängig vom Zeitpunkt des Eingangs der Einkünfte; erstreckt sich die Pfändung auf mehrere Monate, so wird für jeden Monat automatisch der Freibetrag gewährt.
- Auf die Art der Einkünfte kommt es künftig nicht mehr an; damit entfällt auch die Verpflichtung, die Art der Einkünfte ggü. Banken und Gerichten nachzuweisen. Dies bedeutet, dass jegliche Art von Einkünften, also auch die Einkünfte Selbstständiger und freiwillige Leistungen Dritter zukünftig bei der Kontopfändung geschützt sind.
- Eine Erhöhung des Pfändungsfreibetrages z.B. wegen gesetzlicher Unterhaltsansprüche Dritter oder auch eine Herabsetzung des Basispfändungsschutzes ist aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung möglich; daneben kommt in bestimmten Fällen eine Erhöhung des pfändungsfreien Betrages durch die Vorlage entsprechender Bescheinigungen von Arbeitgebern und Sozialleistungsträgern beim Kreditinstitut in Betracht.

2. Automatischer Pfändungsschutz beim Pfändungsschutzkonto („P-Konto“)

Der **automatische Pfändungsschutz** kann **grds. nur für ein Girokonto** gewährt werden. Dieses besondere Konto (sog. „P-Konto“) wird durch eine Vereinbarung zwischen Bank und Kunde festgelegt; dabei besteht für den Kunden ein Anspruch auf Umwandlung eines bereits bestehenden Girokontos in ein „P-Konto“.

3. Besonderer Schutz für bestimmte Leistungen

Kindergeld und Sozialleistungen – etwa nach SGB II – werden zukünftig bei ihrer Gutschrift auf dem „P-Konto“ **besser geschützt**.

4. Vorrang des „P-Kontos“

Der **Pfändungsschutz auf dem „P-Konto“ ist vorrangig ggü. dem herkömmlichen Kontopfändungsschutz**, der auch in Zukunft erhalten bleiben soll. Verfügt der Schuldner über ein „P-Konto“, erhält er nur für dieses Pfändungsschutz.

5. Pfändungsschutz für Selbstständige

Die Reform schafft einen **besseren und effektiveren Pfändungsschutz für sämtliche Einkünfte selbstständig tätiger Personen**, da das künftige recht Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit wie Arbeitseinkommen und Sozialleistungen berücksichtigt.

Brandaktuell

GG **Schulpflicht und Religionsfreiheit** **VerfR**
Art. 4, 6 **Nichtteilnahme an bestimmten Unterrichtsveranstaltungen**
(BVerfG Pressemitteilung Nr. 90/2009; Urteil vom 06.08.2009 –1 BvR 1358/09)

Fall: Die Beschwerdeführer, Mitglieder einer baptistischen Glaubensgemeinschaft, sind Eltern zweier Kinder, die eine Grundschule in Ostwestfalen besuchen. An dieser Schule fanden im Februar 2007 ein Theaterprojekt, das die Kinder für das Thema "sexueller Missbrauch" durch Fremde oder auch Familienangehörige sensibilisieren sollte und eine Karnevalsveranstaltung statt.

Die Teilnahme an der Karnevalsveranstaltung war insoweit frei als den Kindern stattdessen in der gesamten Unterrichtszeit angeboten wurde, den Schwimmunterricht zu besuchen oder eine in der Turnhalle aufgebaute Bewegungslandschaft zu nutzen. Die Kinder der Beschwerdeführer kamen an den dafür vorgesehenen Tagen nicht in die Schule. Eine Befreiung für den Schulunterricht lag nicht vor. Das Amtsgericht setzte deshalb wegen eines zweifachen vorsätzlichen Verstoßes gegen die in § 41 Abs. 1 Satz 2 SchulG NRW statuierte Elternverantwortung für die Einhaltung der Schulpflicht jeweils eine Gesamtgeldbuße von 80 Euro gegen die Beschwerdeführer fest.

Die Rechtsmittel dagegen waren erfolglos. Dagegen haben die Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerden erhoben, da sie sich in ihrer Religionsfreiheit und ihrem Erziehungsrecht verletzt sehen. Sie sind der Ansicht, eine Pflicht zur Teilnahme an einer Karnevalsveranstaltung verletze die religiöse Neutralität der Schule, da Fastnacht ein Fest der katholischen Kirche sei. Das Theaterprojekt erziehe die Kinder zu einer „freien Sexualität“. Ihnen werde vermittelt, dass sie über ihre Sexualität allein zu bestimmen hätten und ihr einziger Ratgeber dabei, der sie niemals täusche, ihr Gefühl sei.

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht hinreichend dargelegt haben.

Das Grundrecht auf Glaubensfreiheit unterliege selbst keinem Gesetzesvorbehalt, ist aber Einschränkungen zugänglich, die sich aus der Verfassung selbst ergeben. Hierzu gehört der dem Staat in Art. 7 I GG erteilte Erziehungsauftrag. Infolge dessen erfährt das **elterliche Erziehungsrecht durch die allgemeine Schulpflicht eine Beschränkung**. Im Einzelfall sind Konflikte zwischen dem Erziehungsrecht der Eltern und dem Erziehungsauftrag des Staates im Wege einer Abwägung nach den **Grundsätzen der praktischen Konkordanz** zu lösen. Zwar darf der Staat auch unabhängig von den Eltern eigene Erziehungsziele verfolgen, dabei muss er aber Neutralität und Toleranz gegenüber den erzieherischen Vorstellungen der Eltern aufbringen.

Die Schule hat hinsichtlich der **Präventionsveranstaltung** mit der Sensibilisierung der Kinder für etwaigen sexuellen Missbrauch und dem Aufzeigen von Möglichkeiten, sich dem zu entziehen, das ihr obliegende Neutralitätsgebot nicht verletzt hat. Die auf der Glaubensüberzeugung der Beschwerdeführer beruhenden elterlichen Vorstellungen von der Sexualerziehung ihrer Kinder sind durch die Präventionsveranstaltung nicht in Frage gestellt worden, weil diese die Kinder nicht dahin beeinflusst hat, ein bestimmtes Sexualverhalten zu befürworten oder abzulehnen.

Auch bei der **Karnevalsveranstaltung** liegt ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot durch nicht vor, denken, da diese nicht mit religiösen Handlungen verbunden gewesen ist und die Kinder weder gezwungen waren, sich zu verkleiden noch aktiv mitzufeiern. Karneval oder Fastnacht ist kein katholisches Kirchenfest und heutzutage als bloßes Brauchtum der früher etwa vorhandenen religiösen Bezüge weitgehend entkleidet. Die mit dem Schulbesuch verbundenen Spannungen zwischen der religiösen Überzeugung einer Minderheit und einer damit in Widerspruch stehenden Tradition einer anders geprägten Mehrheit sind grundsätzlich zumutbar. Dies gilt umso mehr, als vorliegend die Schule mit einem Schwimmunterricht und der Bewegungslandschaft in der Turnhalle zwei alternative Angebote zur Verfügung gestellt hat.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 281, 323

**Entbehrlichkeit der Fristsetzung
Schadensersatz wegen Schlechtleistung**
(BGH in NJW-RR 2009, 667; Urteil vom 20.01.2009 – X ZR 45/07)

SR AT

1. Die Fristsetzung zur Nacherfüllung ist nur entbehrlich, wenn einer der **gesetzlich festgeschriebenen Tatbestände** gegeben ist, in denen die Fristsetzung eine reine Förmelerei darstellte oder sonstwie schlechterdings unzumutbar wäre.
2. Das nachträglich Verhalten kann **nur dann von Bedeutung** sein, wenn dieses Verhalten den **sicheren Rückschluss** erlaubt oder hierzu beiträgt, dass schon vor der Mängelbeseitigung die **Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert** war
3. In dem **Bestreiten eines Mangels** liegt **nicht** ohne Weiteres eine **endgültige Verweigerung** der Nacherfüllung; denn das **Bestreiten** - auch das nachhaltige - ist das **prozessuale Recht des Schuldners**.
4. Eine **Anrechnung** der **ersparten Aufwendungen** für die Mängelbeseitigung gem. § 326 II 2, IV BGB (analog) kommt **nicht in Betracht**, wenn die erforderliche Leistungsaufforderung mit Fristsetzung fehlt.

Fall: K verlangt von B als vereinbarte Vergütung für die Herstellung und die Lieferung von Betonfertigteilen Zahlung von 1.166,64 €. Gegenüber diesem Anspruch und einem weiteren Zahlungsanspruch, der nicht mehr Gegenstand des Berufungs- und des Revisionsverfahrens war bzw. ist, hat B. mit einer Zahlungsforderung in Höhe von 1.200 € die Aufrechnung erklärt. Die nach einem bestimmten Verlegeplan herzustellenden Betonfertigteile hätten nicht dem Schnitt dieses Plans entsprochen. Infolgedessen habe er Ausklinkungsarbeiten an den gelieferten Betonfertigteilen vornehmen lassen müssen, wofür ihm Kosten in Höhe von 1200 € entstanden seien.

K bestreitet die Mangelhaftigkeit seiner Lieferung und begehrt volle Zahlung.

Wird die Klage des K Erfolg haben?

I. Entstehung des Anspruchs

Der Zahlungsanspruch des K müsste entstanden sein. Zwischen im und B wurde ein Vertrag geschlossen. Fraglich ist jedoch, ob auf die vereinbarte Lieferung von Betonfertigteilen wegen der durch K zu erbringenden Herstellung Werkvertragsrecht anzuwenden ist oder ob der Vertrag dem Kaufrecht unterliegt.

*„Das BerGer. hat auf den Vertrag, aus dessen Schlechterfüllung der Bekl. die zur Aufrechnung gestellte Forderung herleitet, allerdings zu Recht **Kaufrecht** angewendet (§ 651 S. 1 BGB)“* (BGH aaO)

Der Anspruch des K auf Zahlung des Kaufpreises ist daher nach §§ 651, 433 II BGB entstanden.

II. Untergang des Anspruchs

Der Zahlungsanspruch des K aus §§ 651, 433 II BGB könnte durch die Aufrechnung des B nach § 389 BGB untergegangen ist. Dies ist aber der Fall, wenn die Voraussetzungen für eine **Aufrechnung nach § 387 BGB** vorliegen. Danach kann B mit einem gegen K gerichteten, **gleichartigen, fälligen** und **durchsetzbaren** Anspruch gegen den Zahlungsanspruch die Aufrechnung erklären.

Zwar ist der von B geltend gemachte Anspruch gegen K gerichtet und damit gegenseitig. Er ist auch gleichfalls auf Geldzahlung gerichtet und damit gleichartig. Fraglich ist allerdings, ob B gegen K überhaupt einen Anspruch auf Zahlung von 1.200 € hat.

B beruft sich hier darauf, dass K die geschuldete Leistung mangelhaft erbracht habe. Da weitere Arbeiten durch Beseitigung der Mängel durchgeführt wurden, kommt ein

Anspruch auf Schadensersatz wegen Schlechtleistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB in Betracht.

1. Grundsätzliche Erforderlichkeit einer Frist zur Nacherfüllung

„Das Recht des Käufers (Bestellers), wegen eines Sachmangels den Kaufpreis (die Vergütung) zu mindern oder Schadensersatz zu verlangen, setzt voraus, dass der Käufer (Besteller) dem Verkäufer (Unternehmer) unter **Setzung einer angemessenen Nachfrist erfolglos Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben** hat, bevor er den behaupteten Mangel selbst beseitigt oder beseitigen lässt (§ 437 i.V.m. § 281 I bzw. § 323 I BGB; BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348; BGH NJW 2006, 1195).“ (BGH aaO)

Eine solche Fristsetzung zur Nacherfüllung ist hier jedoch nicht erfolgt.

2. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Die Fristsetzung könnte jedoch nach § 281 II BGB entbehrlich gewesen sein.

„Auf die Erfüllung der sich für den Käufer (Besteller) hiernach ergebenden Obliegenheit kommt es freilich nicht an, wenn einer der (nunmehr auch) **gesetzlich festgeschriebenen Tatbestände** gegeben ist, in denen die Fristsetzung eine reine Förmerei darstellte oder sonst wie schlechterdings unzumutbar wäre.“ (BGH aaO)

Hier kommt allenfalls eine Entbehrlichkeit wegen **ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung** nach § 281 II 1. Alt BGB in Betracht.

„Angesichts des grundsätzlich bestehenden Vorrangs der Nacherfüllung durch den Verkäufer (Unternehmer) kann der insoweit vom LG herangezogene Tatbestand der **ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung** (§ 281 II Alt. 1 bzw. § 323 II Nr. 1 BGB) jedoch seinerseits nur eingreifen, wenn **feststeht**, dass der Verkäufer (Unternehmer) die **Leistung bereits verweigert hat**, bevor die Mängelbeseitigung durch den Käufer (Besteller) erfolgt.

Eine **lediglich nachträgliche Leistungsverweigerung** kann **nicht ausreichen**, weil aus dem grundsätzlichen Vorrang der Nacherfüllung durch den Verkäufer (Unternehmer) ein Nacherfüllungsrecht dieser Vertragspartei folgt (BGHZ 162, 219 [227] = NJW 2005, 1348) und dieses zunichte gemacht würde, wenn der Käufer (Besteller) **vor der Leistungsverweigerung** des Verkäufers (Unternehmers) auf dessen Kosten **zur Mängelbeseitigung schreiten** dürfte (vgl. BGH NJW 2006, 1195 [1197]). Wie der **Verkäufer** (Unternehmer) sich nach der Mängelbeseitigung durch den Käufer (Besteller) **verhält**, kann deshalb **nur dann von Bedeutung** sein, wenn dieses Verhalten den **sicheren Rückschluss** erlaubt oder hierzu beiträgt, dass schon vor der Mängelbeseitigung die **Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert** war.“ (BGH aaO)

3. Ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung durch Bestreiten im Prozess

Fraglich ist, ob ein Bestreiten der Mangelhaftigkeit der eigenen Leistung im Prozess einen Rückschluss darauf zulässt, dass K auch zuvor die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat.

„Die Würdigung ist dahin zu treffen, dass das Bestreiten des K im Prozess im Streitfall **keine verlässlichen Rückschlüsse** darauf zulässt, dass K vor der Beseitigung der behaupteten Mängel die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten **eindeutig und endgültig verweigert** hat. Nach der **Rechtsprechung des BGH** (Senat, NJW-RR 1993, 882 [883]; BGH, NJW 2006, 1195) liegt in dem **Bestreiten eines Mangels nicht ohne Weiteres eine endgültige Verweigerung** der Nacherfüllung; denn das Bestreiten - auch das nachhaltige - ist das prozessuale Recht des Schuldners. Dies gilt ganz besonders, wenn der Schuldner mit seinem Bestreiten erstmals im Prozess hervorgetreten ist. In einem solchen Fall müssen deshalb zu dem **bloßen Bestreiten weitere Umstände hinzutreten**, die einer **von Anfang an bestehenden Weigerungshaltung Ausdruck geben**, so dass ausgeschlossen erscheint, dass der Schuldner sich von einer Fristsetzung zur Nacherfüllung hätte umstimmen lassen. Solche Umstände sind im Streitfall jedoch nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

4. Keine Anrechnung ersparter Mängelbeseitigungskosten

„Da eine **Anrechnung** der vom Verkäufer (Unternehmer) **ersparten Aufwendungen** für die Mängelbeseitigung auf den Kaufpreis (die Vergütung) gem. § 326 II 2, IV BGB (analog) ebenfalls **nicht in Betracht kommt**, wenn der Käufer (Besteller) den Mangel ohne die erforderliche vorherige Nachfristsetzung beseitigt hat (BGHZ 162, 219 [224] = NJW 2005, 1348), hat mithin die Aufrechnung des B nicht zum vollständigen oder teilweisen Erlöschen der Klageforderung geführt.“ (BGH aaO)

B konnte daher nicht wirksam aufrechnen, so dass der Anspruch des K nicht untergegangen ist, sondern unverändert fortbesteht. Da auch keine Einreden erhoben wurden, wird die Klage des K Erfolg haben.

BGB Instandhaltungskosten bei Grundstücksnießbrauch SachenR
§ 1049 zum Verhältnis von § 1050 BGB zu § 1041 BGB
 (BGH in NJW 2009, 1810; Urteil vom 23.01.2009 - V ZR 197/07)

1. Die aus § 1041 S. 1 und 2 BGB folgenden **Erhaltungspflichten** des Nießbrauchers werden durch die Vorschrift des § 1050 BGB **nicht eingeschränkt**.
2. Soweit nach diesen Vorschriften Erhaltungsmaßnahmen geschuldet sind, kann sich der Nießbraucher deshalb **nicht darauf berufen**, dass das Reparaturbedürfnis durch die **ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs** eingetreten ist.
3. § 1050 BGB betrifft nur **Veränderungen** und **Verschlechterungen** der Sache, die **trotz laufender Unterhaltung** der Sache eintreten und stellt klar, dass diese dem Eigentümer zur Last fallen

Fall: Der Vater der T übertrug dieser durch notariellen Vertrag vom 08.04.1971 das Eigentum an einem Gewerbegrundstück. Gleichzeitig räumte er seiner Ehefrau F ein lebenslanges Nießbrauchrecht an dem Grundstück ein. In Nr. 6 des Vertrags heißt es:

„Abweichend von § 1050 BGB wird vereinbart, dass die Nießbraucherin auch die Veränderung und Verschlechterung des belasteten Grundbesitzes zu vertreten hat. Sie ist berechtigt, hieran sämtliche Reparaturen und sonstige bauliche Änderungen vorzunehmen und die steuerliche Absetzung für Abnutzung geltend zu machen.“

In den Jahren 2001 bis 2005 wandte F 71.020,16 Euro für die Sanierung bzw. Instandhaltung der auf dem Grundstück befindlichen Gebäude auf, deren Erstattung sie nunmehr von T verlangt. Hat sie hierauf einen Anspruch?

F könnte gegen T einen Anspruch auf Erstattung der aufgewendeten Beträge nach **§§ 1049 I, 683, 684 BGB** haben.

Hat F als Nießbraucherin Verwendungen auf die Sache gemacht, zu denen sie nicht verpflichtet war, so bestimmt sich die Ersatzpflicht der T nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

I. wirksame Einräumung eines Nießbrauchsrechts

Der Nießbrauch nach §§ 1030 ff. BGB kann an einer beweglichen wie unbeweglichen Sache, an einem Recht oder an einem Vermögen bestellt werden. Es handelt sich dabei um ein **umfassendes dingliches Nutzungsrecht**. Dem Nießbraucher werden hierdurch grundsätzlich alle Nutzungen des belasteten Gegenstands gewährt, soweit nicht einzelne Nutzungen nach § 1030 II BGB ausgeschlossen sind. Der Nießbrauch an einem Grundstück wird, wie jedes Recht an einem Grundstück, nach § 873 BGB durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch eingeräumt. Dies ist hier geschehen.

II. Tätigen von Verwendungen

Unter Verwendungen sind Vermögensaufwendungen zu verstehen, die einer bestimmten Sache oder einem sonstigen bestimmten Gegenstande zugute kommen sollen (vgl. MüKo-BGB/Pohlmann, § 1049 BGB Rn 2). Die Kosten für die Gebäudesanierung sind daher Verwendungen im Sinne des § 1049 BGB.

III. keine Verpflichtung der F zur Kostentragung

§ 1049 I BGB sieht eine Kostenerstattung nur vor, wenn F nicht zur Kostentragung verpflichtet ist. Eine solche Kostentragungspflicht kann sich aus dem Gesetz oder einer vertraglichen Vereinbarung ergeben

1. Kostentragungspflicht aus § 1041 S. 1 BGB

Im Allgemeinen hat der Nießbraucher die belastete Sache nach § 1041 S. 1 BGB nur in ihrem **wirtschaftlichen Bestand**, nicht aber in ihrem Kapitalwert zu erhalten. Er hat lediglich nach § 1041 S. 2 BGB die **gewöhnlichen Unterhaltungskosten** zu tragen, die auch durch Ausbesserungen und Erneuerungen anfallen können. Hierzu zählen **Erhaltungsmaßnahmen**, die bei **ordnungsgemäßer Bewirtschaftung** regelmäßig, und zwar **wiederkehrend innerhalb kürzerer Zeitab-**

stände zu erwarten sind (Senat, NJW-RR 2003, 1290 [1291]; MüKo-BGB/Pohlmann, § 1041 Rn 4; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1041 Rn. 3). Darunter fallen insbesondere die **normalen Verschleißreparaturen**, während etwa die vollständige Erneuerung der Dacheindeckung eines Hauses als außergewöhnliche Maßnahme den Nießbraucher nicht belasten kann (vgl. BGH NJW-RR 2003, 1290; BGH NJW 1993, 3198; BGH NJW-RR 2005, 1321).

Hiernach müsste F die Kosten nicht tragen.

2. Abweichende Regelung

Etwas anderes gilt indessen, wenn es dem Nießbraucher in Abweichung von der Regelung in § 1041 S. 2 BGB obliegt, auch außergewöhnliche Unterhaltungsmaßnahmen durchzuführen. In diesem Fall kann er seine Aufwendungen nicht nach § 1049 I BGB ersetzt verlangen (vgl. Staudinger/Frank, BGB [2002], § 1049 Rn 1; Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 1049 Rn 1).

Eine solche Regelung könnte hier durch Nr. 6 des notariellen Übergabevertrags getroffen worden sein, wonach die Parteien der F durch die abweichende Vereinbarung zu § 1050 BGB sämtliche Erhaltungspflichten bezüglich des Grundstücks und der darauf befindlichen Gebäude auferlegt haben.

a) Regelungsgehalt von § 1050 BGB

Zum Verhältnis dieser Regelungen zueinander werden verschiedene Auffassungen vertreten.

aa) Begrenzung des § 1041 BGB durch § 1050 BGB

*„Teilweise wird angenommen, § 1050 BGB begrenze die in § 1041 BGB geregelte Erhaltungspflicht. Der Nießbraucher müsse die zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehörenden **Ausbesserungen** und **Erneuerungen** nach § 1041 BGB **nicht vornehmen**, soweit die Verschlechterung der Sache **auf dem ordnungsgemäßen Gebrauch beruhe** (OLG Karlsruhe, Rpfleger 2005, 686 [688]; Soergel/Stürner, § 1041 Rn 1, § 1050 Rn 1; RGRK-BGB/Rothe, BGB, § 1041 Rn. 1). Dies gelte jedenfalls für die Erhaltungspflicht nach § 1041 S. 1 BGB (Palandt/Bassenge, BGB, § 1050 Rn 1).“* (BGH aaO)

bb) keine Auswirkungen des § 1050 BGB auf § 1041 BGB

*„Nach anderer Auffassung bleiben die Pflichten des Nießbrauchers aus § 1041 BGB durch die Regelung in § 1050 BGB unberührt (OLG Zweibrücken, OLGZ 1984, 460 [461]; Staudinger-BGB/Frank, § 1041 Rn 2, § 1050 Rn 2; MüKo-BGB/Pohlmann, § 1041 Rn 3, § 1050 Rn 1f.; Bamberger/Roth-Wegmann, BeckOK-BGB, § 1050 Rn 3; Prütting/Wegen/Weinreich/ Eickmann, BGB, § 1050 Rn 2; Lenders, in: PK-BGB, § 1050 Rn 3; vgl. auch Schön, Der Nießbrauch an Sachen, S. 83). Die Beschränkung der Haftung des Nießbrauchers nach § 1050 BGB betreffe **nur Veränderungen und Verschlechterungen** der Sache, die **nicht nach § 1041 BGB beseitigt werden müssten**. § 1041 BGB schränke deshalb die Regelung des § 1050 BGB ein und nicht umgekehrt (MüKo-BGB/Pohlmann, § 1041 Rn 3).“* (BGH aaO)

cc) Stellungnahme des BGH

*„Die zuletzt genannte Auffassung ist zutreffend. Die Vorschrift des **§ 1050 BGB** trifft **keine eigenständige Regelung zu den Instandhaltungspflichten** des Nießbrauchers, sondern belastet den Eigentümer neben dem Risiko einer zufälligen Beschädigung oder Zerstörung der Sache mit deren im Lauf der Zeit allmählich eintretenden Kapitalminderung. Hierbei handelt es sich lediglich um die **Klarstellung**, dass den Nießbraucher **keine Kapitalerhaltungspflicht** trifft, er also nicht für Verschlechterungen der Sache haftet, die trotz Durchführung der gesetzlich geschuldeten Erhaltungsmaßnahmen eintreten (vgl. Staudinger/Frank, BGB, 2002, § 1050 Rn 1; Schön, S. 83 u. 111).*

*Zu den **grundlegenden Pflichten** des Nießbrauchers gehört das in § 1036 II BGB und § 1041 S. 1 BGB enthaltene **Gebot**, die belastete Sache **ordnungsgemäß zu bewirtschaften** und in einem Zustand zu erhalten, dass sie gemäß ihrer bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung genutzt werden kann (vgl. KG, DNotZ 2006, 470 [472]; MüKo-BGB/Pohlmann, § 1036 Rn 17; Staudinger/Frank, § 1036 Rn 12ff.; Lemke, in: NK-BGB, § 1036 Rn 20ff.). Dieser **Wesenskern des Nießbrauchs** würde indessen ausgehöhlt, wenn § 1050 BGB als Einschränkung der Verpflichtung des Nießbrauchers anzusehen wäre, die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten. Der Nießbraucher könnte von der Durchführung laufend anfallender gewöhnlicher **Erhaltungsmaßnahmen** dann nämlich häufig mit der Begründung absehen, der Instandhaltungsbedarf sei auf die **ge-***

wöhnliche Abnutzung der belasteten Sache und damit auf die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs zurückzuführen. Damit wäre die Pflicht des Nießbrauchers zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache in ihr Gegenteil verkehrt. (BGH aaO)

b) Regelung im Vertrag

aa) Inhalt der Regelung

„Hat der Nießbraucher in Abweichung von § 1050 BGB für die allgemeine Entwertung der Sache einzustehen, die auch bei ordnungsgemäßer laufender Unterhaltung in Folge von Abnutzung und Alter eintritt, ist er **zur Erhaltung des vollen Kapitalwerts der Sache verpflichtet**. Damit obliegen ihm zwangsläufig auch die **außergewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen**. Denn sie dienen dazu, den altersbedingten Wertverlust durch grundlegende Sanierungs- und Reparaturmaßnahmen auszugleichen.“

Wird beispielsweise die vollständige Neueindeckung eines Hauses notwendig, weil das Dach im Laufe der Jahrzehnte marode geworden ist, handelt es sich um eine durch das Alter der belasteten Sache bedingte Maßnahme. Da der Nießbraucher für eine solche Verschlechterung der Sache nach § 1050 BGB nicht einzustehen hat, muss er nach dem Gesetz (§ 1041 S. 2 BGB) auch die Kosten für die Dacheindeckung nicht übernehmen (vgl. Senat, NJW-RR 2003, 1290 [1292]). Hat er dagegen auch für die allgemeine Verschlechterung der Sache einzustehen, muss er das durch Zeitablauf abgenutzte Dach erneuern, um den eingetretenen Wertverlust der Sache auszugleichen und so ihren Kapitalwert zu erhalten.“ (BGH aaO)

bb) Wirksamkeit der Regelung

Eine solche Regelung ist auch trotz der Verbindlichkeit des Sachenrechts wirksam.

„Zwar wird angenommen, dass die Vorschrift nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar ist (vgl. BayObLG, DNotZ 1986, 151 [153f.]; MüKo-BGB/Pohlmann, § 1050 Rn 3; Palandt/Bassenge, § 1050 Rn 1; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 14. Aufl., Rn 1375; Schön, S. 281). Etwas anderes gilt aber für eine nur **schuldrechtlich wirkende Vereinbarung**, wie sie zwischen den Parteien in dem Vertrag vom April 1971 getroffen worden ist. In dem der Nießbrauchsbestellung zu Grunde liegenden **Kausalverhältnis** können dem Nießbraucher **besondere, von dem Wesen des Nießbrauchs abweichende schuldrechtliche Verpflichtungen auferlegt werden** (vgl. Staudinger/Frank, Vorb. zu §§ 1030 Rn 18; Schön, S. 345).“ (BGH aaO)

cc) Auslegung der Regelung

Eine solche Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung verstößt auch nicht gegen den zu den **allgemein anerkannten Auslegungsregeln** zählenden Grundsatz einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung (vgl. BGHZ 131, 136 [138] = NJW 1996, 248).

„Dass F während ihrer Besitzzeit die zum Erhalt des Kapitalwerts des Grundstücks notwendigen finanziellen Lasten vollständig tragen soll, während die T von allen diesbezüglichen Belastungen befreit ist, steht mit dem erkennbaren Zweck der Vereinbarung vom 08.04.1971 in Einklang. Danach wurde das Grundstück der T **im Wege der vorweggenommenen Erbfolge** unentgeltlich übertragen, während seine **Nutzungen zu Lebzeiten** F nur dieser zu Gute kommen sollten. Dass T während dieses Zeitraums **von jeglichen Belastungen des Grundbesitzes befreit** sein soll, wird vor allem aus der Vereinbarung deutlich, wonach F berechtigt ist, die Kosten für die steuerliche Absetzung für Abnutzung geltend zu machen. Diese Abschreibungsmöglichkeit stand nämlich auch schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur dem wirtschaftlichen Eigentümer zu, also demjenigen, der unter völligem Ausschluss des Eigentümers im Rechtssinne die mit dem Grundstück verbundenen Nutzungen und Lasten einschließlich des allgemeinen Wertverzehr trägt (vgl. BFH, BB 1972, 345; BB 1974, 634 [635]; vgl. auch Wegmann, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, § 1041 Rn 2). Die Regelung ist auch **interessengerecht**, da T zu Lebzeiten der T weder von den Nutzungen des Grundstücks noch von dem Nießbrauchsrecht der Bekl. profitiert.“ (BGH aaO)

StGB
§§ 283 ff

Bankrott
Strafbarkeit eines GmbH-Geschäftsführers
(BGH in NJW 2009, 2225; Beschluss vom 10.02.2009 – 3 StR 372/08)

StGB

Die **Abgrenzung zwischen den Insolvenzdelikten** der §§ 283ff. StGB und insbesondere der **Untreue nach § 266 StGB**, aber auch den **Eigentumsdelikten nach §§ 242, 246 StGB** ist nicht mehr nach der von der Rspr. entwickelten **Interesstheorie vorzunehmen**.

A. Grundlagenwissen: Die Strafbarkeit des Bankrotts nach § 283 StGB

§ 283 StGB stellt im Gläubigerinteresse bestimmte **vermögensmindernde oder die geschäftlichen Verhältnisse verschleiernde Handlungen und Unterlassungen unter Strafe**.

Einigkeit besteht in Rspr. und Lit. darin, dass es sich beim Tatbestand des Bankrotts um ein **Sonderdelikt** handelt, das **nur durch den Schuldner verwirklicht** werden kann. Handelt es sich bei diesem um eine **Kapitalgesellschaft**, hängt eine **strafrechtliche Haftung des handelnden Organmitglieds** davon ab, ob diesem die **Schuldner-eigenschaft gem. § 14 StGB zugerechnet** werden kann. Nach § 14 I Nr. 1 StGB sind strafbarkeitsbegründende besondere persönliche Merkmale dem Handelnden zuzurechnen, wenn dieser „als“ vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs handelt. Gegenstand der Kontroverse ist insoweit die zutreffende Auslegung von § 14 StGB im Hinblick auf das Sonderdelikt des § 283 StGB und nicht etwa die „Abgrenzung“ zwischen den Anwendungsbereichen der §§ 283, 266 StGB.

Nach der bisher von allen fünf Strafsenaten des BGH vertretenen, von der jüngeren strafrechtlichen Lit. allerdings ganz überwiegend abgelehnten Auffassung setzt eine Zurechnung der Schuldner-eigenschaft voraus, dass das **Organmitglied** jedenfalls **auch im Interesse der Gesellschaft handelt**. Im Falle eines rein eigennütigen Handelns soll das Verhalten bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen allenfalls nach § 266 (und evtl. §§ 242, 246) StGB strafbar sein.

B. Die Bankrott-Strafbarkeit eines GmbH-Geschäftsführers (BGH in NJW 2009, 2225)

Fall: Der Angekl. S war Geschäftsführer, die Angekl. L Prokuristin der G-S-GmbH. Diese Gesellschaft war Komplementärin der G-S-GmbH & Co. KG, deren alleinige Kommanditisten die Angekl. waren. Über diese Besitzgesellschaft betrieben sie unter Einschaltung mehrerer Tochtergesellschaften (sog. Produktionsgesellschaften) unter anderem unter der Marke „B-Enten“ die Entenzucht und den weltweiten Vertrieb von Entenprodukten. In den Produktionsgesellschaften fungierten sie ebenfalls - zumindest teilweise - als Geschäftsführer bzw. Prokuristin. Nachdem sich die Unternehmensgruppe der Angekl. bis in das Jahr 2002 bei jeweils deutlichen Jahresgewinnen zum Marktführer in Deutschland entwickelt hatte, kam es im Jahr 2003 zu einem Umsatzeinbruch und deshalb zu einem erhöhten Kreditbedarf. Eine auf Veranlassung der kreditgebenden Banken durchgeführte Unternehmensanalyse hielt die Suche nach einem strategischen Partner für unbedingt erforderlich. Die Angekl., die befürchteten, die Banken strebten die Übernahme ihrer Unternehmen durch einen Konkurrenten an, bemühten sich unter Einschaltung externer Berater in der Folgezeit vergeblich um eine Umfinanzierung. Anfang des Jahres 2004 meldeten sie ihren Hausbanken einen Verlust für das Jahr 2003 von mehr als 4,5 Mio. Euro und kündigten einen über die bestehenden Kredite hinausgehenden Liquiditätsbedarf von über 4 Mio. Euro an. Die Banken, die zu einer Erhöhung der Kreditlinie nicht bereit waren, sprachen eine mögliche Insolvenz der Unternehmen an. Weitere Versuche der Angekl., eine Umfinanzierung oder eine staatliche Liquiditätshilfe zu erreichen, scheiterten ebenso wie ihre Bemühungen, einen Bekannten an den Gesellschaften zu beteiligen, um so über zusätzliche Geldmittel verfügen zu können. Die Banken verlangten nun als weitere Sicherheit auch die Abtretung der Rechte aus der Marke „B-Enten“. Die Angekl., die sich zunehmend unter Druck gesetzt fühlten, bestellten in dieser Situation Ende Februar 2004 auf Empfehlung eines Rechtsanwalts den ehemaligen Mitangekl. K zum Geschäftsführer von jedenfalls zwei ihrer Produktionsgesellschaften, der G-S-GmbH und der S-GmbH. Da der neue Geschäftsführer über keine Erfahrung in der Branche verfügte, blieben die Angekl. weiter für die Gesellschaften tätig, wofür sie pauschal jeweils 250000 Euro erhalten sollten. Wegen der angespannten Liquiditätslage der Ge-

sellschaften vereinbarten sie mit dem früheren Mitangekl. eine rein erfolgsabhängige Geschäftsführervergütung. Es kam indes nur zu einem nach dieser Vereinbarung provisionspflichtigen Geschäftsabschluss mit einem Volumen von 1,67 Mio. Euro, weitere in Aussicht genommene Verträge kamen nicht zu Stande. In einem Gespräch mit Bankvertretern Anfang März 2004 kündigte K an, zur Verbesserung der Liquidität Reserven aufzulösen, und erklärte, er werde auch gegen den erklärten Widerspruch der Banken diesen zustehendes Sicherungsgut verwerten. Auf ein Schreiben vom 09.03.2004, mit dem die Banken binnen drei Tagen die Vorlage eines Liquiditätsstatus und eine Übersicht über bereits veräußertes Sicherungsgut verlangten, vertröstete er sie auf den 23.03.2004. Die Banken kündigten daraufhin die gesamte Geschäftsverbindung und setzten für die bestehenden Verbindlichkeiten aller Gesellschaften, insgesamt fast 23 Mio. Euro, eine Zahlungsfrist bis zum 02.04.2004. Nachdem der frühere Mitangekl. ihren Mitarbeitern mehrfach eine Inaugenscheinnahme des Sicherungsguts verweigert hatte, stellten die Banken am 26.03.2004 Insolvenzantrag gegen die G-S-GmbH & Co. KG und die vier Produktionsgesellschaften. In der Zeit vom 31.03. bis zum 07.04.2004 stellte K in Absprache und nach Vereinbarung mit den Angekl. der G-S-GmbH und der S-GmbH drei Rechnungen über insgesamt fast 2 Mio. Euro, die nunmehr auch eine erfolgsunabhängige Vergütung sowie Erfolgshonorare für tatsächlich nicht zu Stande gekommene Geschäfte zum Gegenstand hatten, und vereinnahmte diesen Betrag aus dem Vermögen der S-GmbH. Nach der ursprünglichen Vereinbarung hätte ihm ein Anspruch in Höhe von allenfalls knapp 200 000 Euro zugestanden. Über das Vermögen der G-S-GmbH und der S-GmbH wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.

I. Zu prüfen ist, ob der Angekl. S sich wegen **Bankrotts nach §§ 283 ff StGB** strafbar gemacht hat.

1. Der frühere Mitangekl. K hat **durch die Vereinnahmung der Rechnungsbeträge** jedenfalls in Höhe von circa 1,7 Mio. € i.S. des § 283 I Nr. 1 StGB **Vermögen der S-GmbH beiseite geschafft**.

„Die Bezahlung der Rechnungen erfolgte unter Verstoß gegen die Grundsätze eines ordnungsgemäßen Wirtschaftens (vgl. dazu BGHSt 34, 309 = NJW 1987, 2242; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 283 Rn 4 m.w. Nachw.), weil provisionspflichtige Hauptgeschäfte in diesem Umfang nicht getätigt worden waren, deshalb ein Anspruch auf eine erfolgsabhängige Vergütung in dieser Höhe nicht bestand und eine weitere, erfolgsunabhängige Vergütung angesichts der angespannten Liquiditätslage nicht rückwirkend vereinbart werden durfte.“ (BGH aaO).

2. Die Vorschrift des **§ 283 StGB** stellt jedoch ein **Sonderdelikt** dar, dessen Täter nur der Schuldner sein kann (MüKo-StGB/Radtke, § 283 Rn 4; Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., § 283 Rn 225), also die (natürliche oder juristische) Person, die für die Erfüllung einer Verbindlichkeit haftet (MüKo-StGB/Radtke, Vorb. § 283 Rn 36).

a) Ist der Schuldner - wie hier - eine juristische Person, die nur durch ihre Organe/Vertreter handeln kann, so gilt § 14 StGB: Diese Vorschrift setzt für die **strafrechtliche Zurechnung** voraus, dass die **handelnde Person „als“ Organ oder Vertreter** (Abs. 1) bzw. „auf Grund dieses Auftrags“ (Abs. 2) agiert.

Nach **bisheriger BGH-Rspr.** und der **wohl herrschenden Auffassung in der Lit.** ist es danach für eine Strafbarkeit des Vertreters nach § 283 StGB erforderlich, dass er zumindest auch **im Interesse des Geschäftsherrn** handelt. Liegen ausschließlich eigennützige Motive vor, so kann eine Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 StGB in Betracht kommen; eine Verurteilung wegen Bankrotts scheidet hingegen aus.

sog. **Interessentheorie**: BGHSt 30, 127 = NJW 1981, 1793; BGHSt 34, 221 = NJW 1987, 1710; BGH, BGHR StGB § 283 Abs. 1 Konkurrenzen 3; BGH NStZ 2000, 206; zust. Schönemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 14 Rn 50; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 283 Rn 4b; i.Erg. auch Kindhäuser, NK-StGB, 2. Aufl., Vorb. § 283 Rn 56; a.A. Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., Vorb. § 283 Rn 80; Hoyer, SK-StGB, 116. Lfg., § 283 Rn 103f.; Schönke/Schröder, § 14 Rn 26; jew. m.w. Nachw.; differenzierend MüKo-StGB/Radtke, Vorb. § 283 Rn 55

b) **Fraglich ist, ob hier das Vorliegen eines solchen Interesses bejaht werden kann.**

„Ob eine Handlung wenigstens auch im Interesse des Vertretenen vorgenommen worden ist, bestimmt sich nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (BGHSt

30, 127 = NJW 1981, 1793). Dass der frühere Mitangekl. sein weiteres Tätigwerden für die Gesellschaften der Angekl. von der Bezahlung der Rechnungen abhängig gemacht hat, begründet ein wirtschaftliches Interesse der vertretenen G-S-GmbH nicht; es widerspricht einem solchen vielmehr, weiter mit einem Geschäftsführer zusammenzuarbeiten, der im großen Umfang eine ihm nicht zustehende Vergütung verlangt. Nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann in der Überweisung der circa 1,7 Mio. € durch den früheren Mitangekl. K zur Bezahlung der materiell unberechtigten Rechnungen daher nur ein Handeln auf Grund eigennütziger Motive gesehen werden, das der Gesellschaft schadete. Das Einverständnis der Angekl. mit der Rechnungsstellung und ihrer Begleichung war nicht ausreichend (vgl. BGHSt 30, 127 = NJW 1981, 1793; BGH MDR 1979, 806; BGH NStZ 1984, 118; NStZ 1987, 279 = JR 1988, 254; vgl. die Nachw. bei Labsch wistra 1985, 1); die Zustimmung der Gesellschafter einer juristischen Person löst - anders als bei einer Kommanditgesellschaft (vgl. BGHSt 34, 221 = NJW 1987, 1710) - den Interessenwiderstreit zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft nicht auf.“ (BGH aaO).

- c) Darüber hinaus ist auch eine drohende Zahlungsunfähigkeit der G-S-GmbH nicht feststellbar, so dass auch bei **Nichtanwendung der Interessentheorie** eine Beihilfe zum Bankrott nicht gegeben ist.

„Die StrK hat in der Beweiswürdigung des Urteils unter summarischer Gegenüberstellung der liquiden Mittel und der fälligen Forderungen ausgeführt, Anfang April 2004 habe bei der S-GmbH eine Unterdeckung von circa 4 Mio. € bestanden; infolge der Kreditkündigungen seien Verbindlichkeiten in Höhe von fast 23 Mio. € hinzu gekommen. Dies ist bereits widersprüchlich, weil an anderer Stelle des Urteils mitgeteilt wird, dass diese Summe der Kreditaufnahme aller Unternehmen der Angekl. entsprach; auf die G-S-GmbH entfiel nur ein Teil davon. In der Darstellung des LG ist zudem ein von Rechtsanwalt F für die G-S-GmbH geführtes Anderkonto nicht berücksichtigt, von dem der frühere Mitangekl. K am 05.04.2004 das letztlich von ihm vereinnahmte Geld an die S-GmbH überwies.

Abgesehen von diesen Widersprüchen und Unvollständigkeiten begegnet die Darstellung der Liquiditätslage der G-S-GmbH zu den ausgewählten Stichtagen durchgreifenden Bedenken, weil sich das LG auf die Mitteilung der Summen aus dem Liquiditätsstatus und hinsichtlich der liquiden Mittel auf Guthaben auf Girokonten beschränkt. Damit ist dem Senat die Überprüfung verwehrt, ob der vom LG zu Grunde gelegte Liquiditätsstatus nicht nur alle relevanten kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten, sondern auch die zu ihrer Tilgung vorhandenen oder herbeizuschaffenden Mittel (also die flüssigen Mittel und kurzfristig einziehbaren Forderungen sowie ggf. die kurzfristig liquidierbaren Vermögensgegenstände) enthält (vgl. § 17 II InsO und BGH NJW 2001, 1874 = NZI 2001, 496 = wistra 2001, 306 = NStZ 2002, 42; NStZ 2007, 643 = wistra 2007, 312).

Selbst wenn dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe noch zu entnehmen wäre, dass die G-S-GmbH durch Forderungseinzug oder Veräußerung von Vermögensgegenständen weitere liquide Mittel jedenfalls nicht kurzfristig realisieren konnte, war das Abstellen allein auf die angegebenen Kontenguthaben nicht ausreichend; denn in der rechtlichen Würdigung teilt die StrK mit, dass die Gesellschaften der Angekl. untereinander ein Cash-Management betrieben, demzufolge Zahlungen jeweils von dem Konto der Gesellschaft vorgenommen wurden, auf dem Guthaben vorhanden war. Dann hätte es zur nachvollziehbaren Annahme der drohenden Zahlungsunfähigkeit der S-GmbH aber auch Feststellungen zu den Vermögensverhältnissen aller anderen Gesellschaften der Angekl. bedurft. Dies gilt insbesondere deswegen, weil sich dem Urteil nur entnehmen lässt, dass über das Vermögen von zwei der Produktionsgesellschaften das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Über das Schicksal der beiden anderen ergibt sich nichts.“ (BGH aaO).

3. Die von der Rspr. entwickelte **Interessentheorie** ist **in der Lit. jedoch auf Ablehnung gestoßen**, weil sie für die Insolvenzdelikte nur einen geringen Anwendungsbereich lässt, wenn Schuldner i.S. des § 283 StGB eine Handelsgesellschaft ist.

Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., Vorb. § 283 Rn 80; Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 103; MüKo-StGB/Radtke, Vorb. § 283 Rn 55; Labsch wistra 1985, 1; jew. m.w. Nachw.

- a) Dieser Kritik ist zuzugeben, dass die in § 283 StGB aufgezählten Bankrotthandlungen ganz überwiegend dem wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft widersprechen und **der vom Gesetzgeber intendierte Gläubigerschutz in der wirtschaftlichen Krise** insbesondere von Kapitalgesellschaften bei Anwendung der Interessentheorie **weitgehend leerläuft**.

„Besonders augenfällig wird dies in Fällen der Ein-Mann-GmbH, in denen der Gesellschafter/Geschäftsführer der Gesellschaft angesichts der drohenden Insolvenz zur Benachteiligung der Gläubiger Vermögen entzieht und auf seine privaten Konten umleitet, nach wirtschaftlicher Betrachtung also aus eigennützigen Motiven handelt. Nach der Interessentheorie ist er nicht des Bankrotts schuldig, obwohl er die Insolvenz gezielt herbeigeführt hat (vgl. BGHSt 30, 127 = NJW 1981, 1793; krit. dazu Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., Vorb. § 283 Rn 80, 85).

Während Einzelkaufleute in vergleichbaren Fällen regelmäßig wegen Bankrotts strafbar sind, entstehen so **Strafbarkeitslücken für Vertreter oder Organe von Kapitalgesellschaften**. Angesichts der besonderen Insolvenzanfälligkeit von in der Rechtsform der GmbH betriebenen Unternehmen wird der Schutzzweck der Insolvenzdelikte dadurch konterkariert (vgl. Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 103; MüKo-StGB/Radtke, Vorb. § 283 Rn 55). Dies gilt insbesondere, wenn man die Interessenformel konsequent auch auf die Bankrott-handlungen anwendet, die die Verletzung von Buchführungs- oder Bilanzierungspflichten sanktionieren (§ 283 I Nr. 5-7 StGB): Entfällt wegen des fehlenden Interesses der Gesellschaft die Bankrottstrafbarkeit, scheidet eine Verurteilung wegen Untreue regelmäßig am nicht festzustellenden oder nicht nachzuweisenden Vermögensschaden der Gesellschaft (vgl. Arloth NSTz 1990, 570; Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., Vorb. § 283 Rn 84). Über diese **nicht gerechtfertigte Privilegierung von GmbH-Geschäftsführern gegenüber Einzelkaufleuten** hinaus wird der Zweck der § 283 I Nr. 5-7, § 283b StGB unterlaufen, der Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften wegen der besonderen Gefahr von Fehleinschätzungen mit schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen als eigenständiges Unrecht erfassen will (vgl. Arloth NSTz 1990, 570).“ (BGH aaO).

- b) In der Rspr. des BGH ist die Interessentheorie bei Vertretern von Personengesellschaften für die praktisch relevanten Fälle, dass die Gesellschafter der Bankrottbehandlung zustimmen (vgl. dazu Labsch wistra 1985, 1), zudem nicht durchgehalten worden; ein Handeln, das aus wirtschaftlicher Sicht im vollständigen Widerstreit zu den Interessen der vertretenen Gesellschaft steht, soll etwa bei der Kommanditgesellschaft gleichwohl von dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Schuldners - also der Gesellschaft - gedeckt sein, wenn der Komplementär zustimmt (BGHSt 34, 221 = NJW 1987, 1710 = StV 1988, 14). Die **Einschränkung der Interessentheorie** sei insbesondere **aus Gründen des Gläubigerschutzes geboten** (BGHSt 34, 221 = NJW 1987, 1710).

Diese Rspr. hat der BGH in der Folge auch auf Fälle der GmbH & Co. KG erstreckt, in denen der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH die Bankrottbehandlungen mit Zustimmung der Gesellschafter dieser Kapitalgesellschaft und damit der Komplementärin vorgenommen hatte.

BGH wistra 1989, 264; a.A. BGH wistra 1984, 71; NSTz 1987, 279 = JR 1988, 254; offengelassen von BGH NJW 1992, 250 = NSTz 1991, 432

„Der Gläubigerschutz hat aber bei den in der Rechtsform der GmbH betriebenen Gesellschaften kein geringeres Gewicht als bei Personengesellschaften oder insbesondere der Mischform der GmbH & Co. KG, so dass mit dieser Argumentation nicht nachvollziehbar erscheint, warum die Zustimmung der Gesellschafter einer Komplementär-GmbH den Auftrag des Geschäftsführers erweitern kann, das Einverständnis der Gesellschafter bei einer reinen Kapitalgesellschaft für die Frage, ob der Geschäftsführer als Organ oder im Auftrag der Gesellschaft handelt, hingegen bedeutungslos sein soll.“ (BGH aaO).

- c) **BGH aaO** neigt deshalb dazu, **von der bisherigen BGH-Rspr. zur Strafbarkeit eines Vertreters wegen Bankrotts abzuweichen** und die **Abgrenzung** zwischen den Insolvenzdelikten der §§ 283ff. StGB und insbesondere der Untreue nach § 266 StGB, aber auch den Eigentumsdelikten gem. §§ 242, 246 StGB **nicht mehr nach der Interessenformel vorzunehmen**, zumal das Abstellen auf das Interesse des Vertretenen und damit auf ein subjektives Element vom Wortlaut des § 14 StGB nicht gefordert wird (Arloth NSTz 1990, 570; Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., Vorb. § 283 Rn 84).

„Es erscheint vielmehr geboten, **für die Zurechnung der Schuldneigenschaft i.S. der §§ 283ff. StGB maßgeblich daran anzuknüpfen, ob der Vertreter i.S. des § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist**. Dies wird bei rechtsgeschäftlichem Handeln zu bejahen sein, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen auftritt oder Letzteren wegen der bestehenden Vertretungsmacht jedenfalls im Außenverhältnis die

*Rechtswirkungen des Geschäfts unmittelbar treffen (vgl. MüKo-StGB/Radtke, Vorb. § 283 Rn 58; Schönke/Schröder, § 14 Rn 26; Labsch wistra 1985, 59). Gleiches gilt, wenn sich der Vertretene zur Erfüllung seiner außerstrafrechtlichen, aber gleichwohl strafbewehrten Pflichten (vgl. § 283 I Nr. 5-7 StGB) eines Vertreters bedient (Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., Vorb. § 284 Rn 84; Schönke/Schröder, § 14 Rn 26; MüKo-StGB/Radtke, Vorb. § 283 Rn 58; Arloth NSTZ 1990, 570; Winkelbauer JR 1988, 33). Bei **faktischem Handeln** muss die Zustimmung des Vertretenen - unabhängig von der Rechtsform, in der dieser agiert - ebenfalls dazu führen, dass der Vertreter in seinem Auftrag handelt und ihm die Schuldnerstellung zugerechnet wird (: MüKo-StGB/Radtke, Vorb. § 283 Rn 58; Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 106).*

Bei Beachtung dieser Grundsätze kann die trotz gleichartiger Verhaltensweisen mit der Interessentheorie verbundene Ungleichbehandlung zwischen Einzelkaufleuten und GmbH-Geschäftsführern ebenso vermieden werden (vgl. MüKo-StGB/Radtke, Vorb. § 283 Rn 58), wie Strafbarkeitslücken bei Verstoß gegen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten, wodurch der Gläubigerschutz verbessert wird. Soweit der Vertreter eigennützig handelt, wird häufiger als bisher eine Verurteilung wegen Bankrotts in Tateinheit mit Untreue oder einem Eigentumsdelikt in Betracht kommen, insbesondere wenn die Zustimmung der Gesellschafter (oder des alleinigen Gesellschafters/Geschäftsführers) einer GmbH wegen des damit verbundenen existenzgefährdenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen kein tatbestandsausschließendes Einverständnis mit der nachteiligen Vermögensverfügung darstellt (vgl. BGHSt 35, 333 = NJW 1989, 112; BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2248 = NSTZ 2004, 559 = NZI 2004, 681 = NZG 2004, 717; BGH wistra 2003, 457 = NSTZ-RR 2004, 17 = BeckRS 2003, 08472; wistra 2006, 265 = BeckRS 2006, 04015). Dieses Ergebnis ist jedoch gerechtfertigt, weil in diesen Fällen durch dieselbe Handlung unterschiedliche Rechtsgüter - der Schutz der Gläubiger einerseits und das Vermögen bzw. das Eigentum der Gesellschaft andererseits - beeinträchtigt werden.“ (BGH aaO).

- II. Auch eine Strafbarkeit des Angekl. S nach **§ 266 StGB** ist nicht gegeben: Zwar kann ein eigennütziges Beiseiteschaffen von Vermögen durch den Geschäftsführer einer Gesellschaft den Tatbestand der Untreue gem. § 266 StGB erfüllen (BGHSt 28, 371 = NJW 1980, 406; BGH, BGHR StGB § 283 Abs. 1 Konkurrenzen 3). Die Angekl. hatten der **Rechnungsstellung und -begleichung** indes **zugestimmt**.
1. Das **Einverständnis des Geschäftsherrn schließt regelmäßig den Tatbestand der Untreue aus** (Fischer, § 266 Rn 49). Das gilt grds. auch für vermögensnachteilige Dispositionen des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft, wenn sie im Einverständnis der Gesellschafter getroffen werden. 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 35, 333 = NJW 1989, 112 = NSTZ 1989, 23; BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2248 = NSTZ 2004, 559 = NZI 2004, 681 = NZG 2004, 717; BGH NSTZ-RR 2004, 17 = wistra 2003, 457 = BeckRS 2003, 08472; wistra 2006, 265 = BeckRS 2006, 04015; vgl. auch Schüne-mann, LK-StGB, 12. Aufl., § 266 Rn 25; Kindhäuser, NK-StGB, § 266 Rn 68ff.; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 266 Rn 20
 2. Eine solche **Existenzgefährdung der Gesellschaft** - etwa durch Gefährdung ihrer Liquidität - ist aus den oben unter I 2b) genannten Gründen aber ebenfalls **nicht belegt**.

StGB

räuberische Erpressung

StGB

§ 250 II Nr.3a

Misshandlung des Opfers nach Tatvollendung

(BGH in StV 2009, 409; Urteil vom 25.03.2009 – 5 StR 31/09)

Schwere Misshandlungen nach Vollendung einer Raubtat können nur dann den **Qualifikationstatbestand** des § 250 II Nr. 3a StGB erfüllen, wenn sie weiterhin **von der Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht des Täters getragen** sind, also insbes. der Beutesicherung oder der Erlangung weiterer Beute dienen.

Fall: Die Angekl. hatten sich am Abend vor der Tat in der Wohnung des Angekl. R getroffen und dort gemeinsam mit zwei Mädchen alkoholische Getränke konsumiert. Um Nachschub zu besorgen, begaben sie sich zu einem „Spätkauf“. Da ihr Geld nicht ausreichte, machte letztlich der Angekl. Z den Vorschlag, jemanden „abzuziehen“. Diesem Vorhaben schloss sich der Angekl. S ohne Zögern an, während sich der Angekl. R zunächst nicht beteiligen wollte und mit den Mädchen in einigem Abstand hinter den beiden anderen herlief. Auf der Straße begegneten die Angekl. den Geschädigten I und K. In Ausführung ihres Planes beraubten Z und S zunächst den Zeugen I. Unter Einsatz von Faustschlägen und Tritten nahmen sie ihm eine Schachtel Zigaretten weg.

Während dieser Tat hatte sich der Zeuge K ängstlich entfernt. Der Angekl. R verfolgte ihn und versperrte ihm mit ausgestreckten Armen den Weg. Die beiden anderen Angekl. kamen hinzu und bauten sich, ihren Tatplan wieder aufgreifend, vor dem Zeugen auf. Sie schubsten ihn und verlangten Geld von ihm verbunden mit der Drohung, ihn im Falle der Weigerung „abzustechen“. Nachdem der inzwischen „panische“ Zeuge sich auf ihr Geheiß auf die Eingangsstufen eines Hauses gesetzt und dem Angekl. S seine Geldbörse ausgehändigt hatte, trat dieser zur Seite, um sie zu durchsuchen. Als der Geschädigte nun aufstehen und sich entfernen wollte, hinderten R und Z ihn daran. Sie versetzten ihm so heftige Faustschläge und Tritte, dass er zu Boden ging. Beide Angekl. traten mehrfach gegen den Kopf des Zeugen. Nachdem der Angekl. S der Geldbörse des K einen Fünf-Euro-Schein entnommen und die Börse weggeworfen hatte, beteiligte er sich ebenfalls an den Misshandlungen und trat wiederholt ins Gesicht des am Boden Liegenden. Die Angekl. ließen den Geschädigten schließlich bewusstlos zurück.

Die Angekl. könnten sich wegen des Angriffs auf K wegen **(besonders) schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung** nach §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 253, 255, 250 II Nr. 3a, 25 II, 52 StGB strafbar gemacht haben.

I. **Grds.** ist eine **Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes** des § 250 II Nr. 3a StGB auch noch **in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung der Raubtat möglich** (Fischer, StGB, 56. Aufl., § 250 Rn 26).

Dies hat der **BGH** für den ähnlichen Fall des Verwendens einer Waffe „bei der Tat“ im Sinne des § 250 II Nr. 1 StGB (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 342; BGH NJW 2008, 3651) im Einklang mit seiner Rspr. zu § 250 I Nr. 1 StGB a.F. (vgl. BGHSt 20, 194) mehrfach bejaht. Danach genügt es zur Anwendung des § 250 StGB, dass die Waffe dem Täter zu irgendeinem Zeitpunkt des Tathergangs zur Verfügung steht. Unter Tathergang ist dabei nicht nur die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale bis zur Vollendung des Raubes zu verstehen, sondern das gesamte Geschehen bis zu dessen tatsächlicher Beendigung.

Allerdings hat der BGH stets darauf abgestellt, dass der Täter die Waffe zwischen Vollendung und Beendigung des Raubes zur weiteren Verwirklichung seiner Zueignungsabsicht und in diesem Abschnitt der Tat insbesondere zur Beutesicherung eingesetzt hat.

Nichts anderes hat zu gelten, wenn nach Vollendung einer räuberischen Erpressung der Waffeneinsatz in Frage steht. Er muss entsprechend zur weiteren Verwirklichung der Bereicherungsabsicht erfolgt sein.

II. Der **schlichte räumlich-zeitliche Zusammenhang** zwischen einem – vollendeten – Raub oder einer räuberischen Erpressung und einer unmittelbar nachfolgenden schweren Misshandlung **genügt** für die Annahme des Tatbestandsmerkmals „bei der Tat“ i. S. des § 250 II Nr. 3a StGB **hingegen nicht**.

1. Dem steht schon der **systematische Zusammenhang** entgegen, in dem der Tatbestand steht.

„Da die Raubdelikte durch die finale Verknüpfung von Gewalt und rechtswidriger Vermögensverfügung geprägt sind, bezieht sich das Merkmal „bei der Tat“ auf eben diese Ver-

knüpfung. Hierfür spricht auch die Regelung des räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB, wonach der auf frischer Tat betroffene Dieb nur dann gleich einem Räuber – mit den entsprechenden Qualifikationen – bestraft werden kann, wenn er die Gewalt einsetzt, um sich im Besitz der Beute zu erhalten. Die Qualifikation betrifft deshalb bei den übrigen Raubtatbeständen auch nur die besondere Form oder Intensität des Gewalteinsetzes, der für die Herbeiführung der Vermögensverfügung aufgewendet wird. Dabei ist bei der Auslegung des § 250 II Nr. 3a StGB maßgeblich zu berücksichtigen, dass die Vorschrift gegenüber den als Vergleichsmaßstab heranzuziehenden Strafbestimmungen der §§ 224 und 226 StGB eine deutlich angehobene Strafraumenuntergrenze aufweist. Das bloße Übergehen zur schweren körperlichen Misshandlung nur bei Gelegenheit eines bereits vollendeten Raubes vermag diese signifikante Anhebung der Mindeststrafe nicht zu rechtfertigen.“ (BGH aaO).

2. Zwar erscheint es vom **Wortlaut** her möglich, im weiteren Zusammenhang mit einem vollendeten Raub oder einer räuberischen Erpressung stehende Körperverletzungen – etwa aus Wut über eine zu geringe Beute ausgeführte schwere Misshandlung – der Qualifikation des § 250 II Nr. 3a StGB zu unterstellen. Der **besondere Schutzzweck des Raub- und Erpressungstatbestandes erfordert** indes, dass die als schwere Misshandlung zu qualifizierende **Körperverletzung von einer weiteren Verwirklichung der Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht getragen** ist (vgl. BGHSt 20, 194; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 250 Rn 12; a. A. Fischer aaO).

„So liegt es hier aber nicht: Die massiven, zur Ohnmacht des Opfers führenden Verletzungshandlungen der Angekl. standen in keinem Zusammenhang mit der Erpressungstat. Der Angekl. S hatte die aus 5 € bestehende Tatbeute bereits an sich genommen und die offensichtlich für wertlos gehaltene Geldbörse des Opfers weggeworfen. Die Angekl. hatten keinen Anlass für die Annahme, der Geschädigte werde versuchen, seine Geldbörse wieder zu erlangen. Des Weiteren ist nicht festgestellt, dass die Angekl. den Geschädigten durch die Misshandlungen etwa noch zur Herausgabe weiterer Wertgegenstände veranlassen wollten.“ (BGH aaO).

- III. **Ergebnis:** Der Umstand, dass die körperlichen Misshandlungen erst nach Herausgabe der Geldbörse erfolgten, steht der Verwirklichung des Qualifikationsmerkmals des § 250 II Nr. 3 a StGB entgegen.

BauGB
§§ 14, 17

**Laufzeit einer Veränderungssperre
bei Änderung des Bebauungsplans wegen Unwirksamkeit**
(BayVGH in BayVBl. 2009, 369; Urteil vom 24.11.2008 – 08.140)

BauR

1. Ob eine **erneute Veränderungssperre** bei Fortbestehen der Voraussetzungen des §14 I BauGB ohne weiteres erlassen werden darf oder ob die **besonderen Anforderungen des § 17 II BauGB** erfüllt sein müssen, hängt davon ab, während welchen Zeitraums die vorangegangene (verlängerte) Veränderungssperre gegolten hat.
2. Hat das **Normenkontrollgericht** die **Unwirksamkeit** eines in der Aufstellungsphase **durch eine Veränderungssperre gesicherten Bebauungsplans festgestellt**, so kann die von der Gemeinde beschlossene **erneute Aufstellung** eines Bebauungsplans für denselben Planbereich **durch eine neue Veränderungssperre gesichert** werden, ohne dass es der Voraussetzungen des § 17 II BauGB bedarf.

A. Grundlagenwissen: Die Veränderungssperre, §§ 14 BauGB

Hat sich die Gemeinde zu einer Bauleitplanung entschlossen, diese aber noch nicht durch eine Satzung verabschiedet oder besteht sonst wie die Gefahr, dass die Planungsvorgaben der Gemeinde untergraben werden, so stehen verschiedene Instrumentarien zur **Sicherung der gemeindlichen Planung** zur Verfügung. Hierzu gehören die **Veränderungssperre** nach § 14 BauGB, die **Zurückstellung** von Baugesuchen nach § 15 BauGB und das **Vorkaufsrecht** der Gemeinde nach § 24 BauGB.

Hat die Gemeinde beschlossen, einen **Bebauungsplan aufzustellen**, so kann sie **Veränderungen im Plangebiet** dadurch **verhindern**, dass sie eine Veränderungssperre beschließt. Im Geltungsbereich der Veränderungssperre können **keine genehmigungspflichtigen Vorhaben mehr realisiert** werden. Selbst genehmigungsfreie Vorhaben sind unzulässig, wenn sie erheblich sind oder zu einer Wertsteigerung führen. Die Veränderungssperre führt also zu einer **generellen Suspendierung von Bauvorhaben** im Plangebiet.

Die Veränderungssperre ist gem. § 16 BauGB eine **Satzung** und unterliegt als solche – wie der Bebauungsplan – dem **Normenkontrollverfahren** des § 47 VwGO vor dem OVG. Die Veränderungssperre ist nach § 17 BauGB für **2 Jahre** gültig, kann aber unter besonderen Umständen mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde auch **verlängert** werden. Wird der Bebauungsplan, dessen Ziele die Veränderungssperre sichern soll, jedoch früher wirksam, so tritt die Veränderungssperre als vorläufige Sicherungsmaßnahme gem. § 17 V BauGB außer Kraft.

Beachte: Bei Geltung über 4 Jahre hat der Grundstückseigentümer nach § 18 BauGB Entschädigungsansprüche wegen Beeinträchtigung von Art. 14 GG.

Das Inkrafttreten einer Veränderungssperre setzt voraus:

- Einen Ratsbeschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplanes.
- Einen Ratsbeschluss über die Veränderungssperre.

B. Laufzeit der Veränderungssperre bei erneuter Planaufstellung wegen vorheriger Unwirksamkeit der Planung (BayVGH in BayVBl. 2009, 369)

Fall: A ist Eigentümer des etwa 1.800 m² großen Grundstücks Fl.Nr. 164/5 Gemarkung Das unmittelbar an den Würthersee grenzende Grundstück ist mit einem älteren Wohnhaus bebaut, dessen Grundfläche - ohne einen Vorbau auf der Südwestseite - etwa 120 m² beträgt. Auch die nordöstlich und südwestlich angrenzenden Ufergrundstücke sind - auf einer Länge von etwa 550 m - bebaut. Überwiegend handelt es sich um Wochenendhäuser; auf weiteren fünf Grundstücken stehen Wohnhäuser. Das Gebiet liegt im Geltungsbereich der Landschaftsschutzverordnung „Westlicher Teil des Landkreises ...“ vom 20. April 1972 (Amtsblatt des Landkreises ... vom 26.4.1972). Nach § 1 IV der Verordnung treten deren Regelungen mit dem Inkrafttreten eines Bebauungsplans insofern außer Kraft, als sie der Durchführung des Bebauungsplans entgegenstehen.

Nach bis in die 80iger Jahre des letzten Jahrhunderts zurückreichenden Vorüberlegungen erließ B im Juni 2001 den Bebauungsplan „...“. Der Bebauungsplan setzte jeweils den größten Teil der Seeufergrundstücke als private Grünfläche fest, im Bereich der Gebäude war jeweils eine Fläche als „Sondergebiet Wochenendhaus mit untergeordneter Wohngebäudenutzung“ ausgewiesen. Innerhalb dieser Fläche war jeweils ein „Bauraum“ als überbaubare Grundstücksfläche festgesetzt. Mit Urteil vom 02.06.2006 (1 N 03.1546) erklärte der Verwaltungsgerichtshof den Bebauungsplan „Wörthseeufer-Teilbereich Seeleite“ für unwirksam.

Nach Abschluss des Normenkontrollverfahrens beantragte A einen Vorbescheid für die Errichtung von zwei Wohngebäuden mit einer Grundfläche von je 80 m² beiderseits des bestehenden Wohngebäudes. B reagierte auf den Antrag mit den in der Gemeinderatssitzung vom 29.07.2006 gefassten Beschlüssen, einen Bebauungsplan Nr. 45 „...“ aufzustellen und diese Planung durch den Erlass einer Veränderungssperre zu sichern. Der Aufstellungsbeschluss und die Veränderungssperre wurden am 10.10.2006 bekannt gemacht. Am 24.09.2008 beschloss der Gemeinderat, die Veränderungssperre um ein Jahr zu verlängern. Die Bekanntmachung der Verlängerungssatzung erfolgte am 06.10.2008. Das Gebiet des in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans und der Geltungsbereich der Veränderungssperre decken sich mit dem Geltungsbereich des für unwirksam erklärten Bebauungsplans. Auch die allgemeinen Planungsziele entsprechen weitgehend den Zielen, die mit dem unwirksamen Bebauungsplan verfolgt wurden. Im Wesentlichen geht es der Gemeinde darum, die Seeuferbereiche in ihrem ökologischen und naturräumlichen Zusammenhang zu erhalten und zu regenerieren, die bauliche Nachverdichtung in diesem Bereich zu begrenzen sowie den Charakter einer Wochenendhaussiedlung sowie Durchblicksmöglichkeiten von der „Seeleite“ auf den Wörthsee zu erhalten und zu sichern. A hat gegen die Verlängerung der Veränderungssperre noch im Jahr 2008 einen Normenkontrollantrag eingereicht. Wird dieser Erfolg haben?

I. Zulässigkeit des Normenkontrollantrags

Ein Antrag des A auf Durchführung eines Normenkontrollverfahrens ist zulässig, wenn die Voraussetzungen der §§ 40 und 47 VwGO gegeben sind.

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Da hier **streitentscheidenden Regelungen** solche des BauGB und sind somit öffentlich-rechtliche sind und auch nicht um Verfassungsrecht gestritten wird, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. richtige Verfahrensart

Das Normenkontrollverfahren ist statthaft, wenn es sich bei dem Kontrollgegenstand gem. § 47 I Nr. 1 VwGO um eine **baurechtliche Satzung** handeln. Die Veränderungssperre ist nach § 16 I BauGB eine Satzung, so dass auch die Verlängerung der Geltungsdauer dem Verfahren nach § 47 VwGO unterliegt.

3. zuständiges Gericht

Für die Prüfung baurechtlicher Satzungen ist gem. § 47 I Nr. 1 das **OVG** berufen.

4. Beteiligtenfähigkeit

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

5. Postulationsfähigkeit, § 67 VwGO

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

6. Antragsbefugnis

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

Die Veränderungssperre nimmt A auf Zeit die sich aus Art. 14 GG ergebende Möglichkeit, sein Grundstück nach Belieben zu bebauen. Eine Verletzung der sich hieraus ergebenden subjektiv-öffentlichen Rechte erscheint daher möglich, so dass die Antragsbefugnis vorliegt.

7. Vorverfahren

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

8. Antragsfrist

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

Die Durchführung eines Normenkontrollverfahrens ist damit zulässig.

II. Begründetheit des Normenkontrollantrags

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn die um ein Jahr verlängerte **Veränderungssperre unwirksam** ist. Da sowohl die Aufstellung eines Bebauungsplanes als auch die Veränderungssperre selbst beschlossen wurden, liegen die **Voraussetzungen** des § 14 BauGB damit **grundsätzlich vor**. Problematisch ist jedoch, dass es bereits zuvor Veränderungssperren für das Baugebiet gab.

Für die **Laufzeit** der Veränderungssperre ist in § 17 I 1 BauGB zunächst eine Gültigkeitsdauer von **2 Jahren** vorgesehen, die jedoch nach § 17 I 3 BauGB durch Beschluss ohne weitere Voraussetzungen nochmals **um ein Jahr verlängert** werden kann. Eine weitere Verlängerung ist nach § 17 II BauGB nur zulässig, wenn **besondere Umstände** vorliegen und auch nur für ein weiteres Jahr. Ist eine Veränderungssperre außer Kraft getreten, so kann sie nach § 17 III BauGB **erneut beschlossen** werden, wenn die Erlassvoraussetzungen vorliegen.

Fraglich ist hier, ob es sich vorliegend bei der Veränderungssperre um eine **neu erlassene Veränderungssperre** handelt, für welche nur die Voraussetzungen des § 17 I BauGB vorliegen müssen, oder ob es sich um einer **erneute Veränderungssperre** handelt, die nach § 17 III BauGB nur unter den Voraussetzungen des § 17 II BauGB und damit bei Vorliegen besonderer Umstände zulässig ist.

1. Abgrenzungskriterien die Unterscheidung zwischen einer neuen Veränderungssperre (§ 14 I BauGB) und einer erneuten Veränderungssperre (§ 17 III BauGB)

*„Nach § 17 III 3 BauGB kann die Gemeinde eine außer Kraft getretene Veränderungssperre erneut beschließen, wenn die Voraussetzungen für ihren Erlass fortbestehen. Eine **erneute Veränderungssperre** sichert **dieselbe Planung** wie die vorangegangene Veränderungssperre. Ob eine erneute Veränderungssperre bei Fortbestehen der Voraussetzungen des § 14 I BauGB ohne weiteres erlassen werden darf oder ob die besonderen Anforderungen des § 17 II BauGB erfüllt sein müssen, hängt davon ab, während **welchen Zeitraums** die vorangegangene (verlängerte) Veränderungssperre gegolten hat. Waren der Zeitraum der regelmäßigen Geltungsdauer einer Veränderungssperre von **zwei Jahren** (§ 17 I 1 BauGB) sowie der **Zeitraum einer ersten Verlängerung** bis zu einem weiteren Jahr (§ 17 Abs. 1 Satz 3 BauGB) bereits erfüllt, so darf eine erneute Veränderungssperre nur unter den Voraussetzungen des § 17 II BauGB und somit **nur dann erlassen werden, wenn besondere Umstände es erfordern**. War die **vorangegangene Veränderungssperre** bereits ein **zweites Mal verlängert** worden, so kommt eine erneute Veränderungssperre allenfalls dann in Betracht, wenn besondere Umstände von **nochmals gesteigertem außergewöhnlichem Gewicht** vorliegen (vgl. BVerwG NJW 1977, 400; Jade in Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB/BauNVO, § 17 BauGB, Rn 23 ff.).“ (BayVGH aaO)*

2. Anwendung auf den Fall

Nach diesen Vorgaben musste bzw. muss die in diesem Verfahren angegriffene Veränderungssperre nicht (spätestens) mit Beginn des zweiten Jahres ihrer Geltungsdauer durch besondere Umstände im Sinne von § 17 II BauGB gerechtfertigt sein.

„Bei der Veränderungssperre handelt es sich nicht nur im Verhältnis zu der Sperre, die vom 28.07.1982 bis zum 28.04.1984 gegolten hat, sondern auch im Verhältnis zu der Veränderungssperre mit Geltungsdauer vom 20.11.1995 bis zum 20.11.1997 nicht um eine erneute Veränderungssperre. Die streitgegenständliche Veränderungssperre **sichert nicht dieselbe Planung** wie die genannten früheren Sperren, **sondern eine neue Planung**. Somit musste B im Hinblick auf die Anforderungen des § 17 BauGB **keine vorangegangenen Sicherungszeiten** berücksichtigen. Dies ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus den Rechtssätzen, die das Bundesverwaltungsgericht in der von allen Beteiligten genannten Entscheidung vom 29.03.2007 (BVerwG NVwZ 2007, 954) formuliert hat.

Nach dieser Entscheidung kann, wenn das **Normenkontrollgericht die Unwirksamkeit** eines in der Aufstellungsphase **durch eine Veränderungssperre gesicherten Bebauungsplans festgestellt** hat, die von der Gemeinde beschlossene **erneute Aufstellung** eines Bebauungsplans für denselben Planbereich **durch eine neue Veränderungssperre gesichert** werden. Die Voraussetzung, dass es sich um eine andere als die bisherige Planung handeln muss, ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts auch dann erfüllt, wenn der Bebauungsplan wegen der Unwirksamkeit einzelner Festsetzungen insgesamt für unwirksam erklärt wurde und mit der neuen Planung das Ziel verfolgt wird, nur die im Normenkontrollverfahren beanstandeten Festsetzungen zu ändern, es im übrigen aber bei den bisherigen Festsetzungen zu belassen.“ (BayVGH aaO)

Der Bebauungsplan aus dem Jahre 2001 wurde im Rahmen eines Normenkontrollverfahren für unwirksam erklärt. Es ist davon auszugehen, dass B mit dem Bebauungsplan, dessen Aufstellung durch die angegriffene Veränderungssperre gesichert wird, die im entsprechenden Urteil aufgezeigten Mängel ausräumen möchte.

„Dadurch wird die neue Planung zu einer **inhaltlich anderen Planung**, die ohne Anrechnung der Laufzeit einer vorangegangenen Veränderungssperre durch eine neue Veränderungssperre gesichert werden kann. Dem steht **nicht entgegen**, dass B mit der neuen Planung **im Wesentlichen dieselben städtebaulichen Ziele** verfolgt wie mit dem für unwirksam erklärten Bebauungsplan. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Bebauungsplanung, die dem derzeit mit der Aufstellung des Bebauungsplans Nr. 45 unternommenen neuen Anlauf zur Verwirklichung dieser Ziele vorangegangen ist, durch Normenkontrollurteil in vollem Umfang für unwirksam erklärt wurde. Aufgrund des Urteils steht nicht nur - mit Allgemeinverbindlichkeit (§ 47 V 2 HS.2 VwGO) - fest, dass der **alte Bebauungsplan von Anfang an rechtlich nicht existent** war. Dem Urteil ist auch zu entnehmen, dass die Unwirksamkeit auf inhaltlichen Mängeln beruht und dass diese so gravierend waren, dass sie zur Gesamtnichtigkeit geführt haben. Um ihre Planungsziele zu verwirklichen, musste die Antragsgegnerin somit **inhaltliche Korrekturen** vornehmen und verfahrensmäßig wieder „von vorne“ beginnen, das heißt erneut die Aufstellung eines Bebauungsplans beschließen.“ (BayVGH aaO)

Bei der angegriffenen Veränderungssperre handelt es sich **nicht um eine erneute, sondern um eine neue Veränderungssperre**, die im derzeit laufenden dritten Jahr ihrer Geltungsdauer noch nicht durch besondere Umstände im Sinne von § 17 II BauGB gerechtfertigt sein muss. Der Normenkontrollantrag ist A ist daher unbegründet.

GastG

§ 4 I 1 Nr. 1

Unsittlichkeit einer Anbahnungsgaststätte keine grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfragen

POR

(BVerwG in GewA 2009, 255; Beschluss vom 23.03.2009 – 8 B 2.09)

1. Die Grundsatzrüge nach § 132 II Nr. 1 VwGO setzt die Formulierung einer **bestimmten, höchstrichterlich noch ungeklärten** und für die Revisionsentscheidung erheblichen **Rechtsfrage des revisiblen Rechts** voraus, der eine allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.
2. Eine Rechtsfrage ist nicht schon deshalb ungeklärt, weil sie in der Literatur unterschiedlich beurteilt wird und seit einer Rechtsänderung keine neue höchstrichterlich Entscheidung vorliegt.
3. Eine Klärung ist nicht erforderlich, wenn die Frage sich anhand der üblichen **Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation** auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung **ohne weiteres beantworten lässt**.
4. Die **Fragen der Unsittlichkeit** von Prostitution und ihrer Förderung in einer Anbahnungsgaststätte sind insofern **hinreichend geklärt**.

Fall: G betreibt in einem Bordell eine Gaststätte. Dort ermöglicht er auch Prostituierten und Kunden die Anbahnung von Kontakten. Die zuständige Behörde in H nimmt daher die ihm erteilte Gaststättenerlaubnis nach § 15 I GastG nach erfolgter Anhörung schriftlich mit der Begründung zurück, dass schon bei Erteilung ein Versagungsgrund nach § 4 I 1 Nr. 1 GastG vorgelegen habe, weil G der Unsittlichkeit Vorschub leiste. Die Klage gegen die Rücknahme hatte Erfolg. Die Berufung der Stadt H wurde abgewiesen, die Revision nicht zulassen. Die Stadt H erhebt nun Nichtzulassungsbeschwerde mit der Begründung, die Rechtssache habe nach § 132 II Nr. 1 VwGO grundsätzliche Bedeutung. Wird die Beschwerde Erfolg haben?

Die Grundsatzrüge setzt die Formulierung einer **bestimmten, höchstrichterlich noch ungeklärten** und für die Revisionsentscheidung erheblichen **Rechtsfrage des revisiblen Rechts** voraus, der eine allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt (vgl. BVerwG NJW 1997, 3328). Fraglich ist, ob die Frage:

„Ist die gaststättenrechtliche Erlaubnis für den Ausschank von (alkoholischen und nichtalkoholischen) Getränken in einem Bordell zu versagen, weil dadurch der Unsittlichkeit im Sinne von § 4 I Nr. 1 GastG Vorschub geleistet wird?“

diese Anforderungen erfüllt.

*„Dazu **genügt nicht**, dass die Frage von einem **Teil der Literatur noch bejaht** wird (vgl. zum Streitstand Gurlit, VerwArch 2006, 409 [425 f.] und GewA 2008, 426 [427] je m.w.N.), oder dass sie seit **Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes nicht (wieder) Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung** war.*

*Nur wenn ihre **Klärung gerade eine solche Entscheidung verlangt**, muss zur Wahrung der Rechtseinheit einschließlich der gebotenen Rechtsfortentwicklung ein Revisionsverfahren durchgeführt werden. Das ist **nicht der Fall**, wenn die Frage sich anhand der üblichen **Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation** auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung **ohne weiteres beantworten lässt** (vgl. Beschlüsse vom 28. Mai 1997 - BVerwG 4 B 91.97 - Buchholz 407.4 § 5 FStrG Nr. 10 und vom 24.08.1999 - BVerwG 4 B 72.99 - BVerwGE 109, 268 [270]).“ (BVerwG aaO)*

I. Bisherige Vorgaben der Rechtsprechung

Hier zeichnet das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 06.11.2002, NJW 2003, 2470, das die frühere Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal der Unsittlichkeit fortentwickelt, dessen Auslegung auch in Bezug auf die Prostitution vor.

*„Danach ist der Rechtsbegriff der Unsittlichkeit **nicht als moralische Kategorie oder ethische Forderung** zu verstehen, sondern im Hinblick auf den Normzweck der Gefahrenabwehr und mit Rücksicht auf die grundrechtlichen Gewährleistungen in Art. 1 I, Art. 2 I 1 GG auszulegen.*

*§ 4 I 1 GastG soll das **Zusammenleben der Menschen ordnen**, soweit deren Verhalten sozialrelevant ist, d.h. nach außen in Erscheinung tritt und das Allgemeinwohl beeinträchtigen kann. Die Vorschrift dient **nicht** dazu, die **Sittlichkeit um ihrer selbst willen zu wahren**, sie zu fördern oder zu ihr zu erziehen. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich auf **Vorgänge, die dem grundgesetzlich verbürgten Menschenbild widersprechen**, mit Strafe oder Bußgeld bedroht sind oder wegen ihres Öffentlichkeitsbezugs einem sozialetischen Unwerturteil unterliegen. Dazu zählt **sexuelles Verhalten**, das schutzwürdige Belange der Allgemeinheit berührt, insbesondere, wenn es **nach außen tritt** und dadurch die*

ungestörte Entwicklung junger Menschen in ihrer Sexualsphäre gefährden kann oder andere Personen, die hiervon unbehelligt bleiben wollen, **erheblich belästigt** (Urteile vom 16.09.1975 - BVerwG 1 C 44.74 - BVerwGE 49, 160 [163 f.] und NJW 2003, 2470).“ (BVerwG aaO)

II. Unsittlichkeit wegen Entgeltlichkeit

„Auf **freier Selbstbestimmung** beruhende, den Regelungen des Prostitutionsgesetzes entsprechende **sexuelle Handlungen ohne Öffentlichkeitsbezug** widersprechen nicht schon wegen ihrer Entgeltlichkeit dem Menschenbild des Grundgesetzes. Art. 1 I 1 i.V.m. Art. 2 I GG gewährleisten die **freie Selbstbestimmung auch in sexueller Hinsicht**. Sie schützen den Einzelnen vor einer Beeinträchtigung dieser Selbstbestimmung und vor einer Behandlung oder Darstellung, die seine Subjektqualität oder seinen **Wert- und Achtungsanspruch** leugnet, indem sie ihn zum entpersonalisierten Objekt entwürdigt (Urteil vom 06.11.2002 aaO).

Das Vorliegen solcher Umstände hat der Verwaltungsgerichtshof aufgrund seiner nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Tatsachenfeststellungen ebenso verneint wie einen Verstoß gegen Straf- oder Bußgeldtatbestände.“ (BVerwG aaO)

III. Unsittlichkeit der Prostitution als solcher

„Für die Frage, ob die Prostitution wegen ihres Öffentlichkeitsbezugs einem sozialetischen Unwerturteil unterliegt, sind die **sozialetischen Wertvorstellungen** maßgeblich, die in der **Rechtsgemeinschaft als Ordnungsvoraussetzungen anerkannt**, jedoch dem geschichtlichen Wandel unterworfen sind (Urteile vom 30.01.1990 - BVerwG 1 C 26.87 - BVerwGE 84, 314 [317 ff.] und vom 06.11.2002 aaO).

Der **früheren Rechtsprechung**, die aufgrund der damaligen Wertvorstellungen die Prostitution stets für unsittlich hielt (Urteil vom 15. Juli 1980 - BVerwG 1 C 45.77 - BVerwGE 60, 284 [289]) und deshalb den Betrieb eines sie fördernden Ausschanks als Vorschubleisten im Sinne des § 4 I 1 GastG beurteilte (Beschlüsse vom 14. November 1990 - BVerwG 1 B 74.90 - Buchholz 451.41 § 4 GastG Nr. 17 und vom 19. Februar 1996 - BVerwG 1 B 24.96 - Buchholz 451.41 § 4 GastG Nr. 21), hat der im **Erlass des Prostitutionsgesetzes** zum Ausdruck kommende **Wandel der sozialetischen Wertvorstellungen** die **Grundlage entzogen**. Nach den heutigen Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft ist die **kommerzielle Ausnutzung sexueller Bedürfnisse oder Interessen nicht mehr grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen**. Selbst entgeltliche sexuelle Handlungen werden nicht mehr „automatisch“ als unsittlich beurteilt (Urteil vom 06.11.2002 aaO S. 5; vgl. BTDrucks 14/5958 S. 6; zum Gesetzgebungsverfahren im Einzelnen vgl. Pöttl, Gaststättenrecht, 5. Aufl. 2003, § 4 Rn. 65 m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

IV. gewerbliche Förderung der Prostitution durch Dritte

„Die von der Beteiligten sinngemäß gestellte abschließende Frage, ob zumindest die **gewerbliche Förderung der Prostitution durch Dritte** - unabhängig von der sozialetischen Beurteilung der Prostitution selbst - den Tatbestand des § 4 I 1 Nr. 1 GastG erfülle, **beantwortet sich ohne weiteres aus dem Gesetz**. Danach hängt die Tatbestandsmäßigkeit eines „Vorschub leistenden“ Förderns von der **sozialetischen Beurteilung** des geförderten Verhaltens ab. Die Förderung der Prostitution ist daher ebenso differenziert zu beurteilen wie die Prostitution selbst.“ (BVerwG aaO)

V. Umsetzung in Instanzrechtsprechung

„Der im Urteil vom 06.11.2002 nachgezeichnete Wandel der Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft wird **seither auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung berücksichtigt**.

Sie argumentiert nicht mehr mit einer **Unsittlichkeit der Prostitution als solcher**, sondern stellt auf deren **konkreten Öffentlichkeitsbezug** oder auf Verstöße gegen Rechtsvorschriften ab (vgl. VGH München, Beschlüsse vom 28.07.2004 - 22 CS 03.2276 - juris; - Sperrgebietsverordnung und vom 20.09.2004 - 22 CE 04.2203 - GewA 2004, 491 [492] - Menschenhandel; OVG Koblenz, Beschluss vom 05.07.2005 - 6 B 10673/05 - GewA 2005, 387 f. und VG München, Beschluss vom 17.06.2004 - M 16 S 04.2829 - jeweils Sperrgebietsverordnung; VG Gießen, Beschluss vom 12.08.2004 - 8 G 2592/04 - GewA 2004, 432 - Verstöße gegen das Ausländergesetz, § 259 StGB; VG Weimar, Beschluss vom 13.05.2002 - 8 E 202/02.We - GewA 2002, 298 [299] - Sperrgebietsverordnung; allgemein VG Stuttgart, Urteil vom 22.07.2005 - 10 K 3330/04 - GewA 2005, 431 [432] und zuvor bereits das in den Materialien zum Prostitutionsgesetz, BTDrucks 14/5958 aaO, zustimmend zitierte Urteil des VG Berlin vom 01.12.2000 - VG 35 A 570.99 - GewA 2001, 128).

Auch der **Bundesgerichtshof** hält die Prostitution **nicht mehr für grundsätzlich sittenwidrig** (vgl. BGH, NJW 2006, 3490 [3491] und NJW 2008, 140).

Die **Verwaltungspraxis** zieht aus dem Erlass des Prostitutionsgesetzes ebenfalls - im Einzelnen noch umstrittene - gewerberechtliche Konsequenzen. So befürworten der Bund und die Mehrheit der Länder inzwischen, für Bordellbetriebe und „Anbahnungsgaststätten“ eine Anmeldeöglichkeit zu eröffnen (Bericht über die Frühjahrssitzung 2007 des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“, GewA 2007, 320 [321f.]).“ (BVerwG aaO)

Ein **Revisionsgrund** nach § 132 II Nr. 1 VwGO liegt damit **nicht vor**, so dass die Nichtzulassungsbeschwerde keinen Erfolg hat.

Kurzauslese I

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

BGB

beendetes Mietverhältnis

BGB

§§ 535, 858, 862

zulässige Einstellung der Heizenergieversorgung

(BGH in NJW 2009, 1947; Urteil vom 06.05.2009 – XII ZR 137/07)

I. **Nach Beendigung des Mietverhältnisses** ist der **Vermieter** gegenüber dem die Mieträume weiterhin nutzenden Mieter **grds. nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung und zur Fortsetzung vertraglich übernommener Versorgungsleistungen** (hier: Belieferung mit Heizenergie) **verpflichtet**.

1. **Grds. endet mit der Mietvertragsbeendigung auch die Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung** gem. § 535 I BGB. Allerdings **können nach Treu und Glauben einzelne Verpflichtungen des Vermieters noch nach der Vertragsbeendigung bestehen**, wozu auch die Pflicht zur Erbringung von Versorgungsleistungen gehören kann (vgl. Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 546a Rn 47ff.; MüKo-BGB/Bieber, 5. Aufl., § 546a Rn 28ff.; allg. MüKo-BGB/Ernst, § 280 Rn 109ff.).

Eine über die Vertragsbeendigung hinausgehende Versorgungsverpflichtung würde allerdings allein den Interessen des Mieters dienen (vgl. insoweit Staudinger/Rolfs, § 546a Rn 6). Die trotz beendeten Vertrags aus Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung lässt sich daher nur rechtfertigen, wenn sie auf der anderen Seite den berechtigten Interessen des Vermieters nicht in einer Weise zuwiderläuft, die ihm die weitere Leistung unzumutbar macht. Ist dem Vermieter die Weiterbelieferung nicht zumutbar, so kommt es anders als bei bestehendem Mietvertrag auf den Umfang und die Grenzen eines Zurückbehaltungsrechts nicht an, weil der Vermieter in diesem Fall schon nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist.

2. Danach kann der **Vermieter etwa zur Fortsetzung von Versorgungsleistungen verpflichtet sein, wenn dem Mieter eine Räumungsfrist nach §§ 721, 765a, 794a ZPO gewährt worden ist und dem Vermieter wegen der regelmäßig entrichteten Nutzungsentschädigung kein Schaden entsteht**.

„Das Problem stellt sich nicht, wenn der Mieter Versorgungsleistungen auf Grund eigener Vertragsbeziehung zum Versorgungsunternehmen bezieht. Dann droht dem Vermieter durch die weitere Versorgung der Mieträume mit Wasser, Strom und Heizenergie kein Schaden, so dass er nicht berechtigt ist, die Versorgungseinrichtungen zu sperren, um wegen anderer Forderungen Druck auf den Mieter auszuüben.

Anders liegt es dagegen jedenfalls dann, wenn bereits die Beendigung des Mietverhältnisses auf dem Zahlungsverzug des Mieters beruht und der Vermieter die Versorgungsleistungen mangels Vorauszahlungen des Mieters auf eigene Kosten erbringen müsste: Der Vermieter liefe dann Gefahr, die von ihm verauslagten Kosten für die Versorgung nicht erstattet zu erhalten und dadurch einen - weiteren - Schaden zu erleiden. Weil ihm unter diesen Umständen die Fortsetzung der Leistungen nicht zuzumuten ist, ist der Vermieter jedenfalls bei der Geschäftsraummiete regelmäßig nicht mehr verpflichtet, dem Mieter weitere Versorgungsleistungen zu erbringen. Den Vermieter trifft dann nur noch die Abwicklungspflicht, dem Mieter die Unterbrechung der Versorgungsleistungen so frühzeitig anzukündigen, dass dieser sich darauf einstellen kann.“ (BGH aaO).

II. Die **Einstellung oder Unterbrechung der Versorgung mit Heizenergie** durch den Vermieter ist daher **keine Besitzstörung gem. §§ 858, 862 BGB** hinsichtlich der Mieträume.

1. **Ob** die Versorgungssperre eine Besitzstörung darstellt, **ist in Rspr. und Lit. umstritten**.
 - Die **überwiegende Auffassung** geht davon aus, dass die Unterbrechung der Versorgungsleistungen verbotene Eigenmacht sei und den auf Beseitigung und Unterlassung gerichteten Besitzschutz nach §§ 858, 862 BGB auslöse. Einwendungen des Vermieters gegen seine Lieferpflicht sind nach dieser Auffassung petitorische Einwendungen, die gegenüber Besitzschutzansprüchen nach § 863 BGB ausgeschlossen sind
 OLG Köln NJW-RR 2005, 99; OLG Saarbrücken OLGR 2005, 218; OLG Celle NJW-RR 2005, 1383; OLG Koblenz OLGR 2001, 2; Staudinger/Bund, BGB, 2007, § 858 Rn 53; Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- u. Wohnraummiete 3. Aufl., III Rn 1220; Gaier ZWE 2004, 109; ebenso Palandt/Bassenge, § 862 Rn 4
 - Andere **Teile der Rspr. und Lit.** nehmen an, die Versorgungsunterbrechung betreffe nur den aus dem Vertrag herzuleitenden Mietgebrauch und sei keine verbotene Eigenmacht.
 KG NJW-RR 2004, 1665; LG Berlin GE 2009, 518; AG Bergheim ZMR 2005, 53; AG Berlin-Hohenschönhausen BeckRS 2008, 03982; Bub/Treier, III Rn 1152; Ulrici ZMR 2003, 895; Mummenhoff DWW 2005, 312; Scholz NZM 2008, 387; Krause GE 2009, 484
 - **Andere Stimmen in der Lit.** gehen davon aus, dass die Versorgungsunterbrechung zwar grds. eine verbotene Eigenmacht ist. Eine Einschränkung sei jedoch zu machen, wenn der Vermieter es unterlasse, eine Vorleistung zu erbringen, für die er selbst im Außenverhältnis (z.B. zum Energieversorgungsbetrieb) hafte, wenn er aus vertraglichen Gründen hierzu nicht mehr verpflichtet sei.
 MüKo-BGB/Joost, 5. Aufl., § 858 Rn 6; Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 858 Rn 8; ähnl. Streyll WuM 2006, 234

2. **BGH aaO** hält es für zutreffend, dass in der Unterbrechung der Versorgungsleistungen keine Besitzstörung liegt. Die zur Nutzung des Mietobjekts erforderlichen Energielieferungen sind nicht Bestandteil des Besitzes und können daher nicht Gegenstand des Besitzschutzes nach §§ 858ff. BGB sein.

„Der Besitz umfasst - unabhängig von **Sinn und Zweck des Besitzschutzes** (dazu Staudinger/Bund, Vorb. §§ 854 ff. Rn 13 ff.; Soergel/Stadler, Vorb. § 854 Rn 2) - lediglich den **Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft**. Der Besitz wird nach § 854 I BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und durch die Aufgabe oder den Verlust derselben beendet (§ 856 I BGB). Der Besitz besteht als Voraussetzung des Besitzschutzes demnach in dem dauernden Zustand der tatsächlichen Gewalt (Planck/Brodman, BGB, 5. Aufl., § 854 Anm. 2), welche mit der Einwirkungsmacht auf die Sache und der Ausschlussmacht zwei Komponenten enthält (vgl. Staudinger/Bund, § 854 Rn 4, 5). Einzelne Modifikationen nach der Verkehrsanschauung (s. Soergel/Stadler, Vorb. § 854 Rn 1, 4, 5) oder die Besonderheiten des Eigenbesitzes nach § 872 BGB (hierzu und zur Entstehung des Besitzrechts des BGB s. Ernst, Eigenbesitz u. Mobiliarerwerb, S. 3ff.) sind hier nicht von Bedeutung.

Eine **verbotene Eigenmacht nach §§ 858, 862 BGB** setzt daher voraus, dass in die tatsächliche Sachherrschaft eingegriffen worden ist. Ein **Eingriff liegt nur vor, wenn der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt wird**. Beim Besitz von Räumen liegt ein Eingriff etwa dann vor, wenn der Zugang des Besitzers zu den Räumen erschwert oder vereitelt wird oder wenn in anderer Form in einer den Besitzer behindernden Weise auf die Mieträume eingewirkt wird (vgl. auch BGH VersR 1971, 765).

Das **ist bei der Einstellung oder Unterbrechung von Versorgungsleistungen nicht der Fall**. Der Zufluss von Versorgungsleistungen kann zwar Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch sein, der nach Beendigung des Vertrags nicht mehr geschuldet wird. Er ist hingegen nicht Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft als solcher. Die Einstellung der Versorgungsleistungen beeinträchtigt weder den Zugriff des Besitzers auf die Mieträume, noch schränkt sie die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit ein (Ulrici ZMR 2003, 895). Versorgungsleistungen führen vielmehr dazu, dass die im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit erweitert wird. Die Gewährleistung der Versorgungsleistungen kann sich demnach allein aus dem ihnen zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis ergeben. Der Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB gewährt dagegen nur Abwehrrechte und keine Leistungsansprüche.“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 556

Betriebskostenvorauszahlung kein Anfechtungsrecht bei zu geringem Zahlbetrag (OLG Rostock in ZMR 2009, 52; Urteil vom 23.10.2008 – 3 U 123/07)

BGB

Die Vereinbarung einer zu niedrigen Betriebskostenvorauszahlung gibt dem Mieter **kein Anfechtungsrecht**.

„Sowohl der VIII. als auch der XII. Zivilsenat des BGH haben bereits entschieden, dass der Vermieter ohne besonderen Anlass nicht verpflichtet ist, die Höhe der Vorauszahlungen überschlägig so zu kalkulieren, dass sie jedenfalls in etwa kostendeckend sind. Auch **besteht grds. keine Aufklärungspflicht** darüber, dass die Vorauszahlungen die tatsächlichen Kosten voraussichtlich nicht decken werden und dass diese auch nicht im Einzelnen kalkuliert wurden, denn der Vermieter sei schon nicht verpflichtet, überhaupt Vorschüsse zu erheben. Etwas anderes könne sich nur dann ergeben, wenn der Vermieter die Angemessenheit der Vorschüsse zugesichert oder er den Mieter über die tatsächlichen Kosten getäuscht hat, um ihn zum Vertragsabschluss zu bewegen. **Nur dann, wenn der Mieter nachgefragt hat** und der Vermieter die ausreichende Bemessung unzutreffend bewusst bestätigt hat, ist er in Höhe des Differenzbetrages gegenüber dem Mieter wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten schadensersatzpflichtig.

Mit den vereinbarten Vorauszahlungen wird für den Mieter **kein Vertrauenstatbestand geschaffen**, dass die Vorauszahlungen die tatsächlichen Betriebskosten auch decken. Auch wenn die Vorauszahlungen deutlich zu gering bemessen sind, muss der Mieter gleichwohl den sich aus der Abrechnung ergebenden Betrag nachzahlen.“ (OLG Rostock aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 626 II

Verbraucherdarlehensvertrag Kündigung (OLG Nürnberg in MDR 2009, 737; Urteil vom 27.04.2009 – 14 U 1037/08)

BGB

I. Die **Kündigung eines Verbraucherdarlehensvertrages durch den Darlehensgeber** wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers hat **innerhalb angemessener Frist** zu erfolgen. Bei der einzel-fallabhängigen Bestimmung der Frist ist **§ 626 II BGB weder direkt noch analog anzuwenden**.

„§ 626 II BGB ist hier nicht anzuwenden, da es sich bei dieser starren Ausschlussfrist um eine **Sonderregelung für Dienstverträge** handelt, die sich **nicht auf andere Vertragsverhältnisse übertragen** lässt (BGHZ 133, 331). Dies gilt auch für Darlehensverträge (BGH WM 1984, 1273). Vielmehr ist § 314 III BGB heranzuziehen (vgl. auch § 490 III BGB), der die Einhaltung einer im Einzelfall festzulegenden angemessenen Frist verlangt und gerade nicht auf § 626 Abs. 2 BGB Bezug nimmt. Hiermit ist nicht vereinbar, § 626 II BGB trotzdem zum Maßstab oder als Anhaltspunkt für die Angemessenheit heranzuziehen (so Staudinger/Kessal-Wulf, Neubearbeitung 2004, § 498 BGB Rn 23 und OLG Köln VersR 2001, 1118). Unter **Berücksichtigung von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) kommt es auf die Umstände des Einzelfalls und darauf an, ob infolge zögerlichen Verhaltens des Kündigenden schutzwürdige Belange des Kündigungsgegners beeinträchtigt sind, etwa weil dieser auf den unveränderten Fortbestand des Darlehensvertrages vertraut hat und vertrauen durfte. Dem Darlehensgeber ist daher bis zum Ausspruch der Kündigung in der Regel nicht nur eine Bedenkzeit von wenigen Tagen zuzubilligen (so aber MüKo-BGB/Schürnbrand, 5. Aufl., § 498 BGB Rn 21).

Im hier vorliegenden Fall hat die Kl. nach Ablauf der Zahlungsfrist bis zum Ausspruch der Kündigung einen Zeitraum von sechs bis sieben Wochen in Anspruch genommen. Dies war angemessen. Die Bekl., die weiter keinerlei Zahlungen an die Kl. geleistet hatten, hatten bis zum Erhalt der Kündigung keinerlei Anlass, auf deren Unterbleiben zu vertrauen. Die Beeinträchtigung von schutzwürdigen Belangen der Bekl. durch die bis zur Kündigung verstrichene Zeit scheidet also aus.“ (OLG Nürnberg aaO).

II. In der **Zahlungsaufforderung**, die der Kündigung vorauszugehen hat, **muss** der im Fall der Kündigung **fällige Restschuldbetrag nicht beziffert werden**.

„Dem **Wortlaut von § 498 I 1 Nr. 2 BGB** kann ein solches Erfordernis nicht entnommen werden. Wenn der Gesetzgeber es hätte aufstellen wollen, hätte er es - davon ist auszugehen - in die Vorschrift mit einer unschwer möglichen klaren Formulierung aufgenommen. Der Darlehensgeber ist also nicht zu einer u.U. komplizierten Berechnung der Restschuld bei noch bestehender Ungewissheit, ob es überhaupt zur Kündigung kommt, gezwungen (OLG Köln VersR 2001, 1118; OLG Oldenburg DAR 2003, 460; Staudinger/Kessal-Wulf, Neubearbeitung

2004, § 498 BGB Rn 18). Soweit das OLG Düsseldorf (WM 1995, 1530) zur gleich lautenden Vorschrift im Verbraucherkreditgesetz in einem nicht entscheidungserheblichen obiter dictum eine andere Ansicht vertreten hat, geschah dies ohne weitere Begründung und mit der einschränkenden Formulierung, dass „(aber streitig) wohl zusätzlich die im Kündigungsfall verlangte Restschuld zu benennen“ sei. Dass auch diese Information für den Verbraucher wünschenswert sein mag, darf nicht zu einer Gesetzesauslegung zum Nachteil des Darlehensgebers führen, die sich „nicht unmittelbar zwingend aus dem Wortlaut der Norm“ ergibt (so aber Leube NJW 2007, 3240).“ (OLG Nürnberg aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 25 II**Mittäterschaft**

StGB

andere Tatausführung durch Tatbeteiligte

(BGH in StV 2009, 410; Beschluss vom 02.07.2008 – 1 StR 174/08)

Die **Annahme von Mittäterschaft erfordert** zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen; es reicht vielmehr **ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag** aus, der sich auf eine **Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung** beschränken kann.

Mittäterschaft scheidet aber dann aus, wenn die Tat durch andere Beteiligte absprachewidrig zu einem anderen Zeitpunkt in anderer Besetzung und mit anderer Rollenverteilung begangen wird.

„Wäre die Tat gemäß dem gemeinsamen Tatplan ausgeführt worden, wäre der Angekl. daran als Mittäter beteiligt gewesen, selbst wenn von vornherein nicht geplant gewesen wäre, dass er im Ausführungsstadium mitwirken sollte. Insoweit gilt: Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Täter begeht, ist in wertender Betrachtung nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, zu beurteilen. **Wesentliche Anhaltspunkte** können sein der **Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft** oder wenigstens der **Wille zur Tatherrschaft**, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen. Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht zwingend auch eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter reicht ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag aus, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ 2003, 253; NStZ-RR 2002, 74 mwN).

Mittäterschaft scheidet hier freilich aus, da die **ausgeführte Tat wesentlich ebenso von der Vorstellung des Angekl. I wie vom gemeinsamen Tatplan abweicht**: Die Tat wurde absprachewidrig zu einem anderen Zeitpunkt in anderer Besetzung mit anderer Rollenverteilung der Ausführenden begangen. Darüber hinaus hatte der Angekl. weder Kenntnis von der Tatbegehung noch rechnete er auch nur damit; er ging vielmehr davon aus, dass sein Tatbeitrag noch nicht ausreiche und der Tatplan nicht ohne weitere Mitwirkungshandlungen seinerseits verwirklicht werde (vgl. auch Schönke/Schröder-Eser, StGB, 27. Aufl., § 24 Rn 82; LK-Vogler, StGB, 11. Aufl., § 24 Rn 164). Er hatte die Tatausführung noch nicht aus den Händen gegeben. Die konkrete Tat entsprach auch nicht dem Willen des Angekl. Vielmehr wollte er auch im Ausführungsstadium mitwirken. Dementsprechend stellte er, als „er aus der Zeitung erfahren hatte, dass ‚sein‘ Überfall ohne seine Beteiligung ausgeführt worden war, Z zur Rede ... und verlangte seinen Beuteanteil“.

In dem in diesem Sinne definierten **fehlenden Wissen und Wollen** unterscheiden sich Fälle der vorliegenden Art von verwandten Fallkonstellationen, die der BGH bereits entschieden und dabei Mittäterschaft - zumindest im Grundsatz - bejaht hat. Das gilt vor allem für Fälle, in denen ein „Hintermann“ die Planung einer Tat (mit-)beherrscht, diese aber anschließend aus den Händen gibt und dabei das genaue Vorgehen bei der Tatausführung und den hierfür geeigneten Zeitpunkt dem Ermessen seines Mittäters überlässt (vgl. BGH NStZ 2003, 253; NStZ-RR 2004, 40; ferner Fischer, StGB, 55. Aufl., § 25 Rn 12a). In derartigen Fällen umfasst der gemeinschaftlich gefasste Tatentschluss das Vorgehen insoweit nur im Allgemeinen und räumt einzelnen Mittätern in der Art der Ausführung Freiheiten ein (vgl. MüKo-StGB/Joelck, § 25 Rn 205 mwN). In der völligen Unkenntnis des Angekl. von der Tatbegehung unterscheidet sich der hiesige Fall aber auch von Fällen, in denen ein Mittäter im Vorbereitungsstadium von der Tatausführung Abstand nimmt, er allerdings - etwa wegen fehlgeschlagener Umstimmungsversuche - weiß oder zumindest damit rechnet, dass andere Mittäter (ggf.) seinen Tatbeitrag ersetzen und die Tat gleichwohl ohne ihn ausführen (vgl. BGHSt 28, 346; BGH NStZ 1994, 29 und 1999, 449).“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§§ 211, 25 II**Garantenstellung**

StGB

versuchter Mord durch einen Mittäter

(BGH in NStZ 2009, 381; Urteil vom 26.01.2009 – 5 StR 572/08)

Beteiligen sich mehrere an (nicht lebensgefährlichen) Misshandlungen eines Opfers und zielen die weiteren Tathandlungen eines Mittäters auf die Tötung des Opfers ab, so kann **ein lediglich zuvor an den Gewalttätigkeiten Beteiligter** rechtlich als **Garant** mit der Folge der Verpflichtung zur Abwendung des drohenden Tötungserfolges anzusehen sein, wenn durch sein Vorverhalten die nahe Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges besteht.

„Angesichts des **durchgängigen Tötungsmotivs** und des **engen zeitlichen Zusammenhanges** liegt die Annahme einer einheitlichen Tötung deutlich näher. Jedenfalls bei dieser Betrachtungsweise scheidet ein strafbefreiender Rücktritt des Angekl. G aus, der den gemeinschaftlichen Tötungsentschluss bei den Mittätern sogar initiiert hatte. Denn die Voraussetzungen des § 24 II StGB liegen schon mangels jeglichen Versuchs der Verhinderung der Vollendung der gemeinschaftlichen Tötung offensichtlich nicht vor. G wäre demnach - im Ergebnis nicht anders als die rechtskräftig Verurteilten - wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu verurteilen gewesen.“

Bei abweichender Beurteilung und Zubilligung eines Rücktritts vom Versuch hätte das LG das Vorliegen eines anschließend verübten - tatmehrheitlich - versuchten Tötungsdelikts durch Unterlassen bei dem Angekl. G nicht verneinen dürfen: Zu Unrecht geht das LG davon aus, dass dieser Angekl. keine **Garantenstellung** hatte. Beteiligen sich nämlich mehrere an noch nicht einmal lebensgefährlichen Misshandlungen eines Opfers und zielen die weiteren Tathandlungen eines Tatgenossen auf die Tötung des Opfers ab, so kann ein lediglich zuvor an den Gewalttätigkeiten Beteiligter nach der Rechtsprechung des BGH rechtlich als Garant mit der Folge der Verpflichtung zur Abwendung des drohenden Tötungserfolges anzusehen sein (BGH NStZ 1985, 24; NJW 1999, 69; BGHR StGB § 13 I Garantstellung 7), wenn durch sein Vorverhalten die nahe Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges besteht (BGH NStZ 1998, 83; 2004, 89; NStZ-RR 1997, 292).

Dies kann dadurch bewirkt werden, dass **der zur Tötung des Opfers bereite Tatgenosse durch die übrigen Tatbeteiligten in seinen, die Misshandlung des Opfers übersteigenden und nunmehr auf dessen Tötung gerichteten Handlungen bestärkt** wird (BGH NStZ 1992, 31; NStZ 2000, 583).

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe liegt nach den Feststellungen des LG - auch hinsichtlich aller subjektiven Voraussetzungen - eine Garantenstellung des Angekl. G auf der Hand: Dieser sah vom Flur aus die Angriffe des I gegen den Hals des Nebenkl. Er hielt es für möglich, dass der Nebenkl. noch lebte, unternahm aber nichts, um I von seinem Tun abzuhalten, obwohl es ihm möglich war. Zuvor hatte er wesentlich zur Eskalierung des Tatgeschehens beigetragen, da er sich schon im Laufe der Nacht an verschiedenen Orten an den Misshandlungen des Nebenkl. beteiligt, den ersten Ansatz zu dessen Tötung in der Wohnung initiiert und daran aktiv mitgewirkt hatte.“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 267

Urkundenfälschung Telefax ist keine Urkunde

StGB

(OLG Oldenburg in StV 2009, 361; Urteil vom 08.12.2008 – Ss 389/08)

Ein **ausgedrucktes Telefax**, das vom Absender anhand einer manipulierten Vorlage gesendet wurde, ist auch dann **keine Urkunde i.S.d. § 267 StGB**, wenn das Fax eine Kopfzeile mit einem Absendervermerk trägt.

„Soweit in der Lit. vertreten wird, bei einem Telefax spreche zumindest der Anschein für eine Informationsherrschaft des Erklärenden und es liege deshalb eine Urkunde vor (vgl. Hoyer in SK, 7. Aufl. § 267 Rn 19 ff.), bzw. das Telefax enthalte anders als die Fotokopie eine Kurzbezeichnung des Absenders und die Angabe der Faxnummer und damit eine Garantieerklärung für die originalgetreue Wiedergabe des gefaxten Schriftstücks, das Telefax sei einer beglaubigten Kopie gleichzusetzen (vgl. Schönke-Schröder-Cramer-Heine, StGB, 27. Aufl. § 267 Rn 43 m. w. N.) kann dem jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, dass Absender und Aussteller des Schriftstücks offensichtlich nicht identisch sind, nicht gefolgt werden. **Urkundencharakter hat im Übrigen bei der beglaubigten Kopie auch nur der Beglaubigungsvermerk, der Inhalt der Kopie wird davon nicht erfasst.** Erst recht ist die Ansicht, mit der Anerkennung des Faxes als urkundliche Verkörperung des Erklärungsinhalts habe die herrschende Lehre auf die Erkennbarkeit der Autorisierung des Originals verzichtet, das Telefax habe im Rechtsverkehr die **Funktion des früheren Schriftstückes/Briefes** übernommen (Joecks in Studienkommentar, StGB, 6. Aufl. § 267 Rn 45 m. w. N.), abzulehnen. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 11.05.1971 (BGHSt 24, 140) zutreffend darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass im Rechts- und Geschäftsverkehr der Gebrauch von Fotokopien zunehmend Bedeutung erlangt, zwar eine erhöhte Schutzbedürftigkeit bedingen mag, eine allgemeine Einbeziehung der Fotokopie in den Strafschutz des jetzt geltenden § 267 StGB aber dem Begriff der Urkunde das wesentliche Kriterium der Erkennbarkeit des Ausstellers entziehen und damit zu einer **nicht zulässigen Rechtsfortbildung** führen würde. Es sei Sache des Gesetzgebers der Entwicklung durch eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen Rechnung zu tragen. Für die Ablehnung von Telefaxen als Urkunden gelten die gleichen Argumente.“ (OLG Oldenburg aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BRRG
§§ 46 I, 126 II

Schadensersatzanspruch des Dienstherrn Vorrang der Beamten-Gesetze

öffR

(BGH in NVwZ 2009, 928; Beschluss vom 09.04.2009 – III ZR 200/08)

Die **Vorschriften über die Schadensersatzansprüche des Dienstherrn nach den Beamtengesetzen** regeln die Haftung des Beamten im Innenverhältnis abschließend und **lassen den Rückgriff auf die Vorschriften des allgemeinen Rechts**, insbesondere auch auf die deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen des bürgerlichen Rechts, **nicht zu**. Zur Entscheidung über diese Ansprüche sind daher gem. § 126 II BRRG bzw. § 54 I BeamtStG die Verwaltungsgerichte berufen.

„Der **Schadensersatzanspruch des Dienstherrn gegen einen Beamten ist nach der Rspr. des BVerwG ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur.**

Die Vorschriften über die Schadensersatzansprüche des Dienstherrn nach den Beamtengesetzen (hier: § 44 I BbgBG; s. auch die inhaltsgleichen § 46 I BRRG bzw. § 48 BeamtStG und § 75 I BGG = § 78 I BGG a.F.) regeln die Haftung des Beamten im Innenverhältnis abschließend und lassen den Rückgriff auf die Vorschriften des allgemeinen Rechts, insbesondere auch auf die deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen des bürgerlichen Rechts, nicht zu (BVerwG NVwZ 1999, 77 m.w. Nachw. zu § 78 BGG a.F.; BVerwG NVwZ 1996, 182 zu § 78 BGG a.F., § 34 ZDG und § 24 SG; so auch OVG Koblenz NVwZ-RR 2005, 477; s. ferner BVerwGE 52, 255 = NJW 1978, 1540). Zur Entscheidung über diese Ansprüche sind die Verwaltungsgerichte berufen (§ 126 II BRRG bzw. § 54 I BeamtStG).“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG
Art. 1 I

Homepage einer Universität kein Verlinkungsanspruch einer Studentenverbindung

öffR

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2009, 565; Beschluss vom 09.03.2009 – 2 B 386/07)

Eine **Studentenverbindung hat keinen Anspruch auf Verlinkung auf die Homepage einer Universität.**

I. Ein Anspruch lässt sich nicht aus dem **Gleichheitssatz** (Art. 3 I GG, Art. 18 I SächsVerf.) ableiten.

„Aus dem Gleichheitssatz selbst folgen grds. keine originären Leistungsansprüche (vgl. Osterloh, in: Sachs, GG, 4. Aufl., Art. 3 Rn 55). Dies ergibt sich daraus, dass die Bekl. einen unterstellten Gleichheitsverstoß auf verschiedene Weise korrigieren könnte. Sie könnte entweder eine Verlinkung auf studentische Vereinigungen generell aufgeben oder aber den Kl. und andere studentische Vereinigungen zusätzlich auf ihrer Homepage verlinken. Ein Gleichheitsverstoß könnte deshalb allenfalls gerichtlich festgestellt und die Verpflichtung der Bekl. ausgesprochen werden, den Gleichheitsverstoß binnen einer bestimmten Frist zu korrigieren.“ (OVG Bautzen aaO).

II. Weitergehende Ansprüche für eine Studentenverbindung ergeben sich auch nicht aus dem **Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung.**

„Hierzu müsste eine **sachlich unbegründete Abweichung von einer bisher ständig geübten Praxis** im Einzelfall vorliegen (vgl. Osterloh aaO, Art. 3 Rn 118). Dies wäre dann der Fall, wenn die Bekl. bislang Studentenverbindungen auf ihrer Homepage generell verlinkt hätte. Das ist indes nicht der Fall. Vielmehr hat die bekl. Universität **keine einzige Studentenverbindung** (Korporation) auf ihrer Seite verlinkt. Daraus, dass die Bekl. auf andere studentische Vereinigungen auf ihrer Homepage hinweist, kann der Kl. keine Rechte ableiten. Insoweit bestehen sachliche Gründe, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

Aus dem **allgemeinen Gleichheitssatz** ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen. Dem Willkürverbot ist Genüge getan, wenn sich für die Differenzierung ein sachlicher Grund finden lässt. Dagegen verlangt die Verhältnismäßigkeitsbindung darüber hinaus, dass zwischen Normadressaten Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Bei der **verschiedenen Behandlung von Personengruppen** unterliegt der Gesetzgeber grundsätzlich der **strengen Verhältnismäßigkeitsbindung**, wohingegen bei der **verschiedenen Behandlung von Sachverhalten** regelmäßig **lediglich die Willkürkontrolle** eingreift. Bei **verhaltensbezogenen Unterscheidungen** hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der **Merkmale** zu **beeinflussen**, nach denen unterschieden wird (vgl. BVerfGE 88, 87 = NJW 1993, 1517). Bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen, die nicht an personenbezogene Merkmale anknüpft, sondern an einen Sachverhalt, kommt den Besonderheiten des geregelten Lebens- und Sachbereichs für die Frage, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, erhebliche Bedeutung zu. Dabei sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (BVerfGE 95, 267 = NJW 1997, 1974).

Hier ist mit dem Verhalten der Bekl. kein Eingriff in Grundrechte verbunden, vielmehr macht der Kl. einen Leistungsanspruch geltend. Die Differenzierung knüpft zudem nicht an personenbezogene Merkmale an. Die Bekl. ist somit weitgehend frei, zu definieren, welche Sachverhalte sie als gleich und als ungleich ansehen will. Die übrigen aufgenommenen Vereinigungen weisen Unterschiede zu den Verbindungen auf. Letztere wollen nach ihrer Satzung die Mitglieder auf Lebenszeit in aufrichtiger Freundschaft verbinden und die Bildungsarbeit der Universität ergänzen. Die hochschulpolitischen Vereinigungen streben dagegen die politische Bildung und die Mitarbeit in den Selbstverwaltungsgremien der Hochschule an, die Hochschulgemeinden haben religiöse, die übrigen Vereinigungen ebenfalls spezifisch eigene Ziele. Die Differenzierung durch die Universität ist daher nicht willkürlich.

Der Kl. hat auch als Weniger zu dem Verlinkungsanspruch keinen Anspruch auf erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine Verlinkung. Die Entscheidung der Bekl., studentische Verbindungen auf der Homepage nicht zu verlinken, ist wie ausgeführt, ermessensfehlerfrei.“ (OVG Bautzen aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

HessKommWahlG
§ 26 I 1 Nr.2**kommunalrechtlicher Wahlfehler**
Begriffsdefinition

öffR

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2009, 572; Urteil vom 18.12.2008 – 8 A 1330/08)

Der **Begriff der „Unregelmäßigkeiten im Wahlverfahren“** ist nach der Neufassung des § 26 I 1 Nr. 2 HessKommWahlG **kein Oberbegriff der Wahlfehlerdefinition**, sondern **steht gleichberechtigt neben „strafbare oder gegen die guten Sitten verstoßende Handlungen“**. Die andersartige Verwendung des Begriffs am Schluss der Bestimmung beruht auf einem Redaktionsversehen.

„Zwar wird in der Lit. (Schmidt, § 26 HessKommWahlG, Rn 27ff.) die Ansicht vertreten, trotz der umfangreichen Novellierung des § 26 HessKommWahlG sei eine inhaltliche Änderung des materiellen Wahlprüfungsrechts nicht erfolgt. Der Begriff der Unregelmäßigkeiten bilde nach wie vor den zentralen Tatbestand mit der Funktion eines Oberbegriffs, was mit dem Wortlaut der Norm begründet wird. Strafbare und sittenwidrige Handlungen hätten daneben keine eigenständige Bedeutung, sondern nur die Aufgabe, besonders bedeutsame Fallgruppen von Unregelmäßigkeiten zu benennen (Schmidt, Rn 30). Bei dieser Wortlautinterpretation wird verkannt, dass dem **Gesetzgeber** bei der Neufassung des § 26 I 1 Nr. 2 HessKommWahlG ein **Redaktionsversehen** insofern unterlaufen ist, als der Begriff „Unregelmäßigkeiten im Wahlverfahren“ von der Systematik her nicht konsequent gebraucht wird. Während er eingangs der nachfolgend zu erörternden verfassungsgerichtlichen Rspr. zu Art. 78 II HessVerf. entsprechend gleichberechtigt neben „strafbare oder gegen die guten Sitten verstoßende Handlungen“ als eigenständiger Wahlfehler bezeichnet wird, erweckt die unveränderte Übernahme des Begriffs aus der Vorgängerbestimmung in die neue Wahlfehlerdefinition am Schluss der Bestimmung den falschen Eindruck, „Unregelmäßigkeiten im Wahlverfahren“ sei der Oberbegriff. Dass dies vom Landesgesetzgeber so nicht gewollt war, ergibt sich aus den nachfolgend behandelten **Gesetzgebungsmotiven**.

Der Senat geht auf Grund der Entstehungsgeschichte des jetzigen § 26 HessKommWahlG nach wie vor davon aus, dass nunmehr im Kommunalwahlrecht die materiellen Wahlprüfungsgründe des für Landtagswahlen geltenden Art. 78 II HessVerf. anzuwenden sind (vgl. dazu schon: VGH Kassel NVwZ 2009, 255). Nach dem zu Art. 78 II HessVerf. ergangenen Urteil des (BVerfGE 103, 111 = NJW 2001, 1048 = NVwZ 2001, 551) sind parteiergreifende, die Wahl beeinflussende Verhaltensweisen nicht den „Unregelmäßigkeiten im Wahlverfahren“ zuzuordnen, sondern den „gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen“. Im Anschluss an die Rsp. des BVerfG und daran anknüpfend des HessStGH (NVwZ 2002, 468) ist der Änderungsantrag der CDU-Landtagsfraktion zum Gesetzesentwurf zu § 26 I 1 Nr. 2 HessKommWahlG (LT-Dr 16/2463) entwickelt worden, auf Grund dessen „die materiellen Wahlprüfungsgründe des für Landtagswahlen geltenden Art. 78 II HessVerf. für das Kommunalwahlrecht übernommen werden“ sollten (vgl. LT-Dr 16/3307 S. 4). Die in Art. 78 II HessVerf. genannten Wahlanfechtungstatbestände bezwecken den Ausgleich zweier verfassungsrechtlicher Postulate, nämlich einerseits der demokratischen Legitimation des Parlaments, die von der Wahrung der Wahlgrundsätze und -grundrechte abhängt, und andererseits des Bestandsschutzes der gewählten Volksvertretung als zentraler Funktionsvoraussetzung jeder repräsentativen Demokratie (vgl. dazu: HessStGH NVwZ 2002, 468). Vor diesem Hintergrund kann der Wahlfehler der sittenwidrigen Handlung bei der **gebotenen restriktiven Auslegung** durch drei Gruppen von Verhaltensweisen verwirklicht werden: Eine sittenwidrige Wahlbeeinflussung liegt dann vor, wenn staatliche Stellen im Vorfeld einer Wahl in mehr als nur unerheblichem Maße parteiergreifend auf die Bildung des Wählerwillens eingewirkt haben, wenn private Dritte, einschließlich Parteien und einzelnen Kandidaten, mit Mitteln des Zwangs oder Drucks die Wahlentscheidung beeinflusst haben oder wenn in ähnlich schwer wiegender Art und Weise auf die Wählerwillensbildung eingewirkt worden ist. Eine sittenwidrige Wahlbeeinflussung muss nach Art und Gewicht zumindest ebenso bedeutsam sein wie die von Art. 78 II HessVerf. im Übrigen erfassten Handlungen, namentlich diejenigen strafrechtlicher Natur.“ (VGH aaO).

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§§ 256, 767

Präklusion des Aufrechnungseinwands
Vollstreckungsgegenklage / negative Feststellungsklage

ZPO

(BGH in NJW 2009, 1671, Urteil vom 05.03.2009 – IX ZR 141/07)

1. **Vollstreckungsgegenklage** und **negative Feststellungsklage** sind grundsätzlich nebeneinander möglich.
2. Wird eine auf Aufrechnung gestützte Vollstreckungsgegenklage wegen **Präklusion** nach § 767 II ZPO abgewiesen, so ist die Aufrechnung auch **materiell-rechtlich nicht wirksam** erfolgt.
3. Ist eine **Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion** des Aufrechnungseinwands **abgewiesen** worden, ist eine Klage auf **Feststellung**, dass die titulierte Forderung durch dieselbe Aufrechnung erloschen sei, **unzulässig**.

A. Grundlagenwissen: Die Feststellungsklage, § 256 ZPO

I. Allgemeines

Nach § 256 ZPO kann Klage auf Feststellung des **Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses**, auf **Anerkennung einer Urkunde** oder auf **Feststellung ihrer Unechtheit** erhoben werden, wenn der Kläger ein **rechtliches Interesse** daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung **alsbald** festgestellt wird.

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

II. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

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

1. Feststellungsinteresse

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

Der Kläger hat nur dann ein schutzwürdiges Interesse daran, die Gerichte mit seinem Anliegen zu beschäftigen, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige **Gefahr der Unsicherheit droht** und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Unsicherheit droht der **Rechtsposition** insbesondere, wenn der **Beklagte** sie **verletzt** oder **ernstlich bestreitet** (BGH NJW 1977, 1881; BGH, NJW 1984, 1118; BGH NJW 1986, 2507). Ein Feststellungsinteresse besteht aber auch, wenn sich der Beklagte **eines Anspruchs** gegen den Kläger **berühmt** (vgl. BGH NJW 1984, 1754; BGH NJW 1995, 2032, 2033). Allerdings muss aus der Unsicherheit eine **gegenwärtige Gefahr** resultieren. Dies ist der Fall, wenn ohne die verbindliche Feststellung des Gerichts Verjährungsgefahr droht

(vgl. BGH NJW 1991, 2707, 2708; OLG Hamm NJW-RR 1997, 1488, 1489 oder bei Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Eintritt eine zukünftigen Schadens aus einem bereits erfolgten Schadensereignis zumindest möglich erscheint (vgl. BGH NJW 1993, 648, 653; BGH NJW 1992, 1035; BGH NJW 2006, 830, 832).

2. Subsidiarität

Konnte der Kläger statt der Feststellungsklage auch schon eine Leistungsklage erheben, so ist die Feststellungsklage gleichwohl **nicht grundsätzlich subsidiär** gegenüber einer möglichen Leistungsklage (vgl. BGH NJW 1984, 1118, 1119; BGH NJW 1996, 2725, 2726).

3. Anforderungen an das Rechtsverhältnis

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

a) Rechtsverhältnis

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

b) Gegenwärtigkeit

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

B. Präklusion des Aufrechnungseinwandes auch bei negativer Feststellungsklage (BGH in NJW 2009, 1671)

Fall: K war der Steuerberater der B. Mit Urteil vom 18.05.2004 wurde er (mittlerweile rechtskräftig) verurteilt, an B Schadensersatz i.H.v. 9.514,78 € zu zahlen. Mit Schreiben vom 15.11.2004, B zugestellt am 18.11.2004, rechnete K gegenüber der titulierten Forderung mit folgenden Gegenforderungen auf:

1. 11.127,45 € gemäß Urteil des AG Düren vom 30.04.2003
2. 3.133,88 € gemäß Urteil des AG Düren vom 25.04. 2001
3. 836,33 € gem. Urteil des LG Aachen vom 15.03.2001.

In der Folgezeit erhob K Vollstreckungsgegenklage gegen das Urteil. Die Klage hatte wegen des im Kostenfestsetzungsbeschluss vom 22.07.2004 titulierten Betrags von 1.916,51 Euro Erfolg. Im Übrigen wurde sie wegen Präklusion der Aufrechnungen abgewiesen.

K erhebt nunmehr Klage und beantragt festzustellen, dass die im Urteil vom 18.05.2004 und in einem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 04.11.2004 titulierten Ansprüche der B durch die mit Schreiben vom 15.11.2004 erklärte Aufrechnung erloschen seien, und B zu verurteilen, die vollstreckbaren Ausfertigungen des Urteils und des Kostenfestsetzungsbeschlusses an ihn herauszugeben.

Wird die Klage Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist. Fraglich ist jedoch schon die Zulässigkeit der als negative Feststellungsklage erhobenen Klage. K könnte es am erforderlichen Feststellungsinteresse fehlen. Zwar hat er grundsätzlich ein schützenswertes Interesse daran, dass das Nichtbestehen eines Anspruchs festgestellt wird. Ist dieser Anspruch aber bereits titulierte, so muss vorrangig Vollstreckungsgegenklage erhoben ist. Dies ist hier auch geschehen. Fraglich ist allerdings, ob bei Erfolglosigkeit der Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion des Aufrechnungseinwandes nach § 767 II ZPO dasselbe Rechtsschutzziel noch mit der negativen Feststellungsklage verfolgt werden kann.

I. Verhältnis von Vollstreckungsgegenklage und Feststellungsklage

„Die **Vollstreckungsgegenklage** ist eine **rein prozessrechtliche Klage**, deren Ziel die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels ist (st. Rspr., z.B. RGZ 100, 98 [100]; RGZ 158, 145 [149]; RGZ 165, 374 [380]; BGH NJW 1957, 23; BGH, NJW 1960, 1460; BGH NJW 1997, 2320; BGH NJW-RR 2008, 1512; KG, OLG-Rspr. 21, 88 [89]; OLG Rostock, OLG-NL 2003, 186 [187]; OLG München, WM 2008, 580). Über den **weiteren Bestand** des titulierten Anspruchs wird auf eine Vollstreckungsgegenklage hin **nicht entschieden** (RGZ 158, 145 [149f.]; BGHZ 173, 328 [335] = NZI 2007, 575 Rn 25; BGH, MDR 1985, 138; WM 1985, 703 [704]; KG, OLG-Rspr. 21, 88 [89]; OLG Koblenz, NJ 1994, 577 = FamRZ 1994, 1195 [1196]; OLG Rostock, OLG-NL 2003, 186 [187]). Dieser kann folglich **Gegenstand einer Feststellungsklage sein.**“ (BGH aaO)

Grundsätzlich schließen sich Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage also nicht gegenseitig aus (vgl. RGZ 59, 301 [305]). Mit beiden Klagen werden zwar materielle Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch geltend gemacht. Die Klagen haben jedoch **unterschiedliche Rechtsschutzziele**. Sie können sogar im Wege der Klagehäufung miteinander verbunden werden.

„Wenn ein **rechtliches Interesse an einer entsprechenden Feststellung** besteht, kann der Titelschuldner auch nach einer erfolgreichen Vollstreckungsgegenklage Klage auf Feststellung erheben, dass der titulierte Anspruch nicht mehr bestehe. Nach **gefestigter Rechtsprechung des BGH** kann sogar nach **Abweisung einer Vollstreckungsgegenklage** eine auf **denselben materiellen Einwand** gegen die titulierte Forderung gestützte negative Feststellungsklage zulässig sein (BGH, MDR 1985, 138; WM 1985, 703).

Mit der **Abweisung der Klage nach § 767 ZPO** wird lediglich abgelehnt, einem titulierten Anspruch durch rechtsgestaltendes Urteil die **Vollstreckbarkeit zu nehmen**. Damit wird aber **nicht zugleich bindend entschieden**, dass der **titulierte Anspruch materiell-rechtlich besteht**. Das rechtliche Interesse an der Feststellung des Erlöschens der titulierten Forderung kann etwa daraus folgen, dass der Titelgläubiger im Hinblick auf nach erfolgter Vollstreckung mögliche Bereicherungsansprüche des Titelschuldners von vornherein auf eine zwangsweise Durchsetzung der titulierten Forderung verzichtet.“ (BGH aaO)

II. Präklusion bei § 767 II ZPO

Einwendungen gegen den titulierten Anspruch können nur insoweit im **Wege der Vollstreckungsgegenklage** geltend gemacht werden, als die Gründe, auf denen sie beruhen, **nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung** im Ausgangsprozess entstanden sind (§ 767 II ZPO). Sind die Gründe vor diesem Zeitpunkt entstanden und wird die Rechtswirkung der **Einwendung erst durch eine Willenserklärung ausgelöst**, so ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH der Zeitpunkt maßgebend, in dem die **Willenserklärung objektiv abgegeben werden konnte** (BGH NJW 1957, 986; BGHZ 34, 274 [279]; BGH NJW 1987, 1691; BGHZ 125, 351 [352f.]; BGH NJW 2005, 2926; BGH NZI 2007, 575 Rn 23, 25; BGH, NJW-RR 2006, 229 [230] Rn 14).

„Die zur Aufrechnung gestellten **Gegenforderungen** stammen - soweit sie noch im Streit sind - **sämtlich aus der Zeit vor Schluss der mündlichen Verhandlung** im Ausgangsprozess, der zur Titulierung des Anspruchs der Titelgläubiger und jetzigen Bekl. führte. Sie hätten damit bereits in diesem Prozess unbedingt oder hilfsweise zur Aufrechnung gestellt werden können und müssen. Die Geltendmachung im Wege der Vollstreckungsgegenklage war damit ausgeschlossen.“ (BGH aaO)

Im Vorprozess über die Vollstreckungsgegenklage war die mit Schreiben vom 15.11.2004 erklärte Aufrechnung präkludiert.

III. Auswirkungen auf die negative Feststellungsklage

Für diesen Fall gelten die soeben dargestellten Grundsätze nicht. Mit der **Abweisung der Vollstreckungsgegenklage** steht vielmehr fest, dass die **Aufrechnung endgültig gescheitert** ist.

„Nach der oben dargestellten Rechtsprechung hindert zwar die **Abweisung der Vollstreckungsgegenklage** grundsätzlich nicht die Geltendmachung der nämlichen materiell-rechtlichen Einwendung in einem Folgeprozess über den titulierten Anspruch selbst (wobei die analoge Anwendung des § 767 II ZPO allerdings einer genaueren Untersuchung bedürfte). Der **Aufrechnungseinwand** nimmt insoweit jedoch eine **Sonderstellung** ein. Nach **ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung** (RG, HRR 1935 Nr. 691; BGH NJW 1957, 986; BGH NJW 1961, 1067; BGH NJW 1994, 2769; ähnl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl., § 145 Rn 63ff., 66f; Wagner, in: MüKo/ZPO, 3. Aufl., § 145 Rn. 28; jew. zu den Rechtswirkungen einer bereits vor dem Ausgangsprozess erklärten, in diesem Prozess aber wegen Verspätung präkludierten Aufrechnung) hat die **Präklusion der Aufrechnung nicht nur verfahrensrechtliche Wirkung**. Vielmehr treten auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Aufrechnung (§ 389 BGB) nicht ein. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Titelschuldners (hier also: des Kl.) werden **so behandelt**, als sei die **Aufrechnung nie erklärt** worden. Sie können folglich vom Titelschuldner selbstständig gegen den Titelgläubiger geltend gemacht und durchgesetzt werden.

Steht die **materiell-rechtliche Wirkung** der Abweisung einer auf eine Aufrechnung gestützten Vollstreckungsgegenklage fest, bedeutet das zugleich, dass eine auf die nämliche **Aufrechnung gestützte negative Feststellungsklage erfolglos bleiben muss**. Ein Auseinanderfallen von Titel einerseits, materiellem Recht andererseits kann - anders als bei dem im Urteil des BGH vom 23.01.1985 (WM 1985, 703) behandelten Erfüllungseinwand - nicht eintreten. Gelänge es B den titulierten Betrag beizutreiben, könnten sie ihn auch behalten. K könnte ihn nicht nach § 812 I BGB zurückverlangen; B hätten also keinen Grund, die Vollstreckung im Hinblick auf die zu erwartende Rückforderung zu unterlassen. Ein **rechtliches Interesse** an einer solchen Klage ist damit **nicht ersichtlich**.“ (BGH aaO)

IV. negative Feststellungsklage zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung

K hat die Klage auch darauf gesetzt, dass B aus dem Urteil vollstrecken wollen. Er hat deshalb auch die Herausgabe des Titels beantragt.

„Geht es nur um eine **Verhinderung der Zwangsvollstreckung**, ist kein Grund ersichtlich, neben der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO die negative Feststellungsklage nach § 256 I ZPO zuzulassen. Es **fehlt** dann das **Rechtsschutzbedürfnis** (Schuschke/Walker/Raebel, Vollstreckung u. Vorl. Rechtsschutz, 4. Aufl., § 767 Rn 7). Die erfolgreiche Vollstreckungsgegenklage führt gem. §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO zur Einstellung der Zwangsvollstreckung und zur Aufhebung bereits getroffener Vollstreckungsmaßnahmen. Die (**vollstreckungsrechtlichen**) **Wirkungen** des einer **negativen Feststellungsklage** stattgebenden Urteils bleiben hinter denjenigen eines Urteils nach § 767 ZPO zurück (vgl. BGHZ 124, 164 [171] = NJW 1994, 460). Es fällt allenfalls unter § 775 Nr. 4 ZPO. Bereits getroffene Vollstreckungsmaßregeln bleiben daher bestehen (§ 776 ZPO).“ (BGH aaO)

Auch dieser Antrag ist daher unzulässig.

V. Klage auf Herausgabe der titulierten Ausfertigung des Urteils

„Eine auf **§ 371 BGB analog** gestützte Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH dann zulässig, wenn über eine Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig zu Gunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist und die Erfüllung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstrittig ist oder vom Titelschuldner zur Überzeugung des Gerichts bewiesen wird (BGH NJW 1994, 3225; BGH WM 1994, 650 [651]; OLG München BeckRS 2007, 14739; vgl. auch BGH, NJW-RR 2008, 1512, wonach es ausreicht, dass die genannten Voraussetzungen alternativ vorliegen).

Nur unter diesen Voraussetzungen ist eine **Umgehung der Vorschriften über die Vollstreckungsgegenklage** nicht zu befürchten. Im vorliegenden Fall ist die Vollstreckungsgegenklage des Titelschuldners und jetzigen Herausgabekl. abgewiesen worden. Das **Erlöschen der titulierten Forderung** gem. §§ 387, 389 BGB ist zwischen den Parteien **nicht unstrittig**; weil die auf die Aufrechnung gestützte Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion der Aufrechnung (§ 767 II ZPO) abgewiesen worden ist, steht umgekehrt fest, dass die Aufrechnung wirkungslos geblieben ist.“ (BGH aaO)

Auch die Titelherausgabeklage analog § 371 BGB ist daher unzulässig.

ZPO
§§ 114, 233, 234

Ablehnung der Prozesskostenhilfe Wiedereinsetzungsfrist für Rechtsmittel

ZPO

(BGH in NJW-RR 2009, 789; Beschluss vom 20. 1. 2009 - VIII ZA 21/08)

1. Während des Verfahrens auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist die Partei ohne ihr Verschulden verhindert, die Rechtsmittelfrist zu wahren, sofern sie mit der Bewilligung rechnen kann.
2. Dazu muss zumindest der Prozesskostenhilfeantrag selbst ordnungsgemäß gestellt, begründet und mit den erforderlichen Anlagen versehen sein.
3. Wird die Prozesskostenhilfe mangels im Einzelfall bestehender Erfolgsaussichten abgelehnt, so ist das Fristversäumnis gleichwohl unverschuldet.
4. Wird die beantragte Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Rechtsmittel nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist verweigert, bleibt der Partei nach der Bekanntgabe der Entscheidung noch eine Zeit von höchstens drei bis vier Tagen für die Überlegung, ob sie das Rechtsmittel auf eigene Kosten durchführen will.
5. Danach beginnt die zweiwöchige Frist des § 234 I ZPO für das Wiedereinsetzungsgesuch und die damit zu verbindende Einlegung des Rechtsmittels.

A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO

I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten Fristen zur Begründung von Berufung (§ 520 II 1 ZPO), Revision (§ 551 II 2 ZPO) **Nichtzulassungsbeschwerde**, (§ 544 II ZPO), **Rechtsbeschwerde** (§ 575 II 1 ZPO) sowie der **Beschwerde nach § 621e ZPO** gestellt werden. Schließlich kann auch die Wiedereinsetzung in die **Wiedereinsetzungsfrist** des § 234 I ZPO beantragt werden.

II. ordnungsgemäße Antragstellung

1. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Der Antrag muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten.

2. Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das **Hindernis** zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung **behoben** ist. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 234 III ZPO gar **nicht mehr** beantragt werden.

Geht es um die Frist zur **Begründung** der Berufung, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde, der Rechtsbeschwerde oder der Beschwerde nach §§ 621e, 629a II ZPO so ist eine **Frist von einem Monat** einzuhalten

3. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 237 ZPO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung** zuständig ist.

III. Rechtsschutzbedürfnis

Trotz Versäumung einer wiedereinsetzungsfähigen Frist kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis für einen Wiedereinsetzungsantrag fehlen, wenn die versäumte **Prozesshandlung überholt** ist oder die **Versäumung keine nachteiligen Folgen** für den Antragsteller hat.

V. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen über eine Wiedereinsetzung entscheiden.

VI. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

B. Wiedereinsetzungsfrist bei Ablehnung der Prozesskostenhilfe (BGH in NJW-RR 2009,789)

Fall: Das AG hat die Bekl. unter anderem verurteilt, zukünftig eine erhöhte Miete zu zahlen. Die Bekl. hat beim LG innerhalb der Berufungsfrist Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Berufung beantragt. Das LG hat den Antrag durch Beschluss vom 20.08.2008 nach rechnerischem Ablauf der Berufungsfrist mangels hinreichender Erfolgsaussicht zurückgewiesen. Der Beschluss ist dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. am 25.08.2008 zugestellt worden. Am 25.09.2008 hat die Bekl. durch ihre Prozessbevollmächtigten beim LG Berufung eingelegt und diese begründet. Zugleich hat sie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt. Dazu hat sie vorgetragen, die Wiedereinsetzungsfrist habe erst am 17.09.2008 zu laufen begonnen, weil ihr an diesem Tag eine Freundin zugesagt habe, die Kosten für die Berufungsinstanz vorzustrecken. Das LG hat den Antrag auf Wiedereinsetzung und die Berufung durch Beschluss als unzulässig verworfen. Zu Recht?

Die Berufung ist nach § 517 ZPO innerhalb eines Monats einzulegen. Hier wurde jedoch innerhalb der Berufungsfrist nur die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Berufung beantragt, ohne dass zugleich eine Einlegung der Berufung erfolgt ist. Regelmäßig ist daher die **Berufungsfrist abgelaufen** bis über die Prozesskostenhilfebewilligung entschieden wird. In einem solchen Fall muss **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** nach § 233 ZPO beantragt werden, wobei die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 ZPO von 2 Wochen ab Wegfall des Hindernisses zu beachten ist. Zwar wird Wiedereinsetzung nach § 233 ZPO grundsätzlich nur gewährt, wenn das **Fristversäumnis unverschuldet** ist.

I. Fehlendes Verschulden bei Stellung eines Antrags auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe

Nach der ständigen **Rechtsprechung des BGH** ist ein Rechtsmittelführer, der innerhalb der Rechtsmittelfrist Prozesskostenhilfe beantragt hat, bis zur Entscheidung über den Antrag als **unverschuldet verhindert** anzusehen, das Rechtsmittel wirksam einzulegen, sofern er nach den gegebenen Umständen nicht mit der Ablehnung seines Antrags wegen mangelnder Bedürftigkeit rechnen muss. Dies trifft auch dann zu, wenn die Prozesskostenhilfe im Einzelfall **mangels Erfolgsaussicht** der beabsichtigten Rechtsverfolgung versagt worden ist (BGH, VersR 1985, 395; BGH, NJW-RR 1987, 387; BGH, NJW 1993, 732; BGH NJW 1999, 2823).

Die Partei muss innerhalb der Rechtsmittelfrist nicht nur den Antrag auf Bewilligung der Prozesskostenhilfe stellen, sondern auch **alle** für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe **erforderlichen Unterlagen beibringen**. Da die Bewilligung der Prozesskostenhilfe für jeden Rechtszug gesondert erfolgt (§ 119 I S. 1 ZPO), sind die Erklärungen nach § 117 II und 4 ZPO auch im höheren Rechtszug, gegebenenfalls erneut, beizufügen (BGHZ 148, 66, 69; BGH NJW 1998, 1230, 1231; BGH BeckRS 2006 05741; st. Rspr.).

II. Lauf der Wiedereinsetzungsfrist

Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt nach § 234 II BGB mit dem Tag, an dem das Hindernis behoben ist.

*„Dieses **Hindernis entfällt** mit der **Entscheidung über das Gesuch**. Für den - hier gegebenen - Fall, dass die beantragte Prozesskostenhilfe nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist verweigert wird, bleibt der Partei **nach der Bekanntgabe der Entscheidung noch eine Zeit von höchstens drei bis vier Tagen** für die Überlegung, ob sie das Rechtsmittel auf eigene Kosten durchführen will. **Dann beginnt die zweiwöchige Frist** des § 234 I ZPO für das Wiedereinsetzungsgesuch und die damit zu verbindende Einlegung des Rechtsmittels (st. Rspr. des BGH seit BGHZ 4, 55 [57f.] = NJW 1952, 183; zuletzt etwa BGH, MDR 2008, 99 = BeckRS 2007, 12692; Beschl. v. 3. 7. 2008 - III ZA 8/08, BeckRS 2008, 14057 Rn 14, jeweils m.w.N.).“ (BGH aaO)*

Fraglich ist jedoch, ob bei der Ablehnung der Prozesskostenhilfe das Hindernis vielleicht so lange fortbesteht, wie die Finanzierung des Prozesses nicht sichergestellt werden kann und erst mit der Behebung dieser Schwierigkeiten die Wiedereinsetzungsfrist zu laufen beginnt. Dies wird jedoch vom BGH abgelehnt.

*„Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH auch dann, wenn das Gericht - wie hier - nicht die Mittellosigkeit der Partei, sondern die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung verneint hat. Zwar bessern sich die finanziellen Möglichkeiten der Partei nicht dadurch, dass das BerGer. ihr die beantragte Prozesskostenhilfe versagt. Daraus kann jedoch **nicht geschlossen** werden, dass sie nunmehr noch nach dem Ablauf der zweiwöchigen Frist des § 234 I ZPO, begrenzt allein durch die **Jahresfrist des § 234 III ZPO**, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen könne. Diese Auffassung, die es in die Hand der mittellosen Partei legen würde, den **Eintritt der Rechtskraft** der Entscheidung der Vorinstanz **über ein Jahr hin in der Schwebe zu halten**, verkennt den inneren Grund der Wiedereinsetzung bei Mittellosigkeit.“*

*Die **mittellose Partei** soll **nicht schlechter stehen** als eine vermögende. Deshalb wird ihr die Möglichkeit der Prozesskostenhilfe und der Wiedereinsetzung eingeräumt. **Nicht** die bloße **Mittellosigkeit entschuldigt** also die **Versäumung** der Rechtsmittelfrist, sondern **Fristnachsicht** wird nur dann und **so lange** gewährt, wie ein - in seinem Ausgang auch von den Aussichten der Rechtsverfolgung abhängendes - **Verfahren auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe läuft** und die Partei annehmen darf, es werde Erfolg haben.*

*Das der Fristwahrung entgegenstehende **Hindernis** besteht demnach nicht schlechthin in der Mittellosigkeit der Partei, sondern in der noch **fehlenden Entscheidung über das Gesuch**. Dieses **Hindernis entfällt** mit der Bekanntgabe der insoweit ergehenden Entscheidung des Gerichts und dem Ablauf der für den Fall der Ablehnung dann sich noch anschließenden kurzen Überlegungsfrist (BGH, VersR 1985, 271 = BeckRS 1985, 30384659 m.w.N.).“ (BGH aaO)*

Die zweiwöchige Wiedereinsetzungsfrist des § 234 I ZPO begann somit hier wenige Tage nach der am 25. 8. 2008 erfolgten Zustellung des Beschlusses vom 20.08.2008 und war daher bei Eingang der Berufung der Bekl. und ihres Wiedereinsetzungsantrags am 25.09.2008 lange abgelaufen. Die Berufung ist daher wegen Fristversäumnis unzulässig.

StPO
§ 81a II

Beweisverwertungsverbot
fehlende polizeiliche Anordnungs-kompetenz
zur Blutprobenentnahme

StPO

(OLG Bamberg in NStZ 2009, 4085; Beschluss vom 19.03.2009 – 2 Ss 15/09)

Eine **unberechtigte Inanspruchnahme der Eilanordnungs-kompetenz** des § 81a II StPO führt nur dann zu einem **Beweisverwertungsverbot**, wenn nach den Umständen des Einzelfalls

- die **Voraussetzungen von Gefahr in Verzug willkürlich angenommen**,
- der **Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen** bzw. ignoriert wird oder wenn
- die den Richtervorbehalt begründende **Rechtslage** in gleichgewichtiger Weise **gröblich verkannt bzw. fehlerhaft beurteilt** wird.

Fall: Die Polizeibeamtin N hatte den Angekl. am 02.08.2008 gegen 18:20 Uhr als Fahrer eines Pkw im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle angehalten und dabei im Gespräch mit ihm Alkoholgeruch wahrgenommen. Der darauf vom Angekl. freiwillig durchgeführte Atemalkoholtest ergab eine Atemalkoholkonzentration (AAK) von 0,61 mg/l. Daraufhin wurde dem Angekl. erklärt, dass jetzt im Krankenhaus von einem Arzt eine Blutentnahme durchgeführt werde; dies werde ggf. auch mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt. Die ärztliche Blutentnahme ist sodann um 18:40 Uhr im Krankenhaus durchgeführt worden, ohne dass der Angekl. sich dieser widersetze. Die Polizeibeamtin ordnete die Blutentnahme dabei selbst an und sah von der Einholung einer richterlichen Entscheidung im Bereitschaftsdienst ab, weil sie Gefahr in Verzug annahm. Dies erfolgte in Übereinstimmung mit der in der Dienststelle geltenden Praxis, da bekannt sei, dass sich Alkohol im Blut schnell abbaue und der für den Nachweis einer Straftat geltende Grenzwert sich bei Einholung einer richterlichen Entscheidung evtl. nicht mehr nachweisen lasse.

Eine **Verletzung des Richtervorbehalts** aus § 81a II StPO durch die polizeiliche Anordnung der Blutprobenentnahme **führt nicht zu einem Verwertungsverbot** hinsichtlich der gewonnenen Ergebnisse der Blutalkoholuntersuchung.

- I. Das **Vorliegen einer Einwilligung des Angekl.** in die Entnahme der Blutprobe ist nicht gegeben, so dass eine richterliche Anordnung gem. § 81a StPO nicht bereits aus diesem Grund entbehrlich war.

„Da der mit der Blutentnahme verbundene Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ein für den Angekl. disponibles Recht betrifft, bedarf es gem. § 81a I 2 StPO bei einer ausdrücklich und eindeutig vom Angekl. erklärten Einwilligung in die Blutentnahme keiner Anordnung der Maßnahme. Von einer solchen Einwilligung kann aber nur bei einer freiwilligen, ernstlichen und in Kenntnis der Sachlage und des Weigerungsrechts erteilten ausdrücklichen Zustimmung des Angekl. ausgegangen werden (BGH VRS 29, 203; NJW 1964, 1177; OLG Karlsruhe NStZ 2005, 399; LG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 55; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 81a Rn 13f.; Senge, KK-StPO, 6. Aufl., § 81a Rn 3; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 81a Rn 4; jew. m.w. Nachw.). Dies erfordert, dass der Angekl. - auch ohne geschäftsfähig sein zu müssen - nach seiner Verstandesreife Sinn und Tragweite der Einwilligung erfasst (Löwe/Rosenberg, § 81a Rn 14; Eisenberg, BeweisR d. StPO, 6. Aufl., Rn 1626). Die bloße Hinnahme des Eingriffs genügt dafür nicht. Diese Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung lagen hier jedenfalls nicht vor, da sich der Angekl. nur „kooperativ verhalten“ und die Blutentnahme damit lediglich geduldet hat. Auch im Hinblick auf die vorherige Belehrung über die Durchsetzung einer Anordnung zur Blutentnahme mit unmittelbarem Zwang kann dem weiteren Verhalten des Angekl. ein hinreichender Beleg für eine rechtswirksame Einwilligung nicht entnommen werden.“ (OLG Bamberg aaO).

- II. Bei der **durch die Polizeibeamtin wegen Gefahr in Verzug selbst angeordneten Blutentnahme zu Beweis-zwecken** lagen zwar auf Grund des vorher freiwillig durchgeführten und - mit einer angezeigten AAK von 0,61 mg/l - auch positiv ausgefallenen Atemalkoholtests die **materiellen Eingriffsvoraussetzungen des § 81a I StPO** vor, jedoch wurden die **formellen Voraussetzungen des § 81a II StPO nicht beachtet**.

1. Nach **§ 81a II StPO obliegt die Zuständigkeit** für die Anordnung körperlicher Untersuchungen primär dem **Richter**. Nur **ausnahmsweise** kann ein solcher Eingriff - wie die Durchführung einer Blutentnahme - durch die **StA oder durch ihre Ermittlungspersonen** (§ 152 GVG i.V. mit § 1 BayVO über die Ermittlungspersonen der StA) „bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung“ erfolgen.

„Die **Strafverfolgungsbehörden müssen** daher - entsprechend der im Wortlaut des § 81a II StPO zum Ausdruck kommenden Rangfolge - **regelmäßig versuchen**, eine **Anordnung des zuständigen Richters zu erreichen**, bevor sie selbst die ihnen vom Gesetzgeber nur ersatzweise zuerkannte Kompetenz zur eigenen Anordnung einer Blutentnahme in Anspruch nehmen. Nur in Ausnahmefällen, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Maßnahme gefährden würde, dürfen die Strafverfolgungsbehörden selbst die Anordnung treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben (BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382).“ (OLG Bamberg aaO).

2. Dabei **verbietet sich eine generalisierende Betrachtungsweise** dahingehend, dass - ohne Berücksichtigung des Schutzzwecks des Richtervorbehalts im konkreten Einzelfall - von einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs i.S. des § 81a II StPO bei Straftaten unter Alkoholeinfluss von vorneherein ausgegangen werden kann.

So kann zum einen die Gefährdung des Untersuchungserfolgs nicht allein mit dem abstrakten Hinweis begründet werden, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlich zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen.

BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382; BVerfG NJW 2007, 1444; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601

Zum anderen kann bei Straftaten im Zusammenhang mit Alkohol und Drogen die typischerweise bestehende abstrakte - und damit gerade nicht einzelfallbezogene - Gefahr, dass durch den körpereigenen Abbau der Stoffe der Nachweis der Tatbegehung erschwert oder gar verhindert wird, für sich allein noch nicht für die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs ausreichen.

OLG Köln ZfS 2009, 48; OLG Hamm NJW 2009, 242; OLG Jena BeckRS 2009, 04235; OLG Hamburg NJW 2008, 2597

„Anderenfalls würden die konkreten Umstände des Einzelfalls, etwa im Hinblick auf die jeweilige Tages- oder Nachtzeit, die jeweiligen Besonderheiten am Ort der Kontrolle, die Entfernung zur Dienststelle bzw. zum Krankenhaus mit Erreichbarkeit eines Arztes oder den Grad der Alkoholisierung und seine Nähe zu rechtlich relevanten Grenzwerten, völlig außer Betracht gelassen. Im Übrigen besteht die **verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes am Abend und an den Wochenenden zu gewährleisten** (BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382; BVerfG NJW 2007, 1444; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601). Die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs muss vielmehr auf Tatsachen gestützt werden, die auf den Einzelfall bezogen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist. Das Bestehen einer solchen Gefährdung unterliegt der vollständigen, eine Bindung an die von der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen ausschließenden gerichtlichen Überprüfung (BVerfG NJW 2008, 3053; NJW 2007, 1345; BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382; OLG Hamburg NJW 2008, 2597; OLG Hamm NJW 2009, 242; OLG Jena BeckRS 2009, 04235).“ (OLG Bamberg aaO).

3. Somit ist im Rahmen des § 81a II StPO für die im konkreten Einzelfall zu beurteilende Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen hätten können, der **Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die StA** bzw. - wie hier - ihre Ermittlungspersonen eine **Eingriffsmaßnahme in Form der Blutentnahme für erforderlich hielten** (BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601).

„Die mit der Sache befasste Ermittlungsperson muss zu diesem Zeitpunkt eine **eigene Prognoseentscheidung zur mutmaßlichen zeitlichen Verzögerung** treffen. Dabei sind in diese Abwägung neben der wahrscheinlichen Dauer bis zum Eintreffen eines Arztes auf der Dienststelle bzw. bis zum Erreichen eines Krankenhauses und damit bis zur tatsächlichen Möglichkeit zur Entnahme der Blutprobe beim Beschuldigten sowohl die eintretende zeitliche Verzögerung mit oder ohne Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung als auch vor allem die bisher festgestellten konkreten Tatumstände am Ort der Kontrolle sowie das Verhalten des Beschuldigten einzubeziehen. Maßstab für die richterliche Entscheidungsdauer kann dabei - abhängig von der jeweiligen Tages- oder Nachtzeit - nur der Zeitraum sein, der mit einer Antragstellung und Bearbeitung durch den zuständigen Ermittlungsrichter verbunden ist. Hierbei ist davon auszugehen, dass nicht jede richterliche Anordnung nach § 81a StPO zwingend unter Vorlage schriftlicher Akten zu erfolgen hat. Vielmehr genügt es in diesen Fällen zunächst, eine mündliche Anordnung zu erwirken (BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; OLG Hamm NJW 2009, 242). Auch wenn den Polizeibeamten als Ermittlungspersonen grundsätzlich gem. § 162 I 1 StPO kein eigenes Antragsrecht gegenüber dem Er-

mittlungsrichter zusteht, führt die Mitteilung des Sachverhalts an den Staatsanwalt und dessen sich daran nach Prüfung des Sachverhalts anschließende Antragstellung bei der Ermittlung der richterlichen Entscheidungsdauer in der Regel nur zu geringen zeitlichen Verzögerungen (OLG Hamm NJW 2009, 242; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238). In die Würdigung der konkreten Tatumstände ist insbes. der durch eine Atemalkoholmessung bereits ermittelte oder durch Ausfallerscheinungen erkennbare Grad der Alkoholisierung und seine Nähe zu relevanten Grenzwerten einzubeziehen. Während bei einer höhergradigen Alkoholisierung eine kurzfristige Verzögerung ohne Gefährdung des Untersuchungserfolgs hinzunehmen ist, wird diese bei einer nur knappen Grenzwertüberschreitung eher zu bejahen sein. Vor allem ein **unklares Ermittlungsbild** oder ein **komplexer Sachverhalt mit der Notwendigkeit einer genauen Ermittlung des BAK-Werts** wird als ein **Indiz für die Bejahung einer Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden** herangezogen werden können (OLG Hamburg NJW 2008, 2597; OLG Hamm NJW 2009, 242; OLG Jena BeckRS 2009, 04235). Eine **Gefährdung des Untersuchungserfolgs** durch eine Verzögerung tritt folglich im jeweiligen Einzelfall dann ein, wenn die praktische Durchführung der Blutentnahme unter Berücksichtigung der dargestellten Kriterien zu einem Zeitpunkt für notwendig erachtet wird, der erheblich von dem abweicht, zu dem mit einer richterlichen Entscheidung gerechnet werden kann. Je größer der Zeitraum zwischen der Tatzeit bzw. der Verdachtsgewinnung am Tatort und der tatsächlichen Entnahmemöglichkeit ist, desto mehr zusätzliche Unsicherheiten werden im Hinblick auf die BAK zum Tatzeitpunkt begründet, wenn eine spätere Rückrechnung durchgeführt werden muss. Eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs kann sich im Übrigen auch aus dem Verhalten des Beschuldigten selbst ergeben, etwa wenn Nachtrunk im Raum steht oder der Beschuldigte sich ohne eine polizeiliche Anordnung zur Blutentnahme zu entfernen versucht und deshalb der BAK-Wert bis zum Erhalt einer richterlichen Entscheidung nicht ermittelt werden kann bzw. erheblich verändert wird, wenn keine anderen Festhaltegründe (§§ 163b, 127 II StPO) zur Verfügung stehen.“ (OLG Bamberg aaO).

4. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte waren im vorliegenden Verfahren die Voraussetzungen des § 81a II StPO für eine Eilanordnung durch die Ermittlungsperson nicht gegeben.

„Hier ergab sich im Rahmen einer **allgemeinen Verkehrskontrolle am Samstag**, dem 02.08.2008 um 18:20 Uhr, nachdem auf Grund der vom Angekl. freiwillig durchgeführten Atemalkoholmessung mit 0,61 mg/l der dringende Tatverdacht für eine Trunkenheit im Verkehr bestand, für das anstehende Strafverfahren die Notwendigkeit einer Blutentnahme zum Nachweis des Grades der Alkoholisierung. Zu diesem Zeitpunkt war somit eine Prognoseentscheidung zur Gefährdung des Untersuchungserfolgs zu treffen. Zwar war der Grad der Alkoholisierung des Angekl. in der Nähe des Grenzwerts von 1,1‰ ein Indiz für eine schnell durchzuführende Blutentnahme.

Andererseits erfolgte die Verdachtsgewinnung im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle, ohne dass besondere Umstände zu einer weiteren zeitlichen Verzögerung führten. Dies umso mehr, als bis zur tatsächlichen Entnahme der Blutprobe im Krankenhaus durch einen Arzt um 18:40 Uhr nur ein Zeitraum von 20 Minuten vergangen ist. Mit dieser kurzen zeitlichen und örtlichen Distanz allein kann somit eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs nicht begründet werden. Ob eine erhebliche zeitliche Verzögerung durch die Einholung einer richterlichen Anordnung zur Blutentnahme am Samstag, dem 02.08.2008, nach 18:20 Uhr eingetreten wäre, vermag der Senat vorliegend nicht zu beurteilen, weil von Seiten der ermittelnden Beamtin gar nicht der Versuch unternommen wurde, über den Bereitschaftsdienst der StA zumindest telefonisch mit dem zuständigen Ermittlungsrichter Kontakt aufzunehmen. Damit kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung zu einer erheblichen Verzögerung geführt hätte. Erst wenn der Ermittlungsrichter nicht erreichbar gewesen wäre oder er sich zu einer Entscheidung ohne Aktenstudium nicht in der Lage gesehen hätte, wäre eine eigene Entscheidung der Ermittlungsperson wegen Gefährdung des Untersuchungserfolgs in Betracht gekommen. Bei dem hier festgestellten Sachverhalt hat die Ermittlungsperson daher gegen § 81a II StPO verstoßen.“ (OLG Bamberg aaO).

5. Die **fehlerhafte Anordnung der Blutentnahme** durch die sachbearbeitende Polizei-beamtin führt zwar zu einem **Beweiserhebungsverbot**, aber gleichwohl **nicht zu einem Verwertungsverbot**.

- a) **Welche Folgen** sich aus der Nichtbeachtung des Richtervorbehalts in § 81a II StPO ergeben, **hat der Gesetzgeber nicht entschieden**.

„Ebenso wie bei einer Verletzung anderer Eingriffsnormen ist dem Strafverfahrensrecht ein **allgemein geltender Grundsatz fremd, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht**. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Erkenntnisse ist vielmehr nach inzwischen gefestigter Rspr. jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, insbesondere nach der **Art des Verbots** und dem **Gewicht des Verfahrensverstößes** sowie der **Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter** (BVerfG NJW 2008, 3053; NJW 2006, 2684; NStZ 2006, 46 = NJW 2005, 3205; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; BGHSt 44, 243 = NJW 1999, 959

= NStZ 1999, 203; OLG Hamburg NJW 2008, 2597; OLG Jena BeckRS 2009, 04235; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238).

Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf die Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, eines der **wesentlichen Prinzipien des Strafrechts** einschränkt, nämlich den **Grundsatz**, dass das **Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat**, die von Bedeutung sind (BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; BGHSt 44, 243 = NJW 1999, 959 = NStZ 1999, 203).

Die **Bejahung eines Beweisverwertungsverbots ist folglich die Ausnahme**, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Von einem Beweisverwertungsverbot ist deshalb nur dann auszugehen, wenn einzelne Rechtsgüter durch Eingriffe fern jeder Rechtsgrundlage so massiv beeinträchtigt werden, dass dadurch das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig geschädigt wird und folglich jede andere Lösung als die Annahme eines Verwertungsverbots - jenseits des in § 136a III 2 StPO normierten - unerträglich wäre (BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601).

Für eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme einer gesetzlich eingeräumten Eilanordnungs-kompetenz ist ein Verbot der Verwertung hierbei gewonnener Erkenntnisse deshalb auch nur dann anzunehmen, wenn die Voraussetzungen von Gefahr in Verzug willkürlich angenommen, der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert wird oder wenn die den Richtervorbehalt begründende Rechtslage in gleichgewichtiger Weise gröblich verkannt bzw. fehlerhaft beurteilt wird (BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfG NJW 2008, 3053; NJW 2006, 2684; sowie zusammenfassend BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601).“ (OLG Bamberg aaO).

- b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ergibt sich keine annähernd vergleichbare Sachverhaltskonstellation, welche die Annahme eines Beweisverwertungsverbots rechtfertigt.

„Bereits das **Gewicht des Verfahrensverstößes ist hier als gering einzustufen**: Dies ergibt sich im vorliegenden Verfahren vor allem schon daraus, dass ein richterlicher Anordnungsbeschluss hier hätte ergehen müssen, nachdem auf Grund der rechtmäßig mit Einwilligung des Angekl. durchgeführten Atemalkoholmessung mit einer AAK von 0,61 mg/l der dringende Tatverdacht eines Trunkenheitsdelikts bestand, für dessen tatrichterlichen Nachweis es der Blutentnahme bedurfte. Ein um eine richterliche Anordnung ersuchter Ermittlungsrichter hätte daher im Rahmen seiner gem. § 162 II StPO nur vorzunehmenden Rechtmäßigkeitsprüfung die Zulässigkeit dieser Ermittlungshandlung der Blutentnahme gar nicht verneinen können, da die materiellen Voraussetzungen für eine solche Anordnung nach § 81a I StPO vorlagen. Damit kommt dem Aspekt eines möglichen hypothetischen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs hier eine wesentliche Bedeutung zu. Im Gegensatz zur **maßgeblichen Regelung des § 105 StPO**, bei dem einerseits ein intensiver Eingriff in das Wohnungsgrundrecht des Art. 13 GG im Raum steht und andererseits dem Ermittlungsrichter bei seiner Entscheidung über die Anordnung einer Zwangsmaßnahme ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Prüfung des Tatverdachts zusteht, wird hier auch kein wesentliches Erfordernis eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens aufgegeben: Der nur einfachgesetzliche Richtervorbehalt in § 81a StPO zählt gerade nicht zu den rechtsstaatlichen Mindeststandards (BVerfG NJW 2008, 3053). Weiter wird aus der im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallprüfung zu berücksichtigenden Art des Verbots deutlich, dass es den Ermittlungspersonen in § 81a II StPO kraft Gesetzes in Eilfällen ausdrücklich gestattet ist, eigene Anordnungen an Stelle des Richters zu treffen. Damit wird schon aus dieser gesetzlichen Erweiterung der Eilkompetenz - etwa im Vergleich zu den restriktiveren Zuständigkeitsregelungen des § 100b I 2 StPO oder des § 100d I 2 StPO bei schwerwiegenderen Grundrechtseingriffen - erkennbar, dass der Gesetzgeber dem Richtervorbehalt hier aus objektiver Sicht eine geringere Bedeutung als bei anderen Eingriffsmaßnahmen beigemessen hat. Dies wird zusätzlich noch dadurch verstärkt, dass es sich bei § 81a II StPO nur um einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt handelt. Während mit der für eine Wohnungsdurchsuchung geltenden einfachgesetzlichen Regelung des § 105 StPO gleichzeitig auch der auf der Ebene des Verfassungsrechts zu beachtende Richtervorbehalt des Art. 13 II GG umgesetzt wird, fehlt bei Eingriffen nach § 81a StPO in die durch Art. 2 I GG geschützte körperliche Unversehrtheit eine vergleichbare verfassungsrechtliche Regelung (OLG Jena BeckRS 2009, 04235).

Gegen ein Verwertungsverbot spricht hier auch die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter: Mit der Blutentnahme selbst ist nur ein minimaler Eingriff in die nur einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterstellte körperliche Unversehrtheit i.S. des Art. 2 II 1 GG verbunden, der heute als Standardmaßnahme bei jeder medizinischen Behandlung zu diagnostischen Zwecken regelmäßig und ohne weitere körperliche Beeinträchtigungen und Risiken vorgenommen wird. Dem stehen durch § 316 StGB und § 315c StGB geschützte hochrangige Interessen an der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs gegenüber, die es erforderlich ma-

chen, Leib und Leben der am Straßenverkehr teilnehmenden Bevölkerung dadurch zu schützen, dass die von alkoholisierten Verkehrsteilnehmern ausgehenden erheblichen Gefährdungen vermindert oder gar beseitigt werden. Die vom Angekl. begangene Tat ist geeignet, die Sicherheit des Straßenverkehrs und damit auch Leib und Leben Dritter in erheblichem Maße zu gefährden, so dass auch die Abwägung dieses Gesichtspunktes mit der relativen Geringfügigkeit des Eingriffs zur Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots führen muss (OLG Köln ZfS 2009, 48; OLG Hamburg NJW 2008, 2597; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238; OLG Jena BeckRS 2009, 04235; OLG Dresden StRR 2008, 442).“ (OLG Bamberg aaO).

c) Auch **kann nicht von einer willkürlichen Annahme von Gefahr in Verzug oder einer bewusst und gezielt umgangenen oder ignorierten Dokumentationspflicht** ausgegangen werden.

- Ein **Verstoß gegen das Willkürverbot** ist anzunehmen, **wenn** die der angegriffenen Entscheidung zu Grunde liegende **Rechtsanwendung unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar ist** und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht. Dabei enthält die Feststellung von Willkür keinen subjektiven Vorwurf.
- **Willkürlich im objektiven Sinne** ist eine **Maßnahme**, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, **tatsächlich und eindeutig unangemessen** ist:

BVerfGE 80, 48 = NJW 1989, 1917; BVerfGE 83, 82 = NJW 1991, 157; BVerfGE 86, 59 = NJW 1992, 1675

„[Hier] **liegt eine solche willkürliche Missachtung der richterlichen Anordnungsbeugnis durch die Polizeibeamtin nicht vor**: Zwar hätte außerhalb der Dienstzeiten, hier am Samstag zwischen 18 und 19 Uhr, ein Ermittlungsrichter, der die Blutentnahme anordnet, möglicherweise erreicht werden können. Wenn die Polizeibeamtin sich darauf beruft, dass die Anordnung von Blutentnahmen durch Polizeibeamte an ihrer Dienststelle gängige Praxis sei und dass angesichts des schnellen Abbaus von Alkohol im Körper Schwierigkeiten mit dem Tatnachweis gegeben seien, wenn es zu Verzögerungen bei der Blutentnahme komme, lässt sich bei dem hier vorliegenden Sachverhalt jedenfalls ein **tatsächlich und eindeutig unangemessenes Verhalten nicht annehmen**. Dies gilt erst recht, wenn - wie hier - auf Grund des gemessenen Atemalkoholwerts von 0,61 mg/l der vermutete Alkoholisierungsgrad des Angekl. sehr nahe an der Grenze des Mindestwerts für die unwiderlegbare Indizwirkung der absoluten Fahruntüchtigkeit von 1,1‰ liegt und auf Grund der durchgeführten allgemeinen Verkehrskontrolle beim Angekl. keine Anhaltspunkte für alkoholbedingte Fahrfehler ermittelt werden konnten. Es kann daher nicht als willkürlich angesehen werden, wenn die ermittelnde Polizeibeamtin ihre Eilkompetenz nach § 81a II StPO hier angenommen hat. Hinzu kommt, dass nach der bisherigen Rspr. und Kommentarlit. zum Zeitpunkt der Anordnung die Auslegung des § 81a II StPO uneinheitlich war.“ (OLG Bamberg aaO).

d) Diese Rechtsauffassung steht auch im Einklang mit der **verfassungsgerechtl. Rspr.**: Danach obliegt es in erster Linie den zuständigen Fachgerichten zu beurteilen, welche Folgen sich aus einem möglichen Verstoß gegen strafprozessuale Verfahrensvorschriften ergeben und ob ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist (BVerfG NJW 2008, 3053).

„Die **grds. Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots bei einer Blutprobenentnahme ohne richterliche Anordnung bei Verdacht eines Trunkenheitsdelikts ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden**. Insbesondere ergibt sich weder ein Verstoß gegen den effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) noch gegen die Grundsätze eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens i.S. des Art. 2 I i.V. mit Art. 20 III GG.

Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist nicht unter dem Gesichtspunkt der **Rechtsschutzgarantie** geboten.

Auch ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine willkürliche, den Fairnessgrundsatz ignorierende Handhabung der strafprozessualen Grundsätze über Beweisverwertungsverbote (BVerfG NJW 2008, 3053). Dies umso mehr, als „bereits der in § 81a StPO enthaltene Richtervorbehalt nicht zu den rechtsstaatlichen Mindeststandards zu zählen sein (dürfte)“, so dass die Annahme eines Beweisverwertungsverbots unter diesem Gesichtspunkt nicht geboten ist (BVerfG NJW 2008, 3053).“ (OLG Bamberg aaO).

AGVwGO Nds
§ 8 a

Maßgebliche Sach- und Rechtslage
Abschaffung des Widerspruchsverfahrens

VwGO

(OVG Lüneburg in GewA 2009, 263; Beschluss vom 30.01.2009 – 7 LA 215/09)

1. Bei der verwaltungsgerichtlichen Beurteilung einer Verfügung, durch welche die **Gewerbeausübung untersagt** worden ist, ist grundsätzlich auf den **Zeitpunkt der letzten** Behördenentscheidung und nicht auf den der letzten tatsächengerichtlichen Entscheidung abzustellen.
2. Es ist eine deutliche Trennung zwischen **Untersagungsverfahren** (§ 35 I 1 GewO) und **Wiedergestattungsverfahren** (§ 35 VI 1 GewO) vorzunehmen.
3. Eine **Abschaffung des Widerspruchsverfahrens** ändert hieran nichts.

Fall: K ist Geschäftsführer der K-GmbH. Sowohl ihm als auch der K-GmbH ist nach den §§ 35 VIIa, 35 I 1, 2 GewO die Ausübung des Schlosserei- und Metallbaugewerbes und aller weiteren Gewerbe untersagt worden, weil er sich als unzuverlässig erwiesen habe. Die GmbH sei seit Aufnahme ihrer gewerblichen Tätigkeit mit der Zahlung ihrer Sozialabgaben und Steuern säumig geblieben, so dass Schulden von insgesamt 20.326,53 Euro aufgelaufen seien. Darüber hinaus habe sich K als Geschäftsführer oder Betriebsleiter von 12 weiteren angemeldeten Gesellschaften betätigt, die sämtlich ebenfalls erhebliche Rückstände bei den öffentlichen Kassen (zusammen ca. 251.122 Euro) hätten bzw. die ihren Erklärungsspflichten nicht nachgekommen seien, ohne dass Anzeichen einer Besserung bestünden. Auch persönlich schulde der Kläger, der am 24.10.2006 die eidesstattliche Versicherung abgegeben habe, Steuern samt Nebenforderungen von insgesamt 47.566,50 Euro. Darüber hinaus werde gegen ihn strafrechtlich ermittelt. Es sei angesichts all dessen erforderlich, ihn von jeder weiteren gewerblichen Betätigung abzuhalten, da er wirtschaftlich leistungsunfähig sei. Anzeichen dafür, dass er sich, anders als bisher, ökonomisch verantwortungsbewusst verhalten werde, bestünden derzeit nicht.

Gegen die Untersagungsverfügung hat K fristgerecht Klage gegen B vor dem zuständigen Gericht eingereicht und ausgeführt, dass die Schulden zwischenzeitlich zurückgeführt seien und er ein tragfähiges wirtschaftliches Konzept erarbeitet habe, mit dem sich der Neuanstieg derartiger Abgabenschulden in Zukunft vermeiden ließe.

Kann das Gericht diesen Vortrag berücksichtigen?

Fraglich ist jedoch, ob die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO hätte ergehen dürfen. Nach § 35 GewO hat eine Gewerbeuntersagung zu erfolgen, wenn der Gewerbetreibende **unzuverlässig** ist und die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten **erforderlich** ist.

I. Vorliegen eines Gewerbes

K müsste zunächst ein Gewerbe i.S.d. GewO betreiben. Ein Gewerbe ist eine selbstständige Tätigkeit, die **auf Dauer** angelegt und **auf Gewinnerzielung ausgerichtet** ist. Hiervon ist auszugehen.

Der Betrieb eines Schlosserei- und Metallbaugewerbes erfüllt diese Voraussetzungen und ist daher als Gewerbe anzusehen.

II. Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden

Nach § 35 I 1 GewO ist es darüber hinaus erforderlich, dass K **unzuverlässig** ist.

Dies ist dann der Fall, wenn er nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein **Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben** wird. Im vorliegenden Fall hat K seine Steuerpflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt.

Steuerrückstände, insbesondere Betriebssteuerrückstände, sind geeignet, die Unzuverlässigkeit darzutun, wenn sie sowohl ihrer Höhe nach als auch im Verhältnis zur steuerlichen Gesamtbelastung des Gewerbetreibenden **von Gewicht** sind und sich **über einen längeren Zeitraum** erstrecken. Dies ist bei den hier in Rede stehenden Beträgen zweifellos der Fall.

Ebenso stellt die Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen in die Sozialversicherung einen so bedenklichen **Mangel an sozialem Verantwortungsbewusstsein** dar, dass sie grundsätzlich zur Annahme der Unzuverlässigkeit führt.

Dafür ist es belanglos, welche Ursachen zu der Überschuldung des Gewerbetreibenden geführt haben. **Im Interesse eines ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehrs** muss von ihm bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit verlangt werden, dass er seinen Betrieb aufgibt. Dieser Grund entfällt nur dann, wenn der Gewerbetreibende trotz seiner Schulden **Zahlungswilligkeit** beweist und nach einem sinnvollen und erfolgversprechenden **Sanierungskonzept** arbeitet (vgl. VGH BadW NVwZ 95, 185). Unzuverlässigkeit lag damit zumindest im Zeitpunkt der Gewerbeuntersagung vor.

III. Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung

Weitere Voraussetzung für die Gewerbeuntersagung ist nach § 35 I GewO, dass die Untersagung des Gewerbes zum **Schutz der Allgemeinheit** oder der im Betrieb Beschäftigten **erforderlich** ist.

1. Schutz der Allgemeinheit

Mit diesem einschränkenden Tatbestandsmerkmal wird deutlich gemacht, dass die Gewerbeuntersagung nur das letzte Mittel sein kann, um den Verkehr vor einem unzuverlässigen Gewerbetreibenden zu schützen (**ultima ratio**). Daher ist die Behörde verpflichtet zu prüfen, ob die von der Unzuverlässigkeit ausgehende Gefahr auch ein anderes, weniger einschneidendes Mittel beseitigt werden kann. Insbesondere kommen hier **Auflagen** oder Teiluntersagungen in Betracht.

Gerade bei der Unzuverlässigkeit wegen Steuerschulden ist fraglich, ob hier überhaupt die Allgemeinheit überhaupt geschützt werden muss, also ob eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Nichterfüllung der steuerlichen Pflichten anzunehmen ist.

Die Steuerpflicht besteht zum einen im Interesse der Allgemeinheit an **der Sicherstellung der Finanzierung staatlicher Aufgaben**. Nur wenn die Abgabepflichtigen ihrer Steuerpflicht nachkommen, kann die ordnungsgemäße Funktionsfähigkeit des Allgemeinwesens aufrechterhalten werden. Insofern besteht ein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an der Erfüllung der steuerlichen Pflichten.

2. Erforderlichkeit

Zum Schutz dieses Interesses müsste die Gewerbeuntersagung auch erforderlich sein. Dann dürfte **kein milderes Mittel** zur Verfügung stehen.

Ein teilweise Gewerbeuntersagung kommt als milderes Mittel zur Zweckerreichung jedenfalls nicht in Betracht, da K seine Steuerschulden nicht nur im Hinblick auf die für seine Arbeitnehmer abzuführenden Lohnsteuer, sondern auch im Hinblick auf die sonstigen Betriebssteuern nicht beglichen hat.

Die Gewerbeuntersagung war daher auch erforderlich.

IV. Wegfall der Voraussetzungen für die Gewerbeuntersagung

Fraglich ist jedoch, ob es von Belang ist, dass T nach Erlass des Untersagungsbescheides die Rückstände zurückgeführt hat und ein Konzept vorlegen kann, dass zukünftig die Gewähr für eine ordnungsgemäße Handhabung bietet.

Dies müsste im vorliegenden Verfahren Berücksichtigung finden können.

§ 113 I 1 VwGO stellt nur darauf ab, ob der VA im **Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** rechtswidrig ist. Er sagt jedoch nichts darüber aus, wann dies der Fall ist. Dies beurteilt sich nach materiellem Recht.

Bei der Frage, welche **Sach- und Rechtslage** zugrunde zu legen ist, ist im Grundsatz davon auszugehen, dass es bei der **Anfechtungsklage** auf die Sach- und Rechtslage zum **Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung** ankommt.

Dies gilt jedoch auch bei der Anfechtungsklage nicht ausnahmslos. Die Regel ist sachgerecht, wenn es sich um **rechtsgestaltende VA** mit einmaliger Wirkung handelt. Für VA, die Dauerwirkungen auslösen, ist jedoch eine ständige Kontrolle dahingehend erforderlich, ob die Voraussetzungen für diese Dauerwirkungen noch bestehen. Sind sie weggefallen, sind die Wirkungen, die von dem **Dauer-VA** ausgehen, nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und er wird daher rechtswidrig. Für solche VA muss daher die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend sein (vgl. auch Klein NVwZ 90, 634).

Im vorliegenden Fall kommt es daher auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an, wenn es sich bei der Gewerbeuntersagung um einen Dauer-VA handelt.

Der **Betrieb eines Gewerbes** ist nach der Gewerbeordnung **grundsätzlich erlaubnisfrei**. Wird daher im Einzelfall die Ausübung eines Gewerbes untersagt, so wird diese Freiheit der Gewerbeausübung für die Dauer der Geltung der Untersagung beschränkt. Die **Wirkungen der Gewerbeuntersagung** sind daher **auf Dauer** angelegt und entsprechen den Merkmalen eines Dauer-VA, so dass es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommen müsste.

Von diesem Grundsatz ist jedoch für die Gewerbeuntersagung eine Ausnahme zu machen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung darüber vorliegt, wie solche Veränderungen der Sach- und Rechtslage nach der letzten behördlichen Entscheidung über die Gewerbeuntersagung zu berücksichtigen sind.

*„Dass bei der verwaltungsgerichtlichen Beurteilung einer Verfügung, durch welche die **Gewerbeausübung untersagt** worden ist, grundsätzlich auf den **Zeitpunkt der letzten** Behördenentscheidung und nicht auf den der letzten tatsächlichen Entscheidung abzustellen ist (stdg. Rspr. seit BVerwG, Urt. v. 2. Februar 1982 - 1 C 146.80 -, BVerwGE 65, 1 = DVBl. 1982, 694 = NVwZ 1982, 503), beruht auf **materiellem Bundesrecht**, nämlich dem Verhältnis von § 35 I 1 GewO zu § 35 VI 1 GewO und dem darin zum Ausdruck kommenden Regelungszusammenhang. Verändert sich nach Erlass des Untersagungsbescheids die Sachlage zugunsten des Gewerbetreibenden, kann dies nicht im Anfechtungs-, sondern nur in einem Wiedergestattungsverfahren nach § 35 VI GewO geltend gemacht werden (anders bei einer negativen Entwicklung, vgl. dazu Nds.OVG, Beschl. v. 24.08.2007 - 7 ME 193/06 -, NVwZ-RR 2008, 28).“* (OVG Lüneburg aaO)

Allerdings ist nunmehr in vielen Bundesländern das Widerspruchsverfahren weitgehend abgeschafft worden, so auch in Niedersachsen. Fraglich ist, ob dieser Wegfall einer behördeninternen Kontrolle dazu führt, an dieser Rechtsprechung etwas zu ändern.

*„§ 35 I und VI GewO sind insoweit **nicht geändert** und auch in ihrem Regelungszusammenhang nicht deshalb unanwendbar geworden, weil das Verwaltungsverfahren nicht erst mit dem Widerspruchs-, sondern bereits mit dem Ausgangsbescheid endet. Das Bundesverwaltungsgericht hat (aaO) die **Zeitpunktbestimmung** entgegen der Auffassung des Klägers nämlich nicht aus der Überlegung abgeleitet, dass dem Betroffenen durch das **Widerspruchsverfahren gleichsam eine hinreichende Bewährungsfrist** eingeräumt würde, so dass es der Berücksichtigung der Zeit des gerichtlichen Verfahrens nicht mehr bedürfe, sondern daraus, dass § 35 VI GewO zur Entlastung der Behörde **„eine deutliche Trennung** zwischen dem **Untersagungsverfahren** einerseits und dem **Wiedergestattungsverfahren** andererseits“ statuiere. Diese gewollte Trennung hebt nicht darauf ab, wie das Verwaltungsverfahren ausgestaltet ist.“*

*Einzuräumen ist, dass dem Betroffenen durch die **Verkürzung des Verwaltungsverfahrens** rein tatsächlich ein **Nachteil** erwachsen kann, etwa weil nach Erlass des Ausgangsbescheids keine Zeit mehr für die - späte - Erstellung eines Sanierungskonzepts besteht. Das vermag jedoch **keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung** etwa mit unzuverlässigen **Gewerbetreibenden in Bundesländern** zu begründen, die das Widerspruchsverfahren in diesem Rechtsbereich beibehalten haben. Der Bundesgesetzgeber selbst hat in § 68 I 2 VwGO vorgesehen, dass das Widerspruchsverfahren ausgeschlossen werden kann, und zwar durch Bundes- oder Landesgesetz (BVerfGE 35, 65 [75]; BVerfGE 84, 34 [47]). Damit hat er eine **verfahrensrechtlich unterschiedliche Gestaltung** in den Ländern **in Kauf genommen**, die sich im Übrigen nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Lasten der Betroffenen auswirken kann. Ein **Rechtsanspruch** auf eine an die Bedürfnisse des unzuverlässigen Gewerbetreibenden **angepasste längere Zeitdauer** des Untersagungsverfahrens, das nach § 10 S. 2 VwVfG **„zügig“** durchzuführen ist, bestand und besteht jedenfalls nicht, gleichgültig, ob das Verfahren ein- oder mehrstufig ausgestaltet ist.“* (OVG Lüneburg aaO)

Aus diesen Gründen bleibt es daher bei der **allgemeinen Regel**, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung ankommt, so dass die von K vorgetragene Umstände im Gerichtsverfahren keine Berücksichtigung finden können.

GG
Art. 19 IV GG

Summarische Prüfung im Eilverfahren
Umfang der Aufklärungspflicht des Gerichts
(BVerfG in NVwZ 2009, 715 = BeckRS 2009, 32112;
Beschluss vom 25.02.2009 - 1 BvR 120/09)

VerfR

1. Art. 19 IV GG verlangt auch **bei Vornahmesachen** jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz, wenn **ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile** entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre
2. Die Gerichte sind, wenn sie ihre Entscheidung **nicht** an einer **Abwägung der widerstreitenden Interessen, sondern** an den **Erfolgsaussichten in der Hauptsache** orientieren, in solchen Fällen gemäß Art. 19 IV 1 GG gehalten, die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes auf eine **eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage** zu stützen.

Fall: Die 1961 geborene B leidet an der Krankheit ALS (amyotrophe Lateralsklerose) mit nahezu vollständiger Lähmung der Muskulatur, wodurch sie komplett an den Rollstuhl gefesselt ist. Sprechen ist ihr kaum noch möglich; die Kommunikation erfolgt über einen Sprachcomputer. Es besteht nur noch eine Restfunktion im Bereich der Arme, die das Halten eines Stifts, nicht aber den Betrieb eines Rollstuhls aus eigenen Kräften erlaubt. Bei B ist die Pflegestufe III (Schwerstpflegebedürftigkeit) festgestellt. B lebt zusammen mit ihrem Ehemann im eigenen Haushalt. Der Antrag der B auf Bewilligung eines speziell für sie hergerichteten Elektrorollstuhls samt elektronischer Mundsteuerung wurde abgelehnt. Das SG Duisburg lehnte den Erlass einer einstweiligen Anordnung ab, da die Voraussetzungen einer ausnahmsweise zulässigen Vorwegnahme der Hauptsache nicht vorlägen. Die erforderlichen umfangreichen medizinischen Ermittlungen müssten dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Hiergegen hat B Verfassungsbeschwerde eingelegt. Ist diese begründet?

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die gerichtlichen Entscheidungen die B in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzen. In Betracht kommt hier eine **Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 IV GG**.

I. Schutzbereich

Durch die grundgesetzlichen Gewährleistungen ist der Bürger vor unzulässigen Eingriffen in seine Rechte nur dann effektiv geschützt, wenn er die Beachtung seiner Rechte auch vor einem Gericht einklagen kann. Art. 19 IV GG ist jedoch nicht nur auf den Schutz der Grundrechte beschränkt, sondern bezieht sich auf die Prüfung der **Verletzung einfachgesetzlicher Normen**. Anderenfalls wären die Grundrechte leere Formeln ohne praktische Bedeutung. Insofern ist Art. 19 IV GG sowohl ein formelles Grundrecht als auch ein Verfahrensgrundrecht. Es bietet einen **lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz vor staatlichen Maßnahmen**.

Die Rechtsweggarantie umfasst den **Zugang zum Gericht**, das **Verfahren vor dem Gericht** und die **Entscheidung durch das Gericht**. Art. 19 IV GG garantiert darüber hinaus aber nicht nur, dass sich ein Gericht überhaupt mit der Angelegenheit befasst, sondern erforderlich ist vielmehr die Zurverfügungstellung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten, die vom Betroffenen tatsächlich in Anspruch genommen werden können und nicht nach unangemessen langer Zeit zu einer Entscheidung führen

Der Rechtsweg ist gewährleistet gegen **Maßnahmen der öffentlichen Gewalt**, die eine **Rechtsverletzung** herbeiführen können. Hier geht es um die gerichtliche Kontrolle der Verweigerung einer Leistung durch eine Behörde und somit um einen Akt der Exekutive, so dass der Schutzbereich des Art. 19 IV GG eröffnet ist.

II. Eingriff

Art. 19 IV GG sichert den Rechtsweg gegen Rechtsverletzungen. Eine Berufung auf hierauf ist nur dann möglich, wenn subjektive Rechte des Verfahrensführers betroffen sind, wobei hierunter sowohl die **privaten** als auch die **öffentlichen Rechte** fallen, soweit diese auch dem Schutz des Betroffenen dienen.

Eine Rechtsverletzung liegt in einem **rechtswidrigen Eingriff** in diese Rechte. Eingriff ist nur die über die Ausgestaltung hinausgehende Regelung des Rechtswegs, die durch die Funktionsbedingungen der Rechtspflege und dem Erfordernis der Rechtssicherheit nicht mehr geboten ist.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob die Berufung auf das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache hier noch aus diesen Gründen geboten ist.

1. Anforderungen des Art. 19 IV GG an den Eilrechtsschutz

*„Je schwerer die Belastungen des Betroffenen wiegen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbunden sind, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition zurückgestellt werden. Art. 19 IV GG verlangt auch bei **Vornahmesachen** jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz, wenn **ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile** entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. BVerfGE 79, 69 [74]; 94, 166 [216]). Die Gerichte sind, wenn sie ihre Entscheidung **nicht an einer Abwägung der widerstreitenden Interessen, sondern an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache** orientieren, in solchen Fällen gemäß Art. 19 IV 1 GG gehalten, die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes auf eine **eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage** zu stützen. Ist dem Gericht dagegen eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren **nicht möglich**, so ist anhand einer **Folgenabwägung** zu entscheiden. Auch in diesem Fall sind die **grundrechtlichen Belange** des Antragstellers **umfassend in die Abwägung einzustellen**. Die Gerichte müssen sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen. Dies gilt ganz besonders, wenn es um die Wahrung der Würde des Menschen geht. Eine Verletzung dieser grundgesetzlichen Gewährleistung, auch wenn sie nur möglich erscheint oder nur zeitweilig andauert, haben die Gerichte zu verhindern (vgl. BVerfGE 5, 237 [242 f.]).“ (BVerfG aaO)*

2. Anwendung auf den Fall

*„Die **Versagung von Eilrechtsschutz** bedeutet für die B unter Beachtung ihrer grundrechtlich geschützten Positionen einen **schweren Nachteil**. Zwar lassen sich aus den Grundrechten im Allgemeinen **keine konkreten Leistungsrechte** auf Bereitstellung bestimmter und insbesondere spezieller Gesundheitsleistungen entnehmen (vgl. BVerfGE 115, 25 [44]). Jedoch folgt aus Art. 1 I 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein **Anspruch auf die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein** (vgl. BVerfGE 82, 60 [80]). In Bezug auf die gesetzliche Pflegeversicherung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, die Fürsorge für Menschen, die vor allem im Alter zu den gewöhnlichen Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens aufgrund von Krankheit und Behinderung nicht in der Lage seien, gehöre im Geltungsbereich des Grundgesetzes zu den sozialen Aufgaben der staatlichen Gemeinschaft; dem Staat sei die **Würde des Menschen in einer solchen Situation der Hilfebedürftigkeit besonders anvertraut** (vgl. BVerfGE 103, 197 [221] unter Hinweis auf Art. 1 I GG). Aus Art. 1 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip folgt die Pflicht auch der Rechtsprechung, diese Grundsätze bei der Anwendung des einfachen Rechts zu berücksichtigen (vgl. bereits BVerfGE 1, 97 [105]).“ (BVerfG aaO)*

a) Summarische Wertung der Anspruchsvoraussetzungen

Nach § 33 I 1 SGB V haben Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung Anspruch auf Versorgung mit **Hilfsmitteln**, die erforderlich sind, um eine **Behinderung auszugleichen**, soweit die Hilfsmittel nicht als allgemeine Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens anzusehen sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist ein **Hilfsmittel erforderlich**, wenn sein **Einsatz zur Lebensbewältigung** im Rahmen der Grundbedürfnisse des täglichen Lebens benötigt wird. Für die Herstellung einer **ausreichenden Bewegungsfreiheit** sind dabei solche Hilfsmittel erforderlich, die dem behinderten Menschen einen Bewegungsradius verschaffen, wie ihn ein nicht behinderter Mensch üblicherweise noch zu Fuß erreicht. Hierzu gehört im gegebenen Fall auch ein Elektrorollstuhl (vgl. BSG, SozR 3-1200 § 33 Nr. 1; SozR 4-2500 § 33 Nr.12).

*„Nach dem Vortrag der B, den auch die Fachgerichte ihrer Entscheidung zugrunde gelegt haben, ist sie während der Abwesenheit ihres Ehemannes im häuslichen Umfeld an den Platz gebunden, wo sie „abgestellt“ wird. Bei einem unter amyotropher Lateralsklerose leidenden Menschen mit **völligem Verlust der eigenen Mobilität** ist der Zwang zum Verharren in einer Situation der Hilflosigkeit aber eine **schwerwiegende Einschränkung**, die seine Persönlichkeitsrechte berührt.*

*Vor diesem Hintergrund genügen die angegriffenen Entscheidungen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht. Sowohl das Sozialgericht als auch das Landessozialgericht haben ihre Entscheidung nicht auf eine Erörterung der Erfolgsaussichten der Beschwerdeführerin in der Hauptsache gestützt, sondern eine einstweilige Anordnung schon mit dem **Hinweis auf die Notwendigkeit näherer Sachverhaltsfeststellungen** zur Frage möglicher Gefahren durch den Betrieb eines Elektrorollstuhls **abgelehnt**. Das berücksichtigt die grundrechtlich geschützten Interessen der B nicht ausreichend.*

Die Fachgerichte lassen das **aktuelle Interesse** der B, im Rahmen ihrer krankheitsbedingt sehr eingeschränkten Möglichkeiten, im Wohnumfeld einen Rest an Mobilität zu erhalten, wegen einer von den Gerichten selbst nicht als nachgewiesen, sondern lediglich für möglich gehaltenen Gefahr beim Betrieb des Elektrorollstuhls zurücktreten, obwohl die B solche Gefahren unter Hinweis auf eine bereits erfolgte Erprobung eines leihweise überlassenen Rollstuhls **ausdrücklich bestritten und unter Beweisantritt vorgetragen** hat, dass sie zu einer sachgerechten Nutzung dieses Hilfsmittels in der Lage sei. Diesen Vortrag durften die Gerichte nicht unter Hinweis auf lediglich denkbare Gefahrenlagen beiseite schieben. Erst recht stellt es eine Verkürzung des gebotenen Rechtsschutzes dar, wenn das Landessozialgericht die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung aufgrund von Mutmaßungen über das Vorhandensein von Hilfspersonen verneint, welche die Mobilität der B sicherstellen könnten.“ (BVerfG aaO)

b) Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache

„Nichts anderes folgt aus dem Hinweis der Gerichte auf die Gefahr einer Vorwegnahme der Hauptsache. Wie oben bereits dargelegt, kann eine solche **Vorwegnahme bei drohenden schweren und unzumutbaren Nachteilen durchaus geboten** sein. Die diesbezüglichen Ausführungen der Gerichte übersehen aber bereits, dass die Versorgung der B im Rahmen einer einstweiligen Anordnung mit einem Elektrorollstuhl, selbst wenn dieser speziell für die Beschwerdeführerin hergerichtet werden muss, **trotzdem nur eine vorläufige und keine endgültige Regelung** ist. Denn die Wirkungen einer derartigen einstweiligen Anordnung können nachträglich für die Vergangenheit korrigiert werden (vgl. Keller, in: Meyer/Ladewig, SGG, 9. Aufl. 2008, § 86b Rn. 31).

Die angegriffenen Entscheidungen entsprechen damit **nicht dem Gebot einer umfassenden Abwägung der mit einer einstweiligen Anordnung eintretenden Folgen unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Belange** der B. Den Fachgerichten obliegt daher, wenn sie ihre Entscheidung nicht allein auf der Grundlage der tatsächlichen Angaben der Beschwerdeführerin treffen wollen, die Pflicht zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts. Auch im Verfahren der einstweiligen Anordnung gilt der **Amtsermittlungsgrundsatz**, was die Möglichkeit einer Beweiserhebung einschließt (vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, aaO, § 86b Rn 16a). Einen möglichen Weg, die notwendigen Tatsachen festzustellen, hat die B mit ihrem Hinweis aufgezeigt, dass sie bereit ist, den Gerichten ihre Fähigkeit zur gefahrenfreien Nutzung eines entsprechend ausgerüsteten Elektrorollstuhls mit einem leihweise zur Verfügung gestellten Fahrzeug vorzuführen.“ (BVerfG aaO)

Die Ablehnung des Eilrechtsschutzes für B ist daher durch die Funktionsbedingungen der Rechtspflege und dem Erfordernis der Rechtssicherheit nicht mehr geboten, so dass ein Eingriff in Art. 19 IV GG vorliegt.

III. Rechtfertigung

Grundsätzlich ist die Rechtsweggarantie **vorbehaltlos gewährleistet**. Wie auch sonst findet die Berufung auf Art. 19 IV GG jedoch ihre Grenze im kollidierenden Verfassungsrecht.

Da ein Eingriff in Abgrenzung zur Ausgestaltung nur dann anzunehmen ist, wenn die Maßnahme durch Gründe Rechtspflege und Rechtssicherheit nicht mehr gedeckt ist, scheidet bei Vorliegen eines Eingriffs eine Beschränkung des Gewährleistungsbereiches unter Hinweis auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und dem Erfordernis nach Rechtssicherheit aus.

Andere **kollidierende Verfassungsrechte** kommen als Einschränkungen des Art. 19 IV GG nicht in Betracht. Dies führt dazu, dass jeder Eingriff in Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen und damit verfassungswidrig ist.

B ist in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG verletzt, so dass die angegriffenen Beschlüsse verfassungswidrig sind und die Verfassungsbeschwerde daher begründet ist.

Kurzauslese II

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

ZPO **ZPO**
§ 296a **Beschwerdegegenstand**
Klageerweiterung nach Schluss der mündlichen Verhandlung
(BGH in MDR 2009, 824; Beschluss vom 19.03.2009 – IX ZB 152/08)

Bei der **Bestimmung des Beschwerdegegenstands** hat eine **nach Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemachte Klageerweiterung grds. außer Betracht** zu bleiben.

„Gem. § 296a ZPO können nach **Schluss der mündlichen Verhandlung neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden**. Da die Vorschrift lediglich Angriffsmittel, aber nicht den Angriff und damit die Klage selbst betrifft, werden zwar **neue Sachanträge von ihrem Regelungsbereich nicht erfasst** (vgl. nur Musielak/Huber, § 296a Rn 3). Wie sich jedoch aus §§ 256 II, 261 II, 297 ZPO ergibt, ist die Erhebung einer neuen Klageforderung oder einer Klageerweiterung durch einen nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz unzulässig, weil **Sachanträge spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung gestellt** werden müssen (BGH NJW 1966, 1657 = WM 1966, 863; NJW-RR 1997, 1486; Musielak/Huber, § 296a Rn 3; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 296a Rn 26; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 296a Rn 2; Saenger, in: HandKomm-ZPO, 2. Aufl., § 296a Rn 3; F. O. Fischer NJW 1994, 1315; vgl. zur Unzulässigkeit einer nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Widerklage BGH NJW-RR 1992, 1085; NJW 2000, 2512).

Mangels einer Antragstellung in mündlicher Verhandlung darf über eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte Klageerweiterung nicht entschieden werden (BGH NJW-RR 1997, 1486; OLG München ZIP 1981, 321; Stein/Jonas/Leipold, § 296a Rn 26). Da die **Klageerweiterung mithin nicht Gegenstand der Ausgangsentscheidung** wurde, ist ihr Wert bei der Bestimmung des Beschwerdegegenstandes außer Betracht zu lassen (BGH NJW-RR 1997, 1486).“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO **ZPO**
§ 519 II **Berufung**
Berufungsschrift und PKH-Antrag
(BGH in MDR 2009,760; Beschluss vom 24.03.2009 – VI ZB 89/08)

Ein mit „**Berufung und Prozesskostenhilfeantrag**“ überschriebener **Schriftsatz** kann aufgrund der Verwendung des Begriffs „Berufung“ in der Überschrift und der im Rubrum enthaltenen Bezeichnung der Parteien als „Berufungskläger(in)“ und „Berufungsbeklagte(r)“ als **unbedingte Berufungseinlegung** verstanden werden.

„Ob eine Berufung eingelegt ist, ist im Wege der **Auslegung der Berufungsschrift und der sonst vorliegenden Unterlagen** zu entscheiden. Dabei sind wie auch sonst bei der Auslegung von Prozesserkklärungen - alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Auslegung von Prozesserkklärungen, die auch der Senat als Revisionsgericht selbst vornehmen kann (st. Rspr., vgl. BGH NJW-RR 1996, 1210; BGHZ 4, 328), hat den Willen des Erklärenden zu beachten, wie er den äußerlich in Erscheinung getretenen Umständen üblicherweise zu entnehmen ist (vgl. BGH VersR 1999, 900).

Bei Beachtung dieser Grundsätze hat die Kl. **wirksam Berufung eingelegt: Maßgebend ist der objektiv zum Ausdruck gekommene Wille des Erklärenden**. Es kommt dabei allerdings nicht darauf an, ob der Schriftsatz vom Gericht als Berufungsschrift gewertet und behandelt worden ist. Nicht zu berücksichtigen sind auch die Begleitumstände, von denen das Gericht und der Rechtsmittelgegner erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Kenntnis erlangt haben (vgl. BGH VersR 1984, 870). Der Inhalt des Schriftsatzes spricht nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit dafür, dass die Kl. zunächst lediglich einen Prozesskostenhilfeantrag stellen und noch keine Berufung einlegen wollte. **Für eine unbedingte Berufungseinlegung sprechen hier schon die Verwendung des Begriffs "Berufung" in der Überschrift und die Bezeichnung der Parteien als "Berufungsklägerin" und "Berufungsbeklagte" im Rubrum**.

Mit Rücksicht auf die **schwerwiegenden Folgen einer bedingten und damit unzulässigen Berufungseinlegung** ist für die Annahme einer derartigen Bedingung eine ausdrückliche zweifelsfreie Erklärung erforderlich, die beispielsweise darin gesehen werden kann, dass der Schriftsatz als "Entwurf einer Berufungsschrift" bezeichnet wird, oder von einer "beabsichtigten Berufung" die Rede ist oder angekündigt wird, dass "nach Gewährung der Prozesskostenhilfe" Berufung eingelegt werde (vgl. BGH FamRZ 2004, 1553). Daran fehlt es hier. Hiernach ist die Berufung fristgerecht eingelegt worden.“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO **ZPO**
§§ 520, 233, 234 I 2 **Berufungsbegründungsfrist**
Verlängerungsantrag
(BGH in DB 2009, 1349; Beschluss vom 16.04.2009 – VII ZB 66/08)

Hat eine Partei die **Berufungsbegründungsfrist versäumt, weil ihr rechtzeitig gestellter Verlängerungsantrag ohne ihr Verschulden dem Gericht nicht zur Kenntnis gelangt ist**, und hat das Gericht auf die Nichteinhaltung der gesetzlichen Begründungsfrist hingewiesen, bevor die in dem Verlängerungsantrag genannte Frist abgelaufen war, **kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht** mit der Begründung **versagt werden**, die Partei habe die von ihr selbst gesetzte Frist nicht eingehalten.

In diesem Fall steht der Partei dann für die Begründung der Berufung die Monatsfrist des § 234 I 2 ZPO zur Verfügung.

„Allerdings hat der BGH entschieden, dass dem Berufungskl. Wiedereinsetzung nur gewährt werden kann, wenn sein Prozessbevollmächtigter die in einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist begehrte Frist eingehalten hat (BGH NJW 1994, 55; BGH NJW 2004, 1742). Diese Entscheidungen betrafen jedoch Sachverhalte, in denen das Berufungsgericht innerhalb der jeweils beantragten Verlängerungsfrist weder über die Verlängerung entschieden noch sich sonst geäußert hatte. Dann entspricht es der Pflicht des Rechtsanwalts zur Wahl des sichersten Weges, die durch den Antrag sich selbst gesetzte Frist einzuhalten. Dagegen hat hier das Berufungsgericht innerhalb der beantragten Verlängerungsfrist mitgeteilt, dass die Berufungsbegründung (und damit auch der Antrag auf Fristverlängerung) nicht eingegangen sei. Damit wurde die Monatsfrist des § 234 I 2 ZPO in Gang gesetzt. Diese vom Gesetz vorgegebene Frist ist nicht von der zuvor vom Kl. beantragten Fristverlängerung abhängig. Sie wird durch den Antrag des Kl. nicht verkürzt, sondern steht dem Kl. in voller Länge zur Verfügung (vgl. BGH NJW 1996, 1350; MüKo-ZPO/Gehrlein, 3. Aufl., § 233 Rn 62; Musielak/Grandel, ZPO, 6. Aufl., § 233 Rn 29; Wieczorek/Schütze/Uwe Gerken, ZPO, 3. Aufl., § 233 Rn 66; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 233 Stichwort Fristverlängerung).

[Auch] der Umstand, dass nach § 520 II 3 ZPO in der Fassung des Zivilprozessreformgesetzes die Berufungsbegründungsfrist ohne Einwilligung des Gegners nur um bis zu einem Monat verlängert werden kann, zwingt nicht zu einer anderen Beurteilung: § 234 I 2 ZPO wird von § 520 II 3 ZPO nicht überlagert. Beide Vorschriften verfolgen unterschiedliche Zwecke und sind unabhängig voneinander zu betrachten. Durch die Einführung der Monatsfrist in § 234 I 2 ZPO sollte in erster Linie die Rechtsstellung unbemittelter Rechtsmittelführer bei der Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verbessert werden (vgl. BT-Drucks. 15/1508, S. 17). Die Vorschrift gilt darüber hinaus ohne Einschränkung für alle Fälle der Versäumung einer Frist zur Begründung eines Rechtsmittels (BGH NJW 2008, 1164). § 520 II 3 ZPO dient der Beschleunigung des Berufungsverfahrens (vgl. BT-Drucks. 14/4722 S. 95). Er sagt nichts darüber aus, unter welchen Umständen bei der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden soll. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit dieser Norm den Lauf der Monatsfrist des § 234 I 2 ZPO begrenzen wollte.“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO **Rechtsmittelbelehrung** ZPO
 §§ 869, 793 **Erforderlichkeit in der Grundstücks-Zwangsversteigerung**

(BGH in Rpfleger 2009, 405; Beschluss vom 26.03.2009 – V ZB 174/08)

Zwar besteht für die gem. §§ 869, 793 ZPO befristeten Rechtsmittel in Zwangsversteigerungsverfahren das Erfordernis einer Rechtsmittelbelehrung, unterbleibt die Rechtsmittelbelehrung jedoch, steht dies weder der Wirksamkeit der gerichtlichen Entscheidung noch dem Beginn des Laufs der Rechtsmittelfrist entgegen.

I. Allerdings sehen weder das Zwangsversteigerungsgesetz noch die auf die Verfahren nach diesem Gesetz gem. § 869 ZPO anzuwendende ZPO eine Rechtsmittelbelehrung vor. Ob sie trotzdem geboten ist und bei ihrem Fehlen der Weg für die Wiedereinsetzung eröffnet ist, hat der Senat (NJW-RR 2008, 1084) offen gelassen. Die Frage ist zu bejahen.

„Das Grundgesetz gewährleistet durch Art. 2 I GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG, den Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz. Die Rechtsschutzgewährung durch die Gerichte bedarf dabei einer normativen Ausgestaltung. In dieser kann der Gesetzgeber Regelungen treffen, die für ein Rechtsschutzbegehren, insbesondere auch für Rechtsmittel, besondere formelle Voraussetzungen vorsehen und sich dadurch für den Rechtsuchenden einschränkend auswirken (BVerfGE 93, 99 = NJW 1995, 3173). Hierzu gehören Form- und Fristerfordernisse, durch die einer unangemessenen Dauer des Verfahrens entgegengewirkt wird. Die insoweit notwendigen Regelungen müssen jedoch, was ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, die betroffenen Belange angemessen gewichten und in Bezug auf ihre Auswirkung auf den einzelnen Rechtsuchenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. Hierzu gehört eine Rechtsmittelbelehrung, wenn diese erforderlich ist, um unzumutbare Schwierigkeiten auszugleichen, die die Ausgestaltung eines Rechtsmittels andernfalls mit sich brächte. So verhält es sich, wenn die Erfordernisse eines Rechtsmittels so kompliziert und schwer zu erfassen sind, dass nicht erwartet werden kann, der Rechtsmittelsuchende werde sich in zumutbarer Weise hierüber rechtzeitig Aufklärung verschaffen können. Das gilt namentlich für Verfahren, in denen kein Anwaltszwang besteht (BVerfGE 93, 99 = NJW 1995, 3173). Das ist bei den Entscheidungen nach dem Zwangsversteigerungsgesetz, insbesondere über den Zuschlag, der Fall (wird ausgeführt).

Ohne eine Belehrung seitens des Gerichts ist die gesetzliche Regelung mit dem heutigen Verständnis des verfassungsrechtlich gesicherten Anspruchs auf wirkungsvollen Rechtsschutz (BVerfGE 93, 99) nicht zu vereinbaren. Das zeigt insbesondere die Entscheidung über den Zuschlag, um die es im vorliegenden Fall geht. Durch den Zuschlag verliert der Schuldner das Eigentum an seinem Grundstück. Die Entscheidung bildet den Kern des Zwangsversteigerungsverfahrens. Dass der Beginn der Frist zur Anfechtung dieser Entscheidung für den Schuldner davon abhängt, dass er in dem dem Verkündungstermin vorausgehenden Versteigerungstermin zugegen war, liegt in solchem Maße fern, dass der Schuldner ohne eine Belehrung seitens des Gerichts hiermit nicht rechnen kann.

Das Zwangsversteigerungsverfahren gehört auch nicht zu den Verfahren, von denen angenommen werden kann, dass sie allgemein vertraut sind. Weil das für die Entscheidungen nach dem Zwangsversteigerungsgesetz eröffnete Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht dem Anwaltszwang unterliegt, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten an einem solchen Verfahren wegen der Anfechtung einer Entscheidung den Rat eines Rechtsanwalts in Anspruch nehmen (vgl. BVerfGE 93, 99 = NJW 1995, 3173).

Dementsprechend hat der Senat für das auf Wohnungseigentumssachen früher anzuwendende Verfahren nach dem Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, FGG, unmittelbar aus der Verfassung das Gebot hergeleitet, über Form und Frist der gegen die Entscheidungen in diesem Verfahren gegebenen Rechtsmittel zu belehren (BGHZ 150, 390 = NJW 2002, 2171; weitergehend OLG Hamm OLGR 2003, 302, für die Verfahren nach dem FGG im Allgemeinen; Demharter, GBO, 26. Aufl., § 1 Rn 53, für das Verfahren nach der GBO).“ (BGH aaO).

II. Unterbleibt die von Verfassungs wegen gebotene Rechtsmittelbelehrung, kommt dem Betroffenen - entsprechend dem Rechtsgedanken aus § 44 S. 2 StPO - die unwiderlegliche Vermutung zugute, dass ihn an der Versäumung der Rechtsmittelfrist kein Verschulden trifft, sofern der Be-

lehrungsmangel für die Versäumung der Rechtsmittelfrist ursächlich geworden ist (BGH NJW-RR 2008, 1084; ferner BGHZ 150, 390 = NJW 2002, 2171, zu § 43 WEG a.F.). Für die Ursächlichkeit spricht bei einem nicht anwaltlich vertretenen Beteiligten eine tatsächliche Vermutung.

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO **Beschlagnahme** **StPO**
§ 58 I **E-Mails können beim Provider sichergestellt werden**

(BGH in MMR 2009, 391; Beschluss vom 31.03.2009 – 1 StR 76/09)

Die **Sicherstellung von E-Mails beim E-Mail-Provider** ist entsprechend den Voraussetzungen des § 99 StPO mit der **Herausgabepflicht nach § 95 II StPO** anzuordnen.

„[Für die Sicherstellung von] im Postfach beim E-Mail-Provider abgespeicherter E-Mails, ob bereits gelesen oder noch ungelesen, [bedarf es] nicht der Voraussetzungen des § 100a StPO, denn während der möglicherweise auch nur Sekundenbruchteile andauernden Speicherung in der Datenbank des Mail-Providers ist kein Telekommunikationsvorgang (mehr) gegeben (vgl. hierzu näher Nack, in: KK-StPO, § 100a Rn 22f.; Graf, in: BeckOK-StPO, § 100a StPO Rn 28f.; Bär, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, § 100a Rn 29; a.A. LG Hanau NJW 1999, 3647; LG Hamburg MMR 2008, 186 = wistra 2008, 116;). Vielmehr ist die **Beschlagnahme von E-Mails bei einem E-Mail-Provider**, welche dort bis zu einem ersten oder weiteren Aufruf abgespeichert sind, auch unter Berücksichtigung des heutigen Kommunikationsverhaltens in jeder Hinsicht **vergleichbar mit der Beschlagnahme anderer Mittelungen, welche sich zumindest vorübergehend bei einem Post- oder Telekommunikationsdienstleister befinden**, beispielsweise von Telegrammen, welche gleichfalls auf dem Telekommunikationsweg dorthin übermittelt wurden. Daher können beim Provider gespeicherte, eingegangene oder zwischengespeicherte, E-Mails - auch ohne spezifische gesetzliche Regelung - jedenfalls unter **den Voraussetzungen des § 99 StPO beschlagnahmt** werden (vgl. hierzu Graf, in: BeckOK-StPO, § 100a StPO Rn 28f. m.w. Nachw.).

Der einer E-Mail-Sendung, selbst wenn diese aus technischen Gründen und insbesondere auch während des Transports leichter „lesbar“ ist als beispielsweise verschlossene Briefsendungen auf dem Postweg, zukommende grundrechtssichernde Schutz wird bei einer Anordnung nach § 99 StPO durch das Erfordernis einer richterlichen Anordnung bzw. Bestätigung bei (eher seltenen) Eilfällen nach § 100 StPO gewahrt, zumal bei der konkreten Beschlagnahme einer E-Mail erneut eine richterliche Prüfung stattzufinden hat. Für eine Anwendung des § 99 StPO spricht auch die **Neufassung des § 101 IV 1 Nr. 2 StPO** durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007 (BGBl I, 3198), wonach - anders als noch bei der früheren Rechtslage - nun auch für diese Maßnahmen ausdrücklich eine Benachrichtigungspflicht festgelegt ist. Zudem können die Betroffenen nachträglichen Rechtsschutz begehren (§ 101 VII StPO). Dass in §§ 99, 100 StPO selbst keine zwangsweise Durchsetzung des Herausgabeanspruchs geregelt ist, ändert an der hier dargestellten Rechtslage nichts, sondern beruht allein darauf, dass ursprünglich allein die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Deutsche Bundespost Verpflichteter einer solchen Maßnahme sein konnte, bei welcher eine Weigerung nicht zu erwarten war. Nach der Öffnung der Märkte in diesem Bereich muss aber gewährleistet sein, dass eine Maßnahme nach § 99 StPO auch durchsetzbar ist. Deshalb gilt auch hier der in § 95 I und II StPO seine Ausprägung gefundene allgemeine Grundsatz, dass richterlichen Herausgabeanordnungen allgemeine Folge zu leisten ist und deshalb zu deren Durchsetzung die in § 70 StPO bestimmten Ordnungs- und Zwangsmittel festgesetzt werden können, soweit Verpflichtete nicht zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind. Nachdem bei der vorgenannten Beschlagnahmeanordnung des Ermittlungsrichters auch die Voraussetzungen des § 99 StPO gegeben waren, steht einer Verwertung hiervon betroffener E-Mails nichts entgegen, zumal die Verteidigung keine Einwände in der Hauptverhandlung erhoben hat.“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO **Haftbefehl** **StPO**
§ 230 II **wegen Fernbleibens von der Hauptverhandlung**

(OLG Dresden in StV 2009, 348; Beschluss vom 14.11.2008 – 1 Ws 288/07)

Voraussetzung für den Erlass eines Haftbefehls nach § 230 II StPO ist eine **ordnungsgemäße Ladung des Angekl.**, die auch die **Warnung nach § 216 I StPO** enthält. Bei einem der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtigen Angekl. ist es erforderlich, bei der Ladung zur Hauptverhandlung die **Warnung des § 216 I 1 StPO in eine ihm verständliche Sprache zu übersetzen**.

„Dieses Erfordernis ergibt sich bereits aus dem durch das GG gem. Art. 2 I i. V. m. Art. 20 III GG gewährleisteten **Anspruch des Angekl. auf ein rechtsstaatliches faires Verfahren**, wonach der Angekl. in die Lage versetzt werden muss, die ihn betreffenden wesentlichen Verfahrensvorgänge zu verstehen und sich im Verfahren verständlich zu machen. Hierzu zählen auch mit der Ladung zu verbindende Belehrungen, die in einer der dem Angekl. verständlichen Sprache erteilt werden müssen. Insbesondere fordert dies auch **Art. 6 III e EMRK**, der als unmittelbar geltendes innerstaatliches Recht den Anspruch des Angeklagten auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren dahingehend konkretisiert, dass alle ihm gegenüber vorgenommenen maßgeblichen schriftlichen und mündlichen Verfahrensakte kostenlos in einer ihm verständlichen Sprache bekanntzugeben sind (vgl. zum Ganzen BGH NJW 2001, 309; OLG Bremen NSTz 2005, 527).

Im übrigen ist es irrelevant, ob sich der Angeklagte selbst um eine Übersetzung hätte bemühen müssen, da es allein auf das Vorliegen einer wirksamen Warnung gem. § 216 I 1 StPO und nicht auf ein etwaiges Verschulden des Angekl. ankommt.“ (OLG Dresden aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO **Pflichtverteidigerbestellung** **StPO**
§§ 140, 141 III **Ermittlungsverfahren**

(OLG Oldenburg in StV 2009, 401; Beschluss vom 20.04.2009 – 1 Ws 235/09)

Vor **Abschluss der Ermittlungen** ist das **Gericht** grds. dazu **verpflichtet, einem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Bestellung eines Verteidigers zu entsprechen, wenn**

- **dringender Tatverdacht besteht** und
- das **Ermittlungsverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit demnächst durch eine Anklageerhebung mit dann notwendiger Verteidigung abgeschlossen werden wird**.

„Nach § 141 III StPO kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft einem Beschuldigten auch schon während des Ermittlungsverfahrens ein Verteidiger bestellt werden, wenn nach Auffassung der Staatsanwaltschaft im gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 I oder II StPO notwendig sein wird; nach Abschluss der Ermittlungen (§ 169a StPO) muss das Gericht dem Antrag der Staatsanwaltschaft entsprechen.“

Bis zum Abschluss der Ermittlungen kann das Gericht den Antrag ablehnen, allerdings nur aus tragfähigen Gründen. Es muss dabei Bedacht darauf nehmen, dass die **Staatsanwaltschaft bis zur Anklageerhebung Herrin des Ermittlungsverfahrens** ist, wie sich exemplarisch etwa daran zeigt, dass das Gericht in diesem Verfahrensabschnitt keine Maßnahmen gegen den Willen bzw. ohne einen Antrag der Staatsanwaltschaft treffen kann.

Als Gründe, aus denen das Gericht die von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren beantragte Bestellung eines Verteidigers ablehnen darf, kommen vor allem in Betracht, dass nach Einschätzung des Gerichts ein Abschluss des Ermittlungsverfahrens durch Anklageerhebung noch allzu ungewiss ist, oder dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine notwendige Verteidigung gegeben sind (vgl. hierzu Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 141 Rn 5; KK-Laufhütte, § 141 Rn 6. Umgekehrt ist jedenfalls dann, wenn dringender Tatverdacht besteht und das Ermittlungsverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit demnächst durch eine Anklageerhebung mit dann notwendiger Verteidigung abgeschlossen werden wird, von einer Verpflichtung des Gerichts auszugehen, dem Antrag der Staatsanwaltschaft zu entsprechen, sofern nicht besondere Gründe dem entgegen stehen.

In einem solchen Fall wäre eine andere Entscheidung - auch unter Berücksichtigung der ratio der Vorschrift des § 141 III StPO - nicht zu vertreten (vgl. Teuter StV 2005, 233).“ (OLG Oldenburg aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 58 I

Wiedereinsetzungsantrag Berücksichtigung nachträglicher Erkenntnisse

VwGO

(BGH in NJW 2009, 2310; Beschluss vom 02.04.2009 – IX ZA 6/09)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann auch dann nicht gewährt werden, wenn sich die Partei darauf beruft, eine ihr **günstige Entscheidung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist aufgefunden** zu haben.

„Soweit die Fristversäumung darauf zurückzuführen ist, dass die Schuldnerin eine ihr vermeintlich günstige Entscheidung erst nach Fristablauf aufgefunden hat, kann daraus aus **Gründen der Rechtssicherheit** ein Wiedereinsetzungsgrund nicht hergeleitet werden. Anderenfalls könnte eine Partei unter Berufung auf nachträglich gewonnene Erkenntnisse mit Hilfe eines Wiedereinsetzungsantrags noch nach Jahr und Tag ein Rechtsmittel einlegen (vgl. BVerfG [NJW 1996, 512; Bay-ObLG NJW-RR 2000, 772].“ (BGH aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§§ 120, 122

Beschwerdeverfahren unzulässige Antragserweiterung

VwGO

(VGH Mannheim in NVwZ 2009, 584; Beschluss vom 26.01.2009 – 13 S 19/09)

Im Beschwerdeverfahren findet eine **Antragserweiterung grds. nicht** statt.

„Da der Antragsteller eine **Ergänzung nicht beantragt hat und die Frist abgelaufen** ist, ist die Rechtshängigkeit dieses Antrags somit entfallen mit der Folge, dass dieser erneut gestellt werden kann. Dies hat jedoch gegenüber dem Verwaltungsgericht zu geschehen, da eine Antragserweiterung im Beschwerdeverfahren, wie sie hier vorgenommen wurde, nach weitgehend einhelliger Auffassung der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe, der sich der Senat anschließt, nicht erfolgen kann (vgl. VGH Bad.-Württ., B. v. 01.09.2004 - 12 S 1750/04 - VBIBW 2004, 483; HessVGH DöV 2008, 470 m. w. N.).

Allenfalls in solchen Fällen, in denen auf einem anderen Weg ein **effektiver Rechtsschutz** nicht gewährt werden kann, mag etwas anderes gelten (vgl. auch Funke-Kaiser, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, 2008, IV Rn 348), was jedoch keiner abschließenden Entscheidung bedarf. Dass der Antragsgegner - anders als im vorliegenden Verfahren - den Ausgang eines solchen weiteren Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht nicht abwarten und dieses vereiteln würde, ist für den Senat nach dem bisherigen Verlauf nicht ersichtlich.“ (VGH Mannheim aaO).

- ZA 08/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 146 II

Zwischenverfügung mit Beschwerde anfechtbar

VwGO

(OVG Münster in NWVBI 2009, 224 = DöV 2009, 176; Beschluss vom 05.11.2008 – 8 B 1631/08)

Eine **Zwischenentscheidung**, mit der eine Regelung für den Zeitraum zwischen dem Eingang des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bei Gericht und der gerichtlichen Entscheidung über diesen Eilantrag getroffen wird, ist **mit einer Beschwerde anfechtbar**, denn sie stellt **keine prozessleitende Verfügung** i. S. von § 146 II VwGO dar.

„Nach § 146 I VwGO steht den Beteiligten gegen alle Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters, die nicht Urteile oder Gerichtsbescheide sind, die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht zu, soweit nicht in der Verwaltungsgerichtsordnung etwas anderes bestimmt ist. **Für Zwischenentscheidungen fehlt es an einer solchen abweichenden Regelung.**

Insbesondere **greift § 146 II VwGO nicht ein**. Danach können unter anderem prozessleitende Verfügungen nicht mit der Beschwerde angefochten werden. Eine Zwischenentscheidung stellt aber keine prozessleitende Verfügung im Sinne von § 146 II VwGO dar. Solche beziehen sich allein auf den äußeren, förmlichen Fortgang des Verfahrens. Davon kann aber bei einer Zwischenentscheidung keine Rede sein. Mit dieser sind **Auswirkungen auf den Inhalt des Verfahrens** verbunden. Sie trifft der Sache nach für einen befristeten Zeitraum eine Entscheidung über das einstweilige Rechtsschutzbegehren des jeweiligen Antragstellers.“ (OVG Münster aaO).

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Sommer/Wichert:** Miete, Nebenkosten und Nutzungsschädigung im Urkundenprozess (ZMR 2009, 503)

Obwohl der Urkundenprozess auch Nachteile mit sich bringt, sollte er als taktische Alternative zum ordentlichen Verfahren immer in Erwägung gezogen werden, denn **Schnelligkeit und eingeschränkte Beweismittel** lassen den Vermieter **relativ einfach** einen **vollstreckbaren Titel erlangen**. - Uneingeschränkt zu empfehlen ist der Urkundenprozess, wenn der Vermieter **Mietrückstände aus dem laufenden Mietverhältnis** einklagen möchte und keine Mängel in Frage stehen; in allen anderen Fällen gilt es, Chancen und Risiken abzuwägen. Risiken liegen vor allem darin, dass der Vermieter seine Ansprüche nicht oder aber der Mieter seine Einwände mit den Beweismitteln des Urkundenprozess belegen kann.

2. **Bernhard:** Der Unfallschaden beim Pkw-Kauf als Rücktrittsgrund (MDR 2009, 720)

Die **Klausel „lt. Vorbesitzer“** stellt **keine Beschaffenheitsvereinbarung** dar. - Die Angaben des in Zahlung gebenden Vorbesitzers eines Gebrauchswagens werden im Hinblick auf die Unfallfreiheit sehr vorsichtig zu werten sein. - Die **von der Rspr. gesetzten Kriterien zur Unfallfreiheit** sind **sehr eng auszulegen**; ist jedoch ein Eingriff in das Gefüge der Außenhaut des Fahrzeugs gegeben, ist generell von einem Unfall als Sachmangel auszugehen. - Die **bloße optische Aufbereitung ist kein Sachmangel**, es sei denn, in der Beschaffenheitsvereinbarung ist der Originalzustand des Fahrzeuges niedergelegt.

3. **Rodegra:** Haftungsfalle: Reisereklamation (MDR 2009, 782)

Aufgrund teilweise äußerst kurzer Fristen außerhalb der BGB-Regeln zur Anmeldung von Ersatzansprüchen ggü. dem Reiseveranstalter ist im Pauschalreiserecht besondere Sorgfalt geboten. - Eine **einheitliche Anmeldefrist für Ansprüche** nach dem Reisevertragsrecht, Bereicherungsrecht, Deliktsrecht, Luftverkehrs Vorschriften und Besonderheiten bei Kreuzfahrten **schafft für den Reisenden mehr Klarheit**. Ohne eine **Vereinheitlichung der reiserechtlichen Anmeldefristen** ist der **Gesetzgeber** zumindest **gefordert**, in der BGB-InfoV unter § 6 II Nr. 8 eine Hinweispflicht für alle entsprechenden Fristen aufzunehmen, da nicht einzusehen ist, warum der Reisende für Schadensereignisse auf ein und derselben Pauschalreise mit demselben Haftungsgegner nur teilweise bzw. unvollständig über die Form- und Fristenfordernisse seitens des Reiseveranstalters informiert werden muss.

4. **Fehrenbach:** Die Haftung bei Vertretung einer nicht existierenden Person (NJW 2009, 2173)

Bei der **Vertretung einer nicht existierenden Person** differenziert die Rspr. hinsichtlich der **Haftung des Vertreters** zwischen Fällen, in denen die **Inexistenz des Vertretenen** und solchen, in denen der Mangel an Vertretungsmacht **offengelegt** wird; im ersten Fall wird die Haftung des Vertreters bejaht, im zweiten verneint. - Diese **Differenzierung ist nach Ansicht des Autors widersprüchlich**, denn nach den Regeln der **§§ 164ff. BGB** müsste beides gleich behandelt werden; insoweit ließe sich die Haftung nur in beiden Fällen verneinen. - Vorrangig zu prüfen ist, ob nach der vertraglichen Vereinbarung unmittelbare oder mittelbare Stellvertretung gewollt war; im letzteren Fall ist die Eigenhaftung des Handelnden selbstverständlich. - **Leitlinien der Auslegung** müssen insoweit die **Risikoverteilung** und das **Eigeninteresse** des Handelnden sein: Je größer das Eigeninteresse des Handelnden ist und je mehr das Risiko bei Annahme unmittelbarer Stellvertretung dem anderen Teil zugewiesen wird, desto eher ist anzunehmen, dass der Handelnde selbst Vertragspartner werden soll.

5. **Menn:** Der Widerruf von Lastschriften durch den Insolvenzverwalter/Treuhänder in Insolvenzverfahren natürlicher Personen (NZI 2009, 463)

Der **Schuldner kann nach der Bestellung eines Insolvenzverwalters/Treuhänders eine verbindliche Erklärung zu Lasten der Insolvenzmasse nicht mehr abgeben**, auch nicht durch Schweigen. - Alle Lastschriftbuchungen, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht vom Schuldner ausdrücklich oder konkludent genehmigt waren, können danach **nur noch vom Insolvenzverwalter/Treuhänder genehmigt werden**; hierzu ist er jedoch nicht berechtigt; schweigt der Insolvenzverwalter/Treuhänder daraufhin, kommt eine Genehmigung nicht zu Stande, weil die Regelung der Nr. 7 III AGB-Banken keine Anwendung auf ihn findet; widerruft der Insolvenzverwalter/Treuhänder dagegen ausdrücklich die nicht genehmigten Lastschriften, so übt er sein aus § 148 I InsO folgendes Recht und die damit korrespondierende Pflicht zur Verweigerung von unberechtigten Buchungen aus. - Bei einem **„Oder-Konto“** kann der Insolvenzverwalter/Treuhänder unabhängig von der Zustimmung des anderen

Kontoinhabers gegenüber der kontoführenden Bank nicht genehmigte Lastschriften widerrufen, sofern nicht zuvor die Einzelverfügungsbefugnis wirksam durch einen Verfügungsberechtigten widerrufen wurde; dagegen kann der Insolvenzverwalter/Treuhänder bei einem „**Und-Konto**“ nur mit Zustimmung des anderen Kontoinhabers nicht genehmigte Lastschriften widerrufen.

6. **Bader:** Das Verwendungsverbot des § 97 I 3 InsO (NZI 2009, 416)

§ 97 I 3 InsO schafft ein **selbstständiges Beweisverwertungsverbot**; es hat **aber kein Beweiserhebungsverbot** und damit auch keine mittelbare (Fern-) Wirkung zur Folge. - Die Entscheidung über die Verwendbarkeit im konkreten Fall bleibt den Strafgerichten vorbehalten. - Von § 97 I 3 InsO werden im Wesentlichen **nur eigene Auskünfte des Schuldners** erfasst; dies gilt aber nur dann, wenn die entsprechenden Erkenntnisse auf anderem Weg nicht in rechtmäßiger Weise gewonnen werden können. - Die Staatsanwaltschaft kann zur Gewinnung des Anfangsverdachts uneingeschränkt auf die Angaben des Schuldners im Insolvenzverfahren zurückgreifen.

7. **Born:** Die Rspr. des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (NJW 2009, 2179)

II. Strafrecht

1. **Mansdörfer:** Der internationalstrafrechtliche Geltungsbereich des Geldwäschetatbestandes (HRRS 2009, 252)

Bespr. der Entsch. BGH Urteil v. 18.02.2009 - 1 StR 4/09 - Der **internationalstrafrechtliche Geltungsbereich des Geldwäschetatbestands** ist angesichts der Katalogtaten des § 261 I 2 StGB und des extensiven Verständnisses des Herrührens tauglicher Tatobjekte **zu weit gespannt**. - Ein konsequenter **Rückgriff auf die allgemeinen Regeln des internationalen Strafrechts**, ein Aufgreifen des von der Rspr. in anderen Bereichen herausgearbeiteten **Erfordernisses eines besonderen Inlandsbezugs der Tat** und eine **vorsichtige Interpretation der Konkurrenzregel des § 261 IX 2 StGB** würde die Norm auf ein den Interessen der Bundesrepublik gerecht werdendes Maß beschneiden. - Da der internationalstrafrechtliche Geltungsbereich der Geldwäsche in erster Linie im Rahmen der Auslegung des einfachen Rechts begrenzt werden muss, ist dies eine **originäre Aufgabe der Rspr.**

2. **Sieber:** Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt (NSTz 2009, 353)

Das **Gefahrenpotential von terroristischen Anschlägen** rechtfertigt eine strafrechtliche Erfassung von Vorbereitungshandlungen, soweit diese an begangenes Unrecht und nicht nur an die Gefährlichkeit von Personen anknüpfen; in diesen Grenzen ermöglicht das Strafrecht auch einen - durch das begangene Unrecht und die Schuld des Täters begrenzten - Freiheitsentzug, der wegen einer strafbaren Tatvorbereitung repressiv verhängt wird, im Hinblick auf die Tatvollendung der vorgesehenen Gewalttat und weitere Anschläge jedoch präventiv wirkt. - Das Strafrecht ist auch das einzige Instrument, das - in den Grenzen von Unrecht und Schuld - in der gegenwärtigen deutschen Situation einen nicht nur kurzfristigen Freiheitsentzug für potentiell gefährliche terroristische Straftäter rechtfertigen kann. - Der **präventionsorientierte strafrechtliche Ansatz des GVG** ist daher prinzipiell richtig und allen alternativen Ansätzen eines „kriegsrechtlich orientierten Präventionsrechts“, eines längerfristigen polizeirechtlichen Freiheitsentzugs oder einer erweiterten Sicherungsverwahrung für potentielle Terroristen vorzuziehen. - Im Ansatz zutreffend ist auch die dem GVG zu Grunde liegende Wahl der speziellen Gefährdungsdelikte, die der Gesetzentwurf zur Begründung von strafrechtlichem Unrecht wählt. - Berechtigt ist daher der Kernbereich der Vorbereitungsdelikte von § 89a StGB sowohl unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit als auch der Freiheit. - Gravierend ist die **Beeinträchtigung der Informationsfreiheit durch § 91 StGB**.

3. **Renzikowski:** Strafrechtliche Haftung bei Arbeitsteilung am Bau (StV 2009, 443)

Bespr. der Entsch. BGH NZBau 2009, 178 = StV 2009, 406 = ZA 2009, 15

4. **Becker:** Herrschaft durch Nichtstun? Zur Beteiligung durch Unterlassen (HRRS 2009, 242)

Bespr. der Entsch. BGH, Urteil v. 12.02.2009 - 4 StR 488/08

5. **Himmelreich:** Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und - bußgeldsachen (NSTz 2009, 373)

6. **Prittwitz:** Zur Verwertbarkeit zufällig aufgezeichneter Raum- und Hintergrundgeräusche (StV 2009, 437)

III. öffentliches Recht

1. **Lang/Hunke:** Aufklärungs- und Informationspflichten bei der Veräußerung von Altlastengrundstücken für Verkäufer, Käufer und Banken (NJOZ 2009, 2508)

Nicht nur den Verkäufer treffen bei der Veräußerung von Altlastengrundstücken **zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Aufklärungs- und Informationspflichten**, vielmehr **kann auch der Käufer** unter bestimmten Umständen dazu **verpflichtet sein** kann, **eigene Maßnahmen zur Untersuchung der Immobilie durchzuführen**. - Der Verkäufer ist unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten nach st. Rspr. gegenüber dem unwissenden Käufer zur **umfassenden Aufklärung über eine Altlastenproblematik** verpflichtet, wenn er positive Kenntnis von der Altlast hat; dies gilt nur dann nicht, wenn der Käufer bei gebotener Besichtigung des Grundstücks diese hätte selbst erkennen können. - Umgekehrt ist der Käufer zwar nicht auf Grund gesetzlich ausdrücklich geregelter Rechtspflichten zur Untersuchung der Immobilie verpflichtet; jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Erwerb eines Altlastengrundstücks erhebliche zivilrechtliche Rechtsnachteile und öffentlich-rechtliche Haftungsrisiken nach sich ziehen kann; zivilrechtliche Rechtsnachteile können vor allem darin bestehen, dass sich der Käufer nach § 442 I 2 BGB auf seine gesetzlichen Gewährleistungsrechte dann nicht berufen kann, wenn ihm **grobe Fahrlässigkeit** vorgeworfen werden kann; außerdem wird die **öffentlich-rechtliche Ewigkeitshaftung des § 4 VI BBodSchG** bereits dann ausgelöst, wenn dem Käufer fahrlässige Unkenntnis des Vorliegens einer Altlast nachgewiesen werden kann. - Verkäufer und Käufer sind unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten nach den meisten Bodenschutzgesetzen der Länder verpflichtet, der zuständigen Altlastenbehörde eine bestehende Altlastenproblematik bereits dann mitzuteilen, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Altlast gegeben sind. - Der in den Kauf eingeschaltete **Finanzierungsgläubiger** ist **grds. nicht dazu verpflichtet, den Käufer über etwaige Risiken des Kreditgeschäfts aufzuklären**; eine Ausnahme von diesem Grundsatz und damit eine Pflicht der Bank zur Aufklärung hinsichtlich einer Altlastenproblematik ist nach der Rspr. jedoch dann anzunehmen, wenn die Bank für sie selbst erkennbar in Bezug auf dieses Risiko des zu finanzierenden Vorhabens gegenüber dem Darlehensnehmer einen konkreten Wissensvorsprung hat.

2. **Battis:** Entwicklung des Beamtenrechts seit 2008 (NVwZ 2009, 812)
3. **Schenke:** Probleme des Vertretungszwangs nach dem novellierten § 67 IV VwGO (NVwZ 2009, 801)

Die **Novellierung des § 67 VwGO** hat neue Zweifelsfragen aufgeworfen: Streitig ist, ob sich Einschränkungen des Vertretungszwangs (§ 67 IV VwGO) aus § 78 V ZPO sowie für die Streitwertbeschwerde ergeben und bisher anerkannte ungeschriebene Einschränkungen des Vertretungszwangs noch aufrechterhalten werden können. - Anders als nach bisherigem Recht wird der vor dem OVG und dem BVerwG bestehende **Vertretungszwang heute nicht mehr durch den früher über § 173 S. 1 VwGO anwendbaren § 78 V (zukünftigen § 78 III VwGO) eingeschränkt**; dies bedeutet insbesondere, dass sich der Vertretungszwang gem. § 67 IV VwGO nunmehr auch auf solche Prozesshandlungen erstreckt, die vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorgenommen werden können. - Außerdem lassen sich die von der Rspr. unter der Geltung von § 67 I VwGO a.F. entwickelten ungeschriebenen Einschränkungen des Vertretungszwangs jedenfalls auf der Basis des heutigen § 67 IV VwGO nicht mehr uneingeschränkt aufrechterhalten.

4. **Itzel:** Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungsrecht - Rechtsprechungsüberblick 2008 (MDR 2009, 730)

IV. Richter / Staatsanwälte / Notare / Rechtsanwälte

1. **Bengel/Tiedtke:** Kostenrechtsprechung 2008 (DNotZ 2009, 492)
2. **Schlosser:** Schadensersatz-rechtlicher Erstattungsanspruch für über die Sätze des RVG hinausgehende Anwaltskosten (NJOZ 2009, 2376)

Haben ein **Leistungsverzug oder eine andere Vertragsverletzung** beim Gläubiger **Rechtsverfolgungskosten** adäquat **verursacht**, so sind diese **grds. als Teil seines Schadens ersatzpflichtig**. - Die **Begrenzung der prozessualen Erstattungspflicht** auf die „gesetzlichen“ Rechtsanwaltsgebühren und die Kosten der Beauftragung nur eines Rechtsanwalts **gelten für einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch als Teil eines Schadensersatzanspruchs nicht**: Ein überhöhter Rechtsverfolgungsaufwand begründet zwar ein **mitwirkendes Verschulden i.S. von § 254 II BGB** und führt grds. zu einer Reduzierung des Schadensersatzanspruchs, die Beauftragung mehrerer Rechtsanwälte und die Vereinbarung eines Stundenhonorars sind aber nicht als solche schon mitwirkendes Verschulden. - Die Rechtsverfolgungskosten als Teil eines Schadensersatzanspruchs wegen Verzugs können auch zusammen mit dem Anspruch eingeklagt werden, den der Schuldner nicht erfüllt. - Um eine Kollision mit der zu erwartenden prozessualen Kostenentscheidung zu vermeiden, sind entweder im Rahmen dieser Kostenentscheidung jene Beträge von der Erstattungspflicht auszunehmen, die dem Gläubiger auf Grund des Verzugs des verklagten Schuldners zugesprochen werden oder aber in der Kostenentscheidung ist zu spezifizieren, dass Gebühren des Rechtsanwalts des Klägers nicht erstattungspflichtig sind. Im Ein-

zelen gilt für die **Erstattungsfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten** im Rahmen eines materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruchs Folgendes: **Rechtsanwaltshonorare, die vereinbarungsgemäß nach Stundensätzen geschuldet werden, sind grds. erstattungsfähig**; in komplexen Fällen können auch Kosten für die Beauftragung mehrerer Rechtsanwälte erstattungsfähig sein, dann nämlich, wenn es vernünftiger Vorsorge des Gläubigers entspricht, sich zur Sicherheit mehrfach beraten zu lassen; wenn ein im Bezirk des anzurufenden OLG niedergelassener OLG-erfahrener Rechtsanwalt mit der Durchführung der Berufung beauftragt wird, so können gleichwohl Zahlungen für Arbeitsstunden ersetzt verlangt werden, die die erstinstanzlichen Anwälte des Verletzten vernünftigerweise aufwenden mussten, um in enger Zusammenarbeit mit dem Berufungsanwalt das Berufungsverfahren optimal durchzuführen; zu den Rechtsverfolgungskosten, die auf Grund des materiellen Rechts ersatzpflichtig sind, gehören auch die Nachteile, die der Gläubiger wegen des prozesskostenrechtlichen Quotelungsprinzips erleidet, sollte er mit seiner Forderung nicht voll durchdringen.

3. **Mathy**: Rechtsanwalt in eigener Sache: Kostenerstattung aus der Rechtsschutzversicherung?(r + s 2009, 265)

Dem sich selbst verteidigenden bzw. vertretenden - rechtsschutzversicherten - Anwalt steht **weder in zivilprozessualen oder arbeitsgerichtlichen Verfahren noch in Straf- oder Bußgeldverfahren ein Anspruch gegen seinen Rechtsschutzversicherung auf Ersatz seiner Anwaltsgebühren** zu: Die Rechtsschutzversicherung ist ein Massengeschäft, die ein ureigenes Interesse daran hat, die Beiträge für die Versicherungskunden akzeptabel zu gestalten und einigermaßen stabil zu halten; die - prima vista sicherlich „verbraucherfreundliche“ - Gegenauffassung hilft zwar dem Versicherungsnehmer im konkreten Einzelfall; letztendlich führt sie aber in der Konsequenz zu Beitragsanpassungen, so dass schlussendlich die Versichertengemeinschaft als solche belastet wird; außerdem hat sie - zumindest für die Fälle des Anwalts in eigener Sache in Straf- oder Bußgeldverfahren - eine **Zweckentfremdung der Justiz** zur Folge.

| Rechtmäßigkeit von Ratsbeschlüssen | |
|---|--|
| A. | bei Satzungen: Ermächtigungsgrundlage |
| B. | Formelle Rechtmäßigkeit |
| I. | Zuständigkeit |
| | <ol style="list-style-type: none"> 1. Zuständigkeit der Gemeinde (sog. Verbandskompetenz) 2. Zuständigkeit des Rates (sog. Organkompetenz) |
| II. | Verfahren |
| | <ol style="list-style-type: none"> 1. Ordnungsgemäße Einberufung des Rates, §§ 47, 48 GO <ol style="list-style-type: none"> a) Einberufung erfolgt durch den Bürgermeister, § 47 I 1 GO b) Einhaltung der in der Geschäftsordnung vorgesehenen Ladungsfrist, § 47 II 1 GO c) Ordnungsgemäße Form der Einberufung nach der Geschäftsordnung, § 47 III GO d) Festsetzung der Tagesordnung, § 48 GO 2. Öffentlichkeit der Ratssitzung, § 48 II 1 GO: 3. Beschlussfähigkeit, § 49 GO <p>Grundsatz: Anwesenheit der Hälfte der gesetzlichen Mitglieder, also aller Ratsherren/Ratsfrauen der verschiedenen Parteien.</p> <p>Gilt nach § 49 I 2 GO als gegeben, solange nicht die Beschlussunfähigkeit festgestellt ist.</p> <p>Ausnahme: Musste eine Angelegenheit wegen Beschlussunfähigkeit zurückgestellt werden, ist bei der nächsten Sitzung hierüber Beschlussfähigkeit unabhängig von der Zahl der anwesenden Ratsmitglieder anzunehmen (§ 49 II GO)</p> 4. Beschlussfassung, § 50 GO <p>Grundsatz: offene Abstimmung, § 50 I 3 GO</p> <p>Ausnahme: a) namentliche Abstimmung (bei Antrag einer von der Geschäftsordnung zu bestimmenden Zahl von Mitgliedern, § 50 I 4 GO)</p> <p style="padding-left: 20px;">b) geheime Abstimmung (bei Antrag von 1/5 der Ratsmitglieder; § 50 I 5 GO)</p> <p>Beachte: Antrag auf geheime Abstimmung hat Vorrang vor Antrag auf namentliche Abstimmung, § 50 I 6 GO)</p> 5. Beachtung der Mitwirkungsverbote, § 31 GO <p>Im Falle der Befangenheit ist es einem Ratsmitglied untersagt, an der Beratung oder Entscheidung über eine Angelegenheit teilzunehmen. Dies ist dann der Fall, wenn</p> <ul style="list-style-type: none"> • die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil/Nachteil bringt • für das Ratsmitglied, einen Angehörigen oder einer von ihm vertretenen natürlichen oder juristischen Person. Auch bei Vorteil für eine natürliche oder juristische Person, bei der es gegen Entgelt beschäftigt oder Vorstand ist . <p>Das gleiche gilt, wenn das Ratsmitglied in der Angelegenheit ein nicht öffentliches Gutachten angefertigt hat.</p> <p>Allerdings greifen die Mitwirkungsverbote nach § 31 III GO nicht ein, wenn der Vor- oder Nachteil allein deshalb auch für das Ratsmitglied besteht, weil</p> <ul style="list-style-type: none"> • es zu einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe mit gemeinsamen Interessen gehört • in den sonstigen Fällen des § 31 III GO. 6. zusätzliche spezialgesetzliche Anforderungen |
| II. | Form: Schriftform/Niederschrift und Unterzeichnung durch den Bürgermeister, § 52 I GO |
| III. | Öffentliche Bekanntmachung , § 52 III (Für Satzungen § 7 IV, v GO) |
| C. | Materielle Rechtmäßigkeit |
| I. | Besondere Anforderungen bzgl. Gegenstand des Beschlusses |
| II. | Allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen |
| | <ol style="list-style-type: none"> 1. Bestimmtheit 2. Verhältnismäßigkeit 3. kein Verstoß gegen höherrangiges Recht |

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung

Erbrecht

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

| | | |
|-----------------------------------|---|--|
| Land: Baden-Württemberg | Prüfer (mit Titel usw.) Prof. Dr. H | Tag d. mündl. Prüfung 15.01.2009 |
|-----------------------------------|---|--|

Zur Person:

Dr. H ist ein sehr netter und angenehmer Prüfer, der einem auch immer Hilfestellung gibt, wenn man etwas mal nicht sofort weiß, aber man sollte immer in seiner Vorlesung gewesen sein und dort mitgearbeitet haben, wenn man eine gute Note bekommen will. Außerdem lohnt es sich sehr, seine Skripten durchzuarbeiten.

Zur Sache:

Fall: Ein junges, verheiratetes Elternpaar will ein Testament machen, in dem sie sich gegenseitig bedenken, möchte aber auch sicherstellen, dass vom Vermögen auch noch für den künftigen Nachwuchs genügend bleibt.

I. Welche Möglichkeiten bleiben dem Paar?

Erstens kann es im Testament Vor- und Nacherbfolge anordnen, zweitens kann es die Kinder zu Erben des Erstversterbenden einsetzen und für den Längstlebenden ein Nießbrauchsvermächtnis aussetzen, drittens kann es Voll- und Schlusserbfolge (sog. Berliner Testament) anordnen.

II. Wo ist die Stellung der Kinder am stärksten und welche Gestaltungsmittel gibt es dazu?

Am stärksten ist die Stellung der Kinder dann, wenn sie als Erben des Erstversterbenden eingesetzt werden und für den Längstlebenden lediglich ein Nießbrauchsvermächtnis eingeräumt wird, denn hier sind sie Erben und können über den Nachlass nach Belieben verfügen. Bei der Vor- und Nacherbschaft dagegen würden sie erst mit dem Tode des längstlebenden Erben und hätten während ihrer Vorerbenzeit lediglich den Schutz der §§ 2111 ff. und 2136 BGB. Beim Berliner Testament hingegen würden sie im ersten Erbgang völlig übergangen und wären auf den guten Willen des länger lebenden Ehegatten angewiesen, nicht alles zu Lebzeiten zu „verbraten“.

III. Was können sie tun, wenn sie im Falle einer Wiederheirat das Vermögen so weit wie möglich in der eigenen Familie halten wollen?

1. Sie können eine sog. Wiederverheiratsklausel aufnehmen, d.h. dass im Falle der Wiederheirat der Nacherbenfall eintritt. Der Längstlebende ist somit auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe.
2. Eine zweite Möglichkeit wäre die Aussetzung eines Wiederverheiratsvermächtnisses, d.h. den Kindern wird im Falle der Wiederheirat ein Vermächtnis in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile ausbezahlt.

IV. Was ist, wenn die Ehegatten als Schlusserben eine juristische Person einsetzen, weil sie keine Kinder haben?

Die Beziehung sollte verwandtschaftsähnlich sein, d.h. man muss begründen, warum einem Ehegatten, z.B. der Gesangsverein genauso nahe steht, wie ein Verwandter.

V. Was können die Eltern im Berliner Testament tun, um zu verhindern, dass Kinder beim Tode des Erstversterbenden Pflichtteilsansprüche geltend machen?

Sie können eine sog. Pflichtteilstrafklausel aufnehmen, die bestimmt, dass derjenige, der beim Tode des Erstversterbenden Pflichtteilsansprüche geltend gemacht hat, beim zweiten Erbgang enterbt wird und gleichzeitig Vermächtnisse für die anderen Kinder in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile anfallen, um damit den zweiten Pflichtteil des „bösen“ Kindes zu verringern („Jastrowsche Klausel“).

Viel Glück und 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: Sachsen-Anhalt | Prüfer (mit Titel usw.) VRiOLG Dr. F.. | Tag d. mündl. Prüfung 14.10.2008 |
|--------------------------------|--|--|

Zur Person:

Herr Dr. F vermittelte, wie in den vorherigen Protokollen bereits dargestellt, einen angenehmen Eindruck, der sich über das Vorgespräch hinaus auch in der Prüfung fortsetzte. Die Bewertung der einzelnen Kandidaten entsprach meines Erachtens der erbrachten Leistung, wobei nicht zu unterschätzen ist, dass Herr Dr. F VRiOLG Naumburg ist. Daher sollte sich der Prüfling im Rahmen der Vorbereitung mit den Besonderheiten des Verfahrens in Familiensachen vertraut gemacht haben (siehe §§ 606 ff. ZPO und FGG) sowie den spezi-alesgesetzlichen Regelungen im Familienrecht.

Bei der Falllösung ist sein Augenmerk auf die Darstellung einer zusammenhängenden Lösung und einer überzeugenden Argumentation gerichtet. Werden Fragen freigegeben, dann sollte der Kandidat sich melden, wenn er eine für ihn sachgerechte Antwort kennt. Aktive Mitarbeit honoriert Herr Dr. F. Die Protokolle bilden einen ersten Anhaltspunkt, wohin die Reise gehen könnte. Auch das Wissen um neue Gesetze ist nicht unschädlich.

Zur Sache:

Fall: (Anmerkung: Den Fall aus dem Strafrecht bei OstA'in W nahm er zum Anlass, ihn mit einigen Abweichungen für seine Prüfung heranzuziehen – „Stalking“.)

F und M, die sich aus ihrer Kindheit kennen und später geheiratet haben, leben nach ständigen Streitereien noch keine 6 Monate getrennt. Der M suchte trotz der Trennung immer wieder Kontakt zur F. Dazu benutzte er unterschiedliche Wege, um mit ihr in Verbindung zu treten. So rief M die F im Jahre 2004 mehrmals an und ersuchte sie darum, sich mit ihm zu treffen. Sie lehnte jeweils dankend ab und bat ihn, sie zukünftig nicht mehr anzurufen. Unbeeindruckt davon, rief er sie weiterhin an, wobei er nicht nur am Tage sich telefonisch meldete, sondern auch nachts bei ihr anrief. M erklärte unter anderem am Telefon gegenüber der F, dass er auf sie bei ihr zu Hause nach der Arbeit warten werde und sie in ihrer Wohnung mit einem Essen überraschen werde. Darüber verärgert, dass die F sich nicht mit ihm verabredete, bestellte er bei einem Versandhaus mehrere Kleidungsstücke auf den Namen der F und ihrer Anschrift. F fühlt sich dadurch in ihrer Lebensqualität beeinträchtigt.

I. Was kann die F unternehmen?

1. Welche Anspruchsgrundlagen kommen in Betracht?

- Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB
- speziellere Norm könnte hier auch § 1 Gewaltschutzgesetz sein,
- einstweiliger Rechtsschutz gem. §§ 935, 940 ZPO,
- einstweilige Anordnung gem. § 620 ZPO.

2. Welches Gericht ist sachlich zuständig?

Bei der Zuständigkeit galt es zunächst zu erkennen, dass hier das Familiengericht entweder beim Amtsgericht (§ 23b GVG) bzw. das OLG gem. § 119 I Nr. 1a GVG zuständig ist (Achtung: LG ist in Familiensachen nicht zuständig!). § 23b I Nr. 8 GVG (+), da F und M innerhalb von 6 Monaten vor der Antragstellung einen gemeinsamen Haushalt geführt haben.

Zudem galt es, die Regelung des § 621 ZPO von der des GVG abzugrenzen und festzustellen, dass Abs. 1 lediglich bestimmt, dass für die dort aufgeführten Sachen (lesen!) das FamG ausschließlich zuständig ist. Die sachliche Zuständigkeit des AG als Familiengericht ergibt sich aus § 23a GVG. § 621 I Nr. 13 ZPO (+), Maßnahmen nach §§ 1 und 2 Gewaltschutzgesetz.

3. Wie hat sich die F bei Rechtshängigkeit zu verhalten, wenn das Gericht unzuständig ist?

Einen Antrag auf Verweisung an das zuständige Gericht stellen, § 281 ZPO.

4. Wie lauten die Voraussetzungen des § 1 Gewaltschutzgesetz?

Hier sollte sich der Prüfling mit der Norm des § 1 Gewaltschutzgesetz vertraut machen. Einschlägig war wohl § 1 I Nr. 4 GewSchG, der die Verwendung von Fernkommunikationsmitteln untersagt.

Des Weiteren wurde darauf eingegangen, inwieweit die Strafvorschrift des § 4 GewSchG verfassungsgemäß ist, ohne dies weiter tiefgreifend zu erläutern. Es bestehen wohl rechtsstaatliche Bedenken, da der Bürger in einem Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz keine Strafvorschriften erwartet.

5. Wie ist der Antrag nach § 1 GewSchG zu formulieren?

Der Antrag hat unbestimmt zu erfolgen (entgegen § 253 II Nr. 2 ZPO), da das Gericht auf Antrag die erforderlichen Maßnahmen trifft, wobei die gesetzliche Aufzählung der Maßnahmen nicht abschließend ist.

6. Welche Vorschriften können neben denen der ZPO noch einschlägig sein?

Die des FGG; hier sollte kurz der Unterschied zwischen ZPO und FGG herausgearbeitet werden, der im Wesentlichen darin besteht, dass das FGG den Grundsatz der Amtsermittlung (§ 12 FGG) kennt und bei der Kostenentscheidung die Besonderheit des § 13a FGG zu beachten ist.

7. Welche Voraussetzungen hat der einstweilige Rechtsschutz, konkret der einstweiligen Verfügung und muss das Hauptsacheverfahren anhängig sein?

- Verfügungsanspruch = jeder zivilrechtliche Individualanspruch,
- Verfügungsgrund = Abwendung einer Gefährdung der Gläubigerinteressen muss im Eilverfahren notwendig sein.

Das Hauptsacheverfahren muss nicht anhängig sein. Jedoch kann auf Antrag durch das Gericht angeordnet werden, binnen einer Frist die Klage zu erheben.

8. Welchen einstweiligen Rechtsschutz gibt es noch?

Neben der einstweiligen Verfügung gibt es den Arrest nach §§ 916 ff. ZPO und die einstweilige Anordnung nach §§ 620 ff. ZPO (lesen!).

Dann war die Prüfung zu Ende.

Viel Glück!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

