



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

**38. Jahrg.**

**Februar 2013**

**Heft 2**

---

**Aus dem Inhalt:**

- |                     |  |
|---------------------|--|
| <b>BGH:</b>         | Ersatz von Ein- und Ausbaukosten                   |
| <b>OLG Koblenz:</b> | Falschverdächtigung durch Insolvenzantrag          |
| <b>OVG Bremen:</b>  | Unzulässigkeit wegen bestimmendem Dritteinfluss    |
| <b>BVerfG:</b>      | Räumungsschutz bei Suizidgefahr                    |
| <b>BGH:</b>         | Wirksame Klagezustellung ohne Anlagen              |
| <b>OLG Hamm:</b>    | Pflichtverteidigerbestellung im Adhäsionsverfahren |
| <b>OVG Münster:</b> | Ausgleich bei Teilrücknahme einer Baugenehmigung   |



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Mietrecht.....	1
------------------------------	---

### Brandaktuell

BGH: Zustand eines Neuwagens (Nachbesserungsverlangen) .....	4
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Ersatz der Ein- und Ausbaukosten (nicht bei Kaufvertrag zwischen Unternehmern).....	5
OLG Frankfurt: Entschädigung wegen Verletzung der Menschenwürde (Androhung „erheblicher Schmerzen“).....	9

#### Strafrecht

OLG Koblenz: Falsche Verdächtigung (Einleitung eines Insolvenzverfahrens).....	12
BGH: Untreue (Begleichung nichtiger Forderungen).....	14

#### öffentl. Recht

OVG Bremen: Widerruf der Gaststättenerlaubnis (Unzuverlässigkeit wegen bestimmendem Dritteinfluss).....	17
ThürVerfGH: Willkürverbot bei Auslegung von Normen (Anforderungen an die korrekte Einstellung einer Parkscheibe).....	21

#### Kurzauslese I

LG Krefeld: Mangel der Mietsache (Kenntniserlangung von Flächendifferenz nicht allein durch Wohnen).....	23
BAG: Ehrenamtliche Tätigkeit (Begründung eines Arbeitsverhältnisses).....	23
OLG Hamm: Scheck (Nichtigkeit wegen unzureichender Bezeichnung des Ausstellungsortes).....	23
LG Gießen: Fahrlässige Tötung durch Unterlassen (Verantwortlichkeit des Arztes bei Suizid eines Patienten).....	24
BGH: Vermögensschaden (Erforderlicher Inhalt der Urteilsfeststellungen).....	24
BGH: Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (nicht verkehrsbedingter Halt).....	25
BVerfG: Wahl der Bundesverfassungsrichter (Verfassungsmäßigkeit).....	25
VG Münster: Hochschulzugang (Verfassungswidrigkeit der Bewertungsfiktion).....	25
BGH: Irreführende Unternehmensbezeichnung („Stadtwerke“).....	26

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

**Zivilrecht**

BVerfG:	Vollstreckungsschutz gegen Zwangsräumung (Entscheidungspflicht des Vollstreckungsgerichts bei Suizidgefahr).....	27
BGH:	Wirksamkeit einer Klagezustellung (Anforderungen an Auslandszustellung und Fehlen von Anlagen).....	31

**Strafrecht**

OLG Hamm:	Pflichtverteidigerbestellung (Adhäsionsverfahren).....	35
-----------	---	----

**öffentl. Recht**

OVG Magdeburg:	Zweifel über die Verfristung des Widerspruchs (Zulässigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO).....	37
OVG Münster:	Teilweise Rücknahme einer Baugenehmigung (Nichtigkeit und Ausgleichspflicht).....	40

**Kurzauslese II**

BGH:	Rechtsmitteleinlegung (Zulässigkeit trotz Falschbezeichnung).....	43
BGH:	Berufungsbegründung (inhaltliche Anforderungen).....	43
BayVerfGH:	Hinweisbeschluss (Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde).....	43
OLG Hamm:	Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes (Terminsverzeichnis).....	44
BGH:	Untätigkeitsbeschwerde (Statthaftigkeit).....	44
OLG Hamm:	Zurückverweisung (Verwerfung des Einspruchs).....	44
KG:	Pflichtverteidigerbestellung (Fortwirkung im Wiederaufnahmeverfahren).....	45
LG Karlsruhe:	Wiederaufnahmeverfahren (Vernichtung der Akte).....	46
OVG Lüneburg:	Erledigung des Verwaltungsaktes (erkennungsdienstliche Behandlung).....	46
VGH München:	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (Ausschluss vom Besuch einer öffentlichen Einrichtung).....	46
BVerwG:	Berufungsbegründung (inhaltliche Anforderungen an Belehrung).....	47
VGH Kassel:	Berufungszulassung (statthafter Rechtsbehelf).....	47

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	48
---	----

<b>Übersicht:</b>	Der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG .....	51
-------------------	---	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Strafrecht .....	52
Assessorprüfung:	Öffentliches Recht .....	53

## Aus der Gesetzgebung

### Änderungen im Mietrecht

Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln vom 01.02.2013; In-Kraft-Treten voraussichtlich am 01.04.2013

#### I. Allgemeines

Auch das Mietrecht soll etwas zum Klimaschutz und zur Energiewende beitragen. Dafür sollen **Anreize für eine energetische Sanierung** geschaffen werden. Außerdem soll mit der Mietrechtsänderung Vermietern geholfen werden, **Mietnomaden** schneller loszuwerden. Schließlich sollen Mieter, deren **Mietwohnung in Wohnungseigentum umgewandelt** werden soll, durch die Mietrechtsänderung besser geschützt werden.

#### II. Die wichtigsten Neuregelung im Überblick

##### 1. Vereinfachte Durchsetzung energetischer Modernisierungsmaßnahmen

- a) Die Vorschriften über die **Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen** (bisher § 554 BGB) werden neu gefasst. Das Gesetz sieht im § 555b Nr. 1 BGB n.F. eine Legaldefinition der energetischen Modernisierung vor.

Der neu geschaffene Tatbestand der "energetischen Modernisierung" soll dabei alle Maßnahmen erfassen, die zur Energieeinsparung in Bezug auf die Mietsache beitragen, etwa den Einsatz von Solartechnik für die Warmwasserbereitung. Rein klimaschützende Maßnahmen oder Maßnahmen wie die Installation einer Fotovoltaikanlage auf dem Dach, deren Strom der Vermieter in das öffentliche Stromnetz einspeist, muss der Mieter zwar dulden, diese berechtigen aber nicht zur Mieterhöhung.

- b) Energetische Modernisierungen sollen für eine begrenzte Zeit von drei Monaten nicht mehr zu einer Mietminderung (§ 536 BGB) führen. Bei Baulärm und Schmutz wegen der energetischen Sanierung eines Wohnhauses können Mieter daher zukünftig **während der ersten drei Monate keine Mietminderung** mehr beanspruchen. Bei anderen Modernisierungen (z.B. Modernisierung eines Bades) bleibt es hingegen beim unbeschränkten Minderungsrecht. Unberührt bleibt auch das Recht des Mieters zur Mietminderung, wenn die Wohnung wegen der Baumaßnahmen nicht mehr benutzbar ist.
- c) **Modernisierungsmaßnahmen** muss der Vermieter künftig zwar **form- und fristgerecht ankündigen**, die **formalen Anforderungen an die Begründungspflichten** des Vermieters bei Modernisierungen werden aber **gesenkt**, um überzogene Anforderungen zu beseitigen.
- d) Der **Mieter hat die Maßnahmen zur Modernisierung und Erhaltung zu dulden**, kann aber auch **weiterhin Härtefallgründe geltend machen**.

Bisher konnte sich der Beginn von Modernisierungsmaßnahmen verzögern, wenn der Mieter vorträgt, dass die gesetzlich vorgesehene Umlage von Modernisierungskosten eine für ihn unzumutbare wirtschaftliche Härte sei. Diese Härtefallprüfung wird in das spätere Mieterhöhungsverfahren verlagert, damit die Modernisierung zunächst ohne Verzögerungen realisiert werden kann. Berufte sich also ein Mieter darauf, dass er eine spätere Modernisierungsumlage finanziell nicht verkraften kann, so kann der Vermieter die geplante Maßnahme dennoch durchführen. Das schafft Planungssicherheit in der Bauphase. Der Härtegrund der fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird im Mieterhöhungsverfahren nach Abschluss der Maßnahmen geprüft, auch der Abwägungsmaßstab wird nicht verschärft. Der Mieter behält also seinen umfassenden Schutz vor Mieterhöhungen, die er nicht tragen kann. Er muss also, wenn der Härtegrund gegeben ist, trotz zu duldender Modernisierung später eine mögliche erhöhte Miete nicht zahlen.

- e) Bei dem Grundsatz, dass die **Kosten von Modernisierungsmaßnahmen** mit jährlich **maximal 11 %** auf die Miete umgelegt werden können, wird das geltende Recht nicht verändert (§ 559 BGB). Die Umlagemöglichkeit gilt auch für die energetische Modernisierung. Kosten für Erhaltungsaufwendungen, die mit Modernisierungen verbunden sind, berechtigen nicht zur Mieterhöhung. Dieser Abzugsposten wird im

Mieterinteresse künftig ausdrücklich geregelt; da diese Klarstellung im Gesetz bislang fehlte.

In den Vorschriften über die **ortsübliche Vergleichsmiete** (§ 558 BGB) wird gesetzlich klargestellt, dass die **energetische Ausstattung und Beschaffenheit bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu berücksichtigen** sind. Energetische Kriterien sollen so künftig auch verstärkt in Mietspiegeln abgebildet werden.

## 2. Vorgehen gegen das Mietnomadentum

Gegen das sog. „Mietnomadentum“ wird durch **neue und verbesserte Verfahrensregeln** vorgegangen. So ermöglicht die Neuregelung im Mietrecht den Vermietern eine **beschleunigte Zwangsräumung bei Mietnomaden**.

Mit einer neuen Sicherungsanordnung kann der Mieter vom Gericht verpflichtet werden, für die während eines Gerichtsverfahrens Monat für Monat auflaufende Miete eine Sicherheit (z. B. Bürgschaft, Hinterlegung von Geld) zu leisten. Damit soll verhindert werden, dass der Vermieter durch das Gerichtsverfahren einen wirtschaftlichen Schaden erleidet, weil der Mieter am Ende des Prozesses nicht mehr in der Lage ist, die während des Prozesses aufgelaufenen Mietschulden zu bezahlen. Befolgt der Mieter bei einer Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs eine vom Gericht erlassene **Sicherungsanordnung** nicht, kann der Vermieter im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes** schneller als bislang ein Räumungsurteil erwirken.

## 3. Erleichterung der Vollstreckung von Räumungsurteilen

a) Die in der Praxis entwickelte sog. „Berliner Räumung“, die die Vollstreckung von Räumungsurteilen erleichtert, wird nun auf eine **gesetzliche Grundlage** gestellt und damit als **gleichberechtigte Alternative zur „normalen Räumung“** im Gesetz festgeschrieben.

Hat ein Vermieter vor Gericht ein Räumungsurteil erstritten, soll der Gerichtsvollzieher die Wohnung räumen können, ohne gleichzeitig die – oft kostenaufwendigen – Wegschaffung und Einlagerung der Gegenstände in der Wohnung durchzuführen. Die Räumung kann also darauf beschränkt werden, den Schuldner aus dem Besitz der Wohnung zu setzen. Auf diese Weise fällt kein Kostenvorschuss für Abtransport und Einlagerung der in der Wohnung verbleibenden Gegenstände an. Die **Haftung des Vermieters** für die vom Schuldner zurückgelassenen Gegenstände wird **auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt**.

b) Wenn der Gerichtsvollzieher an der Wohnungstür klingelt, um ein Räumungsurteil zu vollstrecken, öffnet manchmal ein Unbekannter die Tür und behauptet, **Untermieter** zu sein. Auch wenn der Vermieter von der Untermiete nichts wusste, kann die Wohnung zunächst nicht geräumt werden, weil das Räumungsurteil nur gegen die Personen wirkt, die dort benannt sind. Ein neuer Anspruch im **einstweiligen Verfügungsverfahren** gibt dem Vermieter die Möglichkeit, in dieser Situation schnell einen weiteren Räumungstitel auch gegen den unberechtigten Untermieter zu bekommen.

## 4. Unterbindung des „Münchener Modells“ bei der Umwandlung von Mietshäusern in Eigentumswohnungen

Der bewährte **Mieterschutz** bei der Umwandlung von Mietshäusern darf zukünftig **nicht mehr durch** das sog. „Münchener Modell“ **umgangen** werden.

§ 577 a BGB sieht derzeit einen Schutz vor Eigenbedarfskündigungen für drei Jahre vor, wenn Mietshäuser in Wohneigentum umgewandelt und die Wohnungen sodann veräußert werden. Die Landesregierungen können diese Frist für gefährdete Gebiete (Ballungsräume) bis auf zehn Jahre verlängern. Das „Münchener Modell“ ist dadurch geprägt, dass eine Personengesellschaft (z.B. eine GbR) ein Mietshaus von vornherein mit dem Ziel erwirbt, ihren Mitgliedern die Nutzung der Wohnungen zu ermöglichen und die Wohnungen in Eigentumswohnungen umzuwandeln. Noch vor der Umwandlung kündigt die Gesellschaft einem oder mehreren Mietern wegen Eigenbedarfs einzelner Gesellschafter. Auf diese Weise wird der in § 577a BGB verankerte Schutz vor Eigenbedarfskündigungen nach Umwandlung in Wohneigentum umgangen. Diese Schutzlücke wird jetzt geschlossen.

## 5. Absenkung der Kappungsgrenze für Erhöhungen von Bestandsmieten bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete

Darüber hinaus wird in § 558 Abs. 3 BGB eine Regelung eingefügt, wonach die Bundesländer für Gebiete mit **angespannten Wohnungsmärkten** per Rechtsverordnung die **Kappungsgrenze** für Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete **von 20 % auf 15 % absenken** und so flexibel auf Mietsteigerungen besonders in Ballungsräumen reagieren können.

## 6. Nichtzahlung der Kaution als Kündigungsgrund

Die Nichtzahlung der Kaution wird als **Grund zur fristlosen Kündigung im Gesetz festgeschrieben**. Vermieter können zukünftig ohne Abmahnung fristlos kündigen, wenn der Mieter mit der Zahlung der Kaution in einer Höhe in Verzug ist, die 2 Kaltmieten entspricht. Wie bei der fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs hat der Mieter auch hier die Möglichkeit, die **Kündigung durch Zahlung der Rückstände unwirksam zu machen**.

## 7. Umstellung auf gewerbliche Wärmelieferung (Contracting)

a) Mit der Umstellung auf Contracting (gewerbliche Wärmelieferung durch ein spezialisiertes Unternehmen) kann Energie gespart oder effizienter genutzt werden. Vermieter, die bisher in Eigenregie für die Wärmeversorgung ihrer Häuser gesorgt haben, können einen **Beitrag zu Klimaschutz und Ressourcenschonung** leisten, wenn sie einen gewerblichen Wärmelieferanten beauftragen, der i. d. R. in eine neue, sparsamere Heizungsanlage investiert.

Die Umlage der Contractingkosten auf den Mieter anstelle der bisherigen Heizkosten, und damit ein **Umstellungsanspruch des Vermieters**, wird nun gesetzlich geregelt. Damit sind die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Umlage der Kosten einer gewerblichen Wärmelieferung (Contracting) in laufenden Mietverhältnissen klargestellt.

b) Wenn Vermieter von der Wärmeversorgung in Eigenregie auf Wärmelieferung durch einen gewerblichen Anbieter umstellen, können sie die Kosten dieser Wärmelieferung künftig unter folgenden **Voraussetzungen** als Betriebskosten auf den Mieter umlegen:

- In der Regel muss der Contractor eine **neue Anlage errichten oder die Wärme aus einem Wärmenetz liefern**, z.B. als Fernwärme oder aus einem Blockheizkraftwerk.
- Bei Bestandsanlagen, die noch effizient weiter betrieben werden können, kann er sich auch auf die **verbesserte Betriebsführung** beschränken.
- In jedem Fall muss die **Umstellung für den Mieter kostenneutral** sein.
- Außerdem muss die **Umstellung rechtzeitig** zuvor **angekündigt** werden, damit der betroffene Mieter prüfen kann, ob die Voraussetzungen für eine spätere Umlage als Betriebskosten tatsächlich vorliegen.

**Brandaktuell**BGB  
§ 323**Zustand eines Neuwagens  
Nachbesserungsverlangen**

ZivilR

(BGH in Pressemitteilung Nr. 23/2013; Urteil vom 06.02.2013 - VIII ZR 374/11)

**Fall:** Der Kläger bestellte im November 2009 bei der Beklagten, einer BMW-Vertragshändlerin, zum Preis von 39.000 € einen BMW 320d als Neuwagen. Im Dezember 2009 verweigerte er die Annahme des Fahrzeugs wegen Schäden an der Lackierung und der Karosserie und verlangte unter Fristsetzung Nachbesserung. Gestützt auf ein Sachverständigengutachten, das die daraufhin vorgenommene Nachbesserung für nicht ordnungsgemäß erachtet hatte, lehnte er Mitte Januar 2010 eine Übernahme des Fahrzeugs erneut ab und trat vom Vertrag zurück, nachdem die Beklagte sich darauf berufen hatte, dass das Fahrzeug nunmehr mängelfrei sei.

Der Kläger hat die Beklagte auf Rückzahlung der von ihm geleisteten Anzahlung in Höhe von 10.000 €, Freistellung von den zur Fahrzeugfinanzierung eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten sowie Ersatz von Sachverständigenkosten in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Kläger sich angesichts seines Nachbesserungsverlangens nicht mehr auf die fehlende Fabrikneuheit des Fahrzeugs berufen könne und die verbliebenen Mängel, auch wenn zu deren Beseitigung Kosten von bis zu sieben Prozent des Kaufpreises anfallen könnten, lediglich optischer Natur und kaum wahrnehmbar seien.

Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Entscheidung mit der Frage befasst, ob sich der Käufer eines Neuwagens noch auf die **fehlende Fabrikneuheit des Fahrzeugs** berufen kann, wenn er die Abnahme des an Lackierung und Karosserie beschädigten Fahrzeugs nicht generell ablehnt, sondern zunächst eine **Beseitigung der Schäden verlangt** hat und diese anschließend **nur unzureichend gelungen** ist.

Fraglich ist, ob sich der Käufer eines Neufahrzeuges, der im Rahmen seines Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zunächst nicht die Neulieferung, sondern die Nachbesserung verlangt, sich bei deren Fehlschlagen noch darauf berufen kann, dass er die Neulieferung verlangen und bei deren Verweigerung nach §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB zurücktreten kann.

*„Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass der Käufer eines Neuwagens grundsätzlich erwarten kann, dass die von ihm **verlangte Nachbesserung technisch den Zustand herbeiführt, der dem werksseitigen Auslieferungsstandard entspricht.***

*Verlangt der Käufer eines Neuwagens die **Beseitigung von Mängeln**, verzichtet er damit nicht auf die mit der Neuwagenbestellung vereinbarte Beschaffenheit einer **Fabrikneuheit des Fahrzeugs**. Wird durch die Nachbesserungsarbeiten ein **Fahrzeugzustand**, wie er normalerweise bei einer **werksseitigen Auslieferung** besteht, **nicht erreicht**, kann der Käufer vom Vertrag **zurücktreten**.“ (BGH aaO)*

Allerdings könnte der Rücktritt nach § 323 V 2 BGB ausgeschlossen sein. Nach kann der Käufer einer Sache dann nicht vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn die Leistung zwar nicht vertragsgemäß bewirkt wurde, die **Pflichtverletzung** aber **unerheblich** ist. Fraglich ist daher, ob die Ausbesserung der Lackierung hier als unerhebliche Pflichtverletzung angesehen werden kann mit der Folge, dass ein Rücktritt des Klägers ausgeschlossen ist. Die Beklagte führt hier an, dass die verbliebenen **Mängel nur optischer Natur und kaum wahrnehmbar** seien.

*Der Rücktritt ist dabei auch nicht durch § 323 V 2 BGB ausgeschlossen. Denn der als **Beschaffenheit vereinbarte fabrikneue Zustand des Fahrzeugs** ist ein maßgeblicher Gesichtspunkt bei der Kaufentscheidung und spielt auch wirtschaftlich eine Rolle, da Fahrzeuge, die nicht mehr als fabrikneu gelten, mit deutlichen Preisabschlägen gehandelt werden.“ (BGH aaO)*

## Entscheidungen materielles Recht

**BGB**  
**§ 439 I**

**Ersatz der Ein- und Ausbaurkosten**  
**nicht bei Kaufvertrag zwischen Unternehmern**  
(BGH in NJW 2013, 220; Urteil v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11)

**ZivilR**

1. § 439 I Alt. 2 BGB ist **richtlinienkonform** dahin auszulegen, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den **Einbau der als Ersatz gelieferten Sache**.
2. Diese richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt und **erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern**.

**Fall:** Die im Sportplatzbau tätige Kl. kaufte in den Jahren 2006 und 2007 bei der Bekl. EPDM-Granulat eines polnischen Produzenten als Material zur Herstellung von Kunstrasenplätzen in H. und für ein Gymnasium in N.; Auftraggeber der Kl. waren die jeweiligen Gemeinden. Nach dem Einbau durch die Kl. stellte sich heraus, dass das von der Bekl. gelieferte Granulat mangelhaft war. Für den erforderlichen Austausch des Materials stellte die Bekl. kostenlos SBR-Granulat zur Verfügung. Sie lehnte es aber ab, das mangelhafte Material auszubauen und das Ersatzgranulat einzubauen. Daraufhin wurden diese Arbeiten auf Veranlassung der Kl. durch ein anderes Unternehmen vorgenommen. Die Kl. hat von der Bekl. Zahlung von 72.126,05 begehrt. Die Klageforderung setzt sich zusammen aus den Aus- und Einbaurkosten (25.424,65 Euro), Entsorgungskosten für das mangelhafte Material (4.541,40 Euro) sowie der behaupteten Preisdifferenz zwischen dem SBR-Granulat und dem ursprünglich gelieferten EPDM-Granulat (42.160 Euro).

Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

Die zulässige Klage hat Erfolg, wenn die Kl. einen Anspruch auf die geltend gemachten Klageforderungen hat.

### I. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280, 281 i. V. mit § 433 I 2 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung haben unter dem Gesichtspunkt, dass die Bekl. ihre Vertragspflicht zur Beschaffung mangelfreier EPDM-Granulats verletzt hat (§§ 437 Nr. 3, 280, 281 i. V. mit § 433 I 2 BGB), verneint.

*„Zwar sind die Voraussetzungen des § 280 I 1 BGB für einen Schadensersatzanspruch der Kl. insoweit erfüllt, als das von der Bekl. verkaufte EPDM-Granulat mangelhaft war (§ 434 BGB). Die Bekl. hat jedoch die sich daraus ergebende Pflichtverletzung (§ 433 I 2 BGB) nach den tatrichterlichen Feststellungen nicht zu vertreten (§ 280 I 2 BGB). Dies nimmt die Revision hin.“* (BGH aaO)

### II. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) haben.

*„Die Voraussetzungen für einen Nacherfüllungsanspruch der Kl. nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB sind erfüllt, weil das von der Bekl. gelieferte EPDM-Granulat mangelhaft war.“* (BGH aaO)

Fraglich ist jedoch, welchen Inhalt dieser Nacherfüllungsanspruch hat.

#### 1. Mangelbeseitigung oder Neulieferung

Nach § 439 I BGB kann der Käufer nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

*„Die Kl. hat die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt. Dieser Aufforderung ist die Bekl. nachgekommen, indem sie kostenlos SBR-Granulat zur Verfügung gestellt hat, das von der Kl. als Ersatzmaterial akzeptiert worden ist. Damit hat die Bekl. ihre Pflicht zur Nacherfüllung erfüllt.“* (BGH aaO)

#### 2. Pflicht zum Ein- und Ausbau

Darüber hinaus könnte die Bekl. aber verpflichtet sein, das mangelhafte EPDM-Granulat auszubauen und das SBR-Granulat einzubauen. Diese Leistungen könnten vom Nach-

erfüllungsanspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Alt. 2 BGB) umfasst sein.

#### a) § 439 I BGB im Verbrauchsgüterkauf

§ 439 I BGB dient der Umsetzung von Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABIEG Nr. L 171 v. 07.07.1999, S. 12, im Folgenden: Richtlinie). Auf den Vorlagebeschluss des BGH vom 14.01.2009 (NJW 2009, 1660 = EuZW 2009, 270) hat der EuGH (im Folgenden: Gerichtshof) durch Urteil vom 16.06.2011 (NJW 2011, 2269 = EuZW 2011, 631 – Gebr. Weber-GmbH/Jürgen Wittmer; Ingrid Putz/Medianess Electronics-GmbH) über die Auslegung der Richtlinie wie folgt entschieden:

*„Art. 3 II und III der Richtlinie (...) ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.“* (EuGH aaO)

In der abschließenden Entscheidung über den seinerzeit dem BGH vorliegenden Fall eines **Verbrauchsgüterkaufs** hat der BGH daraufhin § 439 I Alt. 2 BGB richtlinienkonform dahin ausgelegt, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den **Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache umfasst** (BGHZ 192, 148 = NJW 2012, 1073 Rn. 25 ff.).

*„Für den Einbau der als Ersatz gelieferten Kaufsache kann auf Grund des Urteils des Gerichtshofs nichts anderes gelten; auch insoweit ist eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I Alt. 2 BGB für den Verbrauchsgüterkauf geboten. Soweit der Senat zuvor in seinem ebenfalls einen Verbrauchsgüterkauf betreffenden Urteil vom 15. 7. 2008 (BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rn. 25) die Auffassung vertreten hat, eine so weitgehende Ausdehnung der Nacherfüllungspflicht lasse sich aus Art. 3 II der Richtlinie nicht herleiten, hält er daran nicht fest.“* (BGH aaO)

#### b) § 439 I BGB außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs

Fraglich ist, ob die vorstehende Rechtsprechung des BGH auch dann gilt, wenn kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, also beide Vertragsparteien Verbraucher sind oder der Käufer Unternehmer ist. Bislang hatte sich der BGH mit dieser Frage noch nicht auseinander gesetzt.

Die Literatur ist überwiegend der Auffassung, dass im Fall eines Kaufvertrags zwischen Unternehmern die Nachlieferung i. S. des § 439 I Alt. 2 BGB **weder den Ausbau** der mangelhaften Kaufsache **noch den Einbau** der als Ersatz gelieferten Sache umfasst.

Vgl. Lorenz, NJW 2011, 2241 [2244]; D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl., § 439 Rn. 13; Pfeiffer, LMK 2011, 321439 [unter 3 b]; Staudinger, DAR 2011, 502 [505]; Förster, ZIP 2011, 1493 [1500]; Ayad/Schnell, BB 2011, 1938 [1939]; Greiner/Benedix, ZGS 2011, 489 [493 f.]; Maultzsch, GPR 2011, 253 [257]; a. A. Augenhöfer/Appenzeller/Holm, JuS 2011, 680 [681, 684]; Berg, RiW 2011, 717 [718]; Büdenbender/Binder, DB 2011, 1736 [1742 f.]; Eisenberg, BB 2011, 2634 [2637]; Faust, JuS 2011, 744 [748]; Höpfner, JZ 2012, 473 [474]; Kroll-Schlüter, JR 2011, 463 [466]; Müller, ZfS 2011, 604 [608]; Rodemann/Schwenker, ZfBR 2011, 634 [639]; Stöber, ZGS 2011, 346 [352].

Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch der BGH angeschlossen.

#### aa) Umsetzungsgebot ist beschränkt auf Anwendungsbereich der Richtlinie

*„Das aus dem Umsetzungsgebot des Art. 288 III AEUV und dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue gem. Art. 4 III EU folgende Gebot richtlinienkonformer Auslegung greift hier nicht ein. Es beschränkt sich auf den Anwendungsbereich der Richtlinie. Die Vorgaben der Richtlinie und das Urteil des Gerichtshofs beziehen sich nur auf den Verbrauchsgüterkauf und nicht auf andere Kaufverträge.“*

*Auch die vom Senat im Urteil vom 21.12.2011 (BGHZ 192, 148 = NJW 2012, 1073) vorgenommene richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I Alt. 2 BGB geht nicht weiter als die Richtlinie selbst, beschränkt sich also ebenfalls auf den Verbrauchsgüterkauf. Der Senat hat entschieden, dass eine richtlinienkonforme Auslegung im Sinne des Urteils des Gerichtshofs noch vom*

Wortlaut des § 439 I Alt. 2 BGB gedeckt ist (BGHZ 192, 148 = NJW 2012, 1073 Rn. 26). Er hat **nicht ausgesprochen**, dass eine solche **Auslegung** auch über den Verbrauchsgüterkauf hinaus geboten oder sachgerecht wäre.“ (BGH aaO)

#### bb) überschießende Umsetzung

Allerdings kann eine richtlinienkonforme Auslegung für das nationale Recht auch über den Geltungsbereich einer Richtlinie hinaus Bedeutung erlangen, wenn eine **überschießende Umsetzung** einer Richtlinie **in das nationale Recht** erfolgt ist (vgl. BGHZ 150, 248 [260 f.] = NJW 2002, 1881). Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung richtlinienfreien Rechts ergibt sich bei einer solchen richtlinienüberschießenden Umsetzung zwar nicht aus dem Gemeinschaftsrecht. Sie kann sich aber aus nationalem Recht, das heißt aus einem entsprechenden Willen des nationalen Gesetzgebers, ergeben.

„Eine **richtlinienüberschießende Umsetzung** der Richtlinie **liegt hier vor**. Denn der Gesetzgeber hat die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Nacherfüllung bei deren Umsetzung in das deutsche Recht **nicht in die Sonderregelungen für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB)**, sondern in die **für alle Kaufverträge geltenden Bestimmungen der §§ 433 ff. BGB eingefügt**.“ (BGH aaO)

#### cc) Maßgeblichkeit des gesetzgeberischen Willens bei überschießender Umsetzung

Allerdings ist hierbei auch der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen.

„Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I Alt. 2 BGB über den Verbrauchsgüterkauf hinaus ist nach dem oben Gesagten ... weiter, dass eine **Ausdehnung der Nachlieferungspflicht** im Sinne des Urteils des Gerichtshofs dem **Willen des deutschen Gesetzgebers entspricht** (vgl. Senat, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 = EuZW 2009, 155 Rn. 28, zur teleologischen Reduktion des § 439 IV BGB; BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 Rn. 47, zu § 269 I BGB).“

#### dd) Ermittlung des gesetzgeberischen Willens

Bei dem Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I BGB handelt es sich nach der gesetzgeberischen Konzeption der Schuldrechtsreform um eine **Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs** aus § 433 I BGB (BT-Dr 14/6040, S. 221). Bei der in § 439 I BGB als eine der beiden Alternativen der Nacherfüllung vorgesehenen Lieferung einer mangelfreien Sache **decken sich** nach der Vorstellung des Gesetzgebers, wie schon aus der gesetzlichen Formulierung hervorgeht, der **Nacherfüllungsanspruch und der ursprüngliche Erfüllungsanspruch** hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistungen; es ist lediglich an Stelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie – im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige – Sache zu liefern.

„Die Ersatzlieferung erfordert daher eine **vollständige Wiederholung der Leistungen**, zu denen der Verkäufer nach § 433 I 1 und 2 BGB verpflichtet ist; der Verkäufer schuldet nochmals die **Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums** einer mangelfreien Sache – nicht weniger, aber auch nicht mehr. Denn mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption der Schuldrechtsreform lediglich eine **nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 I 2 BGB durchgesetzt** werden; der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (BT-Dr 14/6040, S. 221; Senat, BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rn. 18 m. w. Nachw.; BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 Rn. 49).“ (BGH aaO)

Ist demnach die **Nacherfüllung** darauf beschränkt, die nach § 433 I 2 BGB vom Verkäufer geschuldete Erfüllung im zweiten Anlauf zu bewerkstelligen, **bewahrt sie den Käufer einer mangelhaften Sache nicht ohne Weiteres vor jedweden Vermögensnachteilen**.

„Denn nach dem kaufrechtlichen Gewährleistungssystem der §§ 434 ff. BGB sind über das Erfüllungsinteresse hinausgehende **Vermögensnachteile**, die beim Käufer dadurch entstehen, dass dem Verkäufer die Erfüllung nicht schon beim ersten, sondern erst beim zweiten Versuch gelingt, nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers – soweit nicht die besondere Kostenregelung des § 439 II BGB eingreift – **nur nach den allgemeinen Regeln über den Schadens- oder Aufwendungsersatz auszugleichen** (BT-Dr 14/6040, S. 224 f.; Senat, BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rn. 22; vgl. auch Senat, Beschl. v. 21. 10. 2008 – VIII ZR 304/07, BeckRS 2009, 01768 und Beschl. v. 21. 10. 2008 – VIII ZR 65/08, BeckRS 2009, 01769).

Insofern gehören der **Ausbau** der mangelhaften Kaufsache und der **Einbau** der als Ersatz gelieferten Sache **nach nationalem deutschem Recht** grundsätzlich **nicht zu der vom Verkäufer geschuldeten Nacherfüllung** (Senat, BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rn. 19, zu den Einbaukosten; NJW 2009, 1660 = EuZW 2009, 270 Rn. 19 ff., zu den Aus- und Einbaukosten), sondern **nur insoweit**, als sich aus Art. 3 II und III der Richtlinie etwas anderes ergibt und dies im Rahmen **richtlinienkonformer Auslegung** des § 439 I Alt. 2 BGB zu berücksichtigen ist (Senat, NJW 2009, 1660 = EuZW 2009, 270 Rn. 22).“ (BGH aaO)

#### ee) Erweiterung der Anwendung durch richtlinienkonforme Auslegung

Diese **Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers** über Inhalt und Umfang der Nachlieferungspflicht gem. § 439 I Alt. 2 BGB **stimmen nicht mit dem Verständnis des Gerichtshofs** über den Umfang der Nachlieferungspflicht gem. Art. 3 II, III der Richtlinie **überein**.

„Es kann daher nicht angenommen werden, dass es dem Willen des deutschen Gesetzgebers entspräche, eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der Gerichtshof für den Verbrauchsgüterkauf verbindlich vorgenommen hat, im Wege richtlinienkonformer Auslegung über den Verbrauchsgüterkauf hinaus **auch auf andere Kaufverträge** zu erstrecken.“ (BGH aaO)

Zwar hat der Gesetzgeber mit der Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie für die Nacherfüllung in § 439 BGB eine einheitliche Regelung für alle Kaufverträge angestrebt. Dies beruhte jedoch auf dem dargelegten **Fehlverständnis** über den von der Richtlinie für den Verbrauchsgüterkauf vorgegebenen Umfang der Nacherfüllungspflicht bei der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache.

„Deshalb spricht nichts dafür, dass der Gesetzgeber die Nachlieferungspflicht gem. § 439 I Alt. 2 BGB einheitlich für alle Kaufverträge geregelt hätte, wenn ihm die spätere Auslegung der Richtlinie durch den Gerichtshof bekannt gewesen wäre. Vielmehr ist **davon auszugehen**, dass der Gesetzgeber die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie für die Nachlieferungspflicht **auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt** hätte, wenn ihm damals bereits bekannt **gewesen wäre**, dass der Gerichtshof der Nachlieferung einen über die Wiederholung der Verkäuferpflichten hinausgehenden, in den Werkvertrag hineinreichenden Inhalt zuweist (vgl. Senat, BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rn. 25; NJW 2009, 1660 = EuZW 2009, 270). Eine **richtlinienkonforme Auslegung** des § 439 I Alt. 2 BGB **über den Verbrauchsgüterkauf hinaus** auf den großen Bereich der Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern **ist daher abzulehnen**.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Die Ein- und Ausbaurkosten sind von den Verpflichtungen des § 439 I BGB außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs nicht erfasst. Die Kl. kann keinen entsprechenden Anspruch geltend machen. Die Klage ist unbegründet.

BGB  
§ 839 I**Entschädigung wegen Verletzung der Menschenwürde**  
**Androhung erheblicher Schmerzen**

ZivilR

(OLG Frankfurt a.M. in NJW 2013, 75; Urteil vom 10.10.2012 – 1 U 201/11)

1. Bei **Verletzung der Menschenwürde** kann gem. Art. 1 I GG i. V. mit § 839 I BGB, Art. 34 GG eine **Geldentschädigung** verlangt werden.
2. Allerdings begründet eine **Verletzung der Menschenwürde** nicht in jedem Fall einen Anspruch auf Geldentschädigung.
3. Die Verletzung muss die **Erheblichkeitsschwelle** überschreiten.
4. Eine Entschädigung ist nur zu zahlen, wenn die **Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen** werden kann.

**Fall:** Der Kl. nimmt das beklagte Land auf Zahlung von 3000 Euro und Feststellung in Anspruch mit dem Vorwurf, im Dienst des beklagten Landes stehende Polizeibeamte hätten im Rahmen eines gegen ihn geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens wegen der Entführung bzw. Tötung eines Kindes seine Rechte, insbesondere seine Menschenwürde, verletzt, und ihm hierdurch weitere Schäden zugefügt. So habe der Polizeibeamte B auf Anweisung des Polizeibeamten A dem Kl. bei seiner polizeilichen Vernehmung am 01.10.2002 die Zufügung ganz erheblicher Schmerzen ohne später verifizierbare Spuren angekündigt, um ihn dazu zu bewegen, das Versteck des Kindes zu offenbaren. Kann der Kl. einen entsprechenden Entschädigungsanspruch geltend machen?

Der Kl. könnte wegen der Geschehnisse bei seiner polizeilichen Vernehmung am 01.10.2002 einen Anspruch auf Geldentschädigung gem. Art. 1 I GG i. V. mit § 839 I BGB, Art. 34 GG gegen das beklagte Land haben.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann bei Verletzung der Menschenwürde eine Geldentschädigung verlangt werden kann. Die entsprechenden Rechtsprechungsgrundsätze sind legitimer Bestandteil der Rechtsordnung (BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221 [1226]).

**I. Fortgeltung der Entschädigungsgrundsätze nach Neufassung des § 253**

Allerdings hat der Gesetzgeber 2002 § 847 BGB aufgehoben und § 253 BGB neu gefasst, der am 01.08.2002 in Kraft getreten ist (vgl. Palandt/Grüneberg, 253 Rn. 1). Fraglich ist, ob sich in der Folge etwas an den Entschädigungsgrundsätzen bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geändert hat.

„Die **Bundesregierung** hat in der **Begründung ihres Entwurfs** eines Zweiten Gesetzes zur Änderung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften (BT-Dr 14/7752, S. 24 f.) betont, der **Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 und 2 GG bestehe unabhängig von der Regelung in §§ 847, 253 BGB und werde daher auch nicht durch eine Änderung dieser Vorschriften tangiert**. Der Bundesrat ist dem in seiner Stellungnahme zu dem vorgenannten Gesetzentwurf (BT-Dr 14/7752, Anlage 2, S. 49 f.) nicht entgegengetreten. Zwar hat er vorgeschlagen, die vom BGH entwickelten Grundsätze als Rechtsinstitut in einen neu zu fassenden § 847 BGB aufzunehmen, da die Neuregelung andernfalls unvollständig sei. Dass eine **Fortgeltung dieser Rechtsprechungsgrundsätze in Frage stehen** könnte, wenn sie nicht ins Gesetz aufgenommen würden, wird in der Stellungnahme des Bundesrats aber **nicht zum Ausdruck gebracht**. Vielmehr wird dort an die Klarstellung der Bundesregierung angeknüpft, dass der bewährten Rechtsprechung des BGH durch die von ihr vorgeschlagene Neuregelung der §§ 847, 253 BGB nicht der Boden entzogen werden soll (BT-Dr 14/7752, Anlage 2, S. 49). Die Bundesregierung hat hierzu erläutert, eine Kodifizierung der genannten Rechtsprechungsgrundsätze müsse mit einer umfassenden Regelung des zivilrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einhergehen, was im Zusammenhang mit der geplanten Neuregelung nicht geleistet werden könne (BT-Dr 14/7752, Anlage 2, S. 25). Ein **Wille des Gesetzgebers**, den von der Rechtsprechung aus Art. 1 I und Art. 2 I GG hergeleiteten **Anspruch auf Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung zu beseitigen**, ist den Gesetzesmaterialien daher **keinesfalls zu entnehmen**. Das Fehlen eines den vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätzen entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens hat das BVerfG in dem bereits zitierten Beschluss vom 14. 2. 1973 (BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221 [1226]; ebenso BVerfGE 128, 193 = NJW 2011, 836 Rn. 52 ff.) für maßgeblich gehalten.“ (OLG Frankfurt aaO)

Nach allem besteht kein Grund, an der Fortgeltung dieser Grundsätze zu zweifeln.

**II. Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG**

Der Kl. hat einen Entschädigungsanspruch, wenn die Voraussetzungen für einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG vorliegen.

**1. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes**

Es bestehen keine Zweifel daran, dass die Polizeibeamten A und B bei der Vernehmung des Kl. in Ausübung eines ihnen übertragenen öffentlichen Amtes gehandelt haben.

## 2. Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht

### a) Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 I GG)

„Die **eindringliche Schmerzankündigung** verstieß gegen § 136a I 3 StPO, wonach die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung eines Beschuldigten nicht durch die Drohung mit einer Misshandlung beeinträchtigt werden darf, sowie gegen Art. 104 I 2 GG, der die seelische oder körperliche Misshandlung einer festgehaltenen Person verbietet. Hierdurch haben die Zeugen A und B die Menschenwürde des Kl. (Art. 1 I GG) verletzt. Denn eine Vernehmung unter Anwendung der nach Art. 104 I GG **verbotenen Methoden**, insbes. eine Folterandrohung, macht die Vernehmungsperson **zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung**; sie verletzt deren verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruch und zerstört grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen (vgl. BVerfG NJW 2005, 656).“ (OLG Frankfurt aaO)

### b) Verletzung von Art. 3 EMRK

Das Verhalten von A und B könnte zudem gegen Art. 3 EMRK verstoßen.

Nach dem Urteil des EGMR vom 01.06.2010 (EGMR, NJW 2010, 3145) darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung unterworfen werden.

„Der EGMR hat in dem genannten Urteil (NJW 2010, 3145 Rn. 87 ff., 108) ausgeführt, die beim Kl. angewendete Vernehmungsmethode habe unter Berücksichtigung der Umstände des Falls zwar nicht das Maß an Grausamkeit gehabt, um die Schwelle zur Folter zu erreichen, sie **sei aber eine unmenschliche Behandlung** i. S. des Art. 3 EMRK gewesen (s. auch EGMR, NJW 2010, 3145 Rn. 131, wonach dem Kl. mit Folter gedroht wurde.“ (OLG Frankfurt aaO)

Damit liegt auch ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK vor.

### c) Straftatbestände

„Das Verhalten der Zeugen A und B erfüllte den **objektiven Tatbestand einer Aussageerpressung** i. S. des § 343 I StGB. Nach der vom Senat geteilten Auffassung der Strafkammer des LG **fehlte es jedoch am subjektiven Tatbestand** dieser Strafnorm, weil die beiden Zeugen nicht zum Zwecke der Aussagegewinnung in dem gegen den Kl. geführten Ermittlungsverfahren handelten, sondern ausschließlich zur Rettung des entführten Kindes.

Der **Zeuge B** hat sich durch die streitgegenständliche Schmerzandrohung einer **Nötigung gem. § 240 I StGB** schuldig gemacht, der **Zeuge A** – durch Erteilung der entsprechenden Anweisung – der **Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt i. S. des § 357 I StGB**. Die beiden Zeugen handelten insoweit vorsätzlich. Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe standen ihnen insoweit nicht zur Seite; insbesondere fehlte es an einer polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlage für die Schmerzandrohung [wird ausgeführt].“ (OLG Frankfurt aaO)

Durch die Verstöße gegen Art. 1 I, 104 I 2 GG, Art. 3 EMRK, § 136 a StPO und § 240 I bzw. § 357 I StGB haben die Zeugen A und B ihre drittschützenden Amtspflichten i. S. des § 839 I BGB verletzt.

## 3. Verschulden

Diese Amtspflichtverletzung müsste gem. § 276 BGB vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. Hier kommt sogar Vorsatz der Beamten in Betracht.

Zwar setzt Vorsatz im Sinne dieser Vorschrift nach der im Zivilrecht herrschenden **Vorsatztheorie** grundsätzlich das **Bewusstsein der Rechtswidrigkeit** voraus, so dass ein – vorwerfbarer – Verbotsirrtum nur einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründet (vgl. BGH NJW 1985, 134; Staudinger/Löwisch/Caspers, § 276 Rn. 25; Unberath, BeckOK-BGB, Stand: 1. 3. 2011, § 276 Rn. 13; Papier, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. [2009], § 839 Rn. 285).

„Besteht die **Amtspflichtverletzung** aber in einem **Verstoß gegen das Strafrecht**, wo nach der so genannten Schuldtheorie nur ein unvermeidbarer Verbotsirrtum entlastet (§ 17 StGB), so gilt dasselbe auch im Zivilrecht; in diesen Fällen schließt der fahrlässige Verbotsirrtum einen Vorsatz nicht aus (vgl. BGH, NJW 1985, 134 [135], zu § 823 II BGB).

Hiernach haben die Zeugen A und B ihre Amtspflichten **selbst dann vorsätzlich** i. S. des § 276 I BGB **verletzt**, wenn sie ihr Handeln – abweichend von den Feststellungen der Strafkammer – **irrtümlich für gerechtfertigt gehalten** haben sollten. Denn ein solcher **Irrtum** wäre jedenfalls **vermeidbar** gewesen.“ (OLG Frankfurt aaO)

## 4. Schaden und Kausalität

Grundsätzlich setzt der Amtshaftungsanspruch das Entstehen eines Schadens voraus, der kausal auf die Amtspflichtverletzung zurückzuführen ist. Geht es um die Verletzung

der Menschenwürde ist jedoch zu berücksichtigen, dass es nicht auf individuelle Feststellung eines immateriellen Schadens ankommt, sondern dieser schon in der Verletzung der Menschenwürde selbst besteht.

Jedoch begründet die **Verletzung der Menschenwürde** nicht in jedem Fall einen Anspruch auf Geldentschädigung, sondern nur, wenn die **Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen** werden kann (vgl. BGH NJW 2005, 58 [59]).

*„Dies hängt insbes. von der **Bedeutung und Tragweite des Eingriffs**, aber auch von **Anlass und Beweggrund des Handelnden** und dem Grad seines Verschuldens ab (BGH, NJW 2005, 58 m. w. N.).*

*Auch eine **gem. Art. 41 EMRK entschädigungspflichtige unmenschliche oder erniedrigende Behandlung i. S. des Art. 3 EMRK** wird nur dann bejaht, wenn sie ein **Mindestmaß an Schwere** erreicht. Die Beurteilung dieses Mindestmaßes ist **abhängig von den Umständen des Einzelfalls**, etwa der Dauer der Behandlung, ihren körperlichen oder seelischen Folgen oder von Geschlecht, Alter oder Gesundheitszustand des Opfers. Auch ein dem Anliegen des Betroffenen Rechnung tragendes Urteil kann eine ausreichende Wiedergutmachung darstellen und eine weitergehende Entschädigung in Geld für den erlittenen immateriellen Schaden entbehrlich machen (BGH, NJW 2005, 58 [59] m. w. Nachw.). So hat der BGH die zweitätige menschenunwürdige Unterbringung eines Strafgefangenen wegen akuter Überbelegung, die bereits von einer Strafvollstreckungskammer für rechtswidrig erklärt worden war, nicht für entschädigungspflichtig gehalten (BGH, NJW 2005, 58 [59]).“ (OLG Frankfurt aaO)*

Fraglich ist, ob diese **Erheblichkeitsschwelle** hier überschritten wurde, ohne genügende Kompensation durch zwischenzeitlich ergangene innerstaatliche Entscheidungen.

*„Soweit der EGMR (NJW 2010, 3145 Rn. 126 f.) eine ausreichende Wiedergutmachung des Konventionsverstoßes – auch – wegen der Verzögerung des vorliegenden Amtshaftungsverfahrens verneint hat, beruht dies auf der – zutreffenden – Feststellung des EGMR, dass innerhalb von drei Jahren noch keine Entscheidung in der Hauptsache ergangen war (so ausdrücklich EGMR, NJW 2010, 3145 Rn. 127). [Diese] rechtliche Bewertung des EGMR ist entgegen der Auffassung des beklagten Landes für den Senat bindend. Das Urteil des EGMR hat insoweit zwar keine unmittelbar formale Bindungswirkung, jedoch ist die Menschenrechtskonvention in ihrer Auslegung durch den EGMR von deutschen Gerichten gem. Art. 1 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) zu berücksichtigen. Diese Bindungswirkung hat das BVerfG in seinem grundlegenden Beschluss vom 14. 10. 2004 (vgl. BVerfGE 111, 307 = NJW 2004, 3407) im Einzelnen beschrieben. [wird ausgeführt]. Nach diesen Grundsätzen ist der Senat gem. Art. 1 I i. V. mit Art. 20 III GG an die Wertung des EGMR, dass der Kl. wegen der Verletzung seiner Menschenwürde noch keine ausreichende Wiedergutmachung erfahren hat, gebunden. (OLG Frankfurt aaO)*

Da Art. 3 EMRK und Art. 104 I 2 i. V. mit Art. 1 I GG denselben Schutzzweck haben, folgt aus dem Urteil des EGMR vom 01.06.2010 der Sache nach, dass die Beeinträchtigung der Menschenwürde des Kl. durch die streitgegenständliche Vernehmung **bislang unzureichend kompensiert** wurde und somit **fortbesteht**.

## 5. Höhe der Entschädigung

Der EGMR verlangt bei einem vorsätzlichen Verstoß gegen Art. 3 EMRK **spürbare Folgen** für die Beteiligten, um einen **effektiven Schutz dieses Kernrechts** der Konvention zu gewährleisten und **Amtsträger von künftigen Verstößen abzuschrecken** (vgl. EGMR, NJW 2010, 3145 Rn. 119, 123 ff.); es sei wichtig, einen Amtsträger, der wegen einer Misshandlung i. S. des Art. 3 EMRK strafrechtlich verurteilt wurde, zu entlassen.

*„Die gegen die Zeugen A und B verhängten **Geldstrafen**, die gem. § 59 StGB als so genannte Verwarnung mit Strafvorbehalt zur Bewährung ausgesetzt wurden, stehen nach Auffassung des EGMR **offensichtlich außer Verhältnis** zu einem Verstoß gegen Art. 3 EMRK, bilden insoweit also keine angemessene Sanktion. Die Zeugen A und B wurden trotz ihrer strafrechtlichen Verurteilung wegen einer Misshandlung i. S. des Art. 3 EMRK **nicht aus dem Dienst entlassen**; der Zeuge A wurde – wie der EGMR (NJW 2010, 3145 Rn. 125) kritisiert – sogar befördert. **Weitere disziplinarische Maßnahmen** gegen die beiden Zeugen sind wohl auch **nicht mehr zu erwarten**. Hiernach verbleibt als **mögliche Sanktion nur noch eine Entschädigung in Geld**. Diese bildet – insbesondere im Vergleich zu einem umfassenden strafprozessualen Beweisverwertungsverbot – eine eher schwache Kompensation. Vor diesem Hintergrund erscheint der geltend gemachte Betrag von 3000 Euro gering. Er bildet – insbesondere im Vergleich zu einer Kompensation durch ein umfassendes strafprozessuales Beweisverwertungsverbot – allenfalls eine **symbolische Entschädigung**; so hat der Kl. sie auch verstanden.“ (OLG Frankfurt aaO)*

**Ergebnis:** Dem Kl. steht wegen der Verletzung seiner Menschenwürde gegen das beklagte Land gem. Art. 1 I GG i. V. mit § 839 I BGB, Art. 34 GG ein Anspruch auf Geldentschädigung zu.

(OLG Koblenz in NSTZ-RR 2013, 44; Urteil vom 15.10.2012 – 2 Ss 68/12)

1. Mit der **wahrheitswidrigen Behauptung gegenüber dem Insolvenzgericht**, ein Schuldner sei zahlungsunfähig, wird der Tatbestand der **falschen Verdächtigung** gem. § 164 II StGB erfüllt.
2. Ein **anderer i.S. des § 164 II StGB** kann auch eine **juristische Person** sein.

**Fall:** Der Angekl. stellte beim AG als „Managing Direktor“ der Gesellschaft C, einer Gesellschaft nach luxemburgischem Recht, Insolvenzantrag über das Vermögen der Fa. X, wobei er wider besseres Wissen behauptete, die Insolvenzschuldnerin sei zur Rückzahlung eines ihr gewährten Darlehens in Höhe von 2.100.000 € nicht in der Lage und damit zahlungsunfähig. Tatsächlich war das Darlehen zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits in Höhe von 1.350.000 € zurückgezahlt und i. Ü. die Rückzahlung noch nicht fällig.

Der Angekl. könnte sich der **falschen Verdächtigung nach § 164 II StGB** strafbar gemacht haben.

Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer über einen anderen wider besseres Wissen eine Behauptung tatsächlicher Art aufstellt, die geeignet ist, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fort dauern zu lassen.

- I. Der Angekl. hat mit der schriftlichen Mitteilung, die Fa. X sei zur Rückzahlung des gewährten Darlehens nicht in der Lage und daher zahlungsunfähig, eine **(sonstige) Behauptung tatsächlicher Art** aufgestellt.

„Von § 164 II StGB erfasst sind alle **Tatsachenbehauptungen**, die **keine Bezichtigung einer rechtswidrigen Tat oder Dienstpflichtverletzung darstellen** (Ruß, LK-StGB, 12. Aufl., § 164 Rn 21).“ (OLG Koblenz aaO)

- II. Diese Behauptung hat der Angekl. auch **gegenüber einer Behörde** abgegeben, was sich unmittelbar aus § 11 I Nr. 7 StGB ergibt, wonach **Gerichte Behörden i.S. des StGB** sind.
- III. Die **Behauptung** des Angekl. im Hinblick auf die angeblich bestehende Zahlungsunfähigkeit war auch **geeignet**, ein **behördliches Verfahren** gegen die Fa. X **herbeizuführen**.

1. Der Begriff des behördlichen Verfahrens geht erkennbar vom **Behördenbegriff des § 11 I Nr. 7 StGB** aus. Grds. ist dieses Tatbestandsmerkmal daher dann erfüllt, wenn Adressat der Behauptung eine Behörde i.S. von § 11 I Nr. 7 StGB ist, in deren **Kompetenzbereich** es fällt, ein **öffentlich-rechtliches Verfahren gegen die denunzierte Person durchzuführen**. Kennzeichen behördlicher Verfahren ist, dass **staatliche oder vom Staat abgeleitete Stellen** dem Bürger als dem davon Betroffenen in **Ausübung hoheitlicher Gewalt** gegenüberreten (Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 164 Rn 13).

2. Dies trifft auf das **Insolvenzverfahren** nach der Insolvenzordnung (InsO) zu.

„Das **InsolvenzGer.** wird nach Eingang des Antrags von Amts wegen tätig und führt seine Ermittlungen unabhängig von einer Kostendeckung (Uhlenbrock/Pape, InsO, 13. Aufl., § 5 Rn 24), insbes. **ermittelt es von Amts wegen die Umstände, die für das Verfahren von Bedeutung sind** (§ 5 I 1 InsO). Es kann gegen den Willen des Insolvenzschuldners Sicherungsmaßnahmen anordnen, insbes. diesem verbieten, über sein Vermögen zu verfügen (§ 21 II Nr. 2 InsO). Dem **Schuldner obliegen weitreichende Auskunft- und Mitwirkungsverpflichtungen** (§ 97 InsO), bei deren Verletzung das Insolvenzgericht schwerwiegende **Sanktionsmaßnahmen** ergreifen kann bis hin zu seiner Vorführung oder Inhaftierung (§ 98 II InsO). Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Verwaltungs- und Verfügungsgewalt über das Vermögen des Insolvenzschuldners auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 I InsO).“ (OLG Koblenz aaO)

3. Aber auch **gegenüber den Insolvenzgläubigern** ist das Insolvenzverfahren – auch schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens – mit **weitreichenden Eingriffen in deren Eigentumsrechte** verbunden und damit hoheitlich ausgestaltet.

So kann das Gericht gem. § 21 II 1 Nr. 3 InsO ihnen verbieten, die Zwangsvollstreckung gegen den Insolvenzschuldner durchzuführen. Es kann anordnen, dass bestimmte Gegenstände von den Insolvenzgläubigern nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen (§ 21 II 1 Nr. 5 InsO). Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist es den Gläubigern untersagt, in die Insolvenzmasse oder das Vermögen des Schuldners zwangsweise zu vollstrecken (§ 89 I InsO).

4. Die Entscheidung des **RG JW 1938, 2733** gibt für die Behandlung des hier in Rede stehenden Sachverhalts nichts her.

In dieser Entscheidung hat das RG aus dem Schutzbereich des § 164 StGB die sich im Rahmen der Prozessgesetze bewegende Zivilrechtspflege heraus genommen.

*„Dies überzeugt, weil der vom Beibringungsgrundsatz beherrschte Zivilprozess vor falschen Tatsachenbehauptungen bereits durch § 263 StGB (Prozessbetrug) hinreichend geschützt ist. Beim Insolvenzverfahren handelt es sich jedoch ersichtlich nicht um ein zivilprozessuales Verfahren, sondern – wie beim vormundschaftsgerichtlichen Verfahren (vgl. BayObLG NJW 1958, 1103) – um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit eigenständiger Verfahrensordnung und hoheitlichen Eingriffsbefugnissen.“* (OLG Koblenz aaO)

5. Nach alledem handelt es sich bei dem **Insolvenzverfahren** um ein Verfahren, in dem eine staatliche Behörde in Gestalt eines Gerichts den Beteiligten unter **Ausübung hoheitlicher Gewalt** gegenübertritt. Dem steht nicht entgegen, dass der Insolvenzantrag gem. § 13 II InsO bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder rechtskräftigen Abweisung des Antrags zurückgenommen werden kann.

*„§ 164 II StGB stellt nur darauf ab, dass die Behauptung geeignet ist, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Denunzierten herbeizuführen oder fort dauern zu lassen. **Verfahrensrechtliche Einflussmöglichkeiten des Denunzianten**, die wie die Antragsrücknahme im Insolvenzverfahren den weiteren Fortgang des Verfahrens hindern können, **berühren** aber die **Eignung seiner Behauptung zur Herbeiführung oder Fortdauer des Verfahrens nicht**. Dies zeigt ein Blick auf § 164 I StGB, wo es der Denunziant im Bereich der sog. **absoluten Antragsdelikte** ebenfalls in der Hand hat, den Strafantrag – sogar bis zur Rechtskraft des Urteils – zurückzunehmen und damit ein Verfahrenshindernis für die Verurteilung des Denunzierten zu begründen. Auch hier führt die Möglichkeit, dass der Denunziant den weiteren Fortgang des Verfahrens anhalten kann, nicht dazu, dass die entsprechenden Delikte vom Tatbestand ausgenommen sind.“* (OLG Koblenz aaO)

- IV. Der Angekl. hat die **falsche Tatsachenbehauptung** darüber hinaus auch **über einen anderen** i.S. von § 164 II StGB verbreitet.

*„Im Gegensatz zu § 164 I StGB, wo nach dem **Schutzbereich** nur natürliche Personen als Denunzierte in Frage kommen (denn Täter einer Straftat oder Dienstpflichtverletzung können nur natürliche Personen sein, vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl., § 164 Rn 7), ist auch für § 164 II StGB der **Kreis der geschützten Personen vom Schutzzweck her zu bestimmen**. § 164 StGB soll einerseits die **staatliche Rechtspflege vor grundloser Inanspruchnahme schützen**, andererseits aber auch den **Betr. vor ungerechtfertigten Verfahren und anderen Maßnahmen irregeleiteter Behörden bewahren** (Ruß, § 164 Rn 1). Denunzierter Betroffener eines Insolvenzverfahrens kann daher auch eine **juristische Person** sein. Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens gegen eine solche Gesellschaft kann – über die genannten Eingriffe in deren Vermögensverwaltung hinaus – mit erheblichen, wirtschaftlich nachteiligen Auswirkungen verbunden sein. Möglicherweise werden potentielle Vertragspartner, insbes. Banken, von Geschäften mit dem vermeintlichen Insolvenzschuldner abgehalten, was ggf. den Ruin des Unternehmens bedeuten kann. Derjenige, der solche **wirtschaftlichen Folgen** wider besseres Wissen in **Schädigungsabsicht** verfolgt, hat sich daher nach § 164 II StGB strafrechtlich zu verantworten.“* (OLG Koblenz aaO)

- V. Schließlich sind auch auf der **inneren Tatseite** des Angekl. die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nach § 164 II StGB erfüllt, denn er hat wider besseren Wissens behauptet, dass die Insolvenzschuldnerin zur Rückzahlung des Darlehens wegen Zahlungsunfähigkeit nicht in der Lage sei und tat dies, um ein behördliches Verfahren in Gestalt eines Insolvenzverfahrens gegen sie einzuleiten.
- VI. **Ergebnis:** Der Angekl. hat sich nach alledem einer falschen Verdächtigung nach § 164 II StGB schuldig gemacht.

**Untreue**  
**Begleichung nichtiger Forderungen**

(BGH in NJW 2013, 401; Urteil vom 10.11.2012 – 2 StR 591/11)

In der **Begleichung einer nichtigen Forderung** (hier: für die Auswertung heimlich erhobener Telefonverbindungsdaten) kann die **untreuerelevante Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht** liegen.

**Fall:** Der Angekl. war leitender Angestellter bei der DT-AG. Dort war er im Tatzeitraum im Bereich der Konzernsicherheit als Leiter einer Unterabteilung tätig. Auf Grund seiner Position konnte er eigenverantwortlich finanzielle Verpflichtungen eingehen; ihm oblag die Verwaltung mehrerer Kostenstellen und er war für die ordnungsgemäße Verwendung des ihm zugewiesenen Budgets verantwortlich. Der Angekl. ließ sich von der AT-AG unter Vorspiegelung eines Kostenbedarfs für verdeckte Ermittlungen Vorschüsse in Höhe von insgesamt 175.000 € aushändigen, die er in der Folgezeit für eigene Zwecke verbrauchte.

Um einen Unternehmensangehörigen zu identifizieren, der Betriebsgeheimnisse der DT AG an die Presse weitergegeben hatte, ließ der Angekl. heimlich die Telefonverbindungsdaten einer Gruppe von sieben Personen, bestehend aus Aufsichtsratsmitgliedern und Journalisten, erheben und von der hierzu beauftragten N-GmbH auswerten. Hierbei gab er wahrheitswidrig vor, dieses Vorgehen erfolge auf Anordnung des damaligen Vorstandsvorsitzenden. Auch nachdem der vermeintliche Informant gefunden worden war, hielt der Angekl. die Maßnahme aufrecht, um etwaige zukünftige Indiskretionen zeitnah aufklären zu können.

Die N-GmbH stellte u. a. für die Auswertung der Verbindungsdaten zwei Rechnungen über insgesamt knapp 700.000 €, die von der DT-AG auf Veranlassung des Angekl. beglichen wurden. Der Angekl. handelte dabei in Kenntnis der Tatsache, dass die Auswertung der Verbindungsdaten rechtswidrig war und deshalb kein entsprechender Vergütungsanspruch der N-GmbH bestand, gleichwohl trug er für die Zahlung der Beträge Sorge.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen **Untreue nach § 266 I StGB** strafbar gemacht hat.

- I. Das Vorliegen einer **Vermögensbetreuungspflicht** des Angekl. i. S. des § 266 I StGB ist zu bejahen, denn als **Verwalter mehrerer Kostenstellen** war er dazu befugt, **eigenverantwortlich Verträge** für die DT-AG **abzuschließen und Zahlungen** zu deren Lasten **anzuweisen**.
- II. Die zwischen der DT-AG und der N-GmbH geschlossenen Verträge hinsichtlich der Auswertung der Verbindungsdaten sind teilnichtig mit der Folge, dass ein **vertraglicher Vergütungsanspruch** der N-GmbH für die von ihr ausgeführten Tätigkeiten gegenüber der DT-AG **nicht bestand**.
  1. Gem. **§ 134 BGB** ist ein **Rechtsgeschäft nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt**, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Ergibt sich aus dem Verbotsgesetz keine Rechtsfolge, ist eine normbezogene Abwägung vorzunehmen, ob es mit dem Sinn und Zweck des Verbots vereinbar oder unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen. Richtet sich das Verbot gegen beide Vertragsparteien, ist i. d. R. anzunehmen, dass das Rechtsgeschäft nichtig sein soll (st. Rspr., BGHZ 143, 283 = NJW 2000, 1186).
  2. Hier hatte der von den Parteien geschlossene Vertrag u. a. die Auswertung der von der DT-AG übermittelten Verbindungsdaten zum Gegenstand, somit die **Begehung einer mit Strafe bedrohten rechtswidrigen Tat**.

*„Die von dem Angekl. veranlasste **Überlassung der Verbindungsdaten** an die N-GmbH stellte eine **Straftat gem. § 206 I StGB** dar und verstieß zudem gegen das Verbot des § 88 III TKG, anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste erforderliche Maß hinaus Kenntnis von den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen.*

*Die von der N-GmbH vorgenommene Speicherung der Verbindungsdaten stellte eine Straftat gem. § 44 I i. V. mit § 43 II Nr. 1 BDSG dar. Danach ist u. a. das unbefugte Verarbeiten von personenbezogenen Daten gegen Entgelt strafbewehrt. Gem. § 3 IV 1 BDSG unterfällt dem Verarbeiten auch das Speichern von Daten, d. h. das Erfassen, Aufnehmen und Aufbewahren der Daten auf einem Datenträger zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung (§ 3 IV 2 Nr. 1 BDSG). Indem die N-GmbH die ihr übermittelten Verbindungsdaten ihrerseits zum Zwecke der Auswertung in ihren Computersystemen speicherte, hat sie unbefugt Daten verarbeitet. Die Speicherung der Daten als notwendige Vorarbeit zu ihrer Auswertung erfolgte auch entgeltlich. Die anschließende Auswertung der Verbindungsdaten verstieß gegen das unter Erlaubnisvorbehalt stehende Verbot des § 4 I BDSG. Danach ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Die Auswertung der Verbindungsdaten stellt eine Verwendung perso-*

nenbezogener Daten und damit eine Nutzung dar (§ 3 V BDSG), die ohne Kenntnis der Betroffenen erfolgte und von keiner Rechtsvorschrift erlaubt oder angeordnet wird.

Da die **Verträge** nach alledem **für beide Teile gesetzeswidrig** waren und ihre Durchführung strafbewehrt war, hat die Strafkammer zutreffend deren **Nichtigkeit** angenommen, soweit sie über die – erlaubte – Auswertung der Presseartikel hinaus die Auswertung der Verbindungsdaten zum Gegenstand hatten.“ (BGH aaO)

3. Es bestanden auch **keine bereicherungsrechtlichen Zahlungsansprüche** der N-GmbH gem. §§ 812 I 1 Alt. 1, 818 II BGB.

- a) Infolge der **Nichtigkeit des Kausalgeschäfts** könnte zwar die N-GmbH grds. die Herausgabe des seitens der DT-AG zu Unrecht Erlangten – Auswertung der Verbindungsdaten – verlangen. Da insoweit eine Herausgabe der Sache nach nicht möglich ist, wäre der **Anspruch auf Ersatz des Wertes der geleisteten Dienste** gerichtet. Die **Kondition** ist jedoch **gem. § 817 S. 2 BGB gesperrt**.

„Danach ist die **Rückforderung** u. a. **ausgeschlossen**, wenn der Leistungsempfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand. § 817 S. 2 BGB verkörpert den Grundsatz, dass bei der Rückabwicklung Rechtsschutz nicht in Anspruch nehmen kann, wer sich selbst **durch gesetzes- oder sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung stellt** (BGH NJW 1997, 2381).“ (BGH aaO)

- b) Hier war zum einen die Auswertung der Verbindungsdaten durch die N-GmbH als Leistende gesetzeswidrig. Die N-GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer K, als Leistende war sich auch der **Verbotswidrigkeit** entweder **bewusst** (vgl. BGHZ 50, 90 [92] = NJW 1968, 1329) oder hat **sich der Rechtswidrigkeit ihres Handelns zumindest leichtfertig verschlossen** (vgl. BGH NJW 1992, 310; NJW 2005, 1490).

„Dem gesondert verfolgten K war bekannt, dass für die Erhebung der Verbindungsdaten in dem konkreten Fall **keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage** bestand und insbes. eine **richterliche Anordnung gem. § 100g StPO nicht vorlag**. Aus der Art des Auftrags – Identifizierung eines Presseinformanten – ergab sich zwangsläufig, dass die betroffenen Personen selbst keine Kenntnis von der Maßnahme hatten und daher nicht eingewilligt haben konnten. Dass die Verantwortlichen der N-GmbH dies billigend in Kauf nahmen, belegt auch die Art der Rechnungsstellung, die keinen Hinweis auf die erbrachten – teilweise verbotenen – Leistungen beinhaltete, sondern lediglich Pauschalbeträge auswies. Schließlich mahnte der deswegen gesondert verfolgte K die Zahlung von angeblich noch offestehenden Forderungen der N-GmbH gegenüber der DT-AG u. a. für das Projekt „C“ an verbunden mit der Drohung, die Beträge „politisch“ realisieren zu wollen und sich andernfalls „medienwirksam zu wehren“. Dies belegt, dass er um die fehlende gerichtliche Durchsetzbarkeit der Forderungen wegen deren **Nichtigkeit** wusste.“ (BGH aaO)

- c) Zum anderen verstieß auch die DT-AG durch die Entgegennahme der von dem Angekl. in Auftrag gegebenen Datenauswertung gegen § 88 III TKG, da es ihr als Dienstanbieter untersagt ist, sich auf diese Weise über das für die Erbringung der Telekommunikationsdienste erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den Umständen der Telekommunikation zu verschaffen.
- d) Auch der **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) hindert hier die Anwendung von § 817 S. 2 BGB nicht (hierzu näher Staudinger/Lorenz, BGB, Neubearb. 2007, § 817 Rn 11 ff.).

„Anders als in Fällen eines wirtschaftlichen oder sozialen Gefälles (etwa bei der Schwarzarbeit; vgl. BGHZ 111, 308 = NJW 1990, 2542) bedarf die N-GmbH **keines erhöhten Schutzes**, der die Nichtanwendung von § 817 S. 2 BGB unter **Billigkeitsgesichtspunkten** verlangen würde. Vielmehr verdienen beide Parteien im Hinblick auf das verbotswidrige Geschäft und ihr kriminelles Handeln nicht den Schutz der Rechtsordnung.“ (BGH aaO)

- III. Der Angekl. hat die ihm gegenüber der DT-AG obliegende **Vermögensbetreuungspflicht verletzt**, indem er im Rahmen der ihm von der Treugeberin übertragenen Geschäftsbesorgung Zahlungen auf die beiden Rechnungen angewiesen hat und hierdurch jeweils Leistungen der N-GmbH vergütete, die in der Begehung von Straftaten bestanden (vgl. dazu auch Lüderssen/Kempff/Volk, Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, 2011, S. 190, 193; Kindhäuser, NK-StGB, 3. Aufl., § 266 Rn 81; Brand JR 2011, 394).

„Die Forderungen, deren Bezahlung durch die Treugeberin der Angekl. durch die Bestätigung als sachlich und rechnerisch richtig unmittelbar veranlasste, hatten **keinen rechtlich anerkannten wirtschaftlichen Wert**, weil

sie insoweit auf gem. § 134 BGB nichtige Verträge gestützt waren und auch bereicherungsrechtliche Ansprüche der Rechnungsstellerin nicht bestanden. Die Bezahlung der beiden Rechnungen, soweit diese die Vergütung für die Begehung von Straftaten einforderten, bewirkte einen **Vermögensnachteil** für die Treugeberin, der **nicht durch einen gleichwertigen Vorteil** – Erlöschen wirksamer Forderungen – **kompensiert** wurde.“ (BGH aaO)

1. Die **Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht** liegt demnach in der Begleichung einer nichtigen Forderung, in einer **rechtsgrundlosen Zahlung**.

„**Anknüpfungspunkt** für das strafbare Verhalten ist damit **nicht die** vor den Zahlungsvorgängen liegende **Auftragserteilung** an die N-GmbH, die zu einer missbräuchlichen Mitteilung der Telefonverbindungsdaten durch den Angekl. und damit zu einem (strafbaren) Verstoß gegen die nicht vermögensschützende Norm des § 206 StGB geführt hat. Dieser von der treuwidrigen Pflichtverletzung abzugrenzende Verstoß ist **lediglich Auslöser der Untreuestrafbarkeit**, indem er zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags und damit zur Rechtsgrundlosigkeit darauf erbrachter Leistungen führt. Auf den vermögensschützenden Charakter eines „Primärverstoßes“ (BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = NStZ 2011, 37; vgl. auch BGHSt 56, 203 = NJW 2011, 1747 = NStZ 2011, 403; BGH NJW 2012, 3797, als Rückläufer zu BGHSt 56, 203 = NJW 2011, 1747 = NStZ 2011, 403) kommt es nicht an.“ (BGH aaO)

2. Auch der 1. Strafsenat ist trotz seines Ausgangspunktes, dass der Verstoß gegen eine nicht vermögensschützende Norm als solche nicht zu einer treuwidrigen Pflichtverletzung führen kann, davon ausgegangen, dass gleichwohl eine Strafbarkeit wegen Untreue in Betracht kommt, wenn sich – ohne Rückgriff auf den Verstoß gegen die nicht vermögensschützende Norm – die **Verletzung von Pflichten** feststellen lässt, **die das Vermögen des Treugebers schützen sollen** (BGH NJW 2012, 3797; BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = NStZ 2011, 37; BGHSt 56, 203 = NJW 2011, 1747 = NStZ 2011, 403).

„Damit steht es in Einklang, wenn der Senat ungeachtet eines Verstoßes gegen die nicht vermögensschützende Norm des § 206 StGB allein mit Blick auf die rechtsgrundlos geleisteten Zahlungen ohne Gegenleistung zu einer Strafbarkeit wegen Untreue gelangt.“ (BGH aaO)

**Widerruf der Gaststättenerlaubnis  
Unzuverlässigkeit wegen bestimmendem Dritteinfluss**

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2013, 30; Urteil vom 09.10.2012 – 2 B 240/12)

1. Gewerberechtlich unzuverlässig ist, wer einem **unzuverlässigen Dritten bestimmenden Einfluss** auf den Gewerbebetrieb einräumt. Die erforderliche Unzuverlässigkeit des Dritten kann nicht allein aus dem Bestehen dieses Einflusses abgeleitet werden.
2. Das Gewerberecht hindert trotz der beherrschenden Stellung, die das Gesellschaftsrecht dem Alleingesellschafter einräumt, in seinem Anwendungsbereich das Tätigwerden einer GmbH, wenn der unzuverlässige Gesellschafter einen bestimmenden Einfluss hat.
3. Ein **bestimmender Einfluss** ergibt sich nicht bereits aus vertraglichen Regelungen. Vielmehr muss festgestellt werden, ob die **weitgehende Ausnutzung der Rechtsposition** zur maßgeblichen Steuerung der Tätigkeit der Gesellschaft im operativen Bereich zu erwarten ist und ob der oder die **Geschäftsführer** nicht nur rechtlich, sondern auch **faktisch nicht in der Lage** sein werden, dem **zu widerstehen**.

**Fall:** Die Ast., eine GmbH, unterhält Diskothekenbetriebe, die jeweils von Geschäftsführern geführt werden. Alleingesellschafter der Ast. ist Herr B., der aufgrund früherer Tätigkeit im gaststättenrechtlichen Sinne unzuverlässig ist. Herr B erteilt den Arbeitnehmern der Ast. Anweisungen, zu deren Befolgung sich diese verpflichtet sehen. Er bestimmt häufig, das Tätigwerden der Geschäftsführer. Er wird auch nach außen als faktischer Repräsentant der Ast. tätig.

Dieser wurde am 12.07.2007 eine Gaststättenerlaubnis zum Betrieb einer Diskothek im Gebäude R., die mit Auflagen versehen war, erteilt; eine Nachtragserlaubnis für den Betrieb einer Dachterrasse erging am 12.03.2008. Der die Erlaubnis widerrufende Bescheid vom 25.08.2010 wurde durch die Verfügung des Stadtamtes vom 29.08.2012 ersetzt, mit der die Erlaubnis widerrufen, die Betriebseinstellung angeordnet und unmittelbarer Zwang angedroht wurden. Eine weitere Gaststättenerlaubnis nach dem am 01.05.2009 in Kraft getretenen Bremischen Gaststättengesetz vom 24.02.2009 (in: BremGBl S. 45, geändert durch Gesetz v. 24.11.2009, BremGBl S. 537 – BremGaststG) wurde der Ast. am 30.11.2010 erteilt. Hierzu wurden durch Verfügung vom 12.07.2012 Auflagen angeordnet. Die Erlaubnis wurde durch Verfügung des Stadtamtes vom 01.08.2012 zurückgenommen, die wiederum mit der Anordnung der Betriebseinstellung verbunden wurde. Erfolgte die Aufhebung der Gaststättenerlaubnisse zu Recht?

Mit der Verfügung des Stadtamtes vom 01.08.2012 wurde eine Gaststättenerlaubnis nach § 48 I 1 BremVwVfG zurückgenommen und mit Verfügung vom 29.08.2012 wurde eine Gaststättenerlaubnis nach § 49 II 1 Nr. 3 BremVwVfG widerrufen.

### I. Vorliegen eines Widerrufs bzw. Rücknahmegrundes

In beiden Fällen kommt es darauf an, ob schon bei Erteilung der Erlaubnis oder später Umstände vorlagen, welche zu einer Versagung der Gaststättenerlaubnis hätten führen müssen. Dies ist der Fall, wenn ein Versagungsgrund nach § 2 II 1 BremGastG vorliegt, wonach die Gaststättenerlaubnis zu versagen ist, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Ast. die für den Gaststättenbetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Unzuverlässig nach § 35 I GewO ist, wer nicht die Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe ordnungsgemäß, insbesondere unter Berücksichtigung der rechtlichen Vorgaben zu führen.

Eine Unzuverlässigkeit der Ast. als derjenigen, die das Gaststättengewerbe betreibt, könnte daraus herzuleiten sein, dass sie einem unzuverlässigen Dritten, hier Herrn B., maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit einräumt oder gar für diesen als Strohmann fungiert.

#### 1. Differenzierung zwischen Strohmannverhältnis und bestimmendem Einfluss eines unzuverlässigen Dritten

Das Strohmannverhältnis und der bestimmende Einfluss eines unzuverlässigen Dritten sind zwar schwierig voneinander abzugrenzen; die eindeutige Zuordnung ist aber im Einzelfall auf Grund der unterschiedlichen Rechtswirkungen unverzichtbar.

##### a) Strohmannverhältnis

Von einem „**Strohmann**“ spricht man im Gewerberecht, wenn **jemand** (der Strohmann) zur Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse **als Gewerbe-**

treibender vorgeschoben wird, das in Frage stehende Gewerbe in **Wirklichkeit aber von einem anderen betrieben** wird.

*„Die eine Person gibt nur ihren Namen für den Gewerbebetrieb her und dient dem wahren Gewerbetreibenden als „Aushängeschild“. In der Rechtsprechung ist der **Strohmann** auch als **je derzeit steuerbare Marionette** bezeichnet worden, die von dem „Hintermann“ vorgeschoben wird, um zwecks Täuschung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs die wahren **faktisch-wirtschaftlichen Machtverhältnisse zu verschleiern**. Ein Strohmannverhältnis ist nur dann anzunehmen, wenn eine genaue Analyse der Innenbeziehungen erweist, dass ein Gewerbetreibender zur Verschleierung der wirklichen Machtverhältnisse eine natürliche oder juristische Person vorschiebt, die **ohne eigene unternehmerische Tätigkeit nur als Marionette des Gewerbetreibenden** am Wirtschaftsleben teilnimmt. Dabei liegt der eigentliche Sinn der rechtlichen Erfassung des Strohmannverhältnisses darin, den **Hintermann in den gewerblichen Ordnungsrahmen einzubeziehen**, nicht darin, den Strohmann daraus zu entlassen. Kennzeichnend ist danach die Teilnahme des Strohmannes am Wirtschaftsleben, die von dem Hintermann gesteuert wird. Das Gewerberecht muss im Interesse der Wirksamkeit des ordnungsrechtlichen Instrumentariums an das äußere Bild der gewerblichen Betätigung anknüpfen. Deshalb ist nicht das Betreiben des Geschäfts durch den Strohmann auf eigene Rechnung kennzeichnend. Wesentlich ist die nach außen gerichtete Betätigung des Strohmannes, namentlich dadurch, dass die Geschäfte in seinem Namen abgewickelt werden und ihn rechtlich binden sollen (BVerwG, NVwZ 2004, 103).“ (OVG Bremen aaO)*

Für das Strohmannverhältnis ist anzunehmen, dass bereits aus dem Bestehen dieses Verhältnisses die Unzuverlässigkeit von Strohmann und Hintermann folgt (vgl. etwa: Metzner, GaststG, 6. Aufl. [2002], § 4 Rn. 38)

#### b) Bestimmender Einfluss eines unzuverlässigen Dritten

Im Falle des bestimmenden Einflusses eines unzuverlässigen Dritten wird dieser gerade **nicht als faktisch Gewerbetreibender** in den gewerberechtlichen Ordnungsrahmen einbezogen. Eine **Gewerbeuntersagung** ergeht **nur gegenüber dem Gewerbetreibenden** selbst, dessen Unzuverlässigkeit darin begründet liegt, dass er sich dem Einfluss des Dritten nicht entziehen konnte.

*„Unzuverlässig ist, wer **Dritten**, welche die für diesen Beruf erforderliche **Zuverlässigkeit nicht besitzen**, einen **Einfluss auf die Führung des Gewerbebetriebs einräumt** oder auch nur nicht willens oder nicht in der Lage ist, einen solchen Einfluss auszuschalten. Dies rechtfertigt nämlich den Schluss, dass der Gewerbetreibende selbst nicht willens oder nicht in der Lage ist, alle Voraussetzungen für eine einwandfreie Führung des Betriebs zu schaffen, also **auch in seiner eigenen Person keine Gewähr für eine ordnungsgemäße Betriebsführung** bietet (vgl. BVerwGE 9, 222).*

*Neben dem bestimmenden Einfluss des Dritten und dessen Unzuverlässigkeit setzt diese Fallgruppe voraus, dass der **Einfluss auf demselben Gebiet des betrieblichen Rechts- oder Wirtschaftsverkehrs zutage tritt, auf dem der Dritte unzuverlässig ist** (Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rn. 97). Zudem muss der Gewerbetreibende die Tatsachen, die die Unzuverlässigkeit des Dritten begründen, kennen (BVerwG, Beschl. v. 16. 6. 1970 – I B 44/70, in: Buchholz 451.40 § 2 GastG Nr. 21= BeckRS 1970, 31279530).“ (OVG Bremen aaO)*

Im Falle des maßgeblichen Einflusses kann die erforderliche Unzuverlässigkeit des Dritten nicht allein aus dem Bestehen dieses Einflusses abgeleitet werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Merkmal der **Kenntnis des Gewerbetreibenden**. Reichte der Einfluss zur Begründung der Unzuverlässigkeit aus, könnte auf das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis verzichtet werden, denn dass er unter dem Einfluss des Dritten steht, ist dem Gewerbetreibenden notwendigerweise bekannt.

*„Anders als für ein Strohmannverhältnis kann es dafür, dass ein Dritter maßgeblichen Einfluss auf den Gewerbebetrieb nimmt, auch **legitime Gründe** geben. So kann im Falle einer Betriebsübernahme der unerfahrene Gewerbetreibende von der vorübergehenden bestimmenden Mitarbeit des Vorgängers profitieren; ist dieser zuverlässig, ist dagegen gewerberechtlich nichts einzuwenden.“ (OVG Bremen aaO)*

#### c) Differenzierung zwischen den Fallgruppen

Beide Fallgruppen unterscheiden sich nur graduell.

*„Entscheidend ist für die Annahme eines **Strohmannverhältnisses** letztlich, dass die Beherrschung durch den Hintermann so umfassend ist, dass **dieser selbst als der Gewerbetreibende** erscheint. Während der „Vordermann“ und tatsächliche Gewerbetreibende beim maßgeblichen*

*Einfluss eines Dritten in Teilbereichen noch gewisse Möglichkeiten einer eigenbestimmten Handlungsweise besitzt, wird der Strohmann als Marionette vorgeschoben und gesteuert. Er hat keinen autonom bestimmten Handlungsspielraum (Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rn. 101).“ (OVG Bremen aaO)*

#### aa) Einflussnahme auf eine juristische Person

Allerdings ist fraglich, ob und wenn ja, nach welchen Maßgaben dies auch dann gilt, wenn der Gewerbetreibende eine juristische Person ist.

*„Die Grundsätze über Strohmannverhältnisse und den bestimmenden Einfluss eines Dritten sind **auch auf juristische Personen**, die Gewerbetreibende sind, insbesondere auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, **anzuwenden**. Sie sind unzuverlässig, wenn ihre **Geschäftsführer unter dem maßgeblichen Einfluss eines unzuverlässigen Dritten** stehen (Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rn. 98 m. w. Nachw.). Ob dabei die GmbH selbst (so: VGH Mannheim, NJOZ 2006, 48 = GewA 2005, 298 = NVwZ-RR 2006, 181 L = BeckRS 2004, 25509) oder – wie auch sonst im Gewerberecht (vgl. Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rn. 92 m. w. Nachw.) – die Geschäftsführer als unzuverlässig anzusehen sind, bedarf keiner Entscheidung (vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn. 69).“ (OVG Bremen aaO)*

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das **Gesellschaftsrecht** einen **weitgehenden Einfluss der GmbH-Gesellschafter** ermöglicht (vgl. VGH Mannheim, NJOZ 2006, 48 = GewA 2005, 298 = NVwZ-RR 2006, 181 L = BeckRS 2004, 25509) und dass auch eine unzuverlässige Person nicht gehindert ist, Gesellschafter einer GmbH zu sein. Das Gewerberecht schließt aber in seinem Anwendungsbereich das **Tätigwerden der GmbH** aus, wenn der **unzuverlässige Gesellschafter einen maßgeblichen Einfluss** hat.

*„Ein solcher Einfluss ergibt sich **nicht bereits aus (gesellschafts-)vertraglichen Regelungen**. Vielmehr muss anhand der Verhältnisse im Einzelfall festgestellt werden, ob prognostisch die weitgehende Ausnutzung der Rechtsposition zur **maßgeblichen Steuerung der Tätigkeit der Gesellschaft im operativen Bereich** zu erwarten ist und ob der oder die Geschäftsführer nicht nur rechtlich, sondern **auch faktisch nicht in der Lage** sein werden, dem **zu widerstehen**.“ (OVG Bremen aaO)*

#### bb) Strohmannverhältnis bei juristischer Person

Noch strenger sind die Anforderungen an die Annahme eines Strohmannverhältnisses bei einer juristischen Person (vgl. Dickersbach, WiVerw 1982, 65 [72]).

*„Die Tätigkeit des Hintermanns darf **faktisch nicht hinter einer selbstständigen Gewerbeausübung zurückbleiben** (vgl. Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rn. 104), sie muss – mit Ausnahme des Vorschobens der Geschäftsführer als Sprachrohr nach außen – der eines Gesellschafter-Geschäftsführers gleichkommen; erst dann kann ein echter Rechtsformenmissbrauch angenommen werden. Nehmen die **Geschäftsführer ihre Funktion in Teilbereichen** wahr, so kommt nur ein maßgeblicher Einfluss des Gesellschafters in Betracht (vgl. auch: VGH Mannheim, GewA 1974, 93; VGH Mannheim, NJOZ 2006, 48 = GewA 2005, 298 = NVwZ-RR 2006, 181 L = BeckRS 2004, 25509; VGH München, NVwZ-RR 1989, 541 = GewA 1989, 131).“ (OVG Bremen aaO)*

#### d) Anwendung auf den Fall

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist zunächst festzustellen, ob es sich im vorliegenden Fall um ein Strohmannverhältnis oder den bestimmenden Einfluss eines unzuverlässigen Dritten handelt.

*„Hinreichende **Anhaltspunkte** für die Annahme, die Ast. bzw. ihre Geschäftsführer seien **Strohleute** ihres Gesellschafters, **bestehen nicht**. Die erkennbaren Einflussnahmen von Herrn B haben kein solches Maß erreicht, dass die Geschäftsführer ausschließlich als sein Sprachrohr erscheinen.“ (OVG Bremen aaO)*

Es kommt also nur der Fall des bestimmenden Einflusses eines unzuverlässigen Dritten in Betracht.

### 2. Unzuverlässigkeit der Ast. wegen bestimmendem Einfluss des Herr B.

Eine Unzuverlässigkeit der Ast. ist jedoch nur anzunehmen, wenn Herr B. tatsächlich einen bestimmenden Einfluss ausübt und er im gaststättenrechtlichen Sinne unzuverlässig. Zudem muss sein Einfluss das Gebiet betreffen, auf dem er unzuver-

lässig ist und die Geschäftsführer müssen die die Unzuverlässigkeit begründenden Tatsachen kennen.

**a) bestimmender Einfluss des Herrn B.**

*„Der maßgebliche Einfluss wird durch eine Vielzahl tatsächlicher Anhaltspunkte belegt. Er besteht jedenfalls seit dem Beginn der Tätigkeit der jetzigen Geschäftsführer. Herr B erteilt den **Arbeitnehmern** der Ast. **Anweisungen**, zu deren Befolgung sich diese verpflichtet sehen. Er **bestimmt häufig**, wenn auch nicht in dem für ein Strohmannverhältnis erforderlichen Umfang, das **Tätigwerden der Geschäftsführer**. Er wird auch nach außen als **faktischer Repräsentant** der Ast. tätig. Der Wille, bestimmenden Einfluss zu nehmen, wird zusätzlich an der Art und Weise deutlich, wie Herr B die Ast. erworben und in seine sonstige wirtschaftliche Tätigkeit eingebunden hat. Der einen maßgeblichen Einfluss bestreitende Vortrag der Ast. greift nicht durch. Die **Gesamtschau des Tatsachenstoffs** ergibt, dass der Einfluss von Herrn B so umfassend ist, dass er **im gewerberechtlichen Sinne als bestimmend** anzusehen ist.“ (OVG Bremen aaO)*

**b) Unzuverlässigkeit des Herrn B im maßgeblichen Bereich**

*„Herr B besitzt nicht die erforderliche Zuverlässigkeit i. S. des § 2 II 1 BremGaststG. Er bietet bis zur Gegenwart nicht die erforderliche Gewähr dafür, dass ein **Einsatz gewalttätiger Türsteher in Diskothekenbetrieben**, auf die er Einfluss hat, **unterbleibt**. Seine Auffassung von den Eigenschaften geeigneter Türsteher – eine innere Tatsache – lässt **erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit befürchten**, weil er das Interesse an einem seinem Geschäftsinteresse dienenden Einlasswesen über die Sicherheit von Gästen und Mitarbeitern stellen würde. Die zu bemängelnde Auffassung von den Eigenschaften geeigneter Türsteher hat Herr B in der Folgezeit nicht hinreichend überdacht und sich von ihr nicht abgekehrt. Seine Äußerungen zeigen vielmehr, dass sie im Wesentlichen unverändert fortbesteht.“ (OVG Bremen aaO)*

Damit steht auch zugleich fest, dass sich die Unzuverlässigkeit des Herrn B gerade auf Bereiche bezieht, auf die er nun Einfluss nimmt, insbesondere Anweisungen gegenüber dem Personal und die Personalführung bzw. Auswahl.

**c) Kenntnis der Ast. bzw. ihrer Geschäftsführer von der Unzuverlässigkeit**

*„Auf Grund des **Widerrufs der eigenen Gaststättenerlaubnis von Herrn B** haben die Geschäftsführer der Ast. auch Kenntnis von dessen Unzuverlässigkeit.“ (OVG Bremen aaO)*

Damit ist auch die Ast. unzuverlässig und ein liegt ein Widerrufs- bzw. Rücknahmegrund vor.

**II. Einhaltung der Jahresfrist des § 48 IV BremVwVfG**

Die Jahresfrist für eine Aufhebungsentscheidung dürfte noch nicht abgelaufen sein. § 48 IV 1 BremVwVfG verlangt, dass der Behörde **sämtliche für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt** sind. Schon der Wortlaut fordert die Kenntnis von Tatsachen, die die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts „rechtfertigen“, und stellt damit klar, dass die **Erkenntnis der Rechtswidrigkeit** für sich allein den Fristenlauf **nicht auszulösen** vermag, sondern hierzu die vollständige Kenntnis des für die Entscheidung über die Rücknahme des Verwaltungsakts **erheblichen Sachverhalts** nötig ist. Hierzu gehören auch alle Tatsachen, die im Falle des § 48 II BremVwVfG ein Vertrauen des Begünstigten in den Bestand des Verwaltungsakts entweder nicht rechtfertigen oder ein bestehendes Vertrauen als nicht schutzwürdig erscheinen lassen, sowie **die für die Ermessensausübung wesentlichen Umstände**.

*„Die Frist beginnt demgemäß zu laufen, wenn die Behörde ohne **weitere Sachaufklärung objektiv in der Lage ist, unter sachgerechter Ausübung ihres Ermessens über die Rücknahme des Verwaltungsakts zu entscheiden**. Das entspricht dem Zweck der Jahresfrist als einer Entscheidungsfrist, die sinnvoller Weise erst anlaufen kann, wenn der zuständigen Behörde alle für die Rücknahmeentscheidung bedeutsamen Tatsachen bekannt sind (vgl. BVerwGE 70, 356 [362 f.] = NJW 1985, 819). Wegen des umfassenden Charakters des für den Fristenlauf notwendigen objektiven Kenntnisstandes kann das nachträgliche Bekanntwerden zusätzlicher für die Rücknahmeentscheidung relevanter Gesichtspunkte den Fristbeginn auch nachträglich nach hinten verschieben (vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. [2008], § 48 Rn. 232).“ (OVG Bremen aaO)*

**Erkenntnisse**, die die erforderliche Tatsachenbasis für die Aufhebung der Gaststättenerlaubnisse schufen, wurden auch **noch im Sommer 2012 durch die Vernehmung und Nachvernehmung von Zeugen** gewonnen. Die Annahme der Ast., die Jahresfrist müsse abgelaufen sein, weil eine der Erlaubnisse bereits vor mehr als einem Jahr durch – zwischenzeitlich aufgehobenen – Verwaltungsakt widerrufen worden sei, trifft daher nicht zu.

**III. Ergebnis:** Die Aufhebung der Gaststättenerlaubnisse ist damit zu Recht erfolgt.

**Willkürverbot bei Auslegung von Normen**  
**Anforderungen an die korrekte Einstellung einer Parkscheibe**  
(ThürVerfGH in NJW 2013, 151; Beschluss vom 12.07.2012 – VerfGH 16/10)

1. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot ist nur anzunehmen, wenn eine Entscheidung **keinesfalls vertretbar, schlechthin unhaltbar, offensichtlich sachwidrig und eindeutig unangemessen** ist.
2. Nach § 13 II 1 Nr. 2 StVO muss, sofern die Verwendung einer Parkscheibe vorgesehen ist, eine von außen **gut lesbare Parkscheibe** verwendet werden. Der Zeiger der Scheibe ist auf den Strich der halben Stunde einzustellen, die dem **Zeitpunkt des Anhaltens** folgt.
3. Wird das Fahrzeug **nach/vor Beginn der Kurzparkzeit** abgestellt und soll es dort bis über den (Wieder-)beginn stehen gelassen werden, so ist die Parkscheibe auf den **Zeitpunkt** einzustellen, zu dem die **Parkbeschränkung beginnt**.
4. Eine entsprechende Auslegung des § 13 II 1 Nr. 2 StVO verstößt nicht gegen das **Willkürverbot**.

**A. Grundlagenwissen: Willkürverbot bei Gerichtsentscheidungen**

Das **Gebot des allgemeinen Gleichheitssatzes** (Art. 3 I GG), bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln (BVerfGE 3, 58 [135] = NJW 1954, 21, st. Rspr.), wendet sich nicht nur an den Gesetzgeber. Es bindet **auch** die vollziehende Gewalt und die **Rechtsprechung** - unbeschadet der Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 20 III GG) - **als unmittelbar geltendes Recht** (Art. 1 III GG - vgl. auch BVerfGE 9, 137 [149] = NJW 1959, 931; BVerfG 34, 325 [328]). Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird (BVerfGE 4, 144 [155] = NJW 1955, 625, st. Rspr.).

Welche materiellen Schranken das **im allgemeinen Gleichheitssatz enthaltene Willkürverbot** allem staatlichen Handeln zieht, lässt sich angesichts der Vielfalt möglicher Lebenssachverhalte abstrakt nicht erschöpfend umreißen. Erst wenn Gesetzlichkeiten, die in der Sache selbst liegen, und die fundierten **allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft missachtet** werden, liegt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz vor (BVerfGE 9, 338 [349] = NJW 1959, 1579; BVerfGE 13, 225 [228] = NJW 1962, 100). Der Maßstab dafür, was im konkreten Fall als in diesem Sinne willkürlich zu qualifizieren ist, ergibt sich nicht aus den subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen des gerade zur Rechtsanwendung Berufenen, sondern zunächst und vor allem aus den in den Grundrechten konkretisierten Wertentscheidungen und den **fundamentalen Ordnungsprinzipien des Grundgesetzes**. (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 1976 - 2 BvR 804/75, NJW 1976, 1391).

**Abweichende Auslegungen** derselben Norm durch verschiedene Gerichte verletzen das Gleichbehandlungsgebot nicht. **Richter sind unabhängig** und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 I GG). Ein Gericht braucht deswegen bei der Auslegung und Anwendung von Normen einer **vorherrschenden Meinung nicht zu folgen**. Es ist selbst dann nicht gehindert, eine eigene Rechtsauffassung zu vertreten und seine Entscheidungen zugrunde zu legen, wenn alle anderen Gerichte - **auch die im Rechtszug übergeordneten** - den gegenteiligen Standpunkt einnehmen. Die Rechtspflege ist wegen der Unabhängigkeit der Richter konstitutionell uneinheitlich (BVerfGE 78, 123 (126) = NJW 1988, 2787).

**Willkürlich** ist ein Richterspruch nur dann, wenn er unter **keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar** ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er **auf sachfremden Erwägungen beruht**. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen. Schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich (vgl. BVerfGE 4, 1 (7) = NJW 1954, 1153; BVerfGE 80, 48 (51) = NJW 1989, 1917; st. Rspr.). **Fehlerhafte Auslegung** eines Gesetzes allein macht eine Gerichtsentscheidung **nicht willkürlich**. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn eine offensicht-

lich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird (vgl. etwa BVerfGE 62, 189 (192) = NJW 1983, 809; BVerfGE 83, 82 (85 ff.) = NJW 1991, 157; BVerfGE 86, 59 (62 ff.) = NJW 1992, 1675). Von willkürlicher Missdeutung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn das Gericht sich mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 03-11-1992 - 1 BvR 1243/88, NJW 1993, 996).

## B. Willkürverbot bei Auslegung von Normen (vgl. ThürVerfGH, NJW 2013, 151)

**Fall:** Das Kraftfahrzeug des Bf. war am 23.06.2009 zwischen 7:12 und 7:25 in einer Straße in Arnstadt geparkt, in der von 7:00 bis 18:00 bei Benutzung einer Parkscheibe das Parken bis zu einer Dauer von zwei Stunden erlaubt ist. Die im Fahrzeug befindliche handelsübliche Parkscheibe mit einer Einteilung in zwölf Stunden zeigte als Ankunftszeit 8:00 bzw. 20:00 an. Gegen den Beschwerdeführer wurde daraufhin ein Bußgeldverfahren eingeleitet. Nachdem er auf eine Verwarnung, die mit einer Anhörung nach § 25 a Straßenverkehrsgesetz (StVG) verbunden war, nicht reagiert hatte, erließ die Stadt Arnstadt am 13.08.2009 einen Bußgeldbescheid. In diesem wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, die Parkscheibe entgegen § 13 Abs. 2 Straßenverkehrsordnung (StVO) nicht richtig eingestellt zu haben.

In seinem fristgerecht eingelegten Einspruch bestritt er, das Fahrzeug geführt zu haben. Nachdem er auf schriftliche Anfragen der Behörde zu einem möglichen Fahrzeugführer nicht geantwortet hatte, stellte sie das Verfahren am 28.09.2009 ein und Bf. dem Bf. nach § 25 a StVG die Kosten des Verfahrens auf. Gegen diesen Bescheid stellte der Beschwerdeführer fristgemäß einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Am 20.04.2010 wies das Amtsgericht Arnstadt den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurück. Gegen diese Entscheidung legte der Bf. am 05.05.2010 einen als „Rechtsbeschwerde“ und „Antrag nach § 33 a StPO“ bezeichneten Rechtsbehelf ein. Mit Beschluss vom 29.06.2010 lehnte das Amtsgericht Arnstadt eine Fortführung des Verfahrens ab. Die Entscheidung vom 20.04.2010 sei unanfechtbar

In seiner am 16.08.2010 fristgerecht erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt er in der Sache einen Verstoß gegen das Willkürverbot aus Art. 2 I ThürVerf. Zur Begründung wiederholt er im Wesentlichen seine Ausführungen vor dem Amtsgericht. Insbesondere macht er geltend, die gerichtlichen Entscheidungen seien nicht hinreichend begründet. Der Bescheid vom 20.04.2010 nehme Bezug auf die Mitteilung der Stadt Arnstadt vom 18.02.2010, die keine Begründung enthalte. Das Gericht habe sich mit seinen Argumenten nicht auseinandergesetzt, die Auslegung der Norm durch das Gericht willkürlich sei und verstoße daher gegen Art. 2 I ThürVerf. Zu Recht?

Aus Art. 3 I GG, der Art. 2 I ThürVerf entspricht, hat das BVerfG ein Willkürverbot entwickelt. Fraglich ist, ob die vom Gericht vorgenommene Auslegung diesem Willkürverbot widerspricht.

*„Rügt ein Bf. einen Verstoß gegen Art. 2 I ThürVerf., hat er darzulegen, dass die angefochtene Entscheidung nicht nur fehlerhaft, sondern willkürlich im Sinne der Rechtsprechung des ThürVerfGH ist. Er hat die Möglichkeit aufzuzeigen, dass die Entscheidung keinesfalls vertretbar, schlechthin unhaltbar, offensichtlich sachwidrig und eindeutig unangemessen ist (st. Rspr. des ThürVerfGH, vgl. Beschl. v. 29. 11. 2011 – VerfGH 3/10, BeckRS 2013, 45165; Beschl. v. 6. 1. 2009 – VerfGH 19/08, BeckRS 2009, 37537 5und Beschl. v. 6. 1. 2009 – VerfGH 20/08, BeckRS 2013, 45164).“ (ThürVerfGH aaO)*

Fraglich ist, ob der Vortrag des Bf. diesen Anforderungen genügt.

*„Sein Fahrzeug war in einer Zone geparkt, in der die Benutzung einer Parkscheibe nur für einen bestimmten Zeitraum vorgeschrieben ist. Die Behörde wie das AG legten § 13 II StVO in dem Sinn aus, dass die Parkscheibe in diesem Fall auf den Zeitpunkt einzustellen ist, zu dem die Parkbeschränkung beginnt. Diese Auffassung wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur vertreten (vgl. BayObLG, NJW 1978, 1276; Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR, 40. Aufl. [2009], § 13 StVO Rn. 12). Für die Behauptung einer „heute wohl einhelligen“ gegenteiligen Auffassung bleibt der Bf. jeden Nachweis schuldig.“ (ThürVerfGH aaO)*

Ebenso wenig erläutert der Bf., warum diese Auslegung des § 13 II StVO zu einem sachwidrigen Ergebnis führe.

*„Sein Vortrag ist bereits in tatsächlicher Hinsicht unvollständig. Er verschweigt den Umstand, dass auf der von ihm verwendeten handelsüblichen Parkscheibe nicht zu erkennen ist, ob das Fahrzeug am Abend (20 Uhr) oder am Morgen (8 Uhr) abgestellt wurde. Des Weiteren geht er nicht darauf ein, dass sein Verständnis der Norm einen sanktionslosen Verstoß gegen die zulässige Parkdauer erheblich erleichtern würde. In seinem Fall könnte ein Überschreiten der Höchstparkdauer von zwei Stunden durch eine Kontrolle zwischen 9 und 10 Uhr nicht festgestellt werden.“ (ThürVerfGH aaO)*

## Kurzauslese I

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

BGB

### Mangel der Mietsache

BGB

§§ 536b, 199

Kenntniserlangung von Flächendifferenz nicht allein durch Wohnen

(LG Krefeld in NJW 2013, 401; Urteil vom 07.11.2012 – 2 S 23/12)

Die im Mietmängel- wie im Verjährungsrecht **maßgebliche tatsächliche Kenntnis** von Kantenlänge bzw. Raumhöhe seiner Räume erlangt der Wohnraummieter **nicht schon infolge bloßen Ansehens gelegentlich der** (auch langjährigen) **Nutzung der Mieträume**, sondern erst durch Nachmessen.

*„Die Kenntnis soll sich nach dem Vortrag des Bekl. daraus ergeben, dass die Kl. jahrelang in der Wohnung gewohnt und deshalb die Größe gekannt habe.*

*Diese Argumentation ist jedoch nicht durchgreifend: Die Problematik stellt sich nicht nur im Rahmen des § 536b BGB, sondern in vergleichbarer Weise bei der Prüfung des Verjährungsbeginns gem. § 199 I Nr. 2 BGB; auch für den Verjährungsbeginn ist Kenntnis von der Flächenabweichung notwendig (BGH NJW 2011, 3573 = NZM 2011, 627). Da es für den Verjährungsbeginn gem. § 199 I Nr. 2 BGB und ebenso für die Kenntnis gem. § 536b BGB nur auf **Tatsachenkenntnis** und nicht auf die **Kenntnis der Rechtslage** ankommt, ist die Kenntnis der Kantenlänge aller Räume und die Raumhöhe ausreichend, nicht aber die nur mit Rechtskenntnis (etwa der Wohnflächenverordnung) und rechtlicher Bewertung zu bewerkstellende Errechnung der Flächenzahl in Quadratmeter (Börstinghaus NJW 2011, 3546; Jacoby Info M 2011, 367). Die Kenntnis von Kantenlänge bzw. Raumhöhe hat der Mieter nicht schon auf Grund bloßen Ansehens bei Nutzung der Mieträume, sondern erst durch Nachmessen (BGH NJW 2004, 2230 = NZM 2004, 454 m. w. Nachw. zu § 536b BGB; Jacoby Info M 2011, 367 [zu § 199 BGB]; a. A. AG Bonn BeckRS 2012, 09244; Börstinghaus NJW 2011, 3546 – diese Sicht relativierend in NZM 2012, 185; Witt NZM 2012, 552 [alle zu § 199 BGB]).“ (LG Krefeld aaO)*

BGB

### Ehrenamtliche Tätigkeit

BGB

§§ 611, 612

Begründung eines Arbeitsverhältnisses

(BAG in MDR 2013, 103 = NZA 2012, 1433; Urteil vom 29.08.2012 – 10 AZR 499/11)

Durch die **Ausübung einer unentgeltlichen ehrenamtlichen Tätigkeit** wird **kein Arbeitsverhältnis begründet**.

*„Mit dem **Arbeitsverhältnis** ist **typischerweise die Vereinbarung oder jedenfalls die berechtigte Erwartung einer angemessenen Gegenleistung** für die versprochenen Dienste verbunden, wie aus §§ 611, 612 BGB hervorgeht (vgl. HWK/Thüsing, 5. Aufl., BGB vor § 611 Rn 10, § 612 Rn 8; ErfK/Preis, 12. Aufl., § 611 BGB Rn 20 f.; BAGE 109, 87 = NZA 2004, 784 = NJW 2004, 2545). Wesen des Arbeitsverhältnisses ist der **Austausch von Arbeit und Lohn**. Auch wenn die **Erwerbsabsicht keine notwendige Bedingung für die Arbeitnehmereigenschaft** ist, spricht ihr Fehlen doch im Rahmen einer **Gesamtwürdigung** gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Denn typischerweise verfolgt ein Arbeitnehmer das Ziel, für seine Arbeit ein Entgelt zu erhalten. Dass neben diesem materiellen Interesse oftmals auch **immaterielle Interessen** eine Rolle spielen, schließt nicht aus, die **Erwerbsabsicht als wesentliches Merkmal** zur Abgrenzung von Tätigkeiten heranzuziehen, die vorwiegend auf ideellen Beweggründen beruhen (BAGE 103, 20 = NZA 2002, 1412 = NJW 2003, 161; vgl. auch BAGE 92, 140 = NZA 1999, 1295).*

*Dienste können auch im Rahmen eines Auftrags verrichtet werden. Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen (§ 662 BGB). Der Auftrag hat mit dem Arbeitsverhältnis gemein, dass der Beauftragte im Zweifel in Person zu leisten hat (§ 664 BGB) und Weisungen des Auftraggebers unterliegt (§ 665 BGB). Allerdings bezieht sich das Weisungsrecht des Auftraggebers, anders als das Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO, regelmäßig auf einen bestimmten Auftrag und ist in seinen Rechtswirkungen auch deshalb begrenzt, weil die Tätigkeit des Beauftragten nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer für sie zu zahlenden Vergütung steht. Das Auftragsverhältnis unterscheidet sich vom Arbeitsverhältnis durch die **Unentgeltlichkeit der zu erbringenden Dienste** (vgl. HWK/Thüsing, BGB vor § 611 Rn 10; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn 20; MüKo-BGB/Seiler, 5. Aufl., § 662 BGB Rn 25, der allerdings die Tauglichkeit der Entgeltlichkeit als Abgrenzungsmerkmal bezweifelt; ebenso MüKo-BGB/Müller-Glöge, 6. Aufl., § 611 BGB Rn 34) und durch die **jederzeit für beide Seiten bestehende Möglichkeit grundloser Beendigung** (§ 671 BGB). Jedenfalls zeigt § 662 BGB, dass dem Gesetz die unentgeltliche Leistung von Diensten nicht schon um ihrer Unentgeltlichkeit willen fremd ist. Außerdem weisen einige gesetzliche Vorschriften darauf hin, dass weisungsgebundene Tätigkeiten, die Gegenstand eines Arbeitsvertrags sein können, auch ehrenamtlich ausgeübt werden können (vgl. z. B. § 11 I BWG). Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, dass Dienste in persönlicher Abhängigkeit ausschließlich auf Grund eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden können (BAGE 80, 256 = NZA 1996, 33).“ (BAG aaO)*

ScheckG

### Scheck

ScheckG

Art. 1 Nr. 5, 2

Nichtigkeit wegen unzureichender Bezeichnung des Ausstellungsorts

(OLG Hamm in NJW 2013, 395; Urteil vom 12.06.2012 – I-7 U 3/12)

Eine **nicht allgemein für den Ausstellungsort bekannte Abkürzung**, die den „Ort der Ausstellung“ auch nicht – im Wege der Auslegung – eindeutig erkennen lässt, ist **als Scheckbestandteil unzulässig** und **führt zur Nichtigkeit des Schecks**, Art. 1 Nr. 5 ScheckG.

„Grds. sind allerdings **Abkürzungen für den Ausstellungsort zulässig**. Die **Abkürzung muss aber allgemein bekannt sein** und den Ausstellungsort ggf. durch Auslegung eindeutig erkennen lassen. Andernfalls ist der Scheck nichtig (vgl. Baumbach/Hefermehl/Casper, WechselG ScheckG, 23. Aufl. 2008, Art. 1 ScheckG Rn 6).

Das Kürzel „POW“ ist keine allgemein bekannte Abkürzung für den Ort Porta Westfalica. Die Abkürzung wird nicht regelmäßig im allgemeinen Geschäftsverkehr verwendet. Eine Internetrecherche mit der Suchmaschine „google“ und den Suchbegriffen „Porta Westfalica“ und „POW“ hat – wie im Termin mit den Parteien erörtert – zu keinem Treffer geführt. Nur ganz selten wurde die Abkürzung „PoW“ für Porta Westfalica verwendet. Ein Autokennzeichen existiert nicht. Zwar ist auf einem Scheckformular **Abkürzungsbedarf** zuzugestehen; andere Abkürzungen für Porta Westfalica wie Porta Westf. oder P. Westfalica sind dabei aber naheliegender als das verwendete Kürzel, das – anders als der Ortsname – aus drei Großbuchstaben besteht. Auch aus dem Scheck heraus, der auf die Sparkasse Schaumburg gezogen war, erklärte sich das Kürzel – anders als in dem Fall, der der Entscheidung des OLG Hamm NJW-RR 1998, 1345 zu Grunde lag – nicht. Ob tatsächlich Schecks mit der Ortsangabe „POW“ bei den ortsnahen Sparkassen regelmäßig eingereicht und akzeptiert werden, kann für die Frage der **allgemeinen Üblichkeit und Auslegungsfähigkeit** letztlich nicht den Ausschlag geben. Die **Üblichkeit einer Abkürzung bestimmt sich nämlich nicht allein aus den Gepflogenheiten im örtlichen Scheckverkehr.**“ (OLG Hamm aaO)

StGB  
§§ 222, 13 I

**Fahrlässige Tötung durch Unterlassen**  
**Verantwortlichkeit des Arztes bei Suizid eines Patienten**  
(LG Gießen in NSTZ 2013, 43; Beschluss vom 28.06.2012 – 7 Qs 63/12)

StGB

Wer als **zuständiger Arzt** in einer psychiatrischen Klinik **nichts zur Verhinderung eines freiverantwortlich begangenen Selbstmordes** unternimmt, **macht sich nicht strafbar**; dies gilt auch dann, wenn der betreffende Patient wegen Suizidgefahr überwiesen wurde.

- I. Strafbar nach den §§ 211ff. StGB ist die **Tötung eines anderen Menschen**. Die **Selbsttötung unterfällt** demgegenüber **nicht dem Tatbestand eines Tötungsdelikts** (LK-Jähnke, 11. Aufl., vor § 211, Rn 21).

Die **Mitverursachung eines Selbstmordes** ist damit **grds. ebenso straffrei wie die fahrlässige Ermöglichung der eigenverantwortlichen Selbsttötung**.

„So kann derjenige, der mit **Gehilfenvorsatz den Tod eines Selbstmörders mit verursacht**, nicht bestraft werden. Schon dies verbietet es aus Gründen der **Gerechtigkeit**, denjenigen zu bestrafen, der nur **fahrlässig eine Ursache für den Tod eines Selbstmörders setzt**. Er ist sich – bei bewusster Fahrlässigkeit – wie der **Gehilfe der möglichen Todesfolge bewusst**, nimmt sie aber **anders als jener nicht billigend in Kauf**. Bei **unbewusster Fahrlässigkeit** fehlt sogar schon das Bewusstsein der möglichen Todesfolge. Es geht nicht an, das mit einer solchen inneren Einstellung verübte Unrecht strafrechtlich strenger zu bewerten als die Tat desjenigen, der mit **Gehilfenvorsatz dasselbe Unrecht bewirkt**, nämlich den **Tod eines Selbstmörders mit verursacht** (BGHSt 24, 342; BGHSt 32, 262). Aus der **Straflosigkeit von Anstiftung und Beihilfe zur Selbsttötung** folgt zwingend, dass der **Garant, der nichts zur Verhinderung des freiverantwortlichen Suizids unternimmt, ebenfalls straffrei** bleiben muss (LK-Jähnke aaO, Rn 24).“ (LG Gießen aaO)

- II. Hätte der Arzt **durch aktives Tun Beihilfe zum eigenverantwortlichen Suizid** des Patienten geleistet, käme eine Strafbarkeit wegen Beihilfe aufgrund der **Straflosigkeit des Suizids** von vornherein nicht in Betracht.

Ausgehend hiervon würde es unter Berücksichtigung der oben genannten Grundsätze einen **unerträglichen Wertungswiderspruch** darstellen, wollte man einem Arzt das bloße Untätigbleiben im Hinblick auf die Verabreichung sedierender Medikamente und der Wegnahme des Gürtels strafrechtlich zum Vorwurf machen.

- III. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich aus dem **ärztlichen Behandlungsvertrag besondere Sorgfaltspflichten** des Arztes ergeben.

„Die **besondere Garantstellung des Arztes** gebietet es u.a., den Patienten im Rahmen der von ihm gewählten Therapie **keinen vermeidbaren Risiken** auszusetzen, wie sie etwa mit der erstmaligen Anwendung einer neuartigen Entziehungstherapie verbunden sind (BGH Urteil v. 18.07.1978 – 1 StR 209/78, juris Rn 9). Da die Angekl. im vorliegenden Fall aber weder **therapeutische Maßnahmen ergriffen**, noch **aktiv vermeidbare Risiken für den Patienten geschaffen hat**, ist die dem Urteil vom 18.07.1978 zu Grunde liegende Sachverhaltskonstellation, die überdies keine eigenverantwortliche Selbsttötung zum Gegenstand hat, auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 04.07.1984 (3 StR 96/84), wonach das Eingreifen des anwesenden **Garanten geboten ist**, wenn der **Lebensmüde nach Beendigung seines Selbsttötungsversuchs das Bewusstsein verloren hat**. Auf die Frage, ob es ab dem **Zeitpunkt der Bewusstlosigkeit zu einem strafbegründenden Tatherrschaftswechsel** kommt, weil der **Garant damit zum Herrn über Leben oder Tod avanciert**, kommt es im vorliegenden Fall nicht an. Die Angekl. war bei dem Suizid des Patienten nicht anwesend und konnte so zu keinem Zeitpunkt **Tatherrschaft über das Geschehen erlangen.**“ (LG Gießen aaO)

StGB  
§ 263

**Vermögensschaden**  
**Erforderlicher Inhalt der Urteilsfeststellungen**  
(BGH in NSTZ 2013, 37; Beschluss vom 08.06.2011 – 3 StR 115/11)

StGB

Die Rspr. des BVerfG zur **Feststellung eines Vermögensnachteils** i.S.d. § 266 StGB gilt unter Berücksichtigung des **Bestimmtheitsgebots** nach Art. 103 II GG in gleicher Weise für das Merkmal des **Vermögensschadens** i.S.d. § 263 StGB.

„Nach der **neueren Rspr. des BVerfG zum Vermögensnachteil** i. S. des § 266 I StGB, die in gleicher Weise für das Merkmal des Vermögensschadens nach § 263 I StGB relevant ist, ist es im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG erforderlich, **eigenständige Feststellungen zum Vorliegen des Vermögensschadens** zu treffen, um so dieses Tatbestandsmerkmal von den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 263 I StGB sowie die Fälle des versuchten von denen des vollendeten Betruges hinreichend

deutlich abzugrenzen. Nur so lässt sich auch eine tragfähige Aussage zur **Stoffgleichheit** zwischen der vom Opfer erlittenen Vermögensseinbuße und dem vom Täter erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteil treffen. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fallgestaltungen abgesehen bedeutet dies, dass der Schaden der Höhe nach zu beziffern und seine Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darzulegen ist (BVerfGE 126, 170).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 316a

**Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer**  
Nicht verkehrsbedingter Halt

StGB

(BGH in NSTz 2013, 43; Beschluss vom 22.08.2012 – 4 StR 244/12)

Auch bei einem **nicht verkehrsbedingten Halt des Fahrzeugs** kann der Täter „die **besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzen**“.

„Nach der st. Rspr. des Senats ist dieses **zusätzliche Tatbestandsmerkmal** i. d. Regel erfüllt, wenn der Angriff i. S. des § 316a StGB zu einem Zeitpunkt erfolgt, an dem sich der Fahrer mit dem Fahrzeug im fließenden Verkehr befindet (BGHSt 49, 8; BGHSt 50, 169). Entsprechendes gilt auch, wenn das **Kraftfahrzeug während der Fahrt verkehrsbedingt mit laufendem Motor hält**, die Fahrt aber nach Veränderung der Verkehrssituation sogleich fortgesetzt werden soll, das Fahrzeug sich also weiterhin im fließenden Verkehr befindet. In diesen Fällen hat auch der „Mitfahrer“, sollte er wegen der Einwirkung durch den oder die Täter zur Flucht entschlossen sein, regelmäßig keine Möglichkeit, sich dem Angriff ohne Eigen- oder Fremdgefährdung – etwa durch Öffnen der Tür oder Ziehen der Handbremse – zu entziehen. In allen anderen Fällen, insbes. bei einem **nicht verkehrsbedingten Halt**, bedarf es **zusätzlicher**, in den Urteilsgründen darzulegender **Umstände**, die die Annahme rechtfertigen, dass die Tat unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen worden ist (vgl. BGH NSTz-RR 2006, 185; zum Ganzen vgl. Schönke/Schröder, StGB, § 316a Rn 14).“ (BGH aaO)

BVerfGG  
§ 6

**Wahl der Bundesverfassungsrichter**  
Verfassungsmäßigkeit

BVerfGG

(BVerfG in NVwZ 2012, 967; Beschluss vom 19.06.2012 – 2 BvC 2/10)

Die **indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter** durch einen Ausschuss des Deutschen Bundestags gem. § 6 BVerfGG ist **verfassungsgemäß**.

I. Die **Übertragung der Richterwahl auf den Ausschuss** gem. § 6 BVerfGG **verstößt nicht gegen die Repräsentationsfunktion** des Deutschen Bundestages.

„Die **Repräsentationsfunktion** nimmt der Deutsche Bundestag grds. in seiner Gesamtheit wahr, durch die **Mitwirkung aller seiner Mitglieder**. Dies setzt gleiche Mitwirkungsbefugnisse aller Abgeordneten voraus, zu denen das Recht zählt, sich an den vom Parlament vorzunehmenden Wahlen zu beteiligen (BVerfG NVwZ 2012, 495 = NJW 2012, 1419 m. w. Nachw.). Durch die indirekte Wahl der Richter des BVerfG sind all diejenigen **Abgeordneten in ihren Mitwirkungsrechten eingeschränkt, die nicht dem Wahlausschuss angehören**.“ (BVerfG aaO)

II. Soweit Abgeordnete durch die **Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf einen beschließenden Ausschuss** von der Mitwirkung an der parlamentarischen Entscheidungsfindung ausgeschlossen werden, ist dies **nur zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang** und unter **striktter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** zulässig.

„Es bedarf eines besonderen Grundes, der **durch die Verfassung legitimiert** und von einem Gewicht ist, das der Gleichheit der Abgeordneten die Waage halten kann. Einen derartigen Grund kann die **Wahrung der Vertraulichkeit einer Angelegenheit** bilden (BVerfG NVwZ 2012, 495). Ferner muss der **Grundsatz der Spiegelbildlichkeit gewahrt** werden, der verlangt, dass der Ausschuss die Zusammensetzung des Plenums in seiner konkreten, durch die Fraktionen geprägten Gestalt abbildet. Zudem dürfen die Informations- und Unterrichtungsmöglichkeiten für die nicht beteiligten Abgeordneten nicht über das unabdingbar notwendige Maß hinaus beschränkt werden (BVerfG NVwZ 2012, 495).“ (BVerfG aaO)

III. Die Übertragung der Wahl der Bundesverfassungsrichter auf einen Wahlausschuss, dessen Mitglieder der Verschwiegenheitspflicht unterliegen (§ 6 IV BVerfGG), findet ihre Rechtfertigung in dem erkennbaren **gesetzgeberischen Ziel**, das **Ansehen des Gerichts und das Vertrauen in seine Unabhängigkeit zu festigen** und damit **seine Funktionsfähigkeit zu sichern**.

„Die Einschätzung, dass das BVerfG **Funktionseinbußen** erleiden könnte, wenn die Wahl seiner Mitglieder im Bundestag nicht in einer Vertraulichkeit wahren Weise stattfände, mag nicht in dem Sinne geboten sein, dass sie den Gesetzgeber hinderte, andere Modalitäten der Richterwahl zu bestimmen. Das **vom Gesetzgeber verfolgte Anliegen ist aber von hinreichendem verfassungsrechtlichen Gewicht**, um den Verzicht auf eine Wahl der Richter des BVerfG im Plenum zu Gunsten eines Wahlmännnergremiums, das mit Zwei-Drittel-Mehrheit entscheidet (vgl. § 6 V BVerfGG) und dessen Erörterungen der Vertraulichkeit unterliegen, zu legitimieren.“ (BVerfG aaO)

GG  
Art. 3 I, 12 I

**Hochschulzugang**  
Verfassungswidrigkeit der Bewertungsfiktion

SchulR

(VG Münster in DÖV 2013, 121; Beschluss vom 24.10.2012 – 13 B 968/12)

Die **Bewertung einer fiktiven Prüfungsleistung mit der Note 1,0**, wie sie § 8 II 2 der Verordnung über den Hochschulzugang für in der beruflichen Bildung Qualifizierte vorsieht, **verletzt Art. 12 I i. V. m. Art. 3 I GG**.

I. Aus dem in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten **Recht auf freie Wahl des Berufs und der Ausbildungsstätte** i. V. mit dem **allgemeinen Gleichheitssatz** und dem **Sozialstaatsprinzip** folgt ein verfassungsmäßig gewährleis-

tetes Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden („hochschulreifen“) Staatsbürgers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl.

Dieses **Teilhaberecht** steht unter dem Vorbehalt des Möglichen i. S. dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann; es ist auf gesetzlicher Grundlage regelbar und - unter der Voraussetzung erschöpfender Nutzung aller Ausbildungskapazitäten, die verfassungsrechtlich vorrangig vor Maßnahmen der Bewerberauswahl ist - **einschränkbar**. Werden infolge eines **Bewerberüberhanges** Zulassungsbeschränkungen und eine Auswahl zwischen den Bewerbern unerlässlich, darf bei den notwendigen Regelungen und Entscheidungen nicht außer acht bleiben, dass jede Auswahl zwischen hochschulreifen Bewerbern eine Ungleichbehandlung prinzipiell Gleichberechtigter in der **Verteilung von Lebenschancen** darstellt.

vgl. BVerfGE 33, 303; BVerfGE 43, 291; BVerfGE 54, 173; BVerfGE 85, 36; BVerwGE 134, 1

- II. Hinsichtlich der **Hochschulzugangsberechtigung** - sei es das Abitur oder die hier in Rede stehende gesonderte Zugangsprüfung - gilt der **prüfungsrechtliche Grundsatz**, dass **Gegenstand einer Bewertung nur eine persönlich zu erbringende Leistung** sein kann.

*„Der Grundsatz der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit und der Schutz der Gemeinschaftsgüter, dem der Nachweis einer bestimmten Qualifikation dient und der ihn im Hinblick auf Art. 12 I GG rechtfertigt, erlauben es nicht, einem Prüfling den Besitz der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten ohne den tatsächlich erbrachten Nachweis zu bestätigen. Die Leistungserbringung kann nicht fingiert werden. Fiktive Leistungen können selbst dann nicht Gegenstand der Bewertung sein, wenn der Ausfall eines Leistungsnachweises - etwa bei Verlust einer Arbeit - von der Prüfungsbehörde zu verantworten ist. In solchen Fällen kommen nur die Wiederholung der Prüfung sowie ggf. Sekundäransprüche in Betracht (vgl. BVerwG BayVBl. 1992, 442; Sächs. OVG NVwZ-RR 2010, 525; Bay. VGH NVwZ 1985, 598; Niehues/Fischer, Prüfungsrecht, 5. Auflage 2010, Rn 226; Zimmerling/Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rn 377ff., 496ff.; dies., Prüfungsrecht, 2. Auflage 2001, Rn 617ff.).“ (VG Münster aaO)*

- III. Hiervon ausgehend ist die mit § 8 II 2 Berufsbildungshochschulzugangsverordnung verbundene **Bewertung einer fiktiven Leistung mit der Note 1,0 verfassungswidrig**. Sie **verletzt das Recht der Absolventen einer** – i. S. von Art. 12 I GG für die Berufswahl relevanten - **Zugangsprüfung auf Chancengleichheit**. In zulassungsbeschränkten Studiengängen **verletzt sie darüber hinaus die Teilhaberechte der konkurrierenden Bewerber** um einen Studienplatz.

*„Es ist keine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit standhaltende Rechtfertigung dafür ersichtlich, Bewerber ohne Zugangsprüfung gegenüber denjenigen, die eine solche Prüfung absolviert haben, derart zu bevorzugen, dass sie ohne Nachweis entsprechender Leistungen die Note 1,0 zugesprochen bekommen. Erst recht gilt dies für die Begünstigung gegenüber der Vergleichsgruppe der Bewerber mit bestandener Zugangsprüfung oder allgemeiner Hochschulreife in zulassungsbeschränkten Studiengängen. Mit § 8 II 2 Berufsbildungshochschulzugangsverordnung sollen Hochschulen zur (rechtzeitigen) Durchführung von Zugangsprüfungen angehalten werden, um in der beruflichen Bildung Qualifizierten ohne Abitur Zugang zur Hochschule zu verschaffen. Hierzu ist aber keine Bewertung einer fiktiven Leistung mit der Note 1,0 erforderlich. Nachteile, die den in der beruflichen Bildung qualifizierten Bewerbern entstehen, die nicht rechtzeitig eine Zugangsprüfung absolvieren können, können durch Schadensersatzansprüche ausgeglichen werden. In zulassungsbeschränkten Studiengängen - wie hier - ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass mit den vorgenannten Zielen schon keine derart wichtigen Gemeinschaftsgüter betroffen sind, die den mit der vorliegenden Regelung verbundenen weitreichenden Eingriff in die Grundrechte aller übrigen Bewerber um einen Studienplatz rechtfertigen könnten.“ (VG Münster aaO)*

UWG  
§ 5 I 2 Nr. 3

**Irreführende Unternehmensbezeichnung**  
„Stadtwerke“

UWG

(BGH in KommJur 2012, 459; Urteil vom 13.06.2012 – I ZR 228/10)

Der **Begriff „Stadtwerke“ darf** in der Firma eines Unternehmens **nur dann geführt werden, wenn die Anteilsmehrheit** an dem Unternehmen zumindest **überwiegend in kommunaler Hand** ist.

*„Für die Beurteilung der Frage, ob eine Unternehmensbezeichnung irreführend ist, kommt es maßgeblich darauf an, wie sie der angesprochene Verkehr versteht. Die Kl. ist ein Unternehmen, das Kunden in der Region W. mit Strom, Erdgas, Fernwärme und Wasser versorgt. Die Unternehmensbezeichnung richtet sich mithin an das allgemeine Publikum, das solche Dienstleistungen regelmäßig nachfragt.*

*Der durchschnittlich informierte Verbraucher [versteht] unter einem mit „Stadtwerke“ bezeichneten Unternehmen einen kommunalen oder gemeindenahen Versorgungsbetrieb, bei dem die Kommune einen bestimmenden Einfluss auf die Unternehmenspolitik hat. Dieser setzt i. d. R. eine unmittelbare oder mittelbare Mehrheitsbeteiligung der Gemeinde voraus.*

*Von einer derartigen Mehrheitsbeteiligung geht das allgemeine Publikum auch unter Berücksichtigung der vollständigen Firmierung der Kl. aus (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)*

**Entscheidungen Verfahrensrecht**ZPO  
§ 765a**Vollstreckungsschutz gegen Zwangsräumung  
Entscheidungspflicht des Vollstreckungsgerichts bei Suizidgefahr  
(BVerfG in NJW 2013. 209, Beschluss vom 21.11.2012 – 2 BvR 1858/12)**

ZPO

1. Das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG verpflichtet auch die Vollstreckungsgerichte, bei der Auslegung und Anwendung der vollstreckungsrechtlichen Verfahrensvorschriften der Wertentscheidung des Grundgesetzes Rechnung zu tragen und die dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte zu berücksichtigen
2. Die **Vollstreckung aus einem vollstreckbaren Titel ist für einen gewissen, auch längeren Zeitraum einzustellen**, wenn ein **schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht des Art. 2 II 1 GG konkret zu besorgen** ist und eine an dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit orientierte Abwägung zwischen den widerstreitenden, grundrechtlich geschützten Interessen der an der Vollstreckung Beteiligten zu einem **Vorrang der Belange des Schuldners** führt.
3. **§ 765 a ZPO gebietet eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts** über die Notwendigkeit von Vollstreckungsschutz, die es, auch und gerade soweit Leben und Gesundheit des Schuldners betroffen sind, **nicht dem Gerichtsvollzieher überlassen** darf, der die Zwangsvollstreckungsmaßnahme durchführt.

**A. Grundlagenwissen: Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO**

Es handelt sich um die Generalklausel des Schuldnerschutzes. Sie ist **nur einschlägig bei untragbaren Ergebnissen und subsidiär** im Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen des Schuldners. Der Vollstreckungsschutz wird nur auf Antrag geprüft.

**I. Zulässigkeit**

Zuständig für die Entscheidung ist das Vollstreckungsgericht gem. § 765 a Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Entscheidung erfolgt nach § 20 Ziff. 17 RPflG durch den Rechtspfleger.

Statthaft ist der Antrag für alle Maßnahmen eines jeden Vollstreckungsorgans. Aufgrund der Subsidiarität darf der Antrag nicht auf Einwendungen gestützt werden, die mit einem anderen Rechtsbehelf erhoben werden könnten.

Zudem besteht ein Rechtsschutzbedürfnis nur dann, wenn ein Schutz über das Prozessgericht nicht erlangt werden kann. Die Beantragung von Schutzmaßnahmen nach §§ 707, 719 ZPO beim Erkenntnisgericht ist daher vorrangig vor dem an das Vollstreckungsgericht zu stellenden Antrag nach § 765a ZPO. § 765 a ist subsidiär (Notbremse) gegenüber den Maßnahmen aus den §§ 707, 719, da das Erkenntnisgericht, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, in erster Linie dazu berufen ist, über die Vollstreckbarkeit des Titels zu entscheiden. Demgemäß fehlt i.d.R. für den Antrag aus § 765 a das Rechtsschutzinteresse (vgl. LG Mannheim MDR 68, 590).

**II. Begründetheit**

Der Antrag ist nur begründet, wenn die angegriffene Maßnahme aufgrund einer Interessenabwägung für den Schuldner eine **besondere und sittenwidrige Härte** bedeutet.

**§ 765a ist eine Ausnahmenvorschrift** und daher mit Zurückhaltung anzuwenden. Erforderlich ist eine Unvereinbarkeit mit den guten Sitten, die Zwangsvollstreckung muss also zu einem **ganz untragbaren Ergebnis** führen (vgl. BGH 44, 143). Dabei ist nicht nur an den Schuldner zu denken, sondern auch das Schutzbedürfnis des Gläubigers voll zu würdigen. Wenn § 765a bejaht wird, so ist das den Gläubiger am wenigsten treffende Mittel auswählen, d.h. Anordnung einer einstweiligen Einstellung, soweit ausreichend, anstelle der Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahme.

### III. Entscheidung

Das Vollstreckungsgericht entscheidet durch **Beschluss**. Es kann eine oder mehrere Maßnahmen der Zwangsvollstreckung (teilweise) untersagen, (einstweilen) einstellen oder aufheben.

**Analog § 766 I 2 ZPO sind in Eilfällen vorläufige Anordnungen** zulässig (vgl. OLG Schleswig SchlHA 57, 159). Hiergegen ist grundsätzlich kein Rechtsbehelf gegeben (vgl. OLG Celle MDR 68, 333).

## B. Vollstreckungsschutz gegen Zwangsräumung bei Suizidgefahr (vgl. BVerfG, NJW 2013, 290)

**Fall:** Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist die Zurückweisung eines Vollstreckungsschutzantrags gem. § 765 a ZPO gegen eine Zwangsräumung.

Der 72-jährige Bf. bewohnt das Vollstreckungsobjekt seit seiner Geburt. Auf Grund eines gerichtlichen Vergleichs vom 08.11.2010, in dem er sich gegenüber seinen vier Kindern zur Räumung der Immobilie verpflichtete, wurde durch die zuständige Gerichtsvollzieherin mit Schreiben vom 12.12.2011 die gegebenenfalls zwangsweise Räumung für den 03.02.2012 angekündigt. Hieraufhin stellte der Bf. am 31.01.2012 einen Vollstreckungsschutzantrag gem. § 765 a ZPO mit der Begründung, dass eine akute Suizidgefahr bestehe. Durch Beschluss vom 01.02.2012 wies das AG den Antrag als unzulässig zurück. Der Antrag sei nicht innerhalb der Frist des § 765 a III ZPO von mindestens zwei Wochen vor dem festgesetzten Räumungstermin gestellt worden. Auf die sofortige Beschwerde des Bf. setzte das LG die Vollziehung der Zwangsvollstreckung im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig aus und beauftragte einen Sachverständigen mit der Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens zu der Frage der Suizidgefahr des Bf. Der Gutachter stellte fest, dass der Bf. an leichten kognitiven Störungen und einer Anpassungsstörung leide. Den Verlust des Hauses und des Grundstücks assoziiere er mit der Zerstörung seiner Existenz. Die ernstliche Befürchtung einer Selbsttötung sei daher krankheitsbedingt nicht auszuschließen. Die Räumungsvollstreckung sollte aus Sicht des Gutachters für zunächst ein halbes Jahr ausgesetzt werden, um Lösungen zu finden, mit denen der Bf. weiter leben könne. Gegenwärtig bestünden weder eine depressive Störung noch akute Suizidalität. Sollte die Räumung unmittelbar bevorstehen, sei aus ärztlich-psychiatrischer Sicht jedoch eine akute suizidale Krise des Bf. nicht auszuschließen. Es müsse dann gegebenenfalls eine stationäre psychiatrische Behandlung erfolgen.

Auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens wies das LG die sofortige Beschwerde durch Beschluss vom 02.07.2012 zurück. Nach den Ermittlungen des SchwGer. bestehe bei dem Bf. derzeit, d. h. zum Untersuchungszeitpunkt, keine akute Suizidgefahr. Soweit der Bf. das Vorliegen einer Anpassungsstörung bzw. leichten kognitiven Störung bestreite und behaupte, Suizidgefahr bestehe unabhängig von einer psychischen Erkrankung, vermöge dies die gutachterliche Einschätzung nicht zu erschüttern. Da bei dem Bf. keine depressive Störung oder akute Suizidalität festzustellen sei, komme gegenwärtig eine Anwendung von § 765 a ZPO nicht in Betracht. Ob das Vollstreckungsgericht und der Gerichtsvollzieher in Vollzug einer zukünftigen Räumung vorsorglich Maßnahmen zum Lebensschutz einzuleiten haben würden, habe das SchwGer. derzeit nicht zu entscheiden. Diese Einschätzung obliege den dann zuständigen Vollstreckungsorganen.

Nachdem die Gerichtsvollzieherin mit Schreiben vom 26.07.2012 die Räumung für den 18.09.2012 angekündigt hatte, stellte der Bf., gestützt auf das vom LG eingeholte Sachverständigengutachten, einen erneuten Vollstreckungsschutzantrag, den das AG mit Beschluss vom 27.08.2012 als unzulässig, hilfsweise unbegründet, zurückwies. Der Bf. erhob Verfassungsbeschwerde mit der Begründung, sein Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) sei verletzt worden. Zu Recht?

Der Bf. könnte durch die Zurückweisung seines Vollstreckungsschutzantrags in seinem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG verletzt worden sein.

### I. Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG

Der Bf. ist vom persönlichen Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG als Jedermannsrecht ohne weiteres erfasst. Es müsste auch der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Geschützt sind das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Bf. Aufgrund der im Falle einer Räumung sachverständig festgestellten Suizidgefahr ist durch die Zurückweisung seines Vollstreckungsschutzantrags der sachliche Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG betroffen.

### II. Eingriff in den Schutzbereich

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt nach dem modernen Eingriffsbegriff immer dann vor, wenn eine dem Staat zurechenbare Maßnahme die Betätigung im grundrechtlich

geschützten Bereich unmöglich macht oder wesentlich erschwert. Die Rechtsprechung als eine der drei Staatsgewalten ist zum Schutz der Grundrechte, die im Wesentlichen als Abwehrrechte gegen den Staat konzipiert sind, berufen. Durch die Zurückweisung des Vollstreckungsschutzantrags ermöglicht die Rechtsprechung die Zwangsräumung, die ihrerseits zu einer Gefährdung von Leib und Leben des Beschwerdeführers führt.

Die Zurückweisung stellt daher einen Eingriff in Art. 2 II 1 GG dar.

### III. Rechtfertigung des Eingriffs

Dieser Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein. Art. 2 II 1 GG ist nach Art. 2 II 2 GG aufgrund jeden Gesetzes einschränkbar, unterliegt insofern also einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Insofern gehören hierzu auch die Regelungen über die Zwangsräumung und die Verfahrensvorschriften der ZPO, deren Verfassungsmäßigkeit hinsichtlich der hier maßgeblichen Fragen außer Zweifel steht. Fraglich ist jedoch, ob die Entscheidung des Gerichts im Einzelfall verfassungsmäßig ist.

#### 1. Bedeutung des Art. 2 II 1 GG für die Gerichte

*„Das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG verpflichtet auch die Vollstreckungsgerichte, bei der **Auslegung und Anwendung der vollstreckungsrechtlichen Verfahrensvorschriften** der Wertentscheidung des Grundgesetzes Rechnung zu tragen und die dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte zu berücksichtigen. In besonders gelagerten Einzelfällen kann dies dazu führen, dass die **Vollstreckung aus einem vollstreckbaren Titel für einen gewissen, auch längeren Zeitraum einzustellen** ist.“*

*Das gilt jedenfalls dann, wenn ein **schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht des Art. 2 II 1 GG konkret zu besorgen** ist und eine an dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit orientierte Abwägung zwischen den **widerstreitenden, grundrechtlich geschützten Interessen** der an der Vollstreckung Beteiligten zu einem **Vorrang der Belange des Schuldners** führt (vgl. BVerfGE 52, 214 [220] = NJW 1979, 2607). Die Vollstreckungsgerichte haben in ihrer Verfahrensgestaltung die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, damit **Verfassungsverletzungen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ausgeschlossen** werden und dadurch der sich aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ergebenden **Schutzpflicht staatlicher Organe** Genüge getan wird (vgl. BVerfGE 52, 214 [220 f.] = NJW 1979, 2607; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW-RR 2012, 393; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 5. 11. 2007 – 1 BvR 2246/07, BeckRS 2007, 28232).“ (BVerfG aaO)*

#### 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob das LG als Beschwerdegericht bei seiner Entscheidung die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG hinreichend erkannt und bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat.

Eine Befassung des LG mit Art. 2 II 1 GG ist zwar in der Entscheidung feststellbar. Fraglich ist jedoch, ob seine Beurteilung aber verfassungsrechtlichen Überprüfung am Maßstab von Art. 2 II 1 GG standhält

*„Das LG ist auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens zu dem Ergebnis gekommen, dass eine **depressive Störung** bzw. eine **akute Suizidalität** beim Bf. derzeit, d. h. zum Untersuchungszeitpunkt, **nicht bestehe**, und hat deshalb eine Anwendung der Schutzvorschrift des § 765 a ZPO abgelehnt.“ (BVerfG aaO)*

Hierbei stellt das LG allerdings nur auf die aktuelle Situation ab, ohne die Einschätzung des Gutachters zu berücksichtigen, dass bei Durchsetzung der Räumung eine Suizidgefahr besteht.

*„Eine Auseinandersetzung mit der weiteren gutachterlichen Einschätzung, dass bei einem Vollzug der Räumung die **ernstliche Befürchtung einer Selbsttötung krankheitsbedingt nicht auszuschließen** sei, findet nicht statt. Diese behält das LG vielmehr den bei einer bevorstehenden Räumung zuständigen Vollstreckungsorganen vor.“ (BVerfG aaO)*

Bei einem an das Gericht gerichteten Vollstreckungsschutzantrag nach § 765a ZPO ist es aber gerade die Aufgabe des Gerichts, den Schutzauftrag des Staates im Hinblick auf die Grundrechte zu realisieren. Stattdessen delegiert es diese Aufgabe an die Vollstreckungsorgane.

*„Damit **verkennt** es die in § 765 a ZPO zum Ausdruck kommende und im Vollstreckungsschutzverfahren auch **ihm als Beschwerdeinstanz obliegende Aufgabe**, den **Bf. vor lebens- oder gesundheitsgefährdenden Maßnahmen zu schützen**.“*

Die Auffassung des LG, es habe derzeit nicht zu entscheiden, ob das **Vollstreckungsgericht** und der **Gerichtsvollzieher** im Vollzug einer **zukünftigen Räumung** vorsorglich Maßnahmen zum Lebensschutz des Betroffenen einzuleiten hätten, lässt den mit dem Verfahren nach § 765 a ZPO intendierten **Vollstreckungsschutz gegenüber einer Zwangsräumung leerlaufen**.

*„§ 765 a ZPO gebietet eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts über die Notwendigkeit von Vollstreckungsschutz, die es, auch und gerade soweit Leben und Gesundheit des Schuldners betroffen sind, nicht dem Gerichtsvollzieher überlassen darf, der die Zwangsvollstreckungsmaßnahme durchführt. Deshalb hätte das LG im Beschwerdeverfahren selbst der Frage nachgehen müssen, ob dem Bf. im Zeitpunkt der Räumung Gefahr für Leib und Leben droht und wie einer solchen gegebenenfalls zu begegnen ist. Anhaltspunkte dafür, dass Art und Umfang einer solchen Gefahr oder geeigneter Maßnahmen zu ihrer Abwendung vom Vollstreckungsgericht erst oder besser zu einem späteren Zeitpunkt (vor der Räumung) beurteilt werden können, legt das LG nicht dar und sind auch sonst nicht ersichtlich. Seine Begründung kann deshalb nicht als Vorbehalt einer vollstreckungsgerichtlichen Entscheidung in zeitlicher Nähe zu einem konkreten Räumungstermin verstanden werden. Sie ist vom Vollstreckungsgericht auch nicht so verstanden worden, wie die nachfolgende Entscheidung des AG vom 27.08.2012 zeigt, in der das AG im Hinblick auf die für den 18. 9. 2012 angekündigte Räumung angesichts des landgerichtlichen Beschlusses keinen Anlass für eine (erneute) Sachentscheidung gesehen hat.“* (BVerfG aaO)

Das LG hätte daher selbst prüfen müssen, ob die von dem Sachverständigen für **möglich gehaltene akute suizidale Krise** bei einer unmittelbar bevorstehenden Räumung Vollstreckungsschutzmaßnahmen zu Gunsten des Bf. gebietet und gegebenenfalls, **welche Maßnahmen zur Abwendung einer etwaigen Gefahr für Leib und Leben geeignet und erforderlich sind**.

*„Wenn es eine Suizidgefahr bei Vollzug der Räumung entgegen den Ausführungen des Sachverständigen nicht generell ausschließen wollte, was der Begründung des landgerichtlichen Beschlusses jedenfalls nicht zu entnehmen ist, hätte es sich in diesem Rahmen insbesondere mit der Anregung des Sachverständigen auseinandersetzen müssen, die **Zwangsvollstreckung für ein halbes Jahr einzustellen**, um dem Bf. die Suche nach geeigneten Lösungen außerhalb des Vollstreckungsobjekts zu ermöglichen. Gründe, warum ein solcher Aufschub der Zwangsvollstreckung – gegebenenfalls verbunden mit der Auflage an den Bf., soziale Hilfen für die Bewältigung der Situation in Anspruch zu nehmen – den Vollstreckungsgläubigern trotz einer bestehenden Suizidgefahr mit Rücksicht auf deren Interessen nicht zuzumuten sein könnte, werden nicht genannt. Das LG hat zwar zu Recht angenommen, dass eine **Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht notwendig** ist, wenn der Gefahr **durch geeignete andere Maßnahmen** begegnet werden kann. Solche Maßnahmen hätte es jedoch konkretisieren müssen und erforderlichenfalls die Räumung nur unter entsprechenden Auflagen zulassen dürfen.“* (BVerfG aaO)

#### IV. Ergebnis

Der Beschluss des LG vom 02.07.2012 verstößt gegen Art. 2 II 1 GG, weil das BeschwGer. das Bestehen einer Suizidgefahr im Zeitpunkt der Räumung und gegebenenfalls geeignete Maßnahmen zu deren Abwendung nicht geprüft hat.

ZPO  
§ 253 I

## Wirksamkeit einer Klagezustellung

### Anforderungen an Auslandszustellung und Fehlen von Anlagen

(BGH in NJW 2012, 387; 12.12.2012 – VIII ZR 307/11)

ZPO

1. Ein Prozessrechtsverhältnis entsteht erst **nach Rechtshängigkeit**, also **nach rechtswirksamer Zustellung der Klageschrift** (§§ 261 I, 253 I ZPO).
2. Die **Zustellung einer Klageschrift**, die ihrerseits die **Vorgaben des § 253 II ZPO nicht erfüllt**, ist gleichwohl **wirksam und begründet ein Prozessrechtsverhältnis**.
3. Hinsichtlich in Bezug genommener **Beweisurkunden** führt ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht des § 131 I ZPO nicht zur Unwirksamkeit der Zustellung, sondern nur zur **Anwendung der Verspätungsregelungen**.
4. Der Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG verpflichtet das Gericht zur Information der Parteien über den gesamten Tatsachenstoff, den es im Rahmen seiner Entscheidung verwenden will. Dies verlangt aber **nicht**, den Beklagten **bereits im erstmöglichen Zeitpunkt** – bei Zustellung der Klage – **in vollem Umfang zu informieren**.
5. Hieraus folgt, dass es **von Verfassungs wegen nicht geboten** ist, die **Zustellung einer Klageschrift ohne Anlagen als unwirksam anzusehen**.

**Fall:** Die Kl. beanspruchte von den beiden in der Volksrepublik China ansässigen Bekl. aus einem Kooperationsvertrag vom 15.07.2005, mit dem die Produkte der Bekl. zu 1 auf dem deutschen Markt vertrieben werden sollten, Ersatz des entgangenen Gewinns wegen Nichtbelieferung nach erfolgter Bestellung, Mängelbeseitigungskosten, sowie Erstattung von Aufwendungen für die Beseitigung von Mängeln bei Endkunden. Die Klageschrift vom 30.12.2008 nimmt zum Beweis des Klagevortrags auf 29 Anlagen (K 1 bis K 29) Bezug.

Nachdem das LG von der Kl. für die Übersetzung von insgesamt 108 Seiten in die chinesische Sprache einen Betrag von 8640 Euro angefordert hatte, hat die Kl. mit Schreiben vom 03.03.2009 auf die Zustellung der Anlagen zur Klageschrift verzichtet. Daraufhin sind nur die Klageschrift, die am 03.02.2009 erfolgte Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens sowie die Aufforderung, binnen vier Wochen einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen oder einen Prozessbevollmächtigten zu bestellen, anderenfalls spätere Zustellungen durch Aufgabe zur Post bewirkt werden könnten, ins Chinesische übersetzt worden. Ausweislich der Zustellungszeugnisse der für internationale Rechtshilfe zuständigen Zentralstelle in Peking vom 01.09.2009 ist die Zustellung der genannten Unterlagen an beide Bekl. am 17.06.2009 durch einfache Übergabe an den „personal service“ der Bekl. erfolgt.

Das LG hat am 09.11.2009 antragsgemäß ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren erlassen, das laut zwei dem Urteil nachgehefteten Aktenvermerken der Urkundsbeamtin jeweils am 10.11.2009 unter der korrekten Anschrift der Bekl. zur Post gegeben worden ist. Nachdem die Kl. Ende 2009 mit einer Vollstreckung des Urteils in das Vermögen der Bekl. in Deutschland begonnen hatte, sind die Bekl. am 31.12.2009 unter Erwähnung des „default judgement“ (Versäumnisurteil) sowie unter kurzer Schilderung der bisherigen Prozessgeschichte an ihre damaligen Prozessbevollmächtigten herangetreten. Am 21.01.2010 haben die Bekl., vertreten durch ihre Prozessbevollmächtigten, Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt und zugleich Wiedereinsetzung in die versäumte Einspruchsfrist beantragt. Sie haben vorgetragen, die Bekl. zu 2 habe das Versäumnisurteil nicht erhalten. Die Bekl. zu 1 habe das Versäumnisurteil zwar erhalten; das Datum der Zustellung lasse sich aber nicht mehr nachvollziehen. Die Bekl. zu 1 sei weder in dem Versäumnisurteil noch in dem begleitenden Schreiben des Gerichts auf die Möglichkeit, Einspruch einzulegen, sowie die hierfür geltenden Form- und Fristvorschriften hingewiesen worden. Dies sei erstmals erfolgt, als die Bekl. zu 1 am 07.01.2010 das Versäumnisurteil per E-Mail an ihre Prozessbevollmächtigten übersandt habe. Das LG hat die Wiedereinsetzungsanträge der Bekl. ebenso wie die Einsprüche gegen das Versäumnisurteil als unzulässig verworfen. Zu Recht?

Die Verwerfung als unzulässig erfolgte zu Recht, wenn die Einsprüche wegen Verfristung unzulässig sind und die Voraussetzungen für die Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht vorliegen.

#### I. Versäumung der Einspruchsfrist

Für den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil läuft nach § 339 I 1. HS ZPO eine Frist von zwei Wochen. Sie beginnt nach § 339 I 2. HS ZPO mit der wirksamen Zustellung des Versäumnisurteils. Fraglich ist, ob und wann hier eine wirksame Zustellung erfolgt ist, da die Versäumnisurteile am 10.11.2009 durch einfache Aufgabe zur Post zugestellt wurden.

##### 1. Anforderungen an Zustellung im Ausland, §§ 183, 184 ZPO

Nach § 183 I ZPO ist eine Zustellung im Ausland nach bestehenden völkerrechtlichen Vereinbarungen vorzunehmen. Zugleich kann das Gericht nach § 184 I 1 ZPO anordnen, dass die Beklagten innerhalb einer angemessenen Frist einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen haben, der im Inland wohnt oder dort einen Geschäftsraum

hat, falls sie nicht einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat. Wird kein Zustellungsbevollmächtigter benannt, so können spätere Zustellungen dadurch bewirkt werden, dass das Schriftstück unter der Anschrift der Partei zur Post gegeben wird. Das Schriftstück gilt dann zwei Wochen nach Aufgabe zur Post als zugestellt.

## 2. Anwendung auf den Fall

Die Zustellung der Versäumnisurteile ist hier durch einfache Aufgabe zur Post erfolgt. Hierin könnte ein Zustellungsmangel zu sehen sein.

„Die Zustellung durch Aufgabe zur Post ist nach § 184 I 2 ZPO nur zulässig, wenn die betroffene Partei keinen Zustellungsbevollmächtigten benannt hat, obgleich sie dazu gem. § 184 I 1 ZPO verpflichtet war. Eine solche Verpflichtung besteht für die im Ausland wohnende Partei erst **nach Rechtshängigkeit, also nach rechtswirksamer Zustellung der Klageschrift** (§§ 261 I, 253 I ZPO). Erst dann besteht ein Prozessrechtsverhältnis, das eine Prozessförderungspflicht, wie sie in § 184 I 1 ZPO bestimmt ist, begründen kann (vgl. BGHZ 58, 177 [179] = NJW 1972, 1004; BGH, NJW 1999, 1187 [unter II 1 a aa]; NJW 2002, 521 [unter II 1]). Soweit das BerGer. gemeint hat, ein **Prozessrechtsverhältnis** könne auch **unabhängig von einer wirksamen Klagezustellung** entstehen, ist dem **nicht zu folgen** (vgl. BGH, NJW 2001, 445 [unter II 1]; NJW 1992, 2575 [unter II 1]; Musielak, ZPO, 9. Aufl., Einl. Rn. 55).“ (BGH aaO)

Die Zustellung des Versäumnisurteils durch einfache Aufgabe zur Post war daher nur zulässig, wenn ein Prozessrechtsverhältnis zuvor schon durch wirksame Zustellung der Klageschrift erfolgt war und damit die Pflicht zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten überhaupt schon entstanden war.

### a) ordnungsgemäßes Zustellverfahren für Auslandszustellung

„Sowohl die Klageschrift als auch die gerichtlichen Begleitverfügungen sind beiden Bekl. gem. § 183 I 1 ZPO i. V. mit Art. 5 des Haager Übereinkommens vom 15.11.1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (vgl. BGBl II 1977, 1453; Haager Zustellungsübereinkommen – HZÜ) zugestellt worden. [Die] Zustellung an beide Bekl. [ist] durch die **Zustellungszeugnisse** der nach Art. 2 HZÜ zuständigen Zentralstelle in Peking gem. § 418 I ZPO i. V. mit Art. 6 HZÜ **bewiesen**.“ (BGH aaO)

Dem könnte jedoch entgegenstehen, dass sich die Beweiskraft des § 418 I ZPO grundsätzlich nur auf die eigene Wahrnehmung des Bezeugten bezieht, die Zentralstelle die Zustellung jedoch nicht selbst vorgenommen hat.

„Dem von einer ausländischen Zentralen Behörde (Art. 2 HZÜ) nach Art. 6 HZÜ ausgestellten Zustellungszeugnis kommt die **Beweiskraft des § 418 I ZPO** zu (BGH, NJW 2002, 521; auch Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl., § 183 Rn. 72; Musielak/Wittschier, § 183 Rn. 4). Die Anwendung des § 418 I ZPO scheidet im vorliegenden Fall nicht daran, dass der Aussteller des Zustellungszeugnisses die bezeugte Zustellung (möglicherweise) nicht selbst vorgenommen oder wahrgenommen hat. Zwar erstreckt sich die **Beweiskraft des § 418 I ZPO grundsätzlich nur auf die eigene Wahrnehmung des Bezeugten** (vgl. BGH, NJW 2004, 2386 [unter II 2 b] m. w. Nachw.). Ob dies auch für behördliche Zeugnisurkunden gilt oder ob es hierfür ausreicht, dass die Wahrnehmung von einem Amtsträger innerhalb der Behörde gemacht worden ist, kann an dieser Stelle dahinstehen (vgl. hierzu Schreiber, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 418 Rn. 5). **Nach § 418 III ZPO** gilt nämlich auch in den Fällen der **Beurkundung von Drittwahrnehmungen** die Beweisregel des § 418 I ZPO, wenn sich aus Landes- oder Bundesgesetzen (Musiellak/Huber, § 418 Rn. 4; Schreiber, in: MüKo-ZPO, § 418 Rn. 5) ergibt, dass die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig sein soll. Eine solche Anordnung trifft für Zustellungszeugnisse der ersuchten Behörde § 183 IV 2 ZPO.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte der Anwendung von § 418 I ZPO entgegenstehen, dass in den Zustellungszeugnissen nicht angegeben ist, an welche natürliche Person die Übergabe erfolgt ist, sondern – neben Ort, Datum und Form der Zustellung – jeweils lediglich eine Übergabe an den „personal service“ der Bekl. bescheinigt wird.

„Zwar sieht das im **Anhang zum Haager Zustellungsübereinkommen** enthaltene und vorliegend auch verwendete **Musterformular** für ein Zustellungszeugnis vor, dass **Name und Stellung der Empfangsperson** sowie deren **Verhältnis zum Zustellungsempfänger** angegeben werden. Diese Angabe ist insbesondere für den Zustellungsempfänger wichtig, damit dieser weiß, wer die Zustellung erhalten hat, und diese Person befragen und erforderlichenfalls als Zeugen benennen kann, um den nach § 418 II ZPO möglichen Gegenbeweis zu führen (vgl. hierzu BVerwGE 109, 115 = NJW 2000, 683 [684]; vgl. auch BT-Dr 7/4892, S. 45). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass gerade in **größeren Unternehmen** – wie unstrittig auch bei den Bekl. – der **Posteingang nach geregelten Strukturen** abläuft. Erachtet bei der Zustellung an ein Unternehmen die **ersuchte Behörde** die Angabe der Organisationseinheit, an die das Schriftstück ausgehändigt wurde, nach dem am Zustellungsort geltenden Recht **für ausreichend**, schränkt dies die Nachvollziehbarkeit des Zustellungsvorgangs für den Zustellungsempfänger nicht wesentlich ein und **berührt die Aussagekraft des Zustellungszeugnisses nach Art. 6 HZÜ nicht** (vgl. Prütting/Gehrlein/Kessen, ZPO, 4. Aufl., § 183 Rn. 4).“ (BGH aaO)

Das Zustellverfahren bezüglich der Klageschrift ist daher ordnungsgemäß erfolgt.

## b) Vollständigkeit der Zustellung

Der Wirksamkeit der Zustellung der Klage und damit der Entstehung eines Prozessrechtsverhältnisses könnte jedoch entgegenstehen, dass der Klage die in Bezug genommenen Anlagen nicht beigelegt waren.

Nach § 253 I ZPO ist mit der Zustellung der Klageschrift die Klage erhoben und damit ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht begründet.

Nach § 253 II ZPO muss die Klageschrift die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts; enthalten, sie erfordert die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag.

*„Fehlt es an hinreichenden Angaben zu Gegenstand und Grund des Anspruchs oder an einem bestimmten Antrag, ist nach allgemeiner Ansicht eine dennoch zugestellte Klage – nach vorangegangenen Hinweis – als unzulässig abzuweisen (vgl. BGH, NJW 1984, 1807 = VersR 1984, 538 [unter III 1]; Zöller/Greger, § 253 Rn. 23; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 33. Aufl., § 253 Rn. 20; Saenger, in: Handkomm-ZPO, 4. Aufl., § 253 Rn. 31; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 253 Rn. 61; Bacher, in: BeckOK-ZPO, Stand: 15. 7. 2012, § 253 Rn. 80; vgl. auch Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 17. Aufl., § 96 Rn. 52). Eine derartige Abweisung setzt jedoch notwendigerweise voraus, dass zwischen den Parteien und dem Gericht überhaupt ein Prozessrechtsverhältnis besteht, da eine gerichtliche Entscheidung nicht außerhalb eines Prozessrechtsverhältnisses ergehen kann. Hieraus folgt, dass auch die Zustellung einer Klageschrift, die ihrerseits die Voraussetzungen des § 253 II ZPO nicht erfüllt, wirksam ist und ein Prozessrechtsverhältnis begründet (vgl. Wiczeorek/Schütze/Assmann, ZPO, 3. Aufl., § 253 Rn. 174 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 96 Rn. 51).“* (BGH aaO)

Dies könnte erst recht gelten, wenn die Anforderungen des § 253 II ZPO erfüllt sind, lediglich die Anlagen der Klageschrift nicht beigelegt sind (so Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 96 Rn. 8; Gärtner/Mark, MDR 2009, 421 [422 ff.]; differenzierend Musielak/Foerste, § 253 Rn. 15; Zöller/Greger, § 253 Rn. 26).

*„Für die Beifügung von Anlagen verweist § 253 IV ZPO auf die Vorschriften der §§ 131, 134, 135 ZPO. Zwar sind nach § 131 I ZPO Urkunden, auf die in einem Schriftsatz Bezug genommen wird, diesem beizufügen. Dass die Beifügung nicht konstitutiv für die Wirksamkeit der Zustellung sein kann, belegt allerdings schon der Inhalt der Ausnahmeregelungen. So müssen beispielsweise Urkunden, die von bedeutsamem Umfang sind, dem Schriftsatz nicht beigelegt werden; hier genügt vielmehr die genaue Bezeichnung mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren (§ 131 III Alt. 2 ZPO). Dass im Falle des Fehlens von Unterlagen von geringem Umfang, die nach § 131 I ZPO beizufügen wären, eine Klagezustellung unwirksam sein soll, wohingegen sie im Falle des Fehlens umfangreicher Unterlagen unter den Voraussetzungen des § 131 III ZPO wirksam ist, erscheint wenig überzeugend. Gleiches gilt im Rahmen des § 135 ZPO, der Rechtsanwälten die Mitteilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung ermöglicht. Die Wirksamkeit der Zustellung einer Klageschrift kann nicht davon abhängen, dass die Rechtsanwälte Urkunden, die als Anlagen zur Klage dienen, von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung übergeben. Insofern ist allgemein anerkannt, dass ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht des § 131 I ZPO nicht zur Unwirksamkeit der Zustellung führt, sondern nur zur Anwendung der Verspätungsregelungen sowie des § 335 I Nr. 3 ZPO oder zu Kostennachteilen (Wagner, in: MüKo-ZPO, § 131 Rn. 5, § 129 Rn. 4; Musielak/Stadler, § 131 Rn. 3, § 129 Rn. 5; Stein/Jonas/Roth, § 131 Rn. 4, § 129 Rn. 13 ff.; Thomas/Putzo/Reichold, § 131 Rn. 1, § 129 Rn. 4).“* (BGH aaO)

## c) Gewährung rechtlichen Gehörs

Nimmt man folglich an, dass die Zustellung der Klageschrift auch ohne die in Bezug genommenen Anlage wirksam sein kann und ein Prozessrechtsverhältnis begründet, so könnte dies dazu führen, dass der Zustellungsempfänger **nicht verlässlich von dem Inhalt** eines Schriftstücks **Kenntnis nehmen** kann, und damit auch der Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG (BGH, NJW 1978, 1058 [unter II 3 c bb]; BGHZ 118, 45 [47] = NJW 1992, 2280; BGH, NJW 2007, 775 Rn. 14; BVerfG, NJW 1988, 2361) verletzt ist.

*„Die Gewährung rechtlichen Gehörs umfasst nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG das Recht der Parteien, sich zu dem Sachverhalt, der einer gerichtlichen Entscheidung zu Grunde gelegt wird, vor Erlass der Entscheidung zu äußern (BVerfGE 63, 45 [59] = NJW 1983, 1043; BVerfGE 89, 28 [35] = NJW 1993, 2229; BVerfGE 101, 106 [129] = NJW 2000, 1175). Dieses Recht auf Äußerung ist eng verknüpft mit dem Recht der Parteien auf Information. Eine Art. 103 I GG genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass die Verfahrensbeteiligten zu erkennen vermögen, auf wel-*

chen Tatsachenvortrag es für die gerichtliche Entscheidung ankommen kann (BVerfGE 89, 28 [35] = NJW 1993, 2229). Dementsprechend ist das **Gericht zur Information der Parteien über den gesamten Tatsachenstoff verpflichtet**, den es im Rahmen seiner Entscheidung verwenden will (vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, GG, 2. Aufl., Art. 103 I Rn. 33). Im Zivilprozess gehören zu den der Gegenseite mitzuteilenden Äußerungen einer Prozesspartei auch solche, die nicht in einem Schriftsatz selbst, sondern in einer Anlage dazu enthalten sind (BVerfGE 50, 280 [284]). Allerdings verlangt Art. 103 I GG **nicht**, den Beklagten **bereits im erstmöglichen Zeitpunkt** – bei Zustellung der Klage – **in vollem Umfang zu informieren** (vgl. Gärtner/Mark, MDR 2009, 422). Es muss vielmehr nur gewährleistet sein, dass der Beklagte sein Informationsrecht und sein Recht auf Äußerung vor Erlass der gerichtlichen Entscheidung effektiv ausüben kann.

Hieraus folgt, dass es **von Verfassungs wegen nicht geboten ist**, die **Zustellung einer Klageschrift ohne Anlagen als unwirksam anzusehen**. Vielmehr wird in einer solchen Konstellation die Wahrung des Rechts auf rechtliches Gehör durch andere prozessuale Vorschriften (z. B. § 335 I Nr. 3 ZPO) ausreichend geschützt.“ (BGH aaO)

Die Zustellung der Klageschrift ist daher wirksam erfolgt. Da die Bekl. innerhalb der ihnen gesetzten – angemessenen – Frist von vier Wochen keinen Zustellungsbevollmächtigten benannt haben, durften die weiteren Zustellungen gem. § 184 I 2 ZPO durch Aufgabe zur Post erfolgen. Diese ist am 10. 11. 2009 ausweislich der beiden Vermerke der Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle auch ordnungsgemäß erfolgt. Das Versäumnisurteil gilt gem. § 184 II 1 ZPO zwei Wochen nach Aufgabe zur Post, vorliegend am 24.11.2009, als zugestellt. Die zweiwöchige Einspruchsfrist des § 339 I 1 Halbs. 1 ZPO endete daher mit Ablauf des 08.12.2009. Der Einspruch am 21.01.2010 war daher wegen Versäumung der Einspruchsfrist verfristet.

## II. Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Nach § 233 ZPO ist einer Partei, die ohne ihr Verschulden verhindert war, eine Notfrist einzuhalten, auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Die Frist des § 339 I ZPO ist eine solche Notfrist. Allerdings ist der Antrag nach § 243 I 1 ZPO innerhalb von 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses zu stellen.

„Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt gem. § 234 II ZPO mit dem Tag, an dem das **Hindernis**, das der Einhaltung einer Frist entgegensteht, **behoben** ist. Dem gleichzustellen ist der Fall, dass das **Weiterbestehen des Hindernisses nicht mehr als unverschuldet** angesehen werden kann (Senat, NJW-RR 1990, 830 unter II 1 a; Musielak/Grandel, § 234 Rn. 3 m. w. Nachw.).

Vorliegend hatten die Bekl. jedenfalls am 31.12.2009 Kenntnis von dem sie betreffenden Versäumnisurteil vom 09.11.2009, dem ein Hinweis auf die Einspruchsmöglichkeit, das zuständige Gericht und die einzuhaltenden Form- und Fristvorschriften gem. § 338 ZPO beigelegt war.

Hierbei kommt es nicht darauf an, dass die Dokumente nicht ins Chinesische übersetzt waren und sie erst am 07.01.2010 eine Übersetzung erhalten konnten.

„Einer Übersetzung des Urteils sowie der Belehrung in die chinesische Sprache bedurfte es schon deshalb nicht, weil die **Zustellung nach § 184 I 2, II 1 ZPO im Inland erfolgt ist** (vgl. BGH, NJW-RR 1996, 387 [unter II 1]; NJW 1999, 1871 [unter II 1 c ee]; Stein/Jonas/Roth, § 184 Rn. 11). Für **Ausländer** gelten grundsätzlich **dieselben Sorgfaltsanforderungen** wie für Deutsche (vgl. Saenger, in: Handkomm-ZPO, § 233 Rn. 23). Auch eine ausländische Partei, der eine Gerichtsentscheidung zugestellt wird, ist gehalten, sich **alsbald über deren Inhalt zu vergewissern und sich nach Form und Frist eines zulässigen Rechtsmittels zu erkundigen**, wenn sie die Entscheidung nicht hinnehmen will; sie muss hierfür unverzüglich die erforderlichen Schritte einleiten (vgl. BGH, NJW-RR 1996, 387 [unter II 2] m. w. Nachw.). Dies gilt vorliegend insbesondere deshalb, weil die Bekl. schon im Rahmen der ihnen in chinesischer Sprache am 17.06.2009 zugestellten gerichtlichen Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens darüber belehrt worden waren, dass bei Nichtanzeige der Verteidigungsabsicht ohne mündliche Verhandlung ein Versäumnisurteil ergehen könnte. Die Bekl. mussten daher damit rechnen, dass ein Urteil gegen sie ergehen würde. Da die Bekl. international tätig sind und – wie ihre E-Mail vom 31.12.2009 zeigt – in Kontakt zu einer deutschen Rechtsanwaltskanzlei standen, hätten sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bereits vor dem 07.01.2010 die Fristversäumung erkennen können.“ (BGH aaO)

Wegen Versäumung der Wiedereinsetzungsfrist war den Bekl. auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 233 I ZPO zu gewähren.

**Ergebnis:** Die Zurückweisung der Einsprüche gegen das Versäumnisurteil und der Wiedereinsetzungsanträge als unzulässig ist zu Recht erfolgt.

StPO  
§§ 140, 141**Pflichtverteidigerbestellung  
Adhäsionsverfahren**

StPO

(OLG Hamm in NJW 2013, 325; Beschluss vom 08.11.2012 – III-3 Ws 139/12)

Die **Bestellung eines Pflichtverteidigers umfasst nicht** auch das **Tätigwerden zur Abwehr** gegen den Angekl. gerichteter **Adhäsionsanträge**.

**Fall:** Rechtsanwalt Dr. L bestellte sich als gewählter Verteidiger des (damaligen) Besch. Nach der Eröffnung des Hauptverfahrens bestellte der Vorsitzende der 2. Großen Strafkammer des LG Rechtsanwalt Dr. L zum Pflichtverteidiger des Angekl.; weitere Ausführungen enthält der Bestellungsbeschluss nicht. Im Laufe des Verfahrens vor dem LG machten sowohl der durch die Tat Verletzte T als auch die Witve des durch die Tat Verletzten B vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Angekl. im Verfahren nach §§ 403 ff. StPO geltend. Das LG sah jeweils nach § 406 I 3 StPO von einer Entscheidung über die Adhäsionsanträge ab und sprach den Angekl. frei. Rechtsanwalt Dr. L beantragte sodann die Festsetzung der ihm aus der Staatskasse zu gewährenden Vergütung und machte u. a. Verfahrensgebühren hinsichtlich der beiden Adhäsionsanträge geltend. Die Festsetzung der geltend gemachten Verfahrensgebühren lehnte die Urkundsbeamtin ab. Gegen diese Ablehnung wandte sich Rechtsanwalt Dr. L.

Dem Bf. steht ein Anspruch auf Festsetzung von Verfahrensgebühren gegen die Staatskasse nur dann zu, wenn seine Bestellung zum Pflichtverteidiger des Angekl. nach §§ 140, 141 StPO als solche das Tätigwerden zur Abwehr der gegen den Angekl. gerichteten Adhäsionsanträge umfasste.

I. In der **obergerichtlichen Rspr. und der Lit.** wird die Frage, ob die Bestellung zum Pflichtverteidiger auch das Tätigwerden zur Abwehr von Adhäsionsanträgen umfasst, unterschiedlich beantwortet:

- Nach der **wohl überwiegenden Auffassung** in der obergerichtlichen Rspr. ist die Abwehr von Adhäsionsanträgen nicht von der Bestellung zum Pflichtverteidiger umfasst.

OLG Düsseldorf BeckRS 2012, 15651; KG BeckRS 2011, 02650; OLG Hamburg NJOZ 2010, 2389; OLG Stuttgart NSTZ-RR 2009, 264; OLG Bamberg NSTZ-RR 2009, 114; OLG Brandenburg BeckRS 2008, 23447; OLG Jena BeckRS 2008, 20550; OLG Celle NSTZ-RR 2008, 190; OLG Zweibrücken BeckRS 2007, 00818

- Nach **anderer Ansicht** umfasst die Bestellung zum Pflichtverteidiger nach §§ 140, 141 StPO auch das Tätigwerden im Adhäsionsverfahren.

OLG Rostock BeckRS 2011, 18598; OLG Dresden BeckRS 2008, 07869; OLG Köln BeckRS 2005, 07953; OLG Hamm BeckRS 2001, 05826; OLG Schleswig NSTZ 1998, 101; Meyer-Goßner, StPO, § 140 Rn 5

II. **OLG Hamm aaO schließt sich der erstgenannten Auffassung an.**

1. **§ 404 V StPO** sieht für die gerichtliche Entscheidung, dem Angekl. zur Abwehr von gegen ihn gerichteten Adhäsionsanträgen einen Rechtsanwalt beizuordnen, ein **besonderes Verfahren** vor, das sich sowohl in seinem Ablauf als auch in den anzuwendenden Entscheidungsmaßstäben von dem Verfahren zur Bestellung eines Pflichtverteidigers unterscheidet: Während die Bestellung eines Pflichtverteidigers grds. keinen hierauf gerichteten Antrag des Angekl. voraussetzt, sondern auch von Amts wegen erfolgen kann (vgl. § 140 II 1 StPO), macht § 404 V 1 StPO die **Beordnung von einem Antrag des Angekl. abhängig**.

*„Inhaltlich gelten auch nicht die in § 140 StPO dargelegten Maßstäbe für die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers, vielmehr sieht § 404 V 1 StPO vor, dass dem Angekl. **Prozesskostenhilfe nach denselben Vorschriften wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten** bewilligt werden kann und ihm im Rahmen der Bewilligungsentscheidung in entsprechender Anwendung des § 121 ZPO ein Rechtsanwalt beigeordnet werden kann. Die Regelung in § 404 V 2 StPO setzt dabei voraus, dass der Durchführung dieses Prozesskostenhilfebewilligungsverfahrens der Umstand, dass der von einem Adhäsionsantrag betroffene Angekl. bereits einen Verteidiger hat, nicht entgegensteht. Hieraus ergibt sich, dass nur ein Rechtsanwalt, der dem Angekl. im Rahmen einer Prozesskostenhilfebewilligung nach § 404 V StPO beigeordnet worden ist, i. S. des § 48 I RVG mit der Abwehr von Adhäsionsanträgen betraut ist und insofern einen Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse hat.“* (OLG Hamm aaO)

2. Es besteht **kein Anlass, § 404 V StPO einschränkend** dahin **auszulegen**, dass die Vorschrift im Anwendungsbereich des § 140 StPO keine Anwendung findet. Eine derartige Einschränkung lässt sich weder dem **Wortlaut** noch dem **Regelungszusammenhang** der Vorschrift entnehmen. Auch **Sinn und Zweck** der Regelungen über die

Pflichtverteidigerbestellung einerseits und der Regelung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe in § 404 V StPO andererseits **sprechen gegen eine derartige Einschränkung.**

- a) Die Vorschrift des **§ 140 StPO enthält eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips.**

*„Mit der Bestellung eines Verteidigers ohne Rücksicht auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Angeklagten sichert der Gesetzgeber das **Interesse des Rechtsstaats an einem prozessordnungsgemäßen Strafverfahren**; diesem Zweck dient gerade auch die wirksame Verteidigung des Angeklagten (OLG Hamburg NJOZ 2010, 2389; vgl. hierzu auch OLG Hamm BeckRS 2012, 24285). Im Gegensatz dazu ist die Prozesskostenhilfe als Sozialleistung für wirtschaftlich nicht oder nur eingeschränkt leistungsfähige Verfahrensbeteiligte ausgelegt. Das Sozialstaatsprinzip gebietet zu verhindern, dass Verfahrensbeteiligte aus wirtschaftlichen Gründen gehindert werden, ihr Recht vor Gericht zu suchen (OLG Hamburg NJOZ 2010, 2389).“ (OLG Hamm aaO)*

- b) **Da für Prozesskostenhilfebewilligung und Pflichtverteidigerbestellung grundlegend unterschiedliche Voraussetzungen** gelten, würde der Angekl., dem ein Pflichtverteidiger bestellt ist, gegenüber demjenigen, der im Zivilverfahren in Anspruch genommen wird, bei Zugrundelegung der hier abgelehnten Mindermeinung zum gesetzlichen Aufgabenbereich des Pflichtverteidigers ohne sachliche Rechtfertigung bessergestellt werden.

*„Ihm würde die **Abwehr eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Kosten des Staates im Strafverfahren** ermöglicht werden, obwohl die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht vorliegen, während er, sofern der Verletzte – vorher, parallel oder anschließend – einen Zivilprozess angestrengt hätte, keinen Rechtsanwalt auf Staatskosten erhalten würde. Die **strukturell schlechtere Situation**, in der sich der Angekl. im Strafverfahren auf Grund der gegenüber dem Zivilverfahren abweichenden Beweisregeln befindet, wird bereits dadurch kompensiert, dass die Tätigkeit des bestellten Verteidigers sich jedenfalls bei einer auf einen Freispruch wegen fehlender Tatbeteiligung gerichteten Verteidigungsstrategie notwendigerweise auch auf den Anspruchsgrund der geltend gemachten Adhäsionsansprüche mitbezieht. Darüber hinaus geht es ausschließlich um die **privatrechtlichen Interessen** des Angekl., weshalb es **sachlich nicht gerechtfertigt ist, auf die besonderen Voraussetzungen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe**, insbes. die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverteidigung und die Bedürftigkeit, **zu verzichten**, nur weil der zivilrechtliche Anspruch (mehr oder weniger zufällig) im Strafverfahren geltend gemacht wird und dem Angekl. unter den – abweichenden – Voraussetzungen des § 140 StPO ein Pflichtverteidiger bestellt worden ist. Eine Bevorzugung des Angekl. im Strafverfahren gegenüber dem Bekl. im Zivilverfahren kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass der Angekl. sich regelmäßig gegen seinen Willen einem Adhäsionsantrag ausgesetzt sieht, denn der Bekl. im Zivilprozess kann auch nicht darüber disponieren, ob er in Anspruch genommen und verklagt wird (OLG Hamburg NJOZ 2010, 2389).“ (OLG Hamm aaO)*

- c) Gegen eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 404 V StPO spricht auch die auf dem Rechtsgedanken der **„Waffengleichheit“** beruhende Regelung in § 140 II 1 a. E. StPO.

*„Gehörte die Abwehr von Adhäsionsansprüchen zum Aufgabenbereich des Pflichtverteidigers, hätte es nahegelegen, auch den Fall, dass einem Adhäsionsantragsteller nach § 404 V StPO Prozesskostenhilfe bewilligt und insoweit ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist, als Regelbeispiel für die Notwendigkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers aufzuführen. Eine solche Regelung hat der Gesetzgeber indes nicht getroffen (vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2012, 15651).“ (OLG Hamm aaO)*

3. Schließlich spricht für die Auffassung des OLG Hamm aaO, dass nach **höchstrichterlicher Rspr.** die **Bestellung eines Beistands für den Nebenkl. nach § 397a I StPO** – mithin die der Pflichtverteidigerbestellung vergleichbare Bestellung eines Rechtsanwalts im Hinblick auf die strafrechtliche Verurteilung – **nicht zugleich die Tätigkeit für den Nebenkl. im Adhäsionsverfahren umfasst** (BGH, NJW 2001, 2486).
4. Dem Beschluss, mit dem der Vorsitzende der Strafkammer den Bf. zum Pflichtverteidiger bestellt hat, lässt sich auch **keine konkludente gleichzeitige Bewilligung von Prozesskostenhilfe** nach § 404 V StPO entnehmen.
5. Der Bf. kann sich schließlich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm ein Vergütungsanspruch für das Tätigwerden im Adhäsionsverfahren unter dem Gesichtspunkt des **Vertrauensschutzes** zustehe.

*„Es ist bereits nicht ersichtlich, wann und wodurch das LG einen diesbezüglichen Vertrauenstatbestand geschaffen haben soll. Dass andere Gerichte in anderen Verfahren eine von der hier vertretenen Auffassung abweichende Rechtsauffassung vertreten, begründet für den Bf. im vorliegenden Verfahren kein schutzwürdiges Vertrauen.“ (OLG Hamm aaO)*

1. Die teilweise Rücknahme einer Baugenehmigung für ein mehrgeschossiges Hotelgebäude, die dazu führen würde, dass das **Hotelgebäude ohne einen Treppenraum** im Erdgeschoss und **ohne einen ersten Rettungsweg** genehmigt bliebe, ist **nichtig**.
2. Ein **Vermögensnachteil** i. S. des § 48 III NWVwVfG **liegt nicht vor**, soweit im Vertrauen auf den Bestand eines Verwaltungsaktes zu einem zu hohen Kaufpreis erworbene Güter **anderweitig verwendet, verkauft oder sonst verwertet** worden sind und der mögliche Ausgleichsanspruch durch die dabei erzielten Einnahmen ausgeglichen worden ist.

**Fall:** Die Bekl. genehmigte unter dem 29.02.1972 für das Grundstück Gemarkung P., Flur 6, Flst. 284 (N.-Straße X.) in E. den Neubau eines Appartementhauses für 24 Apartments mit einer Gaststätte im Erdgeschoss. Unter dem 26.03.1973 erteilte sie eine Baugenehmigung für eine veränderte Ausführung des Bauvorhabens und die Nutzung des Neubaus als Hotel. Während die Bauvorlagen zur Baugenehmigung vom 29.02.1972 separate Eingänge für das Appartementhaus und die Gaststätte vorsahen, genehmigte die Bekl. das Hotel nach den Bauvorlagen zur Baugenehmigung vom 26.03.1973 mit nur einem Eingang und einem zum Treppenhaus offenen Empfangsbereich im Erdgeschoss. Die Kl. erwarb das Grundstück im Jahre 1993 zu einem Kaufpreis von 2 Mio. DM. Sie verpachtete das Hotel zu einem monatlichen Pachtzins von zunächst 18 000 DM. Ab 2007 betrug der Pachtzins 13 606, 81 Euro. Bei einer Brandschau im Jahre 2006 stellte die Bekl. Mängel fest und beanstandete insbesondere, dass der erste Rettungsweg über den Treppenraum nicht unmittelbar ins Freie führe.

Die Bekl. nahm mit an den Pächter und die Kl. gerichteten Bescheiden vom 10.10.2006 den Bescheid vom 26.03.1973 zur veränderten Ausführung des am 29.02.1972 genehmigten Beherbergungsbetriebs zurück. Zur Begründung führte sie aus, dass die Rücknahme der Baugenehmigung für die veränderte Ausführung des Treppenraumes unverzichtbar sei. Auf eine entsprechende Nachfrage der Kl. vom 15.11.2006 und ihren Widerspruch stellte die Bekl. mit Schreiben vom 14.12.2006 „nochmals klar“, dass sich der Rücknahmebescheid nur auf die Ausführung des Treppenraumes im Erdgeschoss beziehe, der nicht direkt ins Freie führe und in offener Verbindung zu dem angrenzenden Frühstücksraum stehe. Die Kl. forderte die Bekl. erstmals unter dem 15.11.2006 auf, eine Entschädigungspflicht nach § 48 III 3 NWVwVfG dem Grunde nach anzuerkennen. Nachdem die Kl. bauliche Änderungen vorgenommen hatte, stellte die Bekl. im Juni 2007 fest, dass sämtliche Mängel behoben seien, insbesondere ein Ausgang unabhängig vom Empfangs- und Aufenthaltsbereich hergestellt worden sei. Sie teilte der Kl. im August 2007 mit, dass sie den Vorgang abschließe. Mit Schreiben vom 10.10.2007 beantragte die Kl., die Entschädigung auf 112 691, 24 Euro festzusetzen. Mit Schreiben vom 20.11.2007 ergänzte sie den Antrag um 26 163, 62 Euro wegen des Einbehaltens von zwei Monatspachtzinsen durch den Pächter. Die Bekl. lehnte den Antrag mit Bescheid vom 08.01.2008 ab. Die auf Leistung einer Entschädigung in Höhe von 74 320, 24 Euro gerichtete Klage wies das VG ab. Zu Recht?

Die Kl. könnte nach § 48 III 1 NWVwVfG einen Anspruch auf Festsetzung des geltend gemachten Vermögensnachteils haben.

Nach § 48 III 1 NWVwVfG hat die Behörde, die einen **rechtswidrigen Verwaltungsakt**, der nicht unter § 48 II NWVwVfG fällt, **zurücknimmt**, dem Betroffenen auf Antrag den **Vermögensnachteil auszugleichen**, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Ein solcher Ausgleichsanspruch setzt daher voraus, dass überhaupt eine wirksame Rücknahme erfolgt ist.

#### I. Voraussetzungen für Rücknahme nach § 48 III NWVwVfG

Rücknahme nach § 48 III NWVwVfG kommt nur in Betracht, wenn ein rechtswidriger, begünstigender Verwaltungsakt aufgehoben werden soll, der nicht unter § 48 II NWVwVfG fällt.

##### 1. Anwendbarkeit von § 48 III NWVwVfG

Die Baugenehmigung ist ohne weiteres ein Verwaltungsakt, der den Adressaten begünstigt. Auch handelt es sich nicht um einen begünstigenden Verwaltungsakt, der eine Geld- oder Sachleistung gewährt, so dass § 48 II VwVfG nicht anwendbar ist. Die Rücknahme einer Baugenehmigung kann daher nur nach § 48 III NWVwVfG erfolgen.

##### 2. Anforderungen an die Rücknahme

Grundsätzlich müsste die Baugenehmigung für eine Rücknahme auch rechtswidrig gewesen sein und die Entscheidung über die Teilrücknahme ermessensgerecht erfolgen.

### 3. Nichtigkeit der Rücknahme

Dies kann jedoch dahinstehen, wenn die Rücknahme selbst auch anderen Gründen nach § 44 NWVwVfG nichtig ist.

*„Die Bekl. hat mit Bescheid vom 10.10.2006 „die mit Bescheid vom 26.03.1973 genehmigte veränderte Ausführung des mit Bauschein Y. am 29.02.1972 genehmigten Beherbergungsbetriebs“ zurückgenommen. Wie sich aus der Begründung des Bescheides und dem weiteren Schreiben der Bekl. vom 14.12.2006 ergibt, hat die Bekl. damit die Baugenehmigung für das Hotelgebäude nur teilweise, nämlich hinsichtlich des als rechtswidrig erkannten ersten Rettungswegs zurückgenommen. Der Rücknahmebescheid soll sich nur auf die „Ausführung des Treppenraumes im Erdgeschoss“ beziehen, „der nicht direkt ins Freie führt und in offener Verbindung zu dem angrenzenden Frühstücksraum steht.“ Auch die Kl. hat den Rücknahmebescheid so verstanden, wie sich aus der Klageschrift ergibt.“ (OVG Münster aaO)*

Diese Teilrücknahme könnte jedoch nach § 44 I NWVwVfG nichtig sein. Nichtig ist ein Verwaltungsakt gem. § 44 I NWVwVfG, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist.

#### a) Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers

Zunächst müsste ein besonders schwerwiegender Fehler vorliegen.

*„Die teilweise Rücknahme der Baugenehmigung steht in einem **krassen Widerspruch zur Rechtsordnung**. Nach der nur teilweise erfolgten Rücknahme der Baugenehmigung **verbliebe ein genehmigtes Hotelgebäude ohne Treppenraum im Erdgeschoss** und darüber hinaus **ohne ersten Rettungsweg**. Darüber bleibt auch unklar, auf welchen genauen Bereich der „Ausführung des Treppenraumes im Erdgeschoss“ sich die Rücknahme beziehen soll und welcher Teil weiterhin genehmigt sein soll. Sollte die Bekl. der Auffassung sein, dass die mit Bescheid vom 26.03.1973 genehmigte „veränderte Ausführung des mit Bauschein am 29.02.1972 genehmigten Beherbergungsbetriebs“ zu der ursprünglichen Baugenehmigung vom 29.02.1972 lediglich eine so genannte **Nachtragsgenehmigung** darstelle, so dass die ursprüngliche Baugenehmigung nach teilweiser Aufhebung des Nachtrags in unveränderter Ausführung fortgegolten habe, **geht diese Annahme fehl**. Die Baugenehmigung aus dem Jahre 1973 hat gegenüber der ursprünglichen Baugenehmigung ersichtlich ein **aliud** zum Gegenstand, nämlich **ein Hotel an Stelle eines Appartementhauses mit Gaststätte**. Im Übrigen hat die Bekl. insoweit auch selbst erkannt, dass nicht nur bauliche Veränderungen vorgenommen werden sollten, sondern – was das aliud kennzeichnet – bei der späteren Baugenehmigung andere bauordnungsrechtliche Anforderungen u. a. hinsichtlich des Brandschutzes zu beachten waren.“ (OVG Münster aaO)*

#### b) Offenkundigkeit des Fehlers

Dieser Fehler müsste auch offenkundig sein. Offenkundig bedeutet, dass die schwere Fehlerhaftigkeit für einen **unvoreingenommenen, mit den in Betracht kommenden Umständen vertrauten, verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich** sein muss.

*„Diese Voraussetzung ist gegeben. Die Fehlerhaftigkeit des Rücknahmebescheids drängt sich auf, weil eine **Baugenehmigung für einen Hotelbetrieb ohne Treppenraum und ohne Sicherstellung eines ersten Rettungsweges ersichtlich nicht rechtens sein kann**.“ (OVG Münster aaO)*

Damit liegen die Voraussetzungen für eine Nichtigkeit der Rücknahmeentscheidung nach § 44 I NWVwVfG vor.

## II. Ausgleichsanspruch

Da der Kl. davon ausgegangen ist, dass die Rücknahmeentscheidung wirksam ist, könnte darüber nachzudenken sein, ob ihm nicht gleichwohl ein Ausgleichsanspruch nach § 48 III NWVwVfG zusteht. Dies setzt jedoch grundsätzlich voraus, dass ihm überhaupt ein Vermögensnachteil entstanden ist.

### 1. Grundsätzliches zum Ausgleichsanspruch

Zu ersetzen sind nach § 48 III NWVwVfG die Vermögensnachteile, die der Betroffene infolge seines Vertrauens auf den Bestand des durch die Rücknahme entfallenden Verwaltungsakts erleidet.

*„Zu ersetzen ist daher nur das dem negativen Interesse des Zivilrechts entsprechende **Vertrauensinteresse**, also der Schaden, der dem Begünstigten dadurch entstanden ist, das die Behörde falsch entschieden und er sich auf den Bestand des rechtswidrigen Verwaltungsakts eingerichtet hat. Der Betroffene ist mithin **so zu stellen**, wie er stünde, wenn der **Verwaltungsakt nicht erlassen worden wäre**, nicht aber so, wie er*

stünde, wenn der Verwaltungsakt erlassen worden wäre und weiterhin Bestand hätte. **Berücksichtigungsfähig sind nur im Vertrauen auf den Erlass bzw. den Bestand des Verwaltungsakts getätigte Dispositionen**, nicht hingegen diejenigen im Falle eines Fortbestands des Verwaltungsakts.

Der Vermögensnachteil, der dadurch eintritt, dass der **Verwaltungsakt entgegen der Erwartung des Betroffenen nicht erlassen wird bzw. keinen Bestand hat, ist nicht auszugleichen** (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 582 = VBIBW 1997, 18; Ziekow, VwVfG, 2. Aufl. [2010], § 48 Rn. 43).

Zu ersetzen sind **Aufwendungen im Vertrauen auf eine erteilte Erlaubnis**, die nunmehr nutzlos sind, wie anderweitig nicht verwertbare Anschaffungen oder Planungskosten. Auch der Schaden, der dadurch entstanden ist, dass im Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsakts eine **anderweitige Gewinnmöglichkeit nicht genutzt** worden ist, ist erstattungsfähig. **Nicht dazu gehört der entgangene Gewinn, den ein Unternehmer auf Grund einer rechtswidrig erteilten Erlaubnis voraussichtlich hätte erzielen können** (vgl. BVerwG, BauR 2007, 1392 = BRS 71 Nr. 164 = BeckRS 2007, 21449 – zum Verkaufsgewinn; Ziekow, § 48 Rn. 40; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. [2011], § 48 Rn. 143). “ (OVG Münster aaO)

## 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob die von der Kl. geltend gemachten Schadensposten überhaupt vom Ausgleichsanspruch des § 48 III NWVwVfG umfasst sein können.

### a) entgangene Pachtzinsen

„In Anwendung dieser Grundsätze scheiden die von der Kl. als Schaden geltend gemachten ausgebliebenen Pachtzinsen von vornherein aus, weil es sich hierbei um entgangenen Gewinn handelt.“ (OVG Münster aaO)

### b) Kosten für Planung und Herstellung des ersten Rettungsweges

„Auch die Kosten für die Planung und die Herstellung des ersten Rettungsweges sind nicht auszugleichen. Diese sind keine im Vertrauen auf den Bestand der Baugenehmigung gemachten und nunmehr nutzlos gewordenen Aufwendungen. Sie sind **erst nach der teilweisen Rücknahme der Baugenehmigung entstanden**, als ein Vertrauen auf das Vorhandensein einer Baugenehmigung nicht mehr bestehen konnte. Die Kl. hat die Aufwendungen deshalb auch **nicht im Vertrauen auf die Existenz der Baugenehmigung** getätigt. Die Maßnahmen sind von der Kl. durchgeführt worden, um die von der Bekl. geforderten **brandschutzrechtlichen Anforderungen** zu erfüllen, damit der Hotelbetrieb wieder aufgenommen werden konnte.“ (OVG Münster aaO)

### c) Kaufpreis

„Zu keinem anderen Ergebnis führt die pauschale Behauptung der Kl., sie hätte im Jahre 1993 **einen in Höhe der Klageforderung niedrigeren Kaufpreis gezahlt**, wenn sie von der Fehlerhaftigkeit der Baugenehmigung, die im Jahre 2006 zu deren teilweisen Rücknahme geführt habe, gewusst hätte. Dass und in welcher Höhe die Kl. einen niedrigeren Kaufpreis hätte vereinbaren können, **ist durch nichts belegt**. Es fehlt insoweit an jeglicher Darlegung, weshalb die damaligen Verkäufer bereit gewesen sein könnten, dass Hotel zu einem mehr als 10 % günstigeren Preis zu verkaufen.

Unabhängig davon **scheidet ein Vermögensnachteil auch deshalb aus**, weil die Kl. das **Hotelgebäude im Jahre 2008 mit Gewinn veräußert** und von 1993 – 2008 Pachtzinsen in Höhe von 18 000 DM bis 13 000 Euro monatlich erzielt hat. Sind im Vertrauen auf den Bestand eines Verwaltungsakts erworbene Güter **anderweitig verwendet, verkauft oder sonst verwertet** worden, **mindert sich der Ausgleichsanspruch in dem Umfang der insoweit erzielten Einnahmen**; denn § 48 III 1 NWVwVfG will nur solche Vermögensnachteile ausgleichen, die nicht oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig gemacht werden können, d. h. dauerhaft das Vermögen des Betroffenen mindern (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 30.04.2000 – 2 L 333/00).“ (OVG Münster aaO)

### d) Gesamtbetrachtung

„Bei überschlüssiger Betrachtung hat die Kl. im Laufe der Zeit **Pachtzins von insgesamt rund 1 800 000 Euro** (im Mittel 10 000 Euro x 12 Monate x 15 Jahre) eingenommen. Hinzu kommt, dass die Kl. das Hotel **für 2 000 000 DM gekauft und für 1 200 000 Euro verkauft** hat. Welche Ausgaben bzw. Aufwendungen die Kl. demgegenüber hatte, ist nicht vorgetragen worden und kann im Einzelnen offen bleiben.

Es ist jedenfalls auch unter Berücksichtigung des mit der Klage geltend gemachten Aufwandes für die Herstellung des ersten Rettungsweges nichts dafür ersichtlich, dass der Kl. durch das Vertrauen auf den Bestand der später teilweise zurückgenommenen Baugenehmigung beim Kauf im Jahre 1993 eine dauerhafte Vermögensminderung entstanden sein könnte.“ (OVG Münster aaO)

**Ergebnis:** Die Kl. hat keinen Anspruch auf Festsetzung eines Vertrauensschadens, weil es bereits an einer wirksamen Rücknahme der Baugenehmigung fehlt und sie im Übrigen auch keinen ersatzfähigen Schaden erlitten hat.

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2013, 85; Beschluss vom 02.08.2012 – 2 M 58/12)

1. Für eine **Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden** Wirkung ist kein Raum, wenn der Verwaltungsakt, um dessen Vollziehung es geht, **bereits unanfechtbar** geworden ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn **an der Verfristung** des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs **keine vernünftigen Zweifel bestehen** bzw. diese offensichtlich ist und auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand offensichtlich nicht in Betracht kommt.
2. Lässt sich die Frage, ob gegen einen Verwaltungsakt **fristgerecht Widerspruch** eingelegt worden ist, im Hinblick auf Unklarheiten des Sachverhaltes oder wegen der Notwendigkeit der Entscheidung schwieriger **Rechtsfragen im Rahmen der summarischen Prüfung nicht entscheiden**, ist ein Antrag auf Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs und einer anschließenden Klage zulässig.

**Fall:** Der Ast. wandte sich im Wege einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Ordnungsverfügung der Ag. vom 01.12.2011, mit der ihm unter Anordnung des Sofortvollzugs und Androhung der Ersatzvornahme aufgegeben wurde, einen Bauzaun sowie einen Erdwall von einer Straße zu entfernen. Die Verfügung wurde dem Ast. laut Postzustellungsurkunde am Freitag, dem 02.12.2011 um 9:30 Uhr durch Einlegen des Schriftstücks in den zum Geschäftsraum seines Prozessbevollmächtigten gehörenden Briefkasten zugestellt. Auf dem vom Ast. im Beschwerdeverfahren im Original vorgelegten Umschlag des zugestellten Schriftstücks war im dafür vorgesehenen Feld ursprünglich das Zustellungsdatum „02.12.11“ und die Uhrzeit „9:45“ vermerkt. Diese Angaben sind allerdings durchgestrichen und durch das Datum „05.12.11“ und die Uhrzeit „9 Uhr“ ersetzt worden; im entsprechenden Feld finden sich zweimal der weitere Vermerk „berichtigt 05.12.11“ sowie die Unterschriften des Zustellers. Die Zustellungsurkunde ging laut Eingangsstempel der Ag. am Montag, dem 05.12.2011 bei dieser ein. Gegen die Ordnungsverfügung erhob der Ast. am 04.01.2012 Widerspruch, über den noch nicht entschieden ist.

Am 01.02.2012 hat der Ast. um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht und in der Begründung u. a. angegeben, die Ordnungsverfügung sei ihm am 05.12.2011 zugestellt worden. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 29.02.2012 hat das VG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bezüglich der Beseitigungsanordnung wiederhergestellt und bezüglich der Androhung der Ersatzvornahme angeordnet. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Begründetheit des Antrags stehe nicht entgegen, dass der Ast. den Widerspruch erst nach Ablauf der Monatsfrist des § 70 I 1 VwGO erhoben habe. Zu Recht?

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

### **I. Zulässigkeit des Antrags**

1. Streitentscheidend sind Normen des Baurechts, welches als Teil des Ordnungsrechts ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet, so dass mangels Beteiligung eines Verfassungsorgans eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und der **Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet** ist.
2. Das Verfahren nach § 80 V VwGO hat nach § 123 V VwGO Vorrang vor dem Verfahren nach § 123 I VwGO. Es ist einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

Bei der Ordnungsverfügung handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, gegen den der Antragsteller schon Widerspruch erhoben hat. Da der Suspensiveffekt wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO entfallen ist, ist daher der **Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft**.

3. Auch für das Verfahren nach § 80 V VwGO ist wegen der im Hintergrund stehen Anfechtungsklage eine **Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO** erforderlich, die jedoch – da der Antragsteller Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist und insofern jedenfalls in Art. 2 I GG verletzt sein kann – nach der **Adressatentheorie** ohne weiteres gegeben ist.
4. Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsgesetzen **gegen die Behörde** zu stellen, welche den **sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen** ist.

## 5. Der Antragsteller muss auch ein **schutzwürdiges Interesse** an dem Verfahren haben.

Jedenfalls bedurfte es keines vorherigen Antrags an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung, da kein Fall des § 80 VI VwGO vorliegt und eine analoge Anwendung dieser Norm nach allgemeiner Auffassung ausscheidet.

Ein Verfahren nach § 80 V VwGO gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs ist aber dann unzulässig, wenn der Rechtsbehelf in der Hauptsache, hier der Widerspruch, offensichtlich unzulässig ist. Dies könnte hier der Fall sein, wenn der Widerspruch offensichtlich verfristet ist.

*„Zwar ist für eine **Wiederherstellung** oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung **kein Raum**, wenn der Verwaltungsakt, um dessen Vollziehung es geht, **bereits unanfechtbar** geworden ist (BVerwG, LKV 2007, 132 = NVwZ 2007, 546 L; NJW 1993, 1610 = NVwZ 1993, 672 L; BVerwGE 20, 240 [243] Rn 46). Dies gilt jedenfalls dann, wenn **an der Verfristung** des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs **keine vernünftigen Zweifel bestehen** bzw. diese offensichtlich ist und auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand offensichtlich nicht in Betracht kommt (vgl. VGH Mannheim, NJW 2004, 2690, m. w. Nachw.). Die aufschiebende Wirkung soll die Schaffung irreparabler Tatsachen verhindern, die sich aus der sofortigen Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts ergeben können; dadurch soll die **Möglichkeit offengehalten** werden, dass dem Rechtsschutzsuchenden durch die beantragte Aufhebung des Verwaltungsakts **wirksamer Rechtsschutz zuteil wird**. Kommt die Gewährung von Rechtsschutz in der Hauptsache wegen eindeutiger Verfristung des an sich statthaften Rechtsbehelfs nicht mehr in Betracht, besteht auch für den Eintritt der aufschiebenden Wirkung kein hinreichender Anlass mehr. Die **aufschiebende Wirkung** soll nur für eine **Übergangszeit** bis zu einer etwaigen Aufhebung des Verwaltungsakts im Rechtsbehelfsverfahren dessen – insofern vorzeitige – Vollziehung ausschließen. Dem entsprechend stellt § 80 b I VwGO nunmehr klar, dass (auch) eine (bereits eingetretene) aufschiebende Wirkung des Widerspruchs mit dessen Unanfechtbarkeit endet (vgl. zum Ganzen: VGH Mannheim, NJW 2004, 2690, m. w. Nachw.).*

*Lässt sich hingegen die Frage, ob gegen einen Verwaltungsakt **fristgerecht** Widerspruch eingelegt worden ist, wegen **Unklarheiten des Sachverhaltes** oder der Notwendigkeit der **Entscheidung schwieriger Rechtsfragen** im Rahmen der summarischen Prüfung **nicht entscheiden**, ist ein Antrag auf Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs und einer anschließenden Klage **zulässig** (vgl. OVG Münster, NVwZ 1987, 334). Denn solange offen ist, ob der angefochtene Verwaltungsakt bestandskräftig und die beantragte Aufhebung noch möglich ist, kann der Zweck der aufschiebenden Wirkung, die Schaffung vollendeter, möglicherweise irreparabler Tatsachen zu verhindern, noch erreicht werden.“ (OVG Magdeburg aaO)*

Im konkreten Fall ist nach der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung zumindest offen, ob der vom Ast. erhobene Widerspruch gegen die Ordnungsverfügung verfristet ist.

Der Antrag ist daher zulässig.

## II. Begründetheit

Der Antrag müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist. Dies hat das VG mit zutreffender Begründung angenommen. Fraglich ist jedoch, ob sich nicht nach summarischer Prüfung eine Verfristung des Widerspruchs ergibt und der Antrag bereits aus diesem Grund unzulässig ist.

Als Zustelldatum war zunächst der 02.12.2011 vermerkt. Dieser Zustellvermerk ist dann vom Zusteller korrigiert worden. Allerdings ist die Zustellurkunde schon am 05.12.2011 beim Gegner angekommen, was wiederum für eine Zustellung vor dem 02.12.2011 spricht. Bei Zustellung am 02.12.2011 wäre die Widerspruchsfrist am 02.01.2012 abgelaufen und der Widerspruch verfristet, während bei Zustellung am 05.12.2011 der Widerspruch am 04.01.2012 noch fristgerecht gewesen wäre. Fraglich ist daher, was nach summarischer Prüfung maßgeblich sein mag.

*„Erfolgt die Bekanntgabe des Verwaltungsakts – wie hier – in Form der Zustellung durch Einlegen in den Briefkasten, ist zwar für den Fristbeginn grundsätzlich der **Zeitpunkt maßgeblich**, der **in der Zustellungsurkunde als Tag der Zustellung vermerkt** ist.“ (OVG Magdeburg aaO)*

Wird der Post ein **Zustellungsauftrag** erteilt, erfolgt nach § 1 I SachsAnhVwZG i. V. mit § 3 II 1 VwZG die Ausführung der Zustellung nach den §§ 177 – 182 ZPO. Wird die Person, der zugestellt werden soll, **in dem Geschäftsraum nicht angetroffen**, kann das Schriftstück nach § 178 I Nr. 2 ZPO in Geschäftsräumen einer dort beschäftigten Person zugestellt werden. Ist die Zustellung nach § 178 I Nr. 2 ZPO nicht ausführbar, kann nach § 180 S. 1 ZPO das Schriftstück in einen **zu dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten eingelegt** werden. Mit der Einlegung gilt das Schriftstück als zugestellt (§ 180 S. 2 ZPO). Der Zusteller

vermerkt auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung (§ 180 S. 3 ZPO).

„Die **Postzustellungsurkunde**, die gem. § 182 II Nr. 7 ZPO u. a. das Datum der Zustellung enthalten muss, ist eine öffentliche Urkunde, die gem. § 418 I ZPO den **vollen Beweis** u. a. für das Einlegen des Schriftstücks in den Briefkasten zu dem angegebenen Zeitpunkt erbringt (vgl. BFH, BFH/NV 2010, 1113 = BeckRS 2010, 25016135).“ (OVG Magdeburg aaO)

Lässt sich allerdings die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist es unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften ergangen, gilt es gem. § 1 I SachsAnhVwZG i. V. mit § 8 Alt. 1 VwZG (erst) als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem es dem Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen ist.

„Nach der Rechtsprechung des BFH (vgl. BFHE 235, 255 = BeckRS 2011, 96934, m. w. Nachw.) gehört die Regelung des § 180 S. 3 ZPO, die den Zusteller bei der **Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten** dazu verpflichtet, auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks einen Vermerk über das Datum der Zustellung anzubringen, zu den **zwingenden Zustellungsvorschriften** i. S. des (mit § 8 Alt. 1 VwZG inhaltsgleichen) 189 ZPO mit der Folge, dass bei einem **fehlenden Vermerk** für die Zustellung der **Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs maßgebend** ist.

Sieht man hingegen in § 180 S. 3 ZPO **keine zwingende Zustellungsvorschrift**, weil dem darin vorgesehenen Vermerk lediglich die Funktion zukommt, dem Empfänger der Sendung nachrichtlich das Zustellungsdatum zur Kenntnis zu bringen (vgl. VGH München, Beschl. v. 31. 1. 2011 – 4 ZB 10.3088, in: BeckRS 2011, 53048), hat dies – wie die Ag. geltend macht – zur Folge, dass der in der **Postzustellungsurkunde angegebene Tag** auf Grund der vollen **Beweiskraft der Urkunde** (§ 418 I ZPO) **maßgebend** ist (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 182 Rn 10; offen gelassen vom BGH, in: BGHZ 156, 165 = NJW 2004, 71). Entsprechendes gilt, wenn – wie hier – **auf dem Umschlag das Zustelldatum berichtigt** wurde, **nicht aber in der Zustellungsurkunde**. Allerdings ist dann der Gegenbeweis nach § 418 II ZPO zulässig, der durch Vernehmung des Zustellers geführt werden kann (Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 182 Rn. 10).“ (OVG Magdeburg aaO)

Im vorliegenden Fall erscheint es angesichts der Berichtigungen auf dem Umschlag, die augenscheinlich vom Zusteller stammen, jedenfalls nicht fernliegend, dass dem Ast. der Beweis, dass in der Zustellungsurkunde ein falsches Zustellungsdatum dokumentiert ist, durch eine Vernehmung des Zustellers gelingen kann.

„Eine Zustellung der Ordnungsverfügung erst am 05.12.2011 erscheint auch nicht deshalb von vorn herein ausgeschlossen, weil die **Postzustellungsurkunde bereits am 05.12.2011 bei der Ag. einging**. Sollte der Zusteller die Postzustellungsurkunde erst am 05.12.2011 der Ag. zurückgesandt, haben, hätte sie zwar bei Berücksichtigung der normalen Postlaufzeiten nicht bereits am selben Tag bei der Ag. eingehen können. Es ist aber denkbar, dass der Zusteller am 02.12.2011 zwar die von ihm ausgefüllte Postzustellungsurkunde an die Ag. zurücksandte, das Schriftstück aber – aus welchen Gründen auch immer – nicht in den Briefkasten einwarf und **dieses Versehen erst später, etwa am Montag, dem 05.12.2011 bemerkte**. Als ein gewisses Indiz dafür, dass der Zusteller am 02.12.2011 möglicherweise nicht völlig fehlerfrei agierte, kann es angesehen werden, dass er nach dem Inhalt der Postzustellungsurkunde den **Ort der Übergabe des Schriftstücks berichtigen** musste (Briefkasten des Geschäftsraums und nicht der Wohnung) und die auf dem Umschlag zunächst angegebene (später durchgestrichene) Uhrzeit der Zustellung (9:45 Uhr) nicht exakt mit der in der Zustellungsurkunde angegebenen Uhrzeit (9:30 Uhr) übereinstimmt.“ (OVG Magdeburg aaO)

Danach kann nach summarischer Prüfung jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass der Widerspruch fristgerecht eingereicht wurde.

Dem steht entgegen, dass der Einwand einer späteren Zustellung nach § 138 III ZPO ausgeschlossen ist.

„[Dieser] der Ag. ... greift schon deshalb nicht, weil die **Vorschrift des § 138 III ZPO** wegen des das Verwaltungsgerichtsverfahren beherrschenden **Ermittlungsgrundsatzes** des § 86 VwGO **nicht anwendbar** ist (BVerwG, Urt. v. 9. 3. 1990 – 7 C 94/88, in: BeckRS 1990, 31288034 = Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 118).“ (OVG Magdeburg aaO)

### **III. Ergebnis**

Es bestehen begründete Zweifel daran, dass der Ast. den Widerspruch erst nach Ablauf der Monatsfrist des § 70 I 1 erhoben hat, die mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu laufen beginnt. Es spricht einiges dafür, dass die Widerspruchsfrist am Tag des Eingangs des Widerspruchs bei der Ag. am 04.01.2012 noch nicht abgelaufen war. Die Frist begann möglicherweise erst am 05.12.2011 zu laufen.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§§ 517, 519 III, 233

### Rechtsmitteleinlegung Zulässigkeit trotz Falschbezeichnung

ZPO

(BGH in AnwBl 2013, 146 = NJW 2013, 121; Beschluss vom 07.11.2012 – XII ZB 325/12)

Eine **Berufung** ist auch bei einer falschen Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung und des statthaftern **Rechtsmittels** in der Rechtsmittelfrist **zulässig eingelegt**, wenn das **Berufungsgericht** sie vor Ablauf der Rechtsmittelfrist anhand der vorliegenden Akten **eindeutig zugeordnet** hat.

*„In der Rechtsmittelschrift waren sowohl das erstinstanzliche Aktenzeichen als auch das Kurzrubrum korrekt angegeben, so dass kein Zweifel bestand, welcher Rechtssache es zuzuordnen war. Auch war das Rechtsmittel von demselben Rechtsanwalt eingelegt worden, der den Kl. bereits in der Vorinstanz vertreten hatte, so dass durch einen **Abgleich der Rechtsmittelschrift mit der beim OLG zeitgleich eingegangenen Akte** nicht zweifelhaft sein konnte, für welche Partei das Rechtsmittel eingelegt war (vgl. BGH BeckRS 2010, 02743).*

*Zwar waren in der Rechtsmittelschrift die angefochtene Entscheidung und das statthafte Rechtsmittel falsch bezeichnet; außerdem war sie unrichtiger Weise beim erstinstanzlichen Gericht statt beim RechtsmittelGer. eingereicht worden. Hieraus konnte jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass der Kl. sich gegen den antragsgemäß zu seinen Gunsten und ratenfrei ergangenen Prozesskostenhilfebeschluss wenden wollte. Die **Falschbezeichnungen in der Rechtsmittelschrift** waren **evident**, weil der Kl. durch die Entscheidung offensichtlich nicht beschwert war. Außerdem hat der Kl. zugleich beantragt, ihm „Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren“ zu bewilligen. Auch daraus wurde ersichtlich, dass sich das Rechtsmittel gegen eine Hauptsacheentscheidung – insoweit kam nur das Urteil in Betracht – richten sollte. Die falsche Bezeichnung der Entscheidungsform („Beschluss“ statt „Urteil“) und die falsche Einlegung des Rechtsmittels beim erstinstanzlichen Gericht mögen – wie auch das OLG in Betracht zieht – dadurch zu erklären sein, dass vom Klägervorteil übersehen wurde, dass hier noch ein Verfahren nach dem bis zum 31.08.2009 geltenden alten Verfahrensrecht vorliegt. Sie lassen daher ebenfalls keinen Schluss darauf zu, das Rechtsmittel habe sich nicht gegen die Hauptsacheentscheidung richten sollen. Tatsächlich hat auch das OLG das eingelegte Rechtsmittel von Beginn an als Berufung gegen die Hauptsacheentscheidung verstanden und es entsprechend behandelt (wird ausgeführt). Die verfügte Eintragung des Verfahrens als Rechtsmittel gegen die Hauptsacheentscheidung spiegelt den – auch objektiv zutreffenden – **Empfängerhorizont** des Gerichts im Zeitpunkt des Eingangs der Sache wider.“ (BGH aaO)*

ZPO  
§ 520 III 2 Nr. 2

### Berufungsbegründung Inhaltliche Anforderungen

ZPO

(BGH in NJW 2013, 174; Beschluss vom 23.10.2012 – XI ZB 25/11)

Die **Berufungsbegründung** muss **auf den konkreten Streitfall zugeschnitten** sein. Hierfür reicht der Hinweis, die Rechtsansicht des Berufungsgerichts erschließe sich nicht und finde keine Stütze in Lit. und Rspr., nicht aus.

*„Nach § 520 III 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die **Umstände bezeichnen, aus denen sich** nach Ansicht des Berufungsklägers die **Rechtsverletzung** und deren **Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung** ergeben. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskl. bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt (BGH NJW-RR 2004, 1716; NJW-RR 2008, 1308 = WM 2008, 1810 jew. m. w. Nachw.).*

**Besondere formale Anforderungen bestehen nicht**; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbesondere ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind (BGH NJW-RR 2003, 1580 = GRUR 2004, 270; BGH NJW 2003, 2531, jew. m. w. Nachw.). Jedoch muss die **Berufungsbegründung auf den konkreten Streitfall zugeschnitten** sein (BGH NJW-RR 2008, 1308 = WM 2008, 1810). Es **reicht nicht aus**, die Auffassung des Erstgerichts mit **formulärmäßigen Sätzen** oder **allgemeinen Redewendungen** zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen (BGH NJW 1995, 1560; BGH NJW 1998, 3126; BGH NJW-RR 2002, 209 = NZBau 2001, 683 = NJW 2002, 1578; BGH NJW-RR 2004, 641 = WM 2004, 442).

*Hat das Erstgericht die Abweisung der Klage auf mehrere voneinander unabhängige, selbstständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, muss die Berufungsbegründung in dieser Weise jede tragende Erwägung angreifen. **Andernfalls** ist das **Rechtsmittel unzulässig** (BGHZ 143, 169 = NJW 2000, 590; BGH NJW-RR 2004, 641 = WM 2004, 442; BGH NJW-RR 2006, 285 jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

ZPO  
§ 522 II 2

### Hinweisbeschluss Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

ZPO

(BayVerfGH in NJW 2013, 368; Entscheidung vom 26.10.2012 – Vf. 23-IV-11)

**Hinweisbeschlüsse** gem. § 522 II 2 ZPO haben **nur vorbereitenden Charakter** und sind deshalb **nicht selbstständig mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar**.

*„Die Verfassungsbeschwerde ist nur gegen solche Maßnahmen statthaft, die begrifflich, d. h. ihrem Wesen nach, selbst einen Eingriff in ein verfassungsmäßiges Recht bedeuten können; diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die **angegriffene Maßnahme nur der Vorbereitung einer später zu treffenden Maßnahme dient** (BayVerfGH 18, 132; BayVerfGH BayVBl 2002, 759). Der angegriffene*

Hinweisbeschluss hat einen solchen nur **vorbereitenden Charakter**. Mit ihm ist das OLG der gesetzlichen Vorgabe nachgekommen, vor der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss den Bf. auf die beabsichtigte Verfahrensweise hinzuweisen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 522 II 2 ZPO). Dieser Zwecksetzung entsprechend enthält der Hinweisbeschluss **keinen Eingriff in verfassungsmäßige Rechte** des Bf.; er dient im Gegenteil der Gewährung rechtlichen Gehörs.“ (BayVerfGH aaO)

GVG  
§ 169

**Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes**  
Terminsverzeichnis

GVG

(OLG Hamm in NSTz 2013, 64; Beschluss vom 25.06.2012 – III-3 RBs 149/12)

Die Vorschriften über die **Öffentlichkeit der Hauptverhandlung** werden **nicht dadurch verletzt, dass der Zeitpunkt der Fortsetzung der Hauptverhandlung** in demselben Saal des Gerichtsgebäudes, aber zu späterer Uhrzeit desselben Tages auf dem ausgehängten **Terminsverzeichnis nicht vermerkt** ist.

„Zeit und Ort der Fortsetzung waren in der Hauptverhandlung nämlich **ordnungsgemäß verkündet** worden. Bereits dies **reicht für die Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes** (OLG Hamm StV 2002, 474). Dagegen **fallen Terminsankündigungen als solche nicht unter den Schutz von § 169 GVG** (BVerfG NJW 2002, 814; BGH NSTz-RR 2002, 261; BGH NZV 2011, 94), so dass insbes. auch unbeschädlich ist, wenn der Aushang keinerlei Uhrzeit aufweist (BVerfG NJW-RR 2006, 1653). Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung beinhaltet nämlich nicht, dass jedermann immer und unter allen Umständen wissen muss, wann und wo das Gericht eine Hauptverhandlung durchführt; es reicht vielmehr aus, dass jedermann die Möglichkeit hat, sich ohne besondere Schwierigkeiten davon Kenntnis zu verschaffen, und dass der tatsächliche Zutritt im Rahmen der vorhandenen Gegebenheiten ungehindert eröffnet ist (BVerfG NJW-RR 2006, 1653; BVerfG NJW 2002, 814; OLG Koblenz NZV 2011, 266). Denn **Sinn und Zweck der Prozessmaxime** (vgl. BVerfGE 15, 303) ist in erster Linie die **Kontrolle des Verfahrensgangs durch die Allgemeinheit** (BVerfG NJW 2002, 814). Diese Kontrolle war hier nicht beeinträchtigt. Jedermann hätte den Zeitpunkt der Fortsetzung der Hauptverhandlung unschwer erfragen können. Die Rechtsbeschwerde hat auch nicht etwa dargelegt, dass konkreten Personen die Teilnahme an der Hauptverhandlung aufgrund der Verlegung der Terminsstunde nicht möglich gewesen wäre (vgl. BVerfG NJW 2002, 814).

Hinzu kommt, dass die Hauptverhandlung auch nicht etwa an anderer Stelle, sondern im (selben) Gerichtsgebäude im selben Saal – nur zu späterer Uhrzeit – fortgesetzt wurde, so dass auch nicht auf Grund eines Wechsels der Gerichtsstelle gesteigerte Anforderungen hinsichtlich der Information über die Fortsetzung der Hauptverhandlung bestanden (vgl. BGH NSTz 1982, 476; BGH StV 2002, 474; OLG Hamm StV 2000, 659).“ (OLG Hamm aaO)

GVG  
§ 520 III 2 Nr. 2

**Untätigkeitsbeschwerde**  
Statthaftigkeit

GVG

(BGH in NJW 2013, 385; Beschluss vom 20.11.2012 – VIII ZB 49/12)

Seit Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren am 03.12.2011 ist eine **Untätigkeitsbeschwerde nicht mehr statthaft**.

„Durch die gesetzliche Neufassung sollten die **Anforderungen des Art. 13 EMRK** erfüllt werden, der verlangt, dass einem Betroffenen ein Rechtsbehelf bei einer innerstaatlichen Instanz zusteht, mit dem er rügen kann, die aus Art. 6 I EMRK folgende Verpflichtung, über eine Streitigkeit innerhalb angemessener Frist zu entscheiden, sei verletzt (vgl. BT-Dr 17/3802, S. 15; EGMR NJW 2001, 2694). Nach der Rspr. des EGMR muss ein innerstaatlicher Rechtsbehelf bei überlanger Verfahrensdauer wirksam sein. Dies ist der Fall, wenn der Rechtsbehelf geeignet ist, entweder die befassen Gerichte zu einer schnelleren Entscheidungsfindung zu veranlassen (präventive Wirkung) oder dem Rechtsuchenden für die bereits entstandenen Verzögerungen eine angemessene Entschädigung zu gewähren (kompensatorische Wirkung, vgl. EGMR NJW 2006, 2389).

Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit § 198 I GVG bewusst für die **Kompensationslösung** entschieden (BT-Dr 17/3802, S. 15). Der Gedanke der Prävention wurde nur insoweit aufgegriffen, als der Entschädigungsanspruch eine Verzögerungsrüge beim Ausgangsgericht (§ 198 III GVG) voraussetzt (BT-Dr 17/3802, S. 16). Im Gesetzentwurf ist ausgeführt: „Da Gerichte auf entsprechende Rügen mit Abhilfe reagieren können und in begründeten Fällen auch regelmäßig abhelfen werden, hat die Regelung eine konkret-präventive Beschleunigungswirkung. Eine Beschwerdemöglichkeit für den Fall der Nichtabhilfe ist nicht vorgesehen, um die Belastungen für die Praxis begrenzt zu halten.“ (BT-Dr 17/3802, S. 16)

Hieraus ergibt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber gegen die Untätigkeit des Gerichts keine Rechtsmittelmöglichkeit zu einer höheren Instanz vorsehen wollte. Einer außerordentlichen Beschwerde ist damit der Boden entzogen (OLG Düsseldorf NJW 2012, 1455; OLG Brandenburg MDR 2012, 305; Zöller/Heßler, § 567 Rn 21b; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 33. Aufl., § 567 Rn 10).“ (BGH aaO)

StPO  
§§ 354 II, 329 I 2

**Zurückverweisung**  
Verwerfung des Einspruchs

StPO

(OLG Hamm in NSTz 2013, 113; Beschluss vom 22.03.2013 – III-3 RBs 68/12)

Ein **Verwerfungsurteil** gem. § 74 II OWiG darf **auch dann** erlassen werden, wenn ein **vorangegangenes Sachurteil vom Rechtsbeschwerdegericht insgesamt aufgehoben** und die **Sache zurückverwiesen** worden war, und das **aufgehobene Urteil nicht zu Gunsten des Betr. von den Rechtsfolgen des Bußgeldbescheides abweicht**.

I. Der **BGH** hat entschieden, dass das AG ein Verwerfungsurteil gem. § 74 II OWiG auch dann erlassen darf, wenn ein vorangegangenes Sachurteil vom RechtsbeschwGer. aufgehoben und die Sache zurückverwiesen worden war (vgl. BGH NSTz 1987, 564).

Der BGH hatte seine Entscheidung in erster Linie damit begründet, dass § 329 I StPO und § 412 StPO durch das 1. StVRG dahin geändert worden seien, dass die Berufung bzw. der Einspruch nach diesen Vorschriften nicht mehr verworfen werden darf, wenn das Tatgericht erneut verhandelt, nachdem die Sache vom Revisionsgericht zurückverwiesen worden ist. Hingegen sei eine vergleichbare Veränderung des § 74 II OWiG durch das 1. StVRG nicht erfolgt, obwohl auch diese Vorschrift leicht

verändert worden sei. Da § 329 I StPO, § 412 StPO und § 74 II OWiG dasselbe Rechtsproblem betreffen, der Gesetzgeber diese Frage in den §§ 329 I, 412 StPO neu geregelt habe während er § 74 II OWiG – bei Änderung in anderen Punkten – insoweit unverändert ließ, lasse sich daraus der Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber damit unterschiedliche Regelungen für Strafverfahren und Bußgeldverfahren habe treffen wollen. Daneben hat der BGH seine Entscheidung aber auch darauf gestützt, dass §§ 329 I, 412 StPO im Gegensatz zu § 74 II OWiG (der seinerzeit geltenden Fassung) eine zwingende Verwerfung vorschreiben und ein Ermessensfehlgebrauch bei einer Entscheidung gem. § 74 II OWiG der Überprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren unterliegt.

- II. Diese Rspr. gilt nach **obergerichtlicher Rspr.** auch noch nach der Neufassung des § 74 II OWiG durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und andere Gesetze vom 26. 1. 1998 zumindest in den Fällen, in denen das vorangegangene Urteil insgesamt aufgehoben und das aufgehobene Urteil nicht zu Gunsten des Betr. von den Rechtsfolgen des Bußgeldbescheides abgewichen war (vgl. OLG Celle NZV 2012, 44; OLG Köln NStZ-RR 2000, 87; OLG Stuttgart NJW 2002, 978; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2007, 318).
- III. **OLG Hamm aaO** stimmt dieser Auffassung zu.

*„Der Gesetzgeber [hat] § 74 II OWiG diesmal sogar in Kenntnis der Rspr. des BGH erneut geändert, ohne eine § 329 I 2 StPO entsprechende Regelung einzuführen.*

*Für diese Auffassung sprechen aber auch die vom Gesetzgeber im Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und anderer Gesetze geäußerten Erwägungen: Denn der Gesetzgeber hat wegen der Änderung des § 74 II 1 OWiG a.F. von einer Kann-Regelung zu einer zwingenden Regelung § 74 II 2 OWiG a.F., der eine zwingende Vorführung des Betr. für den Fall vorsah, dass der Bußgeldrichter den Einspruch nicht verwirft, nicht mehr für erforderlich gehalten und **ersatzlos gestrichen** (vgl. BT-Drucksache 13/5418, S. 9). Dies bedeutet, dass ein Betr. nach Aufhebung und Zurückverweisung anderenfalls kaum noch verurteilt werden könnte, da dem Bußgeldrichter wegen § 46 III 1 OWiG auch keine anderen Zwangsmittel zur Verfügung stehen, um das Erscheinen des Betr. vor Gericht zu erzwingen.“ (OLG Hamm aaO)*

StPO  
§ 364b

### Pflichtverteidigerbestellung Fortwirkung im Wiederaufnahmeverfahren

StPO

(KG in ZAP 2012, 1165 = NJW 2013, 182; Beschluss vom 23.05.2012 – 4 Ws 46/12 – 141 AR 245/12)

Die im Ursprungsverfahren erfolgte Pflichtverteidigerbestellung wirkt bis zu einem rechtskräftigen Abschluss des Wiederaufnahmeverfahrens fort.

- I. Der **Gesetzeswortlaut** ist **mehreren Interpretationen zugänglich**, denn mit dem in §§ 364a und b StPO aufgeführten Verteidiger kann sowohl der im Erkenntnisverfahren bestellte Verteidiger als auch – im Falle fehlender Fortwirkung der Bestellung – ausschließlich der erst im Wiederaufnahmeverfahren gewählte Verteidiger gemeint sein.

Für die **Mindermeinung** (vgl. OLG Oldenburg NStZ-RR 2009, 208; LG Mannheim BeckRS 2011, 23159) spricht, dass die in Rspr. und Lit. überwiegend vertretene Ansicht (vgl. Schmidt, KK-StPO, 6. Aufl., § 364a Rn 2 m. w. Nachw.) in Einzelfällen zu sachwidrigen Ergebnissen führen kann.

Nach dieser Ansicht ist die **Fortwirkung der Bestellung zu verneinen**. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen darauf abgestellt, dass eine Verteidigerbestellung grundsätzlich mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils ende und eine Kontinuität mit dem Ursprungsverfahren häufig schon wegen des Zeitablaufs bis zum Wiederaufnahmeverfahren nicht gegeben sei. Zudem trete eine schwerlich zu rechtfertigende Belastung des Steuerfiskus dadurch ein, dass ein Pflichtverteidiger durch die Einreichung aussichtsloser Wiederaufnahmeanträge einen zusätzlichen Gebührenanspruch erwerbe, ohne dass ihm das Korrektiv einer Prüfung nach §§ 364a und b StPO entgegengehalten werden kann.

Die Verpflichtung der öffentlichen Hand, unsinnige Anträge oder Rechtsmittel (vor-)finanzieren zu müssen, kann allerdings in ähnlicher Weise auch im Erkenntnisverfahren bestehen.

*„Auch das zeitliche Argument schlägt nicht durch. Zum einen stellt die Antragstellung erst Jahre nach einem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens nicht den Regelfall dar. Im Fall einer zeitnahen Antragstellung verfügt ein im Ursprungsverfahren bestellter Verteidiger, der an der Beweisaufnahme mitgewirkt hat, schon auf Grund der noch präsenten Kenntnisse grds. über die größere Sachkunde als ein neuer Verteidiger. Dies gilt gerade auch in Bezug auf die Besonderheiten von Wiederaufnahmeverfahren, in denen die Geeignetheit der vorgebrachten neuen Tatsachen oder Beweismittel in Verbindung mit den im Ursprungsverfahren erhobenen Beweisen zu prüfen sind (§ 359 Nr. 5 StPO). Zum anderen können auch im Erkenntnisverfahren, zum Beispiel auf Grund einer vorläufigen Einstellung gem. § 205 StPO, längere Verzögerungen des Verfahrens eintreten, die eine (erneute) Einarbeitung des bereits bestellten Verteidigers erforderlich werden lassen, ohne dass dies seine Auswechslung rechtfertigte.“ (KG aaO)*

- II. Entscheidend für die vom KG aaO vertretene Rechtsauffassung sprechen darüber hinaus die den §§ 364a und b StPO zu Grunde liegenden **Vorstellungen des Gesetzgebers**.

*„Dieser ist ausweislich des von dem Bundestag unverändert beschlossenen Entwurfs eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 09.12. 1975 (BGBl 1974, 3393) von einer Fortwirkung der Pflichtverteidigerbestellung bis zum rechtskräftigen Wiederaufnahmebeschluss ausgegangen (vgl. BT-Dr 7/551, 12 u. 88f.). Eine von diesem Verständnis abweichende Interpretation hat sich auch im Gesetzeswortlaut nicht niedergeschlagen, wie der wegen des engen Sachzusammenhangs zwischen den beiden Gesetzesmaterien zur Wortlautinterpretation angebrachte Vergleich der §§ 143 sowie 364a und b StPO verdeutlicht. Während in den letztgenannten Normen lediglich allgemein von einem Verteidiger die Rede ist, bezieht sich § 143 StPO einschränkend nur auf den gewählten Verteidiger. Wäre der Gesetzgeber nicht von einer Fortwirkung der Bestellung ausgegangen, hätte er einen ähnlichen Wortlaut auch in den §§ 364a und b StPO gewählt.“ (KG aaO)*

StPO  
§ 373a**Wiederaufnahmeverfahren**  
Vernichtung der Akte

StPO

(LG Karlsruhe in NSTZ-RR 2013, 55; Beschluss vom 01.10.2012 – 3 Qs 62/12)

Der **Verurteilte trägt in einem Wiederaufnahmeverfahren die Darlegungs- und Beweislast für die Neuheit von Tatsachen** auch dann, wenn die Akten nicht mehr vorhanden sind.

„Dies liegt letztlich in der **Konsequenz der für die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Wiederaufnahmeverfahren den Verurteilten im Allgemeinen treffenden Darlegungspflicht**.

Der vereinzelt angeführte Grundsatz, der Verlust der Strafakte dürfe dem Betr. nicht zum Nachteil gereichen, ist vorliegend auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht einschlägig. So soll im Revisionsverfahren der Verlust der Strafakte die Annahme eines Prozesshindernisses rechtfertigen, sofern Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss nicht mehr rekonstruiert werden können (OLG Oldenburg NSTZ 2006, 119). Im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens soll der Eignung der Bekundungen eines neuen Entlastungszeugen nicht entgegenstehen, dass die richterlichen Niederschriften über die Vernehmung des Belastungszeugen in der Hauptverhandlung verloren gegangen sind, so dass man sich zur Prüfung der Eignung mit den in den schriftlichen Urteilsgründen enthaltenen Angaben über den Inhalt der Vernehmung des Belastungszeugen begnügen muss (OLG Frankfurt a.M. StV 1984, 17).

Hiermit ist jedoch der vorliegende Fall, in dem Informationen über die Neuheit einer Tatsache gänzlich fehlen, weil die gesamte Akte planmäßig ausgeschieden wurde, nicht zu vergleichen: Den Wiederaufnahmeantrag in einem solchen Fall für zulässig zu erachten hieße, das in § 359 Nr. 5 StPO aufgestellte Erfordernis der Neuheit einer Tatsache oder eines Beweismittels nicht nur zu relativieren, sondern vollständig aufzugeben und damit gerade in den Fällen, deren Aburteilung bereits so lange zurückliegt, dass die Akte schon ausgeschieden wurde, auf diese einschränkende Voraussetzung, die im Allgemeinen der Verurteilte darzulegen hat, gänzlich zu verzichten. Dem widerspricht nicht nur der eindeutige **Gesetzeswortlaut des § 368 Nr. 5 StPO**, sondern vor allem die auch vom BVerfG betonte **Funktion des Wiederaufnahmeverfahrens, einen angemessenen Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit herzustellen**, der gerade in den Verfahren, in denen der lange Zeitablauf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit in verstärktem Umfang hervorbringt, nicht einseitig zu Ungunsten der Rechtssicherheit vorgenommen werden darf.“ (LG Karlsruhe aaO)

VwVfG  
§ 81b**Erledigung eines Verwaltungsakts**  
Erkennungsdienstliche Behandlung

VwVfG

(OVG Lüneburg in DöV 2013, 121; Beschluss vom 31.10.2012 – 11 LA 255/12)

Die **Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b II StPO erledigt sich regelmäßig nicht bereits mit der Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung**.

„Ein Verwaltungsakt bleibt gem. § 43 II VwVfG wirksam, solange er nicht erledigt ist. Allein der Vollzug eines Handlungspflichten auferlegenden Verwaltungsaktes muss demnach nicht bereits zu dessen Erledigung führen, und zwar auch dann nicht, wenn hiermit irreversible Tatsachen geschaffen werden. Die Erledigung eines Verwaltungsaktes tritt vielmehr erst ein, wenn dieser nicht mehr geeignet ist, **rechtliche Wirkungen** zu erzeugen oder wenn die **Steuerungsfunktion**, die ihm ursprünglich innewohnte, nachträglich entfallen ist.

Die **rechtlichen Wirkungen sind mit Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung nicht insgesamt entfallen**. Ein solcher Bescheid enthält nämlich nicht nur das Gebot an den Betroffenen, sich erkennungsdienstlich behandeln zu lassen, sondern stellt zugleich die Rechtmäßigkeit der Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung fest, die wiederum eine **rechtliche Grundlage für die weitere Aufbewahrung bzw. Speicherung** der bei der erkennungsdienstlichen Behandlung gewonnenen Unterlagen bzw. Daten ist. Solange der Bescheid über die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung wirksam ist, kann der Betroffene deshalb eine Vernichtung der dabei gewonnenen Unterlagen bzw. eine Löschung der gespeicherten Daten nicht erfolgreich mit der Begründung verlangen, diese Unterlagen bzw. Daten seien - gemessen an den gesetzlichen Voraussetzungen - bereits nicht rechtmäßig (etwa i. S. d. § 39 III 1 Nds. SOG) erhoben worden. Wegen dieser fortbestehenden Rechtswirkungen erledigt sich also die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b Alt. 2 StPO nicht bereits mit deren Durchführung.“ (OVG Lüneburg aaO)

VwGO  
§ 40**Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**  
Ausschluss vom Besuch einer öffentlichen Einrichtung

VwGO

(VGH München in NJW 2013, 249; Beschluss vom 10.10.2012 – 12 CE 12.2170)

Für **Rechtsstreitigkeiten über die Zulassung zu oder den Ausschluss von einer öffentlichen Einrichtung** (hier: eine von einer Kommune betriebenen Kindertageseinrichtung) ist der **Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten** nach § 40 VwGO **eröffnet**.

„Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art. Bei der Zulassung zu einer solchen Einrichtung (hier: eine von einer Kommune betriebenen Kindertageseinrichtung) besitzt die Gemeinde **keine Wahlfreiheit zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht**. Gleichgültig welche Rechtsnatur das Benutzungsverhältnis besitzt, die **Zulassung zur Einrichtung unterliegt stets der Beurteilung durch das öffentliche Recht** und damit der **Erkenntniszuständigkeit der Verwaltungsgerichte** (vgl. BVerwG NVwZ 1991, 59 = NJW 1991, 715; VGH Kassel NJW 1977, 452; VGH Kassel NJW 1979, 886).

Gleiches gilt für den Streit um den Ausschluss von der öffentlichen Einrichtung als Kehrseite der Zulassung (vgl. Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl., 2010, § 40 Rn 51 m. w. Nachw.). Auch im Falle einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses darf der aus Art. 21 BayGO folgende **öffentlich-rechtliche Anspruch auf Zulassung und Benutzung der Einrichtung** nicht über eine zivilrechtliche Regelung unterlaufen werden. Wird der privatrechtliche Betreuungsvertrag mit einer für die öffentlich-rechtliche Zulassungs- und Benutzungsentscheidung relevanten Begründung gekündigt, ist die Frage des „ob“ der Benutzung und damit das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis berührt mit der Folge, dass auch insoweit die Verwaltungsgerichte zur Entscheidung berufen sind (vgl. VGH München NVwZ 1995, 812; VG Düsseldorf NWVBl 2004, 33).“ (VGH München aaO)

(BVerwG in NVwZ-RR 2013, 128; Beschluss vom 24.10.2012 – 1 B 23/12)

- I. Der **Rechtsmittelführer** ist in dem Beschluss über die Zulassung der Berufung **über die Notwendigkeit der fristgebundenen Berufungsbegründung zu belehren** (vgl. BVerwGE 107, 117 = NVwZ 1998, 1311; BVerwGE 109, 336 = NVwZ 2000, 190).

„Nach **st. Rspr. des BVerwG** ist bei zweistufig aufgebauten Rechtsmitteln, bei denen auf die erste Stufe der Einlegung die zweite Stufe einer fristgebundenen Begründung folgt, jeweils auch über die zweite Stufe, d. h. die Begründungsfrist, zu belehren (grundlegend: BVerwGE 5, 178 = NJW 1957, 1571). Dies gilt erst recht, wenn von dem ursprünglich zweistufigen Rechtsmittel nur noch die zweite Stufe, nämlich die Begründung, übriggeblieben ist, weil es der Einlegung des Rechtsmittels selbst gem. § 124a V 5 VwGO nicht mehr bedarf (BVerwGE 107, 117 = NVwZ 1998, 1311; BVerwGE 109, 336 = NVwZ 2000, 190; BVerwG NVwZ-RR 2001, 142; BVerwG BeckRS 2000, 31351073).“ (BVerwG aaO)

- II. Es ist **nicht erforderlich, dass die Belehrung** über die Berufungsbegründung von den Gründen des Zulassungsbeschlusses **abgesetzt und mit einer gesonderten Überschrift versehen** wird (vgl. BVerwGE 134, 41 = NJW 2009, 2322).

„**§ 117 II Nr. 6 VwGO** gilt für Urteile und findet für urteilsvertretende und in ihrer Bedeutung vergleichbare Beschlüsse zwar in seinem Kern, nicht hingegen in allen Einzelheiten Anwendung. So lässt sich der Vorschrift etwa auch für urteilsvertretende Beschlüsse nicht entnehmen, dass Tatbestand und Entscheidungsgründe voneinander abgesetzt werden müssten (BVerwGE 109, 336 = NVwZ 2000, 190).

Nichts Anderes gilt für die Rechtsmittelbelehrung: Natürlich muss diese, auch wenn sie **Bestandteil der Beschlussgründe** ist, ihre **Hinweis- und Belehrungsfunktion erfüllen**. Sie darf deshalb nicht etwa in einer vielseitigen Begründung irgendwo versteckt werden, sondern sollte nach den sachlichen Erwägungen zur Begründung des Beschlusses an dessen Ende gerückt werden, kann sich aber durchaus vor einer Begründung der Kostenentscheidung und der Streitwertfestsetzung finden (BVerwGE 134, 41 = NJW 2009, 2322).“ (BVerwG aaO)

(VGH Kassel in DÖV 2013, 124; Beschluss vom 19.10.2012 – 5 A 2001/12 Z.R)

Gegenvorstellungen gegen die Ablehnung eines Antrages auf Zulassung der Berufung sind nicht statthaft und deshalb unzulässig; statthafter Rechtsbehelf ist in diesem Falle die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO.

„Mit der Ablehnung des Zulassungsantrages erwächst das erstinstanzliche Urteil in formelle und materielle Rechtskraft (§ 124a V 4, 121 VwGO). Im Hinblick auf die Statthaftigkeit einer Gegenvorstellung hat das BVerwG (NVwZ-RR 2011, 709) dazu ausgeführt, dass mit der Rechtskraft zugunsten des obsiegenden Beteiligten eine **Bindungswirkung** eingetreten ist. Sie schützt aus Gründen der **Rechtssicherheit** und des **Rechtsfriedens** den obsiegenden Beteiligten davor, dass die ergangene Entscheidung ohne weiteres wieder infrage gestellt werden kann. Die Rechtskraft verhindert ferner im öffentlichen Interesse, dass der bereits entschiedene Streit immer wieder den Gerichten unterbreitet werden kann (BVerfGE 122, 190). Durch welche Rechtsbehelfe und unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen die Rechtskraft eines Urteils ausnahmsweise durchbrochen werden kann, hat deshalb auch aus Gründen der **Rechtsmittelklarheit**, die ebenfalls aus dem **Gebot der Rechtssicherheit** folgt, der Gesetzgeber zu entscheiden (vgl. BVerfGE 107, 395). Er hat neben dem hier nicht in Rede stehenden Institut der Wiederaufnahme des Verfahrens mit der Anhörungsrüge des § 152a VwGO einen Rechtsbehelf geschaffen, der in Fällen eines schweren Verfahrensfehlers, nämlich einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, unter näher bezeichneten Voraussetzungen die Fortsetzung des abgeschlossenen Verfahrens ermöglicht. Dem lässt sich die Wertung des Gesetzgebers entnehmen, dass es in anderen Fällen eines behaupteten Verfahrensfehlers oder der angeblichen Unrichtigkeit der Entscheidung bei der eingetretenen Rechtskraft bleiben soll. Das schließt es aus, neben der Anhörungsrüge die in ihren Voraussetzungen nicht geregelte Gegenvorstellung als weitere Möglichkeit zuzulassen, die Rechtskraft eines Urteils zu durchbrechen.

Diese Ausführungen hat sich der Senat zu Eigen gemacht mit der Folge, dass als Rechtsbehelf gegen die Ablehnung des Antrages auf Zulassung der Berufung nur die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO in Betracht kommt.“ (VGH Kassel aaO)

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. **Loyal:** Vertragsaufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage (NJW 2013, 417)

**Problemstellung:** Mit der im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung geschaffenen Regelung zur Vertragsaufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 III BGB wollte der Gesetzgeber nur die **frühere Praxis kodifizieren**; tatsächlich widerspricht die Vorschrift jedoch einigen Entscheidungen und erweist sich auch in der Sache als zu starr; sie muss deshalb nach Auffassung des Autors anhand des Zwecks des Rechtsinstituts korrigiert werden. - Ein **Rücktritt ist (auch bei Dauerschuldverhältnissen) möglich, wenn schon erfüllte Pflichten im Zeitpunkt der Leistung unzumutbar waren oder nachträglich unzumutbar geworden sind**; für zumutbare erfüllte Pflichten gilt § 323 V 1 BGB entsprechend. - Kündigen kann der Schuldner, wenn lediglich noch zu erfüllende Pflichten unzumutbar sind; die Kündigung erfasst auch schon vor der Kündigungserklärung entstandene und fällige, jedoch noch nicht erfüllte unzumutbare Pflichten. - Da es dem Schuldner freisteht, auch unzumutbare Pflichten zu erfüllen, kann er insofern zwischen Rücktritt und Kündigung wählen.

#### 2. **Wever:** Rückgewähr ehebezogener Zuwendungen: der Abschlag für teilweise Zweckerreichung (FamRZ 2013, 1)

#### 3. **Gade/Thiele:** Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft: Zwei namensverschiedene Rechtsinstitute gleichen Inhalts? – 10 Jahre Rspr. des BVerfG zur eingetragenen Lebenspartnerschaft (DÖV 2013, 142)

#### 4. **Bauer:** Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook (NZA 2013, 67)

**Problemstellung:** Facebook stellt seinen Nutzern eine **Vielzahl von technischen Kommunikationsmöglichkeiten** zur Verfügung, die Nutzer können über Einstellungen in ihrem Account den Empfängerkreis ihrer „Postings“ steuern; daher ist im Einzelfall zu prüfen, ob die beleidigende Äußerung eines Arbeitnehmers dem **besonderen Schutz einer vertraulichen Kommunikation** unterliegt und deshalb keine Kündigung des Anstellungsverhältnisses rechtfertigt. - Bereits angesichts einer durchschnittlichen „Freundeszahl“ von 130 pro Nutzer wird dies trotz der vermeintlich privaten Sphäre auf der Social Media-Plattform im Regelfall nicht der Fall sein. - Im Rahmen einer **Abwägung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen** sind u. a. die **hohe Verbreitungsgeschwindigkeit** in sozialen Netzwerken sowie der **Kontrollverlust** über die einmal getätigte Äußerung zu berücksichtigen.

#### 5. **Reinfelder:** Der Rücktritt von Aufhebungsvertrag und Prozessvergleich (NZA 2013, 62)

Verträge sind einzuhalten – dieser Grundsatz gilt auch für Aufhebungs- oder Abwicklungsverträge und Prozessvergleiche; erfüllt eine Partei ihre Vertragspflichten nicht, so wird der Gläubiger entweder Klage erheben, um einen Vollstreckungstitel zu erlangen oder aus einem Prozessvergleich unmittelbar vollstrecken; allerdings besteht nach den **§§ 323 ff. BGB** auch die Möglichkeit, **unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag** – und damit auch vom Prozessvergleich – **zurückzutreten**. - Das **Rücktrittsrecht** ist durch die Schuldrechtsreform **umfassend umgestaltet** worden: Die **Beschränkung auf die Nichterfüllung von Hauptpflichten ist entfallen**, es kommt nicht mehr darauf an, ob der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat und es bedarf keiner Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung mehr; auch gelten die Bestimmungen über die Rechtsfolgen eines Rücktritts (§§ 346 ff. BGB) nunmehr unmittelbar für gesetzliche Rücktrittsrechte. - Ein Rücktritt kann nach § 323 BGB erfolgen, wenn der Schuldner eines gegenseitigen Vertrags eine Haupt- oder Nebenpflicht nach Fristsetzung, die in bestimmten Fällen entbehrlich ist (Abs. 2), nicht oder nicht vertragsgemäß erfüllt; gleiches gilt im Fall der Unmöglichkeit (§ 326 V i. V. mit § 275 BGB); einer Fristsetzung bedarf es dann nicht. - § 324 BGB stellt die Verletzung einer Verhaltenspflicht nach § 241 II BGB gleich, wenn dem Gläubiger ein **Festhalten am Vertrag unzumutbar** ist; bei Teilleistungen kommt ein Rücktritt nur in Betracht, wenn an dieser kein Interesse besteht (Abs. 5 S. 1); unerhebliche Pflichtverletzungen rechtfertigen keinen Rücktritt (Abs. 5 S. 2). - **Ausgeschlossen ist der Rücktritt, wenn der Gläubiger den Rücktrittsgrund zu verantworten hat oder sich** – bei vom Schuldner nicht zu vertretenden Gründen – **in Annahmeverzug befand** (Abs. 6). - Der Gläubiger hat das Recht zum Rücktritt, er ist dazu nicht verpflichtet, insbes. kann er sich auf die Durchsetzung seiner Erfüllungsansprüche beschränken. - **Streiten die Parteien über die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs**, ist dieser **Streit in demselben Verfahren auszutragen, in dem der Vergleich geschlossen wurde**; wird der Vergleich als wirksam angesehen, so ist auszusprechen, dass der Rechtsstreit durch den Vergleich erledigt ist; ob der durch den Vergleich erledigte Prozess aber auch dann fortzusetzen ist, wenn der **Prozessvergleich materiellrechtlich aus Gründen unwirksam wird, die erst nach seinem Abschluss entstanden sind** – z.B. im Fall der Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts – ist **umstritten**: Der BGH lehnt dies – ebenso wie das BVerfG – ab und nimmt an, dass die prozessbeendende Wirkung des Prozessvergleichs durch den Rücktritt nicht beseitigt wird; das BAG geht demgegenüber bisher davon aus, dass der ursprüngliche Rechtsstreit fortzusetzen ist. - Auch wenn der konstruktive Weg der Rückabwicklung noch nicht abschließend geklärt ist, kommt es aufgrund des Rücktritts zur Fortsetzung des eigentlich beendeten Arbeitsverhältnisses bzw. zur Wiederherstellung des Zustands vor dem Vergleichs-

schluss; daneben kommen noch Schadensersatzansprüche in Betracht. - In Insolvenzsituationen bedarf es hingegen besonderer vertraglicher Regelungen, um sich trotz Nichtzahlung der Abfindung von einer Beendigungsvereinbarung lösen zu können.

## II. Strafrecht

1. **Soin :** Zulassung und Grenzen heimlicher Informationsbeschaffung durch Vertrauensleute der Nachrichtendienste (NSTZ 2013, 83)

V-Leute sind ein **bedeutungsvolles nachrichtendienstliches Mittel** zur heimlichen Informationsbeschaffung; bei ihren Einsatzen, die auf zivilrechtlichen Verträgen grunden, nehmen sie jedoch **keine hoheitlichen Aufgaben** wahr. - Die **Informationsbeschaffung ohne Rechtsgutsbeeintrachtung** kann auf die Ermächtigungen zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel gestutzt werden; das **Begehen von Straftaten ist V-Leuten untersagt**. - Strafrechtlich kann ihr **Handeln entweder tatbestandslos oder gerechtfertigt bzw. straflos** sein; bei Erfullung der Voraussetzungen einer Strafbarkeit besteht die Mglichkeit der Strafmilderung oder des Absehens von Strafe.

2. **B lte:** Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht (NSTZ 2013, 65)

Ein **Verbotsirrtum** liegt nach **§ 17 S. 1 StGB** vor, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun; die Unkenntnis des einer Strafvorschrift zugrunde liegenden Verbots wird im Kernstrafrecht des Strafgesetzbuches kaum vorkommen, „da jedermann weiß, dass man nicht töten, stehlen und rauben darf“. - Diese **Selbstverständlichkeit der Verbotskenntnis** ist jedoch dem **Wirtschaftsstrafrecht**, insbes. den sog. Nebengesetzen, **keineswegs immanent**; im Gegenteil: Der Irrtum über das Verbot spielt im Wirtschaftsstrafrecht eine bedeutende Rolle. - Das StGB folgt der Schuldtheorie; damit ist die Entscheidung darüber getroffen, dass die allgemeine Rechtswidrigkeit nicht Gegenstand des Vorsatzes ist; dennoch kann der Irrtum über die Reichweite und Auslegung einer Rechtsvorschrift zu einem **Tatbestandsirrtum nach § 16 I 1 StGB** fuhren; dies ist im Hinblick auf normative Tatbestandsmerkmale anerkannt; irrt der Täter sich über eine Rechtsfrage und kann er daher den sozialen Bedeutungsgehalt eines normativen Tatbestandsmerkmals im Strafgesetz nicht erkennen, so handelt er nicht vorsätzlich. - Nach **herrschender Ansicht** schadet es dem Vorsatz jedoch nicht, wenn der Handelnde, der eine Blankettvorschrift verletzt, nicht um das darin enthaltene Verbot weiß, soweit er nur die tatsächlichen Gegebenheiten der Gesetzesverletzung kennt; diese Unterscheidung fuhrt insbes. im Wirtschaftsstrafrecht zu wenig nachvollziehbaren Ergebnissen, weil es letztlich vom Zufall abhängig ist, ob eine Strafvorschrift als Blankettverweisung bewertet wird oder als Vorschrift, die normative Tatbestandsmerkmale beinhaltet. - Im Steuerstrafrecht geht die Rspr. seit langem davon aus, dass der **Vorsatz der Steuerhinterziehung auch die Kenntnis des Steueranspruchs umfasst**, der Tatbestand also etwa die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts als steuerbar einschließt; diese Lösung ist selbst dann zutreffend, wenn man § 370 AO mit dem BGH als Blankettvorschrift ansieht: Denn die Auffassung, der Normbefehl der Vorschrift, auf die verwiesen wird, müsse nicht vom Vorsatz umfasst sein, ist weder mit der Tatbestandsfunktion der Blankettvorschrift noch mit ihrem Wortlaut in Einklang zu bringen; sie kollidiert mit Art. GG 103 II GG, soweit die Vorschrift ausdrücklich ein Handeln entgegen der Norm – unter Verkurzung des Steueranspruchs –, auf die verwiesen wird, verlangt; denn die Handlungsumschreibung des Gesetzes beinhaltet den Straftatbestand und bezieht damit auch den Verstoß gegen den Normbefehl mit ein. - Die **strafrechtsdogmatische Tatbestandsfunktion wird daher durch die h.M. missachtet**, weil dem Tatbestand die Aufgabe der Unrechtsumschreibung zukommt; eine Unrechtsumschreibung, die nicht auf einem ethischen oder gesetzlichen Normbefehl aufbauen kann, bleibt leer. - Während die Unrechtsdefinition im Kernstrafrecht regelmäßig auf einem sozial-ethisch anerkannten Unrechtsverdikt basiert und daher nicht auf ein Ge- oder Verbot im Tatbestand selbst angewiesen ist, muss das Nebenstrafrecht, insbes. das Wirtschaftsstrafrecht, oft auf solche positivierten Normbefehle zurückgreifen und diese in den Tatbestand integrieren; erfolgt dies durch den Verweis auf ein Handeln entgegen oder unter Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift oder einen Rechtsakt, so muss diese Rechtswidrigkeit vom Vorsatz umfasst sein; dies fuhrt zu einer weitgehenden Einordnung dieser Art von Rechtsirrtumern in den Anwendungsbereich des § 16 I 1 StGB. - Diese Auffassung steht in Strafgesetzen unter Geltung des Grundgesetzes auf **verfassungsrechtlicher Grundlage**; sie vermittelt die Rückkopplung mit dem Wortlaut des Strafgesetzes und entspricht zudem der strafrechtsdogmatischen Funktion des Tatbestandes als Unrechtsumschreibung. - Eines „Notnagels“ des § 395 RAO, der den Rechtsirrtum aus dem Anwendungsbereich des § 17 StGB in eine Zwischenebene mit geringeren Anforderungen für die Straffreiheit rückt, bedarf es mithin ebenso wenig wie einer „weichen Schuldtheorie“ mit ähnlicher Wirkung.

3. **Gercke/Wollschläger:** Videoaufzeichnungen und digitale Daten als Grundlage des Urteils - Revisionsrechtliche Kontrolle in den Grenzen des Rekonstruktionsverbots (StV 2013, 106)
4. **Schmuck:** „Eine Absprache hat nicht stattgefunden“ und „offensichtliche Verfahrensverschleppung“ – Verteidigungsaspekte (NJOZ 2013, 193)

## III.  ffentliches Recht

1. **Vielmeier:** Rechtswegerschöpfung bei verzögerter Anhörungsrüge (NJW 2013, 346)

**Problemstellung:** Will eine Prozesspartei **Verfassungsbeschwerde auch wegen einer Verletzung ihres Grundrechts auf rechtliches Gehör** (Art. 103 I GG) erheben, hat sie **zunächst die Anhörungsrüge beim iudex a quo** zu betreiben; was aber geschieht, wenn das Fachgericht, das über eine Anhörungsrüge gegen sein

eigenes Urteil zu entscheiden hat, den **Abschluss dieses Verfahrens (rechtsstaatswidrig) verzögert**? Kann der Bf. hier den seit dem 01.01.2012 geltenden **Rechtsschutz wegen Verfahrensverzögerung nach §§ 198 ff. GVG** geltend machen – und muss er dies vielleicht sogar, **um den Rechtsweg vollständig zu erschöpfen**? – Die **Fachprozessordnungen enthalten keine Vorgabe, wie lange die Bearbeitung einer Anhörungsrüge** durch das Gericht **dauern darf**; für den Rügeführer ist das misslich, da in dieser Zeit ein rechtskräftiges Urteil zu seinen Lasten besteht und er hiergegen noch keine Urteilsverfassungsbeschwerde erheben kann; die neue Verzögerungsrüge ist bei verzögertem Anhörungsrügeverfahren nicht anwendbar, da ihr Anwendungsbereich mit dem rechtskräftigen Urteil endet; erforderlich ist vielmehr eine **restriktive, verfassungskonforme Auslegung des § 90 II BVerfGG**: Wurde nach drei Monaten nicht über die Anhörungsrüge entschieden, muss der Verfassungsrechtsweg eröffnet sein.

2. **Neuhäuser**: Die verfassungsrechtliche Pflicht zu einer Ausschreibung öffentlicher Ämter und ihre (allein) verfassungsimmanenten Grenzen (NVwZ 2013, 176)

Die Frage, ob aus Art. 33 II GG für die Besetzung öffentlicher Ämter eine **generelle Ausschreibungspflicht** folgt, oder ob der Dienstherr das „Ob“ einer Ausschreibung oder jedenfalls deren Adressatenkreis in dem Rahmen einer gerichtlich nur **eingeschränkt überprüfbaren Organisationsentscheidung** steuern kann, ist streitig. – Nach Auffassung des Autors folgt aus Art. 33 II GG für die Besetzung öffentlicher Ämter durch Einstellung oder Beförderung eine generelle Ausschreibungspflicht, die weder durch das einfache Recht noch durch das Organisationsermessen des Dienstherrn, sondern allein durch in der Verfassung selbst verankerte, in dem Wege der praktischen Konkordanz die Ausschreibungspflicht im Einzelfall zurücktreten lassende Rechtsgüter beschränkbar ist; soweit Handlungen eines Dienstherrn oder gar das einfache Recht einen Ausschreibungsverzicht oder dessen Eingrenzung nur auf Teile der Beamten eines Dienstherrn ermöglichen sollen, sind solche Handlungen rechts- bzw. die entsprechenden Gesetze verfassungswidrig.

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

1. **Hartmann**: Die neue Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess (MDR 2013, 61)
2. **Jordans**: Neues Mediationsgesetz – Chancen und Anforderungen für Rechtsanwälte (MDR 2013, 65)
3. **Schneider**: Ordnungsgemäße Abrechnung bei mehreren Auftraggebern (AnwBl 2013, 113)

## Der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG

Eine eigentumsfähige Position ist grundsätzlich jedes vom Gesetzgeber gewährte (konkrete) vermögenswerte Recht (BVerfGE 24, 367 [396]; 58, 300 [336]). Allerdings steht der Schutzbereich nicht von vornherein fest, sondern dem Art. 14 I GG unterfällt all das, was die aktuell geltende Rechtsordnung als Eigentum definiert, der Schutzbereich des Art. 14 GG wird also durch einfachgesetzliche Regelungen ausgestaltet.

Diese Definitionsmacht des Gesetzgebers ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, da der Gesetzgeber nicht nur die Schranken, sondern auch den Inhalt des Eigentums bestimmen darf. Nur Regelungen, die über diese Inhaltsbestimmung hinausgehen kommen als Eingriffe in Betracht. Insbesondere werden von Art. 14 I GG geschützt:

### I. Eigentum im Sinne des bürgerlichen Rechts

Zu den schutzfähigen Rechtspositionen gehören alle vermögenswerten Rechte, die das bürgerliche Recht einem privaten Rechtsträger als Eigentum zuordnet (BVerfGE 70, 191 [199]). Dazu zählt nicht nur das Eigentum i.S.d. § 903 BGB, dem Schutz des Art. 14 I GG unterfallen auch alle sonstigen dinglichen Rechte ebenso wie Ansprüche und Forderungen.

- Geschützt ist das Eigentum in seinem **Bestand**
  - **Berechtigung** an dem Besitzgut
  - **Nutzung** des Eigentums
  - Freiheit, **Eigentum erwerben** zu dürfen
- kein Schutz von **Erwerbsmöglichkeiten** und **Gewinnaussichten**

Nicht dem Schutz des Art. 14 GG unterfällt allerdings das Vermögen als solches (BVerfGE 74, 129 [148]).

### II. Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen

Auch vermögenswerte subjektiv-öffentliche Rechte fallen unter den Eigentumsbegriff, wenn der ein subjektiv-öffentliches Recht begründende Sachverhalt dem einzelnen eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen des Eigentümers entspricht (BVerfGE 53, 257 [289]). Hierbei kommt es insbesondere darauf an, ob dieses Recht durch eigene Leistung erworben wurde, die Existenz sichern soll oder aber sonst privatnützig ist.

### III. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Geschützt wird als Eigentumsposition auch das Recht an eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Hierbei sind nicht nur die einzelnen vermögenswerten Rechte und Rechtspositionen des Betriebsinhabers geschützt, sondern der Betrieb als Gesamtbestand von Sachen und Rechten. Hierbei fallen unter den Eigentumsbegriff aber nur diejenigen betrieblichen Vorteile, auf deren Bestand der Betriebsinhaber von Rechts wegen vertrauen kann. Geschützt wird also nicht das Vertrauen, der Staat werde rechtlich mögliche und zulässige Maßnahmen im Hinblick auf den Gewerbebetrieb unterlassen.

- Geschützt ist der **Betrieb als Gesamtbestand von Sachen und Rechten**.
- **Nicht** erfasst:
  - situationsbedingte **Erwerbchancen** und –vorteile, die sich aus den normativen, politischen und ökonomischen **Rahmenbedingungen** und Marktverhältnissen ergeben.
  - Änderung der **Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Tätigkeit** durch den Gesetzgeber

**Ausnahme:** Unternehmen kann ausnahmsweise auf den Fortbestand der günstigen Rahmenbedingungen vertrauen oder die Folgen sind außergewöhnlich schwer.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung

### Strafrecht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner <b>Originalfassung</b> .		
<b>Land:</b> <b>Bad.-Württ.</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>W</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>07.12.2012</b>
<p><b>Zur Person:</b> W während der Prüfung freundlich, aber sehr zurückhaltend. Während der anderen Prüfungsschnitte zeigt er kaum eine Reaktion. Seine Prüfung führte er ruhig und sachlich. Er ließ uns alle in Ruhe aussprechen und fragte dann nach, um uns noch die Möglichkeit zu geben, etwas zu verbessern oder hinzuzufügen.</p> <p><b>Zur Prüfung:</b> Der Landstreicher L sucht regelmäßig Zuflucht in einer Kirche. Eines Tages beschließt er, sich nach dem Gottesdienst in der Kirche einschließen zu lassen, um das Geld der Kollekte an sich zu bringen. Als die Kirche vom Küster abgeschlossen wird, versteckt sich L im Beichtstuhl. Anschließend begibt er sich in die Sakristei, wo die Kollekte in einem kleinem abschließbaren Kästchen aufbewahrt wird.</p> <p>Um das Schloss des Kästchens aufzubrechen, nimmt L einen schweren Kerzenständer und schlägt so lange damit auf das Schloss ein, bis es aufspringt.</p> <p>An diesem Tage waren die Kirchgänger nicht sehr freigiebig. Es befinden sich nur 15 € im Kästchen. L steckt dennoch das Geld in seine Kleidung und macht sich auf den Weg durch die Kirche zu einem Fenster, durch das er hinaus klettern möchte. Als er den Altar passiert, hat er eine Eingebung. Er bereut sein Tun, kehrt in die Sakristei zurück und legt das Geld wieder zurück.</p> <p>Strafbarkeit?</p> <p>Wir prüften zunächst Diebstahl, § 242 StGB, und § 244 StGB wegen des schweren Kerzenständers, insbesondere wurde die Wegnahme bzw. die Begründung neuem Gewahrsams in der Gewahrsamsenklave thematisiert.</p> <p>Dann kamen wir zum besonders schweren Fall des § 243 I Nr. 1 StGB (verborgen halten), Nr. 2 (verschlossenes Behältnis), Nr. 4 (aus Kirche).</p> <p>Nun diskutierten wir das Problem des Rücktritts: Wir stellten unsere Ansichten zur Abgrenzung des beendeten und vollendeten Delikts, dem Rücktritt vom Versuch bei bereits verwirklichter Qualifikation und bei bereits verwirklichtem Regelbeispiel dar.</p> <p>Ich weiß nicht mehr genau, was wir sagten und erst recht nicht, ob es richtig war. Also bitte selber noch `mal nachlesen !</p> <p>Ich denke, wir entschieden uns für den möglichen komplett strafbefreienden Rücktritt.</p> <p>W entwickelte den Fall nun weiter:</p> <p>Als L sich nun ohne das Geld wieder auf den Weg macht, fällt sein Blick auf eine Kiste Messwein. Er entschließt sich, wenigstens diese Kiste Wein mitzunehmen und beginnt, sie zum Fenster zu schleppen. Aber als er gerade die Kiste durch das Fenster heben möchte, kommt jemand in die Kirche. L stellt die Kiste ab und flieht aus dem Fenster.</p> <p>Hier konnten wir nun wieder Diebstahl prüfen und eine Wegnahme verneinen, da die große Kiste Wein nicht in die Gewahrsamsenklave des Körpers gebracht werden kann.</p> <p>Auch hier wurde wieder § 243 StGB bejaht (Nr. 4: Sache, die dem Gottesdienst gewidmet).</p> <p>Und dann wurde auch wieder der Rücktritt geprüft, diesmal war die Angst vor Entdeckung als autonomes Motiv des L zu diskutieren.</p> <p>Nun wurde der Fall nochmals erweitert:</p> <p>Vor der Kirche schwingt sich L auf ein fremdes Fahrrad, um schneller weg zu kommen. Er möchte das Rad nicht behalten. In der Stadt stellt er es unabgeschlossen am Bahnhof ab.</p> <p>Wir diskutierten den Rückführungswillen beim Diebstahl und ob wohl damit gerechnet werden kann, dass ein Fahrrad, welches am Bahnhof unabgeschlossen abgestellt wird, zu seinen Besitzer zurückkehren wird.</p>		

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Öffentliches Recht

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

<b>Land:</b> Hessen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Dr. B	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 14.12.2012
------------------------	---	--

#### Zur Person:

Die Eindrücke aus den früheren Protokollen kann ich nur bestätigen. Dr. B ist nett und auch bei den anderen Prüfungen aufmerksam. Er hat auch bei uns sein wohl Lieblingsthema Baurecht geprüft. Ich habe die Prüfung als am angenehmsten empfunden. Dr. B stellt seine Fragen verständlich und lenkt die Prüflinge in die von ihm gewünschte Richtung. Gerne hat er einzelne Aussagen zum Anlass genommen, um noch auf allgemeine Probleme/Prinzipien einzugehen. Häufig verzichtete er auf präzisere Angaben, wenn wir versuchten, im Gesetz nachzuschlagen, um die genaue Formulierung oder die konkrete Norm zu benennen. Das richtige Stichwort oder die richtige, aber eher pauschale Antwort genügten ihm oft.

Ich empfand den Fall und die Fragen als eher einfach, daher die Benotung fair. Ich hätte mir allerdings gelegentlich eine (schwierigere) Frage gewünscht, die mehr Punkte hätte bringen können. Die Notengebung war meines Erachtens zwar keinesfalls unfair, aber nicht wirklich zwischen den Leistungen der Kandidaten differenzierend (diesen Eindruck hatte ich leider auch in allen anderen Fächern). Vor allem erschienen die Noten sehr an den Vornoten orientiert, Möglichkeiten zur Verbesserung gab es kaum.

#### Zur Prüfung:

Im Anschluss an die Strafrechtsprüfung wurde gefragt, inwieweit eine Protokollberichtigung im Verwaltungsverfahren möglich ist (über die Verweisungsnorm des § 173 VwGO nach den Vorschriften der ZPO).

Dann ging es um die Möglichkeit der Urteilsberichtigung. Diese ist ausdrücklich in § 118 VwGO geregelt. Es wurde danach gefragt, ob auch eine Berichtigung in Betracht kommt, wenn ein Urteil aus Versehen nur mit "Beschluss" statt mit "Im Namen des Volkes - Urteil" überschrieben ist. Es wurde von uns die Offensichtlichkeit des Fehlers und damit die Möglichkeit der Berichtigung nach § 118 VwGO bejaht.

Anschließend stellte Dr. B folgenden Fall, zu dem er auch eine Skizze austeilte:

A besitzt ein Grundstück. Es liegt im Bereich eines Bebauungsplans von 2002. Mit Baugenehmigung aus dem Jahr 2004 errichtete A ein zweigeschossiges Wohnhaus, mit dem das gesamte Baufenster ausgefüllt wird. Später baut A ohne Baugenehmigung einen Anbau, der über die gesamte Breite des Hauses geht und das Haus um 2,25 m verlängert. Als eine Abrissanordnung droht, beantragt A nachträglich die Erteilung einer Baugenehmigung. Die Gemeinde verweigert ihr Einvernehmen, der Widerspruch bleibt erfolglos. Was kann A tun?

Zunächst erfolgte die Prüfung der Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage, bei der Dr. B kaum Einzelheiten hören wollte, nur kurz etwas zur Klagebefugnis. Nachdem fälschlicherweise zunächst die Adressatentheorie genannt wurde, wollte er dann die Möglichkeitstheorie hören. Dann ging er noch kurz darauf ein, welcher Zeitpunkt bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zugrunde gelegt wird. Bei der Anfechtungsklage ist die letzte Behördenentscheidung maßgebend; hier kam es darauf an, zu erkennen, dass dies nicht der Ausgangs-VA, sondern die Entscheidung der Widerspruchsbehörde ist. Bei der Verpflichtungsklage ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ausschlaggebend. Dr. B fragte nach Ausnahmen von diesem Grundsatz. Nachdem wir keine fanden, wies er darauf hin, dass im AusländerR eine AK gegen eine Abschiebung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abstellt.

Bei der Begründetheit stürzten wir uns sogleich auf § 58 LBO, es sollte jedoch erst § 113 VwGO genannt werden. Zunächst ging es um die Frage, welche öffentlich-rechtlichen Vorschriften i. R. d. § 58 BauGB geprüft werden müssen. Es ging ihm darum, dass auch andere als nur baupla-

nungs- oder -ordnungsrechtliche Vorschriften zu beachten sind, wie z.B. naturschutzrechtliche Vorgaben. Nachdem geklärt war, dass hier nur Bauplanungsrecht zu prüfen ist, ging es um die Prüfung des § 30 BauGB. Erkennen sollten wir, dass ein qualifizierter Bebauungsplan i. S. d. Abs. 1 vorliegt und keine einfacher Bebauungsplan i. S. d. Abs. 3.

Dann ergänzte er den Fall um den Vortrag des A, der Bebauungsplan sei ungültig, weil der Bürgermeister nur das Sitzungsprotokoll zum Bebauungsplanbeschluss, dem aber alle Anlagen beigefügt gewesen seien, unterzeichnet habe. Der Bebauungsplan sei zudem auch deshalb ungültig, weil bereits drei Befreiungen von ihm erteilt worden sein. Im Übrigen könne die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht verweigern, weil es als erteilt gelte.

Die Ungültigkeit des Bebauungsplans kommt in Betracht, weil es sich bei dem unterschriebenen Protokoll nicht um eine ordnungsgemäße Ausfertigung handeln könnte. Eine Ausfertigung durch den Bürgermeister ist aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und der Kontrollfunktion auch bei materiellen Gesetzen erforderlich. Dr. B wollte dann wissen, wer Bundesgesetze und Landesgesetze ausfertigt (Bundespräsident, Ministerpräsident) und ob es dafür im Gegensatz zur GemO eine Vorschrift gibt (ja, im GG/LV). Er fragt weiterhin, wie ein Bebauungsplan beschaffen sein muss, damit er ausgefertigt werden kann und was zu einem Bebauungsplan dazu gehört (Plan, Textteil und Begründung). Er klärt dann auf, dass die Gerichte einen Bebauungsplan, wie er hier vorliegt, als Ausfertigung anerkennt. Die Diskussion um eine (nicht bestehende) Heilungsmöglichkeit für eine fehlende Ausfertigung nach § 214 BauGB brach er im Ansatz ab.

Dann ging es um die Befreiungen: Zunächst musste auf den Unterschied zwischen Befreiung und Ausnahme gem. § 31 BauGB eingegangen werden. Diskutiert wurde zuerst eine Selbstbindung der Verwaltung, die dann im durch § 31 BauGB eingeräumten Ermessen zu prüfen wäre. Schließlich kamen wir an den Punkt, dass der Bebauungsplan durch zu viele Befreiungen obsolet geworden sein könnte.

Ob dies tatsächlich der Fall ist und zur Frage nach dem gemeindlichen Einvernehmen sind wir wegen des Zeitablaufs dann nicht mehr gekommen.

Viel Erfolg!

# 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

**Protokolle anfordern!**

**Prüfungsstoff im Mündlichen**  
1/3  
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

**ZA lesen!**

1/3  
unbekannter Stoff

**Phantasie zeigen! ■**

