



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

35. Jahrg.

Juni 2010

Heft 06

---

**Aus dem Inhalt:**

- BGH:** Pflicht zur Überlassung bei Nacherfüllungsverlangen
- OLG Stuttgart:** Mithaftung wegen Überschreitung der Richtgeschwindigkeit
- OLG Hamm:** Volksverhetzung durch Angriff auf die Menschenwürde
- VGH Mannheim:** Nichtige Parkregelung durch Umzugsunternehmen
- BGH:** Kosten der Vorbereitung des Drittschuldnerprozesses
- BGH:** Rechtsschutz gegen verdeckte Ermittlungen
- OVG Bln/Bbg:** Wiedereinsetzung wegen Fehlern des Gerichts



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

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

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Dienstleistungen-Informationspflichten-Verordnung.....	1
--	---

### Brandaktuell

BGH: keine Gebühr für Kartenzahlung bei Ryanair (wirksamer Ausschluss der Barzahlung) .....	3
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Nacherfüllungsverlangen wegen Sachmangel (Pflicht zur Überlassung des Kaufgegenstandes).....	4
OLG Stuttgart: Überschreiten der Autobahnrichtgeschwindigkeit (Mithaftung bei Verkehrsunfällen).....	7

#### Strafrecht

OLG Hamm: Volksverhetzung (Angriff auf die Menschenwürde).....	11
OLG München: Urkundenfälschung / Amtsmissbrauch (Ausstellen einer "Kennkarte des Dt. Reichs") .....	14

#### öffentl. Recht

VG Köln: präventiv-polizeiliche Sicherstellung (auch bei Unkenntnis vom Berechtigten) .....	17
VGH Mannheim: Parkregelung durch Umzugsunternehmen (Nichtigkeit wegen unwirksamer Beileihung).....	21

#### Kurzauslese I

OLG Düsseldorf: Kündigung eines Dienstvertrags (Versendung der Kündigung als Einschreiben).....	25
BGH: Verjährung (Einredeerhebung als erledigendes Ereignis).....	25
BGH: Schönheitsreparaturklausel (unzulässige Farbvorgabe).....	25
BGH: Eigenbedarfskündigung (Nichten und Neffen als privilegierte „nahe Verwandtschaft“).....	27
OLG München: Amtsträger (vormundschaftsgerichtlich bestellter Betreuer).....	27
BGH: Rücktritt vom Versuch (Korrektur des Rücktrittshorizonts).....	29
BGH: Beteiligungsversuch (Akzessorietät).....	31
BGH: Geldfälschung (gewerbsmäßiges Handeln).....	31
OVG Hamburg: Beihilfeanspruch (gesetzl. krankenversicherter Beamter).....	31
KG: Verkehrsregelung auf Parkplätzen (Geltung des § 10 StVO).....	33
BVerfG: Sozialhilfe (Anrechnung von Kindergeld ist verfassungsgemäß).....	33

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

## Inhaltsverzeichnis

OLG Karlsruhe:	Stufenklage auf Rückzahlung der Mietkaution (materieller Kostenerstattungsanspruch bei Erledigung).....	35
BGH:	Vorbereitung eines Drittschuldnerprozesses (Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 788 ZPO).....	38
<b>Strafrecht</b>		
BGH:	Verdeckte Ermittlungen (Rechtsschutz).....	41
<b>öffentl. Recht</b>		
BayVGH :	Eilrechtsschutz im Nachbarrecht (Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts) .....	43
OVG Bln/Bbg:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Hinzutreten von Fehlern des Gerichts) .....	47
<b>Kurzauslese II</b>		
BGH:	ARGE (Passivlegitimation im Amtshaftungsprozess) .....	51
BGH:	Berufungsbegründung (qualifizierte elektronische Signatur).....	53
OLG Nürnberg:	Berufung (gegen ein nach dem 01.09.2009 verkündetes Urteil).....	53
OLG Nürnberg:	Strafklageverbrauch (nicht bei vorläufiger Einstellung des Ermittlungsverfahrens).....	55
BGH:	Augenscheinseinnahme (in Abwesenheit des Angeklagten).....	55
BGH:	Verständigung (erforderliche Dokumentation in der Sitzungsniederschrift).....	57
OLG Hamm:	Ablehnung einer beantragten Terminverlegung (Zulässigkeit der Beschwerde).....	57
OVG Lüneburg:	Anwendbarkeit des VwVfG (auf öffentl.-rechtl. Verwaltungstätigkeit des NDR).....	59
OVG NRW:	Rechtsschutzinteresse (für die Zuteilung eines Studienplatzes).....	59
OVG Bautzen:	Baugenehmigung (Bindungswirkung).....	61
BGH:	gesetzl. Richter (außerplanmäßiger Vertreter).....	61
<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....		63
<b>Übersicht:</b>	Auskunftsansprüche.....	67
<b>Aus der mdl. Prüfung</b>		
Referendarprüfung:	Strafrecht.....	69
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	70

## Aus der Gesetzgebung

### Die Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung

Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung - DL-InfoV“ vom 12.03.2010, In-Kraft-Treten am 17.05.2010 (BGBl I, S. 267)

#### I. Allgemeines

Die DL-InfoV dient der **Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG der Europäischen Union vom 12.12.2007 über Dienstleistungen im Binnenmarkt** und regelt Inhalt, Umfang und Art der Informationen, die ein Dienstleistungserbringer entweder stets oder auch erst auf Anforderung mitteilen muss. Durch die Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung soll für mehr Transparenz und für den Schutz des Dienstleistungsempfängers gesorgt werden.

Die DL-InfoV unterscheidet primär zwischen Informationen, die stets bereit gehalten werden müssen (§ 2), und Informationen, die auf Anfrage geboten werden müssen (§ 3).

#### II. Der Adressatenkreis

Grds. sind **alle Dienstleistungsunternehmen von der DL-InfoV erfasst**, also auch **Freiberufler**, wie z.B. Rechtsanwälte und Steuerberater.

**Ausnahmen** sind in der Verordnung nicht vorgesehen, allerdings befindet sich in der Richtlinie, auf die sich die DL-InfoV gem. § 1 ausdrücklich bezieht, in Art. 2 eine Aufzählung hinsichtlich derjenigen Gruppen, die nicht erfasst sein sollen:

- nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse;
- Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung und Rückversicherung, betrieblicher oder individueller Altersversorgung, Wertpapieren, Geldanlagen, Zahlungen, Anlageberatung, einschließlich der in Anhang I der Richtlinie 2006/48/EG aufgeführten Dienstleistungen;
- Dienstleistungen und Netze der elektronischen Kommunikation sowie zugehörige Einrichtungen und Dienste in den Bereichen, die in den Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG, 2002/22/EG und 2002/58/EG geregelt sind;
- Verkehrsdienstleistungen einschließlich Hafendienste, die in den Anwendungsbereich von Titel V des Vertrags fallen;
- Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen;
- Gesundheitsdienstleistungen;
- audiovisuelle Dienste, auch im Kino- und Filmbereich, ungeachtet der Art ihrer Herstellung, Verbreitung und Ausstrahlung, und Rundfunk;
- Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielkasinos und Wetten;
- Tätigkeiten, die im Sinne des Art. 45 des Vertrags mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind;
- soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen, die vom Staat, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden;
- private Sicherheitsdienste;
- Tätigkeiten von Notaren und Gerichtsvollziehern, die durch staatliche Stellen bestellt werden.

### III. Der Inhalt der Informationspflicht

1. Dem Dienstleister stehen **vier unterschiedliche Möglichkeiten der Information** zur Auswahl:
  - die Informationen können dem Dienstleistungsempfänger von sich aus mitgeteilt werden (postalisch, email, etc.)
  - am Ort der Leistungserbringung so vorgehalten werden, dass sie dem Dienstleistungsempfänger leicht zugänglich sind
  - dem Dienstleistungsempfänger über eine angegebene Adresse elektronisch zugänglich gemacht werden (Veröffentlichung auf den Internetseiten)
  - in alle dem Dienstleistungsempfänger zur Verfügung gestellten ausführlichen Informationsunterlagen über die angebotene Dienstleistung aufgenommen werden (Prospekte, Firmenbroschüren etc.).
2. Informiert werden muss **vor Abschluss eines schriftlichen Vertrages oder**, sofern kein schriftlicher Vertrag geschlossen wird, **vor Erbringung der Dienstleistung** in klarer und verständlicher Form.
3. Die **Verordnung unterscheidet zwischen stets zur Verfügung zu stellenden Informationen und Informationen, die lediglich auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden müssen**. Stets zur Verfügung zu stellen sind:
  - Familien- und Vornamen, bei rechtsfähigen Personengesellschaften und juristischen Personen die Firma unter Angabe der Rechtsform,
  - die Anschrift der Niederlassung oder, sofern keine Niederlassung besteht, eine ladungsfähige Anschrift sowie weitere Angaben, die es dem Dienstleistungsempfänger ermöglichen, schnell und unmittelbar in Kontakt zu treten, insbes. eine Telefonnummer und eine E-Mail-Adresse oder Faxnummer,
  - soweit einschlägig das Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister oder Genossenschaftsregister unter Angabe des Registergerichts und der Registernummer,
  - bei erlaubnispflichtigen Tätigkeiten Name und Anschrift der zuständigen Behörde oder der einheitlichen Stelle,
  - USt-Ident-Nr. nach § 27a des Umsatzsteuergesetzes, sofern zugeteilt,
  - bei Ausübung eines reglementierten Berufs die gesetzliche Berufsbezeichnung, den Staat, in dem sie verliehen wurde und bei Zugehörigkeit zu einer Kammer, einem Berufsverband oder einer ähnlichen Einrichtung, deren oder dessen Namen,
  - ggf. verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen,
  - ggf. verwendete Vertragsklauseln über das auf den Vertrag anwendbare Recht oder über den Gerichtsstand,
  - ggf. bestehende Garantien, die über die gesetzl. Gewährleistungsrechte hinausgehen,
  - die wesentlichen Merkmale der Dienstleistung, soweit sich diese nicht bereits aus dem Zusammenhang ergeben,
  - falls eine Berufshaftpflichtversicherung besteht, Angaben zu dieser, insbes. den Namen und die Anschrift des Versicherers und den räumlichen Geltungsbereich
  - Angaben zum Preis der Dienstleistung, sofern dieser im Vorhinein festgelegt wurde.

**Praxistipp:** Es bietet sich an, ein "Informationsblatt zur Dienstleistung" zu erstellen, auf dem sämtliche Informationen erfasst sind. Dieses kann auf der Internetseite eingestellt werden und zugleich vor Vertragsschluss nochmals in schriftlicher (also: perpetuierter!) Form dem Dienstleistungsempfänger übergeben werden.

## Brandaktuell

BGB  
§ 307 I

### Keine Gebühr für Kartenzahlung wirksamer Ausschluss der Barzahlung

BGB

(BGH, Pressemitteilung Nr. 107/2010 vom 20.05.2010 - Xa ZR 68/09)

**Fall:** Die beklagte Ryanair Ltd. verwendet gegenüber Verbrauchern Allgemeine Beförderungsbedingungen, in denen es u.a. heißt:

"Wegen der erhöhten Sicherheits- und Verwaltungskosten wird von Ryanair kein Bargeld für die Bezahlung von Flugscheinen, die Entrichtung von Gebühren und Kosten für die Beförderung von Übergepäck und Sportausrüstung akzeptiert. ..."

In der Gebührentabelle sind unter anderem folgende Gebühren vorgesehen:

"Kreditkartengebühr: Pro Fluggast und einfachen Flug: 4,00 €

Zahlungskartengebühr: Pro Fluggast und einfachen Flug: 1,50 €"

Ausgenommen hiervon ist lediglich die Zahlung mit einer Visa Electron-Karte.

Gegen die Verwendung dieser Klauseln über Zahlungsmodalitäten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Luftverkehrsunternehmens hatte der Bundesverband der Verbraucherzentralen geklagt.

Der Bundesverband der Verbraucherzentralen ist nach § 3 Unterlassungsklagegesetz befugt, eine solche Klage zu erheben und die Untersagung der Verwendung bestimmter Klauseln bei Gericht geltend zu machen. Die entsprechenden Klauseln sind allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 305 I BGB, da sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Sie könnten jedoch nach §§ 307 ff. BGB unwirksam sein.

#### I. Ausschluss der Barzahlung

Die Begleichung einer Zahlungsverpflichtung durch Barzahlung ist im Gesetz grundsätzlich vorgesehen, kann jedoch durch individualvertragliche Vereinbarung auch ausgeschlossen werden. Fraglich ist, ob auch ein Ausschluss durch **allgemeine Geschäftsbedingungen** möglich ist. Es liegt jedenfalls eine Abweichung von **dispositivem Recht** nach § 307 III BGB vor. Da hier keines der Klauselverbote der §§ 309, 308 BGB in Betracht kommt, könnte die Klausel nach § 307 I BGB unwirksam sein, weil sie die Fluggäste **nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligt**. Dies ist nach § 307 II Nr. 1 BGB insbesondere dann anzunehmen, wenn die Klausel mit dem **Grundgedanken der gesetzlichen Regelung**, von der abgewichen werden soll, nicht zu vereinbaren ist.

*„Die mit dem Ausschluss der Barzahlung einhergehende Benachteiligung der Fluggäste ist angesichts des **aner kennenswerten Interesses** der Beklagten an **möglichst rationalen Betriebsabläufen** nicht als unangemessen anzusehen. Bei der vorzunehmenden Abwägung ist ausschlaggebend, dass die **Beklagte ihre Leistungen** nahezu **ausschließlich im Fernabsatz** erbringt und eine Barzahlung für beide Parteien mit erheblichem Aufwand verbunden wäre.“ (BGH aaO)*

#### II. Kartenzahlungsgebühren

Allerdings könnte es eine unangemessene Benachteiligung darstellen, dass nach wirksamem Ausschluss der Barzahlung lediglich die Kartenzahlung mit einer Kreditkarte eines bestimmten Unternehmens kostenfrei angeboten wird, jede andere **Kartenzahlung** aber **gebührenpflichtig** ist. Wer nicht mit einer Visa-Karte zahlen kann oder will, kann daher seiner **Zahlungsverpflichtung nicht ohne zusätzliche Kostenlast** nachkommen.

*„Die angegriffene Gebührenregelung für die Zahlung mit Kredit- oder Zahlungskarte ist hingegen mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar (§ 307 II Nr. 1 BGB) und benachteiligt die betroffenen Kunden in unangemessener Weise (§ 307 I 1 BGB).“*

*Zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gehört, dass jeder seine **gesetzlichen Verpflichtungen** zu erfüllen hat, **ohne** dafür ein **gesondertes Entgelt** verlangen zu können. Mit der Entgegennahme einer Zahlung kommt der Unternehmer nur seiner Obliegenheit nach, eine vertragsgemäße Leistung des Kunden anzunehmen. Er muss dem **Kunden die Möglichkeit eröffnen**, die **Zahlung** auf einem **gängigen** und mit **zumutbarem Aufwand zugänglichen Weg** zu entrichten, ohne dass dafür an den Zahlungsempfänger eine zusätzliche Gebühr zu bezahlen ist. Die von der Beklagten vorgesehene gebührenfreie Zahlungsart genügt diesen Anforderungen nicht. Besondere Umstände, die diese Benachteiligung als gerechtfertigt erscheinen lassen, liegen nicht vor.“ (BGH aaO)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§§ 323, 439

### Nacherfüllungsverlangen wegen Sachmangel Pflicht zur Überlassung des Kaufgegenstandes (BGH in NJW 2010, 1448; Urteil vom 10.03.2010 – VIII ZR 310/08)

SchuldR

1. Die Pflicht zur Ermöglichung einer Nacherfüllung umschreibt keine Vertragspflicht, sondern eine **Obliegenheit des Käufers**.
2. Ihre Erfüllung umfasst auch die **Bereitschaft**, dem Verkäufer die **Kaufsache zur Überprüfung** der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen.
3. Der Verkäufer ist **nicht verpflichtet**, der vom Käufer **gewählten Art der Nacherfüllung zuzustimmen, bevor er Gelegenheit** gehabt hat, die Kaufsache auf die vom Käufer gerügten Mängel **zu untersuchen**.
4. Die Untersuchung dient der Feststellung der Mängelhaftung sowie der Prüfung der berechtigten Ausübung des nach § 439 BGB grundsätzlich bestehenden Wahlrechts des Käufers.

#### A. Grundlagenwissen: Recht des Käufers auf Rücktritt vom Vertrag gem. §§ 437 Nr. 2 1. Alt, 440, 323 BGB

- I. Abschluss eines **Kaufvertrages** nach § 433 BGB
- II. Vorliegen eines **Sachmangels** nach § 434 BGB
  1. Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 1 BGB)
  2. Eignung zur vereinbarten Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB)
  3. Eignung zur üblichen Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB)
  4. Montagemängel (§ 434 II 1 BGB)
  5. fehlerhafte Montageanleitung (§ 434 II 2 BGB)
  6. Lieferung eines Aliuds (§ 434 III 1. Alt BGB)
  7. Minderlieferung (§ 434 III 2. Alt BGB)
- III. Vorliegen im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** (vgl. §§ 446, 447 BGB)
 

**Beachte:** Beim Verbrauchsgüterkauf widerlegbare gesetzliche Vermutung des Vorliegens bei Übergabe, wenn Mangel innerhalb von 6 Monaten auftritt.
- IV. **Ausbleiben der Nacherfüllung** trotz Fristsetzung / Entbehrlichkeit der Fristsetzung
  - a) Erfordernis einer Fristsetzung, § 323 I BGB
 

**Ausnahme:** §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB, wenn die Mängelbeseitigung nach § 275 BGB unmöglich ist
  - b) **Entbehrlichkeit der Fristsetzung**
    - aa) **§ 323 II BGB**
      - (1) ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (§ 323 II Nr. 1 BGB)
      - (2) Leistung ist terminbestimmt und Gläubiger hat Leistungsinteresse an Termingerechtheit geknüpft (§ 323 II Nr. 2 BGB; sog. Fixgeschäft)
      - (3) Entbehrlichkeit aufgrund besonderer Umstände



## bb) § 440 BGB

- (1) Verweigerung der Nacherfüllung wegen Berufung auf Unzumutbarkeit gem. § 439 III BGB (§ 440 1 BGB)
  - (2) Fehlschlag der Nacherfüllung (Beachte: § 440 2 BGB)
  - (3) Unzumutbarkeit für den Käufer
5. **Erheblichkeit** des Mangels( § 323 V 2 BGB)
  6. **keine alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit des Käufers / kein Gläubigerverzug**, § 323 VI BGB)
  7. **Rücktrittserklärung**
  8. richtiger **Rücktrittsgegner**
  9. kein Ausschluss nach § 442 BGB
  10. **keine Unwirksamkeit**, §§ 438 IV, 218 BGB

**Beachte:** Auf ein Verschulden des Verkäufers kommt es nicht an!

## B. Pflicht zur Überlassung des Kaufgegenstandes bei Nacherfüllungsverlangen (BGH in NJW 2010, 1448)

**Fall:** Der Kl. kaufte von der Bekl., einer Renault-Niederlassung, auf der Grundlage einer Bestellung vom 23.04.2005 einen Renault-Neuwagen zum Preis von 18 500 Euro brutto. Das Fahrzeug wurde ihm am 10. 6. 2005 gegen Zahlung des Kaufpreises übergeben. Mit Schreiben vom 23.06.2005 beanstandete der Kl. Mängel im Bereich der Elektronik des Fahrzeugs. Die Bekl. antwortete mit Schreiben vom 27.06.2005, dass ihr die Mängel nicht bekannt seien, und bat den Kl., ihr das Fahrzeug nochmals zur Prüfung vorzustellen. Dem kam der Kl. nicht nach. Er vertrat im Schreiben vom 03.07.2005 die Auffassung, es sei ihm unzumutbar, sich auf Nachbesserungen einzulassen, weil er befürchte, dass Defekte der Elektronik trotz Nachbesserungen immer wieder auftreten würden; mit dieser Begründung verlangte er unter Fristsetzung bis zum 11.07.2005 „eine komplette Lieferung eines anderen Fahrzeugs, das der Bestellung entspricht“. Weiter heißt es in dem Schreiben: „Selbstverständlich kann Renault – früher oder später – das Fahrzeug untersuchen lassen – dies sofort, falls Sie sich mit einer Ersatzlieferung, wie von mir jetzt verlangt, einverstanden erklären.“ Die Bekl. antwortete mit Schreiben vom 13.07.2005, sie könne auf die vom Kl. begehrte Ersatzlieferung nicht eingehen, erklärte sich aber für den Fall, dass nachweislich ein Mangel vorliegen sollte, zu dessen Beseitigung bereit; sie bot an, das Fahrzeug durch ihren hauseigenen Abschleppdienst abzuholen und dem Kl. für die Zeit des Werkstattaufenthalts einen kostenfreien Ersatzwagen zu stellen. Im Anschluss an das Schreiben des Kl. vom 15.07.2005, mit dem dieser nochmals darauf beharrte, dass ihm ein Anspruch auf Mangelbeseitigung in Form der Ersatzlieferung eines kompletten Neuwagens zustehe, bestand die Bekl. mit Schreiben vom 20.07.2005 darauf, dass der Kl. ihr, bevor sie weitere Schritte einleiten könne, Gelegenheit geben müsse, das Fahrzeug in ihrem Haus zu überprüfen und gegebenenfalls auftretende Mängel zu beseitigen. Nach weiterer Korrespondenz erklärte der Kl. mit Schreiben vom 30.11.2005 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Der Kl. begehrt mit seiner Klage die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich Nutzungswertersatz Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Wird die Klage Erfolg haben?

Der Kl. hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich des Nutzungswertersatzes Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs nach § 346 I BGB, wenn er **wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten** ist. Dann müssen die Voraussetzungen für eine Rücktritt wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache nach §§ 433, 434, 437 Nr. 2, 323 BGB vorliegen. Es kann jedoch dahinstehen, ob das Fahrzeug nach § 434 BGB überhaupt mangelhaft ist, wenn es schon an den **grundlegenden Voraussetzungen des § 323 I BGB** für einen Rücktritt fehlt. Nach § 323 I BGB ist der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer zunächst **Gelegenheit zur Nacherfüllung** zu geben, bevor er sich durch Rücktritt vom Vertrag lösen kann.

„Der darin zum Ausdruck kommende **Vorrang der Nacherfüllung** folgt für die Gestaltungsrechte des Rücktritts und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) sowie für die Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung und auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 437 Nr. 3 BGB) aus dem Umstand, dass diese Rechte des Käufers regelmäßig den Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung voraussetzen (BGHZ 162, 219 [221, 226f] = NJW 2005, 1348 m.w.N.; vgl. auch Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Dr 14/6040, S. 94f., 221, 230).“ (BGH aaO)

### I. Pflicht zur Überlassung

Fraglich ist, ob der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer die Sache zur Überprüfung zu überlassen. Immerhin erfolgt die Nacherfüllung bei einem Kaufvertrag nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB entweder durch Nachbesserung oder durch Neulieferung, wobei grundsätzlich dem Käufer ein **Wahlrecht** zusteht. In Ausübung dieses Wahlrechts hat der Kl. sich **geweigert**,

der Bekl. das **Fahrzeug zur Prüfung der Mangelhaftigkeit zu überlassen** und sofort Neulieferung verlangt.

„Das Erfordernis eines Nacherfüllungsverlangens als Voraussetzung für die Rechte des Käufers aus § 437 Nrn. 2 und 3 BGB umschreibt keine Vertragspflicht, sondern eine **Obliegenheit des Käufers** (Senat, NJW 2006, 1195 = NZV 2006, 245 Rn 20; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rn 350). Diese Obliegenheit, der der Käufer im eigenen Interesse nachzukommen hat, wenn er die in § 437 Nrn. 2 und 3 BGB aufgeführten Rechte geltend machen will, beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die **Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen** für eine entsprechende Untersuchung **zur Verfügung zu stellen**.

Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat. Denn dem Verkäufer soll es mit der ihm vom Käufer einzuräumenden Gelegenheit zur Nacherfüllung **gerade ermöglicht werden, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen**, ob der behauptete Mangel besteht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann (vgl. § 439 III BGB), und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern (BGHZ 162, 219 [228] = NJW 2005, 1348; Senat, NJW 2006, 1195 = NZV 2006, 245 Rn. 21). Der Verkäufer kann von der **ihm zustehenden Untersuchungsmöglichkeit** nur Gebrauch machen, wenn ihm der Käufer die **Kaufsache zu diesem Zweck zur Verfügung stellt**.“ (BGH aaO)

## II. Überlassung unter der Bedingung der Verpflichtung zur Neulieferung

Der Kl. hat die Überlassung des Fahrzeugs an die Bekl. davon abhängig gemacht, dass diese sich zuvor mit der vom Kl. gewählten Art der Nacherfüllung durch Neulieferung einverstanden erklärt.

„Darauf brauchte sich die Bekl. nicht einzulassen. Der Verkäufer ist **nicht verpflichtet**, der vom Käufer **gewählten Art der Nacherfüllung zuzustimmen**, bevor er **Gelegenheit** gehabt hat, die Kaufsache auf die vom Käufer gerügten Mängel **zu untersuchen**. Auf eine „Ferndiagnose“ allein auf der Grundlage der Beanstandungen des Kl. brauchte sich die Bekl. nicht einzulassen.

Dies folgt bereits daraus, dass der Verkäufer erst auf Grund einer solchen Untersuchung beurteilen kann, ob die gerügten Mängel bestehen und bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben; nur unter dieser Voraussetzung ist der Verkäufer überhaupt zur Nacherfüllung verpflichtet. Darüber hinaus bedarf es der vorherigen **Untersuchung auch im Hinblick auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung**. Denn von den Feststellungen des Verkäufers zur Ursache eines etwa vorhandenen Mangels und dazu, ob und auf welche Weise dieser beseitigt werden kann, hängt ab, ob sich der Verkäufer auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung einlassen muss oder ob er sie nach § 275 II, III BGB oder § 439 III BGB verweigern kann.“ (BGH aaO)

## III. Unzumutbarkeit der Überlassung im Einzelfall

Möglicherweise musste der Kl. das Fahrzeug der Bekl. deshalb nicht zur Untersuchung überlassen brauchen, weil er Anlass zu der Befürchtung hatte, dass diese den Mangel nicht lediglich untersuchen, sondern ohne sein Einverständnis auch (durch Nachbesserung) beseitigen wird.

„Eine solche Befürchtung des Kl. rechtfertigte es jedoch nicht, eine Untersuchung des Fahrzeugs durch die Bekl. zu verweigern. Denn **falls** die Bekl. zu der vom Kl. geforderten **Ersatzlieferung verpflichtet** sein sollte, hätte sie sich durch eine gegen den Willen des Kl. vorgenommene Mangelbeseitigung durch **Nachbesserung von dieser Pflicht nicht befreien können**.

Davon abgesehen hat das BerGer. festgestellt, dass die Schreiben der Bekl., in denen diese eine Beseitigung etwaiger Mängel angeboten hat, nach dem **objektiven Empfängerhorizont** nicht dahin zu verstehen sind, dass die Bekl. das Fahrzeug auch ohne Einverständnis des Kl. reparieren würde. Rechtsfehler dieser tatrichterlichen Würdigung der zwischen den Parteien geführten Korrespondenz werden von der Revision nicht aufgezeigt und sind auch nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

## IV. Ergebnis: Der Kl. hat der Bekl. keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben, so dass es an den Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt fehlt und die Klage daher unbegründet ist.

StVG  
§ 17**Überschreiten der Autobahnrichtgeschwindigkeit  
Mithaftung bei Verkehrsunfall**

DeliktsR

(OLG Stuttgart in NJW-RR 2010, 604; Urteil vom 11.11.2009 – 3 U 122/09)

1. Die **Beweislast** für die **Unabwendbarkeit** eines Unfalls nach § 17 III StVG trifft den **Halter**, der sich hierauf beruft.
2. Ein „**Idealfahrer**“ würde in Kenntnis einer Steigerung der Gefahrenlage die **Autobahnrichtgeschwindigkeit von 130 km/h nicht überschreiten**. Geschieht dies gleichwohl, kommt es für die Unabwendbarkeit darauf an, ob der Unfall auch bei Einhaltung der Richtgeschwindigkeit unvermeidbar gewesen wäre.
3. Ein **Zurücktreten der Betriebsgefahr** kommt nur bei einem **geringfügigen Überschreiten** der Autobahnrichtgeschwindigkeit in Betracht. Anderenfalls ist von einer Mithaftung von 20 % allein wegen der Geschwindigkeit auszugehen.

**A. Grundlagenwissen: Die Haftung aus § 7 StVG****I. Der Anspruchsgegner muss Halter eines Kfz sein (§§ 1 II, 8 StVG)**

Halter ist derjenige, der für eigene Rechnung das Fahrzeug gebraucht und die grundsätzliche Verfügungsgewalt besitzt.

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

1. **Leben**
2. **Körper bzw. Gesundheit**
3. **Sache**

**III. Schaden muss beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs entstanden sein**

1. Der **Betrieb** beginnt mit dem Ingangsetzen des Motors und endet erst mit dem Motorstillstand, wenn sich das Fahrzeug endgültig in Ruhelage befindet. Das Fahrzeug muss dabei an einem Ort außerhalb des öffentlichen Verkehrs abgestellt worden sein.
2. Der **Schaden** ist beim Betrieb entstanden, wenn der Unfall in einem unmittelbaren, örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit den Betriebsvorgängen oder mit bestimmten Betriebseinrichtungen des Kfz steht.

**IV. Kein Ausschluss der Haftung**

1. **§ 7 II StVG: höhere Gewalt**
2. **§ 7 III 1 StVG: jemand benutzt das Kfz ohne Wissen und Wollen des Halters**
3. **§§ 8, 8a I, 15 StVG: weitere Haftungsausschlüsse**
4. **§ 17 III StVG: unabwendbares Ereignis bei mehreren Kraftfahrzeugen**

Ein **unabwendbares Ereignis** ist ein Ereignis, das auch durch äußerste Sorgfalt nicht abgewendet werden kann. Es muss ein sachgemäßes geistesgegenwärtiges Handeln über den gewöhnlichen und persönlichen Maßstab hinaus vorliegen, wobei nach der Rechtsprechung der Maßstab eines Idealfahrers anzulegen ist.

Hierfür trägt der Halter die Beweislast, da es sich um die Ausnahme von der grundsätzlich angeordneten Haftung handelt.

**B. Mithaftung bei Überschreiben der Autobahn-Richtgeschwindigkeit (OLG Stuttgart in NJW-RR 2010, 604)**

**Fall:** Der Kl. macht Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall geltend, der sich am 07.08.2008 gegen 22.15 Uhr auf der Autobahn in Fahrtrichtung S. ereignete. Die Bekl. zu 1 fuhr zum Unfallzeitpunkt mit ihrem Pkw, versichert bei der Bekl. zu 2, von der Raststätte N. auf die Autobahn ein. Gleichzeitig näherte sich von hinten der Kl. mit seinem Pkw mit einer Geschwindigkeit von mindestens 170 km/h auf der linken Fahrspur. Als die Bekl. zu 1 von der Beschleunigungsspur kommend auf direktem Weg, also ohne größeres Verharren auf der rechten Fahrspur, auf die linke Fahrspur wechselte, kam es zum Auffahren des klägerischen Fahrzeugs auf das Fahrzeug der

Bekl. zu 1. Der Kl. hat seinen gesamten materiellen Schaden in Höhe von 31.413,14 Euro sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.307,81 Euro geltend gemacht. Nach Rechtshängigkeit hat die Bekl. zu 2 hierauf während des erstinstanzlichen Verfahrens 20.942,10 Euro sowie auf die außergerichtlichen Anwaltskosten 1.176,91 Euro gezahlt. Insoweit haben beiden Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. In der Hauptsache hat der Kl. daraufhin die verbleibenden 10.471,04 Euro sowie außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 130,90 Euro geltend gemacht. Hat der Kläger einen Anspruch auch auf Zahlung der weiteren Beträge?

**Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung der Klagebeträge gem. §§ 7 I, 17 I, II StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG haben.**

- I. Die Bekl. zu 1 ist **Halterin** des verunfallten Pkw, der bei der Bekl. zu 2 pflichtversichert ist.
- II. Es wurde das **Fahrzeug** des Kl., also eine **Sache** und damit eines der in § 7 StVG genannten **Rechtsgüter** verletzt.
- III. Der Schaden ist auch beim Betrieb der Kraftfahrzeuge, nämlich beim Befahren der Autobahn entstanden.
- IV. Die Haftung der Bekl. zu 1 könnte jedoch ausgeschlossen sein.

Zwar greift keiner der Haftungsausschlüsse des §§ 7, 8, 8a, 15 StVG, allerdings kommt wegen der Beteiligung mehrerer Kraftfahrzeug die Anwendung von § 17 III StVG in Betracht.

### 1. Vorliegen eines unabwendbaren Ereignisses

Eine Haftung der Bekl. zu 1 wäre daher ausgeschlossen, wenn der Unfall für sie ein unabwendbares Ereignis war.

Ein **unabwendbares Ereignis** ist ein Ereignis, das auch durch äußerste Sorgfalt nicht abgewendet werden kann. Es muss ein sachgemäßes geistesgegenwärtiges Handeln über den gewöhnlichen und persönlichen Maßstab hinaus vorliegen, wobei nach der Rechtsprechung der Maßstab eines Idealfahrers anzulegen ist.

Hierfür trägt der Halter die Beweislast, da es sich um die Ausnahme von der grundsätzlich angeordneten Haftung handelt.

#### a) keine Unabwendbarkeit für die Bekl. zu 1

*„Auf der Seite der Bekl. zu 1 liegt ein erhebliches Verschulden vor. Die Bekl. zu 1 hat sowohl gegen die Pflicht gem. § 5 IV StVO, wonach der zum Überholen Ausscherende sich so verhalten muss, dass eine **Gefährdung des nachfolgenden Verkehrs ausgeschlossen** ist, als auch gegen das Gebot des § 7 V StVO, nach welchem ein Fahrstreifenwechsel nur dann erlaubt ist, wenn eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen ist, verstoßen. Die Bekl. zu 1 ist mit ihrem Fahrzeug auf die linke Fahrspur gefahren, obwohl sie nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen das dort herannahende Fahrzeug des Kl. hätte erkennen können.*

*Daneben hat die Bekl. zu 1 gegen die **Sorgfaltspflichten beim Einfahren auf eine Autobahn** verstoßen. Wer von der Beschleunigungsspur auf eine befahrene Autobahn auffährt, darf nicht „in einem Zug“ auf die Überholspur fahren. Er muss sich vielmehr zunächst in den Verkehrsfluss auf der Normalspur einfügen, um sich selbst in die konkrete Verkehrssituation auf der Autobahn einzufühlen und sich zu vergewissern, dass er durch das beabsichtigte Überholen andere Fahrzeuge, die sich von hinten nähern, nicht gefährdet oder behindert (BGH, NJW 1986, 1044). Die Bekl. zu 1 hat sich nach den Ausführungen des Sachverständigen mit ihrem Fahrzeug ohne nennenswerte Unterbrechung auf direktem Weg von der Beschleunigungsspur auf die äußerste linke Spur bewegt. Sie hat also ihre Pflicht, zunächst solange auf der rechten Spur zu fahren, dass sie die Gesamtsituation auf der Autobahn überblicken konnte, nicht wahrgenommen und somit eine erhebliche Gefahrensituation für den nachfolgenden Verkehr hervorgerufen.“ (OLG Stuttgart aaO)*

#### b) Unabwendbarkeit für den Kl.

Der Unfall könnte daher für den Kl. unabwendbar gewesen sein.

##### aa) kein Verschulden des Kl.

*„Ein Verschulden des Kl. kann hingegen nicht festgestellt werden. Zwar hat der Sachverständige festgestellt, dass der Kl. unmittelbar vor der Kollision mindestens mit einer Geschwindigkeit von **170 km/h gefahren** ist. Dieses war jedoch **mangels einer Geschwindigkeitsbeschränkung nicht verboten**. Bei der tatsächlich gefahrenen Geschwindigkeit war das Unfallgeschehen für den Kl. auch **unvermeidbar**, so dass ihm ein Fehlverhalten in der konkreten Unfallsituation nicht vorgeworfen werden kann.*

Zutreffend hat das LG auch ausgeführt, dass der Kl. **nicht bereits wegen des Einfahrens von Fahrzeugen auf die Autobahn seine Geschwindigkeit drastisch hätte reduzieren müssen**. Der Kl. durfte auf der Grundlage der § 18 III StVO und § 7 V StVO darauf vertrauen, dass sein **Vorrecht auf der linken Fahrspur berücksichtigt werden würde**.“ (OLG Stuttgart aaO)

## bb) Mithaftung wegen Überschreitens der Autobahnrichtgeschwindigkeit

Der Fahrer, der mit Erfolg die **Unabwendbarkeit eines Unfalles** geltend machen will, muss sich wie ein „**Idealfahrer**“ verhalten haben.

„Dabei darf sich die Prüfung nicht auf die Frage beschränken, ob der Fahrer in der konkreten Gefahrensituation wie ein „Idealfahrer“ reagiert hat, vielmehr ist sie auf die weitere Frage zu erstrecken, ob ein „Idealfahrer“ **überhaupt in eine solche Gefahrenlage geraten wäre**. Der sich aus einer abwendbaren Gefahrenlage ergebende Unfall wird nicht dadurch unabwendbar, dass sich der Fahrer in der Gefahr nunmehr (zu spät) „ideal“ verhält. Damit verlangt § 17 III StVG, dass der „Idealfahrer“ in seiner Fahrweise auch die **Erkenntnisse berücksichtigt**, die nach allgemeiner Erfahrung geeignet sind, **Gefahrensituationen nach Möglichkeit zu vermeiden**. Solche Erkenntnisse haben in der Autobahn-Richtgeschwindigkeits-Verordnung Ausdruck gefunden, in der die **Empfehlung ausgesprochen wird, auf Autobahnen nicht schneller als 130 km/h zu fahren**.

Die **Nichtbeachtung** dieser Empfehlung allein begründet zwar **keinen Schuldvorwurf**. Bei der Auslegung des Begriffs des unabwendbaren Ereignisses ist das dieser Verordnung zu Grunde liegende Erfahrungswissen, dass sich durch eine **höhere Geschwindigkeit** als 130 km/h die **Unfallgefahren auf der Autobahn merkbar erhöhen**, jedoch zu berücksichtigen. Auf die Unabwendbarkeit eines Unfalles kann sich ein Kraftfahrer, der die Richtgeschwindigkeit von 130 km/h überschritten hat, daher regelmäßig nicht berufen, es sei denn, er weist nach, dass der **Unfall für ihn auch bei einer Geschwindigkeit von 130 km/h nicht zu vermeiden war** und es somit auch bei Einhaltung der Richtgeschwindigkeit zu dem Unfall mit vergleichbar schweren Folgen gekommen wäre (BGH, NJW 1992, 1684).“ (OLG Stuttgart aaO)

Es kommt daher entscheidend darauf an, ob der Kl. nachweisen kann, der der Unfall auch dann für ihn unvermeidbar gewesen wäre, wenn er 130 km/h gefahren wäre.

„Der Sachverständige P hat überzeugend dargelegt, dass der Kl. **mindestens 170 km/h** gefahren ist, aber auch eine Geschwindigkeit von **190 km/h nicht ausgeschlossen** werden kann. Weiter hat er ausgeführt, dass zwar bei einer unterstellten tatsächlichen Geschwindigkeit von **170 km/h** der **Unfall auch bei der Einhaltung der Richtgeschwindigkeit für den Kl. unvermeidbar war, nicht jedoch** bei einer unterstellten tatsächlichen Geschwindigkeit von **190 km/h**. Die Möglichkeit, dass der Kl. tatsächlich mit 190 km/h gefahren ist und in dieser Konstellation bei einer **um 60 km/h reduzierten Geschwindigkeit den Unfall hätte verhindern können**, kann somit vom Kl. nicht ausgeschlossen werden, so dass der **Unabwendbarkeitsnachweis nicht erbracht ist**.“ (OLG Stuttgart aaO)

Der Kl. konnte den Nachweis daher nicht erbringen, dass der Unfall für ihn unvermeidbar war.

## 2. Konsequenzen der Vermeidbarkeit für Unfallbeteiligte

Ist der Unfall für keinen der beteiligten Fahrzeugführer unvermeidbar gewesen, so hat nach § 17 I, II StVG eine Abwägung der beiderseitigen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge zu erfolgen. Im Rahmen dieser Abwägung könnte die durch die hohe Geschwindigkeit des Kl. gesteigerte Betriebsgefahr hinter das erhebliche Verschulden der Beklagten zurücktreten.

„In der Rspr. wird bei Konstellationen, in denen ein Fahrzeug auf der Autobahn auf die **Überholspur wechselt**, auf der von hinten ein anderes Fahrzeug mit einer **höheren Geschwindigkeit als der Richtgeschwindigkeit** folgt und es dann zum Auffahrunfall kommt, in der Regel eine **Mithaftung des Auffahrenden** in Höhe der normalen Betriebsgefahr angenommen (vgl. OLG Celle, Urt. v. 27. 6. 1974 –Az.: 5 U 184/73; OLG Hamm, MDR 2000, 518; OLG Hamm, r + s 2003, 342 = BeckRS 2008, 16671; Grüneberg, Haftungsquoten bei Verkehrsunfällen, 11. Aufl. [2008], Rn 147 mit zahlreichen w. Nachw.). Dieses gilt insbesondere dann, wenn sich der Unfall bei Dunkelheit ereignet hat (vgl. OLG Düsseldorf, ZfS 1981, 161 und 168).

Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an und hält vor diesem Hintergrund mit dem LG eine **Mithaftung des Kl. in Höhe von 20%** für angemessen.

Ein **vollständiges Zurücktreten der Betriebsgefahr** des klägerischen Fahrzeuges wäre u.U. dann in Betracht gekommen, wenn die Betriebsgefahr durch ein nur geringfügiges Überschreiten der **Richtgeschwindigkeit nur unbedeutend erhöht** gewesen wäre. Das war aber bei einer gefahrenen Geschwindigkeit von mindestens 170 km/h nicht der Fall. Vielmehr führte die deutliche Geschwindigkeitsdifferenz dazu, dass die Gefahrensituation für den Kl. erheblich schwerer zu beherrschen war. Außerdem ist das erhebliche **Überschreiten der Richtgeschwindigkeit gerade bei Dunkelheit stark Gefahr erhöhend**, da die Geschwin-

*digkeit und der Abstand eines von hinten herannahenden Fahrzeugs im Dunkeln wesentlich schwieriger eingeschätzt werden können als im Hellen.“ (OLG Stuttgart aaO)*

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Verhalten der Bekl. zu 1 in einem Strafverfahren als grob verkehrswidrig und rücksichtslos und somit als strafbar gem. § 315c StGB angesehen wurde.

*„Gerade auf Grund ihres erheblichen Verschuldens haftet die Beklagtenseite zu 80% und somit ganz überwiegend. Die strafrechtliche Relevanz dieses erheblichen Verschuldens der Bekl. zu 1 kann dem Kl. keinen „Freibrief“ geben, zur Nachtzeit mit einer erheblich über der Richtgeschwindigkeit liegenden Geschwindigkeit auf der Autobahn zu fahren und bei einem dann erfolgten Unfall jede Haftung von sich zu weisen.“ (OLG Stuttgart aaO)*

Auch die Tatsache, dass die Bekl. nicht „nur“ pflichtwidrig die Fahrspur gewechselt hat, sondern ohne nennenswerte Unterbrechung auf direktem Weg von der Beschleunigungsspur auf die linke Spur gefahren ist, ändert an der Mithaftung des Kl. nichts.

*„Die durch die **sehr hohe Geschwindigkeit** von mindestens 170 km/h erhöhte Betriebsgefahr des klägerischen Fahrzeuges wirkt sich **gegenüber** einem von der **Beschleunigungsspur** direkt auf die linke Fahrbahn ziehenden Fahrzeug **nicht anders** oder zumindest nicht wesentlich anders aus als gegenüber einem Fahrzeug, das überraschend und unvorhersehbar „**nur**“ von der **rechten Fahrspur** nach links zieht. Auch die vom Kl. in der Berufungsbegründung genannten Urteile, bei denen es jeweils um ein Auffahren auf Fahrzeuge ging, die in einem Zug von der Beschleunigungsspur auf die Überholspur einer Autobahn führen, ändern an dieser Bewertung nichts, da die entsprechenden Urteile jeweils keine vergleichbaren Fälle betrafen. Im dem Urteil des OLG Koblenz, NJOZ 2004, 3086, zu Grunde liegenden Fall wäre der Unfall für den von hinten mit hoher Geschwindigkeit herannahenden Fahrzeuglenker anders als im vorliegenden Fall auch bei der Einhaltung der Richtgeschwindigkeit unvermeidbar gewesen (vgl. NJOZ 2004, 3086). Im Fall des OLG Naumburg, NZV 2008, 618 wiederum war die Überschreitung der Richtgeschwindigkeit durch das auffahrende Fahrzeug zwar möglich, jedoch nicht bewiesen (vgl. OLG Naumburg, NZV 2008, 618).“ (OLG Stuttgart aaO)*

- V. **Ergebnis:** Da der Kl. insofern für die durch Überschreiten der Autobahnrichtgeschwindigkeit erhöhte Betriebsgefahr eintreten muss, die auch nicht hinter das erhebliche Verschulden der Bekl. zu 1 zurücktritt, hat er nur einen Anspruch auf **Ersatz von 80 % seines Schadens** und die hierauf entfallenden vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten. Ihm steht daher lediglich Ersatz des Fahrzeugschadens in Höhe von 25.130,51 € zu, wovon 20.942,10 € bereits beglichen sind. Sein Restanspruch beläuft sich daher auf 4.188,41 € und das auf den Betrag von 25.130,51 € entfallende vorgerichtliche Anwaltshonorar. Ein weiterer Anspruch besteht nicht.

(OLG Hamm in WM 2010, 725; Beschluss vom 11.02.2010 – 2 Ws 323/09)

1. Auch eine **plakative und heftige Beleidigung von Teilen der Bevölkerung** erfüllt **nicht ohne weiteres** die Voraussetzungen eines besonders qualifizierten, die **Menschenwürde verletzenden Angriffs auf die Persönlichkeit**, wie er von § 130 I Nr. 2 StGB vorausgesetzt wird.
2. Ein **Angriff gegen die Menschenwürde setzt vielmehr voraus**, dass
  - die feindselige Haltung den **Menschen im Kern seiner Persönlichkeit trifft**,
  - das „**Menschentum**“ des Angegriffenen **bestritten, in Frage gestellt oder relativiert** wird,
  - das **Recht des Angegriffenen bestritten** wird, als **gleichwertige Persönlichkeit** in der staatlichen Gemeinschaft zu leben.

**Fall:** Am Tattag fand in B. in der Zeit zwischen 13.00 und 17.00 Uhr ein vom Landesverband NRW der NPD angemeldeter Aufzug statt, an dem etwa 250 Personen teilnahmen. Das Motto dieses Aufzugs war: „Deutsche wehrt Euch - Gegen Befremdung, Islamisierung und Ausländerkriminalität!“ (...). Am Rande des Aufzugs (...) kandierte Gegendemonstranten (...): „Nazis raus!“.

Der Angekl. kandierte während des Aufzugs über die Lautsprecheranlage des Lkw's wiederholt: „Hoch die nationale Solidarität!“ Weiterhin äußerte er: „Ist der Ali kriminell, in die Heimat, aber schnell!“ und außerdem: „Denn Multikulti ist kein Himmelsgesetz. Multikulti und Masseneinwanderung sind nicht vom deutschen Volk gewollt, sondern von einer kleinen politischen Minderheit gegen die Interessen. (...)“. Weiterhin führte er aus, in Deutschland werde eine Politik gegen die deutsche Bevölkerung betrieben, die „noch“ in der Mehrheit sei. „Parallelgesellschaften“ machten sich „breit“ und drängten die „deutsche Bevölkerung“ zurück. Schließlich skandierte er auch (mehrfach): „Wir kämpfen frei, sozial und national!“.

Der Angekl. äußerte zudem während des Aufzugs: „Wir lassen es nicht zu, dass z. B. Ausländer hier sich uns in Weg stellen und so tun, als wäre dies ihre Stadt. Wir haben als Deutsche das Recht, und darin haben sich auch die Fremden aus ihren Herrenländer zu gewöhnen, dass wir als Deutsche hier auf die Straße gehen können, um zu demonstrieren, dass Deutschland auch weiterhin das Land der Deutschen bleiben muss.“

Der Angekl. äußerte im Zuge seiner Rede (...) insbesondere Folgendes: „Hier in Deutschland haben wir in der Zukunft mit massiven Einbrüchen unseres Sozialsystems zu kämpfen. Wir werden es mit einer massiven Verelendung in Teilen unseres Volkes zu tun bekommen. Alles das, was jetzt noch hier in Flitter und Glanz und Schein zu funktionieren scheint, wird langsam aber sicher zusammenbrechen. Parallelgesellschaften werden dazu übergehen, sich ihr Recht zu nehmen, wenn sie es denn nicht mehr bekommen. Ganze Stadtteile sind inzwischen von der Polizei in Berlin für nicht mehr handhabbar erklärt worden. Dort hat die Polizei offen erklärt, dass man den Banden dem multikulturellen Abgrund dort nicht mehr Herr werden kann. Mafiastrukturen aus dem Ausland haben sich in unserer Gesellschaft hineingefressen, es fängt ganz klein an in den Ortsämtern, bei den Sozialämtern, wo die Leute unter Druck gesetzt werden, wenn sie vielleicht einer Großfamilie nicht mehr das Geld zugestehen, welches diese Großfamilie beansprucht (...)“

Der Angekl. trat dabei in uniformähnlicher Kleidung auf: Er trug einen Mantel, welcher an einen Uniformmantel „Manschafftenwaffen-SS“ erinnerte und eine Mütze, die militärisch aussah. Der Angekl. führt, was allgemein bekannt ist, den Aliasnamen „Steiner“, nach einem Obergruppenführer der Waffen-SS (Felix Steiner), und wird auch so genannt.

Der Angekl. könnte sich wegen **Volksverhetzung** strafbar gemacht haben, indem er durch seine **Äußerungen** in einer Weise, die **geeignet** ist, den **öffentlichen Frieden zu stören, zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufgestachelt** hat, gem. § 130 I Nr. 1 Alt. 1 StGB.

- I. Dies gilt auch unter **Berücksichtigung der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I GG**, dessen Schutzbereich unabhängig davon eröffnet ist, ob eine Meinung als Werturteil oder als Tatsachenbehauptung geäußert wird (BVerfG NJW 2001, 61; NJW 2003, 660).

**§ 130 StGB** ist ein **allgemeines, die Meinungsfreiheit beschränkendes Gesetz i. S. v. Art. 5 II GG**, dessen Auslegung und Anwendung im Lichte der Meinungsfreiheit zu erfolgen hat. Nach st. Rspr. des BVerfG sind daher mehrdeutige Aussagen nur dann strafbar, wenn strafrechtlich irrelevante Auslegungsvarianten, die nicht völlig fern liegen, mit schlüssigen Argumenten ausgeschlossen werden können (BVerfG NJW 2001, 61, 62; NJW 2003, 660; NJW 2008, 2907 m. w. N.).

- II. Die Äußerungen des Angekl. können vernünftigerweise nur so gedeutet werden, dass er seine **Angriffe auch unmittelbar gegen die in Deutschland lebenden Ausländer**, und damit gegen

ein Teil der Bevölkerung i. S. v. § 130 I StGB gerichtet hat (vgl. OLG Hamm NStZ 1995, 136; BGHR StGB § 130 Nr. 1 - Bevölkerungsteil 2).

„Die Deutung, dass die Äußerungen des Angekl. nicht notwendigerweise als gegen „die Ausländer“ gerichtet zu verstehen seien, sondern auch als Äußerung einer ablehnenden Haltung gegen eine bestimmte Ausländerpolitik zu verstehen seien, ist nur bei einer isolierten Betrachtung der einzelnen Aussagen nachvollziehbar. **Geboten ist indes eine Gesamtbetrachtung.**

Nach **st. Rspr. des BVerfG und des BGH** sind bei der Deutung von Äußerungen neben dem **Wortlaut und dem sprachlichen Kontext**, in welchem die umstrittenen Äußerungen stehen, auch die für die Zuhörer erkennbaren äußeren Begleitumstände zu beachten, unter denen die Äußerungen gefallen sind (BVerfG NJW 2001, 61; NJW 2003, 660; BVerfG NJW 2008, 2907), denn diese Umstände können Hinweise darauf geben, wie der durchschnittliche Zuhörer die Äußerungen auffassen wird. Ob bei der Auslegung, wie der BGH meint, zu berücksichtigen ist, dass es sich um einen mehrheitlich gleichgesinnten dem Rechtsextremen politischen Spektrum zuzurechnenden Zuhörerkreis handelt oder ob auf das Verständnis des unvoreingenommenen verständigen Zuhörers abzustellen ist (BVerfG NJW 2008, 2907), kann dahinstehen, da vorliegend auch nach dem Verständnis eines objektiven, unvoreingenommenen Zuhörers nur eine Deutung der Äußerungen in Betracht kommt, die den Straftatbestand erfüllt.

Bei einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Äußerungen des Angekl. aus der **Sicht eines objektiven Empfängers** ergibt sich eindeutig, dass sich seine Angriffe nicht allein gegen die politischen Entscheidungsträger oder die Politik als solche, sondern auch unmittelbar gegen die in Deutschland lebenden Ausländer richten.

Zu berücksichtigen sind dabei die folgenden **Begleitumstände der Äußerungen**: Der Aufzug der NPD stand unter dem Motto „Deutsche wehrt Euch“ gegen Überfremdung, Islamisierung und Ausländerkriminalität!, welches auch auf dem an dem Lkw angebrachten Plakat abgedruckt war, der dem Angekl. als Podium diente. In großer Schrift war auch die Internetadresse [www.a...de](http://www.a...de) zu lesen. In dieser Atmosphäre trat der Angekl. in **uniformähnlicher Kleidung** auf. Der Mantel erinnert an Mäntel der SS und seine Mütze erweckt einen militärischen Eindruck. Der Angekl. führt den Ali-Asnamen „Steiner“, nach einem Obergruppenführer der Waffen-SS, und wird so genannt. Dies macht deutlich, dass er sich mit der Ideologie des Nationalsozialismus identifiziert.

Die Äußerungen des Angekl. sind unter Beachtung dieser Begleitumstände zu bewerten. Dass der Angekl. nicht nur die Ausländerpolitik, sondern auch die Ausländer selbst angreift, wird an folgendem deutlich:

Er grenzt das deutsche Volk nach der Abstammung von anderen Völkern ab. Während des gesamten Aufzugs und der Kundgebung spricht er von den Deutschen oder dem deutschen Volk und im Gegensatz dazu von anderen Völkern, Ausländern, Fremden oder „Parallelgesellschaften“. Das deutsche Volk sei bedroht durch Überfremdung, da sich „Parallelgesellschaften“ in Deutschland breit machten und die deutsche Bevölkerung, die noch in der Mehrheit sei, zurückdrängen. Das deutsche Volk habe ein Recht, das Überleben im eigenen Land zu sichern und so sehe er sich und seine Gesinnungsgenossen eins mit nationalistischen Befreiungsbewegungen in aller Welt. Deutsche müssten nicht widerspruchslos hinnehmen, eine Minderheit im eigenen Land zu werden.

Die sich breit machenden Parallelgesellschaften sind nicht die Entscheidungsträger, die die von ihm abgelehnte Ausländerpolitik zulassen, sondern die in Deutschland lebenden Ausländer. Mit dem Ausdruck „Parallelgesellschaften“ spricht er auch nicht etwa Integationsprobleme an, sondern er verwendet den Ausdruck synonym für Ausländer insgesamt. Das macht er dadurch deutlich, dass er davon spricht, dass diese sich breit machen und die noch in der Mehrheit vorhandene deutsche Bevölkerung zurückdrängen. Damit stellt er allein auf die Mehrheitsverhältnisse der Volkszugehörigkeit ab, meint also die Ausländer insgesamt und nicht nur „Integationsunwillige“.

Den Ausländern wirft er ein aktives „Sich-breit-machen“ vor, was zeigt, dass er sich gerade nicht darauf beschränkt, eine Politik zu kritisieren, die einen seiner Meinung nach zu hohen Ausländeranteil in der deutschen Bevölkerung zur Folge hat. Er behauptet, dass die Ausländer, die bald die Mehrheit in Deutschland bilden würden, das soziale System unterwandern, es damit zum Einsturz bringen und dadurch eine „massive Verelendung“ in Teilen des deutschen Volkes drohe. Er sagt: „Parallelgesellschaften werden dazu übergehen, sich ihr Recht zu nehmen, wenn sie es denn nicht mehr bekommen“ und beschreibt dazu einen Fall, den er als den typischen darstellt: „Es fängt ganz klein an in den Ortsämtern, bei den Sozialämtern, wo die Leute unter Druck gesetzt werden, wenn sie vielleicht einer Großfamilie nicht mehr das Geld zugestehen, welches diese Großfamilie beansprucht“. Im gleichen Atemzug spricht er von „Mafiastrukturen aus dem Ausland“, die sich in die deutsche Gesellschaft „hineingefressen“ haben. Er beschränkt sich jedoch nicht darauf, Mafiastrukturen anzuprangern, sondern er stellt gerade diesen angeblich typischen Fall der ausländischen Großfamilie als den Anfang von Mafiastrukturen aus dem Ausland dar („Es fängt ganz klein an“).

Diese Aussagen sind sprachlich eingebettet in seine Parolen „sozial geht nur national!“ und „hoch die nationale Solidarität!“ sowie die Wortschöpfung „multikriminell“ und das mit seinem Einverständnis während seiner Rede von ihm hochgehaltene Plakat „Multikulti ist Völkermord“, gemeint: am deutschen Volk.

Dass der Angekl. neben den Ausländern auch die Ausländerpolitik mit anderen Äußerungen angreift, wie z. B. dem allgemeinen Vorwurf, dass in Deutschland eine Multikulti-Politik gegen die deutsche Bevölkerung betrieben werde, ändert an dieser Bewertung nichts. Das Nebeneinander dieser verschiedenen Erklärungen führt nicht zur Straflosigkeit des Angriffs auf die Ausländer.“ (OLG Hamm aaO)

### III. Der Angekl. hat durch seine Äußerungen **zum Hass** gegen die in Deutschland lebenden Ausländer **aufgestachelt**.

Unter Aufstachelung zum Hass ist ein **Verhalten** zu verstehen, **das auf die Gefühle oder den Intellekt eines anderen einwirkt und objektiv geeignet sowie subjektiv bestimmt ist, eine**



**emotionale gesteigerte, über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende, feindselige Haltung** gegen den betreffende Bevölkerungsteil zu erzeugen oder zu verstärken (BGH NJW 1994, 1421; BGH NJW 2001, 624).

*„Zwar ist davon auszugehen, dass die Äußerungen des Angekl. nicht zwingend so auszulegen sind, dass er seine Zuhörer zu gewalttätigen oder militanten Widerstandsleuten aufrufen will. Dies ist aber auch für die Aufstachelung i. S. v. § 130 I Nr. 1 Alt. 1 StGB nicht erforderlich (OLG Brandenburg NJW 2002, 1440).*

Die **Äußerungen des Angekl.**, insbes. die Behauptung, dass die Ausländer mit kriminellen Methoden das Sozialsystem unterwandern, sind **geeignet und bestimmt, eine emotional feindselige Haltung hervorzurufen**.

Sein Hinweis auf die drohende Verelendung von Teilen des deutschen Volkes durch die Unterwanderung des Sozialsystems durch die Ausländer ist geeignet, Angst und Wut bei denen hervorzurufen, die davon betroffen sein sollen. Auf diesem Nährboden vor dem Hintergrund des Plakats „Deutsche wehrt Euch!“ spricht er von „Kampf“, „nationalen Kämpfern“ sowie von „nationalistischen Befreiungsbewegungen“ und skandiert Parolen wie „sozial geht nur national!“ und „hoch die nationale Solidarität!“. Zutreffend weist die Staatsanwaltschaft auf die Parallele zur Parole „Deutsche! Wehrt Euch! Kauft nicht bei Juden!“ aus dem Jahr 1933 hin. Unter „Befreiungsbewegungen“ versteht man Gruppen, die von besonders unterdrückten Bevölkerungsteilen getragen werden und sich meistens mit Waffengewalt gegen die Unterdrücker zur Wehr setzen. Wehren und befreien muss man sich gegen einen bzw. von einem Feind. Als Feindbild präsentiert der Angeschuldigte die Ausländer.

Auch sein uniformähnlicher Kleidungsstil unterstützt den Gesamteindruck, dass der sich mit der nationalsozialistischen Ideologie identifizierende Angeschuldigte derart durch Inhalt, Art und äußere Umstände seiner Rede auf Gefühl und Intellekt der Zuhörer einwirkt.“ (OLG Hamm aaO)

IV. Die **Aufstachelung** ist auch in einer Weise erfolgt, die **geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören**.

Ausreichend ist eine nach Inhalt, Art und Ort oder anderen Umständen **konkrete Eignung zur Friedensstörung** (Schönke/Schröder, 27. Aufl., § 130 StGB Rn 11). Der öffentliche Friede braucht weder gestört noch konkret gefährdet zu sein. Der **tatbestandliche Erfolg** ist die **konkrete Eignung, das Vertrauen in die Rechtssicherheit zu erschüttern oder das Klima aufzuheizen** (BGH NJW 2001, 624 m. w. N.). Dabei kommt es auf eine Gesamtwürdigung von Art, Inhalt, Form, Umfeld der Äußerung, Stimmungslage der Bevölkerung und politischer Situation an (Fischer, 57. Aufl., § 130 StGB Rn 13).

*„Die Äußerungen des Angekl. waren im gegebenen Rahmen der Veranstaltung geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören. Denn der Angekl. hielt seine Rede auf einer öffentlichen Veranstaltung der NPD mit etwa 250 Teilnehmern, die im Rahmen einer landesweiten Kampagne stattfand. Parallel fanden zahlreiche Gegendemonstrationen statt. Seine Äußerungen waren durch Verwendung der Lautsprecheranlage auch für unbeteiligte Passanten und Anwohner vernehmbar.“ (OLG Hamm aaO)*

V. Der Angeschuldigte war sich des **objektiven Sinngehalts seiner Äußerungen** und deren Eignung, eine feindselige Haltung gegen die in Deutschland lebenden Ausländer hervorzurufen und den öffentlichen Frieden zu stören, bewusst und wollte dies auch.

VI. Jedoch hat der Angekl. durch seine Äußerungen nicht zugleich die Tatbestandsvariante des **§ 130 I Nr. 2 StGB** („Angriff auf die Menschenwürde“) verwirklicht.

Ein **Angriff auf die Menschenwürde** ist daher nicht schon immer dann anzunehmen, wenn durch eine Äußerung die Ehre oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines anderen tangiert ist. Selbst eine **plakative und heftige Beleidigung von Teilen der Bevölkerung erfüllt nicht ohne weiteres die Voraussetzungen eines besonders qualifizierten, die Menschenwürde verletzenden Angriffs auf die Persönlichkeit**, wie er von § 130 I Nr. 2 StGB vorausgesetzt wird (BVerfG NJW 2008, 2907; KG NJW 2003, 685). Ein Angriff gegen die Menschenwürde setzt voraus, dass die **feindselige Haltung den Menschen im Kern seiner Persönlichkeit trifft**, dass **„Menschentum“ der Angegriffenen bestritten, in Frage gestellt oder relativiert** wird (BVerfG NJW 2001, 61; KG NJW 2003, 685), dass das **Recht der Angegriffenen bestritten wird, als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft zu leben** (Fischer aaO, § 130 StGB Rn 12 a).

*„Der Angekl. bringt zwar eine starke Verachtung gegen Ausländer zum Ausdruck, er geht aber nicht so weit, ihr Menschsein und damit den Kern ihrer Persönlichkeit zu treffen. Zwar macht er deutlich, dass er eine Gesellschaft bevorzugt, in der die deutsche Bevölkerung mit möglichst wenigen bzw. keinen Ausländern lebt, aber er spricht den Ausländern nicht das Lebensrecht ab.“ (OLG Hamm aaO)*

StGB  
§§ 132, 267

## Urkundenfälschung / Amtsmissbrauch Ausstellen einer „Kennkarte des Dt. Reichs“

StGB

(OLG München in NSTz-RR 2010, 173; Urteil vom 05.01.2010 – 5 St RR 354/09)

Das **Herstellen und Verwenden** einer „Kennkarte des Dt. Reiches“ ist **weder als Urkundenfälschung noch als Amtsmissbrauch** strafbar, **wenn diese selbst bei oberflächlicher Betrachtung nicht für ein gültiges behördliches Dokument gehalten werden kann.**

**Fall:** Der Angekl. ist Mitglied einer Bewegung, die die rechtliche Existenz der BRD aus historischen Gründen anzweifelt. In diesem Zusammenhang wurde der Angekl. am 10.02.2007 zum Reichsstatthalter ernannt und am 30.03.2007 bevollmächtigt, auf Grund des Reichsstatthaltergesetzes vom 30.01.1935 und des Gesetzes über das Pass-, Ausländerpolizei- und Meldewesen sowie über das Ausweiswesen vom 11.05.1937 im Inland, die als „allgemein polizeilichen Inlandsausweis“ eingeführte Kennkarte für das Staatsgebiet des Deutschen Reiches auszustellen, bis in den jeweiligen Amtsbezirken der Umstand eingetreten ist, dass diese handlungsfähig geworden sind und sie diese Amtshandlung eigenständig durchführen können. Der Angekl. geht davon aus, dass das Deutsche Reich fortbesteht.

Am 08.05.2007 fertigte der Angekl. für sich und eine weitere Person mit Hilfe seines Computers jeweils eine Kennkarte des Deutschen Reiches an, die auf dem Deckblatt den Aufdruck „Deutsches Reich“ und „Kennkarte“, allerdings nicht in der damals üblichen Sütterlinschrift, trägt und mit dem Reichsadler mit Hakenkreuz im Eichenlaubkranz versehen ist. Format und Farbgebung sowie Struktur des Papiers ähneln dem grauen, deutschen Führerschein älterer Jahre. Seite zwei der Kennkarte enthält die zutreffenden Personaldaten der Kennkarteninhaber. Eine Rubrik für die Wohnanschrift fehlt. Die Kennkarten sind auf der das Lichtbild des Kennkarteninhabers tragenden Seite 3 mit drei Dienstsiegeln gestempelt, die den Reichsadler mit Hakenkreuz im Eichenlaubkranz und die Inschrift „Polizeipräsidium M“ tragen. Zwei Stempel sind auf dem Lichtbild angebracht, neben dem die Abdrücke des linken und rechten Zeigefingers des Kennkarteninhabers eingefügt sind. Darunter befindet sich die Unterschrift des Kennkarteninhabers. Unter dem Ausstellungsdatum, dem 08.05.2007, ist der dritte Stempel angebracht. Daneben ist als „auszustellende“ Behörde das „Polizeipräsidium M“ vermerkt. Als ausfertigender Beamter ist der Angekl. genannt.

Am 04.03.2008 befuhr der Angekl. einen Radweg in falscher Richtung. Dem ihn anhaltenden Polizeibeamten zeigte er, um sich auszuweisen, die hergestellte Kennkarte, um darüber zu täuschen, dass sein Personalausweis abgelaufen war und er sich nicht ausweisen kann, und um über seine Identität zu täuschen. Da der Polizeibeamte die Kennkarte nicht akzeptierte, legte der Angekl. seinen abgelaufenen Bundespersonalausweis vor.

Der Angekl. wusste, dass er kein Beamter des Polizeipräsidioms M ist, dass er nicht berechtigt zum Ausstellen von Kennkarten ist und dass die von ihm ausgestellten Kennkarten in der BRD nicht als gültig anerkannt werden.

I. Der Angekl. könnte sich wegen **Urkundenfälschung nach § 267 I StGB** strafbar gemacht haben, wenn er zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde hergestellt oder eine unechte Urkunde gebraucht hat.

1. **Urkunde i.S. des § 267 StGB** ist die verkörperte menschliche Gedankenerklärung, die geeignet und bestimmt ist, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen, und ihren Aussteller erkennen lässt (Fischer, StGB, 56. Aufl., § 267 Rn 2 mwN).

a) **Aussteller** ist diejenige aus der Urkunde erkennbare Person, die im Rechtsverkehr die Garantie für die Richtigkeit ihres Inhalts übernehmen soll (vgl. BGHSt 24, 140 = NJW 1971, 1812).

b) Eine **Urkunde ist unecht**, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht (Fischer aaO, § 267 Rn 20 mwN). Dagegen **kommt es auf die Richtigkeit des Erklärten nicht an** (Fischer aaO, § 267 Rn 18a mwN). Eine unechte Urkunde i.S. des § 257 StGB stellt derjenige her, der über deren Aussteller täuscht (Fischer aaO, § 267 Rn 20 mwN).

- Wird eine **Erklärung von dem Erklärenden mit seinem eigenen Namen unter Offenlegung seines Willens unterzeichnet, eine andere natürliche Person zu vertreten**, so weist die Urkunde nach ihrem Inhalt und Erscheinungsbild als ihren Aussteller grds. nicht den Vertretenen aus, sondern den **Erklärenden** (Fischer aaO, § 267 Rn 18 mwN), der als **Garant der Erklärung** angesehen wird. Da die Urkunde auch tatsächlich von ihm stammt, ist es für die Beurteilung der Echtheit der Urkunde ohne Belang, ob die behauptete Vertretungsmacht besteht.

- **Unterzeichnet der Täter dagegen mit seinem Namen unter Vortäuschung einer nicht bestehenden Vertretungsbefugnis** eine Erklärung für eine Firma oder eine Behörde, **stellt er eine unechte Urkunde her**, weil die Person des Erklärenden für den Rechtsverkehr, auf dessen Anschauung es ankommt, weniger wichtig ist als die

nach dem Anschein der Urkunde von ihm vertretene Behörde oder Firma und deswegen in ihrer Bedeutung hinter deren Rechtspersönlichkeit zurücktritt. (BGHSt 7, 149 = NJW 1955, 509; BGHSt 9, 43 = NJW 1956, 638; BGHSt 17, 11 = NJW 1962, 750; zuletzt BGH StV 1993, 307).

„Nach diesen Grundsätzen geht aus der Kennkarte nicht der Angekl., sondern das Polizeipräsidium M als zum Ausstellungsdatum auch **tatsächlich aktuell existierende Behörde als Aussteller** hervor. Die **Kennkarte ist daher unecht i.S. des § 267 I StGB**, weil der Angekl. nicht über eine Bevollmächtigung verfügte, als Beamter des Polizeipräsidioms M Kennkarten auszustellen.

Die **Kennkarte ist jedoch nicht geeignet und bestimmt, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen. Ihr fehlt jedwede Beweiseignung.**

Die Eignung zum Beweis einer Tatsache, d.h. die **objektive Beweisfähigkeit**, setzt voraus, dass die Urkunde geeignet ist, auf die Bildung einer Überzeugung mitbestimmend einzuwirken (Fischer aaO, § 267 Rn 10 mwN). Daran fehlt es hier: Die Körperschaft „Polizeipräsidium M“ ist zwar existent; eine gedankliche Verbindung zu staatlichen Stellen der Gegenwart ist jedoch nicht herzustellen, so dass schon die Möglichkeit eines behördlichen Ursprungs der Identitätserklärung unter dem angegebenen Ausstellungsdatum „08.05.2007“ ersichtlich ausscheidet. Selbst bei **oberflächlicher Betrachtung der Kennkarte** oder bei Betrachtung ohne ausreichenden Bildungs- und Informationshintergrund **kann diese nicht für ein gültiges behördliches Dokument gehalten werden**. Die Kennkarte erweckt nicht einmal den Anschein einer behördlich ausgestellten Erklärung. Eine Bezeichnungsidentität mit dem amtlichen Personaldokument, die auf einen behördlichen Aussteller hindeuten könnte, liegt nicht vor. Selbst die festzustellende Verwendung einzelner, für einen bundesdeutschen Personalausweis charakteristischer Merkmale, wie der Aufdruck eines Adlers als Wappentier oder die Wiedergabe einer Ausweisnummer begründet nicht den wirklichkeitsnahen Schein eines behördlichen Dokuments. Die Kennkarte enthält zwar bis auf die Wohnanschrift alle wesentlichen Daten, die auch ein Bundespersonalausweis aufweist, orientiert sich aber in Bezeichnung, Format und optischer Gestaltung nicht an diesem. In Format und Farbgebung, nicht aber dem Inhalt nach, ähnelt sie allenfalls dem alten deutschen Führerschein. Die Aufschrift „Kennkarte“ und „Deutsches Reich“ mit Reichsadler und Hakenkreuz im Eichenlaubkranz auf der Vorderseite und die Behördenbezeichnung als „auszustellende Behörde“ unter dreifacher Anbringung eines Dienstsiegels aus Reichsadler und Hakenkreuz im Eichenlaubkranz lässt keine Zweifel zu, dass es sich bei dem vorgeblichen Legitimationspapier nicht um ein amtliches Dokument der BRD handeln kann. Diese **Auffälligkeiten lassen die Beweiseignung entfallen**. Auch das Verhalten des Polizeibeamten bei Vorlage der Kennkarte spricht gegen die Beweiseignung, denn er hat diese nicht als gültiges Ausweisdokument akzeptiert.“ (OLG München aaO)

2. Fraglich ist zudem, ob überhaupt ein **vorsätzliches Handeln** des Angekl. gegeben ist.
  - a) Für die Bejahung der inneren Tatseite des § 267 I StGB ist **erforderlich, dass der Täter vorsätzlich gehandelt und die Absicht gehabt hat, durch die Tathandlung im Rechtsverkehr zu täuschen**.

Der Vorsatz muss neben der Tathandlung die Merkmale des objektiven Tatbestands, insbesondere diejenigen, welche die Urkundeneigenschaft begründen, umfassen. Hierfür genügt dolus eventualis (Fischer aaO, § 267 Rn 28).

Für das Merkmal der Täuschung hingegen, also die Herbeiführung eines Irrtums des zu Täuschenden und dessen Veranlassung zu rechtserheblichem Verhalten, muss der Täter dies als sichere Folge seines Verhaltens i. S. des direkten Vorsatzes voraussehen (Fischer aaO, § 267 Rn 29).

- b) Vorliegend **fehlt bereits der Vorsatz hinsichtlich der Beweiseignung der Urkunde**.

„Der **Angekl. ging gerade nicht von einer Urkundenqualität und insbes. einer Beweiseignung der Kennkarte aus**. Der Angekl. **wusste, dass** die von ihm **ausgestellten Kennkarten in der BRD nicht als gültig anerkannt werden, dass sie also nicht beweisgeeignet, mithin als Legitimationspapiere ungeeignet** waren. Er wollte auch weder ein Legitimationspapier der BRD herstellen noch ein solches gebrauchen. Dies aber schließt den bedingten Vorsatz aus.

Aus den Urteilsgründen ergibt sich auch nicht, dass der Angekl. mit direktem Vorsatz zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt hat. Dies folgt auch nicht daraus, dass er den Ausweis bei einer Verkehrskontrolle vorgelegt hat. Denn nach den Urteilsgründen war dem Angekl. klar, dass die von ihm ausgestellte Kennkarte in der BRD nicht als gültig anerkannt wird, er sich mit dieser also nicht legitimieren kann. Die Existenz der BRD akzeptierte er nicht, sondern er glaubte an ein Fortbestehen des Deutschen Reiches, wissend, dass seine Einstellung von der Öffentlichkeit und von den Behörden nicht geteilt wurde. Die Gültigkeit eines Legitimationspapiers wollte er daher nicht vorspiegeln. Auch über den Umstand, dass sein Personalausweis abgelaufen war, wollte er nicht täuschen. Er wollte ihn nur nicht vorlegen. Letztlich wollte er auch nicht über seine Identität täuschen, denn die Kennkarte enthielt seine zutreffenden Personalien.“ (OLG München aaO)

II. Der Angekl. könnte sich aber wegen **Amtsanmaßung nach § 132 StGB** strafbar gemacht haben.

1. Eine Amtsanmaßung **begeht derjenige, der sich unbefugt mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes befasst oder eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf.**
2. Die **beiden Handlungsalternativen des § 132 StGB** stehen in einem **Spezialitätsverhältnis** mit Vorrang der ersten Handlungsform, bei der das Auftreten des Täters als angeblicher Amtsträger als bestimmendes Merkmal den Sachverhalt unter einem besonderen Gesichtspunkt aus dem umfassenderen Anwendungsbereich der zweiten Variante heraushebt (Fischer aaO, § 132 Rn 18).

- a) Die **erste Tatbestandsvariante** setzt voraus, dass der Täter ein öffentliches Amt ausübt, d.h. sich gegenüber Dritten so verhält, als nehme er Aufgaben und Befugnisse einer ihm verliehenen Amtsstellung wahr; er muss sich für den Amtsinhaber ausgeben und eine Handlung vornehmen, die sich als Ausübung eines Amtes darstellt (Fischer aaO, § 132 Rn 8).

*„Der Angekl. aber ist bei der Polizeikontrolle nicht als Amtsträger aufgetreten. Er hat sich nicht als Beamter des Polizeipräsidiums M ausgegeben. Allein die Vorlage der Kennkarte anlässlich einer polizeilichen Verkehrskontrolle genügt nicht.*

*Tatsächlich wollte er sich auch kein Amt der BRD anmaßen, deren Existenz er nicht akzeptierte, weil er von einem Fortbestehen des Deutschen Reiches ausging. Vielmehr wollte er als „Reichsstatthalter“ Kennkarten ausstellen. § 132 StGB aber schützt nur öffentliche Ämter der BRD und nicht des ehemaligen Deutschen Reiches (BGHSt 40, 8 = NJW 1994, 1228 = NStZ 1994, 179; Fischer aaO, § 132 Rn 4).“ (OLG München aaO)*

- b) Die zweite Tatbestandsvariante erfasst Fälle, in denen sich der Täter nicht persönlich als Amtsträger ausgibt, sondern ohne eine Amtsinhaberschaft vorzutäuschen, eine Handlung vornimmt, die nur kraft öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf (Fischer aaO, § 132 Rn 10).

*„Hier hat er zwar als Beamter des Polizeipräsidiums M zwei „Kennkarten des Dt. Reiches“ ausgestellt.*

*Die Tatbestandsverwirklichung setzt jedoch unter dem **Gesichtspunkt des geschützten Rechtsguts** voraus, dass der **äußere Anschein einer hoheitlichen Tätigkeit besteht**. Es kommt darauf an, ob sie einem objektiven Beobachter als hoheitliches Handeln erscheint und daher mit einer solchen verwechselt werden kann (BGHSt 40, 8 = NJW 1994, 1228 = NStZ 1994, 179; Fischer aaO, § 132 Rn 10). Dies ist dann nicht der Fall, wenn die vorgeworfene Tätigkeit für jedermann ersichtlich so weit von einer normalen staatlichen Tätigkeit abweicht, dass der Eindruck legalen staatlichen Handelns unter keinen Umständen entstehen kann (v. Bubnoff in: LK-StGB, 11. Aufl., § 132 Rn 13). Es kommt also darauf an, ob und inwieweit die von ihm hergestellten Kennkarten den amtlichen Führerscheinen und Personalausweisen der BRD entsprechen.*

*Auch wenn insoweit nicht erforderlich ist, dass sie in allen Punkten der für die amtlichen Dokumente vorgeschriebenen Form genügen, und es ausreicht, dass sie nach dem äußeren Anschein „amtlich“ wirken, **scheidet § 132 Alt. 2 StGB wegen fehlender Verwechslungsgefahr aus**, wenn wesentliche Inhalts- oder Formerfordernisse nicht gewahrt sind, deren Fehlen die Wirksamkeit echter amtlicher Schriftstücke beeinträchtigt (MüKo-StGB/Hohmann, § 132 Rn 20).*

*So liegt es hier: Auch wenn die vom Angekl. ausgestellten Kennkarten in ihrer äußeren Aufmachung eine gewisse Ähnlichkeit mit den amtlichen Führerscheinen älterer Jahre aufweisen, so überwiegen doch die Elemente, aus denen der unbefangene Betrachter sogleich ihren nichtamtlichen Charakter erkennt. Abzustellen ist dabei maßgeblich auf die in beiden Dokumenten auf dem Deckblatt angebrachte Bezeichnung „Deutsches Reich“, die auf den ersten Blick deutlich macht, dass es sich eben nicht um amtliche Dokumente handelt. Auch das mit dem grammatikalisch falschen Zusatz „auszustellende Behörde“ (anstatt „ausstellende Behörde“) als Aussteller bezeichnete „Polizeipräsidium M“ mit Dienststempel aus Reichsadler und Hakenkreuz im Eichenlaubkranz lässt **keinen Zweifel darüber** aufkommen, **dass die Kennkarten nicht von hierzu befugten amtlichen Stellen ausgestellt sind**, so dass sich spätestens hieraus jedem in- und ausländischen objektiven Beobachter die **offenkundige Nichtamtlichkeit** erschließt.“ (OLG München aaO)*

III. **Ergebnis:** Der Angekl. hat sich weder wegen Urkundenfälschung noch wegen Amtsmissbrauchs strafbar gemacht.

NWPoIG  
§§ 1, 43**präventiv-polizeiliche Sicherstellung  
auch bei Unkenntnis vom Berechtigten**

POR

(VG Köln in NVwZ-RR 2010, 352; Urteil vom 10.12.2009 – 20 K 842/09)

1. In Abgrenzung zur **Zuständigkeit** der allgemeinen Verwaltungsbehörde ist die Polizei für eine präventive Sicherstellung zuständig, wenn diese der **Verhütung von Straftaten** dient.
2. Eine Sicherstellung zum Zwecke des **Schutzes von Eigentum Dritter** setzt die Kenntnis des tatsächlichen Eigentümers nicht voraus; es reicht aus, dass jedenfalls der Adressat nicht Eigentümer der Sache ist.
3. Eine **Widerlegung der Eigentumsvermutung** des § 1006 BGB ist **anhand von Indizien möglich**.

**Fall:** Der Kl. betrieb nach seinen eigenen Angaben einen Handel mit Kleidungsstücken bei der Internet Auktions-Plattform X. Bis zum 01.01.2007 hatte er diese Tätigkeit als Gewerbe angemeldet. Im Rahmen mehrerer Ermittlungs- und Strafverfahren kam es am 17.01.2007 beim Kl. zu einer Hausdurchsuchung, bei der insgesamt 414 Kleidungsstücke und Sonnenbrillen sichergestellt wurden. Ein Teil dieser Gegenstände war noch mit Etiketten und sonstigen Sicherungseinrichtungen versehen. Der Kl. wurde mit Urteil des AG Andernach vom 13.03.2008 wegen Diebstahls oder Hehlerei in Bezug auf 14 im Einzelnen aufgeführte Jacken aus dem Bereich Sportfreizeitbekleidung, die bei der Firma Fahrrad F in M-K entwendet worden waren, zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 20 Euro verurteilt.

Bezüglich des Verdachts des Diebstahls oder der Hehlerei an den weiteren sichergestellten Gegenständen wurde der Kl. freigesprochen, da zur Überzeugung des Gerichts nicht habe festgestellt werden können, dass diese aus deliktischen Taten stammten und weitere Beweismittel nicht verfügbar seien. Die Berufung des Kl. gegen dieses Urteil wurde vom LG verworfen.

Nach Freigabe der sichergestellten Gegenstände durch die Staatsanwaltschaft prüfte der Bekl. eine präventiv-polizeiliche Sicherstellung und hörte den Kl. unter dem 06.11.2008 zu der beabsichtigten Maßnahme an. In seiner Stellungnahme vom 08.12.2008 rügte der Prozessbevollmächtigte des Kl., dass der Bekl. keine Anzeichen benannt habe, warum der Kl. nicht rechtmäßiger Eigentümer der sichergestellten Gegenstände sein sollte. Nachdem die infrage stehenden Kleidungsstücke im Strafverfahren nicht einer Straftat hätten zugeordnet werden können, dürften polizeirechtliche Maßnahmen nicht missbraucht werden, um das strafrechtliche Verdachtssystem zu umgehen.

Mit Verfügung vom 13.01.2009 stellte der Bekl. im Einzelnen näher aufgeführte Gegenstände sicher. Aus den konkreten Umständen ergäben sich deutliche Anhaltspunkte, dass der Kl. nicht rechtmäßiger Eigentümer sei. Mit seiner am 16.02.2009 erhobenen Klage begehrt der Kl. vom Bekl. die Herausgabe der sichergestellten Gegenstände. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

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

**A. Zulässigkeit der Klage****I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO**

Es müsste eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** vorliegen, für die keine Sonderzuweisung gilt. Die hier getroffene Maßnahme der Polizei erfolgte zu Zwecken der Prävention, also auf der Grundlage des Polizeigesetzes, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, die auch nichtverfassungsrechtlich ist. Die Sonderzuweisung des **§ 23 EGGVG** greift hier nicht ein, da die Maßnahme nicht nach der StPO erfolgt ist, sondern in der Folge einer Sicherstellung im Rahmen eines Strafverfahrens ergriffen wurde.

**II. Statthafte Klageart**

Die Sicherstellungsverfügung stellt einen **belastenden Verwaltungsakt** nach § 35 S. 1 NWVwVfG dar, so dass die **Anfechtungsklage** nach § 113 I 1 VwGO die richtige Klageart ist. Den Anspruch auf Herausgabe, gestützt auf § 46 NWPoIG kann der Kl. als **Annexantrag** nach § 113 I 2 VwGO stellen.

**III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO**

Da der Kl. als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann, ist er nach der **Adressatentheorie** auch ohne weiteres klagebefugt.

**IV. Vorverfahren, § 68 VwGO**

Ein **Vorverfahren** nach § 68 VwGO ist nach § 6 NWAGVwGO **entbehrlich**.

## V. Klagefrist, § 74 VwGO

Die Klage ist nach § 74 VwGO **innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe** der angefochtenen Verfügung zu erheben. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Zustellung des Bescheides erfolgt ist. Vor diesem Hintergrund ist nach § 41 II 1 NWVwVfG davon auszugehen, dass die **Bekanntgabe 3 Tage nach Aufgabe zur Post** erfolgt ist, also angesichts der Datierung des Sicherstellungsbescheides auf den 13.01.2009 frühestens am 16.01.2009, so dass mit dem Eingang der Klage bei Gericht am 16.02.2009 die **Klagefrist** auf jeden Fall **gewahrt** ist.

## VI. richtiger Klagegegner, § 78 VwGO

**Richtiger Klagegegner** der Anfechtungsklage ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 5 II NWAGVwGO die **Behörde**, welche den **angefochtenen Verwaltungsakt erlassen** hat, also der Beklagte.

Die Klage ist somit zulässig.

## B. Begründetheit der Klage

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die angegriffene **Sicherstellungsverfügung rechtswidrig** ist und den Kl. **in seinen Rechten verletzt**.

### I. Rechtswidrigkeit der Sicherstellungsverfügung

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Sicherstellungsverfügung kommt **§ 43 Nr. 2 NWPoIG** in Betracht.

#### 2. formelle Rechtswidrigkeit

##### a) Zuständigkeit

Der Bekl. als Polizeibehörde müsste für die Sicherstellung zuständig gewesen sein.

*„Das Gericht folgt insoweit nicht der Auffassung des Kl., der unter Berufung auf die Zuständigkeitsregelungen in Niedersachsen und Hessen die Auffassung vertritt, die Zuständigkeit für eine Sicherstellung zum Eigentumsschutz liege bei der allgemeinen Verwaltungsbehörde und nicht bei der Polizei.*

*Nach § 11 I NWPOG sind die Kreispolizeibehörden zuständig für die **Gefahrenabwehr** insbesondere nach dem NWPolizeigesetz – NWPoIG – und für die **Erforschung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten** – NWPOG. Nach § 1 I NWPoIG hat die Polizei die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Sie hat im Rahmen dieser Aufgabe u.a. **Straftaten zu verhüten** sowie für die **Verfolgung künftiger Straftaten vorzusorgen**. Sind außer in den Fällen des Satzes 2 neben der Polizei andere Behörden für die Gefahrenabwehr zuständig, hat die Polizei in eigener Zuständigkeit tätig zu werden, soweit ein **Handeln der anderen Behörden nicht oder nicht rechtzeitig möglich** erscheint.*

*Demgemäß beinhaltet § 1 I 2 NWPoIG eine originäre Zuständigkeit der Polizei für die Verhinderung von Straftaten.*

*Aber auch die **Sicherstellung zum Schutze des Eigentums Dritter** ist wegen des engen sachlichen Zusammenhangs erfasst, zumal die Polizei im Gegensatz zur Ordnungsbehörde **bessere Erkenntnis- und Aufklärungsmöglichkeiten** hat, um den wahren Eigentümer einer sichergestellten Sache zu ermitteln. So kann die Polizei auf Grund ihrer Ermittlungstätigkeit eher Parallelen aufdecken und Zusammenhänge zu anderen Taten herstellen, die zur Ermittlung des wahren Berechtigten führen können.*

*Jede Sicherstellung zum Schutz des Eigentums Dritter birgt zudem bei einer **vermuteten deliktischen Herkunft** des Gegenstandes den **Aspekt der Verhinderung von Straftaten** in sich, weil mit der Sicherstellung eine Hehlerei bei Veräußerung des Gegenstandes unterbunden wird.*

*Zudem sind Verfahren denkbar, in denen beide Sicherstellungsvarianten in Betracht kommen bzw. sich erst im Verlaufe der Ermittlungen herauskristallisiert, welche der Sicherstellungsalternativen für die jeweilige Fallkonstellation die geeignetere ist.*

*Aus diesen Gründen wäre ein **Auseinanderfallen der Zuständigkeit** für Sicherstellungen zur Gefahrenabwehr durch Verhinderung von Straftaten und zum Eigentumsschutz **nicht sachgerecht**.“ (VG Köln aaO)*

Die Polizei war daher nach § 11 I Nr. 1 NWPOG i.V.m. § 1 I 1, 2 NWPoIG für die Sicherstellung sachlich zuständig.

##### b) Form

Die formellen Vorgaben müssten eingehalten worden sein. Grundsätzlich kann ein Verwaltungsakt nach § 37 II NWVwVfG in **jedweder Form** ergehen, wenn nicht et-

was Besonderes vorgeschrieben ist. Für Polizeiverfügung ist in NRW keine besondere Form vorgesehen, so dass der **schriftliche Erlass** auf jeden Fall den Anforderungen genügt. Zudem ist die Verfügung auch mit der nach § 39 NWVwVfG bei schriftlichen Verwaltungsakten **erforderlichen Begründung** versehen. Die Formvorgaben sind daher eingehalten.

### c) Verfahren

Vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes hat nach § 28 I NWVwVfG eine Anhörung stattzufinden. Dies ist jedoch hier erfolgt, so dass keine verfahrensrechtlichen Bedenken bestehen.

Die Sicherstellungsverfügung ist formell rechtmäßig.

## 3. materielle Rechtswidrigkeit

Sie könnte aber materiell rechtswidrig sein.

### a) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 43 Nr. 2 NWPoIG kann die Polizei eine Sache sicherstellen, um den **Eigentümer** oder den rechtmäßigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt **vor Verlust** oder Beschädigung einer Sache **zu schützen**.

#### aa) Eigentum einer anderen Person

Dies setzt voraus, dass eine **andere Person** als der Kl. **Eigentümer** der sichergestellten Gegenstände ist.

*„Soweit der Kl. meint, eine Sicherstellung komme nur dann in Betracht, wenn es dem Bekl. gelinge, den wahren Berechtigten zu ermitteln und zu benennen, teilt das Gericht seine Auffassung nicht. Dieser Ansatz verkennt das Wesen der Eigentumsvermutung. Die Vermutung kann grundsätzlich widerlegt werden, wobei nach Auffassung des Gerichts eine **Widerlegung anhand von Indizien** möglich ist.“ (VG Köln aaO)*

Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Hier bestehen allerdings eine **Vielzahl von Indizien**, welche geeignet sind, die **Eigentumsvermutung zu widerlegen**:

*„Es steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kl. nicht Eigentümer der Gegenstände ist, insbesondere kann er sich nicht auf die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB berufen.*

*Grundsätzlich greift die **Eigentumsvermutung des § 1006 BGB** zu Gunsten des Eigenbesitzers in der Weise, dass vermutet wird, er habe das unbedingte Eigentum zugleich mit dem Besitz erworben (vgl. Medicus, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. [2004], § 1006 Rn 13 m.w.N.).“ (VG Köln aaO)*

*Zum einen hat der Kl. unstreitig über X **Ware angeboten**, die **nachweislich gestohlen** war. Hierbei hat es sich **nicht um einen einmaligen Vorgang gehandelt**, sondern entgegen der Angaben des Kl., er sei bis auf das Anknüpfungsverfahren noch nie strafrechtlich in Erscheinung getreten, ist gegen ihn ein weiteres Verfahren vor dem AG B. (50 Ds 20 Js 113/07 (411/07)) anhängig. Diesem Verfahren liegt ein vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde, wie bei der Anknüpfungstat für die streitgegenständliche Sicherstellung. In beiden Fällen hat der Kl. über X **unter Marktpreis Waren angeboten**, welche die jeweils Berechtigten als ihr Eigentum wiedererkannt haben.*

*Der Kl. kann sich auch **nicht darauf berufen**, die beiden **Verfahren seien als Einheit zu sehen**. Richtig ist zwar, dass die Hausdurchsuchung, die in beiden Verfahren zur Sicherstellung verschiedener Gegenstände führte, am selben Tag zur selben Zeit stattfand. Beiden Verfahren liegen aber unterschiedliche Lebenssachverhalte zu Grunde. Während es im Falle des vor dem **AG A.** verhandelten Verfahrens um Waren ging, welche in einem **Fahrradgeschäft** gestohlen worden waren, stammen die Waren, um welche es im Verfahren vor dem **AG B.** ging, aus einem **Einbruchdiebstahl in ein Kraftfahrzeug**.*

*Somit steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kl. **entweder zwei Mal gestohlen** oder aber **zwei Mal gestohlene Waren angekauft** hat.“ (VG Köln aaO)*

Die Widerlegung der Eigentumsvermutung ergibt sich aber auch aus weiteren Umständen:

*„So war ein Teil der sichergestellten Gegenstände noch mit **Sicherungseinrichtungen versehen**. Derartige Sicherungseinrichtungen werden typischerweise nur beim **Verkauf an einen Endverbraucher** angebracht. **Nach Zahlung** werden sie regelmäßig **entfernt**. Im Zwischen- oder Internethandel sind Sicherungsetiketten dagegen unüblich.*

*Schließlich hat es das Gericht nicht überzeugt, dass der Kl. das **Vorhandensein von Sicherungsetiketten** mit dem **Erwerb aus Insolvenzen** bzw. aus in Auflösung befindlichen Läden zu erklären versucht hat. Denn bezüglich der namentlich gekennzeichneten Etiketten von C & A, ...*

Herrenhaus sowie ... und ... scheidet sowohl eine Insolvenz als auch eine Geschäftsauflösung aus. Die **genannten Ketten existieren nach wie vor**.

Auch der Umstand, dass im Hinblick auf die **vorgehaltenen Mengen** und die Größenverschiedenheit **nicht davon ausgegangen** werden kann, dass die **Gegenstände für den Kl. oder seine Familie bestimmt** waren, ist ein Indiz für die deliktische Herkunft.

Schließlich ist von nicht unerheblicher Bedeutung, dass bei der Hausdurchsuchung **keinerlei Lieferscheine oder Rechnungsunterlagen vorgefunden** wurden. So hat der Kl. auch im Laufe des Verfahrens trotz eines gerichtlichen Hinweises keinerlei Unterlagen wie Lieferscheine, Rechnungen oder Zahlungsnachweise vorgelegt. Ebenso wenig hat er über Kontoauszüge eventuelle Zahlungen nachgewiesen.“ (VG Köln aaO)

### bb) Verbot präventiver Gewinnabschöpfung

Bei der erfolgten Sicherstellung handelt es sich auch **nicht um eine präventive Gewinnabschöpfung**, welche mit dem Verdachtssystem der StPO und den gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen nicht in Einklang zu bringen sei.

„Zwar wird die Problematik der **Sicherstellung deliktisch erworbener Gegenstände** in der Literatur unter dem Stichwort „**präventive Gewinnabschöpfung**“ diskutiert (vgl. Hunsicker, Kriminallistik 2003, 234 – zur präventiven Gewinnabschöpfung; Waechter, NordÖR 2008, 473 – zur präventiven Gewinnabschöpfung; Hüls/Reichling, StraFO 2009, 198 – zur Vermögensabschöpfung vor und nach dem Strafurteil – „Verzichtserklärungen“ und die Instrumentalisierung des Gefahrenabwehrrechts; Söllner, NJW 2009, 3339 – zu Bargeld im Sicherheitsrecht; Thiée, StV 2009, 102 – „Präventive Gewinnabschöpfung“ – wenn Polizeibeamte Winkeladvokaten spielen). Diese **Bezeichnung** erachtet das Gericht allerdings als **irreführend**, weil Gewinnabschöpfung als solche nicht präventiv oder repressiv sein kann.“ (VG Köln aaO)

Auch liegt keine Ersatzstrafe vor.

„Insoweit hat das **BVerfG** in Bezug auf die **Verfassungsmäßigkeit des § 73d StGB** über den erweiterten Verfall festgestellt, dass ein Konflikt mit dem Schuldgrundsatz nicht existiere, da der erweiterte Verfall keinen strafenden oder strafähnlichen Charakter habe (vgl. BVerfGE 110, 1 = NJW 2004, 2073). Dieser für den erweiterten Verfall geltende Gedanke **beansprucht erst Recht für eine präventiv-polizeiliche Sicherstellung Geltung**.“ (VG Köln aaO)

### cc) erweiterter Verfall und präventiv-polizeiliche Sicherstellung

„Der **erweiterte Verfall** soll nach dem Willen des Gesetzgebers in erster Linie einen ordnenden Zugriff des Rechts zur **Korrektur einer deliktisch zu Stande gekommenen Vermögenszuordnung** ermöglichen, indem auf eine gegenwärtige Störung der Vermögensordnung mit einem korrigierenden und normbegründenden Eingriff reagiert werden soll. Demgegenüber hat die **sichere Wirkung** in § 73d StGB nicht unmittelbar Niederschlag gefunden (s. BVerfGE 110, 1 = NJW 2004, 2073).

Dieser Aspekt unterfällt vielmehr dem Anwendungsbereich des Polizeirechts. Dass im Anschluss an eine strafprozessuale Freigabe eine präventiv-polizeiliche Sicherstellung erfolgen kann, entspricht – soweit ersichtlich – auch der hierzu veröffentlichten Rechtsprechung (vgl. OVG Berlin, BeckRS 2009, 36036; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 954; VG Karlsruhe, BeckRS 2005, 24145; VG Aachen, BeckRS 2007, 21951, VG Braunschweig, BeckRS 2007, 20937). Maßgeblich für eine polizeirechtliche Sicherstellung ist allein, ob die Voraussetzungen der einschlägigen Regelung des § 43 NWPoIG erfüllt sind, d.h. Rechtmäßigkeit der Maßnahme orientiert sich allein an den dort genannten Zwecken der Gefahrenabwehr bzw. des Eigentumsschutzes.“ (VG Köln aaO)

Die Voraussetzungen für eine Sicherstellung nach § 43 Nr. 2NWPoIG liegen daher vor.

### b) ordnungsgemäße Ermessensausübung

Die Behörde hat auch das ihr zustehende Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt.

Die Sicherstellungsverfügung ist rechtmäßig, die Anfechtungsklage daher unbegründet.

## II. Begründetheit des Annexantrages

Ein Anspruch auf Herausgabe der sichergestellten Gegenstände kann sich aus § 46 NWPoIG ergeben.

„Nach § 46 I NWPoIG sind die Sachen an diejenige Person herauszugeben, bei der sie sichergestellt worden sind, sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind. Dies ist hier nicht der Fall. Die **Sicherstellungsverfügung** bildet den **Rechtsgrund** für die weitere amtliche Verwahrung der sichergestellten Gegenstände.“ (VG Köln aaO)

Auch der Annexantrag ist daher unbegründet

## III. Ergebnis: Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet, so dass sie keinen Erfolg haben wird.



(VGH Mannheim in DÖV 2010, 410 = BeckRS 2010 45756; Urteil vom 16.12.2009 – 1 S 3263/08)

1. Nach § 45 StVO ist die zuständige Behörde gehalten, die entsprechenden Anordnungen und Maßnahmen selbst zu treffen.
2. Nach § 45 VI StVO kommt eine Übertragung an Private nur in Betracht, wenn die Behörde die maßgeblichen Anordnungen selbst trifft, der Private als nur Verwaltungshelfer ist.
3. Für eine Übertragung der Entscheidungsbefugnis an Private fehlt jede Rechtsgrundlage. Eine Beleihung ist daher jedenfalls nichtig.

**Fall:** Der Kläger wendet sich gegen die Heranziehung zu den Kosten eines abgebrochenen Abschleppvorgangs. Die Firma F führte am Dienstag, den 24.04.2007, einen Umzug in der A-Straße in Ka. durch. Sie verfügte zum damaligen Zeitpunkt über eine von der Beklagten am 12.07.2006 erteilte und bis zum 31.07.2007 gültige Erlaubnis, „bei durchzuführenden Umzügen Halteverbote nach Zeichen 283 StVO im Stadtkreis Ka. aufzustellen“. Diese sogenannte Jahresdauer genehmigung war auf § 45 StVO gestützt.

Sie stellte dann im Vorfeld des Umzugs – die Einzelheiten sind zwischen den Beteiligten streitig – vor dem Anwesen ... am 20.04.2010 entsprechende Schilder zur Errichtung einer am 24.04.2007 gültigen Halteverbotszone auf. Am Vormittag des 24.04.2007 verständigte ein Mitarbeiter des Umzugsunternehmens die Polizei darüber, dass der auf den Kläger zugelassene Pkw mit dem amtlichen Kennzeichen ... in der Halteverbotszone abgestellt war. Nachdem die Polizei nach einer Halterfeststellung vergeblich versucht hatte, den Kläger telefonisch zu erreichen, ordnete die Beklagte das Abschleppen des Fahrzeugs an. Zum Abschleppen kam es dann aber nicht, da der Kläger sein Fahrzeug vorher weggefahren hatte.

Mit Bescheid vom 31.05.2007 setzte die Beklagte die für den begonnenen Abschleppvorgang entstandenen Kosten nebst Gebühren in Höhe von 154,57 EUR gegenüber dem Kläger fest. Der Kläger erhob fristgerecht Widerspruch. Das Regierungspräsidium Ka. wies den Widerspruch mit Bescheid vom 25.02.2008 zurück. Wird die hiergegen gerichtete zulässige Klage Erfolg haben?

Die zulässige Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der Kostenbescheid rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt.

## I. Rechtswidrigkeit des Kostenbescheides

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für den Kostenbescheid ist § 49 I BWPoIG i.V.m. §§ 31 I, 25 LVwVG in Betracht.

vgl. Art. 41 VwZVG Bay. i.V.m. Kostengesetz; § 5a VwVfG Bln i.V.m. § 19 VwVG i.V.m. AO; § 37 VwVG Bbg. i.V.m. Kostenordnung; § 1 I, § 5a GVG HB i.V.m. Kostenverordnung; §§ 76, 77 VwVG HH i.V.m. Verwaltungskostenordnung; § 80 VwVG Hess i.V.m. Verwaltungskostenordnung; § 110 VwVG i.V.m. § 114 SOG MV i.V.m. Kostengesetz; § 77 VwVG NW i.V.m. Kostenordnung; § 73 VwVG Nds i.V.m. Kostenverordnung; § 83 VwVG RhIPf i.V.m. Kostenordnung; §§ 77, 78 VwVG Saarl. i.V.m. Kostenordnung; § 24 III VwVG Sachs.; § 74 VwVG LSA i.V.m. Kostengesetz; §§ 249, 322 II VwVG SH i.V.m. Kostenverordnung; § 56 VwZVG Thür. i.V.m. Kostenordnung.

### 2. formelle Rechtswidrigkeit

Für eine formelle Rechtswidrigkeit liegen keine Anhaltspunkte vor.

### 3. materielle Rechtswidrigkeit

Die Kosten, die bei einer Ersatzvornahme angefallen sind, können nur dann gegenüber dem Polizeipflichtigen geltend gemacht werden, wenn diese **Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung rechtmäßig** war (vgl. VG Mannheim VBIBW 1986, 299 [302]). Fraglich ist daher, ob der abgebrochene **Abschleppvorgang rechtmäßig angeordnet** wurde.

Der Abschleppvorgang war rechtmäßig, wenn ihm ein **unanfechtbarer oder sofort vollziehbarer Verwaltungsakt** zugrunde lag. Als solcher Verwaltungsakt kommt hier das aufgestellte Zeichen 283 mit dem enthaltenen **Halteverbot als Allgemeinverfügung** (vgl. BVerwG, BVerwGE 59, 221) in Betracht, in welchem auch ein **sofort vollziehbares** (§ 80 II 1 Nr. 2 VwGO; § 2 Nr. 2 LVwVG) **Wegfahrgebot** und damit die Anordnung eines vollstreckungsfähigen Handelns enthalten ist ( vgl. BVerwG NJW 78, 656; VG Mannheim, NJW 90, 2270).

### a) Ermächtigungsgrundlage für Verkehrsregelung

Als Ermächtigungsgrundlage für Verkehrsregelungen kommt § 45 StVO in Betracht.

### b) Zuständigkeit für Verkehrsregelung

Für den Erlass verkehrsregelnder Anordnungen sind nach § 45 Abs. 1 bis Abs. 1 e StVO in erster Linie die **Straßenverkehrsbehörden**, daneben auch die **Straßenbaubehörden** (§ 45 II StVO), zuständig. Gemäß § 45 I 1 Nr. 1 StVO können die Straßenverkehrsbehörden zur Durchführung von Arbeiten im Straßenraum die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken beschränken oder verbieten. Fraglich ist, ob diese **Befugnis auch auf Private übertragen** werden kann.

#### aa) Grundsatz

*„Nach dem **Grundsatz der Selbstorganschaft** muss die zuständige Behörde die ihr zugewiesenen Aufgaben grundsätzlich **durch eigene Bedienstete** erfüllen (vgl. U. Stelkens in: Stelkens u. a., VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 60 m.w.N.).“* (VGH Mannheim aaO)

Nach § 44 I StVO i. V. m. § 1 StVOZuG, § 13 I Nr. 2 LVG a. F. (§ 15 I Nr. 2 LVG n. F.) müsste daher die Beklagte als zuständige Straßenverkehrsbehörde gehandelt haben.

*„Dieser Vorgabe entspricht das auf einer offenbar langjährigen Praxis beruhende Vorgehen der Beklagten als der gemäß zuständigen Straßenverkehrsbehörde nicht. Denn der Einrichtung der Halteverbotszone im Interesse der Ermöglichung reibungsloser Be- und Entladungsarbeiten beim Umzug lag eine nach Ort und Zeit **individualisierte und konkretisierte Anordnung der Beklagten nicht zugrunde**. Vielmehr hat darüber allein - und ohne jegliche vorherige Ab- oder Rücksprache mit der Beklagten - das Umzugsunternehmen gemäß seinen betrieblichen Erfordernissen, wenn auch in dem durch die Jahresdauergenehmigung gesetzten allgemeinen Rechtsrahmen, entschieden.“* (VGH Mannheim aaO)

#### bb) Verwaltungshelfer

Allerdings ist die Beklagte als Behörde grundsätzlich berechtigt, sich sog. Verwaltungshelfer zu bedienen. Verwaltungshelfer sind **private Hilfspersonen**, die **ohne eigene Entscheidungsbefugnis** Aufgaben nach Vorgabe der an sich zuständigen Behörde erfüllen. Insofern könnte das Vorgehen der Beklagten von § 45 VI StVO gedeckt sein.

*„Danach müssen die **Unternehmer** vor dem Beginn von Arbeiten, die sich auf den Straßenverkehr auswirken **von der zuständigen Behörde Anordnungen** nach Absatz 1 bis 3 u. a. darüber **einholen**, wie ihre Arbeitsstellen abzusperren und zu kennzeichnen sind. Denn diese Bestimmung, die zwar grundsätzlich für alle Arbeiten anwendbar ist, die den Straßenraum in Anspruch nehmen (vgl. König, a. a. O., § 45 StVO, Rn. 45), **verlagert** nach ihrem eindeutigen Wortlaut **nicht** etwa die **Entscheidungskompetenz** auf den **privaten Unternehmer**. Der **Private** wird nicht aufgrund ihm übertragener hoheitlicher Befugnisse eigenständig regelnd tätig. Vielmehr obliegt ihm - insoweit als einem **bloßen Verwaltungshelfer** - lediglich die tatsächliche Umsetzung der zuvor von der zuständigen Behörde getroffenen Entscheidung, indem er deren Anordnungen mittels der Verkehrszeichen gemäß §§ 39 II, 45 IV StVO bekanntgibt (vgl. bereits zur Vorgängervorschrift des § 3 Abs. 3a StVO a. F. BVerwG BVerwGE 35, 334 [336 ff.]; zu § 45 VI etwa BayObLG, BayObLGSt 1977, 47 juris Rz. 5 f.; König, aaO, § 45 StVO, Rn. 45).“* (VGH Mannheim aaO)

Hier wird jedoch die Entscheidungskompetenz komplett auf das Umzugsunternehmen verlagert, so dass keine Stellung als Verwaltungshelfer vorliegt und das Vorgehen nicht von § 45 VI StVO gedeckt ist.

#### cc) Beliehene

Werden **behördliche Entscheidungskompetenzen auf einen Privaten übertragen**, so kann dies nur durch Beleihung erfolgen, die dann dazu führt, dass der Private nach § 1 IV LVwVfG selbst als Behörde anzusehen ist, deren Handeln der Beklagten zuzurechnen wäre, oder doch jedenfalls rechtliche Wirksamkeit zukommt. Die Beleihung setzt neben einem **Beleihungsakt**, voraus, dass die Beleihung auf **rechtlicher Grundlage** erfolgt.

### (1) Beleihungsakt

Beleihungsakt könnte hier die erteilte **Jahresdauergenehmigung** sein.

„Sie zielt der Sache nach darauf ab, dem **Umzugsunternehmen** im Interesse der Verwaltungsvereinfachung die **Entscheidung** über die Einrichtung von Halteverbotszonen **zu überlassen**. Damit sollen ihm öffentlich-rechtliche Befugnisse zur **eigenverantwortlichen Ausübung** übertragen werden. Dies kennzeichnet das Rechtsinstitut der Beleihung. Infolge der **Beleihung** wird der Beliehene aber nicht zum Organ des beleihenden Verwaltungsträgers, so dass diesem die vom beliehenen Privaten entfaltete (Verwaltungs-)Tätigkeit nicht unmittelbar zugerechnet wird (siehe Burgi in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, 13. Aufl. 2006, § 9 Rn. 24, 29 f.; Jestaedt in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, 2006, § 14 Rn. 31, jeweils m.N.; a. A. Stelkens, NVwZ 2004, 304 [307f.]). Vielmehr wird mit der Beleihung ein **eigenständiger Verwaltungsträger geschaffen**, dessen Entscheidungen als Verwaltungsakte - nach Einordnung als rechtmäßig oder (bloß) rechtswidrig, nicht aber nichtig - im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden können.“ (VGH Mannheim aaO)

### (2) Rechtsgrundlage

Die Beleihung setzt jedoch nach den Grundsätzen des institutionellen Gesetzesvorbehaltes eine **gesetzliche Ermächtigungsgrundlage** voraus. (vgl. BVerwG, BVerwGE 81, 185 [188]; Burgi, aaO, § 7 Rn. 4, Jestaedt, aaO, § 14 Rn. 30; F. Reimer in: GVwR I, 2006, § 9 Rn. 37). Eine solche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kann jedenfalls nach vorstehenden Ausführungen in § 46 VI StVO nicht gesehen werden. Andere Normen kommen nicht in Betracht. Für eine Beleihung des Umzugsunternehmens fehlt es daher an einer Ermächtigungsgrundlage, so dass diese fehlerhaft erfolgt ist.

### (3) Folgen fehlerhafter Beleihung

Fraglich ist jedoch, ob die fehlerhafte Beleihung nur zur **Rechtswidrigkeit** der vom Umzugsunternehmen ergriffenen Maßnahmen führt, die daher gleichwohl verbindlich und damit taugliche Grundlage für die Verwaltungsvollstreckung wären, oder ob die Fehlerhaftigkeit so schwer wiegt, dass einer **Nichtigkeit** nach § 44 LVwVfG auszugehen ist.

„Eine **rechtsfehlerhafte Beleihung** kann zwar grundsätzlich **Grundlage** für den Erlass von - rechtswidrigen oder auch nichtigen - **Verwaltungsakten durch den rechtswidrig Beliehenen** sein (vgl. Stelkens, NVwZ 2004, 305 [308]; ders. in: Stelkens u. a., VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 65 m.w.N.). Im vorliegenden Falle erweist sich die **völlig gesetzlose Beleihung** jedoch gem. § 44 I LVwVfG als **nichtig**, so dass - in Ermangelung einer Sonderregelung wie in § 15 S. 3 BBG - kein Anlass besteht, das Umzugsunternehmen zumindest bis zur abschließenden Klärung der Rechtslage als Behörde im Sinne von § 1 IV LVwVfG anzusehen.

Nach § 44 I LVwVfG ist ein Verwaltungsakt **nichtig**, soweit er an einem **besonders schwerwiegenden Fehler** leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände **offensichtlich** ist. Hiernach ist zwar davon auszugehen, dass die **mangelnde Übereinstimmung** eines Bescheids mit der **anzuwendenden Rechtsgrundlage regelmäßig** nur seine Rechtswidrigkeit, nicht aber seine **Nichtigkeit** nach sich zieht (vgl. BVerwG, BVerwGE 104, 289 [296]; Beschluss vom 28.02.2000 - 1 B 78.99 -, Buchholz 316 § 44 VwVfG Nr. 11 juris Rz. 9). Hier fehlt es aber an jeglicher Rechtsgrundlage für das Vorgehen der Beklagten, die **ohne normativen Ansatzpunkt die Zuständigkeitsordnung ändern** will. Sie setzt sich damit in einen unübersehbaren Widerspruch zu § 45 VI StVO, der das **Zusammenwirken von Behörden und Privaten** auf dem Gebiet straßenverkehrsrechtlicher Anordnungen **gerade in einem anderen Sinn** regelt. Auch deswegen ist der der Beleihung anhaftende Rechtsfehler offensichtlich; ihr steht die **Rechtswidrigkeit auf die Stirn** geschrieben.“ (VGH Mannheim aaO)

Die durch das Umzugsunternehmen getroffenen **Verkehrsregelungen** sind daher nach § 44 I LVwVfG **nichtig**, so dass der **Verwaltungsvollstreckung** kein vollstreckbarer Verwaltungsakt zugrunde liegt und sie **rechtswidrig** erfolgt ist. Für die Kosten einer rechtswidrigen Verwaltungsvollstreckung ist aber nicht der Kläger einstandspflichtig, so dass auch der **Kostenbescheid rechtswidrig** ist.

## II. Rechtsverletzung des Klägers

Der rechtswidrige Bescheid verletzt den Kläger zumindest in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG.

## III. Ergebnis: Die Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet.



## Kurzauslese I

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

BGB

§§ 127, 125 S.2

### Kündigung eines Dienstvertrags Versendung der Kündigung als Einschreiben

BGB

(OLG Düsseldorf in MDR 2010, 616; Beschluss vom 27.10.2009 – 24 U 38/09)

Für eine **Klausel, die für die Kündigung** eines Dienstvertrages die **Schriftform verlangt und zusätzlich die besondere Übersendungsart** durch einen eingeschriebenen Brief vorschreibt, **hat die Schriftform konstitutive Bedeutung**, während die Versendung durch Einschreibebrief nur den Zugang der Kündigungserklärung sichern soll.

Eine **Kündigung** ist daher **auch dann wirksam, wenn sie nicht per Einschreiben, sondern durch einen Boten übermittelt wird**. Allerdings können die Parteien im Rahmen der **Vertragsfreiheit gem. § 127 BGB** förmliche Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts vereinbaren. Ein etwaiger Formverstoß führt dann gem. § 125 S. 2 BGB „im Zweifel“ zur Unwirksamkeit.

*„Wiederholt hat die Rspr. jedoch ausgesprochen, dass diese **Auslegungsregel nur eingeschränkt gilt**. Die in einem Vertrag **vereinbarte Zugangsform stellt regelmäßig kein Wirksamkeitserfordernis dar**. Bei einer Vertragsklausel, die die Abrede der Schriftform für die Kündigungserklärung und zusätzlich die Vereinbarung der besonderen Übersendungsart durch einen eingeschriebenen Brief enthält, hat die Schriftform konstitutive Bedeutung i. S. von § 125 S. 2 BGB, während die Versendung als Einschreibebrief nur den Zugang der Kündigungserklärung sichern soll. Deswegen ist bei einer solchen Klausel regelmäßig nur die Schriftform als Wirksamkeitserfordernis für die Kündigungserklärung vereinbart; dagegen **kann ihr Zugang auch in anderer Weise als durch einen Einschreibebrief wirksam erfolgen** (vgl. zur Miete BGH NJW 2004, 1320; zum Vereinsaustritt BGH NJW-RR 1996, 866). Des Weiteren ist inzwischen allgemein anerkannt, dass die Übermittlung durch Fernkopie (Telefax) zur Wahrung einer gewillkürten Schriftform i. S. von § 127 BGB ausreicht (vgl. BGH NJW 2004, 1320 m. w. N.).“* (OLG Düsseldorf aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

§ 133

### Verjährung

#### Einredeerhebung als erledigendes Ereignis

BGB

(BGH in MDR 2010, 650; Urteil vom 27.01.2010 – VIII ZR 59/09)

Die **erstmalige Erhebung der Einrede der Verjährung im Laufe des Verfahrens** stellt ein **erledigendes Ereignis** dar. Dies gilt auch dann, wenn die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs bereits vor Rechtshängigkeit eingetreten ist.

*„Der **Eintritt der Verjährung hat** für sich genommen **weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs** (vgl. BGHZ 156, 269; MüKo-BGB/Grothe, 5. Aufl., Vor § 194 Rn 5 und § 214 Rn 1; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 214 Rn 1 u. 2). Der Schuldner ist ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (§ 214 I BGB; BGH WM 2004, 2443; Palandt/Ellenberger, aaO), was dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nimmt (BGH BauR 2008, 666). Die **Verjährung berührt** nach der Konzeption des BGB **mithin weder den anspruchsbegründenden Tatbestand noch das Bestehen des Rechts des Gläubigers**; im Rechtsstreit hat deshalb, selbst wenn die verjährungsbegründenden Umstände als solche vom Kläger selbst vorgetragen werden, auf Antrag Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Beklagten zu ergehen (BGHZ 156, 269). An dieser Konzeption hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz festgehalten (BGHZ 156, 269).*

**Ob der Schuldner von der ihm nach Verjährungseintritt zustehenden Einrede der Verjährung Gebrauch macht, steht in seinem freien Belieben** (MüKo-BGB/Grothe aaO). Erhebt der Bkl. erstmals während des Prozesses die Einrede der Verjährung, so wird hierdurch für den Kläger ein Hindernis geschaffen, den geltend gemachten Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Seine **ursprünglich zulässige und begründete Klage wird durch die Erhebung der Einrede unbegründet**. Erst letztere und nicht bereits der Eintritt der Verjährung führt zur sachlichen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache (vgl. BGHZ 155, 392 zur Aufrechnungserklärung).

*Dass die **Verjährungseinrede materiell-rechtlich** - etwa hinsichtlich des Verzuges (vgl. hierzu BGHZ 104, 6, 249, 250) - auch auf den **Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirkt**, ändert hieran nichts und hat insbesondere nicht zur Folge, dass die Klage im Falle der Einredeerhebung als von Anfang an unbegründet zu gelten hat. Wie der BGH (BGHZ 155, 392) hinsichtlich der im Prozess erfolgten Aufrechnungserklärung bereits entschieden hat, tritt die materiell-rechtliche Rückwirkung erst durch die Aufrechnungserklärung ein. Letzterer kommt mithin die **Bedeutung des erledigenden Ereignisses im Prozess** zu. Es besteht kein sachlicher Grund, dies bei der Einrede der Verjährung anders zu behandeln. In beiden Fällen ist es alleine dem Schuldner überlassen, ob er von der genannten Möglichkeit der Anspruchsabwehr Gebrauch macht. Zudem weist die Verjährungseinrede eine Ähnlichkeit mit der Aufrechnungserklärung insoweit auf, als sie ebenfalls die materielle Rechtslage - mit der entsprechenden Folge für die Begründetheit der Klage - ändert und einen rechtsgeschäftsähnlichen Charakter (vgl. hierzu BGHZ 156, 269) hat.“* (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

§ 307

### Schönheitsreparaturklausel unzulässige Farbvorgabe

BGB

(BGH in MDR 2010, 564; Urteil vom 20.01.2010 – VIII ZR 50/09)

Ein **Mieter wird durch die formularmäßige Vorgabe, Fenster und Türen „nur weiß“ zu streichen, unangemessen benachteiligt**, was zur **Unwirksamkeit der Abwälzung der Schönheitsreparaturen** auf den Mieter insgesamt führt.



- I. Eine **Formularklausel**, die den Mieter auch während der Mietzeit generell zu einer Dekoration in einer ihm vorgegebenen Ausführungsart oder Farbwahl verpflichtet und ihn dadurch in der Gestaltung seines persönlichen Lebensbereichs einschränkt, **ohne** dass dafür ein **anerkanntes Interesse** besteht, **benachteiligt den Mieter unangemessen**.

„Dies ist bei der hier zu beurteilenden Klausel der Fall, denn sie gibt für die Innentüren sowie die Innenseiten der Fenster und der Außentür allgemein einen weißen Anstrich vor und enthält **keine Beschränkung auf den im Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung geforderten Zustand**.

Entgegen der Auffassung der Revision kommt es nicht darauf an, ob diese Arbeiten seltener anfallen als die Renovierung von Wänden und Decken und ob das Interesse des Mieters an eigener Gestaltung der Dekoration von Decken und Wänden größeres Gewicht hat: Das BGH hat zutreffend darauf abgestellt, dass ein **anerkanntes Interesse des Vermieters an der einheitlichen Gestaltung der Innentüren und Innenseite der Fenster während des Mietverhältnisses nicht erkennbar** ist und die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit seiner Wohnräume während der Dauer des Mietverhältnisses den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt.“ (BGH aaO)

- II. Die formularmäßige **unangemessene Einengung des Mieters** in der Art der Ausführung der Schönheitsreparaturen führt zur **Unwirksamkeit der Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen schlechthin**. Dies ist auch dann nicht anders zu beurteilen, wenn sich die **unangemessene Farbvorgabe** nicht auf sämtliche Schönheitsreparaturen, sondern **nur auf die Fenster und Türen bezieht**.

„Nach der Rspr. des Senats handelt es sich bei der dem Mieter auferlegten Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen um eine **einheitliche Rechtspflicht, die sich nicht in Einzelmaßnahmen oder Einzelpakete aufspalten lässt**, sondern deren Ausgestaltung durch den Mietvertrag insgesamt zu bewerten ist (BGH NJW 2009, 1408 = NZM 2009, 353). Stellt sich diese Verpflichtung auf Grund unzulässiger Ausgestaltung – sei es ihrer zeitlichen Modalitäten, ihrer Ausführungsart oder ihres gegenständlichen Umfangs – in ihrer Gesamtheit als übermäßig dar, so ist die Verpflichtung insgesamt unwirksam (BGH NJW 2009, 1408 = NZM 2009, 353).

So liegt der Fall auch hier: Die Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter ließe sich nur dann aufrechterhalten, wenn die Pflicht des Mieters entweder im Hinblick auf die Ausführungsart (Wegfall der Farbvorgabe) oder – wie es die Revision erwägt – im Hinblick auf den gegenständlichen Umfang der Verpflichtung des Mieters (Wegfall der Renovierungspflicht bezüglich der Fenster und Türen) modifiziert würde.

Dies käme aber einer inhaltlichen Umgestaltung der Schönheitsreparaturklausel und damit einer **unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion** gleich.“ (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 573 II Nr. 2

**Eigenbedarfskündigung**  
**Nichten und Neffen als privilegierte „nahe Verwandtschaft“**  
(BGH in NJW 2010, 1290; Urteil vom 27.01.2010 – VIII ZR 159/09)

BGB

**Leibliche Nichten und Neffen des Vermieters sind kraft ihres nahen Verwandtschaftsverhältnisses zum Vermieter Familienangehörige i.S. von § 573 II Nr. 2 BGB.**

„Nichten und Neffen des Vermieters gehören zwar nicht mehr zu dessen engsten Angehörigen wie Eltern, Kinder oder Geschwister, sie sind aber **als Kinder der Geschwister immer noch eng verwandt mit dem Vermieter** und **gehören nicht zu den entfernten, nur weitläufig Verwandten**. Das Gesetz erlaubt die Kündigung von Mietverhältnissen wegen des Wohnbedarfs von Familienangehörigen, weil es davon ausgeht, dass innerhalb der Familie auf Grund enger Verwandtschaft ein Verhältnis **persönlicher Verbundenheit und gegenseitiger Solidarität** besteht, das die Privilegierung einer Kündigung zu Gunsten von Familienangehörigen rechtfertigt. Vom Bestehen einer solchen familiären Verbundenheit und Solidarität, die nicht im Einzelfall nachgewiesen sein muss, ist nicht nur bei Geschwistern auszugehen (BGH NJW 2003, 2604 = NZM 2003, 681), sondern auch bei deren Kindern, d.h. den leiblichen Nichten und Neffen des Vermieters.

Diese Wertung ergibt sich zwar nicht aus dem **Wortlaut der Vorschrift**. Denn der Gesetzgeber hat den Begriff der Familienangehörigen in § 573 II Nr.2 BGB nicht näher bestimmt; auch aus den **Gesetzesmaterialien** ist für dessen Auslegung nichts zu entnehmen. Die generelle Einbeziehung von Nichten und Neffen in den Kreis der privilegierten Familienangehörigen ist aber vor dem Hintergrund **anderer Regelungen der Rechtsordnung** gerechtfertigt, in denen ebenfalls Familienangehörige allein auf Grund ihrer engen verwandtschaftlichen Beziehung privilegiert werden, ohne dass eine tatsächlich bestehende persönliche Verbundenheit im Einzelfall nachgewiesen werden muss. Einen Anknüpfungspunkt dafür, wie weit der Kreis der Familienangehörigen in diesem Sinn zu ziehen ist, bieten die Regelungen über das **Zeugnisverweigerungsrecht** aus persönlichen Gründen (§ 383 ZPO, § 52 StPO), in denen der Kreis der privilegierten Familienangehörigen – unabhängig vom tatsächlichen Bestehen persönlicher Bindungen – konkretisiert wird. Gem. § 383 I Nr. 3 ZPO und § 52 I Nr. 3 StPO steht ein Zeugnisverweigerungsrecht – neben Verlobten, Ehegatten und Lebenspartnern (§ 383 I Nr. 1, IIa ZPO, § 52 I Nr. 1, IIa StPO) – auch denjenigen zu, die mit einer Partei in gerader Linie verwandt oder verschwägert sind, sowie denjenigen, die in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert sind oder waren. Damit gehören auch Nichten und Neffen noch zu dem Personenkreis, dem allein auf Grund enger verwandtschaftlicher Beziehung zur Partei ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. In dieser Regelung kommt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber Nichten und Neffen ohne Weiteres noch als enge Familienangehörige ansieht. Diese **gesetzgeberische Wertung** ist bei der Auslegung des **§ 573 II Nr. 2 BGB zu berücksichtigen** und rechtfertigt es, Nichten und Neffen auch hier in den Kreis der privilegierten Familienangehörigen einzubeziehen. Bei ihnen bedarf es deshalb – ebenso wie bei Geschwistern des Vermieters BGH NJW 2003, 2604 = NZM 2003, 681) – über die Tatsache der Verwandtschaft hinaus nicht eines zusätzlichen einschränkenden Tatbestandsmerkmals wie etwa einer tatsächlich bestehenden engen sozialen Bindung zum Vermieter.“ (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§§ 11, 333

**Amtsträger**  
**vormundschaftsgerichtlich bestellter Betreuer**  
(OLG München in StV 2010, 308; Urteil vom 23.07.2009 – 5 St RR 134/09)

StGB

Der **vormundschaftsgerichtlich bestellte Betreuer** ist weder **Amtsträger** noch für den **öffentlichen Dienst** besonders **Verpflichteter** und kann somit auch **nicht Vorteilsempfänger i.S. des § 333 StGB** sein.

- I. Der Betreuer ist **kein für den öffentlichen Dienst** besonders **Verpflichteter**.





„Dem Betreuer **fehlt** bereits die nach § 11 I Nr. 4 StGB erforderliche **konstitutive Verpflichtung nach § 1 I Nr. 1 u. 2 VerpfG** auf die gewissenhafte Erfüllung der Aufgaben öffentlicher Verwaltung und Belehrung über die strafrechtlichen Folgen eines Pflichtverstoßes (MüKo-StGB/Radtke, § 11 Rn 72). Die Verpflichtung des Betreuers gem. § 69b I FGG ist dagegen keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Bestellung (§§ 69 I, 69a III FGG). Sie ist ein Formalakt, der sich in der Aufforderung zu treuer und gewissenhafter Amtsausübung erschöpft (Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 69b Rn 2).“ (OLG München aaO)

II. Der Betreuer ist auch **kein Amtsträger gem. § 11 I Nr. 2 StGB**.

1. Ein vom VormG bestellter Betreuer ist **weder Beamter im staatsrechtlichen Sinn (§ 11 I Nr. 2a StGB) noch** steht er in einem **sonstigen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (§ 11 I Nr. 2b StGB)**.

„Dem Betreuer **fehlt** die erforderliche **förmliche beamtenrechtliche Ernennung** (vgl. Art. 18 BayBG), die für den Beamten eine Pflicht zu Diensten und Treue und für den Staat eine Schutz- und Unterhaltspflicht begründet (vgl. Art. 73, 5, 96 ff. BayBG). Auch ist das **Rechtsverhältnis des Betreuers zum Staat** in den maßgeblichen gesetzlichen Regelungen des BGB und FGG **nicht den dem Beamtenverhältnis innewohnenden Dienst- und Treuepflichten angenähert**.“ (OLG München aaO)

2. Der Betreuer ist aber auch **nicht gem. § 11 I Nr. 2c StGB** sonst **dazu bestellt, bei einer Behörde oder einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen**. Vielmehr nimmt der Betreuer ausschließlich **im privaten Interesse des Betroffenen dessen Angelegenheiten wahr**, auch wenn der Staat die Betreuung in Ausübung öffentlicher Fürsorge anordnet sowie den Betreuer durch einen hoheitlichen Akt bestellt.

„Die rechtliche Betreuung von Volljährigen ist Teil des in Abschn. 3 des BGB geregelten Vormundschaftswesens. Die Vormundschaft, einschließlich der Betreuung, ist eine der **wesentlichen Aufgaben staatlicher Wohlfahrtspflege**. Anlass und Grundlage für die Einrichtung der rechtlichen Betreuung bildet die auf Art. 6 II 2 GG beruhende Verpflichtung des Staates, Fürsorge für den schutzbedürftigen Einzelnen auszuüben (Staudinger/Bienwald, BGB, 2006, § 1902 Rn 1; Staudinger/Engler, BGB, 2004, Vorb. §§ 1733ff. Rn 13). Die **Wahrnehmung dieser Aufgabe ist den Vormundschaftsgerichten übertragen**. Ihnen obliegt es, einen Betreuer zu bestellen, wenn die Voraussetzungen der §§ 1896 ff. BGB vorliegen und ihn auch wieder zu entlassen (vgl. § 1908b BGB), wenn die Voraussetzungen der Bestellung weggefallen sind. Diese „verwaltende“ Tätigkeit ist von der den Gerichten sonst obliegenden Tätigkeit der Rechtspflege grds. verschieden (BVerfGE 10, 302 = NJW 1960, 811) und hat öffentlich-rechtlichen Charakter (Staudinger/Engler, §§ 1733ff. Rn 13). Ebenso öffentlich-rechtlichen Charakter haben auch die einzelnen Verpflichtungen, die dem Betreuer gegenüber dem VormG obliegen, wie z.B. die Pflicht zur Auskunftserteilung nach §§ 1908i I, 1839 BGB oder zu Bericht und Rechnungslegung gem. §§ 1908i I, 1840 BGB (Staudinger/Engler, Vorb. §§ 1733ff. Rn 13). Die Befolgung der dem Betreuer gegenüber dem Gericht obliegenden Verpflichtungen können demgemäß durch die Festsetzung eines Zwangsgelds erzwungen werden (§§ 1908i I, 1837 III BGB; Staudinger/Engler, Vorb. §§ 1733ff. Rn 13).

**Das Rechtsverhältnis zwischen dem Betreuer und dem Betreuten ist** dagegen trotz eines starken öffentlich-rechtlichen Einschlags **grds. dem Privatrecht zugehörig** (BVerfGE 10, 302 = NJW 1960, 811; MüKo-BGB/ Wagenitz, Vorb. § 1773 Rn 19, 22). Die Betreuung dient im Umfang ihrer Einrichtung der Gestaltung der privaten Angelegenheiten des Betreuten, nicht den Interessen des Staats.

Die **privatrechtliche** Natur der Rechtsbeziehung zwischen Betreuer und Betreutem wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Gesetz verschiedentlich von dem „Amt“ des Vormunds (z.B. §§ 1886, 1890, 1893 II BGB) spricht oder der Betreuer bei der Ausübung seines Amtes staatlicher Aufsicht und Kontrolle (z.B. §§ 1906, 1908i, 1837, 1821, 1822 BGB) unterliegt.

Der **Vormund übt seine Tätigkeit grds. selbstständig und in eigener Verantwortung aus** (BVerfGE 10, 302 = NJW 1960, 811), soweit ihm nicht durch Gesetz oder besondere Anordnung Grenzen gesetzt sind (BGHZ 17, 108 = NJW 1955, 867; Staudinger/Engler, Vorb. §§ 1733ff. Rn 17 m.w. Nachw.). Durch die Bestellung des Betreuers wird in erheblichem Maße in die Grundrechte des Betreuten eingegriffen. Die Grundrechtsrelevanz der Bestellung eines Betreuers, aber auch der Durchführung der Betreuung verlangen nach staatlicher Mitwirkung. Das VormG darf jedoch außerhalb gesetzlicher Ausnahmeermächtigungen nicht an Stelle des Betreuers handeln oder ihn über das Gesetz hinaus in Fragen, die seiner Entscheidung unterliegen, mit bindenden Anweisungen versehen (Palandt/Diederichsen, § 1837 Rn 1).“ (OLG München aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§§ 23, 24, 212

**Rücktritt vom Versuch**  
**Korrektur des Rücktrittshorizonts**

StGB

(BGH in StV 2010, 301; Beschluss vom 06.10.2010 – 3 StR 384/09)

**Rechnet der Täter** eines Tötungsversuchs zunächst **nicht mit einem tödlichen Ausgang, ist** eine sog. „**umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts**“ **möglich**, wenn er unmittelbar darauf erkennt, dass er sich insofern geirrt hat. In diesem Fall liegt ein beendeter Versuch vor.

Dies **gilt jedoch nur dann, wenn die Korrektur der Tätervorstellung bei fortbestehender Handlungsmöglichkeit unmittelbar nach der letzten Tathandlung in engstem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang** mit dieser erfolgt.

„Nach st. Rspr. des BGH kommt es für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen strafbefreienden Rücktritts darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (BGHSt 39, 221 mwN). Darüber hinaus ist anerkannt, dass ein beendeter Versuch auch dann vorliegt, wenn der Täter sich nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung keine Gedanken darüber macht, ob sein bisheriges Verhalten ausreicht, um den Erfolg herbeizuführen (BGHSt 40, 304; vgl. LK-Lilie/Albrecht, 12. Aufl., § 24 Rn 175 mwN).

Die StrK hat hierzu jedoch keine eindeutigen Feststellungen getroffen: Während sie zunächst festgestellt hat, die Angekl. habe sich ‚nach der Tat zunächst gar keine Gedanken über den Gesundheitszustand‘ des Opfers gemacht, heißt es an anderer Stelle, dass die Angekl. aufgrund der fortbestehenden Handlungsfähigkeit des Opfers ‚unmittelbar im Anschluss an die Messerstiche noch nicht mit einem tödlichen Ausgang ihrer Messerattacke‘ rechnete. Das LG hat weiter festgestellt, dass die Angekl. spätestens als die Zeugin S die Wohnung etwa 15 Minuten nach den Messerstichen verließ, erkannte, dass die Verletzungen zum Tode des Zeugen W führen könnten. Im Ansatz zutreffend geht die StrK zwar davon aus, dass auch wenn der Täter zunächst nicht mit einem tödlichen Ausgang rechnet, eine sog. umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizontes möglich ist, wenn er unmittelbar darauf erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat. In diesem Fall liegt ein beendeter Versuch vor. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Korrektur der Vorstellung des Täters bei fortbestehender Handlungsmöglichkeit



sogleich nach der letzten Tathandlung in engstem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dieser erfolgt (BGHSt 36, 224; BGH StraFo 2008, 212; vgl. LK-Lilie/Albrecht aaO, Rn 179, 181).“ (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Beteiligungsversuch** StGB  
§ 30 II **Akzessorietät**

(BGH in StV 2010, 301 = NStZ 2010, 322; Urteil vom 04.02.2010 – 2 StR 165/08)

Für die **Einordnung** der gem. § 30 StGB **beabsichtigten Tat als Verbrechen oder Vergehen** kommt es auch in Fällen des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung gem. § 30 II StGB **nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf die des Anzustiftenden an.**

„Fehlt dem Anstifter selbst das **strafschärfende besondere persönliche Merkmal**, das nach seiner Kenntnis bei der von ihm anzustiftenden Person vorliegen würde, so **führt dies nicht zum Entfallen der rechtlichen Bewertung der Tat als Verbrechen**. Rechtsfolge ist vielmehr die Bestrafung dessen, der sich zur Anstiftung bereit erklärt hat, aus dem Strafrahmen des Grund- an Stelle desjenigen des Qualifikationstatbestandes.

Von diesen durch BGHSt 6, 308 zu § 49a StGB a.F. entwickelten Grundsätzen (vgl. auch BGHSt 4, 18) abzurücken, besteht auch für die Nachfolgeregelung des § 30 StGB i.d.F. des Art. 1 Nr. 1 des 2. StrRG (BGBl I, 313) keine Veranlassung. Für sie spricht vor allem auch der **Wortlaut und der Strafgrund des § 30 StGB**, der nicht gefährliche Täter, sondern gefährliche Taten erfassen soll (so auch SK-StGB-Hoyer § 30 Rn 21; Frister, StrafR AT, 3. Aufl., S. 414f.; Jescheck/Weigend, Lehrb. des Strafrechts, 5. Aufl., § 65 I 4; Stratenwerth/Kuhlen, StrafR AT I, 5. Aufl., § 12 Rn 173; i. E. ähnlich mit differenzierender Begründung LK-Roxin, 11. Aufl., § 30 Rn 40ff.; ders., StrafR, AT II, § 28 Rn 26ff.; zur Gegenauffassung vgl. u.a. Schönke/Schröder-Cramer/Heine, 27. Aufl., § 30 Rn 14; Lackner/Kühl, 26. Aufl., § 30 Rn 2; MüKo-StGB-Joecks, § 30 Rn 18; NK-StGB-Zaczyk, 2. Aufl., § 30 Rn 29; Maurach/Gössel/Zipf, StrafR AT, Bd. 2, 7. Aufl., § 53 Rn 29; Jakobs, StrafR AT, 2. Aufl., 27. Abschn. Rn 6 – jew. mwN).“ (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Geldfälschung** StGB  
§ 146 I Nr.2 **gewerbsmäßiges Handeln**

(BGH in StV 2010, 305; Beschluss vom 01.09.2009 – 3 StR 601/08)

Ein **Täter handelt nicht gewerbsmäßig i.S.d. §§ 146 I Nr.2, II StGB**, wenn er sich eine **Falschgeldmenge in einem Akt verschafft hat und seine Absicht lediglich darauf gerichtet ist, die falschen Banknoten in mehreren Teilmengen in Verkehr zu bringen.**

„Denn die **besondere Kennzeichnung einer gewerbsmäßigen Straftat** besteht nicht darin, dass der Täter durch die – ggf. sukzessiv erfolgende – Verwertung des durch die Straftat erlangten Gegenstandes eine Gewinnerzielung zur Finanzierung seiner Bedürfnisse anstrebt (vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2004, 335). Der Täter einer Geldfälschung nach § 146 I Nr. 2 StGB handelt deshalb nur dann gewerbsmäßig i.S.d. § 146 II StGB, wenn er beabsichtigt, sich die **erstrebte Einnahmequelle gerade durch die wiederholte Begehung der von ihm begangenen konkreten Straftat** – mithin dem wiederholten Sichverschaffen von Falschgeld in der Absicht, dieses als echt in Verkehr zu bringen oder ein solches Inverkehrbringen zu ermöglichen – **zu erschließen**. Die bloße Absicht, wiederholt eine Straftat nach § 146 I Nr. 3 StGB zu begehen, macht das **einmalige Sichverschaffen von Falschgeld** i.S.d. § 146 I Nr. 2 StGB demgegenüber nicht gewerbsmäßig und vermag eine **Qualifikation der nach dieser Tatbestandsalternative strafbaren Tat i.S.d. § 146 II StGB nicht zu begründen**.

**Diese Wertung wird durch die Rspr. zur Gewerbsmäßigkeit bei anderen Tatbeständen gestützt.** So handelt auch ein Dieb nicht allein deswegen gewerbsmäßig i.S.d. § 243 I 2 Nr. 3 StGB, weil er die in einem Akt erlangte Diebesbeute in mehreren Tranchen verwerten will. Erforderlich ist vielmehr, dass sich seine Wiederholungsabsicht auf den verwirklichten Tatbestand, mithin die Begehung von Diebstählen, bezieht (vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2004, 335; OLG Köln NStZ 1991, 585). Auch i.S.d. § 30 I Nr. 2 BtMG geht der Täter nur dann gewerbsmäßig vor, wenn er sich eine **fortlaufende Einnahmequelle durch wiederholte Vornahme gerade solcher Handlungen** verschaffen will, **die einen der Tatbestände des § 29a I Nr. 1 BtMG erfüllen** (vgl. BGH NJW 1996, 1069). Ebenso fehlt es an der für die Gewerbsmäßigkeit des Handelns mit Betäubungsmitteln erforderlichen Wiederholungsabsicht, wenn lediglich die Vergütung für ein Einzelgeschäft in Teilbeträgen gezahlt werden soll (vgl. BGH MDR 1989, 1033; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, 27. Aufl., Vorb. §§ 52ff. Rn 95). Schließlich steht der Nichtannahme der Gewerbsmäßigkeit im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass bei einem Betäubungsmittelhändler gewerbsmäßiges Handelntreiben in Betracht kommen kann, wenn er von vorneherein beabsichtigt, eine durch einen einheitlichen Vorgang erworbene Rauschgiftmenge nach und nach in mehreren Teilmengen weiter zu veräußern (vgl. BGHR BtMG § 29 III Nr. 1 gewerbsmäßig 3, 4); denn in diesen Fällen treibt der Täter bereits durch den Erwerb der Betäubungsmittel mit diesen Handel und verwirklicht – im Unterschied zu der hier vorliegenden Konstellation – damit diejenige Tatbestandsvariante, auf die sich auch seine Wiederholungsabsicht bezieht.“ (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BhV 1995 **Beihilfeanspruch** BeamtenR  
§ 5 **gesetzl. krankenversicherter Beamter**

(OVG Hamburg in NJOZ 2010, 1353; Beschluss vom 03.02.2010 – 1 Bf 246/09)

Trägt der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung die Hälfte des auf die Rente entfallenden Krankenversicherungsbeitrages des pflichtversicherten Beamten, so sind die **Leistungen eines Kassenarztes** für den Beamten **auch dann nicht beihilfefähig, wenn sie von der gesetzlichen Krankenversicherung nicht getragen werden.**

„Dass die **gesetzliche Krankenversicherung nur im Rahmen ihres Leistungskatalogs leistet** und für darüber hinausgehende Leistungen – wie hier – eine Beteiligung der Beihilfe ausgeschlossen ist, steht im Einklang mit der durch Art. 33 V GG gewährleisteten Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Dieses **Prinzip verlangt keine lückenlose Erstattung jeglicher Aufwendungen** (BVerfGE 83, 89 = NJW 1991, 743; BVerwGE 125, 21 = NVwZ 2006, 1191). Es fordert nicht, dass durch Beihilfen und Versicherungsleistungen die Aufwendungen in Krankheitsfällen vollständig gedeckt werden und dass der Dienstherr in jedem Falle einen Teil der Kosten übernimmt (vgl. BVerwGE 118, 277 = NJW 2004, 308; BVerwGE 125, 21 = NVwZ 2006, 1191).

Die **verschiedenen Sicherheitssysteme der Versorgung im Krankheitsfall** bei Beamten bzw. gesetzlich Versicherten weisen **grundlegende Strukturunterschiede** auf (ausf. BVerwGE 125, 21 = NVwZ 2006, 1191; BVerwGE 81, 27 = NJW 1989, 1558; vgl. auch bei VGH München BeckRS 2009, 34432).



Aus Gründen der **Systemtrennung** ist es ausgeschlossen, dass Aufwendungen, die nach dem **Willen des Gesetzgebers** in dem einen Leistungssystem aus Gründen der Kostendämpfung und Eigenbeteiligung von einem dem Grunde nach Berechtigten getragen werden sollen oder deren Erstattung ausgeschlossen ist, auf ein anderes Leistungssystem, nämlich die beamtenrechtliche Beihilfe, übergewälzt werden. Dieser **Ausschluss ist mit höherrangigem Recht vereinbar**. Da die Beamten eigenverantwortlich entscheiden, ob überhaupt, in welchem System und wie sie sich hinsichtlich der von ihnen zu tragenden Krankenvorsorge versichern, ist der Dienstherr grds. nicht verpflichtet, auf die Folgen der von ihm nicht zu beeinflussenden Entscheidung bei der Beihilfegewährung Rücksicht zu nehmen (vgl. BVerwG, Buchholz 270 § 12 BhV Nr. 2).“ (OVG Hamburg aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StVO  
§ 10

**Verkehrsregelung auf Parkplätzen**  
**Geltung des § 10 StVO**

StVO

(KG in NJOZ 2010, 1267; Beschluss vom 12.10.2009 – 12 U 233/08)

- I. **Fahrspuren auf Parkplätzen dienen grds. nicht dem fließenden Verkehr**, sodass sie - vorbehaltlich der Umstände des Einzelfalls - keine Vorfahrt gewähren und auch § 10 StVO nicht gilt, sondern alle Fahrzeugführer zur gegenseitigen Rücksichtnahme nach § 1 StVO verpflichtet sind.

„Grds. dienen Fahrspuren auf Parkplätzen nicht dem fließenden Verkehr, weshalb im Regelfall davon auszugehen ist, dass sie keine Vorfahrt gewähren und auch für den Ausparkenden gegenüber dem eine Fahrspur bereits Befahrenden § 10 StVO nicht gilt (vgl. Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 40. Aufl., § 8 StVO, Rn 31a). Die den Parkplatz befahrenden Fahrzeugführer haben deshalb hohe Sorgfaltspflichten und sind sich zur gegenseitigen Rücksichtnahme gem. § 1 StVO verpflichtet (vgl. KG KGR 2002, 364 = VM 2003 Nr. 11 = VRS 104, 24 = NZV 2003, 381; OLG Frankfurt NJW 2009, 3038).“ (KG aaO)

- II. Etwas **anderes kann jedoch dann gelten, wenn** die angelegten **Fahrspuren zwischen den Parkplätzen eindeutig Straßencharakter haben** und sich aus ihrer baulichen Anlage ergibt, dass sie nicht dem Suchen von Parkplätzen dienen, sondern der Zu- und Abfahrt der Fahrzeuge.

„Handelt es sich bei einer bzw. mehreren der Zufahrtswege um eine gegenüber den Durchfahrtsgassen zwischen den Parkplätzen nochmals baulich größer und breiter ausgestalteten Zufahrtsstraße, so kann § 10 StVO zur Anwendung kommen (vgl. hierzu auch OLG Sachsen-Anhalt VerkMitt 2007, Nr. 43).

Entgegen den Ausführungen der Berufung ist die von dem klägerischen Fahrer befahrene Zufahrtsstraße bereits baulich deutlich gegenüber den Zufahrtsgassen zu den einzelnen Parkplätzen abgesetzt (wird ausgeführt).

Ebenfalls zutreffend hat das LG ausgeführt, dass der Grundsatz „rechts vor links“ nach § 8 I 1 StVO im Verhältnis Bekl. zu 1) zum klägerischen Fahrer nicht galt.

**In der Rspr. wird die Frage, ob § 8 StVO („rechts vor links“) auf Parkplätzen anwendbar ist, für gleichartige Fahrspuren mit eindeutigem Straßencharakter sowie auch für sonstige baulich gleich gestaltete Fahrspuren bejaht** (vgl. OLG Hamm Schaden-Praxis 2001, 229; LG Bochum Schaden-Praxis 2003, 124).

Im Streitfall kommt jedoch § 8 I 1 StVO bereits deshalb nicht zur Anwendung, weil es sich nicht um das Zusammentreffen von zwei gleichberechtigten, dem fließenden Verkehr dienenden Straßen handelt, von denen die eine in die andere mündet. Wie bereits ausgeführt, dient allein die vom Bekl. zu 1) befahrene Zufahrtsstraße dem unmittelbaren Aufsuchen der Parkplätze und dem Ein- und Ausparken, während die vom klägerischen Fahrer befahrene Straße die Zu- und Abfahrt der Fahrzeug aufnimmt.“ (KG aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

SGB II  
§ 28 I 3 Nr.1

**Sozialhilfe**

öffR

**Anrechnung von Kindergeld ist verfassungsgemäß**

(BVerfG in FamRZ 2010, 800; Beschluss vom 11.03.2010 – 1 BvR 3163/09)

Die **leistungsmindernde Anrechnung von Kindergeld auf das Sozialgeld** nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) **ist verfassungsgemäß**.

„Dass das **Kindergeld** in voller Höhe als **Einkommen i. S. von § 11 I SGB II** auf die Leistungen nach dem SGB II angerechnet wird, ist mit dem GG vereinbar. Das BVerfG hat bereits entschieden, dass die vollständige Anrechnung des Zuschlags zum Kindergeld nach § 11a Bundeskindergeldgesetz a.F. auf die Sozialhilfe nicht gegen Art. 1 I i. V. mit dem **Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I, Art. 6 I und Art. 3 I GG** verstieß (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.10.1991 - 1 BvR 1159/91). Dies gilt entsprechend für das Kindergeld (vgl. insoweit auch BVerwGE 94, 326) und seine Anrechnung auf die Leistungen nach dem SGB II.

Das **Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums** aus Art. 1 I GG i. V. mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG **wird durch die vollständige Anrechnung des Kindergeldes nicht verletzt**. Der Bf. hat durch das Kindergeld einerseits und das gekürzte Sozialgeld andererseits im Ergebnis staatliche Leistungen in der Höhe erhalten, die durch § 28 I 3 Nr. 1 SGB II im streitgegenständlichen Zeitraum gesetzlich vorgesehen waren. Gegen § 28 I 3 Nr. 1 SGB II selbst richtet sich die Verfassungsbeschwerde nicht. Zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ist es auch nicht geboten, dass zumindest ein Teil des Kindergeldes anrechnungsfrei bleibt, damit der Betreuungs-, Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf eines Kindes, dem im Einkommensteuerrecht nach Maßgabe von § 32 VI EStG i. V. mit § 31 S. 1 EStG Rechnung getragen wird, gedeckt werden kann. Denn **Art. 1 I GG i. V. mit Art. 20 I GG verlangt nicht die Gewährung von Leistungen die den Betreuungs-, Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf in gleicher Höhe wie das Steuerrecht berücksichtigt**.

**Aus Art. 3 I GG folgt nichts anderes:** Art. 3 I GG verpflichtet den Gesetzgeber, der – ggf. aufgrund verfassungsrechtlicher Verpflichtung (vgl. BVerfGE 99, 216) - Steuervergünstigungen gewährt, nicht dazu, diesen Vergünstigungen entsprechende Sozialleistungen solchen Personen und ihren Angehörigen zu gewähren, die kein zu versteuerndes Einkommen erzielen. Hinsichtlich der Zahlung von Kindergeld werden zudem alle Kindergeldberechtigten und hinsichtlich der Anrechnung des Kindergeldes nach § 11 I 3 SGB II auch alle zu einer Bedarfsgemeinschaft mit ihren Eltern gehörenden, hilfebedürftigen Kinder gleich behandelt.“ (BVerfG aaO)



**Entscheidungen Verfahrensrecht**ZPO  
§ 91a**Stufenklage auf Rückzahlung der Mietkaution  
materieller Kostenerstattungsanspruch bei Erledigung**

ZPO

(OLG Karlsruhe in NJW-RR 2010, 585; Beschluss vom 16.06.2009 – 19 W 23/09)

1. Erklären die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, weil der Kautionsrückzahlungsanspruch im Hinblick auf Forderungen des Vermieters gegen den Mieter nicht besteht, kann dem Mieter gem. **§§ 280 II, 286 BGB** ein **materieller Kostenerstattungsanspruch** gegen den Vermieter zustehen, der im Rahmen der Entscheidung nach § 91a ZPO zur Auferlegung der Kosten des Rechtsstreits auf den Vermieter führt.
2. Voraussetzung ist, dass sich der Vermieter mit der Kautionsabrechnung in **Verzug** befand, der Mieter **nicht zuverlässig wissen** konnte, ob und in welcher Höhe ein Rückzahlungsanspruch gegen den Vermieter besteht und der er deshalb zur Klage **herausgefordert** wurde.

**A. Grundlagenwissen: Kostenentscheidung nach § 91a ZPO**

Erklärt der Kläger den Rechtsstreit für erledigt und schließt sich der Beklagte einer solchen Erledigungserklärung an, so **entfällt** wegen der im Zivilrecht geltenden Dispositionsbefugnis der Parteien die **Rechtshängigkeit der Hauptsache** und das Gericht kann keine Entscheidung zur Sache mehr treffen. Der Rechtsstreit bleibt **nur noch wegen der Kosten rechtshängig**. Allerdings sieht § 91a ZPO vor, dass das Gericht im Falle einer übereinstimmenden Erledigungserklärung durch Beschluss über die Kosten entscheidet. Ein darauf gerichteter **Antrag ist nicht erforderlich**, sondern der Beschluss muss nach § 308 II ZPO **von Amts wegen** ergehen.

**a) Allgemeiner Entscheidungsmaßstab**

Die Kostenentscheidung hat nach **billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes** zu ergehen. Das Gericht ist daher an den aktuellen Stand des Prozesses gebunden. Weiterer Vortrag oder gar Beweiserhebungen erfolgen grundsätzlich nicht. Es handelt sich daher bei dem Beschluss nach § 91a ZPO um ein **aus prozessökonomischen Gründen abgekürztes Verfahren**, welches dem Umstand Rechnung trägt, dass die Parteien kein Interesse mehr an der Entscheidung in der Hauptsache haben. Da es nur um die Kostenentscheidung geht, ist es mit **rechtsstaatlichen Grundsätzen** zu vereinbaren, dass hier abwägende Einschätzung hinsichtlich der Erfolgsaussichten erfolgt, ohne diese eingehend zu überprüfen. Ausgehend von diesen Erfolgsaussichten ist zu ermitteln, **wie die Kostenentscheidung in der Hauptsache wohl ausgefallen wäre**, wenn es zu einer Entscheidung gekommen wäre.

Das Gericht hat daher den bis dahin vorgetragenen Tatsachenstoff nach den üblichen Grundsätzen auszuwerten. Es kommt auch in diesem Zusammenhang auf die **Schlüssigkeit des Klägervorbringens** und die **Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens** an. Stellt sich heraus, der der Klägervortrag vom Beklagten in erheblicher Weise bestritten wird, ist – sofern die Erledigung nicht nach Beweisaufnahme erfolgt – zu prüfen, ob überhaupt ein Beweisangebot vorliegt. **Eine vorweggenommene Beweiswürdigung findet jedoch nicht statt**. Hingen die Erfolgsaussichten der Kläger daher allein von der Beweisaufnahme ab, so ist das Risiko regelmäßig mit 50/50 zu bewerten. Anders als im einstweiligen Rechtsschutz, in dem auch eine summarische Prüfung erfolgt, kann bei der Billigkeitsentscheidung nach § 91a ZPO nicht nur der Tatsachenstoff teilweise offen bleiben, sondern das **Gericht ist auch nicht gehalten, umfangreiche und schwierige rechtliche Erwägungen** anzustellen (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1075 m.w.N.).

**b) Berücksichtigung eines materiellen Kostenerstattungsanspruchs**

Inhalt des Beschlusses ist zunächst der **prozessuale Kostenerstattungsanspruch**, wie er auch in jeder Kostenentscheidung im Rahmen eines Urteils zu prüfen ist. **Fraglich** ist jedoch, ob das Gericht unabhängig von der prozessualen Kostentragungspflicht im Rahmen der Entscheidung nach § 91a ZPO auch einen **materiellen Kostenerstattungsanspruch berücksichtigen** kann.

Grundsätzlich findet zwar eine solche Prüfung aus Gründen der Prozessökonomie nicht statt, **in Ausnahmefällen** kann es aber gerade diese sein, welche die Berücksichtigung eines materiellen Kostenerstattungsanspruchs notwendig macht. Lässt sich nämlich das Bestehen eines solchen **ohne besondere Schwierigkeiten und ohne Beweisaufnahme feststellen**, so kann dadurch ein Folgeprozess über den materiellen Kostenerstattungsanspruch vermieden werden und gerade dies der Beschleunigung Rechnung tragen (vgl. BGH, NJW 2002, 680; BGH MDR 1981, 126; BGH NJW-RR 1997, 7).

### c) Rechtsfolgen des Beschlusses nach § 91a ZPO

- aa) Der Beschluss nach § 91a ZPO ist ein nach § 794 I Nr. 3 ZPO **vollstreckbarer Titel**, so dass auf seiner Grundlage der Erlass eines **Kostenfestsetzungsbeschlusses** nach §§ 103 ff. ZPO beantragt werden kann.
- bb) Soweit das Gericht die Berücksichtigung eines **materiellen Kostenerstattungsanspruchs** bei dem Beschluss nach § 91a ZPO abgelehnt hat, führt dies nicht dazu, dass dieser untergeht. Es bleibt dem Belasteten **unbenommen**, diesen **Anspruch in einem Folgeprozess geltend zu machen** (vgl. BGH NJW 2002, 680; OLG Frankfurt, OLGR 1999, 283).

## B. Kostenerstattungsanspruch bei Erledigung einer Stufenklage auf Kautionsrückzahlung (OLG Karlsruhe in NJW-RR 2010, 585)

**Fall** Die Kl. hat im Wege der Stufenklage die Verurteilung der Bekl. begehrt, der Kl. eine Abrechnung der geleisteten Kautionsrückzahlung von 10.000 Euro zu erteilen und die sich ergebenden Beträge gegebenenfalls an die Kl. auszukehren. Das zwischen den Parteien bestandene Mietverhältnis über Gewerberäume haben die bekl. Vermieter am 15.12.2005 wirksam aus wichtigem Grund fristlos gekündigt. Am 02.02.2006 erwirkten die Bekl. gegen die Kl. einen (rechtskräftigen) Vollstreckungsbescheid über 14.465,80 Euro nebst Zinsen und Kosten wegen offener Mieten. Am 26.07.2006 reichte der von den Bekl. deshalb beauftragte Gerichtsvollzieher die Vollstreckungsunterlagen mit dem Bemerken zurück, dass die Kl. unter der angegebenen Anschrift nicht zu ermitteln sei. Die Bekl. haben auf die am 30.12.2008 bei Gericht eingereichte Klage ihre Forderung aus dem Vollstreckungsbescheid gegen die Kautionsrückzahlungsforderung von 10.769,19 Euro aufgerechnet. Mit Rücksicht hierauf haben die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Wie lautet die Kostenentscheidung?

Nachdem die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist über alle bisher **entstandenen Kosten** des Rechtsstreits gem. § 91a ZPO nach **billigem Ermessen** unter Berücksichtigung des **bisherigen Sach- und Streitstands** durch Beschluss zu entscheiden. Es entspricht regelmäßig der Billigkeit i.S. von § 91a ZPO, wenn diejenige Partei die Kosten zu tragen hat, der sie bei Fortgang des Verfahrens hätten auferlegt werden müssen. Dies beurteilt sich nach dem mutmaßlichen Ausgang des Rechtsstreits. Somit trifft die Kostenlast insgesamt oder anteilig grundsätzlich die Partei, die ohne Eintritt des erledigenden Ereignisses voraussichtlich ganz oder teilweise unterlegen wäre (§§ 91, 92 ZPO).

### I. Erfolgsaussichten der Klage

Frage ist also, ob die Klage ohne die Erledigungserklärung hätte Erfolg haben können.

*„Nach der von den Bekl. im Rechtsstreit erteilten – unbestrittenen – Abrechnung hatte die Kl. keine Forderung gegen die Bekl. Der Kl. stand zu keinem Zeitpunkt eine fällige Kautionsrückzahlungsforderung gegen die Bekl. zu. Der sich aus der Sicherungsabrede ergebende **Rückzahlungsanspruch** wird **erst fällig** und besteht auch nur insoweit, als feststeht, dass dem **Vermieter keine Ansprüche mehr zustehen**, für die die Kautionshaftung, das Sicherungsbedürfnis also entfallen ist (BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857 = NZM 1999, 496; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., Vorb. § 535 Rn. 126).“* (OLG Karlsruhe aaO)

Die Klage wäre also bei Fortgang des Verfahrens mit der sich aus § 91 ZPO zu Lasten der Kl. ergebenden Kostenfolge abzuweisen gewesen.

### II. materieller Kostenerstattungsanspruch

In die im Rahmen der Entscheidung nach § 91a ZPO vorzunehmenden Billigkeitserwägungen ist jedoch auch ein möglicher materieller Kostenerstattungsanspruch mit einzustellen.

*„Der Vermieter ist nach Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet, – vorbehaltlich einer anderen vertraglichen Regelung – **nach Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist eine Abrechnung** gem. § 259 BGB über die Kautionsrückzahlung **zu erteilen** und dabei gegebenenfalls die Aufrechnung zu erklären. Kommt der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nach, so kann der Mieter seinen (vermeintlichen) Kautionsrückzahlungsanspruch einklagen.“* (OLG Karlsruhe aaO)



Hierzu stehen ihm drei Möglichkeiten zur Verfügung.

1. Der Mieter kann **direkt auf Rückzahlung der Kautionsklagen**.

*„Zur Klagebegründung reicht dabei der Vortrag nicht aus, der Vermieter habe nicht abgerechnet. Vielmehr muss der Mieter den **Rückzahlungsanspruch mit einer eigenen Berechnung begründen**. Soweit dem Mieter nähere Darlegungen nicht möglich sind, kann er sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Oftmals ist der Mieter ab nicht in der Lage, den Kautionsrückzahlungsanspruch zu bezeichnen, da die Kautionsrückzahlung verzinslich zu erstatten ist und die Berechnung der Verzinsung Schwierigkeiten bereiten kann.

2. Der Mieter kann auch zunächst **Klage auf Abrechnung** der Kautionsklagen erheben.

*„Eine solche Klage ist begründet, wenn der **Mieter** – wie im Regelfall – **nicht wissen kann**, ob und in welcher Höhe der **Vermieter noch Ansprüche geltend macht**.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Nach erteilter Auskunft müsste der Mieter dann eine weitere Klage erheben.

3. Schließlich kann der Mieter seinen (vermeintlichen) Anspruch auf Rückzahlung der Kautionsklagen – wie hier – **im Wege der Stufenklage** (§ 254 ZPO) verfolgen.

*„Erklären die Parteien **übereinstimmend** den Rechtsstreit in der **Hauptsache für erledigt**, weil der Kautionsrückzahlungsanspruch im Hinblick auf Forderungen des Vermieters gegen den Mieter nicht besteht, kann dem Mieter gem. §§ 280 II, 286 BGB ein **materieller Kostenerstattungsanspruch** gegen den Vermieter zustehen, der im Rahmen der Entscheidung nach § 91a ZPO zur Auferlegung der Kosten des Rechtsstreits auf den Vermieter führt.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist, dass sich der Vermieter **mit der Abrechnung** der Kautionsklagen **in Verzug** befand, der Mieter nicht zuverlässig wissen konnte, ob und in welcher Höhe ihm ein Rückzahlungsanspruch gegen den Vermieter zusteht und der Mieter deshalb zur Zahlungsklage bzw. Stufenklage **herausgefordert wurde**.

a) **Verzug mit der Kautionsabrechnung**

Die Bekl. könnten nach § 286 I BGB mit der Abrechnung über die Kautionsklagen vor Klageerhebung in Verzug gewesen sein.

*„Zwar war die **Abrechnungsreife** im Verlauf des Jahres 2006 unzweifelhaft eingetreten. Die Kl. hat jedoch keinen Beweis dafür angeboten, dass sie die Bekl. zur **Abrechnung angemahnt** hat (§ 286 I BGB), bzw. das Schreiben vom 30.07.2008 den Bekl. zugegangen ist. Eine Abrechnung gegenüber der Kl. wäre den Bekl. ohnehin nicht möglich gewesen, solange sie die neue Anschrift der Kl. nicht kannten; Kenntnis hiervon erhielten sie erst mit Zustellung der Klage. Die Erteilung der Abrechnung unterblieb daher nicht schuldhaft. Es war Sache der Kl., den Bekl. ihre neue Anschrift für die Übermittlung der Abrechnung mitzuteilen. Das ist nicht geschehen. Vielmehr war sie ausweislich des Gerichtsvollzieherprotokolls „unbekannt verzogen.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Die Beklagten befanden sich daher mit der Kautionsabrechnung nicht in Verzug.

b) **Kenntnis der Kl. vom Nichtbestehen eines Rückzahlungsanspruchs**

*„Ein materieller Kostenerstattungsanspruch der Kl. besteht außerdem schon deshalb nicht, weil sie **von vornherein wusste**, dass die bekl. **Vermieter berechnete Forderungen** gegen sie geltend machten, die den **Kautionsbetrag nebst Zinsen** deutlich **übersteigen**, mithin ein Kautionsrückzahlungsanspruch überhaupt nicht bestehen konnte.*

*Die **Unbegründetheit der Zahlungsklage** (Stufenklage) hat sich aus Sicht der Kl. also gerade **nicht erst auf Grund der im Prozess getätigten Abrechnung** der Bekl. gezeigt. Die Abrechnungspflicht des Vermieters ist kein Selbstzweck. Deren Erfüllung soll dem Mieter zuverlässige Kenntnis darüber verschaffen, ob und in welcher Höhe ihm noch ein Kautionsrückzahlungsanspruch gegen den Vermieter zusteht. Wenn auf Grund berechtigter oder – wie hier – gar rechtskräftig festgestellter Forderungen des Vermieters feststeht, dass ein Kautionsrückzahlungsanspruch ausscheidet, besteht für den Mieter insoweit kein Informationsbedürfnis mehr. Aus der der Kautionszahlung zu Grunde liegenden Sicherungsabrede folgt nicht ein Anspruch des Mieters auf Abrechnung, nur um in Erfahrung zu bringen, was er dem Vermieter noch schuldet. Ein solches Wissen dient nicht der Vorbereitung einer Zahlungsklage des Mieters.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Der Kl. steht daher auch kein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch gegen die Bekl. zu, der im Rahmen der hier gem. § 91a ZPO zu treffenden Kostenentscheidung zu ihren Gunsten zu berücksichtigen wäre.

**III. Ergebnis:** Die Kosten sind in dem Beschluss nach § 91a ZPO allein der Kl. aufzuerlegen.

ZPO  
§ 788**Vorbereitung eines Drittschuldnerprozesses**  
**Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 788 ZPO**

ZPO

(BGH in NJW 2010, 1674; Beschluss vom 14.01.2010 - VII ZB 79/09 )

1. Die dem Gläubiger in **Vorbereitung eines nicht von vornherein aussichtslosen Drittschuldnerprozesses** entstandenen notwendigen Kosten können, soweit sie bei dem Drittschuldner nicht begetrieben werden können, nach § 788 ZPO festgesetzt werden.
2. Ein **Anspruch** des Gläubigers **gegen den Drittschuldner** aus § 840 II 2 ZPO kann nicht daraus abgeleitet werden, dass er die **Forderung zu Unrecht nicht anerkennt**.
3. **Anwaltskosten**, die dadurch entstehen, dass der Drittschuldner, der nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses die gemäß § 840 I ZPO geforderten Erklärungen nicht innerhalb der Zwei-Wochen-Frist abgibt, ein **weiteres Mal zur Abgabe dieser Erklärungen** aufgefordert wird, sind **nicht** als **notwendige Kosten** der Zwangsvollstreckung gem. § 788 ZPO festsetzungsfähig.

**A. Grundlagenwissen: Die Auskunftspflicht des Drittschuldner nach § 840 ZPO**

Die vom Drittschuldner nach § 840 ZPO zu erteilende Auskunft wird als Drittschuldnererklärung bezeichnet.

**I. Inhalt der Auskunftspflicht**

Der Drittschuldner ist dem Gläubiger mit Bewirken der Pfändung nach § 840 ZPO zur **Auskunft** insbesondere darüber verpflichtet, **ob und inwieweit** der die **gepfändete Forderung** als begründet **anerkennt** und zur Zahlung an den Gläubiger bereit ist. Darüber hinaus muss er den Gläubiger auch darüber informieren, ob bereits weitere Pfändungen vorliegen oder andere Personen sonst Ansprüche auf die Forderung geltend machen (z.B. ein Zessionar).

Diese Auskunftspflicht hat der Drittschuldner **binnen zwei Wochen nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses** zu erfüllen. Geschieht dies nicht, hat der Gläubiger keine Möglichkeit, die Auskunftserteilung zu erzwingen, insbesondere kann er nicht auf Auskunftserteilung klagen. Bei der **Pflicht zur Auskunftserteilung** handelt es sich nur um eine **Obliegenheit** des Drittschuldners, bei deren Verletzung er sich **schadensersatzpflichtig** macht (vgl. dazu unten). Ein Anspruch auf Auskunft wird dem Gläubiger mit § 840 ZPO nicht eingeräumt (vgl. BGH NJW 1984, 1901).

**II. Wirkung der Auskunft**

Der Drittschuldnerklärung ist vorbehaltlich eines ausdrücklich abweichend erklärten Willen des Drittschuldners grundsätzlich nur als **bloße Wissenserklärung** zu verstehen (BGHZ 69, 328). Sie stellt also nach überwiegender Auffassung **weder** ein **konstitutives Schuldanerkenntnis** nach § 781 BGB **noch** ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** dar (vgl. Musielak-Becker, § 840 ZPO, Rn. 9, 10). Ihre Bedeutung erschöpft sich darin, dass nach Anerkennung der Forderung in der Drittschuldnererklärung der Gläubiger im Rahmen des Einziehungsprozesses auf diese Bezug nehmen kann und der **Drittschuldner** dann **nachweisen** muss, dass die **Forderung des Schuldners** gegen ihn entgegen seiner eigenen Angabe in der Drittschuldnererklärung **doch nicht bestand**.

Die Drittschuldnererklärung führt daher hinsichtlich der Anerkennung der gepfändeten Forderung durch den Drittschuldner nach h.M. zu einer **echten Beweislastumkehr**, d.h. der Drittschuldner muss beweisen, dass die gepfändete Forderung nicht besteht oder mit Einwendungen oder Einreden behaftet ist. Nach a.A. ist dem widerrufenden Drittschuldner nicht der volle Beweis des Gegenteils aufzuerlegen, sondern er muss durch einen Gegenbeweis nur die Überzeugung des Gerichts zu erschüttern und die Beweislast für das Bestehen der Forderung fällt an auf den Gläubiger zurück (vgl. zum Meinungsstand Musielak-Becker, § 840 ZPO, Rn. 9).

**III. Haftung für Auskunft, § 840 II 2 ZPO**

Wird die Auskunft vom Drittschuldner **nicht** oder **nicht ordnungsgemäß** erteilt und hat er dies zu vertreten, so haftet er nach § 840 II 2 ZPO dem Gläubiger auf den daraus entstehen-

den Schaden. Da es sich allerdings um die **Haftung aus einem gesetzlichen Schuldnerverhältnis** handelt, wird auch hier nach § 280 I 2 BGB die Verantwortlichkeit des Drittschuldners vermutet und es obliegt diesem, sich zu entlasten. Er haftet er auch insofern nach § 278 BGB für seine Erfüllungsgehilfen (vgl. Musielak-Becker § 840 ZPO, Rn. 12). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine **nachträgliche Änderung der Verhältnisse** den Drittschuldner **nicht verpflichtet**, seine bei Abgabe zutreffende Erklärung von sich aus zu **ergänzen oder zu berichtigen**, ungeachtet seines Rechts dazu.

Der Drittschuldner haftet hinsichtlich der fehlenden oder fehlerhaften Auskunft jedoch nicht ohne weiteres auf die Erfüllung der Forderung, sondern hat den **Gläubiger nur so zu stellen**, wie dieser bei **ordnungsgemäßer Abgabe der Drittschuldnererklärung** stehen würde. Hat der Drittschuldner also z.B. die Forderung anerkannt und erbringt er im Einziehungsprozess den Nachweis des Nichtbestehens der Forderung, hat der gleichwohl nach § 840 II 2 ZPO dem Gläubiger die **Kosten des Einziehungsprozesses** zu ersetzen. Als ersatzfähiger Schaden ist auch der Nachteil anzusehen, den der Gläubiger dadurch erleidet, dass der nach positiver Drittschuldnererklärung von weiteren Vollstreckungsmaßnahmen absieht, die später nicht mehr Erfolg versprechend sind.

## B. Vorbereitung des Drittschuldnerprozesses als Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 788 ZPO (BGH in NJW-RR 2010, 1674)

**Fall:** Der Gläubiger erwirkte am 05.09.2007 wegen einer Forderung von insgesamt 77.113,91 Euro einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gegen die Schuldnerin, mit dem deren angebliche Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen gegen den Drittschuldner, einen Notar, gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurden. Nachdem der Drittschuldner die Erklärungen gem. § 840 I ZPO nicht fristgerecht abgegeben hatte, wurde er mit Anwaltschreiben vom 29.10.2007 gemahnt. Mit Schreiben vom 07.11.2007 teilte der Drittschuldner mit, dass die Forderungen „nicht als begründet anerkannt“ würden. Daraufhin beauftragte der Gläubiger seine Rechtsanwälte, die Ansprüche einzuklagen. Nachdem der Drittschuldner mit Schreiben vom 14.12.2007 eine Bezahlung in Aussicht gestellt hatte, wurde zunächst von einer Klageerhebung abgesehen. Nach erfolgter Zahlung der gepfändeten Forderungen wurde das Klageverfahren nicht mehr durchgeführt.

Der Gläubiger hat beantragt, die ihm durch die Einschaltung eines Rechtsanwalts entstandenen Kosten in Höhe von 1.643,21 Euro gem. § 788 ZPO gegen die Schuldnerin festzusetzen. Er hat für das Mahnschreiben eine Geschäftsgebühr und für die Vorbereitung der Klage eine Verfahrensgebühr angesetzt. Wird das AG diese Kosten nach § 788 ZPO festsetzen?

Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen nach § 788 I ZPO dem Schuldner zur Last, soweit sie notwendig waren (vgl. § 91 ZPO). Der Gläubiger kann insofern nach § 788 II ZPO die **Festsetzung der Kosten** gemäß §§ 103 II. 2, 104, 107 ZPO **beim zuständigen Gericht beantragen**.

### I. Berücksichtigung von Kosten, die im Verhältnis zum Drittschuldner entstanden sind

Zunächst stellt sich die Fragen, ob hiervon überhaupt solche Kosten umfasst sein können, die im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Zahlung auf die gepfändete und zur Einziehung überwiesene Forderung gegenüber dem Drittschuldner entstanden sind.

*„Der Senat hat bereits entschieden (NJW 2006, 1141), dass die **Kosten eines Rechtsstreits zwischen dem Gläubiger und dem Drittschuldner über eine gepfändete und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesene Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner als Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 788 ZPO erstattungsfähig** sein können. Dies gilt in gleicher Weise für die **Kosten der Vorbereitung einer solchen Klage**.*

*Im einen wie im anderen Fall entstehen die Aufwendungen des Gläubigers **aus Anlass der Zwangsvollstreckung** (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 788 Rn 3). Bei dem Drittschuldnerprozess und dessen Vorbereitung handelt es sich um Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers, die unmittelbar dazu dienen, den die Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner betreffenden Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zu vollziehen. Die insoweit entstandenen **Kosten** hat der **Schuldner** dadurch **verursacht**, dass er die **Forderung des Gläubigers nicht freiwillig erfüllt** hat.“ (BGH aaO)*

Es kommt daher darauf an, ob die Kosten für das außergerichtliche Aufforderungsschreiben und die Kosten für die Vorbereitung des Klageverfahrens gegen den Drittschuldner als **notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung** angesehen werden können.

### II. Kosten für die Klagevorbereitung

#### 1. Notwendigkeit

*„Aus der maßgeblichen Sicht des Gläubigers gab es bei Erteilung des Klageauftrags **keine andere erfolgversprechende Möglichkeit**, die titulierte Forderung durchzusetzen, als gerichtlich gegen den Drittschuldner vorzugehen. Denn dieser hatte erklärt, die gepfändete Forderung **„als nicht begründet anzuerkennen“**. Im*

Hinblick darauf war die **vorbereitete Klage nicht mutwillig**. Sie war auch, wie sich bereits aus der späteren Erfüllung der Forderung ergibt, nicht von vornherein aussichtslos.“ (BGH aaO)

## 2. keine Durchsetzbarkeit gegenüber Drittschuldner

Dies allein rechtfertigt es jedoch nicht, die Kosten der Vorbereitung der Klage als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung anzusehen.

„Vielmehr sind die Kosten eines nicht von vornherein aussichtslosen Drittschuldnerprozesses oder dessen Vorbereitung nur dann als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner anzusehen, wenn sie **von dem Drittschuldner nicht beigetrieben werden können** (BGH, NJW 2006, 1141).“ (BGH aaO)

Die Festsetzbarkeit der Kosten der Vorbereitung der Klage gegen den Drittschuldner hängt daher zum einen davon ab, ob überhaupt ein Kostenerstattungsanspruch gegen den Drittschuldner besteht und zum anderen, ob dieser durchgesetzt werden kann. Ein Kostenerstattungsanspruch des Drittschuldner könnte sich aus § 840 II 2 ZPO ergeben.

„Danach haftet der Drittschuldner nur, wenn er eine Auskunft gem. § 840 I ZPO unvollständig, unrichtig, irreführend oder verspätet erteilt (Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl., § 840 Rn 12). Durch die in § 840 I ZPO getroffene gesetzliche Regelung soll die Entscheidung des Pfändungsgläubigers erleichtert werden, ob er aus der gepfändeten angeblichen Forderung seines Schuldners gegen den Drittschuldner vorgehen soll oder nicht. Nur zu diesem Zweck und in dem durch die Pfändung gezogenen Rahmen sind dem Drittschuldner die Auskunftspflichten und die Haftung aus der Nichterfüllung auferlegt (BGHZ 98, 291 [294]) = NJW 1987, 64.“ (BGH aaO)

### a) Haftung wegen Nichtanerkennung im Rahmen der Auskunft

Fraglich ist, ob die Nichtanerkennung der Forderung im Rahmen der Auskunft trotz Bestehens der Forderung zu einer Verletzung der Auskunftspflicht führt.

„Nach § 840 I ZPO hat er sich nur dazu zu erklären, ob er die Forderung als begründet anerkennt, nicht darüber, ob die Forderung begründet ist. Eine Haftung gem. § 840 II 2 ZPO wegen Nichtanerkennung der Forderung scheidet damit aus.“ (BGH aaO)

### b) Haftung wegen verspäteter Abgabe

„Wegen verspäteter Abgabe der gem. § 840 I ZPO zu erteilenden Auskünfte kommt eine Haftung des Drittschuldners gem. § 840 II ZPO hier nicht in Betracht. Die **verspätete Auskunft** ist für den dem Gläubiger entstandenen Schaden, die wegen der Vorbereitung der Klage angefallenen Anwaltskosten, **nicht kausal** geworden. Denn die Entscheidung, klageweise gegen den Drittschuldner vorzugehen, hat der Gläubiger erst **nach Abgabe der Drittschuldnererklärung** getroffen.“ (BGH aaO)

Dem Gläubiger steht daher gegen den Drittschuldner ein Anspruch auf Ersatz der für die Vorbereitung der Klage angefallenen Kosten nicht zu. Die Kosten für die Vorbereitung der Klage sind damit im Rahmen des § 788 ZPO festsetzungsfähige, notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung.

## III. außergerichtliches Aufforderungsschreiben

Auch bei den Kosten für das außergerichtliche Aufforderungsschreiben gegenüber dem Drittschuldner könnte es sich um notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung handeln.

„Wie bereits ausgeführt, soll dem Schuldner durch die in § 840 I ZPO getroffene gesetzliche Regelung nur die Entscheidung erleichtert werden, ob er aus der gepfändeten angeblichen Forderung seines Schuldners **gegen den Drittschuldner vorgehen** soll oder nicht. Erteilt der Drittschuldner nach Zugang der Aufforderung zur Erklärung nach § 840 I ZPO dem Gläubiger **innerhalb der Zwei-Wochen-Frist keine Auskunft**, kann dieser ohne Weiteres **davon ausgehen**, dass hinsichtlich der Beitreibbarkeit der gepfändeten Forderung **keine Hindernisse bestehen** (BGH, NJW-RR 2006, 1566). Eine **nochmalige Aufforderung** an den schweigenden Drittschuldner, sich nach § 840 I ZPO zu erklären, ist daher auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers nicht geboten. Damit verbundene Anwaltskosten sind nicht erstattungsfähig (BGH, NJW-RR 2006, 1566). Das gilt nicht nur im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Drittschuldner, sondern auch im Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner.“ (BGH aaO)

Bei den im Zusammenhang mit dem Mahnschreiben vom 29.10.2007 angefallenen Anwaltskosten handelt es sich nicht um notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung. Sie können nicht gem. § 788 ZPO gegen die Schuldnerin festgesetzt werden.

(BGH in NSTz 2010, 225; Beschluss vom 29.10.2009 – StB 20/09)

1. Die Prüfung der **Frage, ob die Anklageerhebung dazu führt, dass über Anträge im nachträglichen Rechtsschutzverfahren gegen Anordnungen heimlicher Ermittlungsmaßnahmen** und die Art und Weise ihres Vollzugs nicht mehr der Ermittlungsrichter nach § 101 VII 1 StPO entscheidet, sondern gem. § 101 VII 4 StPO das Gericht, bei dem Anklage erhoben worden ist, hat sich **daran zu orientieren, ob bei Fortdauer der Zuständigkeit des Ermittlungsrichters die Gefahr besteht, dass von dem Anordnungs- und Beschwerdegericht einerseits und dem erkennenden bzw. Rechtsmittelgericht andererseits divergierende Entscheidungen** zur Frage der Rechtmäßigkeit der beanstandeten Maßnahme **getroffen werden**.
2. Die **Zuständigkeit des erkennenden Gerichts** gem. § 101 VII 4 StPO ist daher **auch dann gegeben, wenn ein Ermittlungsverfahren zunächst gegen mehrere Personen geführt, Anklage aber nicht gegen alle Beschuldigte erhoben wird, und sich ein nicht angeklagter Beschuldiger als Ast** im Verfahren nach § 101 VII 2 StPO **gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen wendet**, die in dem ursprünglich gemeinsam geführten Ermittlungsverfahren angeordnet worden sind.

**Fall:** Der GBA führt seit September 2006 ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung („militante Gruppe“) und anderer Straftaten. Das Verfahren richtete sich zunächst nur gegen den Bf. sowie die Beschuldigten B, D und M. Im April, Juni und Juli 2007 erstreckte der GBA dieses Verfahren auf die Beschuldigten L, R und H. Mit Verfügung vom 30.04.2008 trennte der GBA das Verfahren gegen die Beschuldigten R, L und H ab und erhob gegen sie unter dem 21.06.2008 Anklage zum KG mit dem Vorwurf, als Mitglieder der „militanten Gruppe“ im Juli 2007 versucht zu haben, einen Brandanschlag auf Fahrzeuge der Bundeswehr zu verüben. Am 18.10.2009 verurteilte das KG die früheren Mitbeschuldigten des Bf. wegen dieser Vorwürfe (nicht rechtskräftig) zu Freiheitsstrafen. Das Ermittlungsverfahren gegen den Bf. ist noch nicht abgeschlossen.

Im Verlauf des Ermittlungsverfahrens ordnete der Ermittlungsrichter des BGH im Zeitraum zwischen Oktober 2006 und August 2007 auf Antrag des GBA durch 20 Beschlüsse verdeckte Ermittlungsmaßnahmen u.a. nach §§ 100a, 100f, 163f StPO an. Diese wurden fast ausnahmslos vollzogen und endeten überwiegend spätestens Ende August 2007, in Einzelfällen im September bzw. November 2007. In der Mehrzahl dieser Fälle war der Bf. Zielperson dieser Maßnahmen, zum Teil war er von ihnen mittelbar betroffen.

Mit Schreiben vom 16.12.2008 hat der GBA den Bf. von der Anordnung und der Durchführung dieser Ermittlungsmaßnahmen gem. § 101 IV 1 StPO unterrichtet und ihn dahin belehrt, dass ein Antrag auf Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit ggf. an das KG zu richten sei. Mit inhaltsgleichen Schriftsätzen hat der Verfahrensbevollmächtigte des Bf. daraufhin fristgerecht am 06.01.2009 sowohl beim KG als auch beim Ermittlungsrichter des BGH gem. § 101 VII 2 StPO beantragt, die Rechtmäßigkeit dieser Anordnungen sowie der Art und Weise ihres Vollzugs zu überprüfen.

Die statthafte **sofortige Beschwerde nach § 101 VII 3 StPO** ist **unbegründet**.

- I. Der **Ermittlungsrichter des BGH hat den Antrag des Bf. auf nachträglichen Rechtsschutz nach § 101 VII 2 StPO zu Recht als unzulässig verworfen, da er für dessen Bescheidung nicht (mehr) zuständig war**.

*„Mit der Anklageerhebung gegen die früheren Mitbeschuldigten des Bf. war die **Entscheidungsbefugnis** vielmehr **gem. § 101 VII 4 StPO auf das KG übergegangen**. Eine Abgabe des Verfahrens an dieses Gericht kam nicht in Betracht, da ein identisches Verfahren dort schon anhängig war. Der Ermittlungsrichter des BGH hat daher zutreffend die doppelte Anhängigkeit der Sache zum einen beim zuständigen KG und zum anderen beim unzuständigen BGH dadurch beendet, dass er den beim unzuständigen Gericht angebrachten Antrag verworfen hat.“* (BGH aaO)

- II. **§ 101 VII 4 StPO enthält für Verfahren auf nachträglichen Rechtsschutz eine Sonderregelung zur Zuständigkeit**, wonach über entsprechende Anträge nach Anklageerhebung das mit der Sache befasste Gericht in der das Verfahren abschließenden Entscheidung zu befinden hat.

1. Diese **Zuständigkeitsregelung** ist – entgegen ihrem Wortlaut – indes **nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Angekl. selbst um nachträglichen Rechtsschutz nach § 101 VII 2 StPO nachsucht** (BT-Dr 16/5846, S. 63; BGHSt 53, 1).

*„Die Prüfung der Frage, ob die Erhebung einer Anklage dazu führt, dass über Anträge im nachträglichen Rechtsschutzverfahren gegen Anordnungen heimlicher Ermittlungsmaßnahmen und die Art und Weise ihres Vollzugs nicht mehr der Ermittlungsrichter nach § 101 VII 1 StPO entscheidet, sondern gem. § 101 VII 4 StPO das Gericht, bei dem Anklage erhoben worden ist, hat sich nach dem **Willen des Gesetzgebers** vielmehr daran zu orientie-*

ren, ob bei Fortdauer der Zuständigkeit des Ermittlungsrichters die Gefahr besteht, dass von dem Anordnungs- und BeschwGer. einerseits und dem erkennenden bzw. Rechtsmittelgericht andererseits divergierende Entscheidungen zur Frage der Rechtmäßigkeit der beanstandeten Maßnahme getroffen werden. Dieser Gefahr soll durch die in § 101 VII 4 StPO geregelte Zuständigkeitskonzentration beim erkennenden Gericht begegnet werden (BT-Dr aaO; BGHSt aaO; BGH NStZ 2009, 399).“ (BGH aaO)

2. Dies zugrunde gelegt, sind **abweichende Entscheidungen des Anordnungsrichters und des erkennenden Gerichts über die Rechtmäßigkeit heimlicher Ermittlungsmaßnahmen stets dann zu befürchten, wenn im Wege des nachträglichen Rechtsschutzes eine Maßnahme angefochten wird, die in dem (Ermittlungs-)Verfahren ergangen ist, in welchem Anklage erhoben worden ist.**

„Denn es ist regelmäßig nicht auszuschließen, dass Erkenntnisse aus einer im nämlichen Verfahren angeordneten Ermittlungsmaßnahme auch für das Urteil Beweisbedeutung erlangen und das erkennende Gericht deshalb – etwa als Vorfrage im Rahmen der Prüfung eines eventuellen Verwertungsverbots – inzident auch zur Rechtmäßigkeit der Anordnung und deren Vollziehung Stellung beziehen muss (BGHSt aaO). Zur **Vermeidung divergierender Entscheidungen** zu dieser Rechtsfrage und mit Blick auf eine **effiziente Verfahrensführung** tritt für Anträge im nachträglichen Rechtsschutzverfahren daher jedenfalls dann ein Zuständigkeitsübergang gem. § 101 VII 4 StPO auf das erkennende Gericht ein, wenn sich bei formaler Betrachtung das Rechtsschutzbegehren nach § 101 VII 2 StPO gegen eine Maßnahme richtet, die in dem zur Anklage führenden Verfahren angeordnet worden ist (BT-Dr aaO).“ (BGH aaO)

3. Für die Zuständigkeitsbestimmung ist in diesen Fällen nach dem Willen des Gesetzgebers folglich **ohne Bedeutung, ob der Angekl. oder eine andere von der Maßnahme betroffene Person einen Antrag auf nachträglichen Rechtsschutz nach § 101 VII 2 StPO gestellt hat** (BT-Dr aaO).

Die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts gem. § 101 VII 4 StPO ist deshalb auch dann gegeben, wenn die nachträgliche Überprüfung einer verdeckten Ermittlungsmaßnahme von einem sog. Drittbetroffenen begehrt wird, der – ohne Angekl. oder Beschuldigte zu sein – von der Maßnahme mittelbar betroffen worden ist (BGHSt aaO, mwN).

4. **Nichts anderes gilt, wenn – wie hier – ein Ermittlungsverfahren zunächst gegen mehrere Personen geführt, Anklage aber nicht gegen alle Beschuldigte erhoben wird, und sich ein nicht angeklagter Beschuldigter als Antragsteller im Verfahren nach § 101 VII 2 StPO gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen wendet, die in dem ursprünglich gemeinsam geführten Ermittlungsverfahren angeordnet worden sind.**

„Die für die Zuständigkeitsbestimmung nach § 101 VII 4 StPO maßgebliche **Gefahr divergierender Entscheidungen** zur Frage der Rechtmäßigkeit der Anordnung und des Vollzugs der angefochtenen Ermittlungsmaßnahmen **besteht auch bei dieser Konstellation**: Denn das Gericht, bei dem gegen die Mitbeschuldigten Anklage erhoben worden ist, wird mit dem gesamten Verfahrensstoff befasst, der in dem – ursprünglich auch gegen weitere Beschuldigte – geführten Ermittlungsverfahren angefallen ist. Soweit ein nicht angeklagter Mitbeschuldigter auf nachträgliche Überprüfung einer im nämlichen Ermittlungsverfahren ergangenen verdeckten Ermittlungsmaßnahme nachsucht, wendet er sich daher – unbeschadet der Verfahrenstrennung – gegen eine Anordnung, die (auch) Gegenstand des angeklagten Verfahrens geworden ist und deshalb von dem für dieses Verfahren zuständigen Gericht einer Rechtmäßigkeitsüberprüfung unterzogen werden kann.

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das KG mit Anklageerhebung (auch) mit den vom Bf. angefochtenen Ermittlungsmaßnahmen i.S.d. § 101 VII 4 StPO befasst worden und damit für die Entscheidung des Antrags des Bf. nach § 101 VII 2 StPO zuständig geworden ist. Denn sämtliche Maßnahmen wurden vor Abtrennung des Ermittlungsverfahrens gegen die Mitbeschuldigten L, R und H angeordnet und vollzogen. Sie sind deshalb (auch) im angeklagten Verfahren ergangen und damit Gegenstand des vor dem KG geführten Strafverfahrens geworden.“ (BGH aaO)

Die **Zuständigkeit** des KG ist auch **nicht nachträglich wieder entfallen**.

„Zwar hat das KG entgegen der Regelung des § 101 VII 4 StPO nicht zugleich mit dem in dem Strafverfahren gegen die früheren Mitbeschuldigten ergangenen Urteil über den Antrag des Bf. im nachträglichen Rechtsschutzverfahren entschieden. Dies **beseitigt jedoch nicht die Anhängigkeit des vom Bf. vor Erlass des Urteils beim KG angebrachten Antrags**. Denn das Strafverfahren und das beim selben Gericht anhängige Verfahren nach § 101 VII 2 StPO sind nicht in der Weise untrennbar miteinander verknüpft, dass in beiden Verfahren nur eine einheitliche Entscheidung getroffen werden kann. Vielmehr **ergeht die Entscheidung im nachträglichen Rechtsschutzverfahren auch dann im Beschlusswege, wenn sie vom erkennenden Gericht zu treffen ist**. Sie ist deshalb auch bei einheitlicher Entscheidung nicht mit der Berufung oder Revision, sondern nur mit der sofortigen Beschwerde gem. § 101 VII 3 StPO anfechtbar (BGH NJW 2009, 3177). Hieraus folgt jedoch, dass eine Entscheidung über einen Antrag auf nachträgliche Überprüfung einer verdeckten Ermittlungsmaßnahme vom erkennenden Gericht grds. nachgeholt werden kann und – jedenfalls bei nicht angeklagten Antragstellern – nicht notwendigerweise zeitgleich mit der das Strafverfahren beendenden Entscheidung ergehen muss (vgl. KK-Nack, 6. Aufl., § 101 Rn 37).“ (BGH aaO)

VwGO  
§ 80 a

**Eilrechtsschutz im Nachbarrecht**  
**Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts**

VwGO

(BayVGh in DÖV 2010, 450 = NVwZ-RR 2010, 346, Beschluss vom 26.10.2009 – 2 CS 09.2121)

1. Bei unteilbaren Verwaltungsakten kann auch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nur vollständig erfolgen. Eine teilweise Anordnung ist grundsätzlich nicht möglich.
2. Für die Anordnung von **Sicherungsmaßnahmen** nach § 80a I Nr. 2 VwGO bedarf es in jedem Fall eines **hinreichenden konkreten Grundes**. Es können der Entscheidung nicht vorbeugend Sicherungsmaßnahmen beigelegt werden.
3. Hält das Gericht **Sicherungsmaßnahmen** für erforderlich, so kann es nur die **Behörde verpflichten**, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Das Gericht ist trotz seiner Entscheidungsbefugnis im Rahmen des § 80a III VwGO aufgrund des Grundsatzes der Gewaltenteilung **nicht befugt**, selbst **Verwaltungsakte zu erlassen**.

**A. Grundlagenwissen: Das Verfahren nach § 80a VwGO**

**I. Zulässigkeit des Antrags nach § 80a VwGO**

**1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO**

Der Verwaltungsrechtsweg muss auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet sein.

**2. Statthaftigkeit eines Antrags nach § 80a VwGO**

**a) Drittbelastung bei begünstigendem VA**

- aa) Hat der Widerspruch des Dritten aufschiebende Wirkung, wird hierdurch der begünstigte Adressat belastet und hat ein Interesse an der Aufhebung der aufschiebenden Wirkung, um die Begünstigung nutzen zu können.

**Antragsteller:** Adressat des VA = Begünstigter

**Rechtsschutzziel:** Anordnung der sofortigen Vollziehung zugunsten des Begünstigten = zulasten des Dritten nach § 80a I Nr. 1 VwGO

- bb) Hat der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung, so liegt es im Interesse des Dritten diese herbeizuführen, um die Umsetzung der Begünstigung durch den Adressaten zu verhindern

**Antragsteller:** Nichtadressat des VA = Dritter

**Rechtsschutzziel:** Anordnung der aufschiebenden Wirkung zugunsten des Dritten = zulasten des Begünstigten nach § 80a I Nr. 2 VwGO

**b) Drittbegünstigung bei belastendem VA**

- aa) Hat der Widerspruch des Adressaten gegen einen ihn zugunsten eines Dritten belastenden VA aufschiebende Wirkung, so hat der Dritte ein Interesse an der Aufhebung der aufschiebenden Wirkung, damit die Belastung sofort umgesetzt werden muss.

**Antragsteller:** Nichtadressat des VA = Dritter

**Rechtsschutzziel:** Anordnung der sofortigen Vollziehung zugunsten des Dritten = zulasten des Begünstigten nach § 80a II VwGO

- bb) Hat der Widerspruch des Adressaten gegen einen ihn zugunsten eines Dritten belastenden VA keine aufschiebende Wirkung, so hat er ein Interesse an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung, damit die Belastung nicht sofort umgesetzt werden muss.

**Achtung:** Verfahren nach § 80 V VwGO



### 3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Für das Verfahren nach §§ 80a, 80 V VwGO ist in **analoger Anwendung des § 42 II VwGO** die Antragsbefugnis erforderlich.

Die Antragsbefugnis besteht jedoch nur, wenn sich der Ast. auf die mögliche Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts stützen kann. Obwohl hier eine Anfechtungsklage vorliegt, kommt die Anwendung der Adressatentheorie nicht in Betracht, da hier der Bauherr Adressat ist, aber der Ast. belastet sein will. In derartigen **Drittanfechtungssituationen** ist die Antragsbefugnis daher explizit zu prüfen so dass es darauf ankommt, ob eine Rechtsverletzung des Ast. nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.

### 4. Rechtsschutzbedürfnis

#### a) Rechtsbehelfseinlegung

Es ist umstritten, ob der Antrag nach § 80 V VwGO nur zulässig ist, wenn der Rechtsbehelf in der Hauptsache **bereits eingelegt** ist.

- a) Nach einer Auffassung ist die Einlegung des Rechtsbehelfs **erforderlich**. Aus der Einbindung des § 80 V VwGO in die Gesamtsystematik des § 80 VwGO, d.h. der Rückgängigmachung der Folgen des § 80 II VwGO (Ausschluss der aufschiebenden Wirkung) und damit eine Wiederherstellung bzw. Anordnung der Folgen des § 80 I (aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen), folgt, dass der Antragsteller einen Rechtsbehelf i.S.v. § 80 I VwGO eingelegt haben muss, dessen aufschiebende Wirkung nach Maßgabe des § 80 II VwGO entfällt. Ohne Einlegung des Rechtsbehelfs ist der Eintritt von Suspensiveffekt nach § 80 I VwGO gar nicht möglich, so dass dieser auch nicht (wieder-) hergestellt werden kann.
- b) Nach anderer Auffassung setzt das Verfahren nach § 80 V VwGO **nicht** voraus, dass der Antragsteller **bereits** den Rechtsbehelf **eingelegt** hat. Nach dieser Auffassung gebietet es das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach § 19 IV GG, dass vorläufiger Rechtsschutz nicht erst einsetzt, wenn auch ein Rechtsbehelf in der Sache eingelegt ist.

*vgl. Nachweise bei Kopp, VwGO, § 80 Rn 96*

#### b) vorherige Antragstellung an die Behörde

Fraglich ist, ob vor der Anrufung des Gerichts im Sinne eines „Vorverfahrens“ zuvor erfolglos ein Antrag an die Behörde auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (also auf Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung) gestellt werden muss. Im Rahmen des § 80 V VwGO ist dies wegen § 80 VI VwGO dahingehend zu beantworten, dass ein solcher Antrag nur bei der Anforderung öffentlicher Abgaben und Kosten erforderlich ist. Fraglich ist, ob das auch im Rahmen des § 80a VwGO gilt. § 80a III 2 VwGO verweist auf § 80 V bis VIII VwGO, und damit auch auf § 80 VI VwGO. Daher stellt sich die Frage, ob nur bei Abgaben- und Kostenanforderungen auch im Rahmen des § 80 a VwGO ein solcher Antrag erforderlich ist oder ob die Verweisung so zu verstehen ist, dass in allen Fällen des § 80a VwGO ein vorhergehender Antrag an die Behörde zu erfolgen hat. Dies ist umstritten.

- aa) Nach einer Auffassung ist ein solcher Antrag nicht erforderlich. Dies wird damit begründet, dass der Gesetzgeber nur im Rahmen einer **Rechtsgrundverweisung** deutlich machen wollte, dass im übrigen für das Verfahren nach § 80a VwGO die Grundsätze des Verfahrens nach § 80 V VwGO Anwendung finden sollen. **Wortlaut, systematische und teleologische Auslegung** des § 80 VI VwGO sprächen daher gegen eine solche Annahme.

*VGH Mannheim NVwZ 95, 292 und 1004; HessVGH DVBl 92, 45 = NVwZ 93, 491; OVG Bremen NVwZ 93, 592; VGH Kassel DVBl 92, 45 und NJW 93, 313; OVG Hamburg NVwZ-RR 95, 551; Kopp, VwGO, § 80 a Rn. 21*

- bb) Nach anderer Auffassung ist eine vorhergehende Antragstellung an die Behörde in den Fällen des § 80a VwGO stets erforderlich. Die Verweisung wird daher als **Rechtsfolgenverweisung** verstanden die über die in § 80 VI VwGO geregelten Fälle der Anforderung öffentlicher Kosten und Abgaben hinaus **alle Verwaltungsakte mit Doppelwirkung** umfasst. Dies wird damit begründet, dass dem Antragsteller für eine unmittelbare Antragstellung bei Gericht das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Schließlich ginge es bei § 80a VwGO nur um widerstreitende Privatinteressen. Deshalb sei der Rechtsschutz auch in § 80a VwGO selbständig geregelt und in Behörden- und Gerichtsverfahren untergliedert.

*OVG Schleswig, DVBl 93, 123; OVG Lüneburg DVBl. 93, 123 = ZA 06/93 S. 73 und NJW 93, 2553; VGH München BayVBl 91, 723; OVG Koblenz NVwZ 94, 1015; OVG Münster NJW 75, 794; Redeker/v. Oertzen § 80a Rn. 5; Schmaltz, DVBl 92, 230*

- cc) Eine vermittelnde Auffassung differenziert für die Frage der notwendigen Einschaltung der Behörde danach, ob diese **bereits eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorgenommen** hat, also z.B. auf Veranlassung des Begünstigten die sofortige Vollziehung angeordnet hat, so dass der Aussetzungsantrag des Dritten keiner vorherigen Antragstellung mehr bedarf. Dies wird

damit begründet, dass sich die Behörde in einem solchen Fall bereits mit den relevanten Fragen befasst, so dass ein weiterer gegenläufiger Antrag unnütz ist. Anderenfalls wird ein solcher Antrag für erforderlich gehalten.

HessVGh NVwZ 93, 592; BayVGh BayVBl. 97, 50; Heydemann, NVwZ 93, 419 [421] m.w.N.

### 5. Zuständiges Gericht, Antragsgegner

Nach §§ 80a III 2, 80 V 1 VwGO ist der Antrag beim Gericht der Hauptsache zu stellen und nach § 78 I Nr.2 VwGO analog i.V.m. § 5 Abs. 2 NWAGVwGO analog gegen die Erlassbehörde zu richten.

### 6. Beiladung, § 65 VwGO

Da der Bauherr durch die Entscheidung des Gerichts hinsichtlich der Vollziehbarkeit seiner Baugenehmigung unmittelbar betroffen ist, liegt ein Fall der notwendigen Beiladung nach § 65 VwGO vor.

## II. Begründetheit des Antrags nach § 80a VwGO

Bei der Entscheidung des Gerichts kommt es auf eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Adressaten und des Dritten an. Auf ein öffentliches Interesse, wie bei § 80 II 1 Nr. 4 VwGO ist nicht abzustellen. Auch hier ist – wie bei § 80 V VwGO – für die Interessenabwägung zunächst relevant, ob Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen.

## B. Baueinstellung durch das Gericht nach § 80a III, II Nr. 2 VwGO (BayVGh in DÖV 2010, 450 = NVwZ-RR 2010, 346)

**Fall:** Der Ast. ist Eigentümer eines mit einer Doppelhaushälfte bebauten Grundstücks. Er wendet sich gegen die Errichtung eines zweigeschossigen Mehrfamilienhauses mit einer Firsthöhe von ca. 9,5 m und einer Grundfläche von 12,76 x 12,25 m im rückwärtigen Bereich seines nördlichen Nachbargrundstücks. Vor dem VG hatte sein Antrag, die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die Baugenehmigung vom 25.11.2008 i.d.F. der Tekturge-  
nehmigung vom 03.03.2009 anzuordnen, Erfolg (Nr. I des Beschlusses vom 14.08.2009). Nach Auffassung des VG hält das Vorhaben auf seiner Südseite unter mehreren Gesichtspunkten die erforderlichen bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen nicht ein.

Nr. II des Beschlusses vom 14.08.2009 lautet: „Die Bauarbeiten auf dem Grundstück P.-Straße X. Plan Nr. 211/27 = Gemarkung B. a.L. werden eingestellt. Die Ag. wird verpflichtet, die Baueinstellung zu überwachen.“

Hierzu führt das VG in den Gründen aus, diese Entscheidung beruhe auf § 80a I Nr. 2, III VwGO. Da der Ast. glaubwürdig dargelegt habe, dass mit den Bauarbeiten auf Grund der streitgegenständlichen Baugenehmigung bereits begonnen worden sei, sei eine solche Verpflichtung zur Baueinstellung notwendig, um zu vermeiden, dass rechtswidrige Zustände eintreten. Zur Überwachung sei die Ag. zu verpflichten gewesen, da dem Gericht hierzu sowohl Personal als auch Sachausstattung fehlten.

Hiergegen legte die Ag. Beschwerde beim VG ein. Diese wird vom beigeladenen Bauherrn damit begründet, dass das Gericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auf die Gebäudeteile über der Decke des Erdgeschosses hätte beschränken müssen. Zudem ist der Ag. der Auffassung, dass das VG Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Ast. nur auf dessen Antrag hin hätte anordnen dürfen und im Rahmen seiner Entscheidungsbefugnis nach § 80a VwGO grundsätzlich nicht berechtigt sei, eine Baueinstellung zu verfügen, sondern dies nur der Ag. hätte aufgeben können.

Wird diese Erfolg haben?

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

### I. Zulässigkeit der Beschwerde

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist ohne weiteres eröffnet. Die Beschwerde ist nach § 146 IV VwGO statthaft gegen Beschlüsse nach § 80a VwGO. Von der Einhaltung der 2-Wochenfrist für die Einlegung (§ 147 I VwGO) und der Monatsfrist für die Begründung der Beschwerde (§ 146 IV 1 VwGO) ist auszugehen. Die Ag. ist auch beschwerdebefugt, da die erstinstanzliche Entscheidung die vorstehenden Anordnungen gegen sie getroffen hat. Die Beschwerde ist auch nach § 147 I VwGO beim VG einzulegen gewesen, welches diese dann dem OVG zur Entscheidung vorlegt. Die Beschwerde ist somit zulässig.

### II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn die angefochtene Entscheidung aus den in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründen fehlerhaft ist. Das OVG prüft nach § 146 IV 6 VwGO die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung nur aus diesen Gründen.

## 1. Anordnung der aufschiebenden Wirkung ohne Einschränkung

„**Nicht zu beanstanden** ist, dass das VG auf Grund der von ihm angenommenen und auch von den Beigel. der Sache nach nicht infrage gestellten Verstöße gegen die Abstandsflächenvorschriften die Anordnung der aufschiebenden Wirkung **nicht** – wie von den Beigel. begehrt – **auf die Gebäudeteile über der Decke des Erdgeschosses beschränkt** hat.

**Baugenehmigungen** sind in aller Regel **nicht** in dem Sinne **teilbar**, dass Verstöße gegen Nachbarrechte schützende öffentlich-rechtliche Vorschriften gem. § 113 I 1 VwGO („soweit“) nur zu einer Teilaufhebung führen könnten (VGH München, Beschl. v. 22. 4. 1998 – 26 CS 98.338). Im vorliegenden Fall liegen angesichts der vom VG auf Grund summarischer Prüfung festgestellten Verstöße gegen die Abstandsflächenvorschriften keine besonderen Umstände vor, die ausnahmsweise die von den Beigel. begehrte teilweise Anordnung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen könnten.“ (BayVGH aaO)

## 2. Anordnung der Baueinstellung

Nach § 80a III, II Nr. 2 VwGO ist das Gericht auch befugt, Maßnahmen sich Sicherung von Rechten Dritter zu treffen.

- a) Ob hierzu grundsätzlich ein **entsprechender gesonderten Antrag des Dritten** erforderlich ist oder ob das Gericht diese Maßnahmen auch „von sich heraus“ bzw. „von Amts wegen“ treffen kann, wurde **offen gelassen** (dazu neigend: VGH München, BayVBI 1993, 533; wohl auch: VGH München, Beschl. v. 19.04.1993 – 14 AS 93.790).

Denn für die Anordnung derartiger **Sicherungsmaßnahmen** bedarf es in jedem Fall eines **hinreichenden konkreten Grundes**. Dieser fehlt hier.

„**Einem gerichtlichen Aussetzungsbeschluss brauchen nicht vorbeugend** gewissermaßen automatisch **Sicherungsmaßnahmen beigefügt** zu werden. Denn es ist in der Regel zu erwarten, dass die Bet. eine gerichtliche Entscheidung auf Aussetzung der Vollziehung auch ohne beigefügte Sicherungsmaßnahmen respektieren (VGH München, BayVBI 1993,533; vgl. OVG Greifswald, LKV 2006, 130).

Ein derartiger **hinreichender Grund** liegt hier nicht vor. Das Gericht hat die Anordnung von **Sicherungsmaßnahmen** der Sache nach allein darauf gestützt, dass die Beigel. mit den Bauarbeiten auf Grund der streitgegenständlichen Baugenehmigung **bereits begonnen** haben und deshalb die Verpflichtung zur Baueinstellung notwendig sei, um zu vermeiden, dass rechtswidrige Zustände eintreten. Damit wird den Beigel. aber letztlich allein vorgehalten, dass sie **von der durch § 212a BauGB gesetzlich legitimierten Möglichkeit Gebrauch gemacht haben**, mit der Verwirklichung eines baurechtlich genehmigten Bauvorhabens trotz eines anhängigen Nachbarrechtsbehelfs zu beginnen. Dies allein **reicht** aber für den Erlass gerichtlicher Sicherungsmaßnahmen auf der Grundlage des § 80a III 1 i.V.m. § 80a I Nr. 2 VwGO **keinesfalls aus**. Für die Annahme, dass die Beigel. und auch die Ag. als Bauaufsichtsbehörde der in Nr. 1 des Gerichtsbeschlusses erfolgten Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Nachbarklage nicht in der gebotenen Weise Rechnung tragen würden, gibt es im **konkreten Fall keinerlei Anlass**.“ (BayVGH aaO)

- b) Zudem ist fraglich, ob das Gericht im Rahmen solcher Sicherungsmaßnahmen überhaupt befugt ist, die **Baueinstellung selbst zu verfügen** und die Ag. zur Überwachung zu verpflichten.

„Durchgreifende Bedenken bestehen nach Auffassung des Senats auch dagegen, dass das VG im vorliegenden Fall durch Nr. II des Beschluss-Tenors die Baueinstellung selbst verfügt und sich gerade **nicht darauf beschränkt** hat, die Ag. als **Bauaufsichtsbehörde zu verpflichten**, die Bauarbeiten einzustellen, wie die Begründung des Beschlusses nahelegt.

Dass das Gericht nach § 80a III 1 VwGO **Maßnahmen** nach den Absätzen 1 und 2 u.a. **treffen** kann, **bedeutet** nämlich **nicht**, dass es – entgegen den dem Prinzip der Gewaltenteilung geschuldeten grundsätzlich unterschiedlichen Befugnissen nach § 113 I, V VwGO – **Verwaltungsakte selbst erlassen** könnte (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 113 Rn 150; zur a.A. vgl. OVG Greifswald, LKV 2006, 130). Auch wenn deshalb – etwa bei Missachtung der vom Gericht angeordneten aufschiebenden Wirkung der Klage – einstweilige Maßnahmen im Sinn von § 80a I Nr. 2 VwGO angezeigt sind, ist das **Gericht wohl darauf verwiesen, die Bauaufsichtsbehörde zum Erlass von Maßnahmen nach Art. 75 BayBauO zu verpflichten**. Dies erscheint auch um des erforderlichen vollstreckbaren Inhalts der gerichtlichen Anordnung willen unerlässlich (vgl. Kopp/Schenke, § 80 Rn. 206).“ (BayVGH aaO)

- III. **Ergebnis:** Die Beschwerde gegen die Anordnung Nr. 2 ist begründet, ansonsten ist sie unbegründet.

VwGO  
§§ 60, 146, 147

## Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Hinzutreten von Fehlern des Gerichts

VwGO

(OVG Bln/Bbg in NVwZ-RR 2010, 376, Beschluss vom 08.02.2010 – 10 S 64/09)

1. Ist das angegangene Gericht zwar nicht für das Rechtsmittelverfahren zuständig, jedoch vorher mit dem Verfahren befasst gewesen, folgt aus der **nachwirkenden Fürsorgepflicht** eine Weiterleitungspflicht an das Rechtsmittelgericht.
2. Die Weiterleitung muss nur im **ordentlichen Geschäftsgang** erfolgen. Der Einsatz von Telefax ist nicht zwingend erforderlich. Es muss jedoch bei bevorstehendem Fristablauf eine solche Übersendung zu wählen, die das **Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren** nicht leerlaufen lässt.
3. Hätte hiernach trotz fehlerhafter Adressierung der Rechtsmittelbegründung diese an sich noch rechtzeitig an das Rechtsmittelgericht weitergeleitet werden können, so liegt ein Fall **überholender Kausalität** vor und das **Verschulden des Antragstellers tritt zurück**.

### A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 60 VwGO

#### I. Zulässigkeit eines Wiedereinsetzungsantrags

Bevor das Gericht sich mit der Frage der Wiedereinsetzung inhaltlich beschäftigt, muss es zunächst die Frage klären, ob der Wiedereinsetzungsantrag überhaupt zulässig ist.

##### 1. Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen

Ein Wiedereinsetzungsantrag setzt wie jede andere Prozesshandlung das Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen, insbesondere **Beteiligtenfähigkeit, Prozessfähigkeit** und **Postulationsfähigkeit**, voraus.

##### 2. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

###### aa) wiedereinsetzungsfähige Frist

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nach § 60 VwGO nicht bei jedem Fristversäumnis statthaft. Er kann nur gestellt werden, wenn es um eine gesetzliche Frist geht. Nicht erfasst sind daher materielle Ausschlussfristen (z.B. Antragsfrist für Beihilfe), richterliche Fristen und vereinbarte Friste

###### bb) Fristversäumung

Darüber hinaus ist der Wiedereinsetzungsantrag nur statthaft, wenn auch tatsächlich nach den obigen Maßstäben eine Fristversäumung festgestellt werden kann.

##### 3. ordnungsgemäße Antragstellung

Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 60 II 1 1. HS VwGO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 60 III VwGO außer in Fällen höherer Gewalt gar **nicht mehr** beantragt werden.

Geht es um die Frist zur **Begründung** der Berufung, des Berufungszulassungsantrags, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde oder der Beschwerde so ist nach § 60 II 1 2. HS VwGO eine **Frist von einem Monat** einzuhalten

##### 4. Zuständigkeit des Gerichts

Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 60 IV VwGO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die versäumte Rechtshandlung** zuständig ist.

##### 5. Rechtsschutzbedürfnis

Trotz Versäumung einer wiedereinsetzungsfähigen Frist kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis für einen Wiedereinsetzungsantrag fehlen, wenn die versäumte

**Rechtshandlung überholt** ist oder die **Versäumung keine nachteiligen Folgen** für den Antragsteller hat.

## II. Nachholung der Rechtshandlung

Die versäumte Rechtshandlung muss nach § 60 II 3 VwGO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen Wiedereinsetzung gewähren.

## III. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn jemand **ohne sein Verschulden gehindert** war, die **Rechtshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch nach § 60 II 2 VwGO glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

### 1. Hinderungsgründe des Beteiligten selbst

Zunächst kann der Beteiligte selbst an der Einhaltung der Frist gehindert gewesen sein (z.B. Ortsabwesenheit, Krankheit, Inhaftierung). Sorgfaltsmaßstab ist hierbei die im Rahmen eines Verfahrens verkehrübliche Sorgfalt.

### 2. Verschulden des (Prozess-)Bevollmächtigten

Das Verschulden des **gesetzlichen Vertreters** steht nach § 173 VwGO i.V.m. § 51 II ZPO dem **Verschulden der Partei** gleich. Dies gilt nach § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO auch für das Verschulden des **Bevollmächtigten**.

Anders als beim Sorgfaltsmaßstab für den Beteiligten selbst besteht bei der Bestimmung der von einem Rechtsanwalt zu beachtenden Sorgfalt Einigkeit darüber, dass ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** anzulegen ist, der sich an der üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Rechtsanwalts in der jeweiligen Prozesssituation orientiert und **hoch zu stecken** ist

### 3. externe Hinderungsgründe

Das Fristversäumnis kann auch auf solchen Gründen beruhen, auf die der Beteiligte oder sein Vertreter keinen Einfluss haben (z.B. **Nichteinhaltung der üblichen Postlaufzeiten, mangelnde Funktionstüchtigkeit des Empfangsfaxgerätes des Gerichts**).

### 4. Kausalität

Ist ein verschuldeter Fehler feststellbar, so kommt eine Wiedereinsetzung gleichwohl dann in Betracht, wenn der **Fehler nicht ursächlich für die Fristversäumnis** war. (vgl. BGH VersR 1993, 77; BGH VersR 1991, 123). Ein Fehler ist dann ursächlich, wenn ohne ihn die Frist nach dem **gewöhnlichen Verlauf nicht versäumt** worden wäre (vgl. BGH VersR 1974, 1001).

## B. Wiedereinsetzung bei Hinzutreten von Fehlern des Gerichts (OVG Bln/Bbg in NVwZ-RR 2010, 376)

**Fall:** Die Ast. wehrt sich im vorliegenden Verfahren gegen die mit Bescheid des Ag. vom 28.05.2009 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung und Zwangsgeldandrohung in Höhe von 1000 Euro verfügte Nutzungsuntersagung ihres Wochenendhauses als Wohnhaus.

Ihren Antrag auf Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs hat das VG mit Beschluss vom 30.09.2009 abgelehnt, der dem Verfahrensbevollmächtigten der Ast. am 06.10.2009 zugestellt worden ist. Hiergegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, die am 12.10.2009 beim VG eingegangen ist. Die an das VG adressierte Beschwerdebegründung ging dort am 04.11.2009 ein. Unter demselben Datum wurde der Schriftsatz an das OVG Berlin-Brandenburg mit der Fachpost weitergeleitet. Auf den gerichtlichen Hinweis vom 12.11.2009, dass die Beschwerdebegründung erst am 10.11.2009 und damit nach Ablauf der Frist beim OVG eingegangen sei, hat die Ast. mit Schriftsatz vom 02.12.2009 (Eingang beim OVG Berlin-Brandenburg am 03.12.2009) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Ist die Wiedereinsetzung zu gewähren?

Der Wiedereinsetzungsantrag müsste zulässig und begründet sein.

## I. Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

### 1. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag müsste statthaft sein. Dazu muss zunächst eine wieder-einsetzungsfähige Frist betroffen sein.

In der Sache geht es um die Frist für die Einlegung und die Begründung einer Beschwerde gegen einen Beschluss nach § 80 V VwGO. Die Beschwerde ist nach § 147 I VwGO **innerhalb von 2 Wochen** nach Bekanntgabe der Entscheidung beim entscheidenden Gericht (iudex a quo) **einzulegen**. Diese Frist wurde eingehalten. Allerdings muss die Beschwerde gegen Beschlüsse nach § 80 V VwGO gem. § 146 IV 1 VwGO **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe der Entscheidung **begründet** werden. Diese Begründung hat, wenn sie nicht zugleich mit der Einlegung der Beschwerde erfolgt, nach § 146 IV 2 VwGO **gegenüber dem OVG** (iudex ad quem) zu erfolgen. Die Frist für die Beschwerdebegründung lief hier am 06.11.2009 an. Zwar ist die Beschwerdebegründung am 04.11.2009 beim VG eingegangen, dies ist jedoch das falsche Gericht. Beim OVG hingegen ist die Beschwerdebegründung erst am 10.11.2009 und damit nach Ablauf der Frist eingegangen. Bei der Beschwerdebegründungsfrist handelt es sich nach § 60 II 1 2.HS VwGO um eine wieder-einsetzungsfähige Frist, so dass der Antrag statthaft ist.

### 2. ordnungsgemäße Antragstellung

Der Wiedereinsetzungsantrag wegen der Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist muss gem. § 60 II 1 2. HS VwGO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von einem Monat nach Wegfall des Hindernisses gestellt werden.

Der Prozessbevollmächtigte des Ast. wurde mit Hinweis vom 12.11.2009 darauf aufmerksam gemacht, dass die Begründungsfrist versäumt wurde. Der Wiedereinsetzungsantrag ist am 03.12.2009 und damit auf jeden Fall rechtzeitig beim OVG eingegangen.

### 3. Zuständigkeit des Gerichts

Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 60 IV VwGO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die versäumte Rechtshandlung** zuständig ist, so dass das OVG das zuständige Gericht war.

## II. Nachholung der Rechtshandlung

Die versäumte Rechtshandlung muss nach § 60 II 3 VwGO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Die Begründung war schon vor dem Antrag auf Wiedereinsetzung beim OVG eingegangen und damit nachgeholt.

## III. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn jemand **ohne sein Verschulden gehindert** war, die **Rechtshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch nach § 60 II 2 VwGO glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

### 1. Verschulden des Prozessbevollmächtigten

Das Verschulden des **Bevollmächtigten** steht nach § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO dem **Verschulden der Partei** gleich.

*„Hier hat die Ast. diejenige **Sorgfalt außer Acht gelassen**, die geboten und zumutbar gewesen wäre, um einen rechtzeitigen Eingang der Beschwerdebegründung beim OVG Berlin-Brandenburg zu gewährleisten, weil sie durch die **fälschliche Adressierung** des Schriftsatzes vom 03.11.2009 an das VG Cottbus und dessen **Übersendung im zeitlichen Randbereich des Fristablaufs** (nur) mit der Post zunächst die Ursache für die Fristversäumnis gesetzt und diese damit angebahnt hat.“ (OVG Bln/Bbg aaO)*

## 2. Hinzutreten von Fehlern des Gerichts

Das Verschulden der Ast. könnte jedoch dann unbeachtlich sein, wenn ein **Fall sog. überholender Kausalität** vorliegt, weil das VG den bei ihm rechtzeitig eingegangenen Schriftsatz mit der Fachpost weitergeleitet hat, statt einen anderen Übermittlungsweg zu wählen.

### a) Pflicht des Gerichts zu Weiterleitung

*„Ist das **angegangene Gericht** zwar nicht für das Rechtsmittelverfahren zuständig, jedoch **vorher mit dem Verfahren befasst** gewesen, folgt aus der **nachwirkenden Fürsorgepflicht** des erstinstanzlichen Gerichts für die Prozessparteien, dass es fristgebundene Schriftsätze des Rechtsmittelverfahrens, die bei ihm eingereicht werden, **im Zuge des ordentlichen Geschäftsgangs** an das Rechtsmittelgericht weiterleiten muss (vgl. BVerfG, NJW 2001, 1343 = NVwZ 2001, 668 L).“ (OVG Bln/Bbg aaO)*

### b) Wahl des Weiterleitungsweges

Zwar hat das VG diese Weiterleitung auch noch am selben Tag vorgenommen, hierfür jedoch die Übermittlung mit der Fachpost gewählt.

*„Hierbei musste die von ihm gewählte **Übermittlung mit der Fachpost** jedoch ausscheiden, weil der Schriftsatz vom 03.11.2009 schon in dem Text des Eingangssatzes einen **Hinweis auf die mit Schreiben vom 20.10.2009 eingelegte Beschwerde** und damit – unter Einrechnung der vierzehntägigen Beschwerdefrist (§ 147 I 1 VwGO) – auf einen höchstwahrscheinlich **kurz bevorstehenden Ablauf** der insgesamt einmonatigen Beschwerdebegründungsfrist (§ 146 IV 1 VwGO) enthielt.*

*Davon, dass die Beschwerde **eventuell sehr frühzeitig** nach dem Beginn des Fristablaufs eingelegt worden sein könnte und damit ausnahmsweise noch genügend Zeit bis zum Fristablauf verbleiben würde, konnte jedenfalls **nicht ohne Weiteres ausgegangen** werden. Wäre die Handhabung der Weiterleitungspflicht im ordentlichen Geschäftsgang von einer derartigen, der **regelmäßigen Erfahrung widersprechenden Annahme** abhängig, würde das **Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren** vielfach leer laufen (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2003, 901). Zwar geht die nachwirkende Fürsorgepflicht nicht so weit, dass das VG dem Prozessbevollmächtigten die Verantwortung für die Einhaltung der Formalien vollständig abnehmen, Telefonate führen oder das Telefax bemühen muss (vgl. BVerfG, NJW 2001, 1343 = NVwZ 2001, 668 L). Ein „ordentlicher Geschäftsgang“ liegt jedoch dann nicht mehr vor, wenn das vorinstanzliche Gericht einen Schriftsatz auf einem Wege weiterleitet, der seine **Fristgebundenheit unberücksichtigt lässt** und deshalb vernünftigerweise für die Übersendung solcher Schriftsätze nicht in Betracht kommt. Dies ist bei der **Wahl eines gerichtseigenen Kurierdienstes** für die Weiterleitung fristgebundener Schriftsätze der Fall, weil die Übermittlung auf diesem Wege **erfahrungsgemäß wesentlich länger dauert**, als bei der auch heute noch vorherrschenden Versendung mit der Post. Denn bei einer **Übersendung mit der Post** oder einem vergleichbaren Postdienstleister kann ganz überwiegend damit gerechnet werden, dass eine Sendung am nächsten Tag, spätestens aber **am zweiten Arbeitstag** nach der Absendung beim Empfänger eingeht (vgl. hierzu: BVerwG, NVwZ-RR 2003, 901; BGH, NJW-RR 2008, 930 m.w.N.; sowie § 2 Nr. 3 Post-UniversaldienstleistungsVO – PUDLVO).“ (OVG Bln/Bbg aaO)*

### c) Kausalität des gerichtlichen Fehlers

*„Wäre im vorliegenden Fall dieser Weg gewählt worden, hätte die am 04.11.2009 weitergeleitete Beschwerdebegründung vom 03.11.2009 noch rechtzeitig am 06.10.2009 bei dem Rechtsmittelgericht eingehen können. Es spricht alles dafür, dass durch die **Weiterleitung des Schriftsatzes** vom 03.11.2009 durch das VG (**nur**) mit der **Fachpost** ein **zusätzlicher Fehler des Gerichts** hinzugekommen ist, auf dem **letztlich die Fristversäumnis beruht**. Wird von dieser **naheliegenden Möglichkeit** kein Gebrauch gemacht, und tritt eine **Fristversäumnis** ein, so ist diese als **unverschuldet** anzusehen.*

*In einem solchen Fall ist ein **vorangegangenes Verschulden mangels Kausalität unbeachtlich**, wenn der Schriftsatz bei einer Weiterleitung im „ordentlichen Geschäftsgang“ aller Voraussicht nach das Rechtsmittelgericht noch fristgerecht erreicht hätte (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2003, 901). So ein **Fall „überholender Kausalität“** liegt hier vor.*

*Dies gilt auch dann, wenn die Ast. zunächst einen von ihr zu vertretenden Fehler begangen hat, aber ein zusätzlicher Fehler des Gerichts hinzugekommen ist, auf dem letztlich die Fristversäumnis beruhte (vgl. BVerwG, NJW 2007, 3797).“ (OVG Bln/Bbg aaO)*

**IV. Ergebnis:** Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist damit auch begründet, so dass Wiedereinsetzung zu gewähren ist.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 50 I

**ARGE**  
**Passivlegitimation im Amtshaftungsprozess**  
(BGH in BayVBI 2010, 155; Urteil vom 22.10.2009 – III ZR 295/09)

ZPO

I. Eine **Arbeitsgemeinschaft (ARGE)** nach § 44b SGB II ist im **Zivilprozess** sowohl **rechts- als auch parteifähig**.

*„Dies folgt zwar nicht schon daraus, dass in der sozialgerichtlichen Rspr. anerkannt ist, dass eine auf der Grundlage des § 44b SGB II errichtete Arbeitsgemeinschaft die Beteiligtenfähigkeit nach § 70 SGG besitzt. Denn an sozialgerichtlichen Streitigkeiten kann nach § 70 Nr. 2 SGG auch eine nichtrechtsfähige Personenvereinigung beteiligt sein; § 70 SGG ist insoweit also weiter gefasst als § 50 ZPO (vgl. BSGE 97, 217).*

*Jedoch ist die **Rechts- und Parteifähigkeit der Bekl. im Zivilprozess in Anlehnung an die von der Rspr. zur Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze** (BGHZ 146, 341; 154, 88; 172, 169) **zu bejahen** (im Ergebnis ebenso OLG Zweibrücken OLGR 2007, 617; offen gelassen in KG OLGR 2009, 261 f). Die nach Maßgabe von § 44b SGB II durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Agentur für Arbeit B./Geschäftsstelle S. und der Stadt S. errichtete Bekl. ist berechtigt, zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide gemäß § 44b SGB II zu erlassen (§ 3 V des Vertrags). Ihre Organe sind der Lenkungsausschuss (Trägerversammlung) und die Geschäftsführung (§ 4 I des Vertrags). Diese besteht aus dem Geschäftsführer, der die ARGE gerichtlich und außergerichtlich vertritt, sowie dem stellvertretenden Geschäftsführer (§ 7 des Vertrags). Damit ist die Bekl. **rechtlich und organisatorisch verselbständigt** sowie **eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten**. Ihre **Struktur ist der einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zumindest ebenbürtig**, wobei es in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung der Frage bedarf, ob es sich bei der Bekl. um eine Gesellschaft des öffentlichen Rechts oder um eine öffentlich-rechtliche Organisation bzw. Einrichtung sui generis handelt (vgl. zur ARGE "Jobcenter in der Region Hannover": SG Hannover, NVwZ 2005, 976; siehe allgemein nur Kersten ZfPR 2005, 130, 145 ff; Münder, Lehr- und Praxis-kommentar, SGB II, 2. Aufl., § 44b, Rn 20 ff, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO)*

II. Allerdings hat der BGH aaO **Bedenken im Hinblick auf eine Passivlegitimation der ARGE** in einem Amtshaftungsprozess.

1. Nach **§ 44b SGB II** haben die Träger der Leistung erhebliche Gestaltungsspielräume, in welcher Form sie die Arbeitsgemeinschaften errichten und organisatorisch ausgestalten wollen; insbesondere haben sie nach Abs. 1 S. 1 dieser Bestimmung die **Wahl, ob sie die Arbeitsgemeinschaften durch privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag errichten**.

- **Im ersten Falle scheidet** eine (als Beliehene anzusehende) **Arbeitsgemeinschaft als Haftungsobjekt von vornherein aus, da** nach der st. Rspr. des BGH **Körperschaft i. S. des Art. 34 S. 1 GG nur eine solche des öffentlichen Rechts sein kann** (BGHZ 49, 108; BGH NVwZ 1990, 1103 und BGH NVwZ 1994, 823; jew. m.w.N.).
- **Im zweiten** - hier vorliegenden - **Fall kann** nach der BGH-Rspr. **haftpflichtige Körperschaft i. S. des Art. 34 S. 1 GG grds. jede Körperschaft und jede selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts sein**; beamtenrechtliche Diensttherreneigenschaft muss sie nicht besitzen (BGH NVwZ 1992, 298). Demzufolge kommt eine Arbeitsgemeinschaft i. S. des § 44b SGB II ohne weiteres als haftpflichtige Körperschaft in Betracht, wenn die zwischen dem kommunalen Träger und der Bundesagentur für Arbeit getroffene Vereinbarung die Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts zum Inhalt hat, wie es §§ 2a, 2b I 1 Nds. AG SGB II eigentlich vorsieht.

*„Dies ist hier jedoch nicht geschehen. Vielmehr heißt es in § 1 I 1 des Vertrags nur allgemein, dass durch diesen öffentlich-rechtlichen Vertrag eine Arbeitsgemeinschaft gem. § 44b SGB II **zur Wahrnehmung der den Vertragspartnern nach SGB II obliegenden Aufgaben errichtet** wird. In Vollzug des Vertrags wurde deshalb keine Anstalt des öffentlichen Rechts, aber eine Rechtsform geschaffen, die gleichwohl Träger von Rechten und Pflichten ist. Ob eine solche "öffentlich-rechtliche Gesellschaft" oder "öffentlich-rechtliche Organisation bzw. Einrichtung sui generis" nicht nur rechts- und parteifähig ist, sondern auch haftpflichtige Körperschaft i. S. des Art. 34 S. 1 GG sein kann, hatte der Senat bisher noch nicht zu entscheiden.“ (BGH aaO)*

2. Die Passivlegitimation der ARGE wird nach Ansicht des BGH aaO jedenfalls durch den Umstand entscheidend in Frage gestellt, dass sie **nicht über eigenes Personal verfügt**, sondern dieses nach § 11 I des Vertrags der ARGE von den Vertragspartnern mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt wird, dass **für alle dienst- und arbeitsrechtlichen Angelegenheiten der jeweilige Vertragspartner als Dienstherr/Arbeitgeber zuständig bleibt** (vgl. zur fehlenden Passivlegitimation der Berliner Jobcenter mangels eigenen Personals KG OLGR 2009, 261).

*„Nach Art. 34 S. GG **trifft bei Pflichtverletzungen eines Amtsträgers die Verantwortlichkeit aber grds. den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht**. Entscheidend ist mithin, wer dem Amtsträger das Amt, bei dessen Ausübung er fehlerhaft handelte, anvertraut, wer mit anderen Worten dem Amtsträger die Aufgabe, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung erfolgte, übertragen hat. Es **haftet daher im Regelfall die Körperschaft, die den Amtsträger angestellt und ihm damit die Möglichkeit zur Amtsausübung eröffnet hat**. Ob auch die konkrete Aufgabe, bei deren Erfüllung die Pflichtverletzung begangen wurde, in den Aufgabenkreis der Anstellungskörperschaft fällt, ist grundsätzlich unbeachtlich. Lediglich dann, wenn die Anknüpfung an die Anstellung versagt, weil kein Dienstherr oder mehrere Dienstherrn vorhanden sind, richtet sich*





das Haftungssubjekt danach, wer dem Amtsträger die konkrete - fehlerhaft erfüllte - Aufgabe anvertraut hat (vgl. nur BGHZ 87, 202; BGHZ 99, 326; BGH NVwZ 1992, 298 und BGH NVwZ 1994, 823; BGHZ 160, 216; BGH VersR 2007, 1560).

Ausgehend von diesen Grundsätzen dürften vorliegend als **Anstellungskörperschaft** für das bei der Bekl. tätige Personal entweder die **Bundesanstalt für Arbeit oder die Stadt S.** in Betracht kommen. Die Bekl. würde für ein Fehlverhalten der die ihr übertragenen Aufgaben wahrnehmenden Mitarbeiter nur dann einzustehen haben, wenn diese, ähnlich wie dies bei der Abordnung eines Beamten zu einem anderen Dienstherrn der Fall ist, vollständig aus der Organisation seiner Anstellungskörperschaft herausgelöst worden wären (vgl. BGHZ 160, 216). Dafür besteht kein hinreichender Anhalt, zumal § 22 des Vertrags eine Vereinbarung enthält, wonach "im Falle von Amtshaftungsansprüchen oder bei sonstigen Ansprüchen auf Schadensersatz, die gegen die ARGE geltend gemacht werden, der Arbeitgeber/Dienstherr des Beschäftigten, der den Anspruch verursacht hat, nach den gesetzlichen Bestimmungen allein" haftet." (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO  
§ 130a I

**Berufungsbegründung**  
qualifizierte elektronische Signatur  
(BGH in MDR 2010, 460; Beschluss vom 14.01.2010 – VII ZB 112/08)

ZPO

**§ 130a I 2 ZPO enthält für bestimmende Schriftsätze nicht nur eine Ordnungsvorschrift; diese müssen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sein.**

- I. Im Rahmen des § 130 Nr. 6 ZPO stellt trotz der Verwendung des Wortes „soll“ die Unterschrift grds. eine **unerlässliche Wirksamkeitsvoraussetzung für bestimmende Schriftsätze** dar (BGH NJW 2008, 2649; BGH NJW-RR 2008, 1020; BGH NJW 2006, 1521; BGH NJW 2005, 2086; st. Rspr.). Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr brachte nur insoweit eine Ergänzung, als nach der 2. Alt. von § 130 Nr. 6 ZPO bei Übermittlung durch einen Telefaxdienst die Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie genügt. Eine Korrektur der umfangreichen Rspr. zum Unterschriftserfordernis war nach der Begründung des Regierungsentwurfs zu diesem Gesetz nicht beabsichtigt (BT-Drucks. 14/4987 S. 24).
- II. **Ob es sich bei der qualifizierten elektronischen Signatur im Rahmen von § 130a I 2 ZPO ebenfalls grds. um eine zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung bei bestimmenden Schriftsätzen handelt, ist in Rspr. und Lit. umstritten.**
  - **Zum Teil** wird die Vorschrift entsprechend ihrem Wortlaut lediglich als Ordnungsvorschrift verstanden.  
Baumbach/ Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 130 a Rn 4; HK-ZPO/ Wöstmann, 2. Aufl., § 130 a Rn 3; Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., § 129 Rn 8 und § 130 a Rn 3; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 130 a Rn 4
  - **Andere** sehen in der Norm in Anlehnung an das Verständnis von § 130 Nr. 6 ZPO eine Muss-Vorschrift.  
Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 130 a Rn 8; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 29. Aufl., § 130 a Rn 2; MüKo-ZPO/Wagner, 3. Aufl., § 130 a Rn 4; PG/Prütting, ZPO, § 130 a Rn 5; Krüger-Bütter MDR 2003, 181; Dästner NJW 2001, 3469
  - Der **BGH** (NJW-RR 2009, 357) hat nur ausgeführt, der Gesetzgeber habe die qualifizierte elektronische Signatur des Absenders „vorgeschrieben“, eine E-Mail, welche diesen Anforderungen nicht genüge, sei nicht geeignet, die gesetzliche Frist für einen bestimmenden Schriftsatz zu wahren.
- III. **§ 130 a I 2 ZPO ist dahin auszulegen, dass bei bestimmenden Schriftsätzen der Absender das elektronische Dokument grds. mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen muss. Trotz der Verwendung des Wortes „soll“ handelt es sich nicht nur um eine Ordnungsvorschrift.**

*„Dafür spricht schon der **erforderliche Gleichklang mit § 130 Nr. 6 ZPO**. Die qualifizierte elektronische Signatur tritt an die Stelle der Unterschrift. Wird diese trotz des Gesetzeswortlauts grds. als unverzichtbare Wirksamkeitsvoraussetzung angesehen, muss das auch für die qualifizierte elektronische Signatur gelten. Auch Greger (Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 130 a Rn 4) räumt ein, dass die Lösung einheitlich sein muss.*

*Dieses Verständnis entspricht dem **Willen des Gesetzgebers** (vgl. hierzu Dästner NJW 2001, 3469). Allerdings wird in der Begründung des Regierungsentwurfs § 130 a I 2 ZPO als Ordnungsvorschrift bezeichnet (BT-Drucks. 14/4987 S. 24). Dagegen wandte sich der Bundesrat in seiner Stellungnahme; es genüge nicht, eine solche Signatur lediglich im Rahmen einer Soll-Vorschrift vorzusehen (aaO S. 36). In ihrer Gegenäußerung stimmte die Bundesregierung dem nicht zu (aaO S. 43). Daraufhin wurde der Vermittlungsausschuss angerufen. Er hielt eine Änderung des Regierungsentwurfs nicht für erforderlich. In der abschließenden Sitzung des Bundesrates wurde hierzu folgende Erklärung des Vermittlungsausschusses zu Protokoll gegeben:*

*„Die Formvorschrift in § 130 a I ZPO ... ist der Soll-Regelung für die Unterschrift unter vorbereitende Schriftsätze gem. § 130 Nr. 6 nachgebildet. Diese Regelung interpretiert die Rspr. für bestimmende Schriftsätze als Muss-Vorschrift, ... Der Vermittlungsausschuss geht davon aus, dass auch die Formvorschrift in § 130 a I ZPO ... für bestimmende Schriftsätze als Muss-Vorschrift zu interpretieren ist ...“ (BGH aaO)*

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

FGG-RG  
Art. 111 I

**Berufung**  
gegen ein nach dem 01.09.2009 verkündetes Urteil  
(OLG Nürnberg in NJOZ 2010, 715; Beschluss vom 11.01.2010 – 7 UF 1471/09)

ZivilR

- I. Nach der **Übergangsregelung** des Art. 111 I FGG-RG ist das bis zum 31.08.2009 geltende Verfahrensrecht auch auf das Rechtsmittelverfahren anzuwenden, wenn das erstinstanzliche Verfahren noch unter der Geltung des bisherigen Rechts eingeleitet worden ist.

*„Dies ergibt sich aus der in Art. 111 FGG-RG normierten Überleitungsvorschrift: Hiernach sind auf Verfahren, die bis zum Inkrafttreten des FamFG am 01.09.2009 eingeleitet worden sind, weiter die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes geltenden Vorschriften anzuwenden. Wie der **Gesetzesbegründung** (BT-Dr 16/6308, S. 359) zu entnehmen ist, erstreckte sich die Übergangsregelung einheitlich auf die*



Durchführung des Verfahrens in allen Instanzen, so dass, wenn das Verfahren in erster Instanz noch nach dem bisherigem Recht eingeleitet worden ist, auch die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens nach dem bisherigen Recht erfolgt.“ (OLG Nürnberg aaO)

II. Hieran ändert auch die **spätere Einfügung des Art. 111 II FGG-RG** nichts: Darin wird bestimmt, dass jedes gerichtliche Verfahren, das mit einer Endentscheidung abgeschlossen wird, ein selbstständiges Verfahren i. S. des Art. 111 I FGG-RG ist.

1. Hieraus folgt eine **in der Lit. vertretene Meinung** unter Hinweis auf § 38 I FamFG, dass jede Instanz als selbstständiges Verfahren i.S. des Art. 111 II FGG-RG zu verstehen ist (vgl. Prütting/Helms, FamFG, Art. 111 FGG-RG Rdnr. 5; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., FamFG Rdnr. 54; Geimer, FamRB 2009, 386).
2. Dem kann jedoch nach Ansicht des **OLG Nürnberg aaO** nicht gefolgt werden.

„Art. 111 II FGG-RG wurde **im Zusammenhang mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs** eingefügt. **Zweck dieser Vorschrift** ist es, wie der Gesetzesbegründung zu entnehmen ist (BT-Dr 16/11903, S. 61), **sicherzustellen, dass es auch in Bestandsverfahren wie Betreuung, Vormundschaft oder Beistandschaft zu einer zügigen Umstellung auf das neue Verfahrensrecht kommt**. Sie stellt demzufolge lediglich klar, dass in Bestandsverfahren jeder selbstständige Verfahrensgegenstand, der mit einer zu erlassenden Endentscheidung (§ 38 FamFG) zu erledigen ist, ein neues, selbstständiges Verfahren begründet. Sie sagt jedoch nichts dazu aus, nach welchem Recht sich, das Rechtsmittelverfahren eines nach dem bisherigen Recht in erster Instanz eingeleiteten Verfahrens richtet und **führt daher zu keiner Änderung des Grundsatzes, dass sich die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens nach dem bisher geltenden Recht richtet, wenn das Verfahren in erster Instanz nach bisherigem Recht begonnen worden ist** (im Ergebnis ebenso: OLG Köln FGPrax 2009, 287 = ZEV 2010, 89; OLG Stuttgart FGPrax 2010, 59; OLG Schleswig FGPrax 2009, 289; NJW 2010, 242; OLG Dresden FGPrax 2010, 53; OLG Köln FGPrax 2009, 286; OLG Hamm FGPrax 2009, 285; OLG Düsseldorf FGPrax 2009, 284; OLG Köln FGPrax 2009, 241; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl. 2009, Vorb. § 606 Rn 3; Keidel/Engelhardt, FamFG, 16. Aufl., Art. 111 FGG-RG Rn 2; MüKo-ZPO/Pabst, 3. Aufl., Art. 111 FGG-RG Rn 16; Sternal FGPrax 2009, 143)“ (OLG Nürnberg aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StPO** **StPO**  
**§ 154 I** **§ 154 I**  
**Strafklageverbrauch**  
**nicht bei vorläufiger Einstellung des Ermittlungsverfahrens**  
 (OLG Nürnberg in StV 2010, 233; Beschluss vom 23.06.2009 – 1 Ausl 130/07)

Bei **vorläufiger Einstellung des Ermittlungsverfahrens gem. § 154 I StPO** durch die Staatsanwaltschaft tritt **kein endgültiger Strafklageverbrauch** ein.

„Der EuGH (NStZ-RR 2009, 109) hat erneut darauf hingewiesen, dass eine rechtskräftige Verurteilung i. S. des Doppelverbotes der Bestrafung gem. Art. 54 SDÜ voraussetzt, dass die Strafklage auf Grund eines Strafverfahrens **endgültig verbraucht** ist. Er hat sodann ergänzend klar gestellt, dass bei der Beurteilung, ob eine Entscheidung i. S. von Art. 54 SDÜ „rechtskräftig“ ist, zunächst zu prüfen ist, ob das nationale Recht des Vertragsstaats, dessen Behörden die fragliche Entscheidung erlassen haben, diese als **endgültig und bindend ansehen**. Denn eine „Entscheidung, die nach dem Recht des ersten Vertragsstaats, der die Strafverfolgung gegen einen Betr. einleitet, die Strafklage auf nationaler Ebene nicht endgültig verbraucht kann nämlich grundsätzlich nicht als ein Verfahrenshindernis hinsichtlich der etwaigen Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung wegen der derselben Tat gegen diesen Betr. in einem anderen Vertragsstaat angesehen werden“ (EuGH aaO).

Aber auch die vorläufige Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft gem. § 154 I StPO hat nach deutschem Recht zu keinem endgültigen Strafklageverbrauch geführt: Bei einer vorläufigen Einstellung des Verfahrens nach § 154 I StPO **kann das Verfahren - im Gegensatz zu den die Möglichkeit der Wiederaufnahme einschränkenden Tatbeständen des § 154 III und IV StPO - nämlich jederzeit wieder aufgenommen werden** (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 20 m. w. N.) und zwar sogar dann, wenn die Staatsanwaltschaft zuvor dem Beschuldigten eine Verfahrenseinstellung nach § 154 I StPO ausdrücklich zugesagt hatte (vgl. BGH NStZ 1990, 399). Die Einstellung hinsichtlich einzelner Taten durch die Staatsanwaltschaft gem. § 154 I StPO verbraucht die Strafklage daher nicht und führt entsprechend auch **nicht zu einem Verfolgungshindernis gem. Art. 54 SDÜ** (vgl. auch Rübenthal/Bastian ELR 2009, 71).“ (OLG Nürnberg aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StPO** **StPO**  
**§ 247** **§ 247**  
**Augenscheinseinnahme**  
**in Abwesenheit des Angeklagten**  
 (BGH in NJW 2010, 1010; Urteil vom 11.11.2009 – 5 StR 530/08)

Erfolgt nach **Entfernung des Angekl.** aus dem Sitzungssaal während einer Zeugenvernehmung gem. § 247 StPO in andauernder Abwesenheit des Angekl. eine **förmliche Augenscheinseinnahme**, so ist der **absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht erfüllt, wenn dem Angekl.** das in seiner Abwesenheit **in Augenschein genommene Objekt bei seiner Unterrichtung nach § 247 S. 4 StPO gezeigt** wird.

- I. Die **Rspr.**, die eine Erhebung des Sachbeweises während der Zeugenvernehmung in fortdauernder Abwesenheit des Angekl. von § 247 StPO grds. nicht als gedeckt ansieht, **verneint einen durchgreifenden Verstoß für den Fall nachträglicher Heilung** (vgl. BGHSt 37, 48 = NJW 1990, 2633 = NStZ 1990, 446). Diese liegt in einer Wiederholung der Augenscheinseinnahme während der weiteren Hauptverhandlung nunmehr in Anwesenheit des Angekl.

„Hierfür **reicht die Besichtigung des Augenscheinobjekts durch den Angekl. während seiner Unterrichtung gem. § 247 S. 4 StPO aus**. Alle weiterhin anwesenden notwendigen Verfahrensbeteiligten hatten dabei selbstverständlich die Möglichkeit, das Augenscheinobjekt ihrerseits nochmals zu besichtigen. Das genügt für die eine Heilung bewirkende wiederholte Augenscheinseinnahme. Beim Augenschein in der Hauptverhandlung ist ein **zusätzlicher „Kommunikationsakt“** unter den Verfahrensbeteiligten mit ausdrücklicher Erörterung zur Erheblichkeit einzelner Beobachtungen **grds. nicht erforderlich** (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 86 Rn 17; a.A. Schlothauer StV 2009, 228 m.w. Nachw.). Bei einem überschaubaren schlichten Erscheinungsbild des Augenscheinobjekts kann selbst für den Fall sukzessiver Augenscheinseinnahme nichts Weitergehendes gelten. Ein Ausnahmefall mag gegeben sein, wenn das Gericht einem eher unauffälligen Detail des Augenscheinobjekts entscheidende Bedeutung zumisst, ohne die Prozessbeteiligten hierüber deutlich zu informieren, so dass die Gefahr einer Überraschungsentscheidung bestünde. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben.“ (BGH aaO)



- II. Der 2. Strafsenat hat bereits bei identischer Fallgestaltung eine **wirksame Heilung des angenommenen Verstoßes** bejaht (BGH NJW 1988, 429 = NSTZ 1987, 471; ähnl. bereits in StV 1983, 3).

Der erkennende **5. Strafsenat** hat seine einer Heilung – mangels nochmaliger förmlicher Besichtigung des Augenscheinsobjekts durch sämtliche Prozessbeteiligte gemeinsam – **entgegenstehende Rspr.** (StV 1989, 192; BGH StV 1981, 57; BGH StV 1986, 418) bereits im Anfragebeschluss **aufgegeben**. Auch nach Überprüfung der Ergebnisse des Anfrageverfahrens, in dem die übrigen Strafsenate bestätigt haben, bislang nicht entsprechend entschieden zu haben, hält der *Senat* an dieser Auffassung fest. Sie ist auch vom 1. und vom 4. *Strafsenat* ausdrücklich gebilligt worden (vgl. BGH BeckRS 2009, 24396 und BeckRS 2009, 24405 und BGH BeckRS 2009, 24261).

„Soweit der 3. *Strafsenat* (BGH BeckRS 2009, 23619 und BeckRS 2009, 23628) zu einer abweichenden Auffassung neigt und die Vorlage an den Gr. Senat für Strafsachen wegen grds. Bedeutung anregt, folgt der erkennende Senat dem nicht. Er sieht bei Annahme einer Heilung in Form des hier in Frage stehenden Vorgehens **keine Anhaltspunkte für ernstliche rechtsstaatliche Defizite**. Die Gefahr, dass die insgesamt schwer überschaubare Rspr. zu § 247 StPO noch komplizierter würde, könnte der Senat allein in der Fortführung seiner bisherigen überformalen Rspr. erblicken. Ob in sonstigen Fällen weitergehender Beweiserhebung während einer gem. § 247 StPO in Abwesenheit des Angekl. erfolgten Vernehmung eine Heilung anders als durch vollständige Wiederholung erfolgen könnte, etwa gar in einer Art Selbstleseverfahren beim Urkundenbeweis, wird ggf. zu entscheiden sein.“ (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 257c

**Verständigung**  
**erforderliche Dokumentation in der Sitzungsniederschrift**  
(BGH in NSTZ-RR 2010, 151; Beschluss vom 13.01.2010 – 3 StR 528/09)

StPO

**Im Urteil muss der Inhalt der Verständigung nicht niedergelegt werden**, es reicht der Hinweis aus, dass ihm eine Verständigung vorausgegangen ist.

„Die Bezugnahme auf die Niederschrift wäre zwar nicht geeignet, einer etwaigen Dokumentationspflicht über den Inhalt einer Verständigung in den Urteilsgründen Genüge zu tun, da die Urteilsurkunde aus sich heraus verständlich sein muss und eine Bezugnahme nur im Rahmen von § 267 I 3 StPO zulässig ist (Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 267 Rn 8). § 267 III 5 StPO (eingefügt durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009 – BGBl I 2353) **erfordert indes lediglich die Angabe, dass dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen ist**. Die Vorschrift soll „auch für die Urteilsgründe Transparenz“ herstellen (BegrRE BT-Dr. 16/12310 S. 15). Hierfür ist die **Angabe des Inhalts der Verständigung nicht erforderlich**. Insoweit findet die **notwendige Dokumentation in der Sitzungsniederschrift** statt (§ 273 Ia StPO). Diese ist ggf. die Grundlage für die – vom RevGer. nicht von Amts wegen, sondern nur auf Grund einer Verfahrensrüge unter erforderlichem Tatsachenvortrag vorzunehmende – Prüfung, ob das Verfahren nach § 257c StPO eingehalten worden ist.“ (BGH aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 213

**Ablehnung einer beantragten Terminsverlegung**  
**Zulässigkeit der Beschwerde**  
(OLG Hamm in NStZ 2010, 231; Beschluss vom 13.08.2009 – 2 Ws 216/09)

StPO

Die **Beschwerde gegen die Ablehnung eines Antrags auf Verlegung des Hauptverhandlungstermins** ist jedenfalls **dann nicht statthaft, wenn ein Ermessensfehlgebrauch** des Vorsitzenden bei der Terminsbestimmung **nicht ersichtlich** ist.

- I. Die **Frage**, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Beschwerdemöglichkeit gegen Terminsverfügungen beziehungsweise Ablehnungen von Anträgen auf Terminsverlegung gegeben ist, **ist in Rspr. und Lit. umstritten**.

1. Die **ältere und** – soweit ersichtlich – **nur noch vereinzelt in der Rspr. vertretene Ansicht** hält eine Beschwerde gegen die Ablehnung einer beantragten Verlegung eines Hauptverhandlungstermins generell im Hinblick auf die Regelung in § 305 S. 1 StPO für unzulässig.

Dies soll sich aus dem entsprechend anwendbaren Grundgedanken des § 305 S. 1 StPO ergeben, wonach Entscheidungen, die im inneren Zusammenhang mit dem nachfolgenden Urteil stehen, im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und -konzentration nicht selbstständig, sondern ausschließlich im Rahmen des Rechtsmittels gegen das Urteil angefochten werden können (OLG Düsseldorf VRS 90, 127; ebenso OLG Hamm NStZ 1989, 133 mwN; OLG Stuttgart NJW 1976, 1648 mit ausf. Darstellung des damaligen Meinungsstandes in Rspr. und Lit. sowie MDR 1980, 954).

Im – vorliegend nicht gegebenen – Falle der Verhinderung des Verteidigers könne der Angekl. das Beschwerdevorbringen in der Hauptverhandlung gem. §§ 228 II, 265 IV StPO im Rahmen eines Aussetzungsantrages geltend machen und bei Ablehnung durch Gerichtsbeschluss seine Revision auf eine Verletzung des § 338 Nr. 8 StPO stützen, so dass für eine selbstständige Beschwerdemöglichkeit kein Raum sei (OLG Stuttgart NJW aaO; OLG Hamm aaO; OLG Düsseldorf aaO).

Darüber hinaus wird argumentiert, durch eine selbstständige Beschwerdemöglichkeit werde die sich aus § 213 StPO ergebende „Terminshoheit“ des Vorsitzenden untergraben, der letztlich allein die Übersicht über die im Spruchkörper anfallenden und zu terminierenden Strafsachen habe. Dadurch werde letztlich ein sinnvolles und effizientes Terminieren unmöglich gemacht (OLG Stuttgart NJW aaO; OLG Hamm aaO; OLG Düsseldorf aaO).

Darüber hinaus betreffe § 213 StPO ausschließlich die Zuständigkeit des Vorsitzenden für die Terminsbestimmung, nicht aber dessen Ermessen, so dass für die Annahme eines Ermessens grundsätzlich kein Raum sei.

2. Die – mittlerweile – wohl **herrschende Auffassung in Rspr. und Lit.** hält die Beschwerde gegen Terminierungsentscheidungen des Vorsitzenden abweichend vom Grundsatz des § 305 S. 1 StPO ausnahmsweise dann gem. § 304 I StPO und § 304 II StPO für statthaft, wenn sie in rechtsfehlerhafter Ermessensausübung getroffen wurden und daher für die Verfahrensbeteiligten eine besondere, selbstständige Beschwer bewirken.

OLG München NStZ 1994, 451 und StV 2007, 518; OLG Nürnberg StV 2005, 491; LG Düsseldorf NStZ 2003, 168; so auch Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 213 Rn 8 mwN für beide Auffassungen



Wegen der grds. „Terminshoheit“ des Vorsitzenden soll die angefochtene Entscheidung indes auch in diesen Fällen lediglich auf rechtsfehlerfreie Ermessensausübung und nicht auf Zweckmäßigkeit geprüft werden. Dabei soll das BeschwGer. überprüfen können, ob der Vorsitzende das staatliche Interesse an einer reibungslosen und beschleunigten Durchführung des Strafverfahrens und die Interessen des Angekl., wozu insbesondere das Interesse der Verteidigung durch den Anwalt des Vertrauens gehört, angemessen gegeneinander abgewogen hat (s. nur OLG München NStZ aaO; OLG Nürnberg aaO).

II. **OLG Hamm aaO** lässt eine Entscheidung dahinstehen, ob der zuletzt genannten Auffassung zu folgen ist.

„Denn die dazu aufgestellten **Voraussetzungen sind** vorliegend jedenfalls **nicht gegeben**, ein Ermessensfehlergebrauch durch den Vorsitzenden der Strafkammer ist nicht ersichtlich. Das **Interesse des angeklagten Bf.** an der Verteidigung durch einen Verteidiger seines Vertrauens ist vorliegend gerade **nicht beeinträchtigt**. Vielmehr ist der Hauptverhandlungstermin vor seiner Festsetzung gerade mit dessen Büro abgesprochen worden. Dass der Bf. eine – soweit ersichtlich – private Urlaubsreise über den Zeitpunkt des Hauptverhandlungstermins hinaus gebucht hat, kann vorliegend ebenfalls zu keiner anderen Entscheidung führen. Dabei ist bereits zu beachten, dass der Bf. Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt hat, er damit ohnehin mit der Terminierung der Berufungshauptverhandlung rechnen musste und insoweit seine privaten Dispositionsmöglichkeiten Einschränkungen unterlagen. Zwar soll ein gebuchter Urlaub des Angekl. oder des Verteidigers seines Vertrauens in nicht sehr umfangreichen beziehungsweise in nicht komplizierten Verfahren im Rahmen einer fehlerfreien Ermessensausübung bei Terminierungsentscheidungen zu beachten sein und in der Regel zur Terminverlegung führen (LG Oldenburg StraFo 2008, 471; Meyer-Goßner aaO, Rn 7). Dies kann nach Ansicht des Senats indes ausschließlich dann der Fall sein, wenn der Urlaub bereits vor Kenntnis des Hauptverhandlungstermins verbindlich gebucht war, was vorliegend gerade nicht der Fall gewesen ist.“ (OLG Hamm aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

NdsVwVfG  
§ 1 I

**Anwendbarkeit des VwVfG  
auf öffentl.-rechtl. Verwaltungstätigkeit des NDR**

VwVfG

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2010, 215; Beschluss vom 23.12.2009 – 4 LA 357/08)

Das **NdsVwVfG** ist in Niedersachsen auf die **öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit des NDR** anwendbar.

„Nach § 1 I NdsVwVfG **gelten die Vorschriften des VwVfG** mit Ausnahme der §§ 1, 2, 61 II, 100, 101 NdsVwVfG für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit (u.a.) **der der Aufsicht des Landes unterstehenden Anstalten des öffentlichen Rechts**.

Der Bekl. ist nach § 1 I des Staatsvertrags über den Norddeutschen Rundfunk (NDRStV) eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Nach § 37 I 1 NDRStV führen die Regierungen der Länder die Aufsicht über den NDR hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen dieses Staatsvertrags und der allgemeinen Rechtsvorschriften. Der Bekl. **unterliegt demnach als Anstalt des öffentlichen Rechts der Landesaufsicht**, wie dies § 1 I NdsVwVfG voraussetzt, wobei es insofern unerheblich ist, dass es sich nach § 37 I 1 NDRStV um eine Rechtsaufsicht handelt, die von den an dem genannten Staatsvertrag beteiligten Ländern nach § 37 NDRStV im Wechsel von 18 Monaten wahrgenommen wird. Da es sich bei der **Tätigkeit des Bekl. im Zusammenhang mit der Befreiung von der Rundfunkgebührenpflicht aus sozialen Gründen**, also auch bei der Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren, zudem **um eine öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit** handelt, sind sämtliche Voraussetzungen des § 1 I NdsVwVfG für eine Anwendung der Vorschriften des VwVfG auf diese Tätigkeit des Bekl. erfüllt.

Es sind auch **keine Gründe ersichtlich, die gegen die Anwendung des VwVfG** auf die hier in Rede stehende Verwaltungstätigkeit des Bekl. **sprechen** könnten. Eine Ausnahme bei der Anwendung des VwVfG für Rundfunkanstalten, wie sie in anderen Landesverwaltungsverfahrensgesetzen vorgesehen ist, enthält das Niedersächsische VwVfG nicht. Entgegen der Auffassung des Bekl. ergibt sich eine Nichtanwendbarkeit des VwVfG auch nicht aus der „Staatsferne“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Denn **bei den Tätigkeiten des Bekl. im Zusammenhang mit der Befreiung von der Rundfunkgebührenpflicht handelt es sich um schlichte hoheitliche Verwaltungstätigkeit**, die **nicht in den Kernbereich der durch Art. 5 I 2 GG geschützten Rundfunkfreiheit fällt** (vgl. OVG Münster BeckRS 2008, 36464; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 2 Rn 22), auch wenn die Gebührenerhebung nach den Ausführungen des Bekl. dazu beiträgt, ihm eine „unabhängige Finanzierungsgrundlage“ zu sichern.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 123

**Rechtsschutzinteresse  
für die Zuteilung eines Studienplatzes**

VwGO

(OVG NRW in DöV 2010, 449; Beschluss vom 21.01.2009 – 13 C 408/09)

Die **endgültige Zuteilung eines Studienplatzes im gewünschten Studiengang** an einer anderen als der Wunschuniversität **schließt eine Studienplatzzuteilung im Wege des § 123 VwGO** (auch) bei einem Bachelorstudiengang **aus**.

„Wegen der **nur begrenzt zur Verfügung stehenden universitären Ausbildungskapazitäten** ergibt sich aus Art. 12 I GG (lediglich) ein Recht auf Teilhabe an vorhandenen Ausbildungsmöglichkeiten und der damit verbundenen Lebenschance. Art. 12 I GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsgebot gewährleistet ein nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes einschränkbares Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden („hochschulreifen“) Staatsbürgers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl. Dieses Teilhaberecht steht allerdings unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann (vgl. BVerfGE 33, 303 = NJW 1972, 1561; BVerfGE 43, 291 = NJW 1977, 569).

Auf dieser Grundlage ist anerkannt und hat der Senat in st. Rspr. entschieden, dass ein Studienbewerber seinen Anspruch auf Zulassung zum Studium an einer bestimmten Hochschule regelmäßig nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann und dementsprechend auch **kein Rechtsschutzinteresse für einen Antrag nach § 123 VwGO** besteht, wenn er einen entsprechenden Studienplatz an einer anderen Hochschule erlangt hat oder einen solchen ohne Zulassungsbeschränkungen erlangen kann.

Diese Erwägungen und Folgerungen haben auch in Bezug auf einen Bachelorstudiengang an einer Hochschule nach Wahl des Studienbewerbers, der auch hier in Frage steht, ihre Berechtigung. Mit einem Bachelorstudiengang kann nach § 19 II HRG ein erster berufsqualifizierender Abschluss erworben werden. Er unterscheidet sich insoweit nicht von den bisherigen Studiengängen und Studienverläufen, bei denen die Realisierung der (vermeintlich) mit einem erfolgreichen Studium verbundenen höheren Lebenschancen ebenfalls erst mit deren Abschluss ansetzt. Das Bachelorstudium wird allgemein als wissenschaftlich basiertes grundständiges Studium definiert, das sich in der Regel auf ein Kernfach konzentriert, daneben aber auch die Möglichkeit der Verbindung bzw. Kombination mit anderen Fächern bietet.

Es ist, wie den Rahmenvorgaben für die Einführung von Leistungspunktsystemen und die Modularisierung von Studiengängen zu entnehmen ist und beispielsweise auch in § 60 III, IV HSG NRW geregelt ist, entscheidend gekennzeichnet durch eine Modularisierung der Stu-





diengänge, die u. a. dem Ziel dient, die Mobilität der Studierenden zu fördern und die wechselseitige Anerkennung von Modulen (z. B. bei Hochschulwechsel) bei zugrunde liegender Vergleichbarkeit derselben zu bewirken. Die mit dem Vertrauen in wissenschaftliche Leistungsfähigkeit verbundene **Gleichwertigkeit der Ausbildungen in Bachelorstudiengängen** wird **gesichert durch die Festlegung inhaltlicher und formaler Kriterien**, die mit den ländergemeinsamen Strukturvorgaben gem. § 9 II HRG für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen im Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 10. Oktober 2003 i. d. F. vom 18. September 2008 erfolgt. Eine Einheitlichkeit der Studiengänge ist hingegen nicht zu verlangen und wird nicht erwartet. Die Gleichwertigkeit der Module ist dabei gegeben, wenn sie einander in Inhalt, Umfang und Anforderungen im Wesentlichen entsprechen. Dabei ist kein schematischer Vergleich, sondern eine Gesamtbetrachtung und -bewertung vorzunehmen. Diese Kriterien gelten zudem nicht nur bei medizinischen Studiengängen, sondern allgemein und daher auch für den in diesem Verfahren betroffenen Studiengang Psychologie Bachelor, der bundesweit Kapazitätsbeschränkungen unterliegt.“ (OVG NRW aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

SächsBO  
§ 62a I Nr. 5a

**Baugenehmigung  
Bindungswirkung**

öffR

(OVG Bautzen in DöV 2010, 450; Beschluss vom 20.01.2010 – 1 B 316/09)

Die **Bindungswirkung einer Baugenehmigung besteht im Umfang der zu prüfenden und nicht nur im Umfang der tatsächlich geprüften Vorschriften**. Diese **Bindungswirkung hindert auch andere Behörden an einem Einschreiten aus Gründen, die zum Prüfumfang des Baugenehmigungsverfahrens gehörten**.

„Gem. § 62a I Nr. 5 SächsBO a. F. war zum Zeitpunkt der Erteilung dieser Baugenehmigungen die Zulässigkeit und Gestaltung von Werbeanlagen gem. § 13 SächsBO a. F. Gegenstand der Prüfung des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens. Die Baugenehmigungsbehörde hatte deshalb entweder über § 13 II 1 i. V. m. § 3 SächsBO a. F. oder - falls die Werbeanlagen keine bauliche Anlage darstellten - über § 13 II 2 SächsBO a. F. eine Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu prüfen (vgl. Dammert, Die neue Sächsische Bauordnung, 1. Aufl., 1999, § 13 Rn 8). Gehörte hiernach die Frage nach der Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zum Prüfumfang des Baugenehmigungsverfahrens, hindert sie ein Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde gegen das Vorhaben aus diesem Grunde. Von der Bindungswirkung der Baugenehmigung kann sie sich nur durch die Aufhebung der Genehmigung lösen. Diese Bindungswirkung hindert auch andere Behörden an einem Einschreiten aus Gründen, die zum Prüfumfang des Baugenehmigungsverfahrens gehörten, mithin hier auch das Autobahnamt Sachsen. Ob die Bauaufsichtsbehörde seinerzeit tatsächlich ihrer Prüfungspflicht nachgekommen ist und die Frage einer Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs geprüft hat, ist ohne Belang. Bindungswirkung entfaltet die Baugenehmigung im Umfang der zu prüfenden und nicht nur im Umfang der tatsächlich geprüften Vorschriften. Es kommt deshalb hier nicht darauf an, ob man die Straßenverkehrsbehörden in Fällen der vorliegenden Art überhaupt nach § 60 S. 2 SächsBO für zuständig ansieht, da die Ausnahmegenehmigung nach § 46 I StVO nur bei extensiver Auslegung als anlagenbezogene Genehmigung angesehen werden kann.“ (OVG Bautzen aaO)

- ZA 06/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

GVG  
§ 21e III 1

**gesetzl. Richter  
außerplanmäßiger Vertreter**

StrafR

(BGH in NStZ-RR 2010, 184; Beschluss vom 28.01.2010 – 4 StR 622/09)

Ist schon **aus der Wahl der Sitzungstage die Möglichkeit ersichtlich, dass bei gleichzeitigen Sitzungen auch der Vertreterkammern die bestellten Vertreter nicht in der Lage sein werden, ihre Aufgaben in der Strafkammer wahrzunehmen** und besteht infolgedessen Veranlassung, diesen Mangel des Geschäftsverteilungsplanes zu beheben, so **verstößt die Bestimmung eines Richters als sog. „Sondervertreter“ gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters**.

„Zwar kann die Bestellung eines sog. Sondervertreters gem. § 21e III 1 GVG gegen § 338 Nr. 1 StPO verstoßen, wenn schon aus der Wahl der Sitzungstage die Möglichkeit ersichtlich ist, dass bei gleichzeitigen Sitzungen auch der Vertreterkammern die bestellten Vertreter nicht in der Lage sein werden, ihre Aufgaben in der StrK wahrzunehmen, so dass Veranlassung bestand, diesen **Mangel des Geschäftsverteilungsplanes** zu beheben (BGH StV 1987, 286).

Die Revision, die sich auf diese Entscheidung des Senats stützt, übersieht indessen, dass im damaligen Fall die im Geschäftsverteilungsplan **vorgesehene Vertretungsregelung schon für sich genommen nicht ausreichte, um die ordnungsgemäße Besetzung der zur Entscheidung berufenen StrK sicher zu stellen**, da nur zwei Vertretungskammern vorgesehen waren und deshalb wegen der Verteilung der Sitzungstage vorhersehbar war, dass die planmäßigen Vertreter sämtlich verhindert sein könnten. So liegt der Fall hier aber nicht: Die Zahl der Mitglieder der insgesamt neun im Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Vertreterkammern rechtfertigte unter Berücksichtigung der Verteilung der Sitzungstage die Erwartung, dass auch bei Verhinderung von Mitgliedern einer oder mehrerer Strafkammern jedenfalls ein Mitglied einer der anderen Kammern zur Verfügung stehen würde. Die im vorliegenden Fall festzustellende Häufung von Verhinderungsfällen war danach nicht vorhersehbar.“ (BGH aaO)



## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Koch:** Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung – Mehr Schein als Sein? - Was bleibt noch vom Fristsetzungserfordernis? (NJW 2010, 1636)

In Übereinstimmung mit der Rspr. und der allg. Ansicht im Schrifttum **setzt eine zu kurze Frist** im Rahmen des § 281 I und des § 323 I BGB **regelmäßig eine angemessene Frist in Lauf**. - **Ausnahmsweise** ist eine **zu kurze Frist unwirksam, wenn sie** sich als ein **rechtsmissbräuchliches Verhalten darstellt**. - Entgegen der Rspr. bedeutet die **Aufforderung zur umgehenden oder unverzüglichen Leistung keine ordnungsgemäße Fristsetzung**; vielmehr ist die **Angabe eines Termins oder jedenfalls von Zeiteinheiten** (etwa Tagen oder Wochen) **notwendig**. - Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verbietet eine Fristsetzung als Voraussetzung für die Ausübung des Rücktrittsrechts; daher ist bei einem Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) auf das Erfordernis einer Fristsetzung für den Rücktritt zu verzichten (§ 323 II Nr. 3 BGB); ausreichend sind insoweit ein Nacherfüllungsverlangen des Gläubigers und der Ablauf einer angemessenen Frist.

2. **Rohlfing:** Die Entwicklung der Rspr. zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (MDR 2010, 552)
3. **Jacoby:** Die Verjährung des Rückforderungsanspruchs wegen Durchführung nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen (ZMR 2010, 335)

Der **Rückforderungsanspruch** beruht zwar auf Anstrengungen des Mieters, den Zustand der Mietsache zu verbessern, ist aber **seiner rechtlichen Natur nach kein Aufwendungs- oder Verwendungsersatzanspruch, sondern ein Anspruch aus Leistungskondition oder auf Schadensersatz**. - Für eine Anwendung von § 548 II BGB kann zwar angeführt werden, dass auch der hier in Rede stehende Anspruch vom Zustand der Mietsache abhängt; indessen gilt dies nur für eine Endrenovierung, nicht für die Zwischenrenovierung. - Bei Anwendung des § 548 II BGB passt überdies der – jedenfalls dem Wortlaut der Norm nach – starre Verjährungsbeginn mit Ende des Mietvertrages nicht; entsprechend dem Charakter des Anspruchs als Leistungskondition oder Schadensersatzanspruch ist § 548 II BGB nicht einschlägig. - Der **Tatbestand des § 199 I BGB** zum Beginn der Regelverjährung **setzt bloße Tatsachenkenntnis, nicht Rechtserkenntnis voraus**. - Der XI. Zivilsenat des BGH will – in Anknüpfung an die Rspr. zu § 852 I BGB a. F. – den Beginn der Verjährung nicht eintreten lassen, wenn die Rechtslage „unsicher und zweifelhaft“ ist, denn dann fehle es nämlich an der Zumutbarkeit der Klageerhebung, die eine übergreifende Voraussetzung für den Verjährungsbeginn darstelle; diese Reduktion des § 199 I BGB ist jedoch abzulehnen, weil die damit vorgenommene Risikoverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner dem Sinn und Zweck der Verjährung nicht gerecht wird; ohnehin stellt die „unsichere und zweifelhafte Rechtslage“ ein bei der Verjährungshemmung des § 206 BGB zu verortendes Problem dar, erfüllt aber auch nicht dessen Voraussetzung „höhere Gewalt“.

4. **Wanner-Laufer:** Die Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen nach § 34 GmbHG - Veränderungen durch die Reform des GmbH-Rechts (NJW 2010, 1499)

Der **Einziehungsbeschluss** sollte immer mit einem **Beschluss verbunden werden, wonach** jedenfalls im **Zeitpunkt der Wirksamkeit der Einziehung die verbleibenden Geschäftsanteile aufgestockt werden**, damit die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmt. – Tritt durch die Einziehung eine Situation ein, bei der es zum Auseinanderfallen der Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital kommt, führt dies nicht sofort zur Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses; vielmehr **hat die Gesellschafterversammlung die Möglichkeit, die Deckung** binnen einer angemessenen Frist (ca. ein Jahr) **wieder herzustellen**. - Wird die „Reparatur“ nicht innerhalb der angemessenen Frist durchgeführt, wird der Einziehungsbeschluss von Anfang nichtig; für die Interimszeit zwischen Beschluss und Feststellung der Nichtigkeit sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, und zwar für das fehlerhafte Ausscheiden, anzuwenden.

5. **Friemel/Walk:** Neues zur Kündigung wegen Schlecht- und Minderleistung (NJW 2010, 1557)

Eine **Kündigung wegen Schlecht- bzw. Minderleistung** erfordert eine **sorgfältige Vorbereitung durch den Arbeitgeber**, um im Kündigungsschutzprozess zu bestehen; insbesondere im Streit um eine Kündigung wegen qualitativer Schlechtleistungen genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast nicht durch den Nachweis einer überdurchschnittlichen Fehlerquote; zwar sollten Fehlerhäufigkeiten – soweit die Art der Tätigkeit dies zulässt – registriert und dokumentiert werden; zusätzlich **müssen** jedoch auch die **betrieblichen Auswirkungen der Fehler dargelegt werden**, wie z.B. Kosten für Nachbesserungen, Beeinträchtigungen oder Verluste von Kundenbeziehungen. - Hilfreich können für die Bewältigung der Darlegungslast auch **innerbetriebliche Bewertungssysteme** sein: Beim Vergleich des Minderleisters mit anderen Arbeitnehmern muss der Arbeitgeber auf die Nachvollziehbarkeit der Vergleichsgruppenbildung achten; lässt er dabei bestimmte Mitarbeiter außen vor, ist dies detailliert zu begründen; die Arbeitnehmer müssen ihrer Qualifikation und Berufserfahrung nach vergleichbar sein und die Tätigkeit unter vergleichbaren Bedingungen ausüben;

eine starke Streuung der Leistungswerte innerhalb der Vergleichsgruppe kann dabei ein Indiz gegen die Vergleichbarkeit der Bedingungen sein. - Arbeitgeber sollten vor einer sog. „Low Performer“-Kündigung – gleichgültig ob verhaltens- oder personenbedingt – **immer erst abmahnen** und **nach der Abmahnung mehrere Monate abwarten**, ob sich die Leistung signifikant verbessert; dabei gelten für die Abmahnung wegen Minderleistung dieselben Grundsätze wie für die Kündigung aus diesem Grunde.

6. **Lange/Vogel:** Verdachtskündigung - Teilnahmerecht des Rechtsanwalts an der Anhörung; (DB 2010, 1066)

Der **Arbeitnehmer ist berechtigt zu der Anhörung zur Verdachtskündigung einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen**; auf dieses Recht muss der Arbeitgeber zwar nicht hinweisen, jedoch muss er dem Arbeitnehmer den Gegenstand des anstehenden Gesprächs im Vorhinein mitteilen. - Der **Arbeitgeber muss deutlich machen, dass es sich nicht um ein gewöhnliches Personalgespräch handelt**; gibt der Arbeitnehmer zu erkennen, dass er die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts beabsichtigt, so ist der Arbeitgeber gehalten, die Anhörung zeitlich darauf abzustimmen. - Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer nicht auf die Hinzuziehung eines Betriebsrates verweisen und muss auch jede schriftliche Stellungnahme des Arbeitnehmers zur Kenntnis nehmen, wodurch eine weitere Sachverhaltsaufklärung erforderlich werden kann; eine Anhörung, die diesen Grundsätzen nicht entspricht, führt zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung.

## II. Strafrecht

1. **Liesching:** Hakenkreuze in Film, Fernsehen und Computerspielen - Verwendung verfassungsfeindlicher Kennzeichen in Unterhaltungsmedien (MMR 2010, 309)

Hakenkreuze, SS-Runen sowie der ausgeführte „Hitlergruß“, Parolen wie „Heil Hitler“ oder „Sieg Heil“ sowie NS-Lieder dürfen nach § 86a StGB grds. auch in den Medien nicht verwendet werden; jedoch genießen vor allem zeitgeschichtliche Dokumentationen und Informationssendungen auf Grund der **Sozialadäquanzklausel des § 86 III StGB** weitgehenden Schutz vor Strafverfolgung und Aufsichtsmaßnahmen, da sie i. d. Regel **der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte dienen**. - Wesentlich **problematischer** und zudem in Rspr. und Lit. weitgehend unbehandelt sind entsprechende **Kennzeichenverwendungen in fiktionalen Unterhaltungsmedien** wie insbes. Spielfilmen und Computerspielen: Die auch häufigere Veranschaulichung von Hakenkreuzen in bekannten und populären Action- und Abenteuerfilmen wie „Indiana Jones“ oder jüngst dem Tarantino-Streifen „Inglourious Basterds“ wird i. d. Regel allgemein geduldet, wobei die Subsumtion solcher in erster Linie dem reinen Entertainment dienender Filme unter die Sozialadäquanzfälle des § 86 III StGB kaum gelingt; in der Praxis tendenziell restriktiver ist demgegenüber die Handhabung der **Kennzeichenverwendung bei Computerspielen**, in denen in der Regel schon die kurze einmalige Visualisierung eines verfassungsfeindlichen Kennzeichens i.S.d. § 86a StGB auf Grund vereinzelter obergerichtlicher Rspr. zu Beginn des Computerspielzeitalters erhebliche **Risiken der Beschlagnahme und Strafverfolgung** mit sich bringt. - Nach § 86a III StGB i.V. m. § 86 III StGB gilt das Strafverbot nicht, wenn die Verwendung des verfassungsfeindlichen Kennzeichens „der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient“; bei Unterhaltungsmedien wie fiktiven Filmhandlungen oder Computerspiel-Plots sind freilich Intentionen wie die **staatsbürgerliche Aufklärung** in der Regel ebenso abwegig wie die **Abwehr von Verfassungsfeindlichkeit** sowie **wissenschaftliche Zwecke** und solche der Berichterstattung; demgegenüber kommen im Medienentertainment-Bereich als tatbestandsausschließende legitime Zwecke immerhin die „Kunst“ und möglicherweise auch die **allgemeine Auffangklausel der „ähnlichen Zwecke“** in Betracht.

2. **König:** Die Hauptverhandlung – noch Kerngeschehen im Strafprozess? (AnwBl 2010, 382)  
3. **Pfister:** Die Beurteilung der Schuldfähigkeit in der Rspr. des BGH (NSStZ-RR 2010, 161)  
4. **Maier/Percic:** Aus der Rspr. des BGH zu den Raubdelikten – 2. Teil (NSStZ-RR 2010, 166)

## III. öffentliches Recht

1. **Nieland:** Störerhaftung bei Meinungsforen im Internet - Nachträgliche Löschungspflicht oder Pflicht zur Eingangskontrolle? (NJW 2010, 1494)

**Verletzen Nutzerbeiträge in Meinungsforen die Rechte Dritter**, so ist der **Betreiber nach Kenntniserlangung zur unverzüglichen Löschung der Beiträge verpflichtet**; vor der Löschung stehen ihm angemessene, je nach Einzelfall zu beurteilende **Überlegungs- und Umsetzungsfristen** zu, die sich im Wiederholungsfall drastisch verkürzen können. - **Darüber hinausgehende Prüfungspflichten** sind dem Betreiber des Meinungsforums **nicht zumutbar**; Vorsorgepflichten zur Unterbindung kerngleicher Verstöße in der Zukunft, sei es im gesamten Forum oder nur im maßgeblichen Thread (Einzelforum), überspannen die Zumutbarkeitsanforderungen; eine automatisierte Kontrolle mittels Suchbegriffen ist bei rechtsverletzenden Äußerungen faktisch nicht möglich, da die **Zulässigkeit einer Äußerung stets kontextbezogen zu beurteilen** ist. - Auf der Grundlage der **Störerhaftung** bestehen insbes. **keine proaktiven Prüfungspflichten des Forenbetreibers**; der Forenbetreiber hingegen, der Rechtsverletzungen aktiv provoziert, verlässt den Bereich der Störerhaftung und steigt zum Teilnehmer etwaig eintretender Verletzungen auf, für die das Deliktsrecht ihn

dem Täter gleichstellt (§ 830 II BGB); die proaktive Prüfung des Forums ist in diesem (Ausnahme-)Fall eine haftungsvermeidende Obliegenheit.

2. **Brosius-Gersdorf:** Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung (DÖV 2010, 465)

Der **Ehegattenvorbehalt in § 27a I Nr. 3 SGB V**, der Leistungen der gesetzl. Krankenversicherung auf Ehepaare beschränkt und nichtverheiratete Versicherte ausnimmt, **ist verfassungswidrig**, denn entgegen der Auffassung des BVerfG ist die **Sterilität von Männern und Frauen als Krankheit anzusehen**, sodass § 27a I Nr. 3 SGB V unfruchtbare unverheiratete Paare gegenüber unfruchtbaren verheirateten Paaren und (unverheiratete) Versicherte, die an Sterilität leiden, gegenüber Versicherten mit anderen Krankheiten diskriminiert. - Doch selbst wenn die Unfruchtbarkeit von Paaren nicht als Krankheit angesehen werden sollte, vertrüge sich der Ehegattenvorbehalt nicht mit dem Grundgesetz: Bei den Leistungen der gesetzl. Krankenversicherung für künstliche Befruchtungen handelt es sich um eine **Maßnahme der Familienförderung** – nicht der Eheförderung –, **die nach dem Familiengrundrecht des Art. 6 I GG sämtlichen potenziellen – ehelichen und nichtehelichen – Familien gleichermaßen zu Gute kommen muss**. - Die **Begrenzung des Zuschusses** der gesetzlichen Krankenversicherung auf 50 % der Kosten künstlicher Befruchtungen (§ 27a III 3 SGB V) **benachteiligt gesetzlich Krankenversicherte, die an Unfruchtbarkeit leiden**, gegenüber Versicherten mit anderen Krankheiten; diese Benachteiligung lässt sich zwar prinzipiell durch das verfassungsrechtliche Ziel rechtfertigen, die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zu sichern; allerdings trägt die Kürzung der Ausgaben für künstliche Befruchtungen nur kurzfristig zur Sicherung der finanziellen Grundlagen der Krankenversicherung und damit zum Schutz der derzeitigen Versichertengemeinschaft bei. - Langfristig **gefährdet sie die Funktionsfähigkeit der Krankenversicherung**, die voraussetzt, dass die Zahl der Geburten in Deutschland wieder steigt, und vernachlässigt damit die Belange künftiger Generationen; ob § 27a III 3 SGB V angesichts dieser langfristigen Auswirkungen als Mittel zur Funktionserhaltung der gesetzlichen Krankenversicherung ungeeignet ist, hängt davon ab, ob der Gesetzgeber im Interesse künftiger Generationen zur Nachhaltigkeit verpflichtet ist.

3. **Bredt:** Das Verfahren der Regulierungsverwaltung zwischen Vertragsautonomie und Wettbewerbsförderung (DÖV 2010, 430)

Das **Regulierungsverfahrensrecht** ist in den von der Bundesnetzagentur beaufsichtigten Netzwirtschaften – Energie, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen – und innerhalb der jeweiligen Sektoren auch nach Leistungsarten **unterschiedlich ausgestaltet**; dabei weist insbes. das AEG gegenüber den anderen Regulierungsregimen Besonderheiten auf. - Dabei bleiben die verfahrensrechtlichen Eingriffsrechte der Bundesnetzagentur nach dem AEG allerdings nicht hinter denen in anderen Sektoren zurück; die **Kombination aus einer zeitlich befristeten Ex-ante-Kontrolle und einer jederzeitigen und unbefristeten Ex-post-Kontrolle** vor dem Hintergrund jährlich neu aufzustellender Nutzungsbedingungen und Entgelte sowie auch neu abzuschließender Nutzungsverträge konstituiert ein engmaschiges Aufsichtssystem; dies gilt insbes. bei einem Vergleich mit der strukturell am ehesten vergleichbaren „nachträglichen Regulierung“ nach § TKG § 38 TKG, in der die Bundesnetzagentur einer engen Fristbindung unterliegt; aber auch im Vergleich mit **Regulierungssystemen mit einem Ex-ante-Genehmigungserfordernis und eingeschränkter nachträglicher Überprüfungsbefugnis** enthält das AEG einen **hohen Prüfungsstandard**. - Ein Änderungsdruck in Richtung einer vollkommenen Harmonisierung des Regulierungsverfahrensrechts kann daher nicht festgestellt werden; solche Forderungen beruhen bei näherer Betrachtung eher auf einem abstrakten Harmoniestreben als einem tatsächlichen Erfordernis und einer adäquaten Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Wirtschaftszweige; dies gilt etwa für die Einführung eines Ex-ante-Genehmigungsverfahrens auch im AEG: Dies würde im Eisenbahnsektor aufgrund der dort jährlich neu abzuschließenden Nutzungsverträge lediglich zu **regulatorischem Mehraufwand** führen, ohne einen inhaltlichen Mehrwert gegenüber den bedarfsgerechten Ex-post-Kontrollverfahren zu erbringen. - Statt einer umfassenden Vereinheitlichung des Regulierungsrechts sind daher eher einige **einzelne Veränderungen im AEG** angezeigt; eine sinnvolle Änderung könnte darin bestehen, wegen der Gefährdung der Regulierungsziele des AEG durch zivilgerichtliche Parallelkontrolle, eine Ausnahme eisenbahnrechtlicher Prüfungsgegenstände aus dem Zivilrechtsweg gesetzlich zu verankern; zur Stärkung der Rechtssicherheit für den Infrastrukturbetreiber und die Zugangsberechtigten sollte zudem die Dauer der Ex-post-Prüfung nach § 14f I AEG entsprechend den Regelungen im TKG und im PostG einer Fristbindung von wenigen Monaten unterworfen werden; schließlich könnte zur **Klarstellung der Eingriffsbefugnisse der Bundesnetzagentur** gesetzlich festgehalten werden, dass die Änderungsanordnungen der Bundesnetzagentur im Ex-post-Prüfungsverfahren im Rahmen der verordnungsrechtlich vorgesehenen Fristregelungen zur Aufstellung neuer Nutzungsbedingungen umzusetzen sind; so wird sichergestellt, dass der Schutzzweck dieser Fristregelungen, die Einbeziehung der Netznutzer in die Aufstellung der Nutzungsbedingungen, auch bei behördlich angeordneten Änderungen gewahrt wird. - Ob der regulatorische „Sonderweg“ des AEG am Ende erfolgreich ist, sollte ansonsten vorerst mit der Klärung der Reichweite der Eingriffsrechte der Bundesnetzagentur in der weiteren Regulierungspraxis abgewartet werden.

4. **Scheidler:** Das Nutzungsverbot öffentlicher Solarien für Minderjährige – Ein rechtswidriger Eingriff in die Gewerbefreiheit? (GewA 2010, 182)

Am 04.08.2009 sind Teile des „Gesetzes zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSG)“ in Kraft getreten, so auch das **Nutzungsverbot öffentlicher Solarien für Minderjährige** in § 4 NiSG; danach darf die Benutzung von Anlagen zur Bestrahlung der Haut mit künstlicher ultravioletter Strahlung in Sonnenstudios, ähnlichen Einrichtungen oder sonst öffentlich zugänglichen Räumen Minderjährigen nicht gestattet werden. - Da gerade Jugendliche zwischen 15 und 18 Jahren mit zu einer **wichtigen Zielgruppe öffentlich betriebener Sonnenstudios** gehören, kann das Verbot zu **spürbaren Einkommenseinbußen** bei solchen Gewerbebetrieben führen, so dass in deren Gewerbe- und Berufsfreiheit eingegriffen wird: Es handelt sich um einen **Eingriff in die Berufsfreiheit auf der untersten Stufe**, da ausschließlich die Berufsausübung, nicht aber die Berufswahl betroffen ist; **solche Rege-**

lungen sind zulässig, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie rechtfertigen und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewahrt erscheint; diese Voraussetzungen sind erfüllt, denn mit § 4 NiSG geht es dem Gesetzgeber um den **Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren**, der zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern zählt. – Auch der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ist gewahrt, denn es gibt **kein weniger einschneidendes Mittel, das gleichermaßen geeignet wäre, den Gesundheitsgefahren entgegen zu wirken**; insbes. haben sich **Aufklärungskampagnen über die Risiken als nicht geeignet erwiesen**, Jugendliche von dem Besuch von Solarien abzuhalten; auch können in freiwillige Zertifizierungsverfahren für Sonnenstudios rechtliche Regelungen zum Schutz vor künstlicher UV-Strahlung nicht ersetzen. – Das in § 4 NiSG geregelte Nutzungsverbot öffentlicher Solarien für Minderjährige ist daher ein rechtmäßiger Eingriff in die Berufs- und Gewerbefreiheit der Betreiber öffentlicher Sonnenstudios.

5. **Lober/Neumüller**: Verkehrte Gewinnspielwelt? - Zulässigkeit von Geschicklichkeits- und Glücksspielen in Internet und Rundfunk (MMR 2010, 295)

§ 33d I 1 GewO ist **auf Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien**, insbes. im Internet, **nicht anwendbar**, denn § 33d GewO ist vielmehr **auf Offline-Konstellationen zugeschnitten**; darüber hinaus besteht auch keine Notwendigkeit, diese Regelung auf Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien zu übertragen, denn diese fallen in den Bereich der Kulturhoheit der Länder und unterliegen folglich der **Zuständigkeit der Länder** und damit gerade nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. – Im Ergebnis besteht daher in Fällen, bei denen es um die Frage der Zulässigkeit von Gewinnspielen im Internet geht, tatsächlich gar keine Regelungskollision zwischen § 33d I 1 GewO und § 8a I 1 RStV, sodass nur § 8a RStV auf Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien Anwendung findet.

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

1. **Hellstab**: Die Entwicklung des Kostenrechts seit 2008 (Rpfler 2010, 310)
2. **Prechtel**: Prozesstaktische Pflichten des Anwalts (MDR 2010, 549)
3. **Spielmann**: Das anwaltliche Berufsgeheimnis in der Rspr. des EGMR (AnwBI 2010, 373)
4. **Schnabl**: Postulationsfähigkeit von „LLP-Anwälten“ (AnwBI 2010, 394)

**Rechtsanwälte** sind **grds. postulationsfähig** – und zwar **unabhängig davon, ob sie für eine englische LLP oder in einer anderen Gesellschaftsform tätig sind**. – **Prozesshandlungen** nehmen sie **im Zweifel nicht nur für die LLP, sondern auch in ihrer Funktion als Rechtsanwälte** vor, sodass Prozesshandlungen von Rechtsanwälten einer LLP von vornherein nicht mit dem Einwand angeblich fehlender Postulationsfähigkeit der LLP angegriffen werden können.

**Rechtsgrundlagen für Auskunftsbegehren  
(auch im Rahmen der Stufenklage)****1. Anspruch auf Rechnungslegung, § 259 BGB**

- a) Beauftragter gegenüber Auftraggeber nach § 666 BGB
- b) entgeltlicher Geschäftsbesorger gegenüber dem Geschäftsherrn nach §§ 675 I, 666 BGB
- c) Geschäftsführers einer GoA gegenüber dem Geschäftsherrn nach §§ 681 S. 2, 666 BGB
- d) geschäftsführender Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern nach §§ 713, 666 BGB
- e) Gesellschaft gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter über das Ergebnis inzwischen beendeter schwebender Geschäfte nach § 740 II BGB
- f) nutzungsberechtigter Pfandgläubiger gegenüber dem Pfandgeber nach § 1214 I BGB
- g) Eltern gegenüber dem Kind über die Vermögensverwaltung nach § 1698 I BGB
- h) Vormundes gegenüber dem Vormundschaftsgericht über die Vermögensverwaltung des Mündels nach § 1840 II BGB und nach Beendigung der Vormundschaft gegenüber dem Mündel nach § 1890 I BGB
- i) Betreuers wie ein Vormund nach § 1908i BGB
- j) Erbe gegenüber den Nachlassgläubigern bei Anordnung der Nachlassverwaltung oder der Nachlassinsolvenz nach § 1978 I 1 BGB
- k) Vorerbe gegenüber dem Nacherben nach Eintritt der Nacherbschaft nach § 2130 II BGB
- l) Testamentsvollstrecker gegenüber den Erben nach §§ 2218, 666 BGB
- m) Zwangsverwalter gegenüber Gläubiger und Schuldner nach § 154 S. 2 ZVG
- n) Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft ihr gegenüber nach § 28 III WEG

**2. Anspruch auf Auskunft über den Inbegriff von Gegenständen, § 260 I BGB**

- a) das Gesamtgut verwaltender Ehegatte gegenüber anderem Ehegatte durch über den Stand der Verwaltung nach § 1435 S. 2 BGB
- b) Vormund gegenüber Gegenvormund über die Führung der Vormundschaft nach § 1799 II BGB
- c) Erbschaftsbesitzer gegen über dem Erben über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Gegenstände nach § 2027 I BGB (vgl. auch § 2027 II BGB)
- d) Hausgenosse des Erblassers gegenüber dem Erben darüber, welche erbschaftlichen Geschäfte er geführt hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist nach § 2028 BGB
- e) Vorerbe gegenüber dem Nacherben über den Bestand der Erbschaft nach § 2127 BGB

**3. sonstige vertragliche oder gesetzliche Auskunftsansprüche**

- a) Abrechnung des Vermieters über die Nebenkostenvorauszahlungen gegenüber dem Mieter nach § 556 III 1 BGB
- b) Vermieter gegenüber dem Mieter bei Wegfall einer öffentlichen Bindung hinsichtlich der Miethöhe nach § 558 IV 2 BGB
- c) Beauftragter gegenüber dem Auftraggeber nach § 666 BGB
- d) entgeltlicher Geschäftsbesorger zur Auskunft gegenüber dem Geschäftsherrn nach §§ 675 I, 666 BGB
- e) Geschäftsführer einer GoA gegenüber dem Geschäftsherrn nach §§ 681 S. 2, 666 BGB
- f) geschäftsführender Gesellschafter zur Auskunft gegenüber den übrigen Gesellschaftern nach §§ 713, 666 BGB
- g) Gesellschaft gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter über den Stand der noch schwebenden Geschäfte nach § 740 II BGB
- h) Ehegatten untereinander über das jeweilige Endvermögen nach Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft nach § 1379 BGB
- i) Ehegatten untereinander über Einkünfte und Vermögen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung notwendig ist nach §§ 1379 IV 4, 1605 BGB
- j) geschiedene Ehegatten untereinander über Einkünfte und Vermögen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung notwendig ist, §§ 1580 S. 2, 1605 BGB
- k) Verwandten in gerader Linie untereinander über Einkünfte und Vermögen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung notwendig ist nach § 1605 BGB
- l) Vormund über die Führung der Vormundschaft und die persönlichen Verhältnisse des Mündels nach § 1839 BGB
- o) Testamentsvollstrecker gegenüber den Erben nach §§ 2218, 666 BGB
- p) Erbe gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten über den Bestand des Nachlasses und die Vorlage eines Vermögensverzeichnisses nach § 2314 I BGB
- q) Unternehmen gegenüber dem selbständigen Handelsvertreter über dessen Provision und zur Überlassung eines Buchauszuges nach § 87c HGB
- r) Kommissionär gegenüber dem Kommittenten zur Anzeige der Ausführung der Kommission und zur Abgabe sonstiger Nachrichten nach § 384 II HGB



# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Strafrecht

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

<b>Land:</b> Saarland	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Ri AG B	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 24.03.2010
--------------------------	---	--

### Zur Person:

B war ein netter und freundlicher Prüfer. Er stellte seine Fragen relativ genau und erwartete auch genaue Antworten. War er mit der Beantwortung der Frage nicht zufrieden, gab er sie an den nächsten Kandidaten weiter. Er sagte recht deutlich, ob ihm eine Antwort gefiel, oder sie nicht ausreichend war. Die Benotung erschien mir fair.

### Zur Prüfung:

Wir begannen mit folgendem Fall:

A fährt im Taxi des O mit. Plötzlich sticht er ihm mit einem Messer in die rechte Brust, um an die Einnahmen des B zu kommen. O trägt von dem Stich schwere Verletzungen von sich, die als lebensbedrohlich einzustufen sind. A ist das klar.

B versucht zunächst, die Stiche abzuwehren, bleibt damit aber erfolglos und springt daraufhin aus dem Auto. A ruft ihm nach, er solle stehen bleiben, da er ihn sonst töten werde. Aufgrund seiner schweren Verletzungen gibt B auf und sagt dem A, wo sich seine Einnahmen befinden. A kehrt dann zum Auto zurück und nimmt die Einnahmen an sich. B kann nun davonlaufen und sein Leben kann gerettet werden.

Zunächst wurde versuchter Mord geprüft. Hier sollte eine schulmäßige Prüfung durchgeführt werden. Bevor in die Prüfung eingestiegen wurde, stellte B eine Zwischenfrage und wollte die unterschiedlichen Auffassungen zum Verhältnis von §§ 211 und 212 StGB wissen und in welchem Zusammenhang diese unterschiedlichen Auffassungen wichtig sein können. Es ging hier um die Frage, welche Auffassung vom BGH vertreten wird (§ 211 StGB als eigenständiger TB) und dass dieser Streitstand bei den persönlichen Merkmalen des § 28 StGB wichtig sein kann.

Dann wurde der Tatbestand durchgeprüft, wobei insbes. auf die einschlägigen Mordmerkmale (Habgier, niedere Beweggründe, um eine andere Straftat zu ermöglichen) eingegangen wurde und auch deren Definition erwartet wurde. Weiter ging B auf das Verhältnis der einschlägigen Mordmerkmale zueinander ein.

Nach Bejahung des Versuchs schloss sich die Prüfung des Rücktritts vom Versuch an: Hier wurde eine genaue Abgrenzung zwischen beendetem bzw. unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch erwartet. Es sollte das Schlagwort des Rücktrittshorizonts fallen und dessen Beurteilung nach der letzten Ausführungshandlung genannt werden. Dann sollte am Fall argumentiert werden und die Theorien genannt werden (Stichwort: goldene Brücke, Opferschutz). Dann wurde geprüft, welche Anforderungen an die Rücktrittshandlung zu stellen sind; wir kamen zu dem Ergebnis, dass hier eine freiwillige Aufgabe zu bejahen ist und damit der versuchte Mord verneint werden muss.

Dann fragte B, welche weiteren Delikte noch einschlägig sein könnten. U. a. wurde insbes. die Nennung des § 316a StGB als positiv angesehen, wobei jedoch nicht näher auf dessen Prüfung eingegangen wurde.

Ausführlicher geprüft wurde noch § 250 StGB: Hier sollte eine Abgrenzung zwischen Abs. 1 und 2 vorgenommen werden, wobei es ausreichte, wenn bei Abs. 2 das Verwenden genannt wurde.

Schließlich kamen wir zur StPO: B fragte danach, bei welchem Gericht die Staatsanwaltschaft einen schweren Raub anklagen würde. Dabei sollte zunächst das anzuwendende Gesetz genannt werden (GVG) und dann die einschlägigen Normen (§§ 24, 74 II GVG). Dann wurde noch kurz auf die Rechtsmittel eingegangen und wo diese einzulegen sind. Hier war es eigentlich nur nötig, im Gesetz zu lesen, wobei es B oft schon reichte, wenn die entsprechende Norm genannt wurde.

Insgesamt war diese Prüfung eher zäh und wurde oft durch Schweigen in die Länge gezogen. Trotz falscher Antworten blieb B ruhig und gab jedem die Chance, seine Antwort nachzubessern. Erst als es ihm sinnlos erschien, weiter zu fragen, gab er die Frage an den nächsten Kandidaten weiter.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> Ba-Wü	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Dir AG R	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 12.04.2010
-----------------------	--	--

#### Zur Person:

R erwies sich als äußerst gemüthlicher und liebenswürdiger Prüfer, der die gesamte Prüfung mit aufmerksamem Wohlwollen verfolgte. Auch während seiner Prüfung blieb er durchweg freundlich und war auch von weniger treffenden Antworten nicht aus der Ruhe zu bringen. Die Benotung war sehr fair.

#### Zur Prüfung:

R stellte zunächst folgenden Fall:

Ein junger Mann wird anlässlich einer Fahrkartenkontrolle in der Bahn gewalttätig, zieht die Notbremse und flieht. Die Bahn verklagt ihn auf Schadensersatz, da der unfreiwillige Halt zu zahlreichen Verspätungen in ganz Deutschland geführt hatte. Vor Gericht erklärte er, dieser Vorfall sei Ausdruck eines Kampfes gegen die BRD und im Übrigen habe er keine Lust mehr, seine Tabletten zu nehmen. Mehr sagt er nicht.

Der Fall hat sich in R's Gerichtsbezirk zugetragen, eine junge Richterin hatte die Verhandlungen zu leiten. Was hätten wir an ihrer Stelle getan?

Zuerst musste auf die möglicherweise fehlende Prozessfähigkeit eingegangen werden. Tatsächlich hat die Richterin die Begutachtung des Bekl. angeordnet, woraufhin dieser einen Befangenheitsantrag gegen sie stellte.

Zu Recht? Nein, da die Prozessvoraussetzungen von Amts wegen geklärt werden müssen und sich in diesem Fall Zweifel an der Prozessfähigkeit des Bekl. aufdrängten, bestand kein objektiver Grund, an der Unparteilichkeit der Richterin zu zweifeln (§ 42 ZPO).

Anschließend stellte R einen weiteren kleinen Fall:

Ein Anwalt klagt für seinen Mandanten 10.000,00 € ein, die auch auf das Anwaltskonto überwiesen werden. Erst ein halbes Jahr später überweist der Anwalt seinem Mandanten das Geld. Was kann der Mandant verlangen?

Ein Anwaltsvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB; nach § 662 BGB besteht die Pflicht zur Herausgabe des bei Durchführung des Auftrags Erlangten. Gegen diese Pflicht hat der Anwalt verstoßen, daher kann der Mandant Schadensersatz nach § 280 I BGB verlangen.

Schadenshöhe? §§ 249 ff. BGB

Hier wollte R, dass man ein bisschen Kreativität hinsichtlich möglicher finanzieller Schäden zeigt: Ist dem Mandanten Anlagezins (dieser Begriff war ihm wichtig) entgangen? Musste er sein Konto überziehen und daher Dispositionszinsen zahlen? Konnte er ein Darlehen nicht rechtzeitig bedienen?

Schließlich kamen wir auf einen möglichen Verzugsschaden zu sprechen; wichtig war hier die Entbehrlichkeit einer Mahnung nach § 286 II Nr. 4 sowie die Frage, ab wann der Anwalt im Verzug ist. Nachdem hier eine Vertragsauslegung mit der Pflicht zur unverzüglichen Weiterleitung des Geldes, spätestens innerhalb von zehn Tagen, vorgeschlagen war, machte uns R darauf aufmerksam, dass das in der BORA geregelt sei – was aber nicht Prüfungsinhalt sei.

Damit war die Prüfung dann auch schon zu Ende. 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	<b>Prüfungsstoff im Mündlichen</b> 1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate	1/3 unbekannter Stoff
<b>Protokolle anfordern!</b>	<b>ZA lesen!</b>	<b>Phantasie zeigen!</b>

## Was kostet das?

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

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

