



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

37. Jahrg.

Juli 2012

Heft 7

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Verweigerung einer unverhältnismäßigen Nacherfüllung
- BGH:** Heilung eines sittenwidrigen Geschäfts
- OLG Nürnberg:** Strafvereitelung durch berufsrechtswidrig handelnden Verteidiger
- OLG Hamburg:** Diebstahl an kremiertem Zahngold
- VG Trier:** Drittschadensliquidation bei Amtshaftung
- VGH Kassel:** Voraussetzungen der polizeilichen Gefährderansprache
- OVG Lüneburg:** Bindungswirkung des § 80 V VwGO-Beschlusses



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Rechtsschutz für Kapitalanleger	1
---------------------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Zustimmung zum Modernisierungsverlangen (bei mieterseitiger Modernisierung mit Zustimmung des Vermieters).....	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Verweigerung der Nacherfüllung als unverhältnismäßig (teleologische Reduktion des § 439 III BGB).....	4
BGH: Heilung eines sittenwidrigen Geschäfts (Anforderungen an Neuvernahme).....	9

Strafrecht

OLG Nürnberg: Strafvereitelung (berufsrechtswidrig handelnder Verteidiger).....	12
OLG Hamburg: Diebstahl (kremiertes Zahngold).....	14

öffentl. Recht

VG Trier: Drittschadensliquidation bei Amtshaftung (Anspruch der Schule gegen Land als Dienstherr des Lehrers).....	20
VGH Kassel: polizeiliche Gefährderansprache (Voraussetzungen und Anforderungen).....	24

Kurzauslese I

BGH: Vorbehaltlose Zahlung erhöhter Gaspreise (Keine stillschweigende Zustimmung).....	27
BGH: Verjährungsbeginn (Verlorene Kenntnis von Schuldneranschrift).....	27
OLG Karlsruhe: Nutzungsausfallentschädigung (Oldtimer).....	28
LG Detmold: Vorzeitige Beendigung einer eBay-Auktion (Berechtigung).....	28
BGH: Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Dublette einer Maestro-Karte).....	28
BGH: Totschlag (durch Unterlassen).....	29
BGH: Bandendiebstahl (Tatbegehung nur durch 2 Mietglieder).....	29
OVG Münster: Gleichheitsgebot (Hinausschieben der Altersgrenze bei Richtern).....	29
OLG Karlsruhe: Amtshaftung (Entwendung eines in der Obhut des TÜV befindlichen Fahrzeugs).....	30
OVG Bremen: Bewertungsentscheidung (gerichtl. Überprüfbarkeit).....	30

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Klage wegen Ehrverletzung im Gerichtsverfahren (kein Rechtsschutzbedürfnis)	31
BGH:	Nachholung der Berufungszulassung (Prüfung durch Berufungsgericht).....	34

Strafrecht

BGH:	Akteneinsicht (Zulässigkeit der Verweigerung).....	36
------	---	----

öffentl. Recht

OVG Lüneburg:	Bindungswirkung des § 80 V VwGO-Beschlusses (Neuerlass des VA mit Anordnung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO).....	40
VGH Mannheim:	Kosten der Ersatzvornahme (Anforderungen an Ermessensausübung).....	43

Kurzauslese II

BGH:	Fehlende Unterschrift (Ersetzung durch beglaubigte Abschrift).....	49
BGH:	Antragserweiterung im Berufungsverfahren (nach Unterschreiten der Berufungssumme).....	49
BGH:	Rechtsmittelverwerfung (nach berufungsgerichtlicher Einzelrichter-Übertragung).....	49
BGH:	Gerichtliche Aufklärungspflicht (Verweigerung einer Zeugenaussage).....	50
BGH:	Vernehmungsersetzende Urkundenverlesung (unzulässige Verlesung der Aussage eines Mitangeklagten).....	50
OLG Jena:	Entschädigungsanspruch des durch eine Straftat Verletzten (Insolvenzverwalter als Verletzter).....	50
OLG Oldenburg:	Gebot des fairen Verfahrens (Anspruch des Angekl. auf schriftl. Urteilsübersetzung).....	51
BVerwG:	Verwaltungsrechtsweg (Klage gegen die Anfertigung erkennungsdienstlicher Unterlagen).....	51
VGH München:	Nachprüfungsverfahren (Einwendungsausschluss bei bestandskräftigem Prüfungsbescheid).....	52

Weitere Schrifttumsnachweise	53
---	----

Übersicht: Grundbegriffe des internationalen Privatrechts	56
--	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Zivilrecht	57
Assessorprüfung:	Öffentliches Recht	58

Aus der Gesetzgebung

Rechtsschutz für Kapitalanleger

Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes vom 28.06.2012; In-Kraft-Treten voraussichtlich am 01.11.2012

I. Allgemeines

Am 28. Juni 2012 hat der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes verabschiedet, sodass nunmehr der Bundesrat über das Gesetz beschließen wird. Seine Zustimmung ist jedoch zum In-Kraft-Treten des Gesetzes nicht erforderlich.

Das KapMuG wurde im Jahr 2005 vom Deutschen Bundestag beschlossen. Es hat zur **effektiven gerichtlichen Handhabung von Massenklagen mit kapitalmarktrechtlichem Bezug** ein neuartiges Musterverfahren eingeführt. Ziel des KapMuG war und ist es daher, **gleichgerichtete Ansprüche von Anlegern zu bündeln** und somit eine **effektive Klärung kapitalmarktrechtlicher Streitigkeiten** zu erreichen.

Wegen der zahlreichen zivilprozessualen Neuerungen hatte der Gesetzgeber die Geltungsdauer des Gesetzes zunächst auf fünf Jahre befristet, um in dieser Zeit zu evaluieren, ob sich das Gesetz in der Praxis bewährt. Nach einer Verlängerung der Geltungsdauer um zwei Jahre tritt das Gesetz nunmehr am 31. Oktober 2012 außer Kraft und soll durch das Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes abgelöst werden.

Das neue KapMuG wird erneut **befristet**, diesmal **auf acht Jahre**. In dieser Zeit sollen die Erfahrungen mit dem neuen Musterverfahren ausgewertet werden, damit der Gesetzgeber abschließend entscheiden kann, ob das Musterverfahren dauerhaft in das Zivilverfahrensrecht aufgenommen werden soll.

II. Die wesentlichen Änderungen im Überblick

Die wesentlichen Änderungen des neuen KapMuG gegenüber dem bisherigen Gesetz sind folgende:

1. Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf Beratungsfehler

Das neue KapMuG wird **auf Rechtsstreitigkeiten ausgeweitet, in denen Schadensersatzansprüche gegen einen Anlageberater oder -vermittler** wegen Schlechterfüllung eines Beratungs- oder Auskunftsvertrags **geltend gemacht oder die Grundsätze der sog. Prospekthaftung im weiteren Sinne gestützt** werden. Anlass für diese (ausdrückliche) Erweiterung ist die st. Rspr. des BGH (BGH DB 2009, 1591), wonach entsprechende Ansprüche de lege lata nicht vom Anwendungsbereich des KapMuG umfasst sind.

2. Verfahrensbeschleunigung

Ein wesentliches Ziel des KapMuG war es, die kollektive Rechtsdurchsetzung zu beschleunigen. Die Erfahrungen der Praxis haben jedoch gezeigt, dass das Gesetz noch nicht in dem erhofften Maße zur Entlastung der Justiz beigetragen hat.

Mit dem neuen Gesetz soll daher ein erneuter Versuch unternommen werden, die **Dauer des Verfahrens weiter zu verkürzen**. Das Prozessgericht soll daher zukünftig innerhalb eines **gesetzlich vorgegebenen Zeitraums von drei Monaten nach Eingang des Antrags über die Zulässigkeit** des Musterverfahrensanspruchs **entscheiden**. Überschreitet das Gericht im Einzelfall diese Frist, hat es die Verzögerung wie im aktienrechtlichen Freigabeverfahren (vgl. § 246a VI AktG) durch unanfechtbaren Beschluss zu begründen. Darüber hinaus werden zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung zukünftig Beschlüsse des Prozessgerichts, in denen Musterverfahrensansprüche als unzulässig

verworfen oder wegen Nichterreichens des Quorums zurückgewiesen werden, für unanfechtbar erklärt.

Schließlich soll das OLG anstelle des LG für die Erweiterung des Gegenstands des Musterverfahrens zuständig sein, um eine Befassung verschiedener Gerichte während eines Musterverfahrens zu vermeiden.

3. Erleichterung eines Vergleichsabschlusses

Nach derzeitiger Gesetzeslage ist der Abschluss eines Vergleichs praktisch nahezu unmöglich, da sämtliche Beteiligten (Musterkläger, -beklagte und alle Beigeladenen) einer entsprechenden Verfahrensbeendigung zustimmen müssten.

Nunmehr sollen sich der Musterkläger und die Musterbeklagten zunächst auf einen **Vergleich** einigen und diesen **dem OLG zur Billigung vorlegen**. Alternativ kann auch das Gericht dem Musterkläger und den Musterbeklagten einen Vergleichsabschluss vorschlagen. Das Gericht muss aber in jedem Fall nach Anhörung der Beigeladenen prüfen, ob es sich bei dem Vergleich um eine angemessene Lösung handelt und die Interessen der Beteiligten ausreichend gewahrt sind. So soll sichergestellt werden, dass der Vergleich ein für alle Seiten ausgewogenes und faires Ergebnis darstellt. Der Vergleich soll erst nach Billigung durch das Gericht für alle Beteiligten gültig werden. Allerdings sollen die Beteiligten, ausgenommen der Musterkläger und die Musterbeklagten, die Möglichkeit haben, aus dem Vergleich innerhalb einer bestimmten Frist auszutreten.

4. Übergangsregelung

Das neue KapMuG findet **keine Anwendung auf Verfahren, in denen bereits vor einem Inkrafttreten mündlich verhandelt worden ist**. Dadurch soll ausgeschlossen werden, dass aufgrund des erweiterten Anwendungsbereichs und der Möglichkeit, mehrere Musterbeklagte in ein Musterverfahren einzubeziehen, neue Beteiligte in das laufende Verfahren einbezogen werden müssen und weitere Musterbeklagte zu beteiligen sind.

Brandaktuell**BGB
§ 554****Zustimmung zum Modernisierungsverlangen
bei mieterseitiger Modernisierung mit Zustimmung des Vermieters
(BGH in Pressemitteilung Nr. 93/2012; Urteil vom 20.06.2012- VIII ZR 110/11)****BGB**

Fall: Die Vermieterin begehrt von den beklagten Mietern gemäß § 554 BGB die Duldung des Anschlusses der Mietwohnung an die im Haus befindliche Gaszentralheizung. Die Wohnung der Beklagten verfügt über eine von der Vormieterin mit Zustimmung des früheren Vermieters und Rechtsvorgängers der Klägerin eingebaute Gasetagenheizung, für welche die Beklagten der Vermieterin eine Ablösesumme gezahlt haben. Zuvor wurde die Wohnung mit Kohleöfen beheizt.

Im Mai 2008 kündigte die Klägerin den Beklagten an, deren Wohnung durch eine Modernisierungsmaßnahme gemäß § 554 Abs. 2 BGB zum Zwecke der Energieeinsparung und der Wohnwerterhöhung an die im Haus vorhandene Gaszentralheizung anschließen zu wollen. Die hierdurch entstehenden Kosten bezifferte die Klägerin mit 2.145 €, die von den Beklagten insoweit zu tragende monatliche Umlage mit 19,66 €. Die Beklagten stimmten der Modernisierung nicht zu. Wird die Klage der Vermieterin auf Duldung der Modernisierung Erfolg haben?

Das Amtsgericht hat die auf Duldung des Anschlusses an die Gaszentralheizung gerichtete Klage abgewiesen. Das Landgericht hat auf die Berufung der Klägerin die Beklagten antragsgemäß verurteilt und dies damit begründet, dass der Einbau einer Gaszentralheizung im Vergleich zu der vom Vermieter bereitgestellten Ofenheizung eine **Wohnwertverbesserung** darstelle. **Maßgebend** für die Beurteilung einer Verbesserung des Gebrauchswerts sei grundsätzlich der **vom Vermieter zur Verfügung gestellte**, nicht der vom Mieter - sei es auch mit Genehmigung des Vermieters - geschaffene **Zustand**; dies sei hier die Ausstattung der Wohnung mit Kohleöfen.

Die dagegen gerichtete Revision der beklagten Mieter hatte Erfolg. Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass bei der Frage, ob die vom Vermieter beabsichtigte Maßnahme eine **Verbesserung der Mietsache** darstellt, grundsätzlich auf den **gegenwärtigen Zustand der Wohnung** abzustellen ist; unberücksichtigt bleiben lediglich etwaige vom (gegenwärtigen) Mieter vertragswidrig vorgenommene bauliche Veränderungen. Der Vermieter verhielte sich **widersprüchlich**, wenn er einerseits dem Mieter erlaubte, die **Mietsache auf eigene Kosten zu modernisieren**, und andererseits bei einer späteren eigenen Modernisierung den auf diese Weise vom Mieter geschaffenen **rechtmäßigen Zustand unberücksichtigt lassen** wollte.

Eine solche Sichtweise **schränkt die Dispositionsbefugnis** des Vermieters **nicht unangemessen ein**. Denn der Mieter hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Vermieter ihm gestattet, selbst bauliche Veränderungen an der Wohnung mit dem Ziel einer Modernisierung oder Erhöhung des Wohnkomforts vorzunehmen. Erteilt der Vermieter die Zustimmung zu baulichen Maßnahmen des Mieters, hat er es zudem in der Hand, diese an Bedingungen zu knüpfen und so sicherzustellen, dass die vom Mieter vorgenommenen Maßnahmen sich mit den von ihm beabsichtigten Investitionen in Übereinstimmung bringen lassen und - falls vom Vermieter gewünscht - dauerhaft in der Wohnung verbleiben.

Ergebnis: Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden, damit Feststellungen dazu getroffen werden können, ob in der Ersetzung der älteren Gasetagenheizung durch eine moderne Gaszentralheizung jedenfalls eine Maßnahme zur Energieeinsparung gemäß § 554 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB zu sehen ist und aus diesem Grund ein Duldungsanspruch der Mieter besteht.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 439 III

Verweigerung der Nacherfüllung als unverhältnismäßig teleologische Reduktion des § 439 III BGB

BGB

(BGH ZfBR 2012, 341; Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 70/08)

1. § 439 I Alt. 2 BGB ist **richtlinienkonform** dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den **Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst**.
2. Das in § 439 III 3 BGB dem Verkäufer eingeräumte Recht, die **einzig mögliche Form der Abhilfe** wegen (absolut) **unverhältnismäßiger Kosten** zu verweigern, ist mit Art. 3 der Richtlinie nicht vereinbar.
3. Die hierdurch auftretende **Regelungslücke** ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine **teleologische Reduktion** des § 439 III BGB für **Fälle des Verbrauchsgüterkaufs** zu schließen.
4. Die Vorschrift ist beim Verbrauchsgüterkauf einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein **Verweigerungsrecht** des Verkäufers **nicht besteht**, wenn **nur eine Art der Nacherfüllung möglich** ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert.
5. In diesen Fällen beschränkt sich das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, auf das Recht, den Käufer **bezüglich des Ausbaus** der mangelhaften Kaufsache **und des Einbaus** der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die **Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags** zu verweisen.
6. Bei der **Bemessung dieses Betrags** sind der **Wert der Sache** in mangelfreiem Zustand und die **Bedeutung des Mangels** zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das **Recht des Käufers** auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten **nicht ausgehöhlt** wird.

Fall: Der Kl. kaufte bei der Bekl., die einen Baustoffhandel betreibt, am 24.01.2005 45,36 m² polierte Bodenfliesen eines italienischen Herstellers zum Preis von 1.191,61 EUR ohne und 1.382,27 EUR mit 16 % Mehrwertsteuer. Er ließ rund 33 m² der Fliesen im Flur, im Bad, in der Küche und auf dem Treppenpodest seines Hauses verlegen. Danach zeigten sich auf der Oberfläche Schattierungen, die mit bloßem Auge zu erkennen sind. Der Kl. erhob deswegen Mängelrüge, die die Bekl. nach Rücksprache mit dem Hersteller am 26.07.2005 zurückwies. In einem vom Kl. eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahren kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass es sich bei den bemängelten Schattierungen um feine Mikroschleifspuren handele, die nicht beseitigt werden könnten, so dass Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich sei. Die Kosten dafür bezifferte der Sachverständige mit 5.026,35 EUR ohne und 5.830,57 EUR einschließlich 16 % Mehrwertsteuer.

Nach vergeblicher Leistungsaufforderung mit Fristsetzung hat der Kl. die Bekl. in dem vorliegenden Rechtsstreit auf Lieferung mangelfreier Fliesen und auf Zahlung von 5.830,57 EUR (Ein- und Ausbauposten) nebst Zinsen in Anspruch genommen. Hat er hierauf einen Anspruch?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen sowie Übernahme der Ein- und Ausbauposten gegen den Beklagten haben.

I. Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen

Ein Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen könnte sich aus §§ 434, 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB ergeben.

Zwischen den Beteiligten wurde ein Kaufvertrag nach § 433 BGB geschlossen. Die Fliesen sind nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB **mangelhaft**. Danach hat der Kl. nach § 437 Nr. 1, 439 BGB einen Anspruch auf Nacherfüllung durch Nachbesserung und Neulieferung. Eine Nachbesserung kommt nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht in Be-

tracht, so dass die **Nacherfüllung nur durch Neulieferung** erfolgen kann. Insofern hat der Kl. grundsätzlich auch einen Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen.

II. Anspruch auf Übernahme der Ausbau- und Entsorgungskosten sowie der Einbaukosten

Fraglich ist jedoch, ob mit dem Anspruch auf Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (§ 439 I Alt. 2 BGB) auch ein Anspruch auf **Ausbau und Entsorgung** der mangelhaften Fliesen verbunden ist. Zudem hat der Käufer in solchen Fällen regelmäßig schon die Kosten für den **Einbau** der mangelhaften Sache getragen, so dass sich die Frage stellt, ob der Verkäufer im Falle der Nacherfüllung auch diese Kosten zu tragen hat.

1. europarechtliche Vorgaben

„Die Reichweite der den Verkäufer bei der Nacherfüllung nach § 439 I BGB treffenden Pflichten ist ...im Einklang mit dem Inhalt des Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12; im Folgenden: Richtlinie), deren Umsetzung die genannten nationalen Vorschriften dienen (BT-Drucks. 14/6040, S. 230, 232), zu bestimmen.“ (BGH aaO)

Der EuGH hat diese Fragen auf Vorlage des BGH gem. Vorlagebeschluss vom 14.01.2009 (VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 ff.) wie folgt beantwortet:

*„Art. 3 II, III der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der **Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsgutes aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.“** (BGH aaO)*

2. Umsetzung dieser Vorgaben durch die nationalen Gerichte

An dieses Auslegungsergebnis sind die nationalen Gerichte gebunden. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 III AEUV und des **Grundsatzes der Gemeinschaftstreue** gemäß Art. 4 III EUV zudem verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter **voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums**, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (vgl. nur EuGH, Slg. 1984, 1891 Rn. 26, 28 – von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen; Slg. 2004, I-8835 Rn. 113 – Pfeiffer u. a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.).

*„Vor diesem Hintergrund ist zunächst § 439 I Alt. 2 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den **Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache** – hier der von der Bekl. gelieferten mangelhaften Bodenfliesen – umfasst (vgl. Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243; Förster, ZIP 2011, 1493, 1500 f.; Staudinger, DAR 2011, 502, 503; Purnhagen, EuzW 2011, 626, 627, 629; i.E. auch OLG Karlsruhe, OLGR 2004, 465; OLG Köln, NJW-RR 2006, 677; OLG Stuttgart, Urteil vom 8. November 2007 – 19 U 52/07, n.v.; LG Itzehoe, Urteil vom 27. April 2007 – 9 S 85/06, juris; AnwK/Büdenbender, 2005, § 439 Rn. 27; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 439 Rn. 32; Lorenz, ZGS 2004, 408, 410 f.; ders., NJW 2005, 1889, 1895; Münch-KommBGB/Westermann, 5. Aufl., § 439 Rn. 13; jurisPK-BGB/Pammler, 5. Aufl., § 439 Rn. 54; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215, 2216; Schneider, ZGS 2008, 177 f.; Witt, ZGS 2008, 369, 370).*

*Diese Auslegung ist **noch vom Wortlaut des § 439 I Alt. 2 BGB gedeckt** (vgl. etwa Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243; Greiner/Benedix, ZGS 2011, 489, 493 [letztere geben allerdings einer analogen Anwendung des § 439 Abs. 2 BGB in Form eines Kostenerstattungsanspruchs den Vorzug]; aA Kaiser, JZ 2011, 978, 980). [wird ausgeführt].*

*Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 439 I Alt. 2 BGB zur Umsetzung des Art. 3 II S. 1 der Richtlinie geschaffen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 230). Dabei hat er nicht nur in der **Gesetzesbegründung** mehrfach den Begriff der **Lieferung einer mangelfreien Sache** mit der in der deutschen Fassung der Richtlinie verwendeten Wortwahl „Ersatzlieferung“ gleichgesetzt (BT-Drucks. 14/6040, S. 232), die – wie vom Gerichtshof ausgeführt (EuGH, aaO Rn. 54) – auch die Deutung zulässt, dass das **vertragswidrige Verbrauchsgut durch die als Ersatz gelieferte Sache auszutauschen** ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch den in § 439 IV 4 BGB enthaltenen Verweis auf § 346 I Alt. 1 BGB, wonach der Verkäufer seinerseits die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen kann, zum Ausdruck gebracht, dass dem Begriff der „Lieferung ei-*

ner mangelfreien Sache“ in § 439 I BGB ein gewisses (Aus-)Tauschelement innewohnt (vgl. Lorenz, NJW 2009, 1633, 1634 f.).“ (BGH aaO)

Damit umfasst das Recht des Kl. auf Lieferung einer mangelfreien Sache auch den Anspruch auf Ausbau- und Entsorgung der mangelhaften Sache sowie den Einbau der Ersatzlieferung

III. Verweigerung der Neulieferung wegen Unverhältnismäßigkeit der Ein- und Ausbaukosten

Nach § 439 III 1 BGB kann der Bekl. jedoch die gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie mit **unverhältnismäßigen Kosten verbunden** ist. Selbst wenn dies anzunehmen wäre, stellt sich die Frage, ob eine solche Verweigerung auch in Betracht kommt, wenn keine andere Art der Nacherfüllung möglich ist.

1. europarechtliche Vorgaben

Da auch diese Frage im Einklang mit dem Inhalt des Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12; im Folgenden: Richtlinie) zu beantworten ist, hat der EuGH auf den Vorlagebeschluss des BGH vom 14.01.2009 (VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 ff.) festgestellt:

„Art. 3 III der Richtlinie 1999/44/EG ist dahin auszulegen, dass er **ausschließt**, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut als **einzig mögliche Art der Abhilfe zu verweigern**, weil sie ihm wegen der Verpflichtung, den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in diese Sache vorzunehmen, **Kosten verursachen** würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit **unverhältnismäßig** wären. Art. 3 III **schließt jedoch nicht aus**, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines **angemessenen Betrags** durch den Verkäufer **beschränkt wird**.“ (BGH aaO)

2. Umsetzung dieser Vorgaben durch die nationalen Gerichte

Auch insofern sind die nationalen Gerichte an dieses Auslegungsergebnis gebunden und müssen die Vorgaben nach dem **Grundsatzes der Gemeinschaftstreue** gemäß Art. 4 III EUV bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts umsetzen.

a) Auslegung des § 439 III BGB

Im Rahmen des § 439 III BGB lässt sich das Gebot richtlinienkonformer Interpretation hingegen nicht im Wege einer einfachen Gesetzesauslegung im engeren Sinne umsetzen. Denn dem steht der eindeutige Wortlaut des Gesetzes entgegen. § 439 III 1 BGB erlaubt dem Verkäufer, die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung zu verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

„Die genannte Regelung enthält **keine Anhaltspunkte** dafür, dass sie sich **auf die Fälle beschränkt**, in denen **beide Formen der Nacherfüllung möglich** sind und lediglich eine Abhilfevariante im Verhältnis zu der anderen **unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht** (relative Unverhältnismäßigkeit). Vielmehr ergibt sich aus den Bestimmungen des § 439 III 3 HS. 2 BGB und des § 440 S. 1 BGB **eindeutig**, dass nach der Konzeption des Gesetzes beide Formen der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert werden können und damit der **Begriff der Unverhältnismäßigkeit absolut zu verstehen** ist. § 439 III 3 BGB beschränkt den Anspruch des Käufers für den Fall, dass der Verkäufer die eine Form der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert, zunächst auf die andere Art der Nacherfüllung, sieht aber weiter vor, dass das „Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern“, unberührt bleibt. Auf diese Regelung nimmt § 440 S. 1 BGB Bezug, der den Käufer unter anderem dann vom Erfordernis einer Fristsetzung vor der Geltendmachung von Rücktritt oder Schadensersatz befreit, „wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 III [BGB] verweigert“. (BGH aaO)

Der nach nationalem Recht stets möglichen Auslegung einer Norm durch die Gerichte sind hier daher durch den Wortlaut der Norm Grenzen gesetzt.

b) weitere methodische Umsetzungsmittel

Der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne.

„Er erfordert auch, das **nationale Recht**, wo dies nötig und möglich ist, **richtlinienkonform fortzubilden** (Senatsurteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 21 m.w.N.). Daraus folgt hier das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung **durch teleologische Reduktion** des § 439 III BGB auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt.“ (BGH aaO)

Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer **planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes** voraus (Senatsurteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, aaO Rn. 22 m.w.N.). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt.

„Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Einrede der Unverhältnismäßigkeit zwar so ausgestalten wollte, dass sie **mit der Richtlinie vereinbar** ist, er hierbei jedoch Art. 3 III der Richtlinie **so verstanden** hat, dass dieser auch die **absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse** (vgl. auch Staudinger, aaO). [wird ausgeführt]. Das der Fassung des § 439 III 3 BGB zugrunde liegende Verständnis, dass Art. 3 III der Richtlinie auch die absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse, ist jedoch **fehlerhaft**, wie der Gerichtshof nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat. Art. 3 III der Richtlinie **erlaubt es nur**, den Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der **Kosten** für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts **auf einen angemessenen Betrag zu beschränken**, nicht jedoch, den Anspruch des Verbrauchers auf Ersatzlieferung als einzig mögliche **Art der Abhilfe** wegen Unverhältnismäßigkeit der Ein- und Ausbaurkosten **völlig auszuschließen**. Die gesetzliche Regelung in § 439 III 3 BGB steht folglich in Widerspruch zu dem mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts verfolgten Grundanliegen, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bis zum Ablauf des 31.12.2001 ordnungsgemäß umzusetzen (vgl. hierzu auch BT-Drucks. 14/6040, S. 1).

Damit erweist sich das Gesetz als **planwidrig unvollständig** (Staudinger, aaO; differenzierend Kaiser, aaO S. 980 f., 986; aA Greiner/Benedix, aaO, S. 495 f.). Es liegt eine **verdeckte Regelungslücke** vor, weil der Wortlaut des § 439 III BGB, der ein Verweigerungsrecht bei absoluter Unverhältnismäßigkeit einschließt, keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Diese Unvollständigkeit des Gesetzes ist deswegen **planwidrig**, weil hinsichtlich der Einrede der Unverhältnismäßigkeit ein Widerspruch zur konkret geäußerten, von der Annahme der **Richtlinienkonformität** getragenen **Umsetzungsabsicht** des Gesetzgebers besteht (vgl. Senatsurteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, aaO Rn. 25). Maßgebend ist, dass das **ausdrücklich angestrebte Ziel einer richtlinienkonformen Umsetzung** durch die Regelung des § 439 III 3 BGB nicht erreicht worden ist und ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber § 439 III 3 BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht richtlinienkonform ist.“ (BGH aaO)

Die bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bestehende verdeckte Regelungslücke ist durch eine **teleologische Reduktion des § 439 III BGB** für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I 1 BGB) zu schließen. Anders lässt sich der Widerspruch zwischen den gesetzgeberischen Zielen – einerseits Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit im Interesse des Verkäufers, andererseits Richtlinienkonformität – im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nicht lösen.

„Die Vorschrift ist in solchen Fällen **einschränkend dahingehend anzuwenden**, dass ein **Verweigerungsrecht nicht besteht**, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert. In den zuletzt genannten Fällen beschränkt sich das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen **unverhältnismäßiger Kosten** zu verweigern, auf das Recht, den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die **Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags** zu verweisen.“ (BGH aaO)

Der Bekl. kann daher die Neulieferung nebst Ausbau einschließlich Abtransport und Einbau nicht wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern.

IV. Entstehung des Anspruchs auf Kostenübernahme

Der – auf eine angemessene Höhe begrenzte – **Anspruch** des Kl. **auf Erstattung** der für den Ausbau der mangelhaften Fliesen entstehenden Kosten **setzt nicht voraus**, dass der Kl. den **Austausch bereits vorgenommen** hat und die Kosten schon entstanden sind. Der Kl. kann vielmehr den Anspruch bereits vor Durchführung des Ausbaus in Form eines **abre-**

chenbaren Vorschusses geltend machen (so auch Kaiser, aaO S. 984 f.). Dies ergibt sich aus dem in der Richtlinie enthaltenen Unentgeltlichkeitsgebot.

„Gemäß Art. 3 III der Richtlinie kann der Verbraucher vom Verkäufer die **unentgeltliche Nachbesserung** oder eine **unentgeltliche Ersatzlieferung** verlangen. Art. 3 IV der Richtlinie stellt klar, dass sich der Begriff der Unentgeltlichkeit auf **alle für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts notwendigen Kosten** erstreckt, insbesondere auf Versand-, Arbeits- und Materialkosten. Diese dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts unentgeltlich zu bewirken, soll den **Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen** schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen (EuGH, NJW 2008, 1433 Rn. 34 – Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände). Der Verbraucher kann daher für Kosten, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung entstehen, aber vom Verkäufer zu ersetzen sind, auch einen Vorschuss verlangen (Senatsurteil vom 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278 Rn. 37, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen).“ (BGH aaO)

V. Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts hinsichtlich der angemessenen Höhe der Kosten

Die Bekl. hat als Verkäuferin der mangelhaften Bodenfliesen das Recht, den Kl. hinsichtlich des allein noch in Rede stehenden Ausbaus der mangelhaften Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen.

„Von diesem **Leistungsverweigerungsrecht** hat die Bekl. im Ergebnis Gebrauch gemacht. Sie hat ... deutlich gemacht, dass sie den **Ausbau** der gelieferten Bodenfliesen **davon abhängig** macht, dass der Kl. ihr den die angemessenen Ausbaukosten übersteigenden Geldbetrag zuschießt oder jedenfalls eine verbindliche **Erklärung über eine entsprechende Kostenbeteiligung** abgibt.

Ein solch **umfassendes Leistungsverweigerungsrecht** steht der Bekl. jedoch ... nicht zu, weil es mit der Forderung des Gerichtshofs nicht in Einklang zu bringen ist, die Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers dürfe nicht dazu führen, dass die dem **Verbraucher zustehenden Rechte in der Praxis ausgehöhlt** werden (vgl. EuGH, aaO Rn. 76). Das von der Bekl. geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht umfasst aber auch – sozusagen als Minus - die Erklärung, die Bekl. sei im Hinblick auf den hiermit verbundenen unangemessenen Kostenaufwand zu einem Ausbau der Bodenfliesen auf eigene Rechnung nicht bereit, sondern verweise den Kl. insoweit auf das Recht, die **Erstattung eines angemessenen Kostenbetrags** zu verlangen.“ (BGH aaO)

VI. Bemessung der angemessenen Höhe der Kosten

„Bei der Bemessung dieses Betrags sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht ausgehöhlt wird (EuGH, aaO Rn. 76).“

Der Anspruch ist auf insgesamt 600 EUR zu begrenzen. Dieser Betrag erscheint dem Senat unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit (**optischer Mangel der Fliesen** ohne Funktionsbeeinträchtigung) und des **Werts der mangelfreien Sache** (circa 1.200 EUR) angemessen. Der Senat sieht davon ab, Grenz- oder Richtwerte für die Bestimmung der angemessenen Höhe einer Beteiligung des Verkäufers an den Aus- und Einbaukosten in Fällen der Ersatzlieferung zu entwickeln; die durch die Entscheidung des Gerichtshofs aufgedeckte Gesetzeslücke durch eine generelle Regelung zu schließen, ist dem Gesetzgeber vorbehalten.“ (BGH aaO)

VII. Ergebnis

Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Neulieferung der Fliesen und Beteiligung an den Ausbaukosten in Höhe von 600,00 € gem. §§ 434, 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2, 439 III BGB ergeben.

BGB
§§ 138 I, 141 I.**Heilung eines sittenwidrigen Geschäfts**
Anforderungen an Neuvernahme
(BGH in NJW 2012, 1570; Urteil vom 10.02.2012 – V ZR 51/11)

BGB

1. **Vereinbarungen**, mit denen die Parteien die im Ursprungsvertrag vereinbarten **Hauptleistungen** (über den Kaufgegenstand oder den Preis) **nachträglich ändern**, sind bei der Prüfung, ob das Rechtsgeschäft wegen eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nach § 138 I BGB nichtig ist, **grds. zu berücksichtigen**.
2. Um einem **nach § 138 I BGB nichtigen Vertrag** Rechtswirksamkeit zu verschaffen, müssen sich die Parteien nicht nur über die zur Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes erforderlichen Änderungen oder Ergänzungen verständigen, sondern auch das **Geschäft nach § 141 I BGB bestätigen oder insgesamt neu abschließen**.

Fall: Die Kl. ist Treuhänderin nach § 313 InsO in einem vereinfachten Insolvenzverfahren über das Vermögen von J (im Folgenden: Schuldnerin). Mit notariellem Vertrag vom 03.07.2004 verkaufte die Bekl. der Schuldnerin eine vermietete Eigentumswohnung in Krefeld zum Preis von 54.000 €. Nach dem Vortrag der Bekl. wurde der Kaufpreis unmittelbar nach dem Notartermin mündlich auf 43.000 € reduziert, weil die Schuldnerin nicht zuvor, wie verabredet, die Wohnung vor Ort hatte besichtigen können. Der Wert der Wohnung betrug jedoch tatsächlich nur 25.000 €. Im August 2004 wurde die Schuldnerin in das Grundbuch eingetragen. Die Kl. verlangt von der Bekl. die Rückzahlung des Kaufpreises von 43.000 €.

Die Kl. könnte gegen die Bekl. für die Schuldnerin einen Anspruch auf Rückzahlung von 54.000 € gem. § 812 I 1 1. Fall BGB haben.

I. Etwas erlangt

Die Bekl. müsste dann einen vermögenswerten Vorteil erlangt haben. Sie hat hier den Kaufpreis in Höhe von 43.000 € erlangt.

II. durch Leistung

Dieser Betrag wurde ihr von der Schuldnerin bewusst und zweckgerichtet zugewendet, so dass auch eine Leistung vorliegt.

III. ohne Rechtsgrund

Fraglich ist jedoch, ob dieser Leistung der Rechtsgrund fehlte. Als Rechtsgrund kommt hier der geschlossene Kaufvertrag in Betracht. Dieser könnte jedoch nach § 138 I BGB nichtig und daher unwirksam sein.

1. Kaufvertrag über 54.000 €

Der Kaufvertrag mit einem Kaufpreis von 54.000 € könnte nach § 138 I BGB sittenwidrig sein.

a) Anforderungen an Annahme eines wucherähnlichen Geschäfts

„Ein gegenseitiger Vertrag kann, auch wenn der Wuchertatbestand des § 138 II BGB nicht erfüllt ist, als **wucherähnliches Rechtsgeschäft** nach § 138 I BGB sittenwidrig sein, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung **objektiv ein auffälliges Missverhältnis** besteht und mindestens ein **weiterer Umstand** hinzukommt, der den Vertrag als sittenwidrig erscheinen lässt. Ist das **Missverhältnis** zwischen Leistung und Gegenleistung **besonders grob** (wovon bei Grundstücksgeschäften bereits dann auszugehen ist, wenn der **Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung**), lässt dies den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu (Senat, BGHZ 146, 298 [302] = NJW 2001, 1127 m. w.N.).“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Der notarielle Kaufvertrag wurde hier über 54.000 € geschlossen, obwohl die Wohnung im Zeitpunkt des Verkaufs lediglich 25.000 € und damit weniger als die Hälfte des Kaufpreises wert war. Es liegt daher nach den vorstehenden Vorgaben ein wucherähnliches Geschäft vor, bei sich die verwerfliche Gesinnung ohne weiteres aus dem besonders groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ergibt.

„Zwar weist die Revision zutreffend darauf hin, dass dieses **grobe Missverhältnis** die Kl. **nicht von ihrer Behauptungslast** hinsichtlich einer verwerflichen Gesinnung der Bekl. **befreit**. Den Anforderun-

gen an die Behauptungslast ist jedoch genügt, wenn aus dem Kontext mit dem Vortrag zu einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ersichtlich ist, dass die benachteiligte Vertragspartei sich **auf die darauf begründete Vermutung** beruft (Senat, NJW 2010, 363 Rn. 19). Das hat die Kl. getan, indem sie unter Hinweis auf die einschlägige Senatsrechtsprechung die Sittenwidrigkeit des Kaufvertrags geltend gemacht hat.

Die aus einem **groben Äquivalenzmissverhältnis** begründete tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des begünstigten Vertragsteils kommt nur dann nicht zum Tragen, wenn sie **im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert** ist (Senat, BGHZ 146, 298 [305] = NJW 2001, 1127; NJW 2002, 429 [432] = NZM 2002, 83, und NJW 2007, 2841 [2842]). Die die Vermutung erschütternden Umstände hat die von dem Missverhältnis begünstigte Vertragspartei darzulegen (Senat, NJW 2007, 2841 [2982]). Daran fehlt es. Den Hinweis der Bekl. auf die Belastung der verkauften Wohnung mit einer Grundschuld von 78 000 Euro hat das BerGer. rechtsfehlerfrei als unerheblich angesehen, da sie über den Wert der Wohnung unmittelbar nichts besagt und bei einem Verkauf durch ein im Immobiliengewerbe tätiges Unternehmen in der Regel davon auszugehen ist, dass dieses den Wert der von ihnen veräußerten Grundstücke und Wohnungen zumindest erkennen kann. Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH (vgl. Senat, BGHZ 146, 298 [303] = NJW 2001, 1127; BGH, NJW 2004, 3553 [3555] = NZM 2004, 907).“ (BGH aaO)

Damit liegen die Voraussetzungen für die Annahme eines wucherähnlichen Geschäfts und damit der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB vor.

c) Relevanz der Reduzierung des Kaufvertrages

Fraglich ist, ob durch die vom Bekl. behauptete Reduzierung des Kaufvertrages auf 43.000 € die sich aus dem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ergebende Sittenwidrigkeit beseitigen konnte, da damit die Grenze des doppelten Wertes (25.000 €) unterschritten würde.

aa) Beurteilungszeitpunkt

Zunächst ist festzustellen, auf welchen Zeitpunkt es für die Bewertung, ob ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, ankommt.

„In zeitlicher Hinsicht [kommt es] grundsätzlich darauf an ..., ob das zu beurteilende Rechtsgeschäft **bei seiner Vornahme** sittenwidrig war (BGHZ 100, 353 [359] = NJW 1987, 1878 und BGHZ 107, 92 [96] = NJW 1989, 1276; Senat, BGH-Report 2001, 448 = BeckRS 2001, 02030). Für die Feststellung eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und die daran anknüpfende Schlussfolgerung einer verwerflichen Gesinnung sind die **objektiven Werte** der auszutauschenden Leistungen **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** maßgebend und nachträgliche Veränderungen grundsätzlich ohne Bedeutung (vgl. Senat, DtZ 1996, 80 [81], und NJW 2002, 429 [431] = NZM 2002, 83 m. w. Nachw. – st. Rspr.).“ (BGH aaO)

An der Bewertung des Geschäfts als wucherähnlich ändert die behauptete spätere Reduzierung des Kaufpreises nichts.

Von nachfolgenden Änderungen der Umstände zu unterscheiden sind jedoch Änderungen des Rechtsgeschäfts selbst (Nassall, in: jurisPK-BGB, 5. Aufl., § 138 Rn. 25).

„Diese sind bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit eines Vertrags **zu beachten** (vgl. Senat, BGH-Report 2001, 448 = BeckRS 2001, 02030, und NJW 2007, 2841 Rn. 13; BGH, WM 1977, 399 = BeckRS 2012, 09800, und BGHZ 100, 353 [359] = NJW 1987, 1878). Vereinbarungen, mit denen die Parteien die im **Ursprungsvertrag** vereinbarten Hauptleistungen (über den Kaufgegenstand oder den Preis) **ändern**, müssen bei der Prüfung, ob das Rechtsgeschäft wegen eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nach § 138 BGB nichtig ist, grundsätzlich **berücksichtigt werden**. Die Nichtigkeit des Vereinbarten bestimmt sich nach dem, was die Parteien vertraglich sich einander zu gewähren versprochen haben (vgl. BGH, WM 1977, 399 = BeckRS 2012, 09800; Senat, Urt. v. 06.07.2007 – V ZR 274/06, BeckRS 2007, 13465). **Ändern** die **Parteien** das **vertragliche Leistungssoll**, so **verändern** sie damit auch die Grundlage für die Beurteilung des Rechtsgeschäfts am **Maßstab des § 138 BGB**.“ (BGH aaO)

bb) Wirksamkeit der Vertragsänderung auf einen Kaufpreis von 43.000 €

Nachträgliche Vertragsänderungen sind der Prüfung des Vertrags an § 138 I BGB nur dann zu Grunde zu legen, wenn sie auch wirksam geworden sind. Maßgeblich ist daher, ob durch die getroffene Vereinbarung nach Abschluss des Vertrages über 54.000 € dieser Vertrag hinsichtlich des vereinbarten Leistungssolls wirksam geändert wurde.

„Die **Änderung einer Preisabrede allein kann nicht zur Wirksamkeit** eines nichtigen Kaufvertrags führen. Dem stehen die gesetzlichen Voraussetzungen entgegen, unter denen ein nichtiges Rechtsgeschäft von den Parteien in Kraft gesetzt werden kann. Die **Nichtigkeit** wegen Sittenwidrigkeit erfasst das **gesamte Rechtsgeschäft** (vgl. BGH, NJW 1989, 26 [29]). Die durch ein Gesetz angeordnete Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ist – sofern nicht (wie in § 311 b I 2 BGB) etwas anderes bestimmt ist – **endgültig** (Bork, BGB AT, 3. Aufl., Rn. 1207; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl., § 44 Rn. 4, S. 796). Das insgesamt nichtige Rechtsgeschäft kann nicht geheilt werden; dazu bedarf es einer Neuvernahme oder einer Bestätigung nach § 141 I BGB, die als eine erneute Vernehmung zu beurteilen ist (vgl. Flume, BGB AT, Bd. 2, 3. Aufl., § 30 Nr. 6, S. 551; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 141 Rn. 1).

Die **Unheilbarkeit** des nach § 138 BGB nichtigen Rechtsgeschäfts führt allerdings dazu, dass dessen Änderung auch dann nicht die von den Parteien gewollten Rechtsfolgen herbeizuführen vermag, wenn es mit dem veränderten Inhalt unbedenklich und daher gültig gewesen wäre, wenn es von Anfang an so vereinbart worden wäre. Das ist die Folge der im Gesetzgebungsverfahren getroffenen Entscheidung, dem **nichtigen Rechtsgeschäft jede rechtliche Wirkung zu versagen** und dessen **Heilung** (auch durch Änderungen oder Ergänzungen) **auszuschließen** (vgl. dazu Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, §§ 139 bis 144, S. 742 f., 754 f.). Das unwirksame Rechtsgeschäft kann von den Parteien nicht geändert oder ergänzt, sondern nur unter Änderungen oder Ergänzungen in Kraft gesetzt werden. Um einem **nichtigen Vertrag Rechtswirksamkeit zu verschaffen**, müssen sich die Parteien nicht nur über die zur Beseitigung des Nichtigkeitsgrunds erforderlichen Änderungen oder Ergänzungen verständigen, sondern das **Geschäft nach § 141 I BGB bestätigen oder insgesamt neu abschließen** (vgl. BGHZ 129, 371 [377] = NJW 1995, 2290). Soweit sich aus dem Senatsurteil vom 26. 1. 2001 (BGH-Report 2001, 448 [449] = BeckRS 2001, 02030) etwas anderes ergibt, hält der Senat daran nicht fest.“ (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob die vom Bkl. behauptete Anpassung des Preises eine solche Neuvernahme im Sinne einer Bestätigung nach § 141 I BGB darstellt.

„Zwar kann eine **Bestätigung** nicht nur mit einer Vertragsänderung verbunden werden (Senat, BGHZ 7, 161 [163] = NJW 1952, 1332, und NJW 1999, 3704 [3705], und NJW 2007, 2841 Rn. 14), sondern **auch in der Änderungsvereinbarung selbst liegen** (BGH, NJW 1982, 1981, und NJW 2007, 2841 Rn. 14). **Voraussetzung** für eine Bestätigung eines Vertrags nach § 141 I BGB ist allerdings, dass die Vertragsparteien den **Grund der Nichtigkeit kennen** oder zumindest Zweifel an dessen Rechtsbeständigkeit haben (BGHZ 129, 371 [377] = NJW 1995, 2290 und BGH, NZG 2009, 398 = ZIP 2009, 264 [267] m. w. Nachw.). Eine **Bestätigung scheidet dagegen aus**, wenn die Parteien das **Rechtsgeschäft bedenkenfrei für gültig halten** (vgl. BGHZ 129, 371 [377] = NJW 1995, 2290 und NJW-RR 2008, 1488 [1490] = NZG 2008, 471). Diese Grundsätze gelten auch für eine Bestätigung, mit der die Vertragsparteien – wie hier – zugleich den nach § 138 I BGB nichtigen Vertrag zu Gunsten der im Ursprungsvertrag besonders benachteiligten Vertragspartei abändern (Senat, NJW 2007, 2841 Rn. 14).“ (BGH aaO)

Nach diesen Maßstäben fehlt für einen Bestätigungswillen der Schuldnerin jeder Anhaltspunkt.

„Die Bkl. hat **nicht vorgebracht**, dass die Schuldnerin die **Unwirksamkeit des Ursprungsvertrags kannte** oder wegen des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung Zweifel an der Wirksamkeit hatte. So etwas wird auch von der Revision nicht aufgezeigt. Das in dem Berufungsurteil wiedergegebene Vorbringen der Bkl., dass die Schuldnerin kaum über die Sachkunde verfügt habe, um bei der (unterbliebenen) Besichtigung zu einer Werteinschätzung zu gelangen, legt vielmehr nahe, dass seitens der Schuldnerin gegenüber der Bkl. Bedenken wegen des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht aufgetreten sind.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis:

Damit ist keine Neuvernahme des Geschäfts nach § 141 I BGB anzunehmen. Der Vertrag ist nach § 138 I BGB sittenwidrig und daher nichtig. Der Zahlung der Schuldnerin fehlt daher der Rechtsgrund, so dass die Voraussetzungen für einen Bereicherungsanspruch nach § 812 I 1. Fall BGB vorliegen.

(OLG Nürnberg in NJW 2012, 1895; Beschluss vom 12.03.2012 – 1 St OLG Ss 274/11)

Das **berufsrechtswidrige Verhalten eines Strafverteidigers** allein **begründet** noch **nicht** eine **Strafbarkeit wegen (versuchter) Strafvereitelung**. Für die Strafbarkeit ist anhand der Umstände des Einzelfalls vielmehr **zusätzlich** die **Tatherrschaft des Strafverteidigers** festzustellen.

Fall: In der Vorführzelle des Justizgebäudes kam es zu einem Gespräch zwischen dem Angekl. mit seinem Mandanten G und dem Mitverteidiger R (sog. Dreier-Gespräch). Dabei gab der Angekl. seine Einschätzung bekannt, dass es für G nicht gut aussehe und es daher an der Zeit wäre, die Verteidigungsstrategie zu ändern, weil demnächst mit der belastenden Aussage eines Zeugen zu rechnen sei. Er brachte dabei zum Ausdruck, dass G seine Rolle als Bandenchef loswerden und deshalb die tatsächlichen Tatbeiträge zu Lasten des H auf diesen verschieben solle. Er forderte deshalb in der Besprechung von sich aus seinen Mandanten G dazu auf, den Mitangekl. H einer 50:50-Beteiligung zu bezichtigen. Mit dieser Aufforderung sollten sowohl die eigentlichen Rauschgiftmengen als auch die erbrachten Tatbeiträge zwischen G1 und H gleichmäßig verteilt und beide dadurch als gleichberechtigte Partner dargestellt werden. Während der Angekl. seinen Mandanten G aufforderte, den H einer 50:50-Beteiligung zu bezichtigen und dabei die Rauschgiftmengen zu erhöhen, war ihm klar, dass beide Behauptungen nicht der Wahrheit entsprachen. Ihm kam es aber darauf an, durch den Ratschlag an seinen Mandanten unrichtige Angaben zu machen, die Stellung des Mandanten im Prozess zu verbessern und hierdurch für diesen eine mildere Strafe zu erreichen.

Des Weiteren forderte der Angekl. den G auf, auch der Mitangekl. L ‚etwas hineinzudrücken‘, da diese bereits gegen G ausgesagt hatte. Der Angekl. beabsichtigte mit dieser Aufforderung, den G dazu zu bewegen, die Mitangekl. L mit nicht zutreffenden schweren Vorwürfen zu belasten; ihm war dabei klar, dass G seine Aufforderung auch in diesem Sinne verstehen würde. Durch diese Aussage sollte einerseits die Glaubwürdigkeit der Zeugin L, die den Angekl. bereits belastet hatte, erschüttert werden, andererseits sollten die die L belastenden Angaben des G für diesen zu einer Strafmilderung führen. Eine konkrete Vorgabe, was der L ‚hineingedrückt‘ werden sollte, gab der Angekl. seinem Mandanten G nicht vor, auch wurden keine näheren Details der von G1 zu machenden Aussage besprochen.

Im Anschluss an diese Besprechung vereinbarte der Angekl. mit der Polizeibeamtin R die polizeiliche Vernehmung des G zu dessen nunmehr angekündigten Angaben, an welcher der Angekl. selbst mit teilnehmen wollte. Vor dem polizeilichen Vernehmungstermin traf sich der Angekl. mit seinem Mandanten zu einem Gespräch in der Justizvollzugsanstalt N. In diesem Gespräch zeigte G dem Angekl. seine zwischenzeitlich gefertigten schriftlichen Aufzeichnungen zu den beabsichtigten Aussagen. Auf Grund seiner Aufforderung vom Vortag war es dem Angekl. bewusst, dass es sich hierbei nicht um wahrheitsgemäße Angaben handelte. Dennoch erklärte sich der Angekl. mit der Aussage seines Mandanten auf der Grundlage dieser Aufzeichnungen mit der Äußerung, diese sei ‚eine gute Story‘, einverstanden. Der Angekl. war bei der polizeilichen Vernehmung des G anwesend, insbes. auch während G Angaben über die Mitangekl. L machte. Ihm war bei den gesamten Angaben des G bewusst, dass sein Mandant eine falsche Aussage machte. Ihm war als Strafverteidiger auch bewusst, dass durch die Angaben des Mandanten Straftaten der Angekl. L behauptet wurden, die diese nicht begangen hatte, bzw. die strafrechtlich ein wesentlich anderes Gepräge als eine bloße Beihilfehandlung hatten. Ihm kam es jedoch darauf an, durch die Bezichtigung der L zu erreichen, dass diese unglaublich erscheint und sein Mandant eine mildere Strafe bekommt.

Der Angekl. könnte sich der unmittelbar täterschaftlichen **versuchten Strafvereitelung nach § 258 I, IV StGB** schuldig gemacht hat. Dies setzt voraus, dass er **berufsrechtswidrig mit Täterwillen und Tatherrschaft** gehandelt hat.

I. Der Angekl. hat sich **berufsrechtswidrig** verhalten, denn der Angekl. „bestimmte“ seinen früheren Mandanten im Ausgangsverfahren gegen diesen dazu, falsche Angaben zum Sachverhalt zu machen, und **„wirkte auf ihn ein“**, **unrichtige Angaben zu machen** zum eigenen Tatbeitrag und zu den Taten und Tatbeiträgen der übrigen Angekl.

„Vor dem Beginn der Vernehmung des Mandanten bei der Polizei, dessen Termin der Angekl. für seinen Mandanten in Kenntnis des Inhalts der Angaben, die dieser dabei machen werde, vereinbart hatte, zeigte der Mandant dem Angekl. seine Notizen zur beabsichtigten Aussage. Der Angekl. zeigte sich mit der Äußerung, dies sei „eine gute Story“, einverstanden, vereinbarte den Vernehmungstermin bei der Polizei und war bei der daraufhin durchgeführten Vernehmung des Mandanten durch die Polizei auch anwesend. Dies überschreitet die Wahrheitsverpflichtung des Verteidigers sowohl prozessrechtlich als auch berufsrechtlich gezogenen Grenzen erlaubten Verteidigerhandelns.“ (OLG Nürnberg aaO)

II. Aus einem berufsrechtswidrigen Verhalten allein lässt sich jedoch noch nicht die täterschaftliche Strafbarkeit nach § 258 StGB herleiten. Der **Verstoß gegen die Standespflicht** indi-

ziert nicht zwingend die **Strafbarkeit nach § 258 StGB**, weil andernfalls die **Abgrenzung hier strafloser Teilnahmeformen zur Täterschaft aufgehoben** werden würde (so wohl BGH NStZ 1999, 188 = StV 1999, 153; Lüderssen StV 1999, 537).

1. Die **Stellung des Verteidigers im Strafprozess** und das damit verbundene **Spannungsverhältnis zwischen Organstellung und Beistandsfunktion** machen eine besondere Abgrenzung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Verhalten insbes. in Bezug auf den Straftatbestand des § 258 StGB erforderlich. Dies ist in Rspr. und Lit. anerkannt, wobei hinsichtlich Methodik und Ergebnis dieser Abgrenzung (teilweise erhebliche) Differenzen bestehen.
2. Der Verteidiger ist als Rechtsanwalt gem. § 1 BRAO **unabhängiges Organ der Rechtspflege**. Sein **staatlich gebundener Vertrauensberuf** weist ihm eine auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtete Stellung zu. Unter Wahrung der Schweige- und Treuepflicht hat er diese im Interesse des Beschuldigten auszuüben (vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl., § 258 Rn 16 m. w. Nachw.). Die **Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns** werden daher zunächst **vom Prozessrecht und Berufsrecht gezogen**.

Insoweit verweist § 258 StGB auf die Regeln des Prozessrechts (vgl. Fischer, § 258 Rn 17; auch BGHSt 38, 345 = NJW 1993, 273 = NStZ 1993, 79). Folglich ist anerkannt, dass eine Strafbarkeit des Verteidigers jedenfalls dann ausscheidet, wenn und solange er sich nicht prozesswidrig und/oder berufsrechtswidrig verhält, wobei hier dahinstehen kann, ob in diesem Fall bereits die Tatbestandsmäßigkeit (so die h. M., vgl. Fischer, § 258 Rn 17 m. w. Nachw.) oder die Rechtswidrigkeit (so z. B. Müller StV 1981, 96) entfällt.

Aus der genannten prozessrechtlichen Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege ergibt sich nach allgemeiner Auffassung eine **Verpflichtung zur Wahrheit**, d. h. er hat sich jeder aktiven Verdunkelung und Verzerrung des Sachverhalts zu enthalten.

III. Vorliegend handelte der Angekl. mit **Täterwillen** und hatte zudem auch **Tatherrschaft**.

1. Der Angekl. handelte, um seinen Mandanten G besser zu stellen und ihm zu einer niedrigeren Strafe zu verhelfen.

„Ihm war dabei klar, dass die von ihm dem Mandanten G vorgeschlagenen Sachverhaltsschilderungen frei erfunden waren und deshalb nicht der Realität entsprachen. Er hielt diese von ihm aktiv ins Gespräch gebrachten Sachverhaltsvarianten auch nicht ernsthaft für möglich.“ (OLG Nürnberg aaO)

2. Nach der auch im Rahmen des § 258 StGB anzuwendenden **Tatherrschaftslehre** ist (Mit-)Täter und nicht nur Teilnehmer der Strafvereitelung, wer als Zentralfigur des Geschehens die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann, während Teilnehmer nur eine Randfigur ist, die das tatbestandsmäßige Geschehen nicht mehr in den Händen hält.

Für die Verwirklichung der Strafvereitelung durch den Verteidiger durch Einwirken auf den Mandanten gilt daher: Den **Selbstschutz des Vortäters unterstützende Handlungen**, die nur darin bestehen, in diesem den Selbstschutzwillen hervorzurufen oder ihn in diesem Willen zu bestärken, **kommen als strafbares Verhalten nicht in Betracht**. Wer aber darüber hinausgeht und dem Vortäter bei **Verdunkelungsmaßnahmen** behilflich ist, ist wegen Strafvereitelung in Mittäterschaft strafbar.

„So liegt der Fall hier: Nach den Feststellungen des LG fand nicht nur eine Besprechung zwischen dem Mandanten und dem Angekl. sowie dem weiteren Verteidiger (sog. Dreiergespräch) statt, in welchem der Angekl. auf den Mandanten G „einwirkte“, falsche Sachverhaltsangaben zu erstellen und bei der Polizei vorzutragen. Entsprechend der vereinbarten Vorgehensweise fertigte der Mandant G einen schriftlichen Entwurf der erfundenen Angaben und legte diese dem Angekl. vor. Dieser sah diese durch, billigte sie und vereinbarte einen Vernehmungstermin, in der der Mandant die erfundene Belastung vortrug. Der Angekl. nahm an dieser Vernehmung teil.“

Damit hat der Angekl. nicht nur den Vortäter zu einer ihm günstigen falschen Sachverhaltsangabe bestimmt und auf ihn eingewirkt, sondern ging über diese Teilnahmehandlungen hinaus. Durch die Vernehmungsvorbereitung, die Vereinbarung des Vernehmungstermins und die Teilnahme hatte der Angekl. die Tatherrschaft, denn er konnte das Tatgeschehen noch hemmen oder ablaufen lassen, und nicht nur die Angaben selbst im Detail vorher wahrnehmen und guthießen. Er konnte auch noch während der Vernehmung auf die Aussage seines Mandanten Einfluss nehmen.“ (OLG Karlsruhe aaO)

3. Spätestens bei Abgabe der falschen Angaben des GI in Anwesenheit des Angekl. hat dieser das **Versuchsstadium überschritten** (vgl. auch BGH NStZ 1983, 503).

(OLG Hamburg in NJW 2012, 1601; Beschluss vom 19.12.2011 – 2 Ws 123/11)

1. **Nach Einäscherung** des menschlichen Leichnams ist das **kremierte Zahngold** eine **herrenlose Sache**.
2. Den **Hinterbliebenen** – den totensorgeberechtigten nächsten Angehörigen bzw. den Erben (Letzteren alsdann nur mit Billigung der Vorgenannten) – **steht** am kremierten Zahngold ein **vorrangiges Aneignungsrecht zu**.
3. Das (**nachrangige**) **Aneignungsrecht des Betreibers der Einäscherungsanlage** kann **nur mit Zustimmung der Hinterbliebenen ausgeübt** werden.
4. In der **bloßen Nichtausübung des Aneignungsrechts** der Hinterbliebenen liegt **kein konkludenter Verzicht** zu Gunsten des Betreibers der Einäscherungsanlage.

Fall: Der Angekl. A war als Arbeiter der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts - mit der Feuerbestattung von Leichnamen befasst. In dieser Funktion nahm er das bei den Einäscherungen anfallende Zahngold an sich und veräußerte dies gewinnbringend, um so regelmäßig zusätzliche Einnahmen zu erzielen.

Die Arbeitgeberin des A, die Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – hatte an dem kremierten Zahngold ein Aneignungsrecht geltend gemacht, indem sie in Nr. 1 der Verfügung der Geschäftsführung vom 09.02.2005 ihren Aneignungswillen hinsichtlich des kremierten Zahngolds wie folgt bekundete: „Das mit der Übernahme eines Verstorbenen entstandene Gewahrsamverhältnis besteht nach der Einäscherung fort. Dies gilt insbesondere in Bezug auf Zahngold, Schmuckreste und Körperersatzstücke. Sie gehen mit der Kremation in das Eigentum der Hamburger Friedhöfe – AöR – über.“ Diese schriftliche Verfügung war dem A bekannt.

- I. Der Angekl. könnte sich wegen **versuchten Diebstahls** in einem wegen Gewerbsmäßigkeit besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.
 1. Vorliegend fehlt es an einem tauglichen **Tatobjekt**, denn das **kremierte Zahngold** ist **keine fremde bewegliche Sache**.
 - a) Dem **menschlichen Leichnam** und den **mit ihm fest verbundenen Teilen** wird nach heute h. M. **Sachqualität zuerkannt**.

 OLG Nürnberg NJW 2010, 2071; OLG Bamberg NJW 2008, 1543; Vogel, LK-StGB, 12. Aufl., § 242 Rn 14; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 242 Rn 10; Hoyer, SK-StGB, § 242 Rn 4; MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn 25; Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., Vorb. § 90 Rn 11; Soergel, BGB, 13. Aufl., § 90 Rn 10; vgl. RGSt 64, 313; a. A. OLG München NJW 1976, 1805; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 168 Rn 9

 Die mit dem Leichnam fest verbundenen künstlichen Körperteile des Zahngolds, die in Form und Funktion defekte Körperteile ersetzen, so genannte **Substitutiv-Implantate** (MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn 24; Schönke/Schröder, § 242 Rn 10), **gehören zur Leiche und teilen** während der Verbindung **deren Schicksal** (Palandt/Weidlich, § 1922 Rn 37; Gropp JR 1985, 181).
 - b) **Leichen** stehen jedoch in **niemandes Eigentum** und sind damit **herrenlos, solange sie zur Bestattung vorgesehen** sind.

 RGSt 64, 314; OLG Bamberg NJW 2008, 1543; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 242 Rn 8; MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn 30; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2011, § 958 Rn 4; MüKo-BGB/Oechsler, 5. Aufl., § 958 Rn 5; Hoyer, SK-StGB, § 242 Rn 4; Vogel, LK-StGB, § 242 Rn 34; Schönke/Schröder, § 242 Rn 21; Palandt/Ellenberger, Vorb. § 90 Rn 11; Soergel, § 90 Rn 12

 „Es widerspricht „dem Herkommen und den Gepflogenheiten aller Kulturvölker“, den Leichnam eines Menschen als **eigentumsfähige Sache zu behandeln** (RGSt 64, 315). Dementsprechend sind auch **Substitutiv-Implantate zunächst herrenlos** (Schönke/Schröder, § 242 Rn 21; Gropp JR 1985, 181; Staudinger/Gursky, § 958 Rn 4).“ (OLG Hamburg aaO)
 - c) **Künstliche Körperteile** eines Verstorbenen sind jedoch **eigentumsfähig, wenn ihre feste Verbindung mit dem Leichnam gelöst wird** (Schönke/Schröder, § 242 Rn 21; Fischer, § 242 Rn 8; Vogel, in: LK-StGB, § 242 Rn 34; Soergel, § 958 Rn 2).

„Als Folge der Einäscherung steht das Zahngold nicht mehr in fester Verbindung zu den menschlichen Rückständen und ist es folglich ab diesem Zeitpunkt eine bewegliche, eigentumsfähige Sache.“ (OLG Hamburg aaO)

- d) An dem **kremierten Zahngold** wurde jedoch kein Eigentum erlangt.
- Die **Erben des Verstorbenen** werden nicht im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB Eigentümer, denn die **Leiche ist nicht Bestandteil des Vermögens** (RGSt 64, 315).
Die Gegenansicht (Hoyer, SK-StGB, § 242 Rn 16; Görgens JR 1980, 140), nach der das Implantat durch den Eintritt des Todes seine Eigenschaft als künstliches Körperteil verliert, so dass die vor der Verbindung bestehenden Eigentumsverhältnisse wieder aufleben und an die Stelle etwaigen Eigentums des Verstorbenen nach § 1922 BGB Erbeneigentum tritt, vermag nicht zu überzeugen, da der menschliche Körper erst durch den Tod zur Sache wird, vor dem Tod mithin noch kein Eigentum bestanden hat, das im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB auf die Erben hätte übergehen können (MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn 32).
 - Es ist auch **kein Eigentumserwerb** der Hamburger Friedhöfe **im Wege der Aneignung** erfolgt.
An herrenlosen künstlichen Körperteilen kann im Wege der Aneignung nach § 958 I BGB durch Ineigenbesitznahme Eigentum erworben werden (Staudinger/Gursky, § 958 Rn 4; vgl. MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn 32). Der **Eigentumserwerb** ist aber **ausgeschlossen, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder wenn** durch die Besitzergreifung das **Aneignungsrecht eines anderen verletzt** wird (§ 958 II BGB).
„Vorliegend hat die Hamburger Friedhöfe ein Aneignungsrecht geltend gemacht, indem sie in Nr. 1 der Verfügung der Geschäftsführung vom 09.02.2005 ihren Aneignungswillen hinsichtlich des kremierten Zahngolds wie folgt bekundet: „Das mit der Übernahme eines Verstorbenen entstandene Gewahrsamverhältnis besteht nach der Einäscherung fort. Dies gilt insbes. in Bezug auf Zahngold, Schmuckreste und Körperersatzstücke. Sie gehen mit der Kremation in das Eigentum der Hamburger Friedhöfe – AöR – über.“
Diese Ineigenbesitznahme verletzte jedoch das vorrangige Aneignungsrecht der Hinterbliebenen, so dass ein Eigentumserwerb der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – gem. § 958 II BGB ausgeschlossen war und das kremierte Zahngold herrenlos blieb.“ (OLG Hamburg aaO)
 - **Wem ein Aneignungsrecht** am Leichnam und damit auch an seinen Implantaten **zusteht, ist umstritten**:
Während **eine Ansicht** auf Grund der Bedeutung der künstlichen Körperteile als Vermögensposition das Aneignungsrecht den Erben als Vermögensnachfolger der Verstorbenen kraft Gewohnheitsrechts zuspricht
MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn 32; Staudinger/Gursky, § 958 Rn 4; Palandt/Ellenberger, Vorb. § 90 Rn 11; Palandt/Weidlich, § 1922 Rn 37; Soergel, § 1922 Rn 22; Görgens JR 1980, 140
steht nach **anderer Auffassung** das Aneignungsrecht mit Blick auf die Persönlichkeit des Verstorbenen und die Pietätsbindung, der auch werthaltige Leichenteile unterliegen, den nächsten Angehörigen des Verstorbenen als Totensorgeberechtigten zu.
vgl. RGSt 64, 315; OLG München NJW 1976, 1805; Hoyer, SK-StGB, § 242 Rn 14; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, Neubearb. 2012, § 90 Rn 49; MüKo-StGB/Oechsler, § 958 Rn 12; Kregel, RGRK, 12. Aufl., § 90 BGB Rn 5; vgl. auch in diesem Sinne § 4 TransplantationsG
Allerdings stellen auch diejenigen, die das Aneignungsrecht den Erben zuordnen, dieses unter den Vorbehalt der Billigung der nächsten Angehörigen (Palandt/Ellenberger, Vorb. § 90 Rn 11; Palandt/Weidlich, § 1922 Rn 37; Staudinger/Gursky, § 958 Rn 4; Görgens JR 1980, 140), um sicherzustellen, dass das Pietätsgefühl und die Achtung vor dem Leichnam in Nachwirkung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen gewahrt bleiben. Damit ist eine wirksame Aneignung nach allen Auffassungen nur mit dem Willen der nächsten Angehörigen möglich.

- Regelmäßig werden zwar von den Erben und den totensorgeberechtigten Angehörigen – den Hinterbliebenen – Aneignungsrechte am Leichnam oder seinen Implantaten nicht ausgeübt. Trotz Nichtausübung des Aneignungsrechts der Hinterbliebenen ist nach h. M. jedoch davon auszugehen, dass die **Ausübung eines Aneignungsrechtes Dritter von der Zustimmung der Hinterbliebenen abhängig** ist (MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn 33; Schönke/Schröder, § 242 Rn 21; Staudinger/Gursky, § 958 Rn 5; Vogel, LK-StGB, § 242 Rn 34). Damit besteht auch unter diesem Aspekt ein vorrangiges Aneignungsrecht der totensorgeberechtigten Angehörigen bzw. der Erben.

„Auf dieses haben die Hinterbliebenen durch Ablieferung der Leichen bei dem Hamburger Krematorium nicht verzichtet. Ein konkludenter Verzicht dahingehend, dass die Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – das Verhalten der Hinterbliebenen nach den besonderen Umständen des Falls und unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung dahin verstehen konnte, diese hätten mit der Überlassung des Leichnams zur Bestattung ohne weitere Erklärung auf ihr Aneignungsrecht verzichtet, kann nicht angenommen werden. Die totensorgeberechtigten Angehörigen bzw. Erben haben durch die Übergabe des Leichnams an das Hamburger Krematorium zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Bestattung des Leichnams wünschten. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass sie, die sie selbst nicht die mit dem Leichnam fest verbundenen werthaltigen künstlichen Körperteile an sich nehmen wollten, mit einer Ansichnahme durch Dritte stillschweigend einverstanden waren. Auf Nachfrage hätten die Hinterbliebenen vielmehr mit größter Wahrscheinlichkeit eine vollständige Bestattung gewünscht und eine Aneignung des Zahngoldes durch die Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – abgelehnt.“ (OLG Hamburg aaO)

2. Der Besch. ging irrig davon aus, dass das entwendete Zahngold im Eigentum der Hamburger Friedhöfe steht und daher eine für ihn fremde Sache ist.

„Ihm war die [schriftliche] Verfügung der Geschäftsführung der Hamburger Friedhöfe bekannt. Unter Nr. 3 der Verfügung hieß es weiter: „Die Wegnahme dieser Sachen aus dem Eigentum der Hamburger Friedhöfe – AöR – wird als Diebstahl angezeigt.“ Zwar war die dem zu Grunde liegende Bewertung der vermeintlichen Eigentumslage unzutreffend. Hält der Täter aber eine herrenlose Sache auf Grund fehlerhafter zivilrechtlicher Wertung irrtümlich für fremd und stellt er sich den nicht vorhandenen Umstand der Fremdheit der Sache, an dessen Fehlen die Vollendung des vorgestellten Tatbestands zwangsläufig scheitern muss, als gegeben vor, liegt ein untauglicher Versuch vor (BGHSt 3, 248 = NJW 1953, 113; Fischer, § 242 Rn 55 u. § 22 Rn 54 m. w. Nachw.). Auf der Grundlage dieser Fehlvorstellung entwendete der Besch. das Zahngold hochwahrscheinlich vorsätzlich und in der Absicht, dieses sich oder seiner Lebensgefährtin rechtswidrig zuzueignen.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Der Angekl. hat sich wegen des **versuchten gewerbsmäßigen Diebstahls** in einem wegen Gewerbsmäßigkeit besonders schweren Fall strafbar gemacht.

Die **Vielzahl der Veräußerungen des Zahngoldes** über einen **Tatzeitraum von vier-einhalb Jahren** und die **Höhe der Veräußerungserlöse** zeigen, dass der Angekl. sich durch die versuchten Diebstähle des kremierten Goldes eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von erheblichem Umfang verschaffen wollte. Auch der Versuch des Diebstahls kann in Form des Regelbeispiels eines besonders schweren Falls vorliegen (Fischer, § 243 Rn 28).

- II. Außerdem könnte der Angekl. sich wegen **Verwahrungsbruchs nach § 133 I StGB** strafbar gemacht haben, indem er Edelmetalle aus Kremationsrückständen, die sich in **dienstlicher Verwahrung** befanden, der **dienstlichen Verfügung entzog**.

1. Das **kremierte Gold** ist **taugliches Tatobjekt** i. S. des § 133 I Var. 1 StGB.
2. Es befand sich als bewegliche Sache zur Zeit der Tat in **dienstlicher Verwahrung**, denn auch herrenlose Sachen können taugliche Tatobjekte des § 133 I StGB sein (Krauß, LK-StGB, § 133 Rn 5; Schönke/Schröder, § 133 Rn 3).
 - a) Dienstliche Verwahrung i. S. des § 133 I StGB liegt u. a. vor, wenn sich die **Sache im Gewahrsam u. a. einer Anstalt öffentlichen Rechts** (vgl. BGHSt 18, 312 = NJW 1963, 1259; Krauß, LK-StGB, § 133 Rn 8; Schönke/Schröder, § 133 Rn 6) **oder eines beliebigen Unternehmers** (Krauß, LK-StGB, § 133 Rn 8; Fischer, § 133 Rn 4; Geppert Jura 1986, 590) befindet und sich in diesem Gewahrsam die **besondere fürsorgliche dienstliche Herrschafts- und Verfügungsgewalt** äußert, die den jeweiligen staatlichen Aufgaben der verwahrenden Dienststelle ent-

springt (BGHSt 18, 312 = NJW 1963, 1259; BGHSt 38, 381 = NJW 1993, 605 = NStZ 1993, 540; Fischer, § 133 Rn 4).

- b) Das jeweilige kremierte Gold befand sich im gesamten in Rede stehenden Zeitraum in der Verwahrung einer **Dienststelle** i. S. des § 133 I StGB.

„Bis zum 31.12.2009 wurde das Hamburger Krematorium von der Hamburger Friedhöfe betrieben. Dieser Anstalt oblag gem. § 2 I 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Errichtung der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – vom 08.11.1995 (HbgGVBl S. 290) der Betrieb der Feuerbestattungsanlagen. Sie erfüllte nach § 13 des Gesetzes über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen (Bestattungsgesetz) vom 14.09.1988 (HbgGVBl S. 167) die öffentliche Aufgabe der Feuerbestattung und war damit eine Dienststelle i. S. des § 133 I StGB.

Seit dem 01.01.2010 wird das Krematorium in privatrechtlicher Form durch die Hamburger Krematorium-GmbH betrieben, deren alleinige Anteilsinhaberin die Hamburger Friedhöfe ist. Eine durch den Staat verliehene hoheitliche Kompetenz zur dienstlichen Inverwahrungnahme kommt auch den Beliehenen zu. Beliehene sind privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger, die auf Grund eines Gesetzes öffentliche Aufgaben in eigenem Namen wahrnehmen. § 2 V 1 HbgFriedhofsG bestimmt, dass die Hamburger Friedhöfe zur Erfüllung ihrer Aufgaben unter anderem weitere Unternehmen gründen kann. Die Anstalt hat damit auf Grund Gesetzes die öffentliche Aufgabe der Feuerbestattung auf die Hamburger Krematorium-GmbH als Beliehene übertragen.

Die Hamburger Friedhöfe bzw. ihr nachfolgend die Hamburger Krematorium-GmbH hatten an den zur Einäscherung überlassenen Leichen einschließlich des Zahngoldes ein dienstliches Verwahrungsverhältnis begründet, indem sie diese zur Erfüllung ihrer spezifisch hoheitlichen Aufgabe der Feuerbestattung in fürsorglichen Gewahrsam genommen haben (vgl. OLG Nürnberg NJW 2010, 2071; MüKo-StGB/Hohmann, 2. Aufl., § 133 Rn 6).“ (OLG Hamburg aaO)

- c) Das kremierte Gold hat sich auch zur Zeit der Tat noch in diesem **dienstlichen Gewahrsam** befunden. Die dienstliche Verwahrung **dauert so lange an, bis sie durch Erfüllung des Zwecks der Verwahrung aufgehoben wird** (RGSt 28, 107; RGSt 33, 413; BGHSt 18, 312 = NJW 1963, 1259; OLG Hamburg JR 1953, 27; OLG Nürnberg NJW 2010, 2071; Krauß, LK-StGB, § 133 Rn 15).

„Das ist wegen des Bestattungsauftrags gem. § 13 III 2 HbgBestattungsgG, wonach Urnen durch die Hamburger Friedhöfe von der Feuerbestattungsanlage zur Beisetzung auf einen Friedhof zu befördern sind, erst dann der Fall, wenn die in der Urne befindliche Asche und zur Beisetzung auf einen Friedhof befördert wurde. Dies entspricht auch der dienstlichen Verfügung der Hamburger Friedhöfe, in der es unter Nr. 1 heißt, das mit der Übernahme eines Verstorbenen entstandene Gewahrsamverhältnis bestehe nach der Einäscherung fort.“ (OLG Hamburg aaO)

- d) Das **dienstliche Verwahrungsverhältnis erstreckte sich auf alle Rückstände der Verbrennung und bestand auch an dem kremierten Gold bis zu dessen Verfügungsgemäßer Aussonderung** aus den zu bestattenden Verbrennungsrückständen in das dafür vorgesehene Sammelbehältnis durch die Mitarbeiter **fort** (OLG Nürnberg NJW 2010, 2071; MüKo-StGB/Hohmann, § 133 Rn 6).

*„Gem. § 13 II 1 HbgBestattungsgG ist die Asche jeder Leiche in ein von der Hamburger Friedhöfe zu verschließendes Behältnis (Urne) aufzunehmen. Die Entscheidung darüber, welche Verbrennungsrückstände in Anwendung der bestattungsrechtlichen Vorschriften in die Urne zu geben sind und welche ausgeschieden werden können, gehörte zum **hoheitlichen Aufgabenbereich des Krematoriums**. Diese Entscheidung hat die Hamburger Friedhöfe durch Verfügung vom 09.02.2005 getroffen, indem sie unter Nr. 2 der Verfügung bestimmt hat, dass die Mitarbeiter an den Einäscherungsanlagen verpflichtet sind, u. a. in den Einäscherungsrückständen offensichtlich befindliches Zahngold zu sichern und der festgelegten Sortierung zuzuführen. Unter Nr. 4 der Verfügung heißt es, aussortiertes Zahngold und Schmuckreste würden namens und im Auftrag der Hamburger Friedhöfe durch Veräußerung verwertet. Diese Verfügung wurde durch die Arbeitsanordnung näher umgesetzt; eine Vorrichtung zum Sammeln der Schmuck- und Zahngoldreste war im Bereich der Dreier-Ofenanlage angebracht worden. Mit Aussortierung der kremierten Edelmetalle in das Sammelbehältnis war an diesen das dienstliche Verwahrungsverhältnis durch Erfüllung des Zwecks der Verwahrung, nämlich Durchführung der Feuerbestattung, beendet und sie befanden sich nunmehr ausschließlich zum Zweck der intendierten Veräußerung im hoheitlichen Besitz (vgl. zur Abgrenzung BGHSt 9, 64 = NJW 1956, 836; Fischer, § 133 Rn 7). Zum Zeitpunkt der Entnahme des kremierten Goldes durch den Besch. bestand mangels abgeschlossener Verfügungsgemäßer Separierung von den zu bestattenden Verbrennungsrückständen in das dafür vorgesehene verschlossene Sammelbehältnis das dienstliche Verwahrungsverhältnis noch fort.“ (OLG Hamburg aaO)*

3. Der Angekl. hat das sich in dienstlicher Verwahrung befindliche **kremierte Gold der Hamburger Friedhöfe** bzw. nachfolgend der Hamburger Krematorium-GmbH **entzogen**, indem er dieses an sich nahm und der Anstalt bzw. der GmbH die Möglichkeit ei-

ner jederzeitigen Verfügung i. S. bestimmungsgemäßer Verwendung, nämlich der Separierung des kremierten Zahngoldes von den zu bestattenden Verbrennungsrückständen in den Sammelbehälter, benahm (vgl. Krauß, LK-StGB, § 133 Rn 26).

4. Der Angekl. handelte schließlich auch **vorsätzlich**, denn er wusste, dass sich das kremierte Gold in dienstlicher Verwahrung befand, denn ihm war der Inhalt der Strafvorschrift des Verwahrungsbruchs bekanntgegeben und er war darauf hingewiesen worden, dass diese Vorschrift auf Grund seiner dienstlichen Verpflichtungen auf ihn anwendbar sei.
5. Schließlich waren dem Angekl. die Leichname, nach der Kremation die **Verbrennungsrückstände** einschließlich der kremierten Edelmetalle, gem. § 133 III StGB **dienstlich anvertraut**.

Dienstlich anvertraut ist eine Sache, wenn der Täter kraft seiner dienstlichen Aufgabe verpflichtet ist, für deren Verbleib, vorliegend für die ordnungsgemäße Bestattung, zu sorgen.

vgl. RGSt 64, 2; BGHSt 3, 304 = NJW 1953, 191; BGHSt 38, 381 = NJW 1993, 605 = NStZ 1993, 540; Schönke/Schröder, § 133 Rn 21

Dieser Umstand war dem Angekl. bewusst, denn er war bei seiner Einstellung auch darüber belehrt worden, dass ihm die Edelmetalle, insbes. das Zahngold, dienstlich anvertraut waren und er daher der Qualifikation des § 133 III StGB unterfallen würde.

III. Der Angekl. hat sich zudem wegen der **Störung der Totenruhe** strafbar gemacht, indem er in einer Vielzahl von Fällen die Asche eines Verstorbenen unbefugt aus dem Gewahrsam der Berechtigten wegnahm.

1. Als **Tatobjekt** kommt auf Grund der Verbrennung des Leichnams, von dem nach der Einäscherung kein in seiner Gesamtheit und Individualität erkennbarer Körper, der als Leiche anzusehen wäre, und folglich auch keine dem Schutz des § 168 StGB unterfallenden Körperteile mehr vorhanden sind (vgl. Fischer, § 168 Rn 5, 8), die selbstständig durch § 168 I StGB geschützte **Asche eines Verstorbenen** in Betracht.

Ob kremiertes Gold unter den Aschebegriff des § 168 I StGB fällt, ist umstritten.

- a) Nach **h. M.** umfasst der Begriff der Asche eines Verstorbenen sämtliche nach der Einäscherung verbleibenden Verbrennungsrückstände, d. h. auch die mit einem Körper fest verbundenen fremden Bestandteile, die nicht verbrennbar sind und als Verbrennungsrückstände verbleiben.

OLG Bamberg NJW 2008, 1543; Fischer, § 168 Rn 7; Schönke/Schröder, § 168 Rn 3; Dippel, LK-StGB, § 168 Rn 40; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 168 Rn 7

Nach dieser Auffassung fällt das nach der Einäscherung verbleibende kremierte Gold unter den Aschebegriff des § 168 I StGB.

- b) Die **Gegenansicht** vertritt die Auffassung, kremiertes Gold sei keine Asche i. S. des § 168 I StGB und führt zur Begründung den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG) an, wonach der mögliche Wortsinn die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation markiert.

BVerfG NJW 2007, 1193; BVerfG NJW 2009, 2370 = NStZ 2009, 560; OLG Nürnberg NJW 2010, 2071; MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl., § 168 Rn 11

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bezeichne der Begriff der Asche einen pulverigen staubartigen Verbrennungsrückstand (Dt. Wörterb. von Jacob u. Wilhelm Grimm, Bd. 3, Neubearb. 2007, S. 327 f.). Gegenstände, die ein Feuer unversehrt überstanden hätten, seien demnach keine Asche.

- c) Nach **OLG Hamburg aaO** kann die letztgenannte Auslegung des Aschebegriffs nicht überzeugen.

*„Das **Wortlautargument**, Asche sei ausschließlich ein pulveriger staubartiger Verbrennungsrückstand, der Wortlaut setze auf Grund des Bestimmtheitsgrundsatzes dem Tatbestand eine Grenze dahingehend, dass kremiertes Gold nicht dem Aschebegriff unterfalle, ist angesichts des weiter gespannten Sprachgebrauchs nicht stichhaltig. Bereits die vom OLG Nürnberg hierfür angeführten Definitionen*

des Aschebegriffs aus Wörterbüchern schließen nicht alle im staubig-pulvrigen Rückstand verbrannter Materie verbliebenen nicht verbrennbaren Bestandteile als Asche aus (vgl. Meyers Grosses Universallexikon, 1981, Bd. 1, S. 608: „Rückstand bei der Verbrennung von festen Stoffen, der meist aus deren Mineralsubstanz entstammt“).

Nach einer Reihe von Wörterbüchern (Meyers Enzyklopädisches Lexikon; Duden, Wörterbuch der deutschen Sprache; s. OLG Bamberg, NJW 2008, 1543) sowie nach der Etymologie des Begriffs „einäschern“, der „in Asche legen, verbrennen“ bedeutet (Duden, Das Herkunftswörterbuch, 4. Aufl., Stichwort: Asche), und damit nach einem zumindest nicht unerheblichen Teil des allgemeinen sprachlichen Verständnisses umfasst der Begriff der Asche generell die bei einer Verbrennung verbleibenden Rückstände und damit alles, was von verbranntem Material übrig bleibt, so dass mit der Auslegung, dass auch kremiertes Gold unter den Aschebegriff des § 168 StGB zu fassen ist, nicht die äußerste Grenze zulässiger Interpretation des Wortsinns überschritten ist. Im Fall mehrerer gängiger Verständnisse eines Begriffs zieht der Bestimmtheitsgrundsatz dem Wortsinn nicht eine Grenze unter Ausschluss anderer auch im allgemeinen Sprachgebrauch vertretener Verständnisse.

Für eine weite Auslegung des Aschebegriffs i. d. S. spricht zudem der **Wille des historischen Gesetzgebers**, nach welchem anknüpfend an das Reichsgesetz über die Feuerbestattung von 1934 (RGBl I, 380) die Asche des Leichnams mit dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 durch Erweiterung des § 168 StGB nunmehr auch strafrechtlich geschützt werden sollte (BGBl I, 735 [742]; hierzu im Einzelnen OLG Bamberg, NJW 2008, 1543 [1544]).

Da die Feuerbestattung der Erdbestattung mit dem Reichsfeuerbestattungsgesetz von 1934 gerade gleichgestellt werden sollte (zum Ganzen OLG Bamberg, NJW 2008, 1543), erscheint dieses Begriffsverständnis der Asche auch bei **teleologischer Betrachtung** konsequent. Nichts anderes ergibt die systematische Erwägung, dass bei einer Erdbestattung, bei der sich der Schutz des § 168 StGB hinsichtlich der Tatobjekte des Körpers oder seiner Teile ohne Weiteres auf die in den Körper eingefügten fremden Teile erstreckt (Fischer, § 168 Rn 5), Zahngold nicht anders geschützt sein kann als bei einer Feuerbestattung.“ (OLG Hamburg aaO)

- d) Da der Sortiervorgang im Hinblick auf Edelmetallrückstände im Anschluss an die Einäschung eines jeden Verstorbenen im Krematorium gesondert vorgenommen wurde, handelte es sich schon deshalb um die „Asche eines Verstorbenen“, denn das kremierte Gold war der Asche einer jeden Leiche individuell zuzuordnen.

2. Der Angekl. hat das kremierte Gold als Teil der Asche **aus dem Gewahrsam des Berechtigten weggenommen**.

„**Berechtigte** waren sowohl die **totensorgeberechtigten nächsten Angehörigen** (RGSt 64, 315; OLG Bamberg, NJW 2008, 1543; Schönke/Schröder, § 168 Rn 5; MüKo-StGB/Hörnle, § 168 Rn 12) als auch die **Hamburger Friedhöfe** bzw. nachfolgend die Hamburger Krematorium-GmbH auf Grund ihrer hoheitlichen Aufgabe zur Durchführung der Feuerbestattung. An der Asche eines Verstorbenen haben bis zur Beisetzung die nächsten Angehörigen und der Betreiber der Feuerbestaltungsanlage Mitgewahrsam i. S. eines **faktischen Obhutsverhältnisses** (OLG Bamberg NJW 2008, 1543; OLG Frankfurt a. M. NJW 1975, 271; KG NJW 1990, 782 = NSTz 1990, 185; Schönke/Schröder, § 168 Rn 6; Fischer, § 168 Rn 8). Diesen Mitgewahrsam der Berechtigten hat der Besch. hochwahrscheinlich gebrochen, indem er das kremierte Gold an sich nahm.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Schließlich hat der Angekl. auch **vorsätzlich gehandelt**, denn er wusste, dass es sich bei dem kremierten Gold um Teile der Asche eines Verstorbenen handelte und dass das kremierte Gold gemäß Anweisung seines Arbeitgeber gesichert und der Sortierung zugeführt werden sollte.

1. Eine Drittschadensliquidation ist zwar grundsätzlich dann möglich, wenn im Rahmen eines Ersatzanspruchs Gläubigerstellung und Schaden auseinander fallen.
2. Aus dem Dienstverhältnis als Lehrer ergibt sich sodann die Pflicht, die dem Lehrer vom Schulträger anvertrauten Sachmittel sorgsam zu verwahren.
3. Die Organisation und Durchführung des Schulbetriebs ist eine Landesaufgabe, welche den kommunalen Gebietskörperschaften des Landes sowie dem Land selbst als gemeinsame Aufgabe obliegt
4. Eine öffentlich-rechtliche Körperschaft kann nur dann „Dritter“ im Sinne des § 839 BGB sein, wenn der Beamte ihr bei Erledigung seiner Dienstgeschäfte in einer Weise gegenüber tritt, die charakteristisch für das Verhältnis zwischen dem Bürger und der öffentlichen Gewalt ist. Dies ist im Verhältnis zwischen Lehrer und Schule nicht der Fall, auch wenn nicht die Schule, sondern das Land Dienstherr ist.

Fall: Der Kl. ist Träger der Integrierten Gesamtschule (IGS) X. In dieser Schule übte die Beigel., die als Oberstudienrätin in einem Dienstverhältnis zum beklagten Land steht, seit 1996 ihren Dienst aus. Zu Dienstbeginn überließ der Kl. der Beigel. unter anderem den Gruppenschlüssel Nr. 734, mit dem sämtliche Klassenräume im Schulgebäude sowie die Turnhalle der daneben befindlichen Realschule geöffnet werden können, nicht jedoch die Fachräume und die Außentüren des Schulgebäudes selbst. Die Beigel. wurde im Vorfeld mehrfach auf die hohen finanziellen Risiken eines Schlüsselverlusts aufmerksam gemacht. Der Kl. geht davon aus, dass die Schließanlage im Jahr 1985 installiert wurde, eine Rechnung existiert aber nicht mehr.

Am 29.01.2008 gegen 17 Uhr wurde aus dem Fahrzeug der Beigel., welches zuvor von ihrem Ehemann auf dem Parkplatz der Tennishalle abgestellt worden war, ein Rucksack entwendet, in welchem sich unter anderem der oben genannte Gruppenschlüssel befand. Des Weiteren enthielt der Rucksack Unterlagen und ein Kursbuch, denen Hinweise auf den Verwendungszweck der Schlüssel zu entnehmen waren. Der Rucksack war schwarz und im Fußraum vor dem Beifahrersitz im – ebenfalls schwarzen – Innenraum des Fahrzeugs deponiert. Bei der polizeilichen Inaugenscheinnahme nach dem Vorfall wurden leichte Kratzer zwischen dem Rahmen der Fahrertürscheibe und der B-Säule sowie an der B-Säule der Beifahrertür festgestellt. Der Verschlussknopf der Fahrertür war geöffnet. Des Weiteren konnte der Kofferraum nicht mehr abgeschlossen werden. Die Klappe jedoch, die den Kofferraum vom Innenraum des Fahrzeugs trennt und die umgelegt werden muss, wenn man vom Kofferraum aus in den Innenraum gelangen will, befand sich nach dem Vorfall in ihrem normalen Verriegelungszustand. Tags darauf meldete die Beigel. den Vorfall dem Schulleiter.

Die Schule holte in der Folge ein Angebot für den Einbau neuer Schließzylinder ein. Das Angebot, welches die Firma am 08.08.2008 abgab, belief sich auf 18 184,82 Euro. Ein Austausch der Zylinder ist bislang nicht erfolgt. Die Schule hat jedoch damit begonnen, sukzessive zu einem anderen Schließsystem mit Karten, die individuell gesperrt werden können, überzugehen. Nach Angaben des Schulleiters gab es seit Beginn seiner Amtszeit im Jahr 2003 keine Schlüsselverlustmeldungen seitens der Lehrkräfte. Mit Schreiben vom 30.04.2009 machte der Kl. den oben genannten Schaden gegenüber dem beklagten Land erstmals geltend und verlangte die Übernahme der zum Austausch der Schließanlage erforderlichen Kosten. Der Schaden sei auf Grund einer grob fahrlässig begangenen Pflichtverletzung der Beigel. entstanden. Sie habe die Schlüssel nicht unbeaufsichtigt lassen dürfen. Der Bekl., in dessen Dienst die Beigel. stehe, habe daher im Wege der Drittschadensliquidation für Ersatz des dem Kl. entstandenen Schadens zu sorgen. Der Bekl. wies die Forderung schriftlich zurück.

Daraufhin hat die Bekl. Klage gegen das beklagte Land auf Schadensersatz erhoben. Besteht ein solcher Anspruch?

Das beklagte Land als Dienstherr könnte gegen die Beigel. einen Schadensersatzanspruch haben. Da es selbst aber nicht die Schule führt, ist bei ihm kein Schaden entstanden. Der Schaden hingegen ist bei der Schule entstanden. In Betracht kommt daher die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs des Dienstherrn im Wege der Drittschadensliquidation.

I. Vorliegen der Voraussetzungen für eine Drittschadensliquidation

„Eine **Drittschadensliquidation** ist zwar grundsätzlich dann möglich, wenn im Rahmen eines Ersatzanspruchs **Gläubigerstellung und Schaden auseinander fallen**. Ein Schaden, der typischerweise beim Berechtigten auftreten müsste, ist in diesen Fällen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und einem Dritten auf Letzteren verlagert. Ein solches **besonderes Rechtsverhältnis** ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt in Fällen der **Begründung einer Obhutspflicht**.

Wer als **berechtigter Besitzer einer fremden Sache** einen Vertrag abschließt, der hinsichtlich der Sache eine **Obhutspflicht** begründet, kann bei **Verletzung dieser Obhutspflicht** gegenüber dem Vertragsgegner den **Schaden des Eigentümers geltend machen** (Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., vor § 249 Rn. 116). Diesen Fällen ver-

gleichbar ist die besondere **öffentlich-rechtliche Konstellation des schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses**, bei dem eine kommunale Gebietskörperschaft als Schulträger den sächlichen Bedarf für den Schulbetrieb zur Verfügung stellen muss, während das Land als Dienstherr der Lehrkräfte deren persönliche Kosten zu tragen hat. Aus diesem Gemeinschaftsverhältnis resultiert für den **Dienstherrn** der Lehrkräfte die **Pflicht**, gegen diese im Wege der Drittschadensliquidation haftungsrechtlich **vorzugehen**, sofern der Schulträger **keinen eigenen Anspruch** auf Ersatz eines durch die betreffende Lehrkraft verursachten Schadens hat (VG Schleswig, NVwZ-RR 2009, 188).“ (VG Trier aaO)

1. Bestehen einer Obhutspflicht

Vorliegend ist das beklagte Land gem. § 74 I RhPflSchulG Dienstherr und Kostenträger der Lehrkräfte, während der klagende Landkreis als Gebietskörperschaft nach § 74 III 1 RhPflSchulG den Sachbedarf der Schule bereitzustellen hat.

„Aus dem **Dienstverhältnis als Lehrer** ergibt sich sodann die **Pflicht**, die dem Lehrer vom Schulträger anvertrauten **Sachmittel sorgsam zu verwahren** (OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.03.2005 – 5 LA 327/04, BeckRS 2005, 15251). Dementsprechend hat der Bekl., indem er die Beigel. in den Schuldienst aufnahm, im Hinblick auf die vom Kl. bereitgestellten Sachmittel eine **Obhutspflicht** der Beigel. für die ihr vom Kl. zur Verfügung gestellten Sachmittel begründet.“ (VG Trier aaO)

2. Fehlen eines eigenen Schadensersatzanspruchs

Die Drittschadensliquidation setzt jedoch im weiteren Voraus, dass der Geschädigte keinen eigenen Anspruch hat.

a) Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 S. 1 GG i. V. mit § 839 I BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch gegen den Bekl. wegen einer Amtspflichtverletzung der Beigel. (Art. 34 S. 1 GG i. V. mit § 839 I BGB). Ein solcher Anspruch setzt jedoch voraus, dass eine drittbezogene Amtspflicht verletzt wird.

„Die Beigel. War zwar im Rahmen ihres Dienstverhältnisses zum **sorgsamem Umgang** mit den vom Kl. zur Verfügung gestellten Sachmitteln verpflichtet. Hierbei handelte es sich jedoch **nicht um eine drittbezogene Amtspflicht** i. S. des Art. 34 S. 1 GG.

Eine **öffentlich-rechtliche Körperschaft** kann nur dann „Dritter“ im Sinne dieser Norm sein, wenn der Beamte ihr bei Erledigung seiner Dienstgeschäfte in einer Weise gegenüber tritt, die **charakteristisch für das Verhältnis zwischen dem Bürger und der öffentlichen Gewalt** ist (BGHZ 26, 232 = NJW 1967, 2400). Soll eine Amtspflichtverletzung geltend gemacht werden, dürfen die beiden sich gegenüber stehenden Hoheitsträger also **nicht eine ihnen gemeinsam übertragene Aufgabe gleichsinnig erfüllen**, sondern müssen in Vertretung einander widerstreitender Interessen tätig werden (BGH, DVBl 1974, 592 [593] = BeckRS 1974, 30382958). Ansonsten scheidet eine Amtshaftung aus Gründen der **Einheit der Staatsverwaltung** aus (Ossenbühl, StaatshaftungsR, 5. Aufl., S. 70).“ (VG Trier aaO)

Diese Voraussetzungen sind hier im schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis nicht erfüllt.

„Die **Organisation und Durchführung des Schulbetriebs** ist eine Landesaufgabe, welche den kommunalen Gebietskörperschaften des Landes sowie dem Land selbst als **gemeinsame Aufgabe** obliegt (vgl. § 5 I RhPflSchulG). Sie wirken gem. § 72 S. 1 RhPflSchulG bei Errichtung, Unterhaltung und Förderung der öffentlichen Schulen zusammen. Der Kl. als Schulträger und der Bekl. als Dienstherr der Lehrkräfte haben den Schulauftrag somit gemeinsam zu erfüllen. Das Handeln des einen gegenüber dem anderen im Rahmen der Erfüllung dieses Auftrags hat **keine quasihöheitlichen Züge**. Zum sorgsamem Umgang mit den ihr vom Kl. zur Verfügung gestellten Schlüsseln war die Beigel. Mithin zwar verpflichtet, jedoch nicht im Sinne einer ihr gerade gegenüber dem Kl. obliegenden drittbezogenen Amtspflicht.“ (VG Trier aaO)

Fehlt es aber an einer drittbezogenen Amtspflicht, so kommt ein eigener Anspruch der klagenden Schule gegen das beklagte Land nicht in Betracht.

b) eigener Schadensersatzanspruch gegen die Beigeladene

Die klagende Schule könnte einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen die Beigeladene wegen der Verletzung dienstrechtlicher Pflichten haben.

„Die Schadensersatzpflicht der rheinland-pfälzischen Beamten ist abschließend in § 86 I 1 RhPflBG geregelt. Verletzt danach ein Beamter vorsätzlich oder grob fahrlässig die ihm obliegenden Pflichten, so hat er **dem Dienstherrn**, dessen Aufgaben er wahrgenommen hat, **den daraus entstehenden Schaden** zu ersetzen. Eine **weitergehende Haftung**, etwa nach § 823 BGB, gegenüber Dritten ist **ausgeschlossen**. Hierdurch wird sichergestellt, dass der Beamte wegen Verletzung seiner Dienstpflichten nur gegenüber seinem Dienstherrn und damit demjenigen haftet, zu dem er in einem „öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis“ (§ 5 RhPflBG) steht. Auch kann **nicht der Schulträger selbst** – wie der BGH in einer singulär gebliebenen Entscheidung annahm (vgl. BGHZ 60, 371 = NJW 1973,

1461) – neben oder an Stelle der Anstellungskörperschaft als **Dienstherr der Lehrkräfte** für bestimmte, seine Rechtssphäre betreffende Aufgaben **angesehen werden** mit der Folge, dass verbeamtete Lehrkräfte auch ihm gegenüber nach § 86 I 1 RhPFBG zum Schadensersatz bei Dienstpflichtverletzungen verpflichtet wären. Die **Aufgabe**, die ihnen vom Schulträger zur Verfügung gestellten **Einrichtungen und Lehrmittel pfleglich zu behandeln** und vor Schaden zu bewahren, wird den Lehrkräften **allein von ihrer Anstellungskörperschaft** mit der Unterrichts- und Erziehungstätigkeit als selbstverständlich **übertragen** (BVerwG, NVwZ 1985, 904). Sie nehmen mithin **ausschließlich Aufgaben des Landes** wahr und sind somit nur diesem als Dienstherrn gegenüber regresspflichtig.“ (VG Trier aaO)

Ein eigener Anspruch auf Schadensersatz steht dem Kl. somit weder gegen den Bekl. noch gegen die Beigel. zu.

3. Folgen für die Drittschadensliquidation

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass es willkürlich und ungerechtfertigt erscheint, wenn der Schadensverursacher, hier die Beigel., wegen der zufälligen Schadensverlagerung vom Inhaber der ihm gegenüber bestehenden Rechtsposition, hier des beklagten Dienstherrn, auf einen Dritten, vorliegend den Schulträger, bessergestellt würde. Daher wird in diesen Fällen der Kreis der Ersatzberechtigten erweitert auf den Inhaber der Rechtsposition.

„Dieser hat dann als Folge des schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses (§§ 5 I, 72 S. 1 RhPfSchulG) **auf Verlangen des Dritten gegenüber dem Schädiger den Schaden geltend zu machen** und den gegebenenfalls erhaltenen Betrag an den geschädigten Dritten **auszukehren oder seinen Anspruch an den Dritten abzutreten** (BVerwGE 120, 370 = NVwZ 2004, 1372 = NJW 2004, 3792 L; BVerwG, NJW 1995, 978; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2005, 477; VG Schleswig, NVwZ-RR 2009, 188; Oetker, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 249 Rn. 282).“ (VG Trier aaO)

II. Bestehen eines Anspruchs des Dienstherrn gegen die Beigeladene

Die Geltendmachung des Drittschadens durch den Dienstherrn setzt jedoch voraus, dass dieser einen Anspruch gegen die Beigeladene hat. Ein solcher Schadensersatzanspruch könnte sich aus § 86 I 1 RhPFBG wegen der Verletzung einer Dienstpflicht ergeben. Hierbei müssen jedoch alle Anspruchsvoraussetzungen – bis auf die Schadensentstehung - vorliegen.

1. Verletzung einer Dienstpflicht

Dadurch, dass die Beigel. den ihr überlassenen Schlüssel nicht so aufbewahrte, dass er vor dem Zugriff Dritter geschützt war, hat sie die ihr auferlegten Pflichten i. S. von §§ 64, 65 RhPFBG verletzt.

„Im unmittelbaren Verhältnis zum Dienstherrn gehört es zur selbstverständlichen Pflicht einer Lehrerin, die ihr für die Erfüllung ihres Dienstes überlassenen Gegenstände vor vermeidbaren Schäden zu bewahren (vgl. hierzu OVG Koblenz, NVwZ-RR 2005, 477).“ (VG Trier)

2. Verschulden

Ein Beamter schuldet dem Dienstherrn aber wegen einer Dienstpflichtverletzung nur dann Schadensersatz, wenn er die ihm obliegenden Pflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat.

Da ein Vorsatz der Beigel. ausscheidet, kommt nur eine Haftung wegen grober Fahrlässigkeit in Betracht.

a) Begriff der groben Fahrlässigkeit

„Grob fahrlässig handelt, wer die **im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders hohem Maße verletzt**. Dies ist der Fall, wenn der Schadensverursacher die einfachsten, ganz naheliegenden Überlegungen nicht angestellt und nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste (vgl. BVerwGE 19, 243 [248] = NJW 1965, 458). Er muss es **unterlassen haben, naheliegende, unerschwer zu ergreifende Sicherheitsvorkehrungen zu ergreifen**, und sich über Bedenken hinweggesetzt haben, die sich jedem aufdrängen mussten. Ferner muss dem Handelnden auch in subjektiver Hinsicht ein **schweres Verschulden vorzuwerfen** sein (vgl. Palandt/Heinrichs, § 277 Rn. 5).“ (VG Trier aaO)

b) Anwendung auf den Sachverhalt

„Vorliegend verkörperte sich in den der Beigel. überlassenen **Schlüsseln ein hoher Wert**, so dass sie im Umgang mit diesen zu einer erhöhten, über das übliche Maß hinausgehenden Sorgfalt verpflichtet war. Dies war ihr auch bekannt und bewusst, nachdem sie mehrfach auf das hohe Risiko im Fall eines Verlusts hingewiesen worden war. Gleichwohl kann nicht allein die Tatsache, dass die Beigel. ihren Rucksack mit den Schulschlüsseln im Fahrzeug liegen ließ, als sie dieses an ihren Ehemann übergab,

den Vorwurf grober Fahrlässigkeit begründen. Es **entspricht nicht allgemeiner Lebenserfahrung**, dass ein **schlichter Rucksack** während einer ein- bis zweistündigen Parkdauer Dritte **zum Einbruchsdiebstahl animiert**. Ferner befand sich der Rucksack nach den unbestrittenen Angaben der Beigel. im Fußraum vor dem Beifahrersitz, wo er wegen seiner dunklen Farbe **von außen schwer zu sehen** war. Er war mithin vor dem Zugriff Dritter zumindest durch die Barriere des verschlossenen Fahrzeugs geschützt. Es ist vom Gericht nicht zu entscheiden, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt es geboten hätte, den Rucksack aus dem Auto herauszunehmen, was jedenfalls naheliegt. Dies vermag aber allenfalls den Vorwurf einfacher, nicht hingegen grober Fahrlässigkeit zu begründen.

Stellte sich die Situation jedoch so dar, dass das **Heckklappenschloss** schon vor dem 29.01.2008 **defekt** war und dies der Beigel. und ihrem Ehemann auch bekannt war, wäre ein **objektiv wie subjektiv grob fahrlässiges Verhalten naheliegend**. Der Klägervortrag bewegt sich diesbezüglich jedoch im Bereich der Spekulation und wurde nicht hinreichend substantiiert. Daneben spricht eine Reihe von Gründen dafür, dass es sich gerade nicht so verhielt.[wird ausgeführt]“ (VG Trier aaO)

Nach alledem kann der Beigel. keine grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden. Somit kann der Bekl. auch nicht mit Aussicht auf Erfolg Schadensersatz wegen einer Dienstpflichtverletzung nach § 86 I 1 RhPFBG von ihr verlangen. Hat aber das beklagte Land als Dienstherr keinen Anspruch gegen die Beigel., so scheidet auch ein Anspruch des Kl. auf Drittschadensliquidation aus.

3. ergänzende Aspekte

Das Gericht hat sich aber darüber hinaus noch mit weiteren materiell-rechtlichen Aspekten auseinander gesetzt, die ebenfalls zu einer Abweisung der Klage geführt hätten.

a) Höhe des Schadens

„Die in §§ 249 ff. BGB normierten Grundsätze zum Schadensrecht finden auch auf Schadensersatzansprüche, die außerhalb des BGB und, wie hier, im Beamtenrecht angesiedelt sind, Anwendung (BVerwGE 115, 15 = NJW 2002, 529 L).“ (VG Trier aaO)

So hat nach § 249 I BGB derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn der die Ersatzpflicht begründende Umstand nicht eingetreten wäre. Er hat also im Wege der Naturalrestitution den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Nur soweit wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten ist, kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen, § 249 II BGB.

„Die Höhe des Schadens errechnet sich dann auf **Grundlage eines Kostenvoranschlags im Wege der fiktiven Schadensberechnung**. Der Gläubiger ist in der Verwendung der Ersatzleistung frei und braucht sie nicht zur Wiederherstellung zu verwenden (Palandt/Heinrichs, § 249 Rn. 6). Bei einem **verlorenen Schlüssel** und der damit einhergehenden Befürchtung, dass mit dem verloren gegangenen Schlüssel Missbrauch betrieben werden könne, **erleidet das mit dem Schlüssel zu öffnende Objekt keine Wertminderung**, so dass hinsichtlich des Austauschs der Schließanlage nicht auf der Grundlage eines Kostenvoranschlags durch fiktive Schadensberechnung Schadensersatz gewährt werden kann (AG Ludwigsburg, Urt. v. 13. 4. 2010 – 8 C 3212/09, BeckRS 2010, 14199). **Zu ersetzen** sind vielmehr die **tatsächlich anfallenden Kosten**. Vorliegend sind die auf Grund des Kostenvoranschlags vom 08.08.2008 geltend gemachten **Kosten dem Kl. nicht angefallen**, weil er die Schließanlage nicht durch Austausch der betroffenen Zylinder erneuert hat. Sie **werden ihm nicht anfallen**, weil er dazu übergegangen ist, ein gänzlich anderes Schließsystem zu installieren. Demgemäß könnte er allenfalls die durch die tatsächliche Erneuerung der Schließanlage anfallenden Kosten in Ansatz bringen.“ (VG Trier aaO)

Zwischen dem Verlust des Schlüssels durch die Beigel. am 29.01.2008 und der erstmaligen Geltendmachung des Schadens am 30.04.2009 sowie der Klageerhebung am 26.05.2011 lag zudem ein langer Zeitraum.

„[Von einer] Gefahr eines Missbrauchs des Schlüssels durch einen unbekanntem Dritten und mithin von einem Schaden des Kl. [kann] ernsthaft nicht mehr ausgegangen werden (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 16.06.2011 – 2 Sa 100/11, BeckRS 2011, 76460; LAG München, Urt. v. 24. 11. 2006 – 11 Sa 416/06, BeckRS 2009, 67758).“ (VG Trier aaO)

b) haftungsausfüllende Kausalität

„Hinsichtlich der Kosten für die Erneuerung der Schließanlage fehlt es sodann auch an der haftungsausfüllenden Kausalität, da über drei Jahre nach dem schädigenden Ereignis und fast 30 Jahre nach dem Einbau der alten Schließanlage die Frage zu verneinen ist, ob der Verlust des Schlüssels durch die Beigel. noch *conditio sine qua non* für die Erneuerung des Schließsystems ist.“ (VG Trier aaO)

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 344; Beschluss vom 28.11.2011 - 8 A 199/11)

1. Eine **kriminalpolizeiliche Gefährderansprache**, mit der der Geschäftsführer eines Inkassounternehmens unter Hinweis auf mögliche Ermittlungsmaßnahmen darüber „bösgläubig“ gemacht wird, dass das Einziehen erkennbar unberechtigter Forderungen – etwa aus verbotenen und strafbaren Internet-Glücksspielen – Beihilfe zum Betrug darstellen kann, **greift zwar in die Freiheit der Unternehmensbetätigung** ein, ist aber zur Verhütung drohender Straftaten **geeignet** und auch im Übrigen **verhältnismäßig**.
2. Eine auf die polizei- und ordnungsrechtliche **Generalklausel** des § 11 HessSOG gestützte Gefährderansprache ist in einem solchen Fall nicht durch die Möglichkeit des Widerrufs der Registrierung gemäß § 14 RDG ausgeschlossen.

A. Grundlagenwissen: Gefährderansprache (vgl. hierzu Hebler, Die Gefährderansprache, NVwZ 2011, 1364)

Die Gefährderansprache hat ist gesetzlich nicht geregelt. Darunter wird verstanden die in einem konkreten Fall an einen **potenziellen Gefahrenverursacher** gerichtete Ermahnung, Störungen der öffentlichen Sicherheit zu. Sie kommt zur Anwendung bei Personen, denen mitgeteilt wird, dass die Polizei- bzw. Ordnungsbehörde ausreichend über die bisherigen Verhaltensweisen der betreffenden Person informiert sei und dass **polizeiliche Gegenmaßnahmen** gegen die betreffende Person bereits **vorbereitet** seien.

Die Gefährderansprache ist mangels Regelungsgehalts kein Verwaltungsakt i. S. von § 35 S. 1 VwVfG. Sie stellt **schlicht-hoheitliches Handeln** und mithin einen Realakt dar. Eine Regelung im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG ist (nur) dann gegeben, wenn die Maßnahme der Behörde ihrem objektiven Gehalt nach darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge festzusetzen. Die Gefährderansprache beinhaltet **hinweisende Elemente** (Mitteilung des Kenntnisstandes der Behörde bezüglich der betreffenden Person), **empfehlende Elemente** (das Anheimstellen, bestimmte Dinge zu tun bzw. zu unterlassen) und auch **warnende Elemente** (es drohen bestimmte behördliche Maßnahmen, wenn die Person nicht wie empfohlen handelt); sie gibt indes **kein Tun, Dulden oder Unterlassen** rechtsverbindlich auf.

Auf Grund ihres nicht lediglich hinweisenden, sondern auch empfehlenden und warnenden Charakters geht mit der Gefährderansprache ein **Eingriff in den Rechtskreis der betroffenen Person** einher.

Die Gefährderansprache ist **nicht ausdrücklich gesetzlich** geregelt und es sind auch keine polizei- bzw. ordnungsgesetzlichen Standardbefugnisse einschlägig. Als Rechtsgrundlage kommt daher allein die **polizeiliche Generalklausel** in Betracht. Die polizeiliche Generalklausel erfordert eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Weiterhin muss die betreffende Person auch polizeilich Verantwortlicher sein, wobei im Zusammenhang mit Gefährderansprachen allein eine Verhaltens-, nicht hingegen eine Zustandsverantwortlichkeit in Betracht kommt. Schließlich muss das behördliche Handeln **ermessensfehlerfrei** und insgesamt **verhältnismäßig** sein.

Ob diese genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ist von den Einzelfallumständen abhängig. Bei einer Gefährderansprache handelt die Behörde „im Frühstadium von Gefahren“, denn es soll einem zukünftig zu besorgenden Verhalten einer bestimmten Person begegnet werden. Der Bereich der **Gefahrenabwehr** darf indes nicht verlassen und der Bereich der bloßen Gefahrenvorsorge nicht betreten werden, denn so weitgehend zu Gunsten der Polizeibehörden ist die polizeiliche Generalklausel nicht ausgestaltet. Es müssen daher **konkrete Erkenntnisse** vorliegen, dass mit **hinreichender Wahrscheinlichkeit** von der betreffenden Person eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** ausgeht.

B. Rechtsschutz gegen Gefährderansprache (vgl. VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 344)

Fall: Die Kl. ist ein registriertes Inkassounternehmen. Sie wendet sich gegen eine kriminalpolizeiliche „Gefährderansprache“ vom 28.05.2010, mit der ihr Geschäftsführer mündlich und durch einen übergebenen Vermerk darauf hingewiesen wurde, dass gegen Internet-Gewinnspielveranstalter, für die die Kl. Hunderte bis Tausende Zahlungsaufforderungen und Mahnschreiben versandt habe, im Jahre 2010 auf Grund zahlrei-

cher Strafanzeigen umfangreiche kriminalpolizeiliche Ermittlungsverfahren wegen versuchten bzw. vollendeten Betruges geführt worden seien, weil davon ausgegangen werden müsse, dass es für die geltend gemachten Forderungen keine Rechtsgrundlage gebe; teilweise hätten die Angeschriebenen nicht einmal einen Internetzugang. Der Geschäftsführer der Kl. werde durch diese Erklärung „bösgläubig“ gemacht. Sofern die Kl. zukünftig Mahnungen zu ungeprüften Gewinnspielforderungen o. Ä. verschicke, die wiederum zu umfangreichen Ermittlungsverfahren führten, werde davon ausgegangen, dass ihr Geschäftsführer sich der Beihilfe zum Betrug und/oder der versuchten oder vollendeten Erpressung schuldig machen könne. Für diesen Fall würden entsprechende Ermittlungsverfahren gegen ihn und gegebenenfalls weitere tatbeteiligte Personen bei der zuständigen StA vorgelegt. Nach Vorkorrespondenz hat die Kl. dagegen am 07.06.2010 beim VG Darmstadt Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Gefährderansprache erhoben und u. a. geltend gemacht, diese sei dem OLG Frankfurt a. M. übersandt worden, das daraufhin den Widerruf ihrer Registrierung gem. § 14 RDG prüfe. Die Klage wurde zudem damit begründet, dass eine Wiederholungsgefahr bestünde und die Kl. zudem in ihren Grundrechten aus Art. 14 I GG und 12 I GG betroffen sei. Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

1. Eröffnung der Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO für alle **öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art** eröffnet.

Mit der hier erfolgten sog. Gefährderansprache wurde eine Maßnahme nach § 1 IV HessSOG zur **vorbeugenden Verhütung zu erwartender Straftaten** getroffen, also eine Maßnahme im Rahmen der Prävention nach dem SOG. Es handelt sich um keine Maßnahme nach der StPO, für deren Überprüfung die Strafabteilungen des ordentlichen Gerichts zuständig wären. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. Statthaftigkeit einer Feststellungsklage, § 43 VwGO

Hier geht es um die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer behördlichen Maßnahme, so dass es um ein konkretes Rechtsverhältnis geht. Allerdings ist die Feststellungsklage nach § 43 II VwGO nur zulässig, wenn das klägerische Begehren nicht mit einer Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder Leistungsklage verfolgt werden kann oder hätte verfolgt werden können. Da es sich bei der Gefährderansprache um ein **schlicht-hoheitliches Vorgehen** handelt (s.o. unter A.), kommen weder Anfechtungs- noch Verpflichtungsklage in Betracht. Auch die allgemeine Leistungsklage ist zum Erreichen des Rechtsschutzziels nicht geeignet. Überwiegend wird daher der **Rechtsschutz** gegen die Gefährderansprache **über die Feststellungsklage** gewährt (vgl. Hebel in NVwZ 2011, 1364 [1365]).

3. Feststellungsinteresse

Der Kläger muss ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung haben. Hier ist, anders als bei § 42 II VwGO, grundsätzlich jedes schützenswerte Interesse ausreichend, das nicht zwingend ein rechtliches sein muss. Hier geht es dem Kläger um die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Gefährderansprache.

a) Wiederholungsgefahr

*„Dass das VG hier eine **Wiederholungsgefahr verneint** hat, weil die Kl. mit der fraglichen Gefährderansprache „bösgläubig“ gemacht worden sei, zu den dort aufgeführten Unternehmen keine Geschäftsbeziehungen mehr bestünden und mit der **einmaligen Durchführung der Maßnahme** der mit ihr verfolgte Zweck erreicht worden sei, ist **nicht zu beanstanden**. Es ging der Polizei auch erkennbar nicht primär um Ressourcenschonung, sondern entsprechend § 1 IV HessSOG um die **vorbeugende Verhütung zu erwartender Straftaten**, wozu aus ihrer Sicht der einmalige Hinweis auf die fehlenden Rechtsgrundlagen der von den aufgeführten Auftraggebern der Kl. verfolgten Forderungen und auf die darauf beruhende Annahme des versuchten bzw. vollendeten Betruges, die durch diesen Hinweis bewirkte „Bösgläubigkeit“ des Geschäftsführers der Kl. und die Inaussichtstellung einzuleitender Ermittlungsverfahren im Falle weiterer Forderungseinziehungen ausreicht.“ (VGH Kassel aaO)*

b) Grundrechtseingriff

Ein Feststellungsinteresse könnte sich aber daraus ergeben, dass die Klägerin sich in ihrer grundrechtlich in Art. 12 I und 14 I GG geschützten Berufs- und Unternehmenstätigkeit beeinträchtigt fühlt.

„Nach der diesem **Prüfungsansatz für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse** zu Grunde liegenden versammlungsrechtlichen Rechtsprechung durfte es sich auch auf einen **tiefgreifenden, schwerwiegenden Grundrechtseingriff** beschränken; dass das VG einen solchen wegen des nicht gezielten, sondern nur mittelbaren, **keine Rechtspflichten** begründenden, sondern nur eine (**warnende**) **Empfehlung** aussprechenden Angriffs durch die Gefährderansprache verneint hat, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, ohne dass es einer weiteren Prüfung im Rahmen eines Berufungsverfahrens bedürfte.“ (VGH Kassel aaO)

4. Ergebnis

Die Klage ist mangels Feststellungsinteresses unzulässig.

II. Ergänzende Erwägungen des Gerichts zur materiellen Rechtslage

1. Verhinderung von Straftaten

Die Gefährderansprache als Maßnahme der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten setzt voraus, dass deren Begehung überhaupt hinreichend konkret erscheint. Es kommt daher für die Gefährderansprache zur Kriminalprävention darauf an, ob eine solche Strafbarkeit überhaupt in Betracht kommt.

„Es geht bei den **Betrugsvorwürfen** gem. § 263 StGB in diesen Fällen nicht darum, dass die Anwender durch ein verwirrendes, **unübersichtliches oder sogar täuschendes Internet-Angebot** zu einem vermögensschädigenden „Mausklick“ als Verfügungshandlung veranlasst werden, denn das würde die Annahme eines wirksamen zu Stande gekommenen Vertrags und damit eine berechtigte Forderung voraussetzen. Diese Fälle sind vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass – wie in der Gefährderansprache ausgeführt – gerade **kein wirksamer Vertragsschluss** erfolgt, also **„keine Rechtsgrundlage für die Forderungen“** bestehen, weil „teilweise.. die Angeschriebenen nicht mal einen Internetzugang“ haben. Die Betrugshandlung liegt in diesen Fällen i. d. R. darin, dass den Anwendern – unter Ausnutzung der Verunsicherung auf Grund der Schnelligkeit und Unübersichtlichkeit der Internetnutzung – das **Bestehen wirksamer Forderungen vorgetäuscht** wird und sie dadurch zu der Verfügungshandlung in Form der Bezahlung der behaupteten Forderung veranlasst werden sollen (vgl. auch die Schreiben des Bundesverbandes Deutscher Inkasso-Unternehmen e. V. – BDIU – an die KI. vom 13.10. und 22.11.2005 im Rahmen des gegen sie gerichteten Ausschlussverfahrens). Für diese **Täuschung und Einschüchterung** der – meist jugendlichen – Internetnutzer ist die **Einschaltung von Inkassobüros von wesentlicher Bedeutung**. Das maschinell gefertigte, u. a. mit den Registrierangaben der KI. und den Daten der Internetnutzung versehene Forderungsschreiben vermittelt den **Eindruck eines seriösen, unzweifelhaften Zahlungsanspruchs** und übt durch die aufgeführten weiteren Vorgehensmöglichkeiten nebst dem Angebot einer Ratenzahlungsvereinbarung einen Zahlungsdruk aus, so dass die Annahme des VG einer zumindest objektiven Beihilfehandlung der KI. durchaus berechtigt erscheint. Aus dem im Schreiben des BDIU vom 13.10.2005 zitierten § 18 seiner Satzung ergibt sich vielmehr, dass ein Mitglied für einen Mandanten bei der **Einziehung einer Forderung nicht tätig werden darf, wenn diese ganz oder teilweise rechtsunwirksam** oder auf **sittenwidrige Weise zu Stande gekommen** ist; dementsprechend ist der KI. in diesem Schreiben auch eine derartige Überprüfung nahegelegt worden“ (VGH Kassel aaO)

2. Berechtigung der Polizei

Allerdings könnte ein Vorgehen der Polizei auf Grund der Generalklausel des § 11 HessSOG sei aus Gründen der Spezialität des Widerrufsverfahrens gem. § 14 RDG ausgeschlossen sein.

„Dieses Verfahren [ist] nicht in dem Sinne abschließend ..., dass die Polizei Straftaten, die durch die Inkassotätigkeit zu erwarten sind, nicht gem. § 1 IV i. V. mit § 11 HessSOG verhindern dürfte. Dann wäre die präventive Abwehr drohender Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten im Rahmen gewerblicher Betätigung wegen der Möglichkeit eines Gewerbeuntersagungsverfahrens gem. § 35 GewO generell nicht zulässig. Beide Möglichkeiten einer **konkreten** und einer **abstrakten behördlichen Gefahrenabwehr** können vielmehr **nebeneinander** ergriffen werden.“ (VGH Kassel aaO)

3. Zitiergebot

Der Kläger hat zudem geltend gemacht, dass ein Eingriff in einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erfolge, Art. 14 I GG jedoch nicht in dem Katalog der nach dem HessSOG gem. § 10 HessSOG beschränkten Grundrechte aufgeführt sei.

„[Es] ist ...unstrittig, dass die polizeirechtliche Verantwortlichkeit für abzuwehrende Gefahren eine **Grundrechtsschranke**, insbesondere in Form der **Sozialbindung des Eigentums** gem. Art. 14 I 2, II GG darstellt, wie sich schon aus der Zustandsverantwortlichkeit des Eigentümers gem. § 7 II HessSOG ergibt (vgl. u. a. Mühl/Leggereit/Hausmann, Polizei- und OrdnungR in Hessen, 3. Aufl. [2010], Rn. 93).“ (VGH Kassel aaO)

Kurzauslese I

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

BGB
§§ 150, 305

Vorbehaltlose Zahlung erhöhter Gaspreise Keine stillschweigende Zustimmung (BGH in NJW-RR 2012, 690; Urteil vom 22.02.2012 – VIII ZR 34/11)

BGB

Erhöht ein Versorgungsunternehmen einseitig den Gaspreis auf Grund einer **Preisanpassungsklausel**, die **nicht wirksam Vertragsbestandteil** geworden ist, kann die **vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises** durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung **nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis** angesehen werden.

*„Aus der Sicht des Kunden lässt sich der Übersendung einer Jahresabrechnung, die einseitig erhöhte Preise ausweist, nicht ohne Weiteres der Wille des Versorgungsunternehmens entnehmen, eine **Änderung des Gaslieferungsvertrags** hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen. Selbst wenn der Kunde auf Grund der Rechnung Zahlungen erbringt, kommt darin zunächst allein seine Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein (BGHZ 186, 180 = NJW 2011, 50 m. w. Nachw.).*

*Nach der Rspr. des Senats kann das Verhalten eines Kunden, der nach Übersendung einer auf einer einseitigen Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung weiterhin Gas bezogen hat, ohne die Preiserhöhung in angemessener Zeit gem. § 315 BGB zu beanstanden, lediglich dahin ausgelegt werden, dass er die **Billigkeit der Preiserhöhung nicht in Frage stellt** und ihr unter diesem Aspekt zustimmt. Hingegen kommt eine **weitergehende Auslegung des Kundenverhaltens** dahin, dass er nicht nur die Billigkeit der jeweiligen einseitigen Preisänderung, sondern – soweit es darauf ankommt – auch die **Berechtigung des Versorgungsunternehmens zur einseitigen Preisänderung an sich akzeptiert, nicht in Betracht** (BGHZ 186, 180 = NJW 2011, 50; BGH NJW 2011, 1342 = NZM 2011, 331 = WM 2011, 1860; BGH NJW 2011, 2800 = NZM 2011, 894).“ (BGH aaO)*

BGB
§§ 199 I Nr. 2, 195

Verjährungsbeginn Verlorene Kenntnis von Schuldneranschrift (BGH in NJW 2012, 1645; Urteil vom 28.02.2012 – XI ZR 192/11)

BGB

Hat der **Gläubiger** vor dem Stichtag des 01.01.2002 gem. Art. 229 § 6 I 2, IV 1 EGBGB Kenntnis von der Anschrift des Schuldners, **verliert er diese Kenntnis jedoch vor diesem Stichtag, beginnt** die nach § 199 I Nr. 2 BGB **kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist** nach § 195 BGB **erst dann, wenn der Gläubiger** nach dem genannten Stichtag **erstmalig wieder Kenntnis von der Anschrift des Schuldners erlangt** oder grob fahrlässig nicht erlangt.

- I. Vor dem Inkrafttreten des **Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes** galt die kenntnisunabhängige 30-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. Erst seit dem 01.01.2002 gilt die nach § 199 I Nr. 2 BGB kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB n. F.
- II. In **Überleitungsfällen** ist die Verjährungsfrist nach der st. Rspr. des BGH gem. Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 I BGB zu berechnen (BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584; BGH NJW 2008, 506 = WM 2008, 89; BGH NJW 2008, 2427 = WM 2008, 2272; BGHZ 186, 152 = NJW 2010, 3292). Zu der danach erforderlichen Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis von der Person des Schuldners gehört auch dessen Anschrift (BGH NJW 2009, 587 = WM 2008, 2165 m. w. Nachw.).

*„Erst seit dem 01.01.2002 gilt die nach § 199 I Nr. 2 BGB kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB n. F. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Kl. jedoch keine Kenntnis mehr von der Anschrift des Bekl. Hat der Gläubiger – wie hier die Kl. – vor dem Stichtag des 01.01.2002 Kenntnis von der Anschrift des Schuldners – hier des Bekl. –, verliert er diese Kenntnis jedoch vor diesem Stichtag, beginnt die nach § 199 I Nr. 2 BGB kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB erst, wenn der Gläubiger nach dem genannten Stichtag erstmalig wieder Kenntnis von der Anschrift des Schuldners erlangt oder grob fahrlässig nicht erlangt. Dies folgt aus dem vom Gesetzgeber mit der Einführung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 I Nr. 2 BGB für den Beginn der Verjährungsfrist verfolgten **Konzept**.*

*Der Gesetzgeber hat die Einführung der kurzen Regelverjährungsfrist von drei Jahren deshalb als unbedenklich angesehen, weil die **Verkürzung der Frist durch den nach dem subjektiven System des § 199 BGB hinausgeschobenen Fristbeginn kompensiert** wird und die **Höchstfristen die Gefahr der Verjährung von unbekanntem Ansprüchen auf ein hinnehmbares Maß reduzieren** (BT-Dr 14/6040, S. 108; BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584). Diesem Anliegen wird nur dann Rechnung getragen, wenn in Überleitungsfällen für das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 I Nr. 2 BGB auf den Stichtag des 01.01.2002 bzw. die Zeit danach abgestellt wird. Nur dadurch steht dem Gläubiger die dreijährige Überlegungsfrist des § 195 BGB in vollem Umfang zur Verfügung.*

*Die von der Revision vertretene Gegenansicht würde dazu führen, dass die Drei-Jahres-Frist des § 195 BGB entgegen ihrer gesetzgeberischen Konzeption (vgl. BT-Dr 14/6040, S. 95) nicht kenntnisabhängig und daher keine Überlegungsfrist mehr wäre (vgl. BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584). Die neue dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB würde selbst dann mit Ablauf des 31.12.2004 enden, wenn der Gläubiger zwischen dem 01.01.2002 und dem Schluss des Jahres 2004 keine Kenntnis von der Anschrift des Schuldners erlangt, sofern er diese Kenntnis zu einem früheren Zeitpunkt hatte und später – sei es auch durch Untertauchen des Schuldners – wieder verlor. Dies hätte eine vom Gesetzgeber **nicht gewollte** (BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584) **Schlechterstellung des Überleitungsgläubigers** zur Folge, weil er die 30-jährige Verjährungsfrist nach altem Recht verlieren würde, ohne gleichzeitig in den Genuss der nach § 199 I Nr. 2 BGB für den Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist erforderlichen subjektiven Voraussetzungen zu kommen.“ (BGH aaO)*

BGB
§ 249

Nutzungsausfallentschädigung Oldtimer

BGB

(OLG Karlsruhe in NJW-RR 2012, 548; Urteil v. 27.10.2011 – 9 U 29/11)

Nach **OLG Karlsruhe aaO** kommt bei der Beschädigung eines wertvollen Oldtimers ein **Anspruch auf Nutzungsausfall nur dann** in Betracht, wenn die **Verfügbarkeit des Fahrzeugs** eine **Bedeutung für die eigenwirtschaftliche Lebensführung des Eigentümers** hat. Erforderlich ist danach eine **Nutzung des Oldtimers im Alltag als normales Verkehrs- und Beförderungsmittel**; ein reines **Liebhaberinteresse** an der Nutzung (Ausflugsfahrten in der „Oldtimersaison“) ist hingegen **nicht ausreichend**.

- I. Maßgeblich ist, dass das beschädigte Kfz eine **Bedeutung für die eigenwirtschaftliche Lebensführung** des Berechtigten hat (vgl. Himmelreich/Hahn, Rn 327). Nutzungsausfall ist dann ersatzfähig, wenn und soweit ein **Fahrzeug als normales Verkehrs- und Beförderungsmittel genutzt** wird und der Geschädigte eine **fühlbare Beeinträchtigung** erleidet, weil er im Alltag bspw. auf öffentliche Verkehrsmittel zurückgreifen muss und Beeinträchtigungen in der zeitlichen Planung seines Alltagslebens erleidet (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 898; Himmelreich/Hahn, Rn 371).
- II. Bei der Beschädigung eines wertvollen Oldtimers liegen normalerweise andere Umstände vor: Die **Nutzung des Oldtimers bewirkt i. d. R. keine wirtschaftlichen Vorteile in der eigenwirtschaftlichen Lebensführung des Eigentümers**. Die Nutzung eines wertvollen Oldtimers ist vielmehr ein (meist kostspieliges) **Hobby** bzw. eine **Liebhaberei**.

*„Es geht daher bei einem Oldtimer für den Eigentümer um **immaterielle Vorteile**. Die Nutzung als normales Verkehrs- und Beförderungsmittel, wofür Nutzungsausfall verlangt werden könnte (vgl. Himmelreich/Hahn, Rn 371), steht bei einem Oldtimer normalerweise nicht im Vordergrund. Wenn die entgangene Nutzungsmöglichkeit bei einem Oldtimer für einen Eigentümer (nur) eine ideelle Beeinträchtigung darstellt, kommt ein Ersatz des Nutzungsausfalls nicht in Betracht, auch wenn die ideelle Beeinträchtigung erheblich sein mag.“* (OLG Karlsruhe aaO)

- III. Wenn die beabsichtigte Nutzung eines Oldtimers ausschließlich eine ideelle Bedeutung hatte, kommt es nicht darauf an, ob dem Eigentümer in der fraglichen Zeit ein anderes eigenes Fahrzeug zur Verfügung stand.

*„Die **Nichtverfügbarkeit eines anderen Fahrzeugs** ist bei einem Oldtimer für den Ersatz eines Nutzungsausfalls **nur dann von Bedeutung**, wenn der Oldtimer im Alltag zur **Befriedigung der (wirtschaftlich relevanten) normalen Verkehrs- und Beförderungsbedürfnisse genutzt werden soll** (vgl. OLG Frankfurt a. M. OLGR 2002, 341; OLG Düsseldorf VersR 1998, 911; OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 898; LG Berlin NJOZ 2009, 218; Himmelreich/Hahn, Rn 371).*

*Die wirtschaftliche Bedeutung, die ein Oldtimer – eventuell – bei einer Alltagsnutzung hat, wird i. Ü. auch bei der Höhe der Nutzungsausfallsätze deutlich, die von der Rspr. ggf. zuerkannt werden: Wenn bei einem Oldtimer Nutzungsausfall in Betracht kommt, werden grds. nur **relativ niedrige Nutzungsausfallpauschalen** erstattet, die dem geschätzten wirtschaftlichen Vorteil entsprechen, den das Fahrzeug bei einer Nutzung im Alltag für den Eigentümer gehabt hätte (vgl. OLG Düsseldorf VersR 1998, 911; Himmelreich/Hahn, Rn 394).“* (OLG Karlsruhe aaO)

BGB
§§ 433 I 1, 242

Vorzeitige Beendigung einer eBay-Auktion Berechtigung

BGB

(LG Detmold in MMR 2012, 371; Urteil vom 22.02.2012 – 10 S 163/11)

Bricht der Anbieter eine eBay-Auktion wegen anderweitiger Verkaufsabsicht vor einem Weiterverkauf **vorzeitig ab**, ist ein **berechtigter Grund hierfür zu verneinen**. Dem **Höchstbietenden** steht in diesem Falle ein **Anspruch auf Erfüllung des geschlossenen Kaufvertrags** zu.

*„Grds. kommt die Annahme einer **unangemessenen Benachteiligung des Anbieters und Verkäufers nur in krassen Ausnahmefällen** in Betracht. Der **Anbieter ist nämlich regelmäßig durch die Möglichkeit der Angabe eines Mindestgebots, der Größe der Bietsschritte sowie der Bietzeit in der Lage, sein Risiko zu begrenzen**. Nutzt er dies nicht, muss er sich an der Folge grds. festhalten lassen. Dies kann allerdings uneingeschränkt nur dann gelten, wenn die Auktion auch tatsächlich bis zum Ende der Bietzeit durchgeführt wurde und der Anbieter die Chancen eines niedrigen Startpreises insoweit genutzt hat und damit auch die Risiken tragen muss. Wurde aber die Auktion vorzeitig abgebrochen, muss der konkrete Einzelfall betrachtet werden. Dabei ist von besonderem Gewicht, ob sich die wesentliche Begründung, den Anbieter an seinem Angebot festzuhalten und den Bieter nicht seiner Willkür auszusetzen, im konkreten Einzelfall realisiert hat (OLG Koblenz MMR 2009, 630).*

*Die Bekl. hat die Auktion bereits am nächsten Tag abgebrochen. Durch die vorzeitige Beendigung hat sie sich selbst der Gefahr ausgesetzt, dass gerade ein solches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung entstehen kann. Wäre die Auktion bis zum regulären Ende betrieben worden, wäre möglicherweise ein höherer Preis erzielt worden. Ließe man den Einwand des Rechtsmissbrauchs zu, so wäre grds. jeder Anbieter berechtigt, die Auktion vorzeitig zu beenden (auch wenn hierfür kein Grund vorliegt), wenn das Höchstgebot zu diesem Zeitpunkt deutlich hinter dem wirtschaftlichen Wert der Sache zurückbliebe. Das wird jedoch den **spezifischen Besonderheiten einer Internetauktion** in keiner Weise gerecht.“* (LG Detmold aaO)

StGB
§ 152b I, IV

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion Dublette einer Maestro-Karte

StGB

(BGH in NStZ 2012, 318; Beschluss vom 13.10.2011 – 3 StR 239/11)

Bei der im Jahre 2002 an die Stelle der Euroscheck-Karte getretenen **Maestro-Karte** handelt es sich auch um eine **Zahlungskarte i.S.d. § 152b I, IV StGB**.

*„Kreditkarten sind **Zahlungskarten mit Garantiefunktion** (vgl. BGH NStZ 2008, 568; BGH NStZ-RR 2008, 280). Diese Qualität kommt aber auch den Maestro-Karten zu.*

Die Maestro-Karte ist 2002 an die Stelle der Euroscheck-Karte getreten. Für letztere war bis dahin anerkannt, dass es sich um eine Zahlungskarte i.S.d. § 152a I, IV StGB a.F. (Zahlungskarte mit Garantiefunktion) handelte. Für die Maestro-Karte gilt nichts anderes: Es handelt sich um eine Karte, die im „Drei-Partner-System“ eingesetzt wird, also auch gegenüber anderen als dem Aussteller der Karte benutzt werden kann. Es besteht die Möglichkeit, mit der Karte den Aussteller im Zahlungsverkehr zu einer **garantierten Zahlung** zu veranlassen: Nutzt der Karteninhaber die Karte am Geldautomaten einer dritten Bank, so ist die kartenausgebende Bank verpflichtet, den abgehobenen Betrag an die Betreiberin des Geldautomaten zu erstatten (vgl. zur früheren ec-Karte BGHSt 47, 160). Solche Karten sollten nach dem **Willen des Gesetzgebers** von § 152b IV StGB erfasst werden (vgl. BT-Dr 15/1720, S. 9). Dass es möglich ist, die Karte auch auf eine Weise zu nutzen, in der eine Zahlung von der ausgebenden Bank nicht garantiert wird, ist unerheblich (vgl. BGHSt 46, 146).“ (BGH aaO)

StGB
§§ 212 I, 13 I

Totschlag durch Unterlassen

StGB

(BGH in NStZ 2012, 319; Urteil vom 21.12.2011 – 2 StR 295/11)

Die **Nichtabwendung einer Gefahr** aus der von einem **Garanten eröffneten Gefahrenquelle** ist dann strafbar, wenn eine nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass **Rechtsgüter anderer Personen verletzt** werden können, und wenn diese **auf Grund dieser Gefahr auch tatsächlich verletzt** worden sind.

„Nach allgemeinen Grundsätzen hat jeder, der Gefahrenquellen schafft, die **erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen** zu treffen (vgl. BGHSt 53, 38). Da eine **absolute Sicherung gegen Gefahren nicht erreichbar** ist, beschränkt sich die Verkehrssicherungspflicht auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein **umsichtiger Mensch** für notwendig hält, um Andere vor Schäden zu bewahren. Strafbar ist die Nichtabwendung einer Gefahr aus der vom Garanten eröffneten Gefahrenquelle dann, wenn eine nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können.

Der Angekl. hatte durch Abstellen der Flasche mit dem gefährlichen Mittel auf dem Wohnzimmertisch im Zimmer der Geschädigten eine erhebliche Gefahrenquelle geschaffen. Er hatte der Geschädigten früher den Konsum angeboten, weshalb auch die Möglichkeit bestand, dass sie davon trinken würde. Eine Handlungspflicht für den Angekl. wurde in dem Augenblick begründet, in dem er wahrnahm, dass die Geschädigte tatsächlich davon trank. Da er nach den Feststellungen genau um die rasche Wirkung und die besondere Gefährlichkeit der Einnahme des Mittels durch Menschen wusste und erkannte, dass die Geschädigte eine erhebliche Menge des Mittels getrunken hatte, hätte er, nachdem er bemerkt hatte, dass sie die Flüssigkeit nicht sogleich erbrach, unverzüglich den Notarzt rufen müssen. Diese Pflicht hat er schuldhaft nicht erfüllt. Das **Unterlassen ist für den Tod der Geschädigten i. S. einer hypothetischen Rettung** bei unverzüglichem Herbeirufen des Notarztes **ursächlich geworden**.“ (BGH aaO)

StGB
§ 244a

Bandendiebstahl Tatbegehung nur durch 2 Mitglieder

StGB

(BGH in NStZ-RR 2012, 172; Beschluss vom 28.10.2011 – 13 S 85/11)

Auch eine nach **vorheriger Bandenabrede von nur zwei Mitgliedern verübte Tat** kann als Bandentat zu qualifizieren sein; das für das Vorliegen einer Bande erforderliche **dritte Mitglied muss nicht in die konkrete Tatbegehung eingebunden sein** oder auch nur Kenntnis von der Tatbegehung haben.

„**Voraussetzung** für die Annahme einer bandenmäßigen Begehungsweise ist neben der Mitwirkung eines weiteren Bandenmitglieds jedoch, dass die **Einzeltat Ausfluss der Bandenabrede** ist und nicht losgelöst davon ausschließlich im eigenen Interesse der jeweils unmittelbar Beteiligten ausgeführt wird. Letzteres ist nicht schon deswegen anzunehmen, weil die Tatbeute lediglich zwischen den Tatbeteiligten aufgeteilt wurde.

Schließlich schadet es nicht, dass das Landgericht nicht festgestellt hat, dass über die beiden tatbeteiligten Bandenmitglieder hinaus ein weiteres Bandenmitglied Kenntnis von der Begehung der Taten hatte. Dass zur Zeit der Tatbegehung womöglich nur zwei Bandenmitglieder Kenntnis von der Tatbegehung hatten, stellt weder das Vorliegen der zuvor getroffenen Bandenabrede noch den Umstand in Frage, dass diese Tat angesichts der festgestellten Tatumstände und konkreten Tatmotivation Ausfluss der Bandenabrede gewesen ist (vgl. BGH NStZ 2006, 342).“ (BGH aaO)

GG
Art. 3 I

Gleichheitsgebot Hinausschieben der Altersgrenze bei Richtern

öfFR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2012, 444; Beschluss vom 12.01.2012 – 1 A 1799/11)

Es **verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz** des Art. 3 I GG, dass **Richtern** – anders als Beamten – gem. § 3 III NWRiG das **Hinausschieben der Altersgrenze verwehrt** ist.

„Im **Unterschied zu Beamten** hat der Gesetzgeber in Bezug auf Richter den Gewährleistungsgehalt des Art. 97 GG zu beachten. Danach **genießen Richter** – schlagwortartig zusammengefasst – **sachliche und persönliche Unabhängigkeit**. Ermessensentscheidungen des Dienstherrn über eine Verschiebung der für den Eintritt in den Ruhestand maßgeblichen Altersgrenze nach dem Muster des § 32 I 1 NWBG n. F. könnten bei einer Erstreckung des Anwendungsbereichs auf Richter, je nachdem, wie die vorzunehmende Einzelfallprüfung ausfällt und die Entscheidung begründet wird, zweifelsohne diese richterliche Unabhängigkeit berühren. Auch dann, wenn sich der Dienstherr auf sonstige Gründe stützt, bliebe häufig zumindest der Anschein bestehen, dass die Entscheidung auch (mit) aus solchen Motiven erwachsen könnte, welche die richterliche Unabhängigkeit tangieren. Schon vor diesem Hintergrund dürfte der Landesgesetzgeber – sachlich gerechtfertigt – von einer Erstreckung des § 32 I 1 NWBG n. F. auf Richter absehen. Denn diese (Ermessens-)Vorschrift verlangt die tatbestandliche Prüfung, dass „dienstliche Gründe nicht entgegenstehen.“ (s. OVG Münster NVwZ-RR 2009, 932 = DRiZ 2009, 301). Hieran **hält der Senat uneingeschränkt fest**.“ (OVG Münster aaO)

GG

Amtshaftung

öfFR

Art. 34 S. 1

Entwendung eines in der Obhut des TÜV befindlichen Fahrzeugs

(OLG Karlsruhe in NJW-RR 2012, 661; Beschluss vom 03.08.2011 – 9 U 59/11)

Wird ein zu begutachtendes **Fahrzeug**, das sich **in der Obhut des TÜV** befindet, **entwendet**, scheidet eine eigene Haftung des TÜV aus. Bei einer Verletzung von Obhutspflichten **haftet das betreffende Bundesland** gem. Art. 34 S. 1 GG.

„Im Zusammenhang mit der Erstellung eines Gutachtens gem. § 21 I StVZO obliegen dem technischen Überwachungsverein zwar vorrangig **Amtspflichten**, die die **Sicherheit des Straßenverkehrs** betreffen. Die Überprüfung eines Fahrzeugs und die Erstellung eines Gutachtens ist allerdings zwangsläufig damit verbunden, dass der technische Überwachungsverein das betreffende Kraftfahrzeug für einen gewissen Zeitraum **zum Zwecke der Untersuchung in seine Obhut** nimmt. Daraus ergeben sich notwendig gewisse Gefahren für den Eigentümer, dessen Fahrzeug bei unsachgemäßer Behandlung beschädigt oder bei ungenügenden Sicherheitsvorkehrungen entwendet werden kann. Da die **Prüfungstätigkeit des TÜV nicht ohne gewisse Gefahren für das jeweilige Fahrzeug möglich** ist, besteht ein **enger Zusammenhang zwischen der hoheitlichen Aufgabe des TÜV**, die durch § 21 I StVZO vorgegeben ist, **und den sich daraus ergebenden Obhutspflichten** bei der Untersuchung von Fahrzeugen. Die Inobhutnahme von fremdem Eigentum ist keine eigenständige Tätigkeit des technischen Überwachungsvereins, die sich von seiner **hoheitlichen Hauptaufgabe** (Untersuchung und Erstellung von Gutachten) trennen ließe. Die Obhutspflichten des TÜV sind daher dem hoheitlichen Bereich zuzurechnen. Die Pflicht des TÜV, das Eigentum dessen nicht zu schädigen, der ihm eine Sache zur Prüfung übergeben muss, ist mithin eine allgemeine und drittschützende Amtspflicht (vgl. OLG München OLGR 1994, 135; vgl. i. Ü. zu Obhutspflichten von Behörden in ähnlichen Fällen BGH NJW 1973, 2102; LG Stade NVwZ-RR 2009, 50).

Die im vorliegenden Fall unter Umständen in Betracht kommende **Pflichtverletzung** der Bekl. betrifft eine solche hoheitliche Obhutspflicht: Der Kl. hat den Pkw zur Bekl. gebracht, weil eine Prüfung gem. § 21 I StVZO zum Zwecke der Erteilung einer Betriebserlaubnis erforderlich war. Das Fahrzeug verblieb nur deshalb in der Halle der Bekl., weil sie das erforderliche Gutachten [zunächst] nicht mehr erstellen konnte. Der Verbleib des Fahrzeugs bei der Bekl. sollte die Durchführung der Untersuchung und Erstellung eines Gutachtens am nächsten Arbeitstag ermöglichen. Aus den Erklärungen des Vertreters der Bekl. ergibt sich, dass die Bekl. im Rahmen ihres üblichen Betriebsablaufs regelmäßig Fahrzeuge über Nacht in ihrer Halle stehen lässt. Der Verbleib eines Fahrzeugs bei der Bekl. ermöglicht ihr, am nächsten Werktag früh sofort mit der Untersuchung beginnen zu können. Es gibt unter diesen Umständen keinen Anlass, die Inobhutnahme des Fahrzeugs rechtlich von der hoheitlichen Aufgabe gem. § 21 I StVZO zu trennen.“ (OLG Karlsruhe aaO)

BremJAPG

Bewertungsentscheidung

öfFR

§ 19

Gerichtl. Überprüfbarkeit

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2012, 438; Urteil vom 14.12.2011 – 2 A 109/09)

Die **Bewertung des Lösungsaufbaus einer juristischen Examensklausur** durch die Prüfer ist **gerichtlich voll überprüfbar**.

- I. Nach der **früheren Rspr. des BVerwG** war die gerichtliche Kontrolle der Bewertung von Prüfungsleistungen stark eingeschränkt. Sie hatte sich darauf zu beschränken, ob der Prüfer von falschen Tatsachen ausgegangen ist, allgemein gültige Bewertungsgrundsätze nicht beachtet hat oder sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen (BVerwGE 8, 272 = NJW 1959, 1842).
- II. Das **BVerfG** hat diese weitgehende Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle durch Einräumung eines generellen Beurteilungsspielraums beanstandet. Es hat in zwei Beschlüssen (BVerfGE 84, 59 = NJW 1991, 2008; BVerfGE 84, 34 = NJW 1991, 2005) die bisherige Rspr. gebilligt, soweit es um prüfungsspezifische Wertungen geht. Soweit hingegen fachliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfern und Prüfling bestehen, hat es die Rspr. beanstandet. Eine vertretbare, mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung dürfe nicht als falsch bewertet werden (vgl. auch: Niehues/Fischer, PrüfungsR, 5. Aufl., Rn 874 f.).
- III. Nach **OVG Bremen aaO** ist daher davon auszugehen, dass fachliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfern und Prüfling der gerichtlichen Kontrolle nicht entzogen sind.

„Vielmehr hat das Gericht auf Grund **hinreichend substantzierter Einwendungen des Prüflings** (vgl. BVerwGE 92, 132 = NVwZ 1993, 681) notfalls mit sachverständiger Hilfe darüber zu befinden, ob die von dem Prüfer als falsch bewertete Lösung im Gegenteil richtig oder jedenfalls vertretbar ist. Soweit indes nicht fachliche Fragen den Gegenstand der Leistungsbewertung bilden, sondern **komplexe prüfungsspezifische Bewertungen** – z. B. bei der Gewichtung verschiedener Aufgaben untereinander, bei der Einordnung des Schwierigkeitsgrades der Aufgabenstellung oder bei der Würdigung der Qualität der Darstellung – **im Gesamtzusammenhang des Prüfungsverfahrens** getroffen werden müssen und sich nicht ohne Weiteres in nachfolgenden Verwaltungsstreitverfahren einzelner Prüflinge isoliert nachvollziehen lassen, ist den Prüfern auch im Hinblick auf das **Gebot der Chancengleichheit** der Berufsbewerber ein **Bewertungsspielraum zuzubilligen** (vgl. zum Vorstehenden: BVerwG NJW 1995, 977).“ (OVG Bremen aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtBGB
§§ 253, 823**Klage wegen Ehrverletzung im Gerichtsverfahren
kein Rechtsschutzbedürfnis**

ZPO

(BGH in FD-ZVR 2012, 330373; Urteil vom 28.02.2012 - VI ZR 79/11)

Für Klagen auf Zahlung einer Geldentschädigung, die auf ehrkränkende Äußerungen in einem anderen Gerichtsverfahren bzw. gegenüber den Strafverfolgungsbehörden gestützt werden, besteht in aller Regel kein Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Äußerungen der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dienen oder in Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte oder Pflichten gemacht wurden.

Fall: Der Beklagte nimmt den klagenden Lebensversicherer (nachfolgend: Klägerin) auf Zahlung einer Entschädigung wegen ehrverletzender Äußerungen in Anspruch.

Der Beklagte hatte im Dezember 2001 bei der Klägerin einen Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen. Versicherte Person war seine Ehefrau. Die Versicherungssumme betrug zuletzt 1.682.163 €. Ende des Jahres 2003 verbrachten der Beklagte und seine Ehefrau einen Badeurlaub in Vietnam. Am 01.01.2004 kam die Versicherte unter im Einzelnen ungeklärten Umständen beim Baden im Meer zu Tode. Sie wurde entsprechend der Bitte des Beklagten nicht obduziert. Der Beklagte ließ den Leichnam am 03.01.2004 ohne vorherige Unterrichtung der Familie verbrennen. Der Verbleib der Urne mit der Asche der Verstorbenen ist ungeklärt. Das - u.a. auf Betreiben der Klägerin - von der Staatsanwaltschaft H. gegen den Beklagten eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Tötung seiner Ehefrau wurde gemäß § 170 II 1 StPO eingestellt.

In einem Vorprozess nahm der Beklagte die Klägerin auf Feststellung ihrer Leistungspflicht aus dem Lebensversicherungsvertrag in Anspruch. Die Klägerin berief sich auf Leistungsfreiheit gemäß § 170 I VVG a.F. Sie machte geltend, der Beklagte habe den Tod seiner Ehefrau vorsätzlich herbeigeführt, um in den Genuss der Versicherungsleistung zu kommen. Sie listete eine Reihe von Indizien auf, die nach ihrer Ansicht den Vorwurf stützten. Mit Urteil vom 21.08.2007 wies das Landgericht S. die Klage ab. Es hatte sich davon überzeugt, dass der Beklagte den Tod seiner Ehefrau vorsätzlich herbeigeführt hatte. Mit Urteil vom 11.11.2009 hob das Saarländische Oberlandesgericht die Entscheidung des Landgerichts auf und stellte fest, dass die Klägerin verpflichtet ist, die Leistung aus dem Lebensversicherungsvertrag zu erbringen. Die Klägerin habe die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls durch den Versicherungsnehmer gemäß § 170 I VVG a.F. nicht bewiesen. Das Urteil ist rechtskräftig.

Wegen der im Vorprozess und gegenüber der Staatsanwaltschaft H. aufgestellten Behauptungen verlangte der Beklagte von der Klägerin die Zahlung einer Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung. Die Klägerin hat daraufhin negative Feststellungsklage erhoben. Nachdem der Beklagte Widerklage auf Zahlung einer Geldentschädigung in Höhe von mindestens 20.000 € erhoben hatte, haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der negativen Feststellungsklage übereinstimmend für erledigt erklärt. Wird die Widerklage Erfolg haben?

Die Widerklage gerichtet auf die Zahlung einer Geldentschädigung in Höhe von mindestens 20.000 € wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Widerklage

Gegen eine negative Feststellungsklage kann grundsätzlich eine Widerklage auf Leistung erhoben werden. Damit wird jedoch die negative Feststellungsklage unzulässig. Dem haben die Parteien durch die übereinstimmenden Erledigungserklärungen Rechnung getragen. Allerdings ist fraglich, ob für die Widerklage ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

1. Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses gegen ehrverletzende Äußerungen im Gerichtsverfahren

*„Nach der **gefestigten Rechtsprechung** des erkennenden Senats besteht für Ehrschutzklagen **gegen Äußerungen, die der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Gerichtsverfahren oder dessen Vorbereitung dienen**, in aller Regel **kein Rechtsschutzbedürfnis** (BGH VersR 2008, 357 Rn. 12 m.w.N.; vgl. auch BVerfG, NJW-RR 2007, 840 f. m.w.N.; BGH WRP 1987, 627, 628 - Gegenangriff). Das sogenannte **Ausgangsverfahren** soll nicht durch eine Beschneidung der **Äußerungsfreiheit der daran Beteiligten beeinträchtigt** werden (vgl. BGH VersR 1992, 443 m.w.N.; VersR 2005, 277 f.).*

*Vielmehr müssen die Parteien in einem Gerichtsverfahren **grundsätzlich alles vortragen dürfen**, was sie **zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich** halten, auch wenn hierdurch die Ehre eines anderen berührt wird. Ob das Vorbringen wahr und erheblich ist, soll allein in dem seiner eigenen Ordnung unterliegenden Ausgangsverfahren geprüft werden. Der von der **ehrkränkenden Äußerung Betroffene kann weder Unterlassungs- noch Widerrufsansprüche** geltend machen (vgl. BGH NJW 1986, 2502, 2503 m.w.N.; VersR 2005, 277 [278]; VersR 2008, 357 Rn. 13). Dies trägt dem **Recht der Parteien auf wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutz** aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip sowie dem*

Recht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG Rechnung (vgl. BVerfG, NJW 1991, 29; NJW-RR 2007, 840, 841; BVerfG, Beschluss vom 15.12.2008 - 1 BvR 1404/04, juris Rn. 17, jeweils m.w.N.). Die Rechte des Betroffenen werden hinreichend dadurch gewahrt, dass ihm bereits **im Ausgangsverfahren** prozessual wie materiell-rechtlich **ausreichende Rechtsgarantien** zum **Schutz seiner Interessen** bereitstehen; er kann schon in diesem Verfahren die Behauptung des Prozessgegners zur Nachprüfung durch das Gericht stellen (vgl. BGH NJW 1962, 243, 244; NJW 1986, 2502, 2503; VersR 2008, 357 Rn. 13, 16).“ (BGH aaO)

2. Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses gegen ehrverletzende Äußerungen gegenüber Strafverfolgungsbehörden

Diese Grundsätze gelten entsprechend für Äußerungen gegenüber Strafverfolgungsbehörden (BGH NJW 1962, 243, 245; NJW 1986, 2502, 2503; vgl. auch BVerfGE 74, 257, 258, 262 f.; BVerfG, NJW 1991, 29, 30).

„Wer der **Staatsanwaltschaft** oder der **Polizei** seinen **Verdacht mitteilt**, dass ein anderer eine strafbare Handlung begangen habe, berührt **zwangsläufig** die **Ehre des anderen**. Das kann ihm nicht verwehrt werden; denn mit der Erstattung der Anzeige übt er ein jedem Staatsbürger zustehendes Recht aus. Die **Strafanzeige** eines Bürgers liegt darüber hinaus **grundsätzlich im allgemeinen Interesse** an der Erhaltung des Rechtsfriedens und an der Aufklärung von Straftaten; der Rechtsstaat kann darauf bei der Strafverfolgung nicht verzichten (vgl. Senatsurteil vom 14.11.1961 - VI ZR 89/59, aaO; BVerfGE 74, 257, 262). Aus diesen Gründen muss der **Anzeigende im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren** grundsätzlich das **vorbringen dürfen**, was er nach seinem Ermessen zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält.

Den **berechtigten Belangen des in seiner Ehre Betroffenen** ist durch die Bestimmung des § 164 StGB (falsche Verdächtigung), die Kostenregelung in § 469 StPO für den Fall einer vorsätzlich oder leichtfertig erstatteten unwahren Anzeige sowie die **rechtsstaatliche Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens** hinreichend Rechnung getragen. Für zivilrechtliche Abwehransprüche ist dagegen in aller Regel kein Raum (vgl. BGH NJW 1962, 243, 244; NJW 1986, 2502, 2503; BVerfGE 74, 257, 262; Beschluss vom 15.12.2008 - 1 BvR 1404/04, juris Rn. 17).“ (BGH aaO)

3. Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses auch für Schadensersatzklagen

Im vorliegenden Fall geht es allerdings nicht um einen Unterlassungs- oder Widerrufsanspruch, sondern um einen Anspruch auf Zahlung einer Geldentschädigung.

„Auch für solche Klagen besteht **in aller Regel kein Rechtsschutzbedürfnis**, wenn die Äußerungen der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dienen oder in Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte oder Pflichten gemacht wurden (vgl. BGH MDR 1964, 136; NJW 1986, 2502, 2503; Staudinger/Hager, BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 823 Rn. C 138; Münch-KommBGB/Rixecker, 6. Aufl., Anh. § 12 Rn. 191 f.; Helle, GRUR 1982, 207, 215 f.). Dies gilt **auch** dann, wenn das **andere Verfahren bereits abgeschlossen** ist.

Denn mit dem **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 III GG) und dem **Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs** (Art. 103 I GG) ist es nicht vereinbar, wenn redliche Äußerungen in einem Zivilprozess oder die redliche Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten im Straf(ermittlungs)verfahren **aus Gründen des Ehrenschutzes zu rechtlichen Nachteilen** führen, weil die Behauptung sich später im Prozess oder nach behördlicher Prüfung als unrichtig oder unaufklärbar erweist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2008 1 BvR 1404/04, juris Rn. 17 m.w.N.). Ein **wirkungsvoller gerichtlicher Rechtsschutz** in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten setzt voraus, dass der Rechtsuchende, **ohne Rechtsnachteile befürchten** zu müssen, gegenüber den Organen der Rechtspflege **alle Handlungen vornehmen** kann, die nach seiner von gutem Glauben bestimmten Sicht **geeignet sind, sich im Prozess zu behaupten** (vgl. BGH VersR 2008, 357Rn. 16; BVerfG, NJW-RR 2007, 840, 841 m.w.N.). In entsprechender Weise führte es zu einer mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarenden, **unzumutbaren Beschränkung des Einzelnen** und zu einer nicht mehr hinnehmbaren Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, wenn derjenige, der in gutem Glauben eine Strafanzeige erstattet hat, **befürchten müsste**, wegen seiner Äußerungen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden mit einer **Schadensersatzklage wegen Ehrverletzung überzogen zu werden** (vgl. BVerfGE 74, 257, 263; BVerfG, Beschluss vom 15.12.2008 - 1 BvR 1404/04, juris Rn. 17 m.w.N.). Soweit dem Senatsurteil vom 10.06.1986 (VI ZR 154/85, aaO unter 5.) insoweit etwas anderes entnommen werden könnte, wird daran nicht festgehalten.“ (BGH aaO)

4. Anwendung auf den Fall

aa) Äußerungen in Gerichtsverfahren

Die Äußerungen der Klägerin im Vorprozess standen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gegenstand dieses Verfahrens und waren dazu bestimmt und geeignet, den Standpunkt der Klägerin darzulegen und zu rechtfertigen.

„Nachdem der Beklagte die Klägerin auf Feststellung ihrer Leistungspflicht aus dem Lebensversicherungsvertrag in Anspruch genommen hatte, musste er **in Kauf nehmen**, dass die **näheren Umstände** des plötzlichen Ablebens seiner Ehefrau **eingehend erörtert** werden. Die Klägerin war in diesem Zusammenhang grundsätzlich berechtigt, im Prozess all das vorzutragen, was ihr für die Entscheidung über die Voraussetzungen der Leistungsfreiheit gemäß § 170 I VVG a.F. erheblich erschien, auch

wenn es sich dabei um Äußerungen handelte, die geeignet waren, sich abträglich auf das Ansehen des Beklagten auszuwirken.“ (BGH aaO)

bb) Beweisbarkeit der Äußerungen

Es könnte allerdings darauf ankommen, ob derjenige, der in einem gerichtlichen Verfahren ehrverletzende Äußerungen aufstellt, diese auch nachweisen kann.

„Es ist die **ureigenste Aufgabe** des mit dem Vorprozess befassten Gerichts, die ihm zur Rechtfertigung des Klagebegehrens und zur Rechtsverteidigung unterbreiteten Tatsachen zu prüfen und ihren **Wahrheitsgehalt** im Falle des Bestreitens **durch eine Beweisaufnahme zu klären**. Mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs wäre es **unvereinbar**, wenn eine Partei in einem Zivilprozess dem Ansehen des Gegners abträgliche **Tatsachen** zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung **nur dann vortragen** dürfte, wenn diese nach vorläufiger Würdigung **beweisbar erscheinen** (vgl. BGH VersR 2008, 357Rn. 16; BVerfG, Beschluss vom 15.12.2008 - 1 BvR 1404/04, juris Rn. 17 m.w.N.).“ (BGH aaO)

cc) vorherige Einstellung mangels Tatverdachts durch die StA

Allerdings wird dem Kl. hier eine schwere Straftat vorgeworfen, obwohl die Staatsanwaltschaft ein wegen des Verdachts dieser Straftat eingeleitetes Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts gemäß § 170 II 1 eingestellt hat.

„Denn eine derartige Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft **entfaltet keine Bindungswirkung für den Zivilprozess**. Vielmehr haben die Zivilgerichte grundsätzlich selbständig und aufgrund **freier Beweiswürdigung** (§ 286 ZPO) über die Voraussetzungen des vor ihnen geltend gemachten Anspruchs zu befinden. Sie sind in der Regel **selbst an Feststellungen in einem Strafurteil nicht gebunden** (vgl. BGHZ 3, 65, 69 f.; BGHZ 85, 32, 36 ff.; Urteil vom 26.01.1989 - X ZR 100/87, juris Rn. 18). Dies gilt umso mehr für Feststellungen in einer **Einstellungsverfügung** gemäß § 170 II StPO. Denn ihr kommt **keinerlei Rechtskraftwirkung** zu; das Ermittlungsverfahren kann jederzeit wieder aufgenommen werden (vgl. RGSt 67, 315, 316; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 170 Rn. 9; Karlsruher Kommentar/Schmid, StPO, 6. Aufl., § 170 Rn. 23). Die **Unschuldsvermutung** wird hierdurch entgegen der Auffassung der Revision **nicht verletzt**.“ (BGH aaO)

dd) Unanwendbarkeit der Beweisregel des § 190 S. 2 StGB

Nach § 190 S. 2 StGB ist der Beweis der Wahrheit einer behaupteten Tatsache ausgeschlossen ist, wenn ein rechtskräftiger Freispruch vorliegt. Diese Beweisregel schränkt den Grundsatz freier richterlicher Überzeugungsbildung ein und wird § 823 II BGB ins Zivilrecht transformiert (vgl. BGH BGHZ 3, 65; BGHZ 95, 212, 216; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 190 Rn. 4; Lenckner/Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 190 Rn. 4).

„Ihre Anwendbarkeit scheidet in Fällen wie dem vorliegenden, in denen das **Ermittlungsverfahren** gemäß § 170 II 1 StPO **eingestellt** worden ist, schon daran, dass der Beschuldigte vor der inkriminierten Behauptung **nicht** - wie in der Bestimmung vorausgesetzt - **vom Vorwurf der Tatbegehung freigesprochen** worden ist.“ (BGH aaO)

ee) Rechtsschutzbedürfnis wegen Schmähung

Ein Rechtsschutzbedürfnis können allenfalls dann bestehen, wenn über berechnete Wahrnehmung von Interessen hinaus die gegen den Kl. erhobenen Vorwürfe nicht nur dem zuvor anhängigen Gerichtsverfahren dienen, sondern darüber hinaus auch eine Schmähung darstellen würden.

„Die beanstandeten Äußerungen stellen auch **keine Schmähung** dar (vgl. zum Begriff der Schmähung: BGH VersR 2008, 357Rn. 22 m.w.N.). Im **Vordergrund** des Vorbringens der Klägerin stand ersichtlich die **Auseinandersetzung in der Sache**, nämlich die Abwehr des gerichtlich geltend gemachten Anspruchs auf Feststellung der Leistungspflicht aus dem Lebensversicherungsvertrag, und **nicht die Diffamierung der Person des Beklagten**.“ (BGH aaO)

ff) „Initiieren“ und „In-Gang-Halten“ des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens

„Insoweit hat die Klägerin von ihrem staatsbürgerlichen Recht Gebrauch gemacht, den Strafverfolgungsbehörden den Verdacht einer Straftat mitzuteilen. Dass die Klägerin hierbei **wissentlich unwahre oder leichtfertig unhaltbare Behauptungen** aufgestellt oder Äußerungen gemacht hätte, die in keinem inneren Zusammenhang mit dem von ihr verfolgten berechtigten Anliegen stehen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.12.2008 - 1 BvR 1404/04, juris, Rn. 18), ist weder ersichtlich noch dargetan.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Die Widerklage ist mangels Rechtsschutzinteresse unzulässig. Die Klage hat keinen Erfolg.

(BGH in NJW-RR 2012, 533; Urteil vom 07.03.2012 – IV ZR 277/10)

1. Das Berufungsgericht ist zur Nachholung einer unterbliebenen Entscheidung über die Zulassung der Berufung nur befugt, wenn das erstinstanzliche Gericht für eine Zulassungsentscheidung keine Veranlassung gesehen hat, weil es wegen eines auf mehr als 600 Euro festgesetzten Streitwerts von einer entsprechenden Beschwer der unterlegenen Partei ausgegangen ist, während das Berufungsgericht diesen Wert für nicht erreicht hält.
2. Aus dem Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das erstinstanzliche Gericht von einer Rechtsmittelfähigkeit seiner Entscheidung ausgegangen ist, wenn fehlerhaft eine Sicherheitsleistung nach § 709 S. 1 ZPO angeordnet worden ist.

Fall: Die Kl., eine Betriebskrankenkasse, begehrte von der Bekl., die unter anderem ein Altenzentrum in O. betreibt, die Bekanntgabe ihres Betriebshaftpflichtversicherers. Grund sind Aufwendungen der Kl. für eine stationäre Behandlung einer in dem Altenzentrum wohnenden Versicherten infolge eines Sturzes auf dem Flur des Heimes und dabei erlittener Verletzungen. Unter Hinweis auf ein möglicherweise bestehendes Teilungsabkommen bat die Kl. um Mitteilung, bei welchem Betriebshaftpflichtversicherer die Bekl. versichert sei, und um Angabe der Versicherungsnummer. Die Bekl. lehnte dies ab und teilte insoweit lediglich mit, dass ein Teilungsabkommen im vorliegenden Fall nicht bestehe.

Das AG hat der Auskunftsklage stattgegeben und den Streitwert auf 900 Euro festgesetzt. Es hat das Urteil nach § 709 ZPO gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Das LG hat die Klage auf Berufung der Bekl. abgewiesen. Das LG hat die Revision zugelassen. Wie wird der BGH entscheiden?

Die zulässige Revision wird Erfolg haben, wenn die Entscheidung des LG aus Rechtsgründen fehlerhaft ist.

Zunächst stellt sich die Frage, ob der BGH im Revisionsverfahren die ursprüngliche Zulässigkeit der Berufung noch zu prüfen hat.

„Die Zulässigkeit der Berufung ist als Prozessvoraussetzung für das gesamte weitere Verfahren ohne Bindung an die Feststellungen des BerGer. Auch noch im Revisionsverfahren zu prüfen (BGH, NJW 2011, 926 Rn. 7 m. w.N.).“ (BGH aaO)

I. Statthaftigkeit der Berufung nach § 511 II Nr. 1 ZPO

Die Berufung könnte nach § 511 II Nr. 1 ZPO statthaft sein. Dann müsste eine Beschwer von mehr als 600 Euro vorliegen. Hier ist das erstinstanzliche Gericht von einem Streitwert von 900 Euro ausgegangen, so dass sich daraus auch die Beschwer für das Berufungsverfahren ergeben könnte. Möglicher Weise hat das erstinstanzliche Gericht jedoch den Streitwert fehlerhaft festgelegt.

„Die für eine Zulässigkeit gem. § 511 II Nr. 1 ZPO notwendige Beschwer der Bekl. von mehr als 600 Euro ist nicht erreicht, weil sich die **Beschwer** bei einer Verurteilung zur **Auskunft** grundsätzlich nur nach dem **für die Erteilung der Auskunft erforderlichen Aufwand** richtet (grundlegend BGHZ 128, 85 [87 f.] = NJW 1995, 664; ferner BGHZ 164, 63 [65 f.] = NJW 2005, 3349; Senat, FamRZ 2010, 891 = BeckRS 2010, 08771 Rn. 6; NJW-RR 2009, 80 = ZEV 2009, 38 Rn. 4; FamRZ 2008, 1346 = BeckRS 2008, 10395 Rn. 5 f.; NJW-RR 2008, 889 Rn. 13 f.). Dieser Aufwand ist hier **minimal**, da nur die **Benennung des Betriebshaftpflichtversicherers** gefordert wird.

Eine darüber hinausgehende Beschwer der Bekl. ist mit der von ihr geltend gemachten „**Belastung**“ ihres **Versicherungsvertrags** nicht nachvollziehbar dargelegt. Zum einen ist nicht ersichtlich, was den Vertrag wirtschaftlich belasten soll. Zum anderen besteht nach dem **eigenen Vorbringen** der Bekl. **kein Teilungsabkommen** ihres Haftpflichtversicherers mit der Kl., so dass die Erteilung der Auskunft weder eine Regulierung noch eine Belastung des Vertrags nach sich ziehen kann.“ (BGH aaO)

II. Statthaftigkeit der Berufung nach § 511 II Nr. 2 ZPO

Die Berufung ist weiterhin nach § 511 II Nr. 2 ZPO dann statthaft, wenn das Amtsgericht die Berufung zugelassen hat. Eine Entscheidung hierüber wurde jedoch nicht ausdrücklich getroffen.

„Sind – wie hier – Anträge auf Zulassung der Berufung von den Parteien nicht gestellt, so ist eine **ausdrückliche Entscheidung** durch das erstinstanzliche Gericht **nicht nötig**. **Schweigen** bedeutet dann **Nichtzulassung** (BGH, NJW 2011, 926 Rn. 15 m. w.N.).“ (BGH aaO)

Die Berufung wurde auch nicht vom AG nach § 511 II Nr. 2 ZPO zugelassen.

III. Statthaftigkeit der Berufung wegen Zulassung der Revision

Möglicher Weise ist jedoch in der Zulassung der Revision durch das Landgericht zugleich auch die nachträgliche Zulassung der Berufung zu sehen.

1. Befugnis zur nachträglichen Zulassung der Berufung

*„Allerdings muss das BerGer. eine vom erstinstanzlichen Gericht nicht getroffene Entscheidung über die Zulassung der Berufung nachholen, wenn dieses für eine **Zulassungsentscheidung keine Veranlassung** gesehen hat, da es wegen eines auf mehr als 600 Euro festgesetzten Streitwerts auch von einer **entsprechenden Beschwer** der unterlegenen Partei **ausgegangen** ist, während das BerGer. diesen Wert für nicht erreicht hält. Daher ist eine **stillschweigende Zulassung der Berufung bei Zulassung der Revision** in Betracht zu ziehen, weil die gesetzlichen Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 II ZPO und für die Zulassung der Berufung gem. § 511 IV 1 Nr. 1 ZPO identisch sind (BGH, NJW 2011, 926 Rn. 13 m.w.N.).“ (BGH aaO)*

2. Voraussetzungen für nachträgliche Zulassung der Berufung

Fraglich ist allerdings, ob die Entscheidung über die Zulassung der Berufung durch das AG deshalb unterblieben ist, weil das hierfür primär zuständige erstinstanzliche Gericht keine Veranlassung gesehen hat, über die Zulassung zu entscheiden, da es von einer ausreichenden Beschwer nach § 511 II Nr. 1 ZPO ausgegangen ist. Dafür spricht, dass das AG den Streitwert auf 900 Euro festgesetzt hatte.

*„Zwar hat das AG den Streitwert auf mehr als 600 Euro festgesetzt. Der **Streitwert einer Auskunftsklage** und die **Beschwer des zur Auskunft verurteilten Beklagten** fallen jedoch in aller Regel so erheblich auseinander, dass allein deshalb für die Annahme, der erstinstanzliche Richter habe auf Grund seiner Streitwertfestsetzung keinen Anlass gesehen, über die Zulassung der Berufung zu entscheiden, nicht ohne Weiteres Raum ist (BGH, NJW 2011, 926; NJW 2011, 3790 Rn. 11).*

*Hinreichende **Anhaltspunkte** dafür, dass das AG **von einer Rechtsmittelfähigkeit** seiner Entscheidung **ausgegangen** ist, ergeben sich auch nicht aus der Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit. Das AG hat eine **Sicherheitsleistung nach § 709 S. 1 ZPO** angeordnet.*

*Der Fall liegt damit anders als diejenigen Fälle, in denen das Urteil nach § 708 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt und eine Abwendungsbefugnis gem. § 711 ZPO ausgesprochen worden ist. In diesen Fällen deutet die Abwendungsbefugnis darauf hin, dass die **Anwendbarkeit des § 713 ZPO** verneint, mithin die **Rechtsmittelfähigkeit der Entscheidung bejaht** worden ist (BGH, NJW 2011, 926 Rn. 18; NJW-RR 2010, 934 Rn. 20).*

*Mit der Anwendung des § 709 ZPO sind dagegen inzident ein Fall des § 708 ZPO und damit auch die Voraussetzungen des § 711 ZPO verneint worden. Dann ist **§ 713 ZPO von vornherein nicht anwendbar**, ohne dass es hierfür auf die Rechtsmittelfähigkeit der Entscheidung ankommt. Aus der fehlerhaften Anordnung einer Sicherheitsleistung und ihrer Höhe nach § 709 ZPO lassen sich deshalb hinreichend sichere Schlüsse zur Beurteilung der Rechtsmittelfähigkeit durch das AG nicht ziehen.“ (BGH aaO)*

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass das AG von einer Rechtsmittelfähigkeit seiner Entscheidung ohne weiteres ausgegangen ist und deshalb eine Entscheidung über die Zulassung der Berufung nicht getroffen wurde. Daher liegen auch die Voraussetzungen für eine nachträgliche Zulassung der Berufung durch das Berufungsgericht nicht vor.

Ergebnis: Die Berufung war nicht statthaft, so dass das Urteil rechtsfehlerhaft und aufzuheben ist. Die Berufung der Bkl. ist unzulässig und deshalb gem. § 522 I 2 ZPO zu verwerfen.

Akteneinsicht
Zulässigkeit der Verweigerung
(BGH in StV 2012, 321; Beschluss vom 26.01.2011 – 4 BGs 1/11)

1. Die Anwendung des **§ 153f i.V.m. § 153c StPO** setzt nicht voraus, dass die **Ermittlungen abgeschlossen** sind.
2. Mit dem Tatbestandsmerkmal „befindet sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß“ (§ 147 V 2 Alt. 3 StPO) ist allein eine **Freiheitsentziehung aufgrund des Verfahrens** gemeint, **in dessen Akten die Einsichtnahme begehrt wird**.
3. Eine der Gewährung von Akteneinsicht entgegenstehende **Gefährdung des Untersuchungszwecks** nach § 147 II 1 StPO kann sich **auch** daraus ergeben, dass durch die beantragte Akteneinsicht der **Untersuchungszweck in einem anderen Strafverfahren gefährdet** würde.

Fall: Der Besch. ist aufgrund eines Haftbefehls des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) in Den Haag in Frankreich festgenommen worden und befindet sich seitdem dort in Auslieferungshaft für den IStGH.

Der Verteidiger des Beschuldigten hat bei dem GBA die Verteidigung des Besch. angezeigt und Einsicht in die Akten beantragt. Daraufhin übersandte der GBA den Verteidigern gem: § 147 III StPO jeweils eine Ablichtung des Gutachtens „Das Kriegsgeschehen in der Demokratischen Republik Kongo und die Forces démocratiques pour la libération du Rwanda (FDLR)“ zur Einsichtnahme. Eine weiter gehende Akteneinsicht lehnte der GBA unter Hinweis auf § 147 II StPO ab. Durch die Gewährung einer über die bisher erfolgte Akteneinsicht hinausgehenden Einsichtnahme werde der Untersuchungszweck im vorliegenden Verfahren sowie im Verfahren vor dem IStGH gefährdet. Wegen der mit der Inhaftierung des Besch: zusammenhängenden Fragen verwies der GBA den Verteidiger darauf, bei der Anklagebehörde des IStGH um Akteneinsicht nachzusehen.

Hierauf hat der Verteidiger gem. § 147 V 2 StPO eine gerichtliche Entscheidung über die seitens des GBA erfolgte Ablehnung einer Akteneinsicht nach § 147 I StPO beantragt.

In der Folgezeit hat der GBA gem. § 153f I 1, II 1 Nr. 4 StPO i.V.m. § 153c I 1 Nr. 1 StPO im Hinblick auf das von der Anklagebehörde des IStGH betriebene Ermittlungsverfahren von der Verfolgung der dem Besch. im vorliegenden Verfahren zur Last gelegten Taten abgesehen, soweit er verdächtig ist, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gemäß §§ 7, 8, 9 und 11 des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) i.V.m. § 4 VStGB begangen zu haben. Hinsichtlich des Tatvorwurfs der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung nach §§ 129a, 129b StGB hat der GBA gem. § 153c I 1 Nr. 3 StPO von der weiteren Verfolgung abgesehen.

Der Verteidiger des Besch. fragte daraufhin telefonisch beim GBA an, ob nunmehr eine weiter gehende Akteneinsicht gewährt werde. Der GBA lehnte dies mit der Begründung ab, das hiesige Ermittlungsverfahren gegen den Besch. sei zwar mittlerweile eingestellt worden, die beantragte Akteneinsicht könne aber den Untersuchungszweck des Verfahrens vor dem IStGH gefährden. Nach dem Kenntnisstand des GBA habe der IStGH noch keine Akteneinsicht gewährt, so dass dessen Entscheidung über eine Akteneinsicht nicht vorgegriffen werden solle. Ein Recht des Besch. auf eine weitergehende als die bisher gewährte Akteneinsicht bestehe auch nicht gem. § 147 II 2 StPO, da der Besch. sich nicht im vorliegenden Ermittlungsverfahren, sondern aufgrund des Haftbefehls des IStGH in Haft befinde und daher eine Einsicht in die für den Erlass dieses Haftbefehls und die Haftfortdauer maßgeblichen Akten nach den Verfahrensregeln des IStGH zu erfolgen habe. Auch im Hinblick auf diese Entscheidung hat der Verteidiger gem. § 147 V 2 StPO eine gerichtliche Entscheidung beantragt.

Zu prüfen ist, ob die **Anträge** des Verteidigers **auf gerichtliche Entscheidung nach § 147 V 2 StPO** statthaft und begründet sind.

- I. **Über die Gewährung der Akteneinsicht entscheidet** gem. § 147 V 1 Hs. 1 StPO im vorbereitenden Verfahren die **StA**, hier mithin der GBA.

Versagt die StA die Akteneinsicht, so kann gem. § 147 V 2 StPO gerichtliche Entscheidung durch das nach § 162 StPO zuständige Gericht beantragt werden, wenn

- die StA den **Abschluss der Ermittlungen in der Akte vermerkt** hat,
- die **Einsicht in privilegierte Unterlagen** nach § 147 III StPO **versagt** wird oder
- der **Besch.** sich **nicht auf freiem Fuß** befindet.

I. Ü. ist die **Entscheidung der StA**, mit der sie die Akteneinsicht verweigert, regelmäßig **nicht anfechtbar** (BGH NSTZ-RR 2009, 145).

Zuständig für die vorliegend beantragte gerichtliche Entscheidung ist der Ermittlungsrichter des BGH (§§ 162 I 1, 169 I 2 StPO).

II. Vorliegend sind die Anträge auf gerichtliche Entscheidung nicht statthaft, da es an den hierfür erforderlichen Voraussetzungen nach § 147 V 2 StPO fehlt.

1. Der **Abschluss der Ermittlungen** (§ 169a StPO) ist in der Akte nicht vermerkt (§ 147 V 2 Alt. 1 StPO); ein solcher Vermerk ist jedoch gem. § 169a StPO erforderlich, wenn die StA erwägt, öffentliche Klage zu erheben.

„Hier sind die Ermittlungen indes nicht abgeschlossen: Vielmehr hat der GBA vor deren Abschluss – im Hinblick auf das von der Anklagebehörde des IStGH betriebene Ermittlungsverfahren – von der Verfolgung des Besch. gem. § 153f I 1, II 1 Nr. 4 StPO i.V.m. § 153c I 1 Nr. 1 StPO abgesehen, soweit er verdächtig ist, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gem. §§ 7, 8, 9 und 11 des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) i.V.m. § 4 VStGB begangen zu haben, und hat i. Ü. gem. § 153c I 1 Nr. 3 StPO von der weiteren Verfolgung abgesehen.“

Die Anwendung des § 153f StPO i.V.m. § 153c StPO setzt nicht voraus, dass Ermittlungen zum Abschluss gebracht sind (vgl. KK-Schoreit 6. Aufl., § 153c Rn 3; vgl. auch Meyer-Goßner 53. Aufl., § 169a Rn 1). Die Entscheidung, gem. § 153f StPO von der Verfolgung abzusehen, erwächst auch nicht in Rechtskraft (vgl. Meyer-Goßner, § 153c Rn 1); eine Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens ist vielmehr – ohne Verstoß gegen den von der Verteidigung insoweit angeführten Grundsatz „ne bis in idem“ – jedenfalls bis zu einem vollständigen Abschluss – durch Sachentscheidung – des Verfahrens vor dem IStGH möglich, so dass auch insoweit nicht von einem Abschluss der Ermittlungen auszugehen ist. Im Falle einer Wiederaufnahme wäre nach der zutreffenden Einschätzung des GBA der Untersuchungszweck des vorliegenden Verfahrens durch die Gewährung von Akteneinsicht gefährdet.“ (BGH aaO)

2. Die Versagung der Akteneinsicht durch den GBA betrifft hier auch nicht die in § 147 III StPO genannten **Niederschriften und Gutachten** (§ 147 V 2 Alt. 2 StPO).

„Das eingeholte Sachverständigengutachten ist den Verteidigern übersandt worden. Niederschriften über die Vernehmung des Besch. als Beschuldigter des vorliegenden Verfahrens liegen ebenso wenig vor wie richterliche Untersuchungshandlungen, bei denen dem Verteidiger des Besch. die Anwesenheit gestattet worden ist oder hätte gestattet werden müssen.“ (BGH aaO)

3. Auch die Voraussetzung der 3. Alt. des § 147 V 2 StPO, dass sich der **Besch. nicht auf freiem Fuß** befindet, ist hier nicht gegeben.

„Zwar befindet sich der Besch. in Haft. Die Inhaftierung ist jedoch nicht für das vorliegende Verfahren, sondern aufgrund des Haftbefehls des IStGH für das dortige Ermittlungsverfahren erfolgt. Dies erfüllt den Tatbestand des § 147 V 2 Alt. 3 StPO nicht.“ (BGH aaO)

a) In der **Rspr. der Instanzgerichte** und im **Schrifttum** wird allerdings teilweise die Ansicht vertreten, dass ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 147 V 2 Alt. 3 StPO auch dann zulässig ist, wenn sich der Besch. in anderer Sache in Haft befindet.

LG München I StV 2006, 11; LG Regensburg StV 2004, 369; LR-Lüderssen/Jahn, 26. Aufl., § 147 Rn 160b; wohl auch Meyer-Goßner, § 147 Rn 39

b) Dieser Auffassung ist jedoch nach **BGH aaO** nicht zu folgen (ebenso LG Mannheim StV 2001, 613; KK-Laufhütte, § 147 Rn 26, wonach es bei einer Inhaftierung in anderer Sache des – hier nicht gegebenen – Vorliegens eines (noch) nicht vollzogenen Haftbefehls in der Sache bedarf, auf die sich das Akteneinsichtsgesuch bezieht).

aa) Zwar enthält der **Wortlaut des § 147 StPO** keine Ausführungen zum Grund, weshalb sich der Besch. nicht auf freiem Fuß befindet. Sowohl aus der **Gesetzesbegründung** als auch aus der **Gesetzessystematik** sowie dem **Sinn und Zweck** der Vorschrift ergibt sich jedoch, dass mit dem Tatbestandsmerkmal „befindet sich der Besch. nicht auf freiem Fuß“ (§ 147 V 2 Alt. 3 StPO) eine Freiheitsentziehung aufgrund des Verfahrens gemeint ist, in dessen Akten die Einsichtnahme begehrt wird.

„Die in § 147 V 2 StPO vorgesehene Möglichkeit, gegen die Versagung der Akteneinsicht unter bestimmten Voraussetzungen eine gerichtliche Entscheidung beantragen zu können, ist durch das Strafverfahrensänderungsgesetz (StVÄG 1999, BGBl. 2000 I, 1253) eingefügt worden. Dabei war im Gesetzentwurf der Bundesregierung die oben erwähnte 3. Alt. des § 147 V 2 StPO noch nicht enthalten (BT-Dr 14/1484, S. 6 und 21f.). Sie wurde auf Anregung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Dr 14/2595, S. 6) in den Gesetzentwurf aufgenommen.“

men und ist in dieser Fassung auch verabschiedet worden. Zur Begründung hat der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages ausgeführt, die auf der Grundlage eines Haftbefehls oder eines Unterbringungsbefehls behördlich verwahrten Personen – Satz 2 sei insofern § 83 III BRAGO nachgebildet – hätten ein **rechtlich anzuerkennendes besonderes Interesse** daran, dass **dem Verteidiger Akteneinsicht gewährt** werde. Dem sei dadurch Rechnung zu tragen, dass die Versagung der Akteneinsicht durch die StA auch in diesem Fall einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden könne. Eine nennenswerte **Verfahrensverzögerung** sei nicht zu befürchten, da in den betroffenen Fällen seitens der StA grds. Duplo-Akten im Hinblick auf die Rechtsbehelfe der Haftprüfung bzw. der Beschwerde (§§ 117 I und II, 126a II StPO) geführt würden (BT-Dr 14/2595, S. 28).

Diese Begründung zeigt, dass es dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 147 V 2 Alt. 3 StPO darum ging, die **Rechtsposition des Besch. zu stärken**, der eine Einsichtnahme in die Akten des Verfahrens begehrt, für das er inhaftiert oder untergebracht ist. Dafür sprechen insbesondere die auf die Führung von Duplo-Akten bezogenen Ausführungen in der Gesetzesbegründung. Hätte der Gesetzgeber die Inhaftierung oder Unterbringung in einem anderen Verfahren für ausreichend erachtet, müsste es sich bei der Sache, in deren Akten die Einsichtnahme begehrt wird, gerade nicht um eine Haftsache handeln und würden demzufolge auch nicht „grds. Duplo-Akten im Hinblick auf die Rechtsbehelfe der Haftprüfung bzw. der Beschwerde“ geführt.“ (BGH aaO)

- bb) Für diese Auslegung sprechen überdies der **Sinn und Zweck** sowie die **Systematik** des § 147 StPO.

„Die Möglichkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung nach § 147 V 2 Alt. 3 StPO bezieht sich auf das nunmehr in § 147 II 2 StPO geregelte – und zuvor nach der st. Rspr. des EGMR (vgl. BT-Dr 16/11644, S. 33f. mwN) sowie der Rspr. des BVerfG (vgl. BVerfG NSTZ-RR 1998, 108) und des BGH (vgl. BGH NJW 1996, 734) gegebene – besondere Akteneinsichtsrecht des Besch., der sich in U-Haft befindet oder gegen den diese im Falle der vorläufigen Festnahme beantragt ist. Dieses besondere Akteneinsichtsrecht soll durch die Eröffnung einer gerichtlichen Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung zusätzlich abgesichert werden.“ (BGH aaO)

- cc) Auch nach der **Rspr. des EGMR** (NJW 2002, 2013, 2014f.), deren Umsetzung die Einführung des § 147 II 2 StPO diente (BT-Dr 16/11644, S. 33f.), bedarf es aufgrund des in Art. 6 EMRK verankerten Rechts auf ein kontradiktorisches Verfahren nur der Vorlage der Schriftsätze und Beweismittel an die Verteidigung, die von der StA dem Gericht zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung vorgelegt wurden und die daher für den Verteidiger zum Zwecke einer wirksamen Anfechtung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung seines Mandanten wesentlich sind.

Diese Informationen liegen jedoch nur in dem Verfahren vor, in dem U-Haft angeordnet oder – im Fall der vorläufigen Festnahme – beantragt worden ist, hier also in dem Verfahren vor dem IStGH.

III. Die Anträge auf gerichtliche Entscheidung sind zudem auch unbegründet.

1. Gegen die Entscheidung des GBA, dem – nicht für das vorliegende Verfahren in Haft sitzenden – Besch. wegen einer **Gefährdung des Untersuchungszwecks** derzeit keine über § 147 III StPO hinausgehende Akteneinsicht zu gewähren, ist auch insoweit nichts zu erinnern, als der GBA hierbei neben der Gefährdung des Untersuchungszwecks des vorliegenden Verfahrens auf eine Gefährdung des Untersuchungszwecks des vor dem IStGH geführten Verfahrens abgestellt hat und eine solche Gefährdung von der Anklagebehörde des IStGH ausdrücklich bestätigt wurde.
2. Eine der Gewährung von Akteneinsicht entgegenstehende Gefährdung des Untersuchungszwecks gem. § 147 II 1 StPO kann sich auch daraus ergeben, dass durch die beantragte Akteneinsicht der **Untersuchungszweck in einem anderen Strafverfahren gefährdet** würde (Meyer-Goßner, § 147 Rn 25).

„Dem entsprechend sieht das Gesetz – jeweils ausdrücklich – in § 147 VII 1 StPO für den nicht verteidigten Besch., in § 406e II 2 StPO für den Verletzten und in § 477 II 1 StPO für Auskünfte und Akteneinsicht für Justizbehörden, andere öffentliche Stellen, Privatpersonen und sonstige Stellen vor, dass auch eine **Gefährdung des Untersuchungszwecks in anderen Strafverfahren** die Versagung der Akteneinsicht rechtfertigen kann. Dass der Gesetzgeber im Zuge der Ergänzung der vorstehend genannten Regelungen durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts (BGBl. 2009/I,

2274) nicht auch § 147 II 1 StPO mit dem Zusatz versehen hat, dass auch eine Gefährdung des Untersuchungszwecks in einem anderen Strafverfahren ausreiche, steht der oben genannten rechtlichen Beurteilung nicht entgegen.“ (BGH aaO)

3. Ebenso vermögen die Regelungen des Art. 6 EMRK und der aus Art. 10 der Präambel und Art. 1 i.V.m. Art. 17 - 20 des Römischen Statuts folgende **Komplementaritätsgrundsatz** keine weiter gehende als die seitens des GBA gewährte Akteneinsicht nach § 147 III StPO zu begründen.

„§ 153f StPO flankiert das in § 1 VStGB verankerte **Weltrechtsprinzip im Verfahrensrecht** (BT-Dr 14/8524, S. 37; Meyer-Goßner, § 153f Rn 1). Wie der Gesetzgeber anlässlich der Einfügung des § 153f StPO durch das Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs in der Gesetzesbegründung ausgeführt hat, besteht auch bei Fällen, die – wie hier – dem Weltrechtsprinzip unterliegen, eine gestufte Zuständigkeitspriorität: In erster Linie sind zur Verfolgung der Tatortstaat und der Heimatstaat von Täter oder Opfer sowie – stellvertretend für diese (KK-Schoreit, § 153f Rn 1) – ein zuständiger internationaler Gerichtshof berufen; die (an sich gegebene) Zuständigkeit von Drittstaaten – wie hier der BR Deutschland – ist demgegenüber als Auffangzuständigkeit zu verstehen, die **Straflosigkeit vermeiden**, aber i. Ü. die primär zuständigen Gerichtsbarkeiten nicht unangemessen zur Seite drängen soll. Dem **Tatortstaat** und dem **Heimatstaat von Täter oder Opfer** gebührt der **Vorrang wegen ihres besonderen Interesses an der Strafverfolgung** und wegen der regelmäßig gegebenen **größeren Nähe zu den Beweismitteln**; und ein internationaler Strafgerichtshof, der bereit ist, den Fall an sich zu ziehen, vermag den Gedanken der internationalen Solidarität am besten zur Geltung zu bringen und verfügt typischerweise über weiterreichende Möglichkeiten, Beweismittel im Wege der (vertikalen) strafrechtlichen Zusammenarbeit zu erlangen (BT-Dr 14/8524, S. 37; ebenso LR-Beulke, § 153f Rn 6).

Einem internationalen Gerichtshof, der bereit ist, den Fall an sich zu ziehen, soll daher gegenüber einer **Strafverfolgung durch Drittstaaten** der Vorrang zukommen.

Die genannten **Gesetzesmaterialien** enthalten insbes. auch Ausführungen zur Zuständigkeit des IStGH. Soweit mit den oben aufgezeigten Zuständigkeitsprioritäten ein Vorrang der Strafverfolgung auch durch den IStGH anerkannt werde, stehe dies nicht im Widerspruch zu dem **Subsidiaritätsprinzip des Art. 17 IStGH-Statut** (Römisches Statut). Dieses sei nämlich nicht dahin zu verstehen, dass es auch den Staat, der im konkreten Fall zur Strafverfolgung allein nach dem Weltrechtsprinzip berufen sei, dazu ermutige, diese Zuständigkeit gegenüber dem IStGH durchzusetzen (BT-Dr 14/8524, S. 37).

Vor diesem Hintergrund betrachtet ist nicht ersichtlich, dass mit der Entscheidung des GBA, dem Beschuldigten derzeit keine über § 147 III StPO hinausgehende Akteneinsicht zu gewähren, eine Verkürzung der Rechte des Beschuldigten aus Art. 6 EMRK verbunden sein könnte.“ (BGH aaO)

VwGO
§ 80 V**Bindungswirkung des § 80 V VwGO-Beschlusses**
Neuerlass des VA mit Anordnung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO

VwGO

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2012, 385; Beschluss vom 26.01.2012 – 12 ME 291/11)

Hat das Verwaltungsgericht die **aufschiebende Wirkung des Widerspruches** gegen einen Verwaltungsakt (hier Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens) **wiederhergestellt**, so ist die **Behörde** durch einen solchen stattgebenden Beschluss nach § 80 V VwGO **nicht gehindert**, den betreffenden **Verwaltungsakt durch einen neuen im Wesentlichen inhaltsgleichen Bescheid zu ersetzen**. Sie darf diesen aber – ohne Befassung des Gerichts – nicht mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO versehen, sondern ist gehalten, insoweit einen Abänderungsantrag nach § 80 VII 2 VwGO zu stellen.

Fall: Im Jahr 2006 beantragte der Beigel. die Erteilung von zwei Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb von insgesamt drei Windenergieanlagen. Nach Anhörung ersetzte der Ag. mit (zwei) Bescheiden vom 26.01.2011 jeweils das verweigerte gemeindliche Einvernehmen der Ast. für die Vorhaben und ordnete die sofortige Vollziehbarkeit der beiden Ersetzungsverfügungen an. Zur Begründung seiner Entscheidungen führte er im Wesentlichen an, es liege ein atypischer Fall i. S. des § 35 III 3 BauGB vor und öffentliche Belange stünden den Vorhaben nicht entgegen. Die Ast. erhob gegen die beiden Ersetzungsbescheide Widerspruch und beantragte die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Mit Beschluss vom 26.05.2011 im Verfahren (4 B 471/11) gab das VG dem Eilantrag statt und stellte die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Ast. gegen die Ersetzungsbescheide vom 26.01.2011 wieder her. Die Entscheidung wurde rechtskräftig.

Mit Bescheid vom 04.08.2011 hob der Ag. im Folgenden die Ersetzungsbescheide vom 26.01.2011 auf, ersetzte nach Anhörung der Ast. mit (zwei) Bescheiden vom 08.08.2011 (erneut) deren gemeindliches Einvernehmen für die Errichtung der insgesamt drei Windenergieanlagen und ordnete die sofortige Vollziehbarkeit der Ersetzungsverfügungen an. Zur Begründung führte er (der Ag.) an: Da die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens Bestand habe, könne über eine Einvernehmensersetzung neu entschieden werden. Dem Flächennutzungsplan der Ast. komme keine Ausschlusswirkung i. S. des § 35 III 3 BauGB zu, da die 25. Änderung des Flächennutzungsplans aus dem Jahre 1998 offenkundig unwirksam sei und auch die 41. Änderung des Flächennutzungsplans aus dem Jahre 2002 infiziere. Den Vorhaben stünden auch keine Belange i. S. des § 35 III BauGB entgegen. Da die zulässigen Immissionsrichtwerte eingehalten würden, die als Standort gewählten Flächen sowohl für Vögel als auch für Fledermäuse keine hohe Bedeutung besäßen und ein Verstoß gegen artenschutzrechtliche Bestimmungen nicht zu erwarten sei, seien insbesondere § 35 III 1 Nrn. 3 und 5 BauGB nicht einschlägig.

Die Ast. erhob mit Schreiben vom 06.09.2011 Widerspruch gegen diese Ersetzungsbescheide vom 08.08.2011 und beantragte am 08.09.2011 gerichtlich festzustellen, dass ihrem Widerspruch aufschiebende Wirkung zukomme, hilfsweise die aufschiebende Wirkung ihrer Widersprüche wiederherzustellen. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Antrags

Da um öffentliches Baurecht gestritten wird, ist der **Verwaltungsrechtsweg** nach § 40 I 1 VwGO ohne weiteres eröffnet. Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens ist auch gegenüber der Ast. eine Einzelfallmaßnahme mit regelnder Außenwirkung nach § 35 S. 1 VwVfG (Planungshoheit als Teil der Selbstverwaltungsgarantie betroffen), so dass ein **belastender Verwaltungsakt** vorliegt, gegen den in der Hauptsache die Anfechtungsklage einschlägig ist, so dass **Eilrechtsschutz** gem. § 123 V VwGO grundsätzlich **über § 80 V VwGO** zu gewähren ist.

Allerdings sieht § 80 V VwGO als Regelungsziel die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vor, während der Ast. hier davon ausgeht, dass ihm diese **aufschiebende Wirkung** schon zukommt und er dies **gerichtlich festgestellt** wissen will, damit der Ag. sie beachten muss.

Geht die Behörde davon aus, dass ein Suspensiveffekt nicht besteht, obwohl der Widerspruchsführer von der aufschiebenden Wirkung ausgeht, so kann ein Fall der sog. **faktischen Vollziehung** vorliegen. Im Verhältnis zwischen Behörde und Adressaten eines belastenden Verwaltungsaktes ist anerkannt, dass der Betroffene analog § 80 V VwGO vom Gericht die Feststellung begehren kann, dass sein Widerspruch aufschiebende Wirkung hat.

vgl. VGH BW NVwZ-RR 1991, 176; BayVGH NJW 1983, 835 (836); HessVGH NVwZ-RR 1988, 124; Schoch, "Vorläufiger Rechtsschutz", S. 1486 ff.; ders. "VerwArch 82 (1991), 145 (170); Kopp Rn. 10; Schenke Verwaltungsprozessrecht, Rn. 1015, Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Schoch, VwGO, § 80a Rn 56

Der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ist demnach analog § 80 V VwGO statthaft. Sonstige Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen nicht.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn dem Widerspruch des Ast. aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers sich daraus ergeben, dass das VG in dem vorgelagerten Verfahren diese aufschiebende Wirkung mit seinem Beschluss wieder hergestellt hat. Allerdings hat der Ag. danach neue Bescheide erlassen und diesen erneut eine Anordnung der sofortigen Vollziehung beigefügt. Gleichwohl könnte der ursprüngliche Beschluss des VG auch hinsichtlich dieser neuen Anordnungen Bindungswirkung entfalten.

1. Bindungswirkung des Beschlusses nach § 80 V VwGO

Der ergangene Beschluss nach § 80 V VwGO hindert den Ag. ohne weiteres, die ursprünglichen Ersetzungsbescheide vom 26. 01.2011 mit einer neuen Vollzugsanordnung versehen werden dürfen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Vielmehr hat der Ag. diese Bescheide aufgehoben und nach erneuter Anhörung auf eine „veränderte rechtliche Ausgangslage“ durch den Erlass einer neuerlichen Ersetzungsentscheidung mit entsprechender Vollzugsanordnung zu reagiert. Fraglich ist, ob er durch den ergangenen Beschluss auch hieran gehindert war.

„Der Senat schließt sich insoweit mit dem VG der wohl herrschenden Meinung an, wonach der durch § 80 VII VwGO zum Ausdruck gebrachte Vorrang der gerichtlichen Entscheidungszuständigkeit nicht nur der nochmaligen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit hinsichtlich des „Ursprungsverwaltungsakts“ entgegensteht. Vielmehr ist es danach auch nicht zulässig, dass die Behörde eine mit der früheren Regelung inhaltlich identische „Neuregelung“ vornimmt und deren sofortige Vollziehbarkeit anordnet (so auch: OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, 170; NVwZ-RR 1995, 376; OVG Greifswald, Beschl. v. 18.06.2003 – 2 M 84/02; VGH München, DVBl 1999, 624; OVG Bremen, NVwZ 1991, 1194; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl., Rn. 1016; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. 1; § 80 Rn. 358 ff.; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 80 Rn. 173; a. A.: VGH Mannheim, NVwZ 1991, 1000). Für diese Auffassung spricht insbesondere der – ansonsten leicht zu umgehende – Zweck der Regelung des § 80 VII VwGO.

Wie sich aus Satz 2 dieser Norm ergibt, ist es der Behörde nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch ein Gericht selbst bei einer Änderung der Sach- oder Rechtslage verwehrt, den Sofortvollzug in dieser Sache (erneut) anzuordnen. Auch im Falle einer Änderung der Lage soll die Behörde gezwungen sein, den Weg über § 80 VII VwGO zu gehen, damit vor dem erneuten Versuch eines behördlichen Sofortvollzugs eine unabhängige Instanz, nämlich das Gericht darüber befindet, ob das Abänderungsverfahren eröffnende veränderte Umstände eingetreten sind und ob diese von solchem Gewicht sind, dass die rechtliche Würdigung zu einem anderen Ergebnis als bei der Aussetzungsentscheidung führt. Das Gericht – und nicht die Verwaltung in eigener Zuständigkeit – soll demnach prüfen, ob sich die Umstände wesentlich geändert haben und ob – im Falle der Bejahung dieser Frage – die von dem Gericht zuvor im Rahmen des § 80 V VwGO getroffene Entscheidung ganz oder teilweise rückgängig gemacht oder aufgehoben werden soll. Würde man diese Befugnis der Behörde zuerkennen, hätte dies zudem die (unerwünschte) Folge, dass der ursprüngliche Ast. erneut in die Defensive geriete, da er sich wiederum an das Gericht wenden und gem. § 80 V 1 VwGO (nochmalige) Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragen müsste (Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im VerwaltungsR, S. 1707 f.). Da die Erheblichkeit veränderter Umstände und die Begründetheit eines Abänderungsantrags oftmals streitbefangen sein wird, soll die Exklusivität des gerichtlichen Abänderungsverfahrens aber gerade sicherstellen, dass die durch die gerichtlich angeordnete Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung geschaffene „Ruhelage“ die von ihr geforderte Befriedungswirkung entfalten kann (Schoch, S. 1709).“ (OVG Lüneburg aaO)

Vor dem Hintergrund dieses Gesetzeszwecks macht es aber keinen Unterschied, ob die Behörde nach einer Änderung der Sach- oder Rechtslage (erneut) den Sofortvollzug des ursprünglichen Verwaltungsakts anordnet oder – ggf. gar ohne Änderung der Lage – den ursprünglichen Verwaltungsakt zwar aufhebt, aber durch einen neuen Verwaltungsakt mit (im Wesentlichen) gleichen Inhalt ersetzt und dann diesen „neuen“ Verwaltungsakt mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versieht.

„Anders als der Ag. geltend macht, wird durch diese Auffassung auch nicht etwa die Entscheidungszuständigkeit bzw. -kompetenz der Behörde infrage gestellt. Es ist ihr unstreitig – worauf schon das VG zutreffend hingewiesen hat – unbenommen, den ursprünglichen Verwaltungsakt aufzuheben und durch einen neuen, ggf. auch inhaltlich identischen Verwaltungsakt zu ersetzen (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2001, 362 m. w. Nachw.) und diesen nach Eintritt der Bestandskraft auch zu vollziehen. Es fehlt ihr im Falle einer stattgebenden Eilentscheidung nach § 80 V VwGO aus den dargelegten Gründen lediglich die Befugnis, hinsichtlich eines mit dem Ursprungsverwaltungsakt (im Wesentlichen) inhaltsgleichen „neuen“ Verwal-

tungsakts den Sofortvollzug nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO anzuordnen. Will sie die sofortige Vollziehbarkeit dieses „neuen“ Verwaltungsakts erreichen, muss sie sich stattdessen an das Gericht wenden und einen Abänderungsantrag nach § 80 VII 2 VwGO stellen.“ (OVG Lüneburg aaO)

2. Wesentliche Änderung der Bescheide

Fraglich ist daher, ob hier im wesentliche inhaltsgleiche neue Verwaltungsakte ergangen sind oder ob – wovon der Ag. ausgeht, die Ersetzungsbescheide wesentlich im Kern geändert sind.

„Der Ag. hat **lediglich die Begründung** der Ersetzungsentscheidungen geändert und dabei die in dem Beschluss des VG vom 26.05.2011 () geäußerte Rechtsauffassung berücksichtigt.“ (OVG Lüneburg)

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Ersetzung des Einvernehmens im Ermessen der Behörde steht.

„Bei einem **Ermessensverwaltungsakt** liege nach der Rechtsprechung des BVerwG aber schon dann eine **„Wesensänderung“** vor, wenn als ermessensfehlerhaft beanstandete Erwägungen durch **ermessensfehlerfreie ersetzt** würden. Da die in den ursprünglichen Bescheiden vom 26.01.2011 angestellten Ermessenserwägungen in den „neuen“ Bescheiden vom 8. 8. 2011 durch einen gänzlich anderen Begründungsansatz ausgewechselt worden seien, bildeten die neuen Ersetzungsentscheidungen gegenüber den ursprünglichen ein „aliud“ mit der Folge, dass sich eine Bindung des Ag. an den zu den ursprünglichen Bescheiden ergangenen Beschluss des VG vom 26.05.2011 nicht einmal über das „Umgehungsargument“ begründen lasse.

Dieser Einwand **überzeugt nicht**. Dabei kann **offenbleiben**, ob es sich bei der **Einvernehmensersetzung** nach § 36 II 3 BauGB um eine gebundene oder eine im behördlichen **Ermessen** stehende Entscheidung handelt. Der Senat hat zwar Letzteres bejaht (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866), dies ist aber **nicht unumstritten** (vgl. zum Meinungsstand ferner jüngst: VHG Mannheim, BauR 2011, 1954 = NVwZ-RR 2012, 58 m. w. Nachw.). Ebenso bedarf keiner Entscheidung, ob – wie die Bf. meinen – die Behörde nach Aufhebung des ursprünglichen Verwaltungsakts immer schon dann berechtigt ist, die sofortige Vollziehung eines neuen, im Tenor aber identischen Verwaltungsakts anzuordnen, wenn sich dieser **neue Verwaltungsakt** bei Anwendung der vom BVerwG zum **Nachschieben von Gründen** entwickelten Kriterien durch neue oder ausgetauschte Ermessenserwägungen als **„im Wesen verändert“** (vgl. dazu: BVerwGE 106, 351 = NVwZ 1999, 425) darstellt oder ob insoweit ein anderer Maßstab anzuwenden ist.“ (OVG Lüneburg aaO)

Der auch vom VG angenommene **„andersgeartete Begründungsansatz“** des Ag. bei den „neuen“ Ersetzungen des Einvernehmens vom 08.08.2011 gegenüber den ersten Ersetzungsbescheiden vom 26.01.2011 **betrifft** nämlich – anders als der Ag. geltend macht – **nicht die Ermessensebene**. Ausgetauscht worden sind vielmehr lediglich die Darlegungen zur Tatbestandsseite des § 36 II 3 BauGB. Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens ist nach § 36 II 3 BauGB nur zulässig, wenn **„ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde“** anzunehmen ist. Die Rechtswidrigkeit der Versagung kann zwangsläufig nur mit Blick auf die **Zulässigkeit eines konkreten Vorhabens** beurteilt werden.

„Die in allen vier Bescheiden **wortgleichen** (und nur dem Sinn nach verständlichen) Ausführungen zeigen, dass – entgegen den **Darlegungen** des Ag. – vorliegend **nicht etwa fehlerhafte Ermessenserwägungen durch beanstandungsfreie ausgetauscht** worden sind. Vielmehr wählt der Ag. in den Bescheiden vom 08.08.2011 im Verhältnis zu den Bescheiden vom 26.01.2011 (**lediglich**) **einen anderen Begründungsansatz**, um die für die Ersetzung des Einvernehmens gem. § 36 II 3 BauGB tatbestandlich vorausgesetzte Rechtswidrigkeit der Versagung des Einvernehmens zu begründen.

Dass der Ag. dabei davon ausging, den im Beschluss vom 26.05.2011 geäußerten Beanstandungen des VG an den Ersetzungsentscheidungen vom 26.01.2011, die letztlich zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Ast. führten, Rechnung tragen zu können, und nach **Aufhebung dieser Bescheide** durch neue Bescheide vom 08.08.2011 (**erneut**) **das Einvernehmen** ersetzte, ist eine als solche **zulässige Vorgehensweise**. Die Behörde kann aber in solchen Konstellationen – wie dargelegt – hinsichtlich der neuen Bescheide **nicht aus eigenem Recht (erneut) den Sofortvollzug anordnen**. Vielmehr hat die zu den Bescheiden vom 26.01.2011 getroffene Entscheidung des Gerichtes, wonach dem Widerspruch der Ast. gegen die Ersetzungsentscheidungen aufschiebende Wirkung zukommt, Bedeutung auch für den Widerspruch der Ast. gegen die Bescheide vom 8. 8. 2011 und ist der Ag., will er den Sofortvollzug erreichen, gehalten, sich mit einem Antrag gem. § 80 VII 2 VwGO an das Gericht zu wenden.

Allein diesem kommt die Kompetenz zu, zu prüfen, ob die Auffassung des Ag. zutrifft, die im Beschluss vom 26.05.2011 geäußerten Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Ersetzungsverfügungen vom 26.01.2011, die seinerzeit zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung geführt haben, seien bei den „neuen“ Ersetzungsentscheidungen vom 08.08.2011 ausgeräumt.“ (OVG Lüneburg aaO)

Ergebnis: Aufgrund der Bindungswirkung des ursprünglichen Beschlusses besteht hier die aufschiebende Wirkung, so dass der Feststellungsantrag analog § 80 V VwGO zulässig und begründet ist.

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 387; Urteil vom 24.01.2012 – 10 S 1476/11)

1. Bei einer **Störermehrheit** sind die auf der **Sekundärebene** für die Heranziehung zu den Kosten der Ersatzvornahme anzustellenden Ermessenserwägungen vorrangig am **Gebot der gerechten Lastenverteilung** auszurichten.
2. **Gefahrnähe** und **Verfahrensökonomie** sind insoweit **ebenso wenig sachgemäße Ermessensgesichtspunkte** wie die Verweisung auf einen in der Literatur vereinzelt vertretenen, nach der gefestigten zivilgerichtlichen Rechtsprechung aber **nicht gegebenen Gesamtschuldnerausgleich**.

Fall: Der Kl. wandte sich gegen seine Heranziehung zu Kosten der Ersatzvornahme einer abfallrechtlichen Beseitigungsverfügung. Der Bekl. hatte ursprünglich mit Bescheid vom 23.04.2002 den Kl. sowie 9 Anlieferer von Altholz zu der in Insolvenz gefallenen S.-GmbH, die auf mehreren gepachteten Grundstücken des Kl. eine immissionsschutzrechtlich genehmigte Holzschredder-Anlage betrieb, zur Entsorgung von ca. 8000 – 10 000 t Altholz, das im Rechtssinne als Abfall qualifiziert worden war, gesamtschuldnerisch herangezogen. Jeweils wurde die sofortige Vollziehung der Bescheide angeordnet und die Ersatzvornahme angedroht; dafür wurden voraussichtliche Kosten von etwa 750 000 Euro angesetzt. In dem Bescheid wurde ferner geregelt, dass diese Kosten im Falle einer Ersatzvornahme gesamtschuldnerisch und bezüglich der Anlieferer unter Berücksichtigung bestimmter Tonnen-Beschränkungen anteilig zu tragen seien.

Nach Durchführung der Ersatzvornahme wurde der Kl. seitens des Bekl. durch Bescheid vom 30.10.2007 zu den Gesamtkosten in Höhe von 97 255,21 Euro für die Entsorgung bestimmter Altholzabfälle herangezogen. Der Bekl. teilte mit, dass die insgesamt entstandenen Kosten zu seiner eigenen Überraschung nur 97 255, 21 Euro betragen haben. In der Begründung zur Heranziehung des Kl. für die Kosten der Ersatzvornahme führte der Bekl. an, dass die Inanspruchnahme des zunächst ausgewählten Kostenschuldners, des Insolvenzverwalters über das Vermögen der S.-GmbH, voraussichtlich nicht zur (vollständigen) Begleichung der Ersatzvornahmekosten führen werde. Vor diesem Hintergrund sei der „Ausstieg aus dem Ursprungskonzept“ („eins plus neun“) erklärbar und gerechtfertigt. Ursprünglich seien die Großanlieferer zwecks finanzieller Schonung des Kl. „mit ins Boot genommen worden“; die tatsächlich entstandenen Ersatzvornahmekosten von lediglich gut 97 000 Euro könnten vom Kl. angesichts der Pachteinnahmen zumutbarerweise getragen werden, zumal andernfalls 9 weitere Kostenbescheide hätten erlassen werden müssen und 10 Verwaltungsprozesse zu erwarten gewesen seien. Außerdem sei offen, ob „überall etwas zu holen“ gewesen sei

Der Kl. habe mit der Verpachtung an die eine Holzschredder-Anlage betreibende S.-GmbH bewusst das Risiko übernommen, möglicherweise für die Entsorgung der angesammelten Altholzabfälle aufkommen zu müssen. Sodann habe der Kl. durch Pachteinnahmen von monatlich mehr als 15 000 Euro Vorteile und Nutzen aus der Grundstücksverpachtung gezogen; daher erscheine es gerecht und billig, dass der Kl. für Kosten der Gefahrenbeseitigung aufkomme, die unmittelbar mit der vorteilhaften Grundstücksnutzung (Gewinn bringende Verpachtung) zusammenhängen. Außerdem habe der Kl. als Abfallbesitzer eine größere Sachnähe als die anderen in Betracht kommenden Pflichtigen, die allesamt zum Kreis der Holzlieferanten zählten. Der Kl. könne zudem nach den Regelungen zur Gesamtschuldnerschaft im Innenverhältnis der Pflichtigen Ausgleich erhalten. Schließlich sei die Inanspruchnahme des Kl. auch verhältnismäßig, denn Zweck der Kostenregelung gem. § 31 VwVG BW sei die Heranziehung der Pflichtigen und nicht die Belastung der Bürger; die Höhe der Kosten sei dem Kl. auf Grund der früheren Pachtvorteile auch zumutbar. Ist der an den Kl. gerichtete Kostenbescheid rechtswidrig?

Der Kostenbescheid ist rechtswidrig, wenn eine taugliche Ermächtigungsgrundlage fehlt, die Inanspruchnahme nicht den formellen Anforderungen genügt oder materiell rechtswidrig ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Heranziehung des Kl. zur Tragung der Kosten der Ersatzvornahme sind §§ 31, 25 VwVG BW i.V.m. §§ 6, 8 VwVGKO BW.

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 RhLPf 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.

II. formelle Rechtswidrigkeit

An der Zuständigkeit des Bekl. sowie der Einhaltung der Form- und Verfahrensvorgaben bestehen keine Bedenken.

III. materielle Rechtswidrigkeit

Der Kostenbescheid ist materiell rechtswidrig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme des Kl. fehlen oder ein eingeräumtes Ermessen fehlerhaft ausgeübt wurde.

1. Tatbestand

Zunächst müssten die die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Heranziehung des Kl. zu den Kosten der Ersatzvornahme gem. §§ 31, 25 VwVG BW, §§ 6, 8 VwVGKO BW vorgelegen haben.

*„Kostenschuldner ist der „Pflichtige“ (§ 31 II VwVG BW). Sind – wie hier – mehrere Personen durch Verwaltungsakt zur Ausführung einer vertretbaren Handlung verpflichtet worden (vgl. § 25 VwVG BW), sind auch mehrere Kostenpflichtige vorhanden. Insoweit ist eine **Auswahlentscheidung** zu treffen.“* (VGH Mannheim aaO)

Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme des Kl., gegen den eine bestandskräftige Beseitigungsverfügung nebst ordnungsgemäßer Androhung der Ersatzvornahme gerichtet war, liegen damit vor.

2. Rechtsfolgen

Bei der von der Behörde zu treffenden Auswahlentscheidung, welchem der für die vertretbare Handlung Pflichten sie die Kosten einer durchgeführten Ersatzvornahme auferlegt, handelt es sich im Rechtssinne um eine behördliche Ermessensentscheidung (VGH München, NVwZ-RR 1999, 99 f. = BayVBI 1999, 180 f.).

a) Prüfungsumfang des Gerichts

„Eine pflichtgemäße Ermessensbetätigung liegt vor, wenn die Vorgaben des § 40 VwVfG BW beachtet worden sind; nur innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens kann die Behörde ihre Ermessensausübung auf **Zweckmäßigkeitserwägungen** stützen. Die Einhaltung der Ermessensdirektiven des § 40 VwVfG BW unterliegt **vollständiger gerichtlicher Kontrolle** (§ 114 S. 1 VwGO).“ (VGH Mannheim aaO)

b) Anforderungen an ordnungsgemäße Ermessenausübung

Die Behörde ist gem. § 40 VwVfG BW gesetzlich verpflichtet, ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben. Diese Vorgabe verlangt, dass der Ermessensentscheidung sachgemäße Erwägungen zu Grunde liegen.

*„Lässt sich die Behörde bei ihrer Auswahlentscheidung von **unsachgemäßen Gesichtspunkten** leiten, liegt ein **Ermessensfehlergebrauch** vor (vgl. Staab, BWVP 1994, 56). Die Feststellung eines derartigen Ermessensfehlers fällt in die gerichtliche Kontrollkompetenz (§ 114 S. 1 VwGO).“* (VGH Mannheim aaO)

c) Ermessendirektive bei der Verteilung der Kosten der Ersatzvornahme

Fraglich ist, welches die bei der Verteilung der Kosten der Ersatzvornahme die dem Zweck der Ermächtigung entsprechende Ermessendirektive ist.

aa) mehrere Störer

*„Im Falle einer so genannten Störermehrheit, wie dies hier zutrifft, ist bei der behördlichen Auswahlentscheidung, welcher Störer mit einer Verfügung herangezogen wird, **zwischen der primären Ebene und der sekundären Ebene zu unterscheiden**; dabei sind die Auswahlkriterien nicht notwendigerweise identisch (Dienelt, NVwZ 1994, 355).“* (VGH Mannheim aaO)

(1) primäre Ebene

Auf der primären Ebene stellt sich die Frage, welcher von mehreren in Betracht kommenden Störern auf die Beseitigung der Gefahr, also in Fällen wie dem vorliegenden auf die **Vornahme der vertretbaren Handlung** in Anspruch genommen wird. Hier geht es um die Frage des Störerauswahlermessens. Hierbei geht es aus einer **ex ante-Sicht** um die **Gefahrenabwehr**.

(a) Vorgaben für die Störerauswahl auf der Primärebene

„Leitender Gesichtspunkt für die Störerauswahl ist die **Effektivität der Gefahrenabwehr**; anzustreben ist die schnelle und wirksame Gefahrenbeseitigung (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 350 f.; VBIBW 1995, 281; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 387 [390]). Ein **gesetzliches Rangverhältnis** zur gefahrenabwehrrechtlichen Heranziehung von Störern oder generelle, richterlich entwickelte Regeln **hierzu gibt** es nach dem baden-württembergischen Landesrecht **nicht** (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1994, 52; VBIBW 1996, 221 [223] = UPR 1996, 196 f.). Muss sich die Behörde bei der Auswahl unter mehreren Störern in erster Linie von dem Gesichtspunkt der effektiven Gefahrenabwehr leiten lassen, schließt dies nicht aus, dass daneben auch **andere Gesichtspunkte** berücksichtigt werden; dies kann z. B. die größere Gefahrennähe eines der Störer sein (VGH Mannheim, VBIBW 1995, 281; NVwZ-RR 1997, 267 [270] = VBIBW 1996, 351 [354]).

Die sachgerechte Störerauswahl auf der primären Ebene muss **zivilrechtliche Aspekte des internen Ausgleichs** zwischen den Störern **nicht berücksichtigen**; im Einzelfall kommt etwas anderes allenfalls dann in Betracht, wenn die Behörde bei ihrer Ermessensbetätigung ihr bekannte und unstrittige Regelungen des internen Ausgleichs völlig unberücksichtigt lässt (VGH Mannheim, NVwZ 2002, 1260 [1263] = VBIBW 2002, 431 [434]; restriktiver: VGH München, NVwZ 2001, 458 = BayVBI 2001, 149 f. = UPR 2001, 271). Andererseits ist die Behörde rechtlich nicht daran gehindert, im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens den **Gesichtspunkt der gerechten Lastenverteilung** neben dem vorrangigen Aspekt der Effektivität der Gefahrenabwehr in ihre Erwägungen einzubeziehen. Dadurch kann, wie der Senat bereits früher hervorgehoben hat, angesichts des unbefriedigend gelösten internen (finanziellen) Ausgleichs unter mehreren Störern (dazu u. I 3 a) **von vornherein vermieden** werden, dass **ein Störer die Kosten der Gefahrenabwehrmaßnahme allein zu tragen** hat (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 267 [269] = VBIBW 1996, 351 [354]).“ (VGH Mannheim aaO)

(b) Umsetzung der Vorgaben für die primäre Störerauswahl im vorliegenden Fall

Hier war von der Möglichkeit der kumulativen Inanspruchnahme von Handlungs- und Zustandsstörern (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1994, 565 [568]) behördlicherseits Gebrauch gemacht worden.

„Die abfallrechtliche Anordnung zur Entsorgung von Altholz und weiteren Abfällen vom Betriebsgelände der insolventen S.-GmbH richtete sich **gesamtschuldnerisch an den Kl. und (ursprünglich) 9 Anlieferer** von Altholz als Abfallerzeuger für diese wurden bestimmte Mengenbeschränkungen nach Gewichtstonnen festgelegt und verfügt, dass **anfallende Kosten der Ersatzvornahme gesamtschuldnerisch und anteilig** unter Berücksichtigung jener Beschränkungen zu tragen seien. Ausdrücklich hat sich die zuständige Behörde in ihrer Anordnung vom 23.04.2002 bei der Auswahl der Adressaten davon leiten lassen, eine **schnelle und effektive Gefahrenabwehr zu gewährleisten**.“ (VGH Mannheim)

Die Störerauswahl auf der primären Ebene ist daher nicht zu beanstanden und das Ermessen wurde ordnungsgemäß ausgeübt.

(2) sekundäre Ebene

Auf der sekundären Ebene stellt sich dann die Frage, welcher der ursprünglich für die Vornahme der vertretbaren Handlung gesamtschuldnerisch in Anspruch genommenen Störer nun zur Kostentragung und in welcher Höhe herangezogen wird.

(a) Vorgaben für die Störerauswahl auf der Sekundärebene

„Anders als auf der primären Ebene der Gefahrenabwehr ist für den Erlas eines Bescheids über die Anforderung von Kosten einer Ersatzvornahme eine **ex post-Betrachtung** geboten; die **Störerauswahl auf der primären Ebene präjudiziert** die Auswahl des Kostenschuldners bzw. der **Kostenschuldner** bei mehreren Kostenpflichtigen **nicht** (VGH München, NVwZ-RR 1999, 99 f. = BayVBI 1999, 180 f.). Unter gleichrangig Verpflichteten, wie dies hier der Fall ist und von dem Bkl. in der abfallrechtlichen Anordnung selbst zum Ausdruck gebracht worden ist, muss die **Auswahl** des bzw. der Kostenpflichtigen nach dem **Gebot der gerechten Lastenverteilung** erfolgen, falls keine speziellen Ermessensdirektiven zum Tragen kommen (VGH Mannheim, VBIBW 2008, 137 f. = BeckRS 2007, 28317). Diese Vorgabe findet ihre rechtliche Grundlage im **Willkürverbot des Art. 3 I GG** (Würtenberger/Heckmann, BadWürtt-PolizeiR, 6. Aufl. [2005], Rn. 508). Die Maxime der Lastengerechtigkeit vermeidet,

dass – zumal wenn mehrere Störer auf der primären Ebene zur Gefahrenbeseitigung durch Verwaltungsakt verpflichtet worden waren – ohne hinreichenden sachlichen Grund einem der Verpflichteten allein die Kostenlast auferlegt wird (Garbe, DÖV 1998, 632 [634].“ (VGH Mannheim aaO)

Die **Unterscheidung** zwischen der ex ante-Sicht auf der primären Ebene der Gefahrenabwehr und der ex post-Betrachtung auf der sekundären Ebene der Kostentragung ist keine Besonderheit von Gefahrenabwehrmaßnahmen im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme, sondern ein seit geraumer Zeit **durchgehendes Strukturprinzip des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts** (vgl. Würtenberger/Heckmann, Rn. 502).

„Danach können **Ermessenserwägungen**, die **auf der primären Ebene** der Gefahrenabwehr bei der Störerauswahl **tragfähig** sind, nicht unbesehen auf der sekundären Ebene bei der Auswahl des bzw. der Kostenpflichtigen zur Geltung gebracht werden. Zwar gibt es im Polizeikostenrecht keine generelle Regel zu einer Haftung pro rata (Schoch, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes VerwaltungsR, 14. Aufl. [2008], 2. Kap., Rn. 175), liegen jedoch keine Art. 3 I GG stand haltenden Sachgründe vor und kann der Verursachungsanteil mehrerer Störer von der Verwaltung ermittelt werden bzw. ist er sogar bereits festgestellt worden, hat sich das **Ermessen bei der Auswahl** des bzw. der Kostenpflichtigen an dem jeweiligen **Maß der Verantwortlichkeit** auszurichten (Garbe, DÖV 1998, 632 [636]; Würtenberger/Heckmann, Rn. 512).“ (VGH Mannheim aaO)

(b) Umsetzung der Vorgaben für die sekundäre Störerauswahl im vorliegenden Fall

Fraglich ist daher, ob der der Bekl., gemessen an diesen Grundsätzen, die Auswahl des Kl. ermessensfehlerfrei i. S. des § 40 VwVfG BW vorgenommen hat. Maßgebend für die gerichtliche Überprüfung der behördlichen Ermessensentscheidung (§ 114 S. 1 VwGO) sind die Gesichtspunkte, die im Ausgangsbescheid und im Widerspruchsbescheid dargelegt oder sonst aus den Akten ersichtlich sind (§ 39 I 3 VwVfG BW).

„Geht es auf der Sekundärebene nach Maßgabe des Art. 3 I GG um die gerechte Lastenverteilung bei einer Störermehrheit, muss eine gewisse Beliebigkeit bei der Beantwortung der Frage, wen es letztlich „trifft“, tunlichst vermieden werden (vgl. dazu auch: Garbe, DÖV 1998, 632 [634]). Gerät die konkrete Lastentragung aus der Sicht mehrerer an sich Pflichtiger und von der Behörde sogar durch Verwaltungsakt gesamt-schuldnerisch Verpflichteter gleichsam zu einem Handeln nach dem Prinzip des mutmaßlich geringsten Aufwands und Widerstands, kann von einer sachgerechten Ermessensbetätigung bei der Auswahl des Kostenschuldners nicht mehr gesprochen werden.“ (VGH Mannheim aaO)

(aa) Verweis auf internen Ausgleich

Der Bekl. könnte dieser Ermessenvorgabe schon dadurch nachgekommen sein, dass er zwar nur den Kl. in Anspruch nimmt, diesen jedoch auf seine Regressansprüche gegen die primär Mithaftenden verweist.

„Der gerechten Lastenverteilung i. S. des Art. 3 I GG könnte allerdings schon dadurch möglicherweise Rechnung getragen werden, dass der zur Kostentragung herangezogene Störer von der Behörde auf einen **realisierbaren Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Störer** verwiesen werden kann (so: Garbe, DÖV 1998, 632 [634]). In Betracht kommen insoweit Ansprüche analog §§ 683, 670 BGB (**Geschäftsführung ohne Auftrag**) bzw. analog §§ 426, 421 BGB (**Gesamtschuldnerausgleich**). Es muss nicht abschließend geklärt werden, ob der behördliche Verweis auf eine derartige zivilrechtliche Lösung der Kostentragungsproblematik dem Gebot einer gerechten Lastenverteilung genügen kann. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, müsste der in Anspruch genommene Kostenpflichtige eine **realistische Aussicht** darauf haben, von den anderen Störern einen **Ausgleich zu erhalten**. Davon kann hier jedoch keine Rede sein.

Das VG hat in dem angegriffenen Urteil ausführlich und zutreffend dargelegt, dass der Kl. einen **Regressanspruch** gegen die 9 Anlieferer im Zivilrechtsweg auf Grund der **Rechtsprechung des BGH** gerichtlich schon im Erkenntnisverfahren **nicht durchsetzen** könnte. Folglich **darf** die **Verwaltung** die maßgebliche

zivilrechtliche Judikatur nicht ignorieren (Garbe, DÖV 1998, 632 [635]), sondern muss diese Rechtsprechung den Ermessenserwägungen pflichtgemäß zu Grunde legen. Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde haben sich jedoch bei ihren Überlegungen zum Gesamtschuldnerausgleich von jener Rechtsprechung gerade nicht leiten lassen.“ (VGH Mannheim aaO)

Der Verweis auf einen nicht realisierbaren Regressanspruch des Kl. gegen die sonstigen Primärverantwortlichen stellt daher keine ermessentragende Erwägung dar.

(bb)Verfahrensökonomie

Der Beklagte hat als weiteren Grund für die alleinige Inanspruchnahme des Kl. zur Kostentragung des Risiko der Auseinandersetzung mit allen in Anspruch Genommenen genannt und damit Gründe Verfahrensökonomie zur Begründung einer ordnungsgemäßen Ermessenausübung angeführt. Fraglich ist, ob dies die Entscheidung zu tragen vermag.

*„Der Verzicht darauf, auch die Anlieferer zum Kostenersatz heranzuziehen, „da ansonsten 14 Kostenbescheide zu erlassen gewesen wären“, hat mit einer gerechten Lastenverteilung offensichtlich nichts zu tun. Es ist schon zweifelhaft, ob eine Erwägung, die die **Erleichterung der Arbeit für die Verwaltung zu Lasten eines Bürgers** zum Ziel hat, auf der Primärebene der Gefahrenabwehr den Anforderungen des § 40 VwVfG BW an eine dem Zweck entsprechende Ermessensausübung genügen könnte. **Auf der Sekundärebene**, wo es ex post um eine gerechte Verteilung der Kostenlast geht, ist dies **nicht der Fall**. Zweck der §§ 31, 25 VwVG BW ist es nicht, der zuständigen Behörde die Arbeit zu erleichtern.*

*Dass in der abfallrechtlichen Anordnung (d. h. der Grundverfügung) die gesamtschuldnerische Inanspruchnahme der Anlieferer auf bestimmte Beträge beschränkt worden ist, war eine Entscheidung des Bekl. und kann nicht dem Kl. angelastet werden. In der Sache kann hierin sogar ein **Ansatz der Behörden zur Vorbereitung einer gerechten Lastenverteilung** gesehen werden. Jedenfalls zwingt die vom Bekl. vorgenommene Haftungsbeschränkung der Abfallerzeuger, die das „Ob“ deren möglicher Kostentragung gar nicht betrifft, nicht zur vorrangigen oder alleinigen Kostenbelastung des Kl. unter allen Störern.“ (VGH Mannheim aaO)*

Die Erleichterung der Arbeit für die Verwaltung stellt damit ebenfalls keine sachgerechte Ermessenerwägung dar.

(cc) größere Sachnähe des Kl. als Abfallbesitzer

Die Inanspruchnahme des Kl. wird auch damit begründet, dass er Eigentümer des Grundstücks ist, auf welchem sich der Abfall befindet und er damit als Abfallbesitzer eine größere Sachnähe besitzt als die Anlieferer als Abfallerzeuger.

*„Der Hinweis sowohl im Kostenbescheid vom 30.10.2007 als auch im Widerspruchsbescheid vom 14.11.2008 auf § 3 IV und VI KrW-/AbfG macht deutlich, dass der Bekl. **Erwägungen zur Gefahrenabwehr (Primärebene) unbesehen auf die Kostenverteilung (Sekundärebene) überträgt**. Auf der Primärebene kann die „Sachnähe“ – auf der Grundlage einer präzisen Analyse der „Nähebeziehungen“ aller Störer zur Gefahrenlage – ein Gesichtspunkt pflichtgemäßen Ermessens für die Störerauswahl sein (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 267 [270] = VBIBW 1996, 351 [354]; Staab, BWVP 1994, 56 f.). Bei der **Verteilung der Kosten einer Ersatzvornahme** ist nicht erkennbar, worin die größere „Sachnähe“ des Abfallbesitzers zur Kostentragung bestehen soll, nachdem zuvor etliche Abfallerzeuger mit dem Abfallbesitzer **gesamtschuldnerisch** (und damit auf der Primärebene gleichrangig) **zur Gefahrenbeseitigung verpflichtet** worden waren. Insoweit stellt sich sogar die Frage **widersprüchlichen Behördenverhaltens** auf der primären Ebene einerseits und auf der sekundären Ebene andererseits.“ (VGH Mannheim aaO)*

Der Hinweis auf eine vermeintlich größere Sachnähe des Klägers als Abfallbesitzer stellt daher auch keine tragfähige Ermessenserwägung dar.

(dd) größere Sachnähe wegen eigentumsspezifischer Gefahr

Der Bekl. verweist zudem darauf, dass sich im vorliegenden Fall eine „eigentumsspezifische Gefahr“ zulasten des **Kl. als Verpächter des Betriebsgrundstücks** der S.-GmbH verwirklicht habe.

„Dies begründet eine Haftung des Kl. sowohl auf der Primärebene als auch auf der Sekundärebene dem Grunde nach. Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch nicht um das „Ob“ einer Kostentragung, sondern um die gerechte Lastenverteilung unter mehreren behördlich gleichrangig Verpflichteten einer Störermehrheit. Die Verwirklichung einer „eigentumsspezifischen Gefahr“ liefert im Rahmen des Auswahlermessens keinen tragfähigen Gesichtspunkt zur Beantwortung der Frage, wer nach einer eventuellen (ggf. ergebnislosen) Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters wegen der verbleibenden Kosten der Ersatzvornahme als Kostenschuldner ausgewählt werden darf. Der Bekl. hat an keiner Stelle dargelegt, was die grundsätzliche (Mit-) Verantwortlichkeit eines Störers an ermessensgerechten Aspekten zur gerechten Lastenverteilung unter einer Vielzahl von Störern soll bieten können.“ (VGH Mannheim aaO)

(ee) Inanspruchnahme des Kl. wegen der Erzielung von Pachteinahmen

Der Beklagte hält es zudem für ermessensgerecht, allein den Kl. auf die Kosten in Anspruch zu nehmen, weil dieser für das Grundstück, auf welchem sich der zu entsorgende Abfall befindet, Pachteinahmen erlangt und ein Entsorgungsrisiko übernommen habe.

„Richtig ist, dass § 31 VwVG BW auf die Heranziehung der Pflichtigen zielt und eine Belastung der Bürger (Steuerzahler) mit Kosten der Ersatzvornahme (§ 25 VwVG BW) zu vermeiden sucht. Dieser Gesetzeszweck wird jedoch durch eine Inpflichtnahme mehrerer Pflichtiger als Kostenschuldner (mindestens) ebenso gut erreicht wie durch die Belastung eines – zuvor als Störer verpflichteten – Kostenschuldners. Dass der Kl. Vorteile und Nutzen aus der Grundstücksverpachtung gezogen hat, mag seine Mithaftung für die Ersatzvornahmekosten begründen. Die Kausalität zwischen vorteilhafter Verpachtung und nachteiliger Verwirklichung des Risikos vermag aber kaum zu erklären, wieso die alleinige Kostenschuldnerschaft des Kl. und die „Schonung“ der 9 Anlieferer, die als Abfallerzeuger und Entsorgungspflichtige ebenfalls Vorteile von der Überlassung ihres Altholzes an die Betreiberin der Holzschredder-Anlage hatten, einer gerechten Lastenverteilung entspricht. Dies gilt umso mehr, als die pro rata-Haftung der Anlieferer in der abfallrechtlichen Anordnung vom 23. 4. 2002, bezogen auf 8163, 33 t Altholz bereits angelegt war.“ (VGH Mannheim aaO)

(ff) abweichende Höhe der Kosten

Der Bekl. nennt als weiteren Grund, von der ursprünglichen Haftungskonstellation aller Primärverpflichteten abgewichen zu sein, dass die Kosten erheblich geringer als kalkuliert ausgefallen sind. Fraglich ist, ob dies eine Abweichung der grundsätzlich im Rahmen der Primärhaftung getroffenen Entscheidung zu rechtfertigen vermag.

„Die Höhe der auf die Störermehrheit zu verteilenden Kosten der Ersatzvornahme hat – von besonders gelagerten Ausnahmekonstellationen abgesehen – grundsätzlich keine Auswirkungen auf die gerechte Verteilung der finanziellen Lasten auf die Störer. Mit dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der alleinigen Inpflichtnahme des Kl. auf der Sekundärebene (vor dem Hintergrund der Pachteinahmen) macht der Bekl. einen – rechtssystematisch nachgelagerten – Aspekt der Verhältnismäßigkeit der den Kl. individuell treffenden Kostenlast geltend. Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch um die vorrangige Frage der gerechten Verteilung von finanziellen Lasten unter mehreren Störern. Zudem ist ein Betrag von über 97 000 Euro nicht etwa so gering, dass die im Lichte des Art. 3 I GG zu beantwortende Frage der Lastengerechtigkeit gleichsam „übersprungen“ und sogleich die Frage nach der individuellen Zumutbarkeit für den Kl. gestellt werden könnte.“ (VGH Mannheim aaO)

Ergebnis: Der angefochtene Kostenbescheid ist wegen eines behördlichen Ermessensfehlergebrauchs rechtswidrig.

Kurzauslese II

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

ZPO

§§ 133 I 1, 519

Fehlende Unterschrift

Ersetzung durch beglaubigte Abschrift

ZPO

(BGH in NJW 2012, 1738; Beschluss vom 26.03.2012 – II ZB 23/11)

Die **beglaubigte Abschrift einer Berufungsbegründungsschrift ersetzt die Urschrift**, wenn der Beglaubigungsvermerk von dem Prozessbevollmächtigten des Berufungsklägers handschriftlich vollzogen ist. Die Rechtswirkungen der Einreichung der Urschrift eines bestimmenden Schriftsatzes treten daher auch dann ein, wenn eine von dem Prozessbevollmächtigten handschriftliche beglaubigte Abschrift fristgemäß bei Gericht eingegangen ist.

„Bereits nach der Rspr. des RG (RGZ 119, 62; RG JW 1930, 2953; RG JW 1934, 420; RG JW 1938, 237), der sich der BGH angeschlossen hat (s. nur BGH LM Nr. 14 zu § 519 ZPO; BGH NJW 1993, 446 = VersR 1993, 459; BFHE 123, 286 = NJW 1978, 184), ersetzt die beglaubigte Abschrift einer Berufungs- oder Berufungsbegründungsschrift die Urschrift, wenn der Beglaubigungsvermerk von dem Prozessbevollmächtigten des Berufungskl. handschriftlich vollzogen ist. Die Rechtswirkungen der Einreichung der Urschrift eines bestimmten Schriftsatzes treten auch dann ein, wenn eine von dem Prozessbevollmächtigten handschriftlich beglaubigte Abschrift fristgemäß bei Gericht eingegangen ist.

*Anders als das BerGer. meint, steht dem nicht entgegen, dass die beglaubigten Abschriften (an sich) nur zur Weiterleitung an den Gegner übergeben werden und somit nicht mit Sicherheit Bestandteil der Akten werden. Zwar trifft es zu, dass die Beglaubigung dann primär den Zweck hat, dem Gegner die Überzeugung der Übereinstimmung der Abschrift mit der Urschrift zu verschaffen. Das schließt aber nicht aus, dass die beglaubigten Abschriften trotzdem eine von ihrer **unmittelbaren Zweckbestimmung** nicht umfasste Wirkung haben. Diese **Wirkung** besteht darin, dass das Gericht aus ihrer Einreichung die Überzeugung gewinnen kann, dass das **Schriftstück von dem Anwalt, der den Beglaubigungsvermerk vollzogen hat, herrührt**, dass er die **volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernehmen** und diesen **bei Gericht einreichen will** und dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist. Zur Einlegung der Berufung und ihrer Begründung genügt aber die Einreichung eines Schriftsatzes, der von einer Unterschrift – hier auf dem Beglaubigungsvermerk – des Prozessbevollmächtigten gedeckt ist.“ (BGH aaO)*

ZPO

§ 511 II Nr. 1

Antragserweiterung im Berufungsverfahren

Nach Unterschreiten der Berufungssumme

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 662; Beschluss vom 27.03.2012 – VI ZB 74/11)

Wird **mit der Berufungsbegründung ein Berufungsantrag angekündigt**, mit dem die in erster Instanz abgewiesene Klage nur teilweise weiterverfolgt wird, und wird dabei die **Berufungssumme unterschritten**, kann der **Berufungsantrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** vor dem Berufungsgericht nur dann **erweitert** werden, **wenn die Erweiterung von der fristgerecht eingereichten Berufungsbegründung gedeckt ist**.

„Zwar kann grds. erst auf der Grundlage des in der mündlichen Berufungsverhandlung gestellten Antrags entschieden werden, ob der Wert des Beschwerdegegenstands die Berufungssumme erreicht, da ein die Berufungssumme unterschreitender Berufungsantrag noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. auf einen die Wertgrenze des § 511 II Nr. 1 ZPO übersteigenden Umfang erweitert werden kann; solange diese Möglichkeit besteht, darf die Berufung deshalb nicht mit der Begründung als unzulässig verworfen werden, die Berufungssumme sei nicht erreicht (vgl. BGH NJW-RR 2005, 714; BGH NJW-RR 2008, 584). Etwas anderes gilt aber, sobald feststeht, dass eine Erweiterung des die Berufungssumme unterschreitenden Berufungsantrags ausgeschlossen ist.

*So verhält es sich hier: Eine **Erweiterung des Berufungsantrags** kann **nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nur auf schon in der Berufungsbegründung angeführte Gründe gestützt** werden (wird ausgeführt). Die Erweiterung des Berufungsantrags ist mithin von der fristgerecht eingereichten Berufungsbegründung, die sich nur zu einer [geringeren] Haftungsquote verhält, nicht gedeckt. Aus diesem Grunde ist die Berufung schon dann als unzulässig zu verwerfen, wenn der Berufungskläger zwar einen Berufungsantrag angekündigt hat, der die Berufungssumme erreicht, die Berufung aber bis zum Ablauf der **Berufungsbegründungsfrist** nur hinsichtlich eines Teils der beantragten Abänderung des angefochtenen Urteils, der die Berufungssumme nicht erreicht, in einer den Anforderungen des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO genügenden Weise begründet hat. Die Erweiterung des Antrags vermochte die Berufung nicht zulässig werden zu lassen, weil der erweiterte Berufungsantrag von der Berufungsbegründung nicht gedeckt ist und die Frist zur Berufungsbegründung [bereits] abgelaufen war. Der Mangel an Begründung kann nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nicht mehr geheilt werden.“ (BGH aaO)*

ZPO

§§ 522 I, 523 I 1, 526 I

Rechtsmittelverwerfung

Nach berufungsgerichtlicher Einzelrichter-Übertragung

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 702; Urteil vom 04.04.2012 – III ZR 75/11)

Wird der **Rechtsstreit vom Berufungsgericht auf den Einzelrichter übertragen**, so tritt dieser nach § 526 I ZPO vollständig **an die Stelle des Kollegiums**. Nach Übertragung der Sache auf ihn ist er daher **allein für die Entscheidung des Rechtsstreits insgesamt** und damit auch für die Verwerfung der Berufung durch Endurteil **zuständig**.

„Bereits der Wortlaut des § 522 I und des § 523 I 1 ZPO belegt, dass die Verwerfung einer Berufung durch Urteil nicht durch die Kammer als Kollegium erfolgen muss. Die Zuständigkeit des BerGer. insgesamt ist nach § 522 I 1 ZPO nur für die Verwerfung im Beschlusswege zwingend vorgesehen, die gem. § 523 I 1 ZPO der Entscheidung, ob eine Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter erfolgt, vorhergeht. Wird nicht so verfahren und der Rechtsstreit auf den Einzelrichter übertragen, so tritt dieser nach § 526 I ZPO vollständig an die Stelle des Kollegiums (Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 527 Rn 5). Er ist nach Übertragung der Sache auf ihn für die Entscheidung des Rechtsstreits insgesamt und damit auch für die Verwerfung der Berufung durch Endurteil zuständig (vgl. KG BeckRS 2009, 14690; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, 3. Aufl., § 522 Rn 14; Wöstmann, Handkomm-ZPO, 4. Aufl., § 522 Rn 5; Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 3. Aufl., § 522 Rn 27; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl., § 522 Rn 4; a. A. wohl Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl., § 522 Rn 2).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 244 II, 70

Gerichtliche Aufklärungspflicht Verweigerung einer Zeugenaussage

StPO

(BGH in ZAP 2012, 591; Beschluss vom 28.12.2011 – 2 StR 195/11)

Verweigert ein Zeuge grundlos die Aussage, die für die Überzeugungsbildung des Gerichts erhebliche Bedeutung hat, kann es die aus § 244 II StPO resultierende gerichtl. Aufklärungspflicht gebieten, Maßnahmen nach § 70 StPO zu ergreifen, um den Zeugen zu einer Auskunft zu bewegen.

„§ 70 StPO dient allerdings nicht der Erzwingung wahrheitsgemäßer Aussagen, sondern nur der Beantwortung der offenen Frage. Eine Konstellation, in der es alleine um die Korrektur einer bereits gemachten Äußerung geht, die das Gericht für unzutreffend hält, liegt hier jedoch nicht vor. Dies ließe sich allenfalls unter Vorwegnahme des Beweisergebnisses annehmen, dass der Zeuge die Unwahrheit gesagt habe, als er angab, der Angekl. sei nicht der Verkäufer der Amphetaminportionen gewesen. Eine solche Vorwegnahme des Beweisergebnisses war hier aber nicht zulässig. Dann bleibt es dabei, dass die Frage nach der Identität des Drogenverkäufers nicht beantwortet worden ist.

Angesichts der entscheidenden Beweisbedeutung der Auskunft des Zeugen innerhalb des Beweistrings, den die Strafkammer zugrunde gelegt hat, blieb hinsichtlich der Anwendung des § 70 StPO auch kein Ermessensspielraum für das Gericht.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 250 S. 2, 251

Vernehmungsersetzende Urkundenverlesung Unzulässige Verlesung der Aussage eines Mitangeklagten

StPO

(BGH in NSTz 2012, 332; Beschluss vom 20.12.2011 – 4 StR 491/11)

Das Verbot der vernehmungsersetzenden Urkundenverlesung gem. § 250 S. 2 StPO mit den in § 251 StPO geregelten Ausnahmen gilt nur für Aussagen von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten, nicht aber für Aussagen von Mitangeklagten.

„Der Urkundenbeweis ist immer zulässig, wenn ihn das Gesetz nicht ausdrücklich verbietet (BGH NSTz 1994, 184, 185 m. w. Nachw.). Schriftliche Erklärungen von Angekl., zu denen auch in anderen Verfahren abgegebene eidesstattliche Versicherungen zählen, dürfen daher regelmäßig auch ohne Einverständnis der Beteiligten nach § 249 I StPO verlesen werden (vgl. KK-Diemer, 6. Aufl., § 249 Rn 14; Meyer-Goßner, 54. Aufl., § 249 Rn 13 m. w. Nachw.). Das Verbot der vernehmungsersetzenden Urkundenverlesung gem. § 250 S. 2 StPO mit den in § 251 StPO geregelten Ausnahmen gilt nur für Aussagen von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten, nicht aber für Aussagen von Mitangekl. (SK-StPO-Velten, 4. Aufl., § 250 Rn 7 und § 251 Rn 10) und war daher schon aus diesem Grund nicht einschlägig. Aus § 254 I StPO kann in Bezug auf Angekl. lediglich ein Verbot der Verlesung polizeilicher Protokolle zum Beweis über deren Inhalt (BGHSt 14, 310; OLG Köln StV 1983, 97), nicht aber ein Verbot der Verlesung anderweitiger schriftlicher Erklärungen hergeleitet werden, sodass auch insoweit kein Verlesungshindernis bestand.“ (BGH aaO)

StPO
§ 403

Entschädigungsanspruch des durch eine Straftat Verletzten Insolvenzverwalter als Verletzter

StPO

(OLG Jena in NSTz 2012, 350; Beschluss vom 27.06.2011 – 1 Ws 237/11)

Der Insolvenzverwalter ist nur dann als Verletzter i. S. des § 403 StPO anzusehen, wenn er nach Insolvenzeröffnung geschädigt worden ist.

„Dass in den Fällen, in denen der Insolvenzschuldner vor der Insolvenzeröffnung geschädigt worden ist, der Insolvenzverwalter weder durch die Straftat selbst verletzt wurde noch Erbe des Verletzten ist, steht außer Frage. Sein Antragsrecht ergibt sich in diesen Fällen auch nicht daraus, dass er als Partei kraft Amtes die Befugnisse des Insolvenzschuldners zu Gunsten der Masse ausübt (so aber OLG Celle NJW 2007, 3795, LR-Hilger, 26. Aufl., § 403 Rn 4 m. w. Nachw.; KK-Engelhardt, 6. Aufl., § 403 Rn 7).

Vielmehr kommt nach Sinn und Zweck des § 403 StPO eine Ausdehnung seines Anwendungsbereichs auf den Insolvenzverwalter nicht in Betracht: Hauptzweck des Insolvenzverfahrens ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger. Das muss jedenfalls in den Fällen gelten, in denen die Erhaltung des in Insolvenz geratenen Unternehmens nach Abschluss des Insolvenzverfahrens ausscheidet. So liegt die Sache hier, denn die Angekl. [haben] die Insolvenzschuldnerin dazu genutzt, die ihnen als Straftaten zur Last gelegten Geschäfte abzuwickeln, was die Erhaltung der Insolvenzschuldnerin nach Abschluss des Insolvenzverfahrens als ausgeschlossen erscheinen lässt. In dieser Konstellation dient die Tätigkeit des Insolvenzverwalters vorrangig, wenn nicht gar allein, Gläubigerinteressen, darunter u. U. auch Interessen von Gläubigern, die nicht Geschädigte der den Angekl. zur Last gelegten Taten sind. Deren Durchsetzung ist aber nicht Ziel der Privilegierung des Verletzten in § 403 StPO. Vielmehr findet die Bevorzugung des Verletzten gegenüber anderen Gläubigern des Täters ihren Grund im persönlichen Opferschutz und in der Durchsetzung von Genugtuungsinteressen des persönlich Geschädigten (OLG Frankfurt NSTz 2007, 1668).“ (OLG Jena aaO)

(OLG Oldenburg in NdsRpfler 2012, 74; Beschluss vom 16.11.2011 – 1 Ws 601/11)

Ein **Anspruch des** der deutschen Sprache nicht mächtigen **Angekl. auf eine schriftliche Übersetzung des Urteils** erster Instanz **besteht** jedenfalls **dann nicht, wenn** er einen **Verteidiger hat und bei** der unter Hinzuziehung eines Dolmetschers erfolgten **Urteilsverkündung anwesend war**.

„Ein solcher Anspruch ergibt sich insbes. nicht aus Art. 6 MRK. Ausdrücklich ist dort in Art. 6 III e MRK für Personen, die die Verhandlungssprache des Gerichts nicht verstehen, nur ein Recht auf Hinzuziehung eines Dolmetschers statuiert. Dem ist hier nachgekommen worden und wird auch in der Berufungsverhandlung entsprochen werden.“

Auch aus dem **Gebot eines fairen Verfahrens**, wie es in Art. 6 I 1 MRK kodifiziert ist, ergibt sich hier kein weitergehender Anspruch des Angekl. auf Anfertigung einer Übersetzung des erstinstanzlichen Urteils. Es ist zu Recht weithin anerkannt, dass ein verteidigter Angekl., der in seiner und in Anwesenheit eines ihm das Urteil bei der Verkündung übersetzenden Dolmetschers verurteilt worden ist, eine schriftliche Übersetzung des Urteils nicht beanspruchen kann (vgl. Meyer-Göfner, 54. Aufl., Art. 6 MRK Rn 27 m. w. Nachw.). Das gilt namentlich für den hier gegebenen Fall, dass aufgrund der vom Angekl. eingelegten Berufung eine neue Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht stattfinden wird, die allein Grundlage der dann ergehenden Entscheidung sein wird. Eine **effektive Wahrung der Rechte des Angekl.** wird in dieser Fallkonstellation dadurch gewährleistet, dass der Verteidiger des Angekl. das Urteil kennt. Im vorliegenden Fall kommt noch hinzu, dass der Verteidiger des in erster Instanz geständigen Angekl. in Aussicht gestellt hat, die Berufung werde auf den Strafausspruch beschränkt werden, so dass in der Berufungsinstanz nur über die Strafzumessung neu zu entscheiden ist. Dass bei dieser Sachlage der Angekl. zur Wahrung seiner Rechte auf eine schriftliche Übersetzung des erstinstanzlichen Urteils angewiesen sein oder eine solche zur Einhaltung eines fairen Verfahrens geboten sein sollte, erschließt sich nicht, zumal der Angekl. das Recht hat, sich vor der Berufungsverhandlung unter Hinzuziehung eines Dolmetschers mit seinem Verteidiger zu beraten.“ (OLG Oldenburg aaO)

Für **Klagen gegen die Anfertigung erkennungsdienstlicher Unterlagen als Maßnahme der vorsorgenden Strafrechtspflege** nach § 81b Alt. 2 StPO ist der **Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet**.

- I. Eine Klage, mit der die Aufhebung einer behördlichen Entscheidung über die Anfertigung von Unterlagen für Zwecke des Erkennungsdienstes (§ 81b Alt. 2 StPO) begehrt wird, ist eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art**, für die mangels einer anderweitigen bundesgesetzlichen Regelung der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (§ 40 I 1 VwGO).

„Insbes. scheidet eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach § 23 I des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz i. d. F. vom 16.03.1976 (BGBl I, 581) – EGGVG – aus. Diese Bestimmung weist Entscheidungen über Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten u. a. auf dem Gebiet der Strafrechtspflege getroffen werden – die übrigen in § 23 I EGGVG genannten Sachgebiete kommen vorliegend von vornherein nicht in Betracht –, den ordentlichen Gerichten zu. Diese Vorschrift erfasst nur Rechtsstreitigkeiten über Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen, die zur **Verfolgung einer strafbaren Handlung** getroffen worden sind (vgl. BVerwGE 47, 255 = NJW 1975, 893 – vorläufige Festnahme und Mitnahme zur Wache zwecks Feststellung der für das Strafverfahren benötigten Personalien). Dazu gehören aus dem Regelungsbereich des § 81b StPO nur solche – vorliegend nicht im Streit befindliche – Maßnahmen, die nach der ersten Alternative dieser Vorschrift der Durchführung des Strafverfahrens gegen den Betroffenen dienen, nicht dagegen Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen, die auf Grund des § 81b Alt. 2 StPO für Zwecke des Erkennungsdienstes und damit **nicht für Zwecke der Strafverfolgung ergangen** sind. Nach der st. Rspr. des BVerwG dienen die Anfertigung, Aufbewahrung und systematische Zusammenstellung solcher erkennungsdienstlichen Unterlagen in kriminalpolizeilichen Sammlungen zur ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung – **ohne unmittelbaren Bezug zu einem konkreten Strafverfahren** – der vorsorgenden Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben, die der Kriminalpolizei hinsichtlich der Erforschung und Aufklärung von Straftaten durch § 163 StPO zugewiesen sind (vgl. BVerwGE 66, 192 = NJW 1983, 772; BVerwG NJW 2006, 1225 = NVwZ 2006, 713 m. w. Nachw.; BVerwG NJW 1990, 136 = DÖV 1990, 117). Auch für den vorliegenden Fall wurde die erkennungsdienstliche Behandlung der Kl. gem. § 81b Alt. 2 StPO nicht wegen des konkret gegen sie eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, sondern als Vorsorge für die Durchführung künftiger Strafverfahren.“

Während § 81b Alt. 1 StPO mit der ausdrücklichen Benennung der tatbestandlichen Voraussetzung „für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens“ der Strafverfolgung dient, soll die Ermächtigung in § 81b Alt. 2 StPO der zukünftigen Durchführung der Strafverfolgung in Bezug auf mögliche spätere oder später bekannt werdende Straftaten zugute kommen. Es handelt sich bei § 81b Alt. 2 StPO nicht um eine Regelung im Bereich der Strafverfolgung, sondern um die Ermächtigung zu Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge, die außerhalb konkreter Strafverfahren erfolgen und auf die deshalb die §§ 23 ff. EGGVG nicht anwendbar sind (vgl. Schenke, Polizei- und OrdnungsR, 6. Aufl., 2009, Rn 30; Lisken/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl., 2007, E Rn 177).“ (BVerwG aaO)

- II. Die dagegen geltend gemachten **Einwände überzeugen BVerwG aaO nicht**.

„Dem VGH ist nicht darin zu folgen, dass gegen die Zuordnung von Maßnahmen auf der Grundlage des § 81b Alt. 2 StPO zum **Recht der Gefahrenabwehr** spreche, dass sie der Strafverfolgungsvorsorge dienen. Auch solche Maßnahmen dienen nicht dem **Zweck der Verfolgung begangener Straftaten** und sind deshalb **Instrumente des Polizeirechts**. Aus der vom VGH für seine abweichende Auffassung in Anspruch genommenen Rspr. des BVerfG ergibt sich nichts Anderes. Der VGH nimmt insofern Bezug auf die Rspr. des BVerfG, nach der auch Maßnahmen, die sich auf künftige Strafverfahren beziehen, der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 I Nr. 1 GG unterfallen und dem Bundesgesetzgeber für die Verhütung einer Straftat die Gesetzgebungskompetenz fehlt (vgl. BVerfGE 103, 21 = NJW 2001, 879; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603). Daraus folgt nichts für die hier interessierende Frage des Rechtswegs für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge. Dies gilt gleichermaßen für die vom VGH auch in Bezug genommene Rspr. des BVerfG, nach der Rege-

lungen über die nachträgliche Sicherungsverwahrung eines verurteilten Straftäters auf den Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 1 GG gestützt werden können (vgl. BVerfGE 109, 190 = NJW 2004, 750). Da die beiden Alternativen des § 81b StPO unterschiedliche Zwecke verfolgen, kann die Zuweisung von Streitigkeiten über Maßnahmen auf der Grundlage des § 81b Alt. 2 StPO an die ordentliche Gerichtsbarkeit auch nicht damit begründet werden, dass für die Anfechtung von Maßnahmen i. S. der ersten Alternative des § 81b StPO nach § 23 I 1 EGGVG die ordentlichen Gerichte zuständig seien und dies für den Streit um die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen „desselben Rechtsgebiets“ nicht anders gesehen werden könne.

Die Aufbewahrung der erkennungsdienstlichen Unterlagen dient zwar der **Strafrechtspflege**, erfolgt jedoch **außerhalb eines konkreten Strafverfahrens**; mithin liegt keine Maßnahme auf dem Gebiet des Strafprozesses vor, und die §§ 23 ff. EGGVG sind deshalb nicht anwendbar (Lisken/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl., 2007, E Rn 177). Schließlich spricht, soweit entsprechende Befugnisse – wie dies meist zutrifft – in den Polizeigesetzen der Länder geregelt sind, der Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs dafür, hier wie auch sonst bei polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahmen den Rechtsweg gem. § 40 VwGO für einschlägig anzusehen. Das liegt umso näher, als die entsprechenden Strafverfolgungsvorsorgebefugnisse nicht für die Staatsanwaltschaft gelten und damit wesentliche Gründe, welche sonst bei Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei für die Ergreifung des Rechtswegs gem. § 23 EGGVG sprechen, hier entfallen (vgl. Schenke, Polizei- und OrdnungsR, 6. Aufl., 2009, Rn 427).“ (BVerwG aaO)

JAPO
§ 14

Nachprüfungsverfahren
Einwendungsausschluss bei bestandskräftigem Prüfungsbescheid
(VGH München in DÖV 2012, 528; Beschluss vom 08.02.2012 – 7 BR 11.2480)

öffR

Der **Prüfungsteilnehmer** kann seine im **Nachprüfungsverfahren** nach § 14 JAPO geltend gemachten **Einwendungen gegen die Bewertung** seiner Prüfungsleistungen dann **nicht mehr gerichtlich überprüfen lassen, wenn der Prüfungsbescheid** über das Ergebnis der Juristischen Staatsprüfung unanfechtbar, also **bestandskräftig geworden ist**.

I. Das **Nachprüfungsverfahren** nach § 14 JAPO hat **nicht den Prüfungsbescheid zum Gegenstand**; es ist weder ein Vorverfahren i. S. des § 68 VwGO noch ein sonstiger förmlicher Rechtsbehelf, sondern (lediglich) ein **formalisiertes Gegenvorstellungsrecht**, das im Rahmen des den Prüfern zustehenden Bewertungsspielraums ausschließlich dem „Überdenken“ der im Prüfungsverfahren getroffenen Prüfungsbewertungen dient.

1. Die Regelung des Nachprüfungsverfahrens (§ 14 JAPO) steht in Übereinstimmung mit der **Rspr. des BVerwG** (vgl. BVerfGE 92, 132).

*„Danach folgt aus Art. 12 I GG bei berufsbezogenen Prüfungen - wie der vorliegenden Ersten Juristischen Staatsprüfung - ein Anspruch des Prüflings auf **effektiven Schutz seines Grundrechts der Berufsfreiheit** durch eine entsprechende Gestaltung des Prüfungsverfahrens. Der Prüfling muss das Recht haben, substantiierte Einwände gegen die Bewertungen seiner Prüfungsleistungen bei der Prüfungsbehörde rechtzeitig und wirkungsvoll vorzubringen und derart ein „Überdenken“ dieser Bewertungen unter maßgeblicher Beteiligung der ursprünglichen Prüfer zu erreichen.*

*Dieser Anspruch des Prüflings auf „Überdenken“ der Prüfungsbewertungen stellt einen **unerlässlichen Ausgleich für die nur eingeschränkt mögliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte** dar. Denn die gerichtliche (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle von Prüfungsentscheidungen ist begrenzt, weil der Bewertungsvorgang von zahlreichen Unwägbarkeiten bestimmt ist und den beteiligten Prüfern bei prüfungsspezifischen Wertungen ein Bewertungsspielraum verbleibt. Den **Zweck eines möglichst rechtzeitigen und wirkungsvollen Schutzes des Prüflings in seinem Grundrecht der Berufsfreiheit** erfüllt das Verfahren des „Überdenkens“ der Prüfungsbewertungen dabei nicht nur dann, wenn es vor einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, etwa im Rahmen des in den §§ 68 ff. VwGO grds. vorgesehenen Vorverfahrens (Widerspruchsverfahrens), stattfindet. Zulässig ist vielmehr auch ein parallel zum gerichtlichen Verfahren verlaufendes verwaltungsinternes Kontrollverfahren, wie das in § 14 JAPO geregelte Nachprüfungsverfahren, wenn es - wie vorliegend der Fall - dem Prüfling aufgrund substantiiert eingetragener Einwände die Möglichkeit eines rechtzeitigen und wirkungsvollen „Überdenkens“ der prüfungsspezifischen Wertungen einräumt.“ (VGH München aaO)*

2. Weil das **Nachprüfungsverfahren** lediglich die **verwaltungsgerichtliche (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle** der Prüfungsentscheidungen um ein verwaltungsinternes „Überdenken“ der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren prüfungsspezifischen Bewertungen **ergänzt** und die **Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle weder ersetzt noch den Rechtsweg neu eröffnet**, obliegt es der eigenverantwortlichen Entscheidung des Prüfungsteilnehmers, ob er sich auf die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens beschränkt, in dem die Prüfungsbewertungen verwaltungsintern „überdacht“ werden, oder ob er (auch) die gerichtliche (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle der Prüfungsentscheidung anstrebt. In letzterem Fall muss er sich im Wege der Klage gegen den Prüfungsbescheid selbst wenden und darf diesen nicht bestandskräftig werden lassen.

II. Schließlich ist auch der Einwand, der Prüfling dürfe nicht gezwungen sein, neben dem Nachprüfungsverfahren auch ein Klageverfahren anzustrengen, um den Eintritt der Bestandskraft des Prüfungsbescheids zu verhindern, nicht begründet.

*„Der **Prüfungsteilnehmer ist stets „gezwungen“, ein gerichtliches Verfahren anzustrengen, um eine gerichtliche (Rechtmäßigkeits-) Kontrolle der Bewertung seiner Prüfungsleistungen zu erreichen. Er muss deshalb stets auch mittels einer Klageerhebung den Eintritt der Bestandskraft des Prüfungsbescheids verhindern. Ob dabei das dem Kl. mögliche Verfahren des „Überdenkens“ der Prüfungsbewertungen zeitlich vor oder parallel zu einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren stattfindet ist - wie ausgeführt - rechtlich unerheblich. Im letzteren Fall wird das verwaltungsgerichtliche Verfahren auf Antrag des Kl. bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.“ (VGH München aaO).***

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Rodegra**: Die Abgrenzung zwischen Reismängeln und „hinzunehmenden Unannehmlichkeiten“ in der Rspr. (MDR 2012, 681)
2. **Taplan**: Baumgartner: Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen im Zusammenhang mit Stromlieferungsverträgen (NJOZ 2012, 881)

Der **Widerruf in Bezug auf Stromlieferungsverträge** im Rahmen des Fernabsatzgeschäfts **ist zulässig**; § 312d IV Nr. 1 BGB enthält hierfür **keine tauglichen Ausschlussstatbestände**. - Die vertraglich bestimmte Laufzeit oder sonstige vertragliche Kündigungsregelungen finden keine Anwendung, sofern sie hinter den gesetzlichen Bestimmungen zum Widerruf zurückbleiben. - Eine evt. anfallende **Wertersatzpflicht ist nicht gemeinschaftsrechtswidrig**. - Eine durch die Bejahung des Widerrufsrechts erhöhte Wechselrate der Stromkunden würde den Wettbewerb unter den EVUs weiter anregen.

3. **Bartholomä**: Die Systematik des neuen Wertersatzregimes nach Widerruf (NJW 2012, 1761)

Die **neuen gesetzlichen Regelungen** betreffen den **Wertersatzanspruch für die Verschlechterung der Sache bei jedem Widerrufsrecht** sowie den **Nutzungswertersatzanspruch bei Fernabsatzverträgen**. - Neben der **Befreiungswirkung** löst ein wirksamer Widerruf nach § 357 I 1 BGB ein **Rückabwicklungsschuldverhältnis** in entsprechender Anwendung der Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt (§§ 346 ff. BGB) aus; hierdurch wird diese Rechtsfolge des Widerrufs mit der des gesetzlichen Rücktritts verklammert. - An die Stelle des primären Rückgewähr- und Herausgabeanspruchs gem. § 346 I BGB tritt in den Fällen der § 346 II 1 Nr. 1-3 BGB eine Wertersatzpflicht: Wie der Rückgewährschuldner beim Rücktritt **schuldet der widerrufende Verbraucher** danach **Wertersatz**, soweit erstens die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist; diese Regelung wird jetzt für gezogene Nutzungen beim Fernabsatzvertrag gem. § 312e I BGB modifiziert; außerdem ist der Verbraucher wertersatzpflichtig, soweit der Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet wurde (§ 346 II 1 Nr. 2 BGB); schließlich besteht beim gesetzlichen Rücktritt ein Wertersatzanspruch, soweit der **empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen** ist, § 346 II 1 Nr. 3 HS1 BGB; das Rücktrittsfolgenrecht selbst ordnet hiervon eine Ausnahme für diejenige Verschlechterung an, die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstanden ist; der Untergang ist von dieser Ausnahme jedoch nicht erfasst. - Der neue § 357 III 1 BGB verdrängt nicht nur § 346 II 1 Nr. 3 HS 2 BGB, sondern die gesamte Vorschrift des § 346 II 1 Nr. 3 BGB, soweit es um die Verschlechterung einer Sache geht; dagegen richtet sich nach den neuen Regelungen der Wertersatz wegen Verschlechterung von unkörperlichen Gegenständen und auch wegen Untergangs körperlicher und unkörperlicher Gegenstände grds. allein nach Rücktrittsrecht, also § 346 II 1 Nr. 3 BGB. - § 357 III 1 Nr. 2 BGB verlangt für jeden Wertersatzanspruch wegen Verschlechterung der Sache einen Hinweis auf die Rechtsfolgen („wenn er ... auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist“); daraus folgt, dass der Verbraucher bei unterlassenen Rechtsfolgenhinweis nicht einmal Wertersatz gem. §§ 346 II, 357 III BGB für eine Verschlechterung schuldet, die auf einem **unsachgemäßen Umgang** beruht; auch eine **zufällige Verschlechterung kann nur noch dann zur Wertersatzpflicht führen, wenn auf diese Rechtsfolge hingewiesen wurde**. - **§ 357 III 1 BGB ordnet die Beweislast neu**: Der Unternehmer trägt jetzt die Beweislast dafür, dass sich erstens die Sache verschlechtert hat, dass dies zweitens auf einem Umgang beruht, der über die Prüfung der Eigenschaften und Funktionsweise hinausgegangen ist und dass drittens der Verbraucher auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist. - § 357 III 1 BGB weicht nur hinsichtlich der Verschlechterung der Sache von § 346 II 1 Nr. 3 ab: Während also Wertersatz für die Verschlechterung der Sache nur dann geschuldet wird, wenn der Verbraucher auf diese Rechtsfolge hingewiesen wurde, bedarf es – auch nach neuem Recht – keines solchen Hinweises auf einen etwaigen Wertersatzanspruch wegen Untergangs der Sache; zufällige Verschlechterung und zufälliger Untergang werden nach Widerrufsrecht unterschiedlich behandelt. - Der **Nutzungswertersatz bei Fernabsatzverträgen** richtet sich künftig nach **§ 312e II BGB**: Abs. 2 war bisher § 312d VI; neu ist nur Abs. 1; während der Rücktrittsschuldner für gezogene Nutzungen zum Wertersatz verpflichtet ist und dies grds. gleichermaßen für den widerrufenden Verbraucher gilt, ordnet § 312e I BGB eine Durchbrechung der doppelten Verklammerung an: Der Verbraucher ist bei einem Fernabsatzvertrag über die Lieferung von Waren in Abweichung von § 357 I 1 BGB nur dann zum Nutzungswertersatz verpflichtet, soweit er erstens die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, und wenn er zweitens zuvor vom Unternehmer auf diese Rechtsfolge hingewiesen und entsprechend § 360 I oder II über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt hat. - Auch Nutzungswertersatz beim Fernabsatz kann daher **nur dann geschuldet** werden, **soweit ein Umgang vorliegt, der über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht**; im Gegensatz zum Wertersatz wegen Verschlechterung der Sache verliert der Verbraucher aber auch durch eine anderweitige Kenntnisnahme seinen Schutz; Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen schuldet der Verbraucher hingegen nie (§ 312e I 2 BGB).

II. Strafrecht

1. **Bittmann:** Anspruch auf Ersatz betrügerisch angerichteten Schadens ohne Strafrechtsschutz? (NStZ 2012, 289)
2. **Weiß:** Bedienstete der Ermittlungsbehörden als Zustellungsbevollmächtigte i.S.v. § 132 I 1 Nr. 2 StPO? (NStZ 2012, 305)

Bespr. der Entsch. **LG Berlin NStZ 2012, 334** - Hat der einer Straftat dringend verdächtige Beschuldigte im Geltungsbereich der StPO keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt, liegen aber die Voraussetzungen eines Haftbefehls nicht vor, so kann nach **§ 132 I 1 Nr. 2 StPO** angeordnet werden, dass der Besch. „eine im Bezirk des zuständigen Gerichts wohnende Person zum Empfang von Zustellungen bevollmächtigt“; einen solchen **Zustellungsbevollmächtigten** hat der Beschuldigte auch dann zu benennen, wenn zwar der Haftgrund der Fluchtgefahr vorliegt, von seiner Festnahme bzw. deren Aufrechterhaltung jedoch abgesehen werden soll, weil er keine Freiheitsstrafe zu erwarten hat (§ 127a I, II i.V.m. § 116a III StPO), oder wenn er die Außervollzugsetzung eines bereits erlassenen Haftbefehls gegen Sicherheitsleistung beantragt (§ 116a III StPO). - Unter den Voraussetzungen der §§ 127a, 132 StPO – zu denken ist insbes. an „grenzbezogene“ Taten nach § 95 I AufenthG, § 374 I, § 29 I BtmG und an Verkehrsstraftaten – sprechen für den Besch. vielfach wirtschaftliche, sprachliche und zeitliche Gründe dagegen, sich selbst um einen geeigneten Zustellungsbevollmächtigten zu bemühen, insbes. einen Rechtsanwalt zu beauftragen; es entspricht daher **ständiger Übung**, dass **dem Besch. von den Ermittlungsbeamten die Bestellung des Bediensteten einer Ermittlungsbehörde als Zustellungsbevollmächtigter vorgeschlagen wird**; regelmäßig handelt es sich um einen i. Ü. mit Verwaltungsaufgaben betrauten Bediensteten (Dienststellenleiter, Geschäftsstellenbeamter o.ä.), dessen Bereitschaft zum Tätigwerden als Zustellungsbevollmächtigter innerhalb der Ermittlungsbehörde zuvor bekannt gemacht worden ist. - **Gegen diese Übung wendet sich** nun das **LG Berlin** (NStZ 2012, 334) und vertritt die Ansicht, **Zustellungsbevollmächtigter** i.S.v. § 132 I 1 Nr. 2 StPO könne **nur eine Person** sein, die **„außerhalb der Sphäre der Ermittlungsbehörden“** stehe – womit insbes. Bedienstete der Staatsanwaltschaften, Polizeibehörden und Hauptzollämter als Zustellungsbevollmächtigte ausscheiden würden. – Nach Ansicht des Autors sind jedoch auch die Bediensteten von Ermittlungsbehörden taugliche Zustellungsbevollmächtigte i.S.v. § 132 I Nr. 2 StPO, sofern nicht sie oder nahe Angehörige durch die verfolgte Tat verletzt sind; dass der Zustellungsbevollmächtigte „außerhalb der Sphäre der Ermittlungsbehörden“ stehen muss, könne hingegen nicht gefordert werden.

3. **Müller/Schmidt:** Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2011 (NStZ 2012, 308)

III. Öffentliches Recht

1. **Siegel:** Grundlagen und Grenzen polizeilicher Videoüberwachung (NVwZ 2012, 738)
Bespr. der Entsch. BVerwG NVwZ 2012, 750
2. **Kirsch:** Die Unterstützung des Terrorismus durch Vereinigungen und ihr Nachweis gem. § 54 Nr. 5 AufenthG (NVwZ 2012, 677)
Bespr. der Entsch. BVerwG NVwZ 2012, 701
3. **Grünwald:** Nochmals: Das novellierte Handwerksrecht in der neuesten Rspr. des BVerwG (NVwZ 2012, 736)
4. **Glauben:** Immunität der Parlamentarier – Relikt aus vordemokratischer Zeit? (DÖV 2012, 378)

Der **Schutz der Immunität für die Abgeordneten** in Bund und Ländern **dient** in erster Linie **der Sicherung der Repräsentationsfunktion des Parlaments**: Das Parlament soll sich ungehindert insbes. durch die Einflussnahme der Exekutive so in seiner personellen Zusammensetzung versammeln können, wie es die Repräsentierten, also das Volk, haben wollte; damit erweist sich der **Immunitätsschutz nicht als ein Privileg oder subjektives Recht des einzelnen Abgeordneten, sondern als ein Recht des Parlaments**; gleichwohl hat auch der einzelne Abgeordnete nach Auffassung des BVerfG einen verfassungsgerichtlich überprüfbaren Anspruch auf eine willkürfreie Entscheidung des Parlaments bei der Aufhebung der Immunität, wenn auch dem Parlament dabei ein **weiter Ermessensspielraum** zusteht. - In der Praxis erweist sich der Immunitätsschutz für die Abgeordneten jedoch häufig als – zumindest politische – Belastung, denn der Schutz gilt für alle Delikte und hat zur Folge, dass regelmäßig der politische Gegner und die Öffentlichkeit von bevorstehenden Ermittlungsmaßnahmen erfahren; um dies zu vermeiden, haben die Abgeordneten in Bund und Ländern weitgehend auf den Schutz der Immunität verzichtet, denn zu Beginn einer jeden Wahlperiode werden Ermittlungshandlungen weitgehend vorab genehmigt, ohne dass das Parlament die Immunität noch einmal förmlich aufheben muss; eine **Ausnahme gilt für sog. qualifizierte Ermittlungshandlungen** wie bspw. die **Durchsuchung und Beschlagnahme oder die Erhebung der Anklage oder den Erlass eines Strafbefehls**. - Angesichts des beschriebenen Verfahrens der **Vorabgenehmigung** läuft in der Praxis der Immunitätsschutz weitgehend leer; es erscheint verfassungsrechtlich bedenklich, so gegen den ausdrücklichen Wortlaut verfassungsgesetzlicher Bestimmungen zu verfahren, sodass sich die Frage stellt, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber in Bund und Ländern den Schutz der Immunität einschränken und ein Vetorecht des Parlaments vorsehen sollte, wenn durch staatsanwaltschaftliche Ermittlungen die parlamentarische Arbeit des Parlaments beeinträchtigt wird. - Anders als bei Abgeordneten erschließt sich der Sinn des **Immunitätsschutzes des Bundespräsidenten** nicht, denn in einem modernen Rechtsstaat steht

außer Frage, dass auch das Staatsoberhaupt der Gesetzesbindung unterliegt; dies mit der verfassungskräftigsten Festschreibung des Immunitätsschutzes zu unterstreichen, erscheint daher eher als ein Relikt aus vergangener Zeit als der staatsrechtlichen Stellung des Bundespräsidenten angemessen.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Schürmann:** Die Entwicklung des materiellen Unterhaltsrechts nach der Rspr. des BGH und der OLG im Jahr 2011 (FamRZ 2012, 913)
2. **Kellner:** Belehrungspflicht des Anwaltes über die prozessualen Erfolgsaussichten (BRAMitt. 2012, 108)

Es ist **Aufgabe des Rechtsanwaltes**, sich **die für das Prozessziel notwendigen Informationen vom Auftraggeber zu beschaffen**; der Anwalt muss den von ihm vorgetragene Sachverhalt darin prüfen, ob er geeignet ist, das vom Auftraggeber erstrebte Ziel herbeizuführen; sodann hat der Anwalt dem Mandanten diejenigen Schritte zu empfehlen, die zu dem erstrebten Ziel führen können. - Er muss den **Mandanten vor Nachteilen bewahren**, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind; deshalb hat der Anwalt seinem Mandanten den sichersten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit dieser eine sachgerechte Entscheidung treffen kann; Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt ansprechen und mit seinem Auftraggeber erörtern. - Die Belehrung ist vom Anwalt persönlich aufzuführen. - Es besteht eine **fortlaufende Pflicht zu Beratung des Mandanten**. - Eine umfassende Beratungspflicht besteht jedoch noch nicht bei einer **ersten Beratung**, weil diese nur eine pauschale **überschlägige Rechtauskunft** sein kann. - Nach Aufklärung des maßgeblichen Sachverhalts entsteht die Verpflichtung zu **umfassender Beratung über die Erfolgsaussichten**; bestreitet die Gegenseite überraschend vom Mandanten vorgebrachte Tatsachen oder werden nicht vorhersehbare Einwendungen geltend gemacht, so ist erneut zu beraten; dies gibt auch in einem schon laufenden Prozess. - Die Pflichten werden durch den Inhalt des konkreten Auftrags festgelegt: Der Mandatsvertrag kann daher auch mit einschränkendem Inhalt vereinbart werden. - Ein **Einverständnis zur Prozessführung wirkt zwar grds. entlastend**, auch wenn die Erfolgsaussichten von Anfang an als gering einzuschätzen waren; ein Einverständnis hat jedoch nur dann entlastende Wirkung, wenn der Auftraggeber zuvor richtig belehrt worden ist. - Eine **besondere Nachdrücklichkeit oder Eindringlichkeit der gebotenen Beratung kann nicht gefordert werden**, denn es ist die Entscheidung des Mandanten, ob er sich mit der Belehrung des Anwaltes auseinandersetzt oder nicht. - Wird der Anwalt erst kurz vor Ablauf einer Frist beauftragt, kann dies den Umfang der Beratungspflicht einschränken; dies gilt insbes. dann, wenn der Auftraggeber über einen langen Zeitraum untätig war und dann erst kurz vor Fristablauf aktiv wird. - Eine **Belehrungspflicht besteht grds. über das formelle Vorhandensein eines Rechtsmittels**; ohne gesonderten Auftrag gehört es jedoch nicht zu den Pflichten des erstinstanzlichen Anwalts über die Erfolgsaussichten einer Berufung und nicht zu den Pflichten eines Berufungsanwalts, über die Erfolgsaussichten einer Revision zu belehren. - Falls sich die zu erhebenden **Gebühren nach dem Gegenstandswert** richten, hat der Anwalt **vor Übernahme eines Auftrags darauf hinzuweisen** (§49b V BRAO); auf die voraussichtliche Höhe seiner gesetzlichen Vergütung muss der Rechtsanwalt jedoch nur auf Verlangen hinzuweisen. - Das **Vorhandensein einer Rechtsschutzversicherung mindert grds. nicht die anwaltlichen Belehrungspflichten**. Die **Verletzung von Belehrungspflichten stellt eine anwaltliche Pflichtverletzung dar**, die bei kausalen Vermögensschäden zu einer Schadensersatzpflicht gem. § 280 BGB führt; der anwaltliche Honoraranspruch wird davon jedoch wegen des dienstvertraglichen Charakters des Anwaltsvertrags nicht berührt.

Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts

I. Sachnorm

Eine Sachnorm ist eine Norm, die an einen rechtlich relevanten Sachverhalt eine materielle Rechtsfolge knüpft.

II. Kollisionsnorm:

Eine Kollisionsnorm ist eine Norm, welche die Auswahl einer von mehreren in Betracht kommenden Sachnormen aus verschiedenen Rechtsordnungen regelt.

1. Selbständige und unselbständige Kollisionsnormen

- a) Eine selbständige Kollisionsnorm regelt die Rechtsfolge eines im Tatbestand beschriebenen Sachverhalts (z.B. Art. 39 I EGBGB)
- b) Eine unselbständige Kollisionsnorm verweist auf eine weitere Kollisionsnorm zur Bestimmung der anwendbaren Sachnormen (z.B. Art. 44 EGBGB)

2. einseitige und allseitige Kollisionsnormen

- a) Eine einseitige Kollisionsnorm regelt die Anwendung nationalen Rechts für einen gegebenen Sachverhalt und knüpft meist an die Staatsangehörigkeit des Handelnden an.
- b) Eine allseitige Kollisionsnorm bestimmt die anwendbaren Sachnormen aufgrund abstrakter Kriterien.

3. versteckte Kollisionsnormen

Von einer versteckten Kollisionsnorm ist die Rede, wenn die Zuständigkeit des Gerichts eines Landes bestimmt wird, das dann inländisches Recht (lex fori) anwendet. Hier bestimmt die Zuständigkeitsregelung dann indirekt das anwendbare Recht.

III. Anknüpfungskriterien

Ein Anknüpfungskriterium ist ein rechtliches Merkmal, auf dessen Grundlage mittelbar die Rechtsfolge bestimmt wird.

Anknüpfungskriterien für die Bestimmung des anwendbaren Rechts können sein:

1. Staatsangehörigkeit (personenbezogen)

Zuordnung einer Person zu einem bestimmten Staat. Gehört die Person mehreren Staaten an, so gilt das Personalstatut des Art. 5 EGBGB. Danach ist das Recht desjenigen dieser Staaten anzuwenden, mit dem die Person am engsten verbunden ist, insbesondere durch ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder durch den Verlauf ihres Lebens. Ist die Person auch Deutscher, so geht diese Rechtsstellung vor.

Ist eine Person staatenlos oder kann ihre Staatsangehörigkeit nicht festgestellt werden, so ist nach Art. 5 II EGBGB das Recht des Staates anzuwenden, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, mangels eines solchen, ihren Aufenthalt hat.

2. Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes (ortsbezogen)

Aufenthalt ist auf Dauer angelegt und Ort stellt den Daseinsmittelpunkt dar.

3. Wohnsitz

Wohnsitznahme ist nach den gesetzlichen Regelungen des betreffenden Landes zu beurteilen.

IV. Substitution

Von Substitution spricht man, wenn sich Tatbestandselemente einer deutschen Norm auf einen Sachverhalt im Ausland beziehen (z.B. Formanforderungen) und sich die Frage stellt, ob die Einhaltung der Anforderungen des deutschen Rechts ersetzt werden kann durch die Einhaltung der Anforderungen der betreffenden ausländischen Rechtsnorm. Dies ist dann möglich, wenn das fremde Rechtsinstitut nach Wirkung und Funktion im konkreten Fall dem zu substituierenden Rechtsinstitut gleichwertig ist (sog. **konkrete Äquivalenz**).

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Zivilrecht

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

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) VRi LG Dr. S	Tag d. mündl. Prüfung 22.05.2012
----------------------	---	---

Zur Person:

Dr. S ist ein angenehmer Prüfer, der für eine angenehme Prüfungsatmosphäre sorgt und stets bemüht ist, auch Hilfestellungen zu geben. Er wiederholte oder konkretisierte seine Fragen so, dass man dann wusste, worauf er hinaus wollte. Bei der Punktvergabe war er fair.

Zur Prüfung:

Dr. S begann die Prüfung mit einem recht umfangreichen Fall:

K kaufte sich einen Pkw bei der V- GmbH & Co-KG im Jahre 2007. Als bald musste K jedoch feststellen, dass die Kupplung ruckelte. Er verlangte Nachbesserung von V. V tauschte daraufhin die Kupplungsscheibe aus. Trotzdem traten danach weiterhin Probleme mit der Kupplung auf. In diesem Fall lag das Problem daran, dass die Kupplung hing, und sich der Motor teilweise gar nicht mehr starten ließ. Darüber informierte K den V jedoch nicht explizit. Daraufhin wollte K vom Vertrag zurücktreten. Er reichte Klage 2011 ein. V berief sich auf Verjährung.

Einstieg der Prüfung war der Mangelbegriff, den Dr. S detailliert erörtert haben wollte. Hierbei kam es ihm darauf an, dass es sich bei dem „Ruckeln“ um einen Sachmangel handelt, da sich das Kfz dadurch nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet, § 434 I 2 Nr. 1 BGB. Dann fragte er, was K machen könne. Zunächst musste die Nacherfüllungsmöglichkeit nach § 439 BGB genannt werden – wichtig hier: die Fristsetzung zur Nacherfüllung und Sinn und Zweck der Nacherfüllungsmöglichkeit, welche mit dem Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung benannt werden muss. Danach wurden eingehend die Rücktrittsvoraussetzungen besprochen, §§ 439 Nr. 2, 323 BGB. Bei dem „Ruckeln“ war die Nacherfüllung unmöglich. Problematisiert wurden auch die Rücktrittsvoraussetzungen beim unbeheblichen Mangel.

Streitig wurde erörtert, ob bei einer Rücktrittserklärung ein Grund angegeben werden muss. Dem Wortlaut nach ist dem § 349 BGB hierfür nichts zu entnehmen. Diese Frage wurde kontrovers diskutiert, es kann aber wohl vertreten werden, dass kein konkreter Grund dargelegt werden muss.

Problematisiert wurde auch § 476 BGB, nämlich die Frage, ob es ausreicht, ein Fehlerbild anzugeben oder ob der Beweis des konkreten Sachmangels voll zu erbringen ist. Vorliegend handelte es sich um einen Verbrauchsgüterkauf, der konkrete Sachmangel muss daher nicht bezeichnet werden. Nacherfüllung wegen des „Hängens der Kupplung“ wäre wohl möglich gewesen. Allerdings wurde dieser Mangel von K nie der V-GmbH gegenüber angezeigt und auf diesen Mangel hat sich K auch nicht im Rahmen des Rücktritts berufen.

Weiter ging es darum, ob ein Rücktrittsrecht verjähren kann. Hier wollte Dr. S den § 218 BGB detailliert erörtert haben. Er fragte insbesondere danach, ob § 218 BGB auch bei einem nicht behebbaren Mangel gelten könne. Hier ist auf die Schutzwürdigkeit der Parteien abzustellen: Grds. schützt die Verjährung den Verkäufer. Bei einem nicht behebbaren Mangel muss der Verkäufer jedoch nicht geschützt werden. Daher ist §§ 218, 438 BGB auch nicht anwendbar beim unbeheblichen Mangel.

Damit war die Prüfung auch schon beendet.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Öffentliches Recht

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

Land: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) Abt. Dir. K	Tag d. mündl. Prüfung 24.04.2012
-------------------------------	--	---

Zur Person:

K ist ein wirklich netter Prüfer. Schon im Vorgespräch nahm er einem die Angst und sprach ein paar aufmunternde Worte. Auch während der Prüfung ermunterte er jeden Prüfling mit einem Nicken und schaffte so eine angenehme Prüfungssituation. Es war mehr ein juristisches Gespräch, als eine Prüfung. Es war alles recht locker, sodass man weder angespannt noch aufgeregt sein musste. Herr Kuhn ist in seiner Notenvergabe wohlwollend.

Zur Prüfung:

Wie aus den vorherigen Protokollen ersichtlich hielt K auch bei uns an der Prüfung des Widerspruchsverfahrens fest. Zudem wurde danach die Verfassungsbeschwerde geprüft.

Fall: Der britische Staatsbürger B wollte hier in Deutschland habilitieren. Er reichte dazu eine Habilitationsschrift ein, welche aus zwei Themengebieten seines Fachbereiches bestand. Diese Schrift wurde sodann drei kompetenten Wissenschaftlern zur Überprüfung vorgelegt, um abschließend darüber beurteilen zu können, ob diese Schrift den Anforderungen auf Zulassung des Habilitationsvorhabens entspricht. Einer der Wissenschaftler war Experte in einem der angesprochenen Themengebieten, aber nicht in dem anderen der Zulassungsschrift. Insgesamt entschied er, dass die Schrift nicht den Anforderungen genüge. Deswegen wurde dem B die Zulassung verweigert.

Es wurde gefragt, wie B sich dagegen wehren könne.

Wir prüften das Widerspruchsverfahren samt Zulässigkeit und Begründetheit.

Für den Fall, dass der Widerspruch keinen Erfolg hat, kann geklagt werden. Wird die Berufung nicht zugelassen, kann der B einen Antrag auf Berufungszulassung nach § 124a VWGO stellen.

Anschließend prüften wir die Verfassungsbeschwerde, die dem B ebenfalls Rechtschutz vermittelt. Angefangen bei der Zulässigkeit kamen wir zu den verletzten Grundrechten: Angesprochen wurden die Deutsch- und die Jedermanns-Grundrechte, insbes. Art. 2, 3, 5, 12 GG.

Art. 2 GG als allgemeines Auffanggrundrecht, Art 3 GG wegen der Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Bewerbern, da der eine Wissenschaftler nicht in beiden Teilbereichen über die erforderliche Kompetenz verfügt, welche erforderlich ist, um ein objektives Gutachten zu erstellen. Art. 5 GG betrifft hier die Wissenschaftsfreiheit und Art. 12 GG die Freiheit der Berufswahl.

Hier muss beachtet werden, dass der B als britischer Staatsangehöriger aufgrund der EU-Zugehörigkeit besonderen Schutz bedarf und die GR im europarechtlichen Lichte ausgelegt werden müssen.

Weiterhin wurde gefragt, was der B machen kann, wenn sich Folgendes ereignet: Er ist wieder in Großbritannien und erfährt aus den Nachrichten, dass die Bildungsministerin demnächst in Berlin ist. Der B möchte sich persönlich an sie wenden. Hier steht auch ihm das Petitionsrecht aus Art. 17 GG zu.

Damit waren die 30 min auch schon vorbei. Viel Erfolg allen nachfolgenden Kandidaten!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ▀

Was kostet das?

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

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

Bearbeitungskosten

Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen (Erstattung nach Einreichung der Eigenprotokolle)

Versandkosten (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

Weitere Informationen unter: www.juridicus.de

