



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

35. Jahrg.

August 2010

Heft 08

---

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Fristbeginn bei Zustellung einer Urteilsausfertigung
- BGH:** Wohnflächenabweichung als Mietmangel
- OLG Nürnberg:** Verwahrungsbruch am Zahngold eines Verstorbenen
- OVG Münster:** Zustandshaftung des früheren Eigentümers
- BGH:** Parteizustellung ersetzt nicht Amtszustellung
- BGH:** Rechtsschutz gegen verdeckte Ermittlungen
- OVG Koblenz:** Beteiligtenfähigkeit im Kommunalverfassungsstreit



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

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

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Die EU-Ratingverordnung.....	1
------------------------------	---

### Brandaktuell

BGH: Beginn der 1-monatigen Berufungsfrist (Zustellung einer Ausfertigung erforderlich) .....	2
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Abrechnung von Betriebskosten (auch gegen einen Gesamtschuldner zulässig).....	3
BGH: Wohnflächenabweichung als Mietmangel (keine zusätzliche Toleranzspanne bei ca. Angabe).....	7

#### Strafrecht

OLG Nürnberg: Verwahrungsbruch (Wegnahme des Zahngolds eines Verstorbenen).....	11
BGH: Geldwäsche (kollusives Zusammenwirken von Vortäter und Geldwäscher ist nicht erforderlich) .....	16

#### öffentl. Recht

OVG Münster: Zustandshaftung des früheren Eigentümers (Grenzen der Verantwortlichkeit) .....	21
OLG Frankfurt: Amtshaftungsanspruch wegen Aufsichtspflichtverletzung (Anforderungen an Lehrpersonal).....	25

#### Kurzauslese I

OLG Celle: arglistige Täuschung (durch Kundenansreiben).....	29
LAG Köln: Empfangsbote (Ehegatte).....	29
OLG Koblenz: Kündigung eines Vertragshändlervertrages (wegen Nichterreichens des Absatzziels).....	31
OLG Hamm: Widerrufsfrist (kein Fristbeginn durch Zugang einer Vorabbelehrung).....	31
BGH: Nichtanzeige geplanter Straftaten (bei Verdacht der Beteiligung).....	33
OLG Köln: Wohnungseinbruchdiebstahl (Verwendung eines richtigen Schlüssels durch Unbefugten).....	33
KG: gewerbsmäßiger Betrug (knappe Überschreitung der Geringwertigkeitsgrenze).....	35
BVerfG: Zweitwohnungssteuer (auch bei Residenzpflicht eines Beamten).....	35
VG Berlin: Zulassung zum Referendariat (Rücknahme einer rechtswidrigen Zulassung).....	35
VGH München: Prüfungsrecht (kein Verstoß gegen das Fairnessgebot bei unterlassenem sofortigen „Feedback“).....	37

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

**Zivilrecht**

BGH:	Heilung von Zustellungsmängeln (Parteizustellung statt Amtszustellung).....	39
OLG München:	Pfändung des Übereignungsanspruchs (Voraussetzungen bei Grundstückskauf).....	43

**Strafrecht**

BGH:	Verdeckte Ermittlungen (Rechtsschutz).....	46
------	---	----

**öffentl. Recht**

BVerwG :	Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs (nicht bei Irrtum über Umfang der Prozesskostenhilfe) .....	49
OVG Koblenz:	Kommunalverfassungsverstreit (Beteiligtenfähigkeit einer Stadtratsfraktion) .....	53

**Kurzauslese II**

BSG:	Frist zur Abfassung und Übergabe des Urteils (Fristende) .....	57
BGH:	Terminsverlegung (Verfahrensverschleppung).....	57
BGH:	Feststellungsinteresse (Wirksamkeit der Kündigung eines Mietverhältnisses).....	59
BGH:	selbstständiges Beweisverfahren (Beweislastumkehr).....	59
BGH:	Besorgnis der Befangenheit (Ablehnung eines Schöffen).....	59
OLG Hamm:	akustische Besuchsüberwachung (wegen Gefährdung des Haftzwecks).....	59
LG Essen:	Beweisverwertungsverbot (verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten).....	61
BGH:	Negativattest des Verhandlungsprotokolls (Beweiswirkung) ).....	61
BVerfG:	Anspruch auf rechtliches Gehör (Verweigerung der Akteneinsicht).....	61
BVerfG:	Missbrauchsgebühr (bei unzulässiger Verfassungsbeschwerde).....	63
BVerwG:	Urteilsberichtigung (Fristenlauf für Rechtsmittel).....	63

<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....	65
--	----

Übersicht:	Arten der Zwangsvollstreckung.....	68
------------	------------------------------------	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Strafrecht .....	69
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	70

## Aus der Gesetzgebung

### Die EU-Ratingverordnung

Ausführungsgesetz zur Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 über Ratingagenturen (Ausführungsgesetz zur EU-Ratingverordnung - RatingVAG), Gesetz v. 14.06.2010 – In-Kraft-Treten am 19.06.2010 (BGBl. I, S. 786)

#### I. Allgemeines

Aus der letzten Finanzmarktkrise ist die Lehre gezogen worden, dass kein Marktakteur und kein Produkt auf den globalen Finanzmärkten ohne entsprechende Regulierung und Aufsicht sein dürfen. Vor diesem Hintergrund haben sich die EU-Mitgliedstaaten darauf geeinigt, Ratingagenturen in der EU zukünftig einer stärkeren Überwachung zu unterziehen. Die vor diesem Hintergrund verabschiedete EU-Ratingverordnung ist im Dezember 2009 in Kraft getreten.

Ziel der EU-Verordnung ist, Interessenkonflikte zu vermeiden und die Transparenz über den Bewertungsprozess von Ratingagenturen zu erhöhen; so müssen sich z.B. die in der EU tätigen Ratingagenturen registrieren lassen und bestimmte Informationspflichten erfüllen. Außerdem dürfen Ratingagenturen keine Beratungsleistungen für Unternehmen erbringen, die sie bewerten.

Die EU-Ratingverordnung enthält unmittelbar geltende Bestimmungen für Unternehmen, die in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Ratings zur Verwendung etwa durch Kreditinstitute, Versicherungen und Kapitalanlagegesellschaften anbieten wollen.

Zur Umsetzung der Vorgaben der EU-Ratingverordnung in nationales Recht ist am 14.06.2010 das Ausführungsgesetz zur Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 über Ratingagenturen verabschiedet worden, das am 19.06.2010 in Kraft getreten ist.

#### II. Die wesentlichen gesetzlichen Neuregelungen im Überblick

Die Einhaltung der Vorgaben der EU-Ratingverordnung obliegt zunächst den nationalen Aufsichtsbehörden. In Deutschland ist die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zunächst zuständige Behörde für die Aufsicht über die Ratingagenturen. Ab dem 01.01.2011 sollen diese Aufsichtsbefugnisse jedoch auf die neue Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA) übergehen.

Um die laufende Überwachung der Ratingagenturen zu gewährleisten, sollen sich die Ratingagenturen einmal jährlich einer Prüfung von Wirtschaftsprüfern unterziehen. Über die Prüfung muss der BaFin Bericht erstattet werden. Daneben ist die BaFin berechtigt, jederzeit auch unabhängig von einem Anlass Prüfungen bei Ratingagenturen und den mit ihnen verbundenen Unternehmen durchzuführen.

Die Registrierung der Ratingagenturen und deren laufende Beaufsichtigung obliegen in erster Linie den nationalen Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten. Um den Vollzug dieser Aufgaben in Deutschland zu gewährleisten, müssen die zuständige Behörde bestimmt und Regelungen zu Aufsichtskompetenzen und Verwaltungsverfahren getroffen werden.

Diese Regelungen sollen in das Wertpapierhandelsgesetz eingegliedert werden, da auch die Aufsicht über Ratingagenturen Elemente der Verhaltens- und Organisationsaufsicht über Unternehmen enthält und die allgemeinen Bestimmungen des Wertpapierhandelsgesetzes ohne größeren Aufwand auf den Bereich der Aufsicht über Ratingagenturen erstreckt werden können.

Weiteres zentrales Element des Gesetzes ist ein Katalog von Bußgeldvorschriften, der in das Wertpapierhandelsgesetz eingeführt werden soll. Damit wird die zwingende Vorgabe umgesetzt, nach der Verstöße gegen die Vorgaben der EU-Ratingverordnung wirksam und verhältnismäßig sanktioniert werden müssen. Das Gesetz sieht dabei vor, dass in besonders schwerwiegenden Fällen Bußgelder von bis zu 1 Mio. € verhängt werden können.

Zudem werden nationale Bestimmungen zur Finanzierung der Aufsicht über Ratingagenturen durch die BaFin getroffen, indem das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz entsprechend geändert wird.

## Brandaktuell

ZPO  
§ 517

### Beginn der Berufungsfrist Zustellung einer Ausfertigung erforderlich (BGH, Beschluss vom 09.06.2010; XII ZB 132/09)

ZPO

**Fall:** Die Parteien streiten um Abänderung eines Urteils zum nahehelichen Unterhalt aus der geschiedenen ersten Ehe des Klägers. Das Urteil des Amtsgerichts vom 5. Februar 2009 ist dem Kläger nicht in Ausfertigung, sondern in beglaubigter Abschrift am 27. März 2009 zugestellt worden. Die Berufung des Klägers gegen dieses Urteil ist am 23. Mai 2009 beim Oberlandesgericht eingegangen, die Berufungsbegründung am 27. Mai 2009. Ist die Berufung rechtzeitig?

Die **Monatsfrist** zur Einlegung der Berufung **beginnt** nach § 517 ZPO mit **Zustellung des in vollständiger Form abgefassten** Urteils. Die Zustellung erfolgt nach § 317 I 1 i.V.m. § 166 II ZPO von Amts wegen. Freilich bleibt das Original des Urteils stets bei den Akten. Stattdessen ist eine Ausfertigung zuzustellen (Wieczorek/Schütze/Rensen ZPO 3. Aufl. § 317 Rn. 7).

„Eine **Ausfertigung** ist eine **in gesetzlich bestimmter Form gefertigte Abschrift**, die dem Zweck dient, die bei den Akten verbleibende Urschrift nach außen zu vertreten (BGH, FamRZ 1990, 1227). Durch die Ausfertigung soll dem Zustellungsempfänger die **Gewähr der Übereinstimmung** mit der bei den Akten verbleibenden Urteilsurschrift geboten werden (BGHZ 100, 234, 237 = NJW 1987, 2868 m.w.N. sowie BGH Beschlüsse vom 20.06.1989 - X ZB 12/87 und vom 28.11.2006 - VIII ZB 116/05 – jeweils veröffentlicht bei juris). Der **Ausfertigungsvermerk** bezeugt als eine **besondere Art der Beurkundung**, dass die Ausfertigung mit der Urschrift des Urteils übereinstimmt. Wegen dieser Besonderheit verlangt das Gesetz, dass die Ausfertigung **von einem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** zu unterschreiben und **mit dem Gerichtssiegel zu versehen** ist (§ 317 IV ZPO).“ (BGH aaO)

Ob **an Stelle** einer **Urteilsausfertigung** auch eine **beglaubigte Urteilsabschrift** die Zustellungswirkung des § 517 ZPO begründen kann, ist in der Literatur **umstritten** (vgl. BGH VersR 1994, 1495).

- „1. **Teilweise** wird vertreten, dass die in § 517 ZPO vorausgesetzte Amtszustellung statt in der Form einer vollständigen Urteilsausfertigung auch durch eine beglaubigte Abschrift des Urteils erfolgen kann (Thomas/Putzo/Reichold ZPO 30. Aufl. § 517 Rn 2; Hk-ZPO/Wöstmann 3. Aufl. § 517 Rn 2 und MünchKommZPO/Rimmelspacher 3. Aufl. § 517 Rn 9).
2. **Überwiegend** wird allerdings unter Hinweis auf die Bedeutung einer Ausfertigung und die Vorschrift des § 317 I, IV ZPO vertreten, dass **nur die Zustellung einer Ausfertigung** der gerichtlichen Entscheidung die **Berufungsfrist** nach § 17 ZPO **in Lauf setzen** kann (Zöller/Vollkommer ZPO 28. Aufl. § 317 Rn. 4; Musielak/Musielak ZPO 7. Aufl. § 317 Rn 3; Wieczorek/Schütze/Rensen ZPO 3. Aufl. § 317 Rn 7 und Prütting/Gehrlein/Lemke ZPO § 517 Rn 5).
3. **Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an.**

Die nach § 166 II ZPO von **Amts wegen zuzustellenden Dokumente** können grundsätzlich in **Urschrift, Ausfertigung** oder (**beglaubigter**) **Abschrift** zugestellt werden. Dabei ist die **Zustellung einer beglaubigten Abschrift** stets dann ausreichend, wenn das Gesetz **keine andere Regelung** enthält (Zöller/Stöber ZPO 28. Aufl. § 166 Rn 5). Denn eine besondere Form der Zustellung hat der Gesetzgeber ausdrücklich speziellen materiell- oder prozessrechtlichen Vorschriften vorbehalten (BT-Drucks. 14/4554 S. 15). Eine solche **spezielle Vorschrift** enthält das Gesetz in § 317 ZPO **für die Zustellung von Urteilen**.

Solange **keine Ausfertigung** der in den Akten verbleibenden Urschrift des Urteils erstellt ist, ist der **Zweck**, das **Urteil nach außen zu vertreten**, **nicht erreicht** (vgl. BGH Beschluss vom 28. November 2006 - VIII ZB 116/05 - veröffentlicht bei juris). Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspricht die **Form der Ausfertigung** der besonderen **Bedeutung und Wichtigkeit** der kundzugebenden Entscheidung. Erst der Ausfertigungsvermerk verleiht der Ausfertigung die Eigenschaft einer **öffentlichen Urkunde** und bezeugt deren Übereinstimmung mit der in den Akten verbleibenden Urschrift (BGHZ 100, 234, 237 = NJW 1987, 2868 m.w.N.; vgl. auch § 47 BeurkG). Entsprechend lautet die amtliche **Überschrift** des § 317 ZPO auch **"Urteilszustellung und -ausfertigung"** und für schriftlich vorliegende Urteile sieht § 317 IV ZPO lediglich die Erstellung von Ausfertigungen und Auszügen vor.

Für die **Zustellung als Voraussetzung für den Beginn der Rechtsmittelfrist** kommt es entscheidend auf äußere Form und Inhalt der zur Zustellung verwendeten Ausfertigung an; bei Abweichungen zwischen Urschrift und Ausfertigung ist allein die **Ausfertigung maßgeblich**, weil allein sie nach außen in Erscheinung tritt und die Beschwerdepartei ihre Rechte nur anhand der Ausfertigung wahrnehmen kann und muss (Senatsbeschluss vom 24. Januar 2001 XII ZB 75/00- NJW 2001, 1653, 1654 und BGH Beschluss vom 25. Mai 2006 IV ZB 47/05 - FamRZ 2006, 1114, 1115).“ (BGH aaO)

Der Beginn der einmonatigen Berufungsfrist des § 517 ZPO setzt daher die Zustellung einer Ausfertigung des in vollständiger Form abgefassten Urteils voraus.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§§ 421, 556

### Abrechnung von Betriebskosten auch gegen einen Gesamtschuldner zulässig (BGH in NJW 2010, 1965; Urteil vom 28.04.2010 – VIII ZR 263/09)

MietR

1. Der **Vermieter** ist **nicht** daran **gehindert**, die nach § 556 III BGB geschuldete Abrechnung der Betriebskosten, die eine Nachforderung zu seinen Gunsten ausweist, **nur einem von mehreren Mietern gegenüber vorzunehmen** und lediglich diesen auf Ausgleich des sich hieraus ergebenden Nachzahlungsbetrags in Anspruch zu nehmen.
2. Bei dem **Anspruch auf Erteilung** einer Abrechnung, der **Geltendmachung einer abgerechneten Nachforderung** und der **Rückzahlung überschüssiger Nebenkostenvorauszahlungen** handelt es sich um **drei eigenständige Tatbestände**, die unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterworfen sind.

#### A. Grundlagenwissen: Mehrheit von Schuldern

##### I. Formen von Schuldnermehrheiten

###### 1. Teilschuldnerschaft nach § 420 BGB

Jeder Schuldner ist nur zu einem Teil der Leistung verpflichtet. Voraussetzung ist, dass die Schuld teilbar ist.

###### 2. Gesamtschuldnerschaft nach § 421 BGB

Bei der Gesamtschuld stehen einem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüber. Schulden sie eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber nur einmal zu fordern berechtigt ist, liegt gemäß § 421 BGB eine Gesamtschuld vor.

Dem Gläubiger steht gegen jeden Gesamtschuldner eine selbständige Forderung zu. Nach seinem Belieben kann er die Leistung von jedem Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern.

Zahlt einer der Schuldner, erlöschen die Forderungen gegen die anderen Gesamtschuldner, § 422 I 1 BGB

###### 3. Schuldnergemeinschaft

Es wird eine Gesamtleistung geschuldet, die nicht von jedem einzelnen, sondern nur von allen Schuldnern gemeinsam erbracht werden. Hierzu gehören:

- die Gesellschaft (§ 705 BGB),
- die Gütergemeinschaft (§ 1415 BGB)
- die Erbengemeinschaft (§ 2032 BGB)

##### II. Gesamtschuld als häufigste Form der Schuldnermehrheit

###### 1. Voraussetzungen

- a) Es sind **mehrere Schuldner** vorhanden.
- b) **Jeder schuldet** die gesamte Leistung.
- c) Der Gläubiger kann die Leistung insgesamt **nur einmal fordern**.
- d) Es muss **dasselbe Leistungsinteresse** betroffen sein.
- e) Es muss eine **innere Verbundenheit** (Gleichrangigkeit/Gleichstufigkeit) zwischen den Gesamtschuldnern bestehen. Nach anderer Auffassung reicht eine Zweckgemeinschaft.

## 2. Wirkungen der Gesamtschuld im Außenverhältnis

- a) Von mehreren Schuldnern hat jeder die gesamte Leistung zu erbringen (§ 421 BGB)
- b) Die Zahlung eines Schuldners hat Tilgungswirkung für alle Schuldner (§ 422 BGB)
- c) Der Annahmeverzug des Gläubigers nach § 293 BGB wirkt gegenüber allen Gesamtschuldnern (§ 424 BGB)
- d) Nur in der Person eines Gesamtschuldners eintretende Tatsachen beeinflussen die Rechtsbeziehungen der Mitschuldner zum Gläubiger im Regelfall nicht (§ 425 I BGB)

## 3. Wirkungen der Gesamtschuld im Innenverhältnis

Zwischen den Gesamtschuldnern besteht nach § 426 BGB ein Ausgleichsschuldverhältnis. Bei deliktischen Ansprüchen ist § 840 II BGB zu beachten.

- a) Nach § 426 I BGB hat jeder Gesamtschuldner gegen den anderen einen **Anspruch aus eigenem Recht** auf Mittragung der Schuld
- c) Leistet ein Gesamtschuldner an den Gläubiger, so geht der Anspruch nach § 426 II BGB auf ihn über (**cessio legis**) und er kann § 426 II BGB die anderen in Regress nehmen, soweit diese zur Mittragung der Schuld verpflichtet sind.

## B. Abrechnung von Betriebskosten nur gegenüber einem Mitmieter (BGH in NJW 2010, 1965)

**Fall:** Die Beklagte ist neben ihrem Ehemann Mieterin einer Wohnung der Klägerin in B. In § 3 des Mietvertrags ist eine monatliche Vorauszahlung für Betriebs-, Heiz- und Wasserkosten vereinbart. Mit an die Beklagte und ihren Ehemann gerichtetem Schreiben vom 05.12.2006 rechnete die Klägerin die Nebenkosten für das Abrechnungsjahr 2005 ab. Aus der Abrechnung ergab sich ein Nachzahlungsbetrag von 382,67 €, wovon ein Teilbetrag in Höhe von 254,89 € auf in diesem Schreiben nicht näher aufgeschlüsselte Heizkosten entfiel. Die Einzelheiten der Berechnung des Heizkostensaldos ergeben sich jedoch aus der von der S. GmbH für das Jahr 2005 erstellten Heizkostenabrechnung vom 27.11.2006. Allerdings ist diese nur an die Beklagte adressiert worden und auch nur ihr zugegangen. Hat die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung 254,89 €?

Die Klägerin könnte gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 254,89 € aus §§ 535 II, 556 BGB haben.

### I. Abschluss eines Mietvertrages

Zwischen den Parteien ist ohne Zweifel ein Mietvertrag nach § 535 BGB abgeschlossen worden.

### II. Vereinbarung über die Betriebskosten

Auch stellt die Beklagte nicht in Abrede, dass eine Vereinbarung über die Zahlung von Betriebskosten i.S.d. § 556 BGB getroffen wurde.

### III. Einhaltung der Abrechnungsfrist

Über die Betriebskostenvorauszahlungen hatte die Klägerin gem. § 556 III 1, 2 BGB jährlich spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums abzurechnen. Die streitige Abrechnung für das Jahr 2005 hätte daher bis Ende Dezember 2006 erstellt werden müssen, so dass die Abrechnung vom 05.12.2006 insofern noch rechtzeitig erfolgt ist.

### IV. Abrechnung gegenüber nur einem Gesamtschuldner

Der geltend gemachte Anspruch ist jedoch nur gegenüber der Beklagten und nicht gegenüber ihrem Ehemann erfolgt, der ebenfalls Mietpartei ist.

#### 1. Grundsätze der Gesamtschuld beim Mietvertrag

Mieten **mehrere Personen eine Wohnung** an, haften sie, sofern nicht etwas anderes vereinbart worden ist, für die Mietforderungen des Vermieters einschließlich der Nebenkosten als **Gesamtschuldner** (§§ 421, 427 BGB). Der Vermieter ist daher berechtigt, **nach seinem Belieben** jeden Schuldner ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen (§ 421 Satz 1 BGB).



„Auch wenn zwischen den Gesamtschuldnern eine **Tilfungsgemeinschaft** besteht - bis zur Bewirkung der gesamten Leistung bleiben alle Schuldner verpflichtet (§ 421 Satz 2 BGB) - handelt es sich bei den **zu einer Gesamtschuld verbundenen Forderungen** um selbständige **Ansprüche des Gläubigers**. Wie die Bestimmung des § 425 BGB zeigt, ist die Gesamtschuld vom **Grundgedanken der Einzelwirkung** geprägt (vgl. hierzu BGHZ 108, 98, 100 m.w.N.). Daher können sich die einzelnen Gesamtschulden in vielerlei Hinsicht unterschiedlich entwickeln (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 425 Rn 1; Staudinger/Noack, BGB (2005), § 425 Rn 1; vgl. ferner MünchKommBGB/Bydlinski, 5. Aufl., § 425 Rn 1 f.). Lediglich die von **§§ 422 bis 424 BGB** erfassten Umstände (Erfüllung, Erlass [sofern nicht nur ein Erlass mit Einzelwirkung anzunehmen ist, vgl. hierzu BGH, Urteil vom 19. Dezember 1985 - III ZR 90/84, NJW 1986, 1097, unter I 2 b; - BGHZ 155, 265, 272], Gläubigerverzug) und ihnen **vergleichbare Fallgestaltungen** wirken **für und gegen alle Gesamtschuldner**.

Allerdings endet die **Unabhängigkeit der einzelnen Gesamtschuldverhältnisse** dort, wo sich aus den getroffenen Abreden etwas anderes ergibt, sowie in den Fällen, in denen rechtliche Umstände in Frage stehen, die notwendigerweise Gesamtwirkung haben müssen (vgl. hierzu etwa MünchKommBGB/Bydlinski, aaO, Rn 2; Staudinger/Noack, aaO, Rn 9, 5 f.). So ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die **Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses** (etwa eines Mietvertrages) nur einheitlich für alle oder **gegenüber allen Mietern** ausgeübt werden kann (BGHZ 26, 102, 103 m.w.N.; Senatsurteil vom 16. März 2005 - VIII ZR 14/04, BGH, NJW 2005, 1715, unter II 1). Dies bedeutet aber nicht, dass auch die von einer Mehrheit von Mietern zu erfüllenden Mietzahlungsverpflichtungen ein einheitliches Schicksal teilen müssen (vgl. hierzu auch MünchKommBGB/Bydlinski, aaO, Rn 6).“ (BGH aaO)

## 2. Anwendung auf Nebenkostennachzahlungsansprüche

„Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der **Vermieter nicht gehindert**, die nach § 556 III BGB geschuldete Abrechnung der Betriebskosten, die eine Nachforderung zu seinen Gunsten ausweist, **nur einem von mehreren Mietern gegenüber vorzunehmen** und lediglich diesen auf Ausgleich des sich hieraus ergebenden Nachzahlungsbetrags in Anspruch zu nehmen (so auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 Rn 423; LG Frankfurt am Main, ZMR 2009, 365, 366; aA LG Berlin, GE 2000, 1032; GE 2006, 1235; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556 BGB Rn 68a; Schach, GE 2000, 1677, 1680).

Der **Abrechnung von Betriebskosten** kommt **kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert** zu. Sie ist lediglich ein Rechenvorgang im Sinne des § 259 BGB (vgl. Senatsurteil vom 23. November 1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573, unter I 2 aa; vgl. ferner Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO, Rn 327; Schach, aaO, S. 1678; teilweise wird auch der Begriff "Wissenserklärung" verwendet: Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO, Rn 422, 327; Schach, aaO). Die Übermittlung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung an den Mieter dient dazu, die **Fälligkeit des sich hieraus ergebenden Saldos**, also einer eventuellen Nachforderung des Vermieters oder eines Guthabens des Mieters, herbeizuführen (BGHZ 113, 188, 194; Senatsurteil vom 8. März 2006 - VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419, Tz. 20; jeweils m.w.N.).

Die **Fälligkeit einer Forderung** ist aber **kein Umstand**, der **nur einheitlich** gegenüber allen Gesamtschuldnern erfolgen kann (aA Schach, aaO, S. 1680; LG Berlin, aaO). Da zwischen ihnen **kein Gemeinschaftsverhältnis besteht**, kann eine Forderung nach § 425 BGB regelmäßig nur gegenüber jedem Schuldner gesondert fällig gestellt werden (vgl. BGHZ 108, 98, 101 m.w.N. für den Fall einer Fälligkeitskündigung eines Darlehens).“ (BGH aaO)

## 3. keine Abweichung wegen Abrechnungsanspruch der Mieter

Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass mehrere Mieter hinsichtlich des ihnen zustehenden **Anspruchs auf rechtzeitige und ordnungsgemäße Abrechnung als Mitgläubiger** im Sinne des § 432 BGB einzustufen seien, weswegen der Vermieter seine Abrechnungspflicht nur durch eine gemeinsame Abrechnung erfüllen könne.

„Selbst wenn dies zutreffen sollte - was vorliegend dahinstehen kann -, stünde dies der Inanspruchnahme nur eines Mieters auf Begleichung einer nur ihm gegenüber abgerechneten Nachforderung des Vermieters nicht entgegen. Denn es ist **zu unterscheiden** zwischen dem **Anspruch auf Erteilung** einer Abrechnung, der **Geltendmachung einer abgerechneten Nachforderung** und der **Rückzahlung überschüssiger Nebenkostenvorauszahlungen**. Hierbei handelt es sich um **drei eigenständige Tatbestände**, die unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterworfen sind.

Auch wenn der Vermieter zur gemeinsamen **Abrechnung gegenüber allen Mietern verpflichtet** sein sollte, aber **nur gegenüber einem** von mehreren Mietern abrechnet, ändert dies nichts daran, dass die Abrechnung im Verhältnis zu dem Mieter, dem sie erteilt wird, ihre Funktion (Zusammenstellung aller Ausgaben und Einnahmen; Herstellung der Fälligkeit) erfüllt. Der **betroffene Mieter** kann auch **ohne Mitwirkung seiner Mitmieter** prüfen, ob die verlangte **Nachforderung berechtigt** ist oder nicht.

Eine mögliche Verletzung der Verpflichtung zur gemeinsamen Abrechnung bleibt damit für seine gegenüber dem Vermieter bestehende eigenständige Verbindlichkeit ohne Bedeutung.“ (BGH aaO)

#### 4. keine Abweichung wegen möglichem Auszahlungsanspruch der Mieter

Die Abrechnung könnte auch mit einem Erstattungsanspruch der Mieter verbunden sein, nicht nur mit einem Nachzahlungsanspruch der Vermieters. Auch hieraus ergibt sich jedoch keine andere Beurteilung.

„Ein **Mieter**, dem die Abrechnung zugegangen ist, ist zwar **gehalten**, die **Auszahlung** des sich hieraus ergebenden Guthabens **an alle Mieter zu fordern**, da diese in ihrer Gesamtheit die Überzahlung erbracht haben (vgl. Senatsurteil vom 2. März 2005 - VIII ZR 118/04, WuM 2005, 257, unter II 1; Schmidt-Futterer/ Langenberg, aaO, Rn 424; Schmidt-Futterer/Blank, aaO, Vor § 535 Rn 259; aA Schach, aaO, S. 1680). Bei einer **Nachforderung des Vermieters** liegen die Dinge aber im Hinblick auf die Besonderheiten einer Gesamtschuld **anders**. § 421 BGB legt dem **Vermieter gerade keine Verpflichtung zur gemeinsamen Inanspruchnahme** aller Mieter auf. Wegen § 425 BGB ist er in diesem Fall auch **nicht gezwungen**, vor der Einforderung des noch offen stehenden Betrages **allen Gesamtschuldnern eine Abrechnung zukommen zu lassen**, sofern keine abweichenden Vereinbarungen getroffen worden sind.“ (BGH aaO)

#### 5. keine Abweichung wegen Regressproblemen des in Anspruch genommenen Mieters

Der Vermieter ist auch nicht deshalb zu einer einheitlichen Herbeiführung der Fälligkeit gegenüber allen Mietern verpflichtet, weil ansonsten dem in Anspruch genommenen Mieter die **Möglichkeit verwehrt** wäre, bei seinem Mitmieter nach § 426 BGB **Regress zu nehmen**.

„Zum einen billigt § 421 BGB dem Gläubiger das Recht zu, ohne **Rücksicht auf den Innenausgleich** zwischen den Gesamtschuldnern einen von ihnen **nach seiner freien Wahl** in Anspruch zu nehmen.

Zum anderen verbleibt dem Mieter, der die ihm gegenüber fällig gewordene Nebenkostenforderung des Vermieters befriedigt, die Möglichkeit, die auf ihn übergegangene Forderung des Vermieters (§ 426 II BGB) dadurch den **Mitmietern gegenüber fällig** zu stellen, dass er **als neuer Gläubiger** diesen innerhalb der Frist des § 556 III 3 BGB die **Abrechnung zugehen lässt**. Außerdem wird bei einer Mietergemeinschaft ohnehin die - zumindest schlüssig vereinbarte - Abrede bestehen, die anfallenden Kosten **nach Kopfteilen** zu tragen und demjenigen Mieter, der in Vorlage getreten ist, die aufgewendeten Auslagen anteilig zu erstatten. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass in den Fällen, in denen die **Mietpartei aus Eheleuten** besteht, ein Innenausgleich nach § 426 BGB - bei intakter Ehe - häufig ohnehin durch die Handhabung der ehelichen Lebensgemeinschaft überlagert wird (vgl. etwa BGH, Urteile vom 13. April 2000 - IX ZR 372/98, NJW 2000, 1944, unter II 2 b aa; vom 11.05.2005 - XII ZR 289/02, NJW 2005, 2307, unter II 2 a; jeweils m.w.N.).“ (BGH aaO)

- V. **Ergebnis:** Nach alledem ist die Abrechnung ordnungsgemäß vorgenommen und der Nachzahlungsanspruch der Klägerin daher fällig geworden, so dass der geltend gemachte Anspruch gegen die Beklagte besteht.

**Wohnflächenabweichung als Mietmangel**  
**keine zusätzliche Toleranzspanne bei ca. Angabe**  
 (BVerfG in NJW 2010, 1587; Urteil vom 18.02.2010 – 1 BvR 2477/08)

1. Auch wenn die als Beschaffenheit vereinbarte Wohnfläche mit einer „ca.“-Angabe versehen ist, liegt ein **zur Mietminderung berechtigender Sachmangel** dann vor, wenn die tatsächliche Fläche **mehr als 10% unter der vereinbarten Quadratmeterzahl** liegt.
2. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels ist **keine zusätzliche Toleranzspanne** anzusetzen.
3. Die Annahme eines Mietmangels bei Flächenunterschreitung von mehr als 10 % setzt **keinen Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung** des Mieters durch die Flächenabweichung voraus.
4. Für die **Berechnung der Minderung** ist in diesem Fall ebenfalls die **prozentuale Unterschreitung** der vereinbarten Quadratmeterzahl maßgebend und nicht eine um eine Toleranzspanne verringerte Flächenabweichung.

## A. Grundlagenwissen: Leistungsstörungen im Mietrecht

### I. Rechte des Mieters

#### 1. Erfüllungsanspruch

Der Erfüllungsanspruch umfasst auch einen Anspruch auf Nachbesserung, unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung der Mängel. Der Mieter kann also verlangen, dass der Vermieter die Sache (wieder) in den vertraglich vereinbarten Zustand versetzt.

#### 2. Minderungsrecht, § 536 BGB

Bei Vorliegen eines Sachmangels oder eines Rechtsmangels hat der Mieter ein Recht auf **Minderung** des Mietzinses oder vollständige Befreiung von der Zahlungspflicht, § 536 BGB. Es sind jedoch die Haftungsausschlüsse nach §§ 536b, 536 IV, 536d BGB zu beachten.

##### a) Sachmangel, § 536 I, II BGB

Ein Sachmangel nach § 536 I 1 BGB liegt dann vor, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel hat der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder während der Mietzeit ein solcher Mangel entsteht.

Ein **Sachmangel im Sinne des § 536 I BGB** ist ein Fehler, welcher der Mietsache in ihrer Substanz anhaftet. Es muss nicht schon nach außen hervorgetreten sein, wenn nur seine Ursachen schon vorhanden sind. Der Fehler kann auch in einem tatsächlichen bzw. rechtlichen Verhältnis bestehen, das nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen für einen Mieter die Sache und deren **Gebrauchswert unmittelbar beeinträchtigt**. Stets muss die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufgehoben oder gemindert sein (subjektiver Fehlerbegriff).

Ein Sachmangel liegt nach § 536 II BGB auch dann vor, wenn eine **zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt**.

##### b) Rechtsmangel, § 536 III BGB

Die Mietsache kann auch mit einem Rechtsmangel dergestalt belegt sein, dass dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen wird (z.B. durch Doppelvermietung).

Dies gilt in **analoger** Anwendung auch dann, wenn dem Mieter infolge des Rechts eines Dritten der Gebrauch **von vornherein** nicht gewährt wird.

### 3. Schadensersatzanspruch, § 536a I BGB

Dem Mieter kann auch ein Schadensersatzanspruch zustehen. Es sind 3 Fälle zu unterscheiden:

- a) Haftung des Vermieters **ohne Verschulden** bei bereits **beim Abschluss** des Mietvertrages vorhandenem Mangel (**Garantiehftung**), § 536a I 1. Fall BGB
- b) bei **nachträglichem Mangel Haftung nur bei Verschulden**, § 536a I 2. Fall BGB
- c) Haftung bei **Verzug** des Vermieters mit der Mängelbeseitigung, § 536a I 3. Fall BGB

Auch hier sind die Haftungsausschlüsse nach §§ 536b, 536 IV, 536d BGB zu beachten.

### 4. Aufwendungsersatzanspruch, § 536a II BGB

Ist der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug ist oder ist die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist, so kann der Mieter nach § 536 II BGB den **Mangel selbst beseitigen** und **Ersatz der erforderlichen Aufwendungen** verlangen.

### 5. Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung

Wird dem Mieter der **vertragsgemäße Gebrauch** der Mietsache ganz oder zum Teil **nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen**, so liegt nach § 543 II Nr. 1 BGB ein wichtiger für eine außerordentliche fristlose Kündigung vor. Dies gilt nach § 569 I 1 BGB auch dann, wenn der gemietete Wohnraum so beschaffen ist, dass seine Benutzung mit einer **erheblichen Gefährdung der Gesundheit** verbunden ist.

## II. Rechte des Vermieters

### 1. Kündigungsrechte

Bei **Zahlungsverzug mit mehr als 2 Monatsmieten** hat der Vermieter nach § 543 II Nr. 3 BGB ein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung.

Dies gilt nach § 543 II Nr. 2, III BGB auch bei **vertragswidrigem Gebrauch trotz Abmahnung**.

### 2. Unterlassungsanspruch bei vertragswidrigem Gebrauch, § 541 BGB

### 3. Schadensersatzansprüche

Verletzt der Mieter seine Rückgabepflicht nach Beendigung des Mietverhältnisses aus § 546 BGB, so ist er dem Vermieter nach § 546a BGB zur Entschädigung verpflichtet.

Ein Schadensersatzanspruch besteht nach § 536c II BGB auch dann, wenn der Mieter seine Pflicht zur Anzeige von Mängeln der Mietsache verletzt.

## B. Wohnflächenabweichung als Mietmangel bei Überschreitung der 10 % Grenze auch bei ca. Angabe (BGH in NJW 2010, 1745)

**Fall:** Die Kl. hatten mit Vertrag vom 30.06.1988 von den Rechtsvorgängern des Bekl. eine Vier-Zimmer-Wohnung angemietet. In § 1 Mietvertrag war u.a. aufgeführt: „Wohnfläche ca. 100 m<sup>2</sup>“ Am 22.08.2002 schlossen die Kl. mit dem Bekl., der zwischenzeitlich das Mietobjekt erworben hatte, einen neuen Mietvertrag ab; dieser wies die gleiche Wohnflächenangabe auf. Die Miete wurde auf 495,98 Euro monatlich zzgl. eines Haftpflichtversicherungsbeitrags von 3,56 Euro, insgesamt also auf 499,54 Euro, erhöht. Das Mietverhältnis endete mit Wirkung zum 31.12.2007. Nach Ablauf des Mietverhältnisses haben die Kl. geltend gemacht, die tatsächliche Wohnfläche betrage nur 83,19 m<sup>2</sup>. Wegen der hiermit verbundenen Wohnflächenunterschreitung von mehr als 10% stehe ihnen für den Zeitraum von 2002 bis 2007 ein Anspruch auf Rückerstattung zuviel gezahlter Miete in Höhe von zu. Haben die Kl. einen solchen Anspruch?

Die Kl. könnten gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung von Miete gem. § 812 I 1 1. Fall BGB haben.

### I. etwas erlangt

Der Bekl. müsste etwas erlangt haben. Etwas ist **jeder vermögenswerte Vorteil**, also auch der Empfang von Mietzahlungen.

## II. durch Leistung der Kl.

Die Mietzahlungen müsste der Bekl. durch Leistung der Kl. erlangt haben. Leistung ist die **bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens**. Die Kl. haben die Zahlungen hier bewusst und zur Begleichung ihrer vermeintlichen Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag (§ 535 II BGB) gezahlt, so dass die Leistungskondition des § 812 I 1 1. Fall BGB einschlägig ist.

## III. ohne Rechtsgrund

Der Bekl. müsste die Mietzahlungen aber auch **ohne Rechtsgrund** erhalten haben. Als Rechtsgrundlage kommt hier der wirksam geschlossene Mietvertrag in Betracht, nach welchem die Kl. verpflichtet waren, die gezahlte Miete zu entrichten.

Die **Mietzahlungsverpflichtung** könnte aber durch ein **Minderungsrecht** der Kl. nach **§ 536 I BGB** entfallen sein.

Nach § 536 I 1 BGB tritt kraft Gesetzes eine Mietminderung ein, wenn ein **Mangel die Tauglichkeit** der Mietsache **zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert**. Dies gilt nach § 536 II BGB auch dann, wenn der Mietsache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

### 1. Vorliegen eines Mietmangels

Die Wohnflächenabweichung könnte einen Mietmangel darstellen. Ein Mangel liegt vor, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch entweder aufgehoben oder jedenfalls gemindert ist (§ 536 I 1, 2 BGB).

#### a) Begriff des Mietmangels

*„Dies erfordert eine für den Mieter **nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands** der Mietsache vom **vertraglich vorausgesetzten Zustand** (vgl. Senat, NJW 2009, 2441 = NZM 2009, 580 Rn. 9; NZM 2009, 855 = WuM 2009, 659 Rn. 11 m.w.N.; BGH, NJW 2006, 899 = NZM 2006, 54 Rn. 19). Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach den **Vereinbarungen der Mietvertragsparteien** über die Beschaffenheit der Mietsache (Senat, NJW 2009, 2441 Rn. 10; NZM 2009, 855 = WuM 2009, 659, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO)*

#### b) Wohnflächenabweichung als Mietmangel

Zwischen den Parteien wurde eine Vereinbarung über die Größe der Wohnung getroffen. Fraglich ist jedoch, ob die Abweichung der vereinbarten von der tatsächlichen Größe nach den obigen Maßstäben einen Mietmangel darstellt.

*„Rechtsfehlerfrei geht das BerGer. allerdings davon aus, dass die **Angabe einer Wohnfläche** von „ca. 100 m<sup>2</sup>“ als **Beschaffenheitsvereinbarung** anzusehen ist, die bei einer **Abweichung von mehr als 10% zum Nachteil des Mieters** einen zur Minderung berechtigenden **Sachmangel** (§ 536 I 1 BGB) der Mietsache darstellt (vgl. Senat, NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 [unter II 2c]; NJW 2004, 2230 = NZM 2004, 454 [unter II 1]; NZM 2004, 456 = WuM 2004, 268 [unter II]; NZM 2005, 861 = WuM 2005, 712 [unter II 2]; NJW 2007, 2624 = NZM 2007, 595 Rn 12; NJW 2007, 2626 = NZM 2007, 594 Rn 13; NJW 2009, 3421 = NZM 2010, 814 Rn 9; NJW 2010, 292 = NZM 2010, 36 Rn 16; NJW 2010, 1064 = NZM 2010, 196 Rn 16; jeweils m.w.N.“ (BGH aaO)*

Eine Wohnflächenabweichung von mehr als 10 % stellt daher grundsätzlich einen Mietmangel dar. Fraglich ist jedoch, ob im vorliegenden Fall für die Berechnung zu berücksichtigen ist, dass es sich um eine „**ca.**“-Angabe handelt.

*„Die Erheblichkeitsgrenze von 10% gilt, wie das BerGer. beachtet hat, auch dann, wenn der Mietvertrag – wie hier – zur Größe der Wohnung nur eine „ca.“-Angabe enthält (Senat, NZM 2004, 456; NJW 2009, 2295 = NZM 2009, 477 = WuM 2009, 344 Rn 14; NJW 2009, 2880 = NZM 2009, 659 Rn 17). Der Zusatz „ca.“ lässt zwar erkennen, dass **Toleranzen hingenommen** werden sollen. Auch für solche Toleranzen ist jedoch die **Grenze dort zu ziehen, wo die Unerheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung** der Mietsache (§ 536 I 3 BGB) **endet**. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10% anzusetzen; eine **zusätzliche Toleranz** ist dann **nicht mehr gerechtfertigt** (vgl. Senat, NZM 2004, 456).“ (BGH aaO)*

Bei einer Wohnflächenunterschreitung kommt dem relativierenden Zusatz „**ca.**“ **keine eigenständige Bedeutung** für die vereinbarte Sollbeschaffenheit zu.

### c) Tauglichkeitsbeeinträchtigung nicht erforderlich

Fraglich ist allerdings, ob zudem eine **Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit** erforderlich ist.

*Ein zur Minderung berechtigender Mangel der Mietsache ist allein schon dann anzunehmen, wenn die **tatsächliche Fläche** von der im Mietvertrag angegebenen Quadratmeterzahl **um mehr als 10% nach unten abweicht** (vgl. Senat, NZM 2004, 456; NJW 2009, 2295 = NZM 2009, 477; NJW 2009, 2880 = NZM 2009, 659). Ist dies der Fall, so ist auch die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert, **ohne dass es auf einen Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung des Mieters durch die Flächenabweichung ankommt** (Senat, NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 [unter II 2b]; NZM 2005, 861).“ (BGH aaO)*

Da hier eine Wohnflächenabweichung von fast 17 % besteht, ist vom Vorliegen eines Mietmangels auszugehen.

## 2. Berechnung der Mietminderung

Nach § 536 I 2 BGB sind die Kl. daher für die Zeit der Gebrauchsbeeinträchtigung nur verpflichtet gewesen, eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten.

Fraglich ist, ob die ca.-Vereinbarung nunmehr bei der Berechnung der Mietminderung zu berücksichtigen ist oder ob die Minderung allein auf der Grundlage der Abweichung von vereinbarter und tatsächlicher Wohnungsgröße erfolgen kann.

*„Anders als das BerGer. meint, kann die Bemessung des dem Mieter bei einer solchen Flächenunterschreitung zustehenden Minderungsbetrages nicht nach hiervon abweichenden Maßstäben erfolgen. Die Minderung soll die **Herabsetzung der Gebrauchstauglichkeit ausgleichen** (vgl. § 536 I 2 BGB). Sie ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden **Äquivalenzprinzips**. Durch sie soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den Leistungen des Vermieters – der Bereitstellung einer vertragsgemäßen Mietsache – und der Leistung des Mieters – der Mietzahlung – bei einer Störung auf der Vermieterseite wiederhergestellt werden (BGHZ 163, 1 [6]) = NJW 2005, 1713 = NZM 2005, 455; Senat, NJW 2005, 2773 = NZM 2005, 699 [unter II 1b]).“*

*Daraus folgt, dass die **Höhe des Minderungsbetrags dem Umfang der Mangelhaftigkeit** zu entsprechen hat. Die Mangelhaftigkeit liegt aber schon darin, dass die Wohnfläche mehr als 10% von der vereinbarten Quadratmeterzahl abweicht. Ist somit für die den Mangel begründende Minderung der Gebrauchstauglichkeit ungeachtet des „ca.“-Zusatzes die im Mietvertrag vereinbarte Quadratmeterzahl maßgeblich, so kann für die Berechnung der diesem Mangel entsprechenden Mietminderung nicht mit Rücksicht auf den „ca.“-Zusatz von einer abweichenden – kleineren – Sollgröße der Wohnung ausgegangen werden. Vielmehr ist auch in diesem Fall die Miete entsprechend der prozentualen Flächenabweichung gemindert (Senat, NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 [unter II 2d]; vgl. ferner Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 558 Rn 58; Sternel, MietR aktuell, 4. Aufl., Rn. VIII Rn. 126; Kraemer, NZM 1999, 156 [161]).“ (BGH aaO)*

Der Bekl. hat daher den überzahlten Mietbetrag ohne Rechtsgrund erhalten.

## IV. Rechtsfolgen

Die Kl. können daher Herausgabe des Erlangten verlangen. Da eine Herausgabe der Miete, egal ob die Zahlung bar oder unbar erfolgte, in natura nicht mehr möglich ist, haben die Kl. nach § 818 II BGB einen Anspruch auf Wertersatz in gleicher Höhe, also auf Rückzahlung der entsprechenden Beträge.

## Verwahrungsbruch

### Wegnahme des Zahngolds eines Verstorbenen

(OLG Nürnberg in NJW 2010, 2071; Beschluss vom 20.11.2009 – 1 St OLG Ss 163/09)

1. Die **Wegnahme des Zahngolds Verstorbenen** nach deren Einäscherung kann als **Verwahrungsbruch nach § 133 I StGB** strafbar sein.
2. Das **Zahngold** eines Verstorbenen ist **nach dessen Einäscherung keine Asche i.S. des § 168 I StGB**.

**Fall:** Die Angekl. waren als Arbeiter im Bereich der Bestattungsanstalt der Stadt N. beschäftigt. Bei dem Abschluss ihrer Arbeitsverträge wurden sie auf eine gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten verpflichtet. Dabei wurde ihnen auch der Inhalt des § 133 III StGB bekannt gegeben. Die Bestattungsanstalt, zu der auch das auf dem Gelände des Westfriedhofs untergebrachte Krematorium gehört, wird von der Stadt N. als öffentliche Einrichtung betrieben.

Nach § 1 III der städtischen Friedhofs- und Bestattungssatzung hat die Bestattungsanstalt alle Leistungen zu erbringen, die zu der Versorgung eines Toten vom Augenblick des Todes bis zu seiner Beisetzung notwendig und üblich sind. § 4 I Nr. 3 der städtischen Friedhofs- und Bestattungssatzung sieht dabei ausdrücklich vor, dass bei einer Feuerbestattung zu diesen Leistungen auch die Aschenbeisetzung zählt.

Die Einäscherung eines Leichnams wurde im Krematorium der Stadt N. in mehreren Arbeitsschritten vollzogen: Nach der Verbrennung von Sarg und Leichnam in einem Verbrennungsofen gelangten sämtliche Verbrennungsrückstände aus der Verbrennungskammer in eine Lore und wurden dort von dem Ofenführer oder seinem Ofenhelfer einer manuellen Vorsortierung unterzogen. Dabei wurden mit einem Werkzeug große Metallteile, insbesondere künstliche Hüftgelenke, und andere nicht urnenpflichtige Gegenstände entfernt, die auf Grund ihrer Größe bei den nachfolgenden Arbeitsgängen zu Störungen im Betriebsablauf geführt hätten. Der restliche Loreninhalt wurde anschließend zur Zerkleinerung in eine sog. „Knochenmühle“ gegeben, der ein Metallabscheider vorgeschaltet war. In diesem Behälter wurden die Aussonderungen aus den Kremationen einer Schicht gesammelt. Der Inhalt wurde von der Stadt N. in den ersten Jahren entsorgt, später gewinnbringend veräußert. Ziel dieses Arbeitsgangs war es, metallische Teile, die das Mahlwerk der Knochenmühle beschädigen könnten und nicht urnenpflichtige Teile (Sargnägel etc.) auszusondern. Die verbleibenden Verbrennungsrückstände wurden schließlich in der Knochenmühle zermahlen und gelangten unmittelbar in die Urne. Da es sich bei Zahngold in der Regel um magnetische Legierungen handelt, wurden durch den Metallabscheider auch Zahnplomben, Brücken etc. ausgesondert und gelangten ebenfalls in den Sammelbehälter. Den für den Betrieb des Krematoriums verantwortlichen Amtsträgern der Stadt N. war dies nicht bekannt. Sie gingen während des gesamten Tatzeitraums irrig davon aus, dass das Zahngold an dem Metallabscheider vorbei in die Urne gelangt. Teilweise wurden sie von einzelnen Angekl. in dieser Fehlvorstellung noch bestärkt. Zum Verbleib des Zahngolds enthielten weder der mit den Totensorgeberechtigten abgeschlossene Bestattungsvertrag, noch die Friedhofssatzung eine besondere Regelung.

Die Angekl. waren als Ofenführer im Mehrschichtbetrieb ausschließlich im Krematorium oder aber als Ofenhelfer tätig. In den Jahren 2004 bis 2006 entnahmen die jeweils in einer Schicht tätigen Angekl. auf Grund einer gemeinsamen Absprache nach Schichtende das in den Sammelbehältern aus mehreren Kremationen zusammengekommene Zahngold und verkauften es auf eigene Rechnung zu Grammpreisen zwischen 3,50 und 5,50 € an einen Juwelier weiter. Dabei war ihnen bekannt, dass nach dem Willen der Verantwortlichen der Stadt N. bei der Kremation freiwerdende kleinere Goldbestandteile in die Urne gelangen und mit der Asche beigesetzt werden sollten. Die bei ihren Dienststellenleitern vorhandenen Fehlvorstellungen über die tatsächlichen technischen Vorgänge nutzten sie gezielt aus, um sich eine fortlaufende zusätzliche Einnahmequelle zu sichern.

- I. Die Angekl. könnten sich wegen **Verwahrungsbruch nach § 133 I StGB** strafbar gemacht haben, indem sie bewegliche Sachen, die sich in dienstlicher Verwahrung befanden, der dienstlichen Verfügung entzogen haben.
  1. Das **Zahngold war im Zeitpunkt der Wegnahme** durch die Angekl. eine **bewegliche Sache** i.S. des § 133 I StGB.

*„Mit dem menschlichen Körper fest verbundene Gegenstände wie Implantate etc. teilen dessen rechtliches Schicksal und haben deshalb solange diese Verbindung fortbesteht keine Sachqualität. Da der menschliche Leichnam als eine eingeschränkt verkehrsfähige Sache anzusehen ist (Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, Neubearb. 2004, § 90 Rn 28 m.w. Nachw.), erlangen die darin enthaltenen Implantate bereits mit dem Tod ihre Sacheigenschaft zurück (MüKo-BGB/Holch, 6. Aufl., § 90 Rn 34). Auf die Frage, ob es sich bei den Implantaten um Eigentum oder herrenlose Sachen gehandelt hat, an denen nur Aneignungsrechte bestehen können, kommt es nicht an, weil nach § 133 I StGB auch eine herrenlose Sache ein taugliches Tatobjekt sein kann (LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 133 Rn 5).“ (OLG Nürnberg aaO)*

2. Das **in dem Abfallbehälter gesammelte Zahngold** befand sich im Zeitpunkt der Wegnahme durch die Angekl. in **dienstlicher Verwahrung**.

- a) Eine Sache befindet sich dann in dienstlicher Verwahrung, wenn sie **von einer Behörde oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts in Gewahrsam genommen** wurde, um sie für bestimmte, über das bloße Funktionsinteresse der Behörde hinausgehende Zwecke zu erhalten und **vor unbefugtem Zugriff zu bewahren** (BayObLG JZ 1988, 726; LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 133 Rn 8; MüKo-StGB/Hohmann, § 133 Rn 6 m.w. Nachw.). Erforderlich ist dabei, dass sich in dem Gewahrsam die **besondere dienstliche Herrschafts- und Verfügungsgewalt** äußert, die den jeweiligen staatlichen Aufgaben der verwahrenden Dienststelle entspringt (BT-Dr 7/550, S. 224).

*„Die Friedhofsverwaltung der Stadt N. ist eine Behörde i.S. des § 11 I Nr. 7 StGB. Nach Art. 1 BayBestG ist jeder menschliche Leichnam entweder durch Beisetzung in einer Grabstätte (Erdbestattung) oder durch Einäscherung in einer Feuerbestattungsanlage und Beisetzung der in einer festen Urne verschlossenen Aschenreste in einer Grabstätte (Feuerbestattung) oder von einem Schiff auf hoher See (Seebestattung) zu bestatten. Die Gemeinden sind gem. Art. 7 BayBestG verpflichtet, die hierfür erforderlichen Einrichtungen bereitzustellen. Die Stadt N. ist dieser Verpflichtung mit der Schaffung der Friedhofsverwaltung nachgekommen, die von ihr als **öffentliche Einrichtung** betrieben wird. Nach § 1 III der städtischen Bestattungs- und Friedhofssatzung hat die Friedhofsverwaltung die Aufgabe, alle Leistungen zu erbringen oder zu vermitteln, die zur Versorgung eines Toten vom Augenblick des Todes bis zur Schließung des Grabes oder zur Beisetzung der Urne notwendig oder üblich sind. Das **Krematorium ist ein Bestandteil der Friedhofsverwaltung**.*

*In Erfüllung der ihr zugewiesenen Aufgaben hatte die Friedhofsverwaltung der Stadt N. an den zur Einäscherung angenommenen Leichnamen ein **Verwahrungsverhältnis** begründet. Dieses Verwahrungsverhältnis **umfasste auch die Särge und Beigaben, die der Kremation zuzuführen waren**. Wie sich aus § 26 S.1 BayBestattungsV ergibt, sind Leichen in den Särgen oder Einsatzsärgen einzuäschern, in denen sie zur Feuerbestattungsanlage gelangen. Danach ist grds. davon auszugehen, dass alle mit den Leichnamen in den Särgen angelieferten Gegenstände und damit notwendig auch das noch in den Leichnamen befindliche Zahngold der Kremation zuzuführen sind. Dies hat weiter zur Folge, dass mit der Entgegennahme der Särge durch die Friedhofsverwaltung auch an dem Zahngold ein aus der Aufgabenstellung der Behörde entspringendes **Besitzverhältnis begründet** worden ist. Dass dieses Besitzverhältnis auch dazu diente, den zur Kremation vorgesehenen Leichnam mit allen Bestandteilen und Beigaben vor unbefugtem Zugriff zu sichern, liegt auf der Hand. Auch stand die Hereinnahme der Särge mit den Leichnamen nicht lediglich im Funktionsinteresse der Friedhofsverwaltung.“ (OLG Nürnberg aaO)*

- b) Der Umstand, dass die Leichname zum Zweck ihrer **Verbrennung** entgegengenommen worden sind, **stellt die Annahme eines Verwahrungsverhältnisses nicht in Frage**.

*„Zwar wird regelmäßig angenommen, dass **Gewahrsamsverhältnisse** i.S. des § 133 I StGB **dazu dienen, die verwahrten Gegenstände unversehrt zu erhalten** (vgl. LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 133 Rn 11 m.w. Nachw.), doch gilt dies nur insoweit, als der Erhalt des Gegenstands für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der verwahrenden Behörde notwendig ist. Folgerichtig ist deshalb auch ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis an Gegenständen angenommen worden, die von der verwahrenden Behörde pflichtgemäß im Interesse des Eigentümers zu verwerten waren (vgl. BGH NJW 1952, 658; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearb. 2006, Vorb. §§ 688ff. Rn 50).*

*Vorliegend bestand die **öffentliche Aufgabe der Behörde** gerade darin, eine **Verbrennung der in Besitz genommenen Leichname und ihrer Beigaben** unter Einhaltung bestimmter Standards (vgl. §§ 23 ff. BayBestV) **sicherzustellen**. Die Tatsache, dass die Leichname nicht unversehrt erhalten geblieben sind, kann daher der Annahme eines Verwahrungsverhältnisses auch nicht entgegenstehen. Soweit der Gesichtspunkt des unversehrten Erhalts des verwahrten Gegenstands im Zusammenhang mit der Definition eines Verwahrungsverhältnisses herangezogen wird, geschieht dies zumeist zu dem Zweck, den behördlichen Besitz an zum Verbrauch oder Verkauf bestimmten Gegenständen aus dem Schutzbereich des § 133 I StGB auszuschließen (vgl. BGHSt 9, 64 = NJW 1956, 836; LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 133 Rn 11f. m.w. Nachw.). Diese Frage stellt sich vorliegend jedoch nicht.“ (OLG Nürnberg aaO)*

- c) Das **Verwahrungsverhältnis** der Friedhofsverwaltung hat sich **nach der Verbrennung an sämtlichen Verbrennungsrückständen fortgesetzt**.

*„Grds. **dauert eine angeordnete Verwahrung so lange an, bis sie durch die Erfüllung ihres Zwecks oder eine aufhebende Verfügung beendet wird** (RGSt 28, 107; RGSt 33, 413; BGHSt 18, 312 = NJW 1963, 1259; LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 133 Rn 15 m.w. Nachw.).*

*Vorliegend war der mit der Begründung der dienstlichen Verfügungsgewalt angestrebte Zweck mit der Einäscherung noch nicht erfüllt: Eine **Feuer- oder Seebestattung**, der eine Kremation notwendig vorausgeht, ist, wie sich aus Art. 1 I BayBestG ergibt, **erst mit der Bestattung der Urne zu Land oder zu Wasser abgeschlossen**. Nach § 23 II BayBestV sind die Einäscherungskammern so einzurichten, zu betreiben und zu unterhalten, dass die Asche rein, vollständig und unvermischt gewonnen werden kann. § 27 BayBestV sieht vor, dass nach der Kremation die Asche einer jeden Leiche in einer Urne zu verschließen und beizusetzen*



*ist. Dabei soll durch die Beigabe einer vor der Kremation an dem Sarg angebrachten durch die Ofenhitze nicht zerstörbaren Marke (§ 26 II i.V. mit § 27 S. 1 BayBestV) sichergestellt werden, dass die in der Urne verschlossene Asche allein aus der Verbrennung des Verstorbenen herrührt, der in der Urne bestattet wird. Aus den dargestellten rechtlichen Vorgaben ergibt sich, dass es auch zu den Aufgaben der Friedhofsverwaltung zählte, nach der Kremation die Asche eines jeden Verstorbenen separat zu erhalten und der Urnenbestattung zuzuführen. Es kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass insoweit grundsätzlich ein Verwahrungsverhältnis i.S. des § 133 StGB fortbestanden hat.“ (OLG Nürnberg aaO)*

- d) Dieses **Verwahrungsverhältnis erstreckte sich** dabei nicht nur auf die Asche des Verstorbenen, sondern auch **auf alle** anderen **Rückstände**, die nach jeder Kremation in den Verbrennungskammern angefallenen waren.

*„Dabei kam es nicht darauf an, ob diese Gegenstände ebenfalls in die Urne zu geben oder im Rahmen der nachfolgenden Arbeitsgänge auszusondern waren. Die Entscheidung darüber, welche Verbrennungsrückstände in Anwendung der bestattungsrechtlichen Vorschriften in die Urne zu geben sind und welche ausgeschlossen werden können, gehörte zu dem in § 1 III der städtischen Bestattungs- und Friedhofsatzung umfassend definierten Aufgabenbereich der Friedhofsverwaltung. Diese Aufgabe konnte sie nur wahrnehmen, wenn zunächst alle Verbrennungsrückstände bis zur **Aussortierung des nicht bestattungspflichtigen Materials** (Sargnägel, künstliche Gelenke etc.) in ihren Verfügungsbereich unverändert erhalten bleiben. Aus dem eingerichteten Betriebsablauf ergibt sich, dass eine **Aufhebung des Verwahrungsverhältnisses erst einer Verfügung vorbehalten** bleiben sollte, die durch eine Aussonderung entweder bei der manuellen Vor- oder bei der maschinellen Nachsortierung zu treffen war.“ (OLG Nürnberg aaO)*

- e) Die Tatsache, dass die **Verantwortlichen** in der Friedhofsverwaltung **fälschlich davon ausgingen, dass** nach der Kremation das **Zahngold entweder verdampft oder** so intensiv mit der Schlacke verbunden sein würde, dass es mit dieser **in die Urne gelangt, stellt die Annahme eines Verwahrungsverhältnisses i.S. des § 133 I StGB ebenfalls nicht in Frage.**

**Verwahrung** i.S. des § 133 I StGB ist eine **qualifizierte Form des Gewahrsams**. Dieser setzt neben tatsächlicher Sachherrschaft lediglich ein Wissen um das Entstandensein des Herrschaftsverhältnisses voraus. Ein ständiges Bewusstsein der Sachherrschaft ist dabei ebenso wenig erforderlich (BGHSt 4, 210 = NJW 1953, 1400; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 242 Rn 13), wie ein sich auf jede einzelne Sache erstreckender Beherrschungswille (RGSt 50, 46).

*„Die bei den für die Friedhofsverwaltung zuständigen Amtsträgern vorhandene Vorstellung, dass nicht durch die Ofenhitze „verdampftes“ Zahngold in die Urne gelangt und der Bestattung zugeführt wird, beruhte auf dem Wissen insoweit ein **Sachherrschaftsverhältnis begründet und ausgeübt** zu haben. Zugleich kommt darin der **generelle Wille** zum Ausdruck, **an dem nach der Kremation noch vorhandenen Zahngold auch bis zur Freigabe der Urne Sachherrschaft ausüben zu wollen.**“ (OLG Nürnberg aaO)*

- f) Auch die **planwidrige Aussonderung des Zahngolds** im Rahmen der maschinellen Nachsortierung und dessen Einleitung in den Abfallsammelbehälter **hat** das bestehende **Verwahrungsverhältnis nicht beendet.**

*„Die **maschinelle Nachsortierung** unter Einsatz des Metallabscheiders [wurde] **nicht zu dem Zweck** betrieben, das **Zahngold aus den Verbrennungsrückständen auszuschneiden und von der Urnenbestattung auszuschließen.** Soweit dies gleichwohl geschehen ist, fehlte es an einem entsprechenden Wissen der zuständigen Behördenleiter.*

*Von einer das Verwahrungsverhältnis aufhebenden Verfügung der Behörde kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Der Einwand, wonach die Stadt N. im Jahr 2001 durch ihre Entscheidung keinen Goldabscheider zu installieren, den Willen zum Ausdruck gebracht habe, an dem Gold, das nicht den Weg in die Urne findet, keinen Gewahrsam ausüben zu wollen, geht fehl. Dieser Entscheidung kann lediglich der **Wille** entnommen werden, **anfallendes Zahngold nicht für eigene Zwecke verwerten zu wollen.** Darüber, ob das Gold in die Urne gelangen soll oder nicht, sagt dies nichts aus.“ (OLG Nürnberg aaO)*

- g) Schließlich ist auch eine **faktische Entlassung aus dem Verwahrungsverhältnis** nicht eingetreten.

- Ist eine Sache in amtliche Verwahrung übergegangen, so **dauert** nach der Rspr. der **Schutz des § 133 StGB** auch dann an, **wenn sich die Sache nicht mehr an dem ursprünglichen Aufbewahrungsort befindet**, sofern nur der amtliche Gewahrsam erhalten bleibt (Dallinger MDR 1952, 658; OLG Hamburg JR 1953, 27 m.w. Nachw.).

Dabei reicht es aus, dass wenigstens noch ein übergeordneter Mitgewahrsam fortbesteht, der sich in einem verbleibenden Einfluss auf die Sache äußert (BGHSt 40, 8 = NJW 1994, 1228 = NStZ 1994, 179; LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 133 Rn 15).

- Die demgegenüber von Teilen des Schrifttums vertretene Auffassung, wonach der **objektive Tatbestand des § 133 I StGB nur dann erfüllt** sein soll, **wenn der in Verwahrung genommene Gegenstand im Zeitpunkt der Tathandlung noch an dem dafür bestimmten Ort aufbewahrt** worden ist (MüKo-StGB/Hohmann, § 133 Rn 8; Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 133 Rn 8), findet im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze und vermag auch im Übrigen nicht zu überzeugen.

*„§ 133 StGB will die **staatliche Herrschaftsgewalt gegen unbefugte Eingriffe sichern** und zugleich **das Vertrauen schützen, dass Gegenstände, die sich im Besitz des Staates befinden und denen der Staat seine Fürsorge erkennbar zugewendet hat, auch ordnungsmäßig aufbewahrt werden** (BGH NStZ 1995, 442; LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 133 Rn 1 m.w. Nachw.). Dieser Schutzzweck gebietet es, diese Vorschrift auch dann anzuwenden, wenn es während der Verwahrung zu von der Behörde nicht beabsichtigten Veränderungen des Aufbewahrungsorts gekommen ist, das Gewahrsamsverhältnis und die damit verbundene Verfügungsmacht aber gleichwohl noch fortbestehen. Danach war vorliegend davon auszugehen, dass die durch eine planwidrige Funktion des Metallabscheiders hervorgerufene Aussonderung des Zahngolds in den Abfallbehälter nicht zu einer Aufhebung des Verwahrungsverhältnisses i.S. des § 133 I StGB geführt hat. Dass auch der Inhalt des Abfallbehälters in den Räumlichkeiten des Krematoriums noch im Gewahrsam der Friedhofsverwaltung stand, bedarf keiner näheren Erörterung.“* (OLG Nürnberg aaO)

3. Die Angekl. haben das auch in dem Abfallbehälter noch verwahrte **Zahngold durch Wegnahme der dienstlichen Verfügung entzogen** und damit den objektiven Deliktstatbestand des § 133 I StGB verwirklicht.
  4. Schließlich ist auch das Vorliegen eines **qualifizierten Verwahrungsbruchs gem. § 133 III StGB** zu bejahen, da sie Angekl. gem. § 11 I Nr. 4 StGB bei einer Behörde die Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahr nahmen und förmlich verpflichtet worden waren.
  5. **Ergebnis:** Da auch der subjektive Tatbestand bei allen Angekl. gegeben ist, haben sie sich wegen Verwahrungsbruch nach § 133 III StGB strafbar gemacht
- II. Zu prüfen ist weiter, ob die Angekl. sich darüber hinaus auch wegen **Störung der Totenruhe nach § 168 I StGB** strafbar gemacht haben.
1. Dann müsste es sich bei dem entnommenen **Zahngold** um die **Asche eines Verstorbenen i.S. des § 168 I StGB** gehandelt haben.

- a) Art. 103 II GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen.

Für die Rspr. folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie. Dabei ist Analogie nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen. Ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Der mögliche Wortsinn markiert hierbei die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (BVerfG NJW 2007, 1193; NJW 2009, 2370 = NStZ 2009, 560). Bei der Bestimmung des maßgeblichen Wortsinns ist auf die Bedeutung eines Ausdrucks oder einer Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen (Larenz, Methodenlehre d. Rechtswissenschaft [Studienausgabe], 5. Aufl., S. 195; Roxin, Strafr AT I, 4. Aufl., § 5 Rn 28).

- b) Das **Wort „Asche“** bezeichnet im **allgemeinen Sprachgebrauch** der Gegenwart einen pulverigen staubartigen Verbrennungsrückstand (Deutsches Wörterbuch von Jacob u. Wilhelm Grimm, Bd. 3, Neubearb. 2007, S. 327f.). Dabei handelt es sich ausschließlich um **Material, das nach dem Verbrennungsvorgang von dem verbrannten Gegenstand zurückgeblieben ist**. Dies entspricht einem **seit Jahrhunderten bestehenden unverändert gebliebenen Wortverständnis**.

*„Danach sind Gegenstände, die das Feuer unversehrt überstanden haben und zusammen mit den Resten des verbrannten Materials am Ort der Verbrennung zurückgeblieben sind, keine Asche. Diese befinden sich lediglich in der Asche ohne deren Bestandteil zu sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Gegenstände mit dem verbrannten Körper vorher fest verbunden waren oder nicht. Das in den Gebissen der Leichname vorhandene Zahngold, das durch die Kremation aus den Körpern der Verstorbenen gelöst und im Übrigen*

von der Ofenhitze unversehrt in den Abfallbehältern angesammelt worden ist, war damit kein taugliches Tatobjekt i.S. des § 168 I StGB.

Die in Anknüpfung an ein Urteil des OLG Bamberg (NJW 2008, 1543; ebenso Fischer, § 168 Rn 7; LK-StGB/Dippel, 11. Aufl. § 168 Rn; Rudolphi/Rogall, in: SK-StGB, § 168 Rn 5) vertretene Gegenansicht ist mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht vereinbar. Sie überschreitet die Wortsinnngrenze und führt damit zu einer gegen Art. 103 II GG verstoßenden strafbegründenden Analogie.“ (OLG Nürnberg aaO)

2. Eine Verurteilung wegen Störung der Totenruhe nach § 168 I StGB kommt vorliegend aber auch deshalb nicht in Betracht, weil **durch die planwidrige Abscheidung des Zahngolds in den Abfallbehälter eine Verbundenheit mit dem Verstorbenen nicht mehr erkennbar** war.

„Für den **Leichnam** ist anerkannt, dass dieser **nur so lange durch § 168 StGB geschützt ist, wie er Gegenstand der Totenverehrung sein kann**. Dies setzt voraus, dass der **Körper des Verstorbenen in seiner Individualität noch erkennbar** ist (OLG Bamberg NJW 2008, 1543; AG Berlin-Tiergarten NSTZ 1996, 544; LK-StGB/Dippel, 11. Aufl., § 168 Rn 23; Fischer, § 168 Rn 4). Für die Asche eines Verstorbenen, die in gleicher Weise wie der erdbestattete Leichnam strafrechtlichen Schutz genießt (vgl. BT-Dr I/3713, S. 37), kann nichts anderes gelten. Danach ist davon auszugehen, dass die **Asche eines Verstorbenen jedenfalls dann nicht mehr dem Schutz des § 168 I StGB unterfällt, wenn darin die Individualität des Verstorbenen nicht mehr erkennbar ist**. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass es sich bei dem Zahngold um Asche der Verstorbenen gehandelt hat, war vorliegend im Zeitpunkt des Zugriffs der Angekl. eine **Zuordnung zu einzelnen Verstorbenen aufgehoben**, weil es auf Grund der planwidrigen Funktion des Metallabscheiders zu einer **Sammlung und Vermischung des Goldes aus mehreren Kremationen** in dem Abfallbehälter gekommen war.“ (OLG Nürnberg aaO)

StGB

**Geldwäsche**

StGB

§ 261 II Nr. 1

**kollusives Zusammenwirken von Geldwäscher und Vortäter  
ist nicht erforderlich**

(BGH in ZAP 2010, 74; Urteil vom 04.02.2010 – 1 StR 95/09)

1. Ein „Sich-Verschaffen“ i. S. des § 261 II Nr. 1 StGB erfordert kein kollusives Zusammenwirken von Geldwäscher und Vortäter, sondern verlangt nur, dass der Geldwäscher die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand im Einvernehmen mit dem Vortäter erlangt.
2. Ein Einvernehmen setzt dabei nicht voraus, dass das Einverständnis des Vortäters frei von Willensmängeln ist; insofern ist es ohne Bedeutung, wenn der Vortäter infolge einer Täuschung oder Nötigung in die Übertragung der Verfügungsgewalt "einwilligt".

**Fall:** Die Angekl. E und S waren mit dem anderweitig Verurteilten M eng verbunden. Ihnen war bekannt, dass M die Kapitalanlagefirma A-GmbH erworben hatte, bei der Anleger in erheblichem Umfang Geld zur Anlage in Future Trading-Geschäften einzahlten.

Die Anleger überwiesen Geldbeträge i. H. von insges. rund 350.000 € an die A-GmbH. Diese Gelder leitete M, wie mit den Angekl. E und S vereinbart, zu jeweils 50 % über die zwischengeschaltete SW-GmbH an die Angekl. E und S weiter. Aber auch die andere Hälfte der Kundengelder wurde nicht in Trading-Geschäften angelegt, sondern im Wesentlichen von M - wie von diesem von Anfang an beabsichtigt - zur Finanzierung seines privaten Lebensunterhalts verwendet. Hätten die Anleger um den Umstand gewusst, dass jedenfalls die Hälfte ihrer Anlage nicht in Trading-Geschäfte investiert, sondern an die Angekl. E und S weitergegeben werden wird, so hätten sie die Zeichnungsvereinbarung nicht geschlossen und die Gelder nicht überwiesen.

Die Anleger erhielten in der Folgezeit - wie von M von Anfang an beabsichtigt - weder ihre Kapitaleinlage zurück, noch konnten sie aus den abgetretenen, nicht werthaltigen Grundschulden - bis auf einen geringfügigen Betrag von 1.500 € - eine Befriedigung erlangen.

Anfang der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2004 beschlossen die Angekl. S und E zusammen mit den Angekl. A (Notar im Ruhestand) und G (von Beruf Rechtsanwalt), Gelder der A-GmbH an sich zu bringen und diese unter sich aufzuteilen. Der Plan sah vor, M aufgrund seiner Stellung als Alleingesellschafter und Geschäftsführer der A-GmbH zur Zahlung zu zwingen. In Ausführung dieses Plans gingen die Angekl. wie folgt vor:

Um ein Druckmittel gegen M in die Hand zu bekommen, verschafften sich die Angekl. eine gegen M persönlich gerichtete Forderung, von der die Angekl. S und E Kenntnis hatten. Zu diesem Zweck kaufte der Angekl. G als verdeckter Treuhänder für die Fa. T - deren Gesellschafter waren die Angekl. E und S - von K dessen rechtskräftig titulierte Forderung gegen M, die sich - einschließlich Zinsen - auf 1,46 Millionen € belief; K hatte zuvor vergeblich versucht, die im Jahre 2000 titulierte Forderung zu vollstrecken. Der Kaufpreis für die Forderung betrug 160.000 €. Dieser sollte nur begehrt werden, wenn die Vollstreckung tatsächlich erfolgreich war. Die Forderung von K stand zudem in keinem Zusammenhang mit der betrügerischen Einwerbung von Anlegergeldern. Sie beruhte auf einer Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft zugunsten von M.

Auf der Grundlage dieser - gegen M persönlich gerichteten - Forderung sollte ein Arrest, allerdings nicht gegen M, sondern gegen die A-GmbH erwirkt werden, um deren Vermögenswerte zu pfänden. Auf diese Art sollte M dazu gezwungen werden, Zahlungen an die Angekl. zu leisten. Dabei rechneten die Angekl. damit, dass M die Forderung allenfalls zu einem geringen Teil aus eigenen Mitteln begleichen würde - zumal er sich in der Vergangenheit mehrmals bei Vollstreckungsversuchen als vermögenslos dargestellt hatte. Sie gingen vielmehr davon aus, dass er hierzu - zumindest zu einem wesentlichen Teil - unter Verletzung der vertraglichen Vermögensbetreuungspflichten gegenüber den Kunden der A-GmbH auf Gelder der Gesellschaft oder auch auf andere ihm ursprünglich von Kunden zur Geldanlage übergebene Gelder zugreifen würde. Über diese Gelder konnte er als Geschäftsführer der A-GmbH (im Außenverhältnis) verfügen.

Auf Grundlage des von K erworbenen Titels beantragte der Angekl. G - dem gemeinsamen Tatplan entsprechend - unter dem Namen K's den Erlass eines Arrestes gegen die A-GmbH. Dabei trug er vor, M verstecke sein privates Vermögen im Vermögen der A-GmbH, um es dem zivilrechtlichen Zugriff seiner persönlichen Gläubiger zu entziehen. Deshalb hatte die Gesellschaft im Wege der „umgekehrten Durchgriffshaftung“ auch für die Verbindlichkeiten ihres Alleingesellschafters M. Aufgrund dieses Vortrags erließ das zuständige Gericht noch am selben Tag den beantragten Arrest gegen die A-GmbH. Anschließend erwirkte der Angekl. G den Erlass von Pfändungsbeschlüssen bezüglich der Konten der A-GmbH und stellte diese den Drittschuldnern zu.

Die Pfändung der Konten der A-GmbH, auf denen sich die Kundengelder befanden, brachte für M - was den Angekl. E, S, A und G bewusst war - „wirtschaftlich vernichtende Probleme“ mit sich. M musste deshalb insbes. befürchten, dass seine Betrugstaten zum Nachteil der Kunden der A-GmbH aufgedeckt und für die Zukunft unterbunden zu werden drohten. Das hätte „für ihn den Zusammenbruch seiner Geschäftstätigkeit und Existenz“ bedeutet.

Nach der Kontenpfändung trat der Angekl. G - wiederum im Namen K's - absprachegemäß an M heran und drängte diesen zum Abschluss eines Vergleichs. Dabei kündigte er weiterhin andauernde Vollstreckungsmaßnahmen gegen die A-GmbH an und stellte gleichzeitig die Einleitung strafrechtlicher Schritte in Aussicht. Er wies M insbes. auf „die Problematik seiner Kontoführung“ hin, weil dieser entgegen den Zeichnungsvereinbarungen keine Treuhandkonten ge-

führt habe und stattdessen über diese Konten „der gesamte Aufwand der A-GmbH mitsamt (seinem) kostspieligen Lebenswandel abgewickelt“ werde.

Gleichzeitig spiegelte der Angekl. E gegenüber M, bewusst wahrheitswidrig und unter Verdeckung seiner wahren Absichten vor, ihn bei der Erledigung dieser Angelegenheit durch Übernahme einer Bürgschaft und Stellung einer Grundschuld über 500.000 € unterstützen zu wollen, um ihn, so getäuscht, zum Abschluss einer Vereinbarung mit dem Angekl. G zu bewegen.

So „gezwungen“, schloss M als Ergebnis der Verhandlungen mit dem Angekl. G eine Vereinbarung, in der er u. a. die geltend gemachte Forderung anerkannte und sich verpflichtete, darauf sofort einen Betrag in Höhe von 575.000 € zu zahlen. Außerdem verpflichtete M die A-GmbH, für seine - private - Verbindlichkeit als Gesamtschuldnerin zu haften.

Zur Erfüllung dieser Vereinbarung ließ M über das Anderkonto seines Rechtsanwalts insges. 575.000 € an den Angekl. G überweisen. Einen Teilbetrag von 450.000 € hatte er seinem Konto bei der S-Bank entnommen, auf das er in der Vergangenheit sowohl nicht bemakelte Provisionen in Höhe von 200.000 € als auch Anlagegelder der Kunden der A-GmbH überwiesen hatte. Die übrigen 125.000 € entnahm er einem Konto der F, auf das er ausschließlich Kundengelder der A-GmbH eingezahlt hatte. Die Angekl. A, G, E und S teilten den erhaltenen Geldbetrag, wie von vorneherein vereinbart, unter sich auf.

Indem die Angekl. A, G, E und S den M dazu zwangen, auch von ihm **betrügerisch eingeworbene Anlegergelder** i. H. von 375.000 € an sie auszuzahlen, könnten sie sich wegen Geldwäsche nach § 261 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

I. Wegen Geldwäsche macht sich strafbar, wer „sich“ **einen in § 261 I StGB bezeichneten Gegenstand „verschafft“**. Vortat war hier ein gewerbsmäßig begangener Betrug des M nach § 261 I 2 Nr. 4a StGB).

1. **„Sich-Verschaffen“** i. S. des § 261 II Nr. 1 StGB **verlangt kein kollusives Zusammenwirken von Geldwäscher und Vortäter**. Dieses **Tatbestandsmerkmal erfordert vielmehr nur, dass der Geldwäscher die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand im Einvernehmen mit dem Vortäter erlangt**.

Einvernehmen setzt nicht voraus, dass das Einverständnis des Vortäters frei von Willensmängeln ist, sodass es **ohne Bedeutung ist, wenn der Vortäter infolge von Täuschung oder Nötigung in die Übertragung der Verfügungsgewalt „einwilligt“**.

- a) Aus dem **Wortlaut des Tatbestandsmerkmals** „sich ... verschafft“ lässt sich allerdings das Erfordernis eines Einvernehmens - und damit auch das Einverständnis des Vortäters - nicht ableiten. Der Wortlaut spricht eher gegen eine solche Einschränkung, weil diese Tatvariante nur die Handlung des Geldwäschers („sich verschafft“) umschreibt.
- b) Dementsprechend ist das **Sich-Verschaffen in anderen Strafvorschriften**, wie z.B. in §§ 96, 146 I Nr. 2 u. 3, 152a I Nr. 2 StGB auch weiter zu verstehen und schließt dort sogar ein Handeln gegen oder ohne den Willen des früheren Inhabers der Verfügungsgewalt ein.

*„Das zeigt namentlich die **Auslegung der beiden Tatbestandsvarianten** „erwirbt oder sich sonst verschafft“ in § 29 I 1 Nr. 1 BtMG.*

*Dazu hat der BGH (BGHSt 42, 123) ausgeführt: „In § 29 I Nr. 1 BtMG sind der unerlaubte Erwerb und das Sichverschaffen in der Weise einander gegenübergestellt, dass u.a. mit Strafe bedroht ist, wer Betäubungsmittel unerlaubt erwirbt oder sich ‚in sonstiger Weise‘ verschafft. Daraus folgt, dass nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes der unerlaubte Betäubungsmittelerwerb i. S. der rechtsgeschäftlichen Erlangung der eigenen tatsächlichen Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer lediglich einen Unterfall des grundsätzlich weiterreichenden, sämtliche Fälle der Besitzzerlangung umfassenden Sichverschaffens darstellt.“ (BGH aaO)*

- c) Der **unterschiedliche Bedeutungsinhalt dieses Tatbestandsmerkmals in anderen Straftatbeständen** zeigt, dass das **„Sich-Verschaffen“ tatbestandsspezifisch** - anhand des jeweiligen Normzwecks - **auszulegen** ist (vgl. auch BGHSt 42, 196 zur Hehlelei).
  - aa) **Normzweck** des § 261 II StGB ist es, den Vortäter gegenüber der Umwelt zu isolieren, indem der aus einer der in § 261 I 2 StGB genannten Straftaten herrührende Gegenstand „praktisch verkehrsunfähig“ gemacht wird (BGH NSTZ-RR 2010, 53). Der Isolierungstatbestand des § 261 II StGB ist damit auf die Vortat bezogen und schützt zugleich deren Rechtsgüter (BTDruks. 12/989 S. 27; 12/3533 S. 13).

- bb) Deshalb verlangen **Rspr.** und auch ein **Teil der Lit.**, dass der Geldwäscher die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand auf abgeleitetem Wege, sprich im Einvernehmen mit dem Vortäter erlangt hat.

BVerfG NJW 2004, 1305; BGH NStZ-RR 2010, 53; SK-StGB/Hoyer, 120. Lfg., § 261 Rn 15; LK/Ruß, 11. Aufl., § 261 Rn 14; MüKo-StGB/ Neuheuser, § 261 Rn 66; BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn 31; Fülbier/Aepfelbach/Langweg, GwG - Kommentar zum Geldwäschegesetz, 5. Aufl., § 261 Rn 42; Leip, Der Straftatbestand der Geldwäsche, 2. Aufl., S. 140; Körner, Geldwäsche, Teil 1 Rn 33; **aA:** NK-StGB/ Altenhain, 2. Aufl. § 261 Rn 114; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 261 Rn 8, 9; Otto, Grundkurs Strafrecht - BT, 7. Aufl., § 96 Rn 34; Spiske, Pecunia olet?, S. 133; Mitsch, Strafrecht - BT 2, § 5 Rn 33; Kindhäuser, Strafrecht - BT II, 4. Aufl. § 48 Rdn. 12

- cc) **BGH aaO hält an dieser Rspr. fest.**

*„Erlangt der Täter die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand ohne das Einverständnis des Vortäters, also ohne oder gegen dessen Willen, so fehlt es am inneren Zusammenhang zwischen dem Isolierungszweck des § 261 II, 2 StGB und der Ächtung des Tatobjekts (BGH NStZ-RR 2010, 53: gewaltsame Wegnahme durch Raub ist kein „Sich-Verschaffen“).“ (BGH aaO)*

- dd) **Einvernehmen setzt freilich nicht voraus, dass das Einverständnis des Vortäters frei von Willensmängeln ist.** Deshalb ist es **ohne Bedeutung**, wenn der Vortäter infolge von **Täuschung oder Nötigung** in die **Übertragung der Verfügungsgewalt „einwilligt“**. Diese Auslegung belegt insbes. die **Entstehungsgeschichte** der Vorschrift des § 261 II Nr. 1 StGB.

- Der Straftatbestand der Geldwäsche, § 261 StGB, wurde durch Art. 1 Nr. 19 des **Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität** vom 15.07.1992 (BGBl I 1302) in das StGB eingefügt. Mit dessen Abs. 2 erfüllte der Gesetzgeber die Verpflichtung aus Art. 3 I Unterabs. c (i) des (Wiener) Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen vom 20.12.1998.

Das Wiener Übereinkommen verpflichtete die Vertragsparteien in dem genannten Artikel u.a., den „Erwerb“ (im englischen Originaltext „acquisition“) von Vermögensgegenständen als Straftat zu umschreiben, wenn der Betreffende bei Erhalt weiß, dass diese Vermögensgegenstände aus bestimmten Katalogtaten stammen. Art. 3 VI des Übereinkommens enthält zudem, auch für die Rechtsanwender eine Vorgabe, die gegen eine - vom Wortlaut nicht gebotene - zu restriktive Auslegung der Strafbestimmung spricht:

*„Die Vertragsparteien sind bestrebt sicherzustellen, dass eine nach ihrem innerstaatlichen Recht bestehende Ermessensfreiheit hinsichtlich der Strafverfolgung von Personen wegen in Übereinstimmung mit diesem Artikel umschriebener Straftaten so ausgeübt wird, dass die Maßnahmen der Strafrechtspflege in Bezug auf diese Straftaten größtmögliche Wirkung erlangen, wobei der Notwendigkeit der Abschreckung ... gebührend Rechnung zu tragen ist.“*

- Auch die **Geldwäscherichtlinien** (1. Richtlinie 91/308/EWG vom 10.06.1991; 2. Richtlinie 2001/97/EG vom 04.12.2001; 3. Richtlinie 2005/60/EG vom 26.10.2005) verpflichten (auch hinsichtlich weiterer Katalogtaten als Vortat) dazu, u.a. den „Erwerb“ von Gegenständen als Geldwäsche zu bestrafen, wenn dem Betreffenden bei der Übergabe dieser Vermögensstände bekannt war, dass diese Gegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit oder aus einer Teilnahme an einer solchen Tätigkeit stammen. Die Mitgliedstaaten können zur Verhinderung der Geldwäsche auch strengere Vorschriften erlassen (Art. 5 der 3. Geldwäscherichtlinie) und auch weitere Straftaten benennen (Art. 1 E der 1. Geldwäscherichtlinie idF der 2. Geldwäscherichtlinie).
- Der **Gesetzgeber**, der danach auch die Möglichkeit gehabt hätte, (nur) den „Erwerb“ unter Strafe zu stellen, hat sich für die - weitergehende (vgl. § 29 I 1 Nr. 1 BtMG) - Tathandlung des „Sich-Verschaffens“ entschieden.

*„Schon das spricht dafür, dass er damit Tathandlungen, die über die engere Variante „Erwerb“ hinausgehen, unter Strafe stellen wollte. Er wollte die Tathandlung des „Sich-Verschaffens“ dem Hehlereitbestand des § 259 StGB entnehmen, „so dass die dazu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze anwendbar sind“ (BTDrucks. 12/989 S. 27 und 12/3533 S. 13).*

*Nach der zu diesem Zeitpunkt in Rspr. und Lit. h. M. - auf die der Gesetzgeber Bezug nahm - war es für das Sich-Verschaffen noch ohne Bedeutung, ob im Rahmen des § 259 I 1 StGB der Vortäter durch Täuschung oder Nötigung zur Übertragung der Herrschaftsgewalt veranlasst wurde (RGSt 35, 278 [zum identischen Merkmal des „Ansichbringens“]; Dreher/Tröndle, StGB, 45. Aufl.,*

§ 259 Rn 16; Lackner, StGB, 19. Aufl., § 259 Rn 10; Schönke/Schröder, StGB, 24. Aufl., § 259 Rn 42; LK/Ruß, 10. Aufl., § 259 Rn 17 jew. m.w.N.; aA Rudolphi JA 1981, 1; Otto Jura 1988, 606; Seelmann JuS 1988, 39). Der Senat entnimmt deshalb den Materialien, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vorschrift von diesem weiten Begriffsverständnis des Sich-Verschaffens ausging.“ (BGH aaO)

- Dieselbe Auslegung des Merkmals „Sich-Verschaffen“ in § 261 II Nr. 1 StGB rechtfertigt sich auch aus dem **geschützten Rechtsgut dieser Vorschrift**.

„Nach dem **Willen des Gesetzgebers** soll die Strafvorschrift gegen Geldwäsche dazu beitragen, die rechtlichen Möglichkeiten zur Abschöpfung illegal erlangter Gewinne zu verbessern (BTDrucks. 12/3533 S. 10/11). Sie soll den staatlichen Zugriff auf inkriminierte Vermögenswerte gewährleisten und deren Einschleusen in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf verhindern (vgl. BTDrucks. 12/989 S. 26; BGHSt 53, 205; BGHSt 50, 347 m.w.N.). Geschützt werden soll die Aufgabe der staatlichen Rechtspflege, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen (BTDrucks. 12/3533 S. 11; BGHSt 53, 205). Insbes. § 261 II StGB soll - als Auffangtatbestand - auch dazu beitragen, den Vortäter in finanzieller Hinsicht gegenüber der Umwelt zu isolieren und den inkriminierten Gegenstand praktisch verkehrsunfähig zu machen (BTDrucks. 12/3533 S. 11; 12/989 S. 27).

Dieses vom Gesetzgeber verfolgte Ziel kann nur dann - wie vom Wiener Übereinkommen verlangt - effektiv erreicht werden, wenn die Vorschrift des § 261 StGB möglichst alle wirtschaftlichen Transaktionen im Zusammenhang mit den Katalogtaten weitgehend erfasst und daraus resultierende wirtschaftliche Vorteile abgeschöpft werden und zwar unabhängig davon, ob der Vortäter die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand aufgrund einer Willensbeeinflussung durch Täuschung oder Druck übertragen hat.“ (BGH aaO)

- ee) Der vorgenommenen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Sich-Verschaffen“ in § 261 II Nr. 1 StGB steht nicht entgegen, dass das **Sich-Verschaffen bei der Hehlerei von Rspr. und der überwiegenden Lit. zwischenzeitlich enger ausgelegt** wird.

- BGHSt 42, 196 hat entschieden, dass es an dem für das „Sich-Verschaffen“ in § 259 I StGB **erforderlichen einverständlichen Zusammenwirken auch dann fehlt, wenn der Täter den Vortäter durch Drohungen zur Übertragung der Verfügungsmacht veranlasst**.

ebenso Fischer, StGB, 57. Aufl., § 259 Rn 13; SK-StGB/Hoyer, 120. Lfg., § 259 Rn 31; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 259 Rn 10; MüKo-StGB/Lauer, § 259 Rn 61; BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 259 Rn 17.2; aA Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 259 Rn 42

„Hierbei handelt es sich freilich um eine - allein - für die Hehlerei tatbestandstypische engere Auslegung. Diese hat der 4. Strafsenat des BGH maßgeblich mit Blick auf die dort genannten anderen Tatvarianten, insbesondere das „Ankaufen“ und die Absatzhilfe vorgenommen. Danach liege das Wesen der Hehlerei in dem Hilfeleisten des Täters nach der Tat (Zusammenwirken von Vortäter und Hehler).

Solche, auf ein Zusammenwirken von Vortäter und Geldwäsche abstellende und damit mit der Hehlerei vergleichbare Tatvarianten enthält der Straftatbestand der Geldwäsche in § 261 I 1 und II StGB indes nicht. Deshalb kann sich die neuere restriktive Auslegung des „Sich-Verschaffens“ in § 259 StGB nicht in gleicher Weise auf § 261 II Nr. 1 StGB auswirken.“ (BGH aaO)

- Im vorliegenden Fall hat M. - wenn auch nicht aus freien Stücken - so doch gleichwohl im Einvernehmen mit den Angekl. und damit auch „gewollt“ die betrügerisch eingeworbenen Anlagegelder ausbezahlt.

„Die „Vereinbarung“ war das Ergebnis seiner „Verhandlungen“ mit dem Angekl. G. Die Bezahlung bewirkte M, indem er am selben Tag und auch drei Tage später Überweisungen ausstellte. Schon nach diesem äußeren Erscheinungsbild haben sich die Angekl. die Gelder nicht auf eine Art und Weise verschafft, die auch nur im Grenzbereich zu einem Raub liegt.

Deshalb steht die Entscheidung des BGH NSTZ-RR 2010, 53 der hier vorgenommenen Auslegung des „Einvernehmens“ nicht entgegen. Dort hatte der Täter den inkriminierten Gegenstand dem Vortäter nämlich gewaltsam, also ohne dessen Mitwirkung und gegen dessen Willen weggenommen. Raub ist - wie der BGH aaO zu Recht ausführt - kein einvernehmliches Sich-Verschaffen i. S. des § 261 II Nr. 1 StGB mehr.“ (BGH aaO)

- II. Der Strafbarkeit wegen Geldwäsche steht die Regelung des **§ 261 VI StGB** nicht deshalb entgegen, weil M die bemakelten Gelder über das (zwischengeschaltete) Anderkonto seines Rechtsanwalts an die Angekl. A, G, E und S transferiert hat.

1. Nach § 261 VI StGB **macht sich der Erwerber eines geldwäschetauglichen Gegenstandes nicht** nach § 261 II StGB **strafbar, wenn zuvor ein Dritter diesen Gegenstand tatsächlich erlangt hat, ohne** hierdurch eine **Straftat begangen zu haben**.

Diese Vorschrift schränkt den Tatbestand des § 261 II StGB ein, um zum Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs die Entstehung unangemessen langer Ketten von Anschlussstaten zu verhindern (BTDrucks. 12/989 S. 28). Sie soll dem gutgläubigen Erwerber eines inkriminierten Gegenstandes ermöglichen, diesen unbeeinträchtigt von § 261 II StGB weiterveräußern zu können (vgl. BTDrucks. 12/3533 S. 14 f.; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 261 Rn 14; MüKo-StGB/Neuheuser, § 261 Rn 68; BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn 35 jew. m.w.N.).

2. Dementsprechend erfasst § 261 VI StGB den vorliegenden Fall des **Transfers inkriminierter Gelder über das Anderkonto eines gutgläubigen Rechtsanwalts an einen bösgläubigen Dritten** (hier an die Angekl. A, G, E und S) nicht.

*„Zwar wurde dem gutgläubigen Rechtsanwalt straflos das vom Vortäter M an ihn überwiesene bemakelte Geld auf dem Anderkonto bei seiner Bank gutgeschrieben. Aber M behielt dadurch weiterhin die Verfügungsmacht über das Geld als Vermögensgegenstand i.S.d. § 261 I StGB. Diese beruhte auf der vertraglichen Vereinbarung mit seinem Rechtsanwalt, die allein die Weiterleitung dieses Geldbetrages an den Dritten beinhaltete. Durch die weisungsgemäße Weiterleitung des Geldbetrages an die Dritten - hier die Angekl. A, G, E und S -, war es tatsächlich M und nicht sein Rechtsanwalt, der demgemäß direkt über diese bemakelte Forderung auf dem Anderkonto verfügte. Deshalb trat zugunsten der Dritten ein strafloser Vorerwerb durch den gutgläubigen Rechtsanwalt i.S.v. § 261 VI StGB nicht ein. Daher haben sich die bösgläubigen Geldempfänger, die Angekl. A, G, E und S, wegen Geldwäsche strafbar gemacht.*

*Dieses Ergebnis ist sachgerecht, weil nur so - entsprechend den gesetzgeberischen Zielvorstellungen (vgl. BTDrucks. 12/989 S. 26) - verhindert wird, Anderkonten als „legale Geldwaschanlagen“ missbrauchen zu können (in diesem Sinne für Fälle der Einzahlung bemakelter Gelder auf Bankkonten: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 261 Rn 14; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 261 Rn 29; MüKo-StGB/Neuheuser, § 261 Rn 69; BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn 37.1 jew. m.w.N.; aA insofern Hamm NJW 2000, 636).“ (BGH aaO)*



(OVG Münster in NJW 2010, 1988; Beschluss vom 03.03.2010 – 5 B 66/10)

1. Es ist zweifelhaft, ob § 18 III NWOBG die Inanspruchnahme des früheren Eigentümers nach Dereliktion auch dann zulässt, wenn die zu beseitigende Gefahr erst nach seiner Eigentumsaufgabe entstanden ist und auch nicht zuvor vom ihm angelegt war.
2. Um der Anerkennung des Privateigentums und seiner Sozialpflichtigkeit gleichermaßen Rechnung zu tragen, bedarf das Ausmaß dessen, was dem Eigentümer zur Gefahrenabwehr abverlangt werden kann, von Verfassungen wegen einer **Begrenzung auf das zumutbare Maß**.
3. Diese Begrenzung ist **Aufgabe der Behörden und Gerichte** im Rahmen der Auslegung und Anwendung der die Verantwortlichkeit und die Kostenpflicht begründenden Vorschriften, solange der Gesetzgeber, dem nach Art. 14 I 2 GG die Bestimmung von **Inhalt und Schranken des Eigentums** obliegt, die **Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit** nicht ausdrücklich geregelt hat.

**Fall:** Der Antragsteller war Eigentümer eines Waldgrundstücks in Steillage. Das Eigentum hatte er wirksam im Wege der Dereliktion nach § 928 BGB durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung des Verzichts ins Grundbuch aufgegeben. Das Grundstück war mit Bäumen bewachsen. 13 Jahre nach Aufgabe des Eigentums durch den Antragsteller waren die Bäume infolge eines Sturms umsturzfähig. Am Fuße des Steilhanges war eine neue Siedlung entstanden. Daraufhin wurde der Antragsteller vom Antragsgegner auf Beseitigung der umsturzfähigen Bäume nach Anhörung des Antragstellers unter schriftlicher und begründeter Anordnung der sofortigen Vollziehung in Anspruch genommen. Die Gesamtkosten wurden auf 8.000,00 € geschätzt. Der As. erhob daraufhin umgehend Klage gegen die Verfügung. Zugleich beantragte er die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die Ordnungsverfügung des Antragsgegners wiederherzustellen. Wird der Antrag Erfolg haben?

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

### I. Zulässigkeit des Antrags

Da Normen der Polizei- und Ordnungsrechts streitentscheidend sind, welche ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, liegt mangels Beteiligung eines Verfassungsorgans eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor und der **Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet** ist.

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

Auch für das Verfahren nach § 80 V VwGO ist wegen der im Hintergrund stehen Anfechtungsklage eine **Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO** erforderlich, die jedoch – da der Ast. Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist und insofern jedenfalls in Art. 2 I GG verletzt sein kann – nach der **Adressatentheorie** ohne weiteres gegeben ist.

Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. 5 II NWAGVwGO **gegen die Behörde** zu stellen, welche den **sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen** hat, also gegen den Antragsgegner.

Der Antragsteller muss auch ein **schutzwürdiges Interesse** an dem Verfahren haben. Der Streit, ob zunächst vor Einleitung des Verfahrens nach § 80 V VwGO in der Hauptsache ein Rechtsbehelf eingelegt sein muss, kann dahinstehen, da hier der Hauptsacherechtsbehelf bereits eingelegt wurde und auch nicht offensichtlich unzulässig ist. Zudem bedurfte es keines vorherigen Antrags an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung, da kein Fall des § 80 VI VwGO vorliegt und eine analoge Anwendung dieser Norm nach allgemeiner Auffassung ausscheidet.

Der Antrag ist daher zulässig.

### II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Beseitigungsverfügung ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist.

1. **Rechtsgrundlage** für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (AOsV) ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.

## 2. formelle Rechtswidrigkeit der AOsV

**Zuständig** für die AOsV ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier hat die Erlassbehörde also als zuständige Behörde gehandelt. Die nach § 80 III 1 VwGO ist die AOsV erforderliche **schriftliche Begründung** ist erfolgt. Ob es vor Erlass einer AOsV einer **Anhörung** nach § 28 VwVfG darf, kann dahinstehen, da eine Anhörung jedenfalls erfolgt ist. Die AOsV ist nicht formell rechtswidrig.

## 3. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV

Für die materielle Prüfung der AOsV kommt es darauf an, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aufschubinteresse des Bürgers überwiegt, wobei das öffentliche Vollzugsinteresse über das öffentliche Erlassinteresse hinausgehen muss, dass ohnehin an jedem Verwaltungsakt besteht.

### a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung

#### aa) Ermächtigungsgrundlage für die Beseitigungsverfügung

Die Ermächtigungsgrundlage für die Beseitigungsverfügung kommt § 14 NWOBG als ordnungsbehördliche Generalklausel in Betracht.

Generalklauseln in anderen Ländern sind: § 1, 3 BWPoIG; § 7 II BayLStVG Bay., § 11 BayPAG, § 17 I BlnASOG; § 13 I BbgOBG; § 10 BremPoIG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOOG; § 8 NdsSOG; § 9 RhPfPOG; § 8 I SaarlPoIG; § 3 I SächsPoIG; §§ 1, 13 SachsAnhSOG; § 174 SchlHVwG; § 5 I ThürOBG

#### bb) formelle Rechtswidrigkeit der Beseitigungsverfügung

Die nach § 28 I VwVfG für belastende Verwaltungsakte erforderliche Anhörung wurde durchgeführt. Auch ist die Verfügung schriftlich und mit Begründung erfolgt, so dass gegen die formelle Rechtmäßigkeit keine Bedenken bestehen.

#### cc) materielle Rechtswidrigkeit der Beseitigungsverfügung

Die Beseitigungsverfügung könnte jedoch materiell rechtswidrig sein, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht vorliegen oder der Antragsgegner sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat.

#### (1) Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Die Ordnungsbehörde ist für den Schutz der **öffentlichen Sicherheit** zuständig. Hiervon umfasst sind der **Schutz des Staates** und seiner **Einrichtungen** sowie **Veranstaltungen**, der Schutz der **Individualrechtsgüter**, der Schutz der **objektiven Rechtsordnung** sowie der Schutz der **Gemeinschaftsgüter**.

Ein Tätigwerden aufgrund der ordnungsbehördlichen Generalklausel setzt zudem das Bestehen einer **konkreten Gefahr** voraus. Eine solche ist anzunehmen, wenn aufgrund eines konkreten Sachverhaltes davon auszugehen ist, dass bei **ungehindertem Geschehensablauf** ein **Schaden für ein ordnungsbehördliches Schutzgut** eintreten wird.

Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte, dass es ohne das Ergreifen von Maßnahmen zu einem Umsturz der Bäume kommen kann, so dass sowohl der öffentliche Verkehr als auch Individualrechtsgüter gefährdet sind.

Es liegt daher eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor.

#### (2) Verantwortlichkeit des Antragstellers für die Beseitigung der Gefahr

In Anspruch nehmen kann die Polizei grundsätzlich nur denjenigen, der für die Gefahr verantwortlich ist. Eine solche **Verantwortlichkeit** kann sich entweder aus dem Verhalten einer Person (sog. **Verhaltensstörer**) ergeben oder aber daraus, dass eine Person für eine Sache verantwortlich ist, von der Gefahr ausgeht (sog. **Zustandsstörer**). Nur wenn Maßnahmen gegen verantwortliche Personen nicht möglich sind oder keinen Erfolg versprechen, kann die Polizei auch eine nichtverantwortliche Person für die Beseitigung der Gefahr in Anspruch nehmen (sog. **Nichtstörer**), wobei dies nur unter strengen, gesetzlich geregelten Voraussetzungen möglich ist.

Hier kommt eine Inanspruchnahme des Antragstellers als Zustandsverantwortlicher nach § 18 NWOBG in Betracht.

vgl. in anderen Ländern: § 7 BWPoIG; § 8 BayPAG, § 14 BlnASOG; § 17 BbgOBG; § 6 BremPoIG; § 9 HbgSOG; § 7 HessSOG; § 70 MVSOIG; § 7 NdsSOG; § 5 RhPfPOG; § 5 SaarlPoIG; § 5 I SächsPoIG; § 8 SachsAnhSOG; § 219 SchlHVwG; § 11 ThürOBG

Nach § 18 III NWOBG können bei herrenlosen Sachen die Maßnahmen gegen die Person gerichtet werden, die das **Eigentum an der Sache aufgegeben** hat. Fraglich ist jedoch, ob dies auch dann gilt, wenn die Gefahr erst **nach der Aufgabe** des Grundstückseigentums entstanden ist.

*„Zwar ist dies nach dem Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossen. Danach können bei einer Gefahr, die von einer herrenlosen Sache ausgeht, Maßnahmen gegen denjenigen gerichtet werden, der das Eigentum aufgegeben hat. Die Vorschrift ist von der Erwägung getragen, dass der Eigentümer, der in der Vergangenheit die Nutzungen aus dem Eigentum gezogen hat, die mit dem Eigentum **einhergehenden Belastungen nicht auf die Allgemeinheit soll verlagern können**. Zudem soll sie sicherstellen, dass nach einer Eigentumsaufgabe ein **Verantwortlicher für das Grundstück greifbar ist** (vgl. BVerwGE 122, 75 [83] = NVwZ 2004, 1505, zu § 4 III 4 Halbs. 2 BBodSchG, sowie BVerwG, NJW 1999, 231; s. auch BGH, NJW 2007, 2182 = NZM 2007, 537, zur privatrechtlichen Haftung nach § 1004 I BGB).*

*Allerdings sollte die Bestimmung – trotz ihres weiterreichenden Wortlauts – ausweislich der Gesetzesbegründung eine Regelungslücke (nur) für den Fall schließen, dass ein Eigentümer, **nachdem seine Verantwortlichkeit nach § 18 II NWOBG begründet** worden ist, das **Eigentum an der Sache durch Dereliktion aufgibt** (vgl. LT-Dr 8/4080, S. 78 i.V. mit S. 52; entsprechend VG Würzburg, Urt. v. 09.01.2006 – W 5 K 05.1171, zum wörtlich gleichlautenden Art. 8 III BayPAG; ähnl. BR-Dr 422/1/97, S. 7, zu § 4 III 4 BBodSchG, wonach die Sanierungspflicht dessen geregelt werden sollte, der das Eigentum an dem bereits kontaminierten Grundstück aufgibt; s. auch OVG Münster, Beschl. v. 08.10.2009 – Az.: 5 E 1011/09).“ (OVG Münster aaO).*

Diese Frage hat das OVG Münster aber letztlich offen gelassen.

### (3) Ermessen

Bei der Wahl der Maßnahme und des Adressaten ist der Antragsgegner an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden.

Die gewählte Maßnahme muss hierbei **geeignet** sein, die Gefahr zu beseitigen. Es darf darüber hinaus **kein milderes Mittel gleicher Eignung** geben, die Maßnahme muss also **erforderlich** sein. Schließlich ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne im Rahmen einer **Mittel-Zweck-Relation** zu prüfen und zu ermitteln, ob die Maßnahme **angemessen** ist.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme selbst bestehen keine Bedenken, fraglich ist jedoch, ob die Inanspruchnahme des Antragstellers trotz Dereliktion vor Entstehung der Gefahr – seine Verantwortlichkeit einmal unterstellt – einer Prüfung standhält.

#### (a) Hintergrund der Zustandshaftung

Die Zustandshaftung des Eigentümers findet ihren rechtfertigenden Grund in seiner **Einwirkungsmöglichkeit auf die gefahrverursachende Sache** sowie in der **Möglichkeit zu ihrer wirtschaftlichen Nutzung** und Verwertung.

*„Um der Anerkennung des **Privateigentums** und seiner **Sozialpflichtigkeit** gleichermaßen Rechnung zu tragen, bedarf das Ausmaß dessen, was dem Eigentümer zur Gefahrenabwehr abverlangt werden kann, nach der **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts** von Verfassungs wegen einer **Begrenzung auf das zumutbare Maß**.*

*Diese Begrenzung ist Aufgabe der Behörden und Gerichte im Rahmen der **Auslegung und Anwendung der die Verantwortlichkeit und die Kostenpflicht begründenden Vorschriften**, solange der Gesetzgeber, dem nach Art. 14 I 2 GG die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums obliegt, die **Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit nicht ausdrücklich geregelt** hat. Selbst dem Eigentümer, dem die Nutzung des Grundstücks erhalten bleibt, können als Folge der Sozialbindung des Eigentums Anordnungen zur Gefahrenabwehr nur insoweit zuzumuten sein, als der **finanzielle Aufwand** hierfür den **Verkehrswert** des Grundstücks **nach Gefahrenbeseitigung nicht übersteigt**. Wird der Verkehrswert von den Kosten überschritten, entfällt nämlich in der Regel das - durch Art. 14 I GG geschützte - Interesse des Eigentümers an einem künftigen privatnützigen Gebrauch des Grundstücks. Eine diese Grenzen überschreitende Belastung kann insbesondere dann*

*unzumutbar sein, wenn die Gefahr, die von dem Grundstück ausgeht, aus **Naturereignissen**, aus **der Allgemeinheit zuzurechnenden Ursachen** oder von **nicht nutzungsberechtigten Dritten** herrührt. Demgegenüber kann eine Kostenbelastung, die den Verkehrswert des Grundstücks übersteigt, **zumutbar sein, wenn der Eigentümer das Risiko der entstandenen Gefahr bewusst in Kauf genommen hat** oder wenn Risikoumstände beim Erwerb des Grundstücks **erkennbar** waren bzw. im Verlauf der Nutzung hätten erkannt werden können. Allerdings ist es dem Eigentümer **nicht zumutbar, unbegrenzt für Gefahren einzustehen**, das heißt auch mit Vermögen, das in keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem gefährdenden Grundstück steht. (vgl. BVerfGE 102, 1 [19ff.] = NJW 2000, 2573).*

*Der **frühere Eigentümer**, der das Eigentum an einem Grundstück im Wege der Dereliktion gemäß § 928 BGB aufgegeben hat, ist gemessen daran **erhöht schutzwürdig**, weil er **keinen Veräußerungserlös** erzielt hat und ihm ab dem Zeitpunkt der Eigentumsaufgabe auch keine Möglichkeit zur wirtschaftlichen Nutzung und Verwertung des Grundstücks mehr zusteht. Selbst wenn der Fiskus auf sein Aneignungsrecht nach § 928 II BGB verzichtet, steht der frühere Eigentümer diesbezüglich nicht besser als jeder Dritte (vgl. VG Freiburg, Urt. v. 14.11.2002 – Az 6 K 1763/01; dazu BGHZ 108, 278 [281] = NJW 1990, 251).“ (OVG Münster aaO)*

### (b) Anwendung auf den Fall

Ausgehend von diesen Erwägungen könnte unabhängig von der grundsätzlichen Reichweite des § 18 III NWOBG bereits die verfassungsrechtlich gebotene Begrenzung der Belastung auf ein zumutbares Maß im Regelfall schon einer Inanspruchnahme des früheren Eigentümers entgegenstehen, wenn eine Gefahrenlage erst nach Aufgabe des Eigentums entstanden ist.

*„Jedenfalls unterliegt in derartigen Fällen eine Kostenbelastung bis zur Höhe des dem früheren Eigentümer nicht mehr zugute kommenden Verkehrswerts grundsätzlich erheblichen Bedenken, weil sie vollständig aus sonstigem Vermögen zu bestreiten ist.*

*Bei summarischer Prüfung ist **nichts dafür ersichtlich**, dass der Antragsteller gleichwohl **ausnahmsweise ohne Kostenbegrenzung** hätte in Anspruch genommen werden können. Der Umstand allein, dass die veranschlagten Kosten für die Fällmaßnahmen auch nach Einschätzung des Antragsgegners **nicht mehr als 8.000,- Euro** betragen, genügt hierfür nicht. Das wäre allenfalls dann in Betracht zu ziehen, wenn der Antragsteller **zur Zeit seiner Eigentümerstellung darüber hinausgehende Gewinne aus der Grundstücksnutzung** erzielt hätte. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass ihm eine nennenswerte wirtschaftliche Nutzung des in Rede stehenden **Waldgrundstücks** etwa durch Holzverwertung offen gestanden haben könnte.*

*Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller sich **bei Aufgabe des Eigentums einer bereits konkret absehbaren Haftung** als Zustandsstörer **entziehen wollte**. Die Gefahren, die von den umsturzgefährdeten Bäumen aufgrund ihres Standorts an einem Steilhang für die darunter liegenden bebauten Grundstücke ausgehen, dürften - soweit nach Aktenlage ersichtlich - vielmehr auf jüngeren Naturereignissen beruhen. Eine besondere Verantwortung des Antragstellers für etwaige von den Bäumen ausgehende Gefahren ergibt sich nicht daraus, dass er das entsprechende Risiko bereits zur Zeit seiner Eigentümerstellung **bewusst in Kauf genommen haben könnte**. Eine Verantwortlichkeit trifft den Grundstückseigentümer erst dann, wenn von ihm unterhaltene Bäume in Folge Krankheit oder Überalterung die Widerstandskraft gegenüber natürlichen Einwirkungen der Naturkräfte eingebüßt haben (vgl. BGHZ 122, 283 [285] = NJW 1993, 1855).*

*Es ist **nicht ersichtlich**, dass die in Rede stehenden Bäume schon im Zeitpunkt der Dereliktion **vor über 13 Jahren unzureichend widerstandsfähig oder krank** gewesen sein könnten. Die Umsturzgefahr wurde von der zuständigen Revierförsterin erstmals im Sommer 2009 erkannt. Schließlich fällt der Umstand, dass die nunmehr **gefährdete Bebauung unmittelbar am Fuße eines Steilhangs** errichtet worden ist und es gerade deshalb der aufwendigen Beseitigung der Bäume bedarf, nicht in den Verantwortungsbereich des Antragstellers.“ (OVG Münster aaO)*

Die Beseitigungsverfügung ist somit nach summarischer Prüfung rechtswidrig und der Antragsteller wird in der Hauptsache Erfolg haben.

### b) Interessenabwägung

Da es kein besonders öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung rechtswidriger Verwaltungsakte gegen kann, liegen die Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht vor und dieses ist rechtswidrig.

**III. Ergebnis:** Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Beseitigungsverfügung ist auch begründet und wird daher Erfolg haben.

GG  
Art. 34**Amtshaftung wegen Aufsichtspflichtverletzung**  
**Anforderungen an Lehrpersonal**

öffR

BGB  
§ 839

(LG Frankfurt in NVwZ-RR 2010, 479; Urteil vom 18.01.2010 – 1 U 185/08)

1. Die Aufsichtspflicht drittbezogen, da sie auch dazu dient, Schäden Dritter durch die Kinder zu verhindern.
2. Das **Maß der gebotenen Aufsicht** bestimmt sich nach **Alter, Eigenart und Charakter der Kinder**, nach der Vorhersehbarkeit des schädigenden Verhaltens sowie danach, was den Aufsichtspflichtigen in ihrem jeweiligen Verhalten zugemutet werden kann
3. Eine **dauernde Überwachung „auf Schritt und Tritt“** ist bei Kindern im Kindergartenalter **nicht erforderlich**.
4. Eine **ununterbrochene Aufsicht** über alle Schüler lässt sich **nicht gewährleisten**, sie erscheint **unzumutbar** und ist **nicht geboten** (

**A. Grundlagenwissen: Die Prüfung des Amtshaftungsanspruchs, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG****I. Innehabung eines öffentlichen Amtes****1. öffentliches Amt**

Ein öffentliches Amt liegt nur vor, wenn die Tätigkeit auch dem öffentlichen Recht und nicht dem Privatrecht zuzuordnen ist.

**2. Beamter**

Beamter im haftungsrechtlichen Sinne ist jede Person, der von der zuständigen Stelle die Ausübung eines öffentlichen Amtes anvertraut worden ist.

**II. Handeln in Ausübung**

Es muss ein **innerer und äußerer Zusammenhang** mit der Amtsausübung bestehen. Die Handlung darf nicht nur „bei Gelegenheit“ der Amtsausübung erfolgen.

**III. Verstoß gegen eine drittschützende Amtspflicht****1. Amtspflicht**

Hiermit sind diejenigen **Pflichten** gemeint, die dem Beamten **gegenüber** dem Staat als seinem **Dienstherrn** obliegen. Inhalt und Umfang der Amtspflichten bestimmen sich nach den Vorschriften, die den entsprechenden Aufgaben und Pflichtenkreis regeln. Hierzu gehört insbesondere die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten

**2. Drittschutz**

Es ist zu prüfen, ob die festgestellte Amtspflicht gerade auch dazu bestimmt ist, den Interessen des Geschädigten zu dienen und ob der eingetretene Schaden vom Schutzzweck umfasst ist (= **subjektives Recht** des Geschädigten).

- Hat die Vorschrift überhaupt Drittwirkung oder dient sie nur Allgemeininteressen?
- Gehört der Geschädigte zu Kreis der geschützten Personen?
- Ist das konkret betroffene Interesse vom Schutzbereich der Amtspflicht umfasst?

Die Amtspflicht muss (auch) gegenüber dem Betroffenen bestanden haben. Drittbezogenheit ist **nicht** anzunehmen, wenn lediglich die **Reflexwirkungen** rechtmäßigen Verhaltens für den Bürger vorteilhafter gewesen wären. Keinesfalls ausreichend ist es, wenn die Amtspflicht lediglich **rein öffentlichen Belangen dient**.

Ob im Einzelfall der Geschädigte zum Kreis der „Dritten“ in diesem Sinne gehört, beantwortet sich entscheidend danach, ob die Amtspflicht - wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch - den Zweck hat, das **Interesse gerade dieses Geschädigten** wahrzunehmen. Nur wenn sich aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreißenden

Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts ergibt, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belange nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert werden sollten, besteht im gegenüber eine Amtspflicht. Hingegen besteht keine Ersatzpflicht gegenüber anderen Personen, selbst wenn die Amtspflichtverletzung sich für sie mehr oder weniger nachteilig ausgewirkt hat (BGHZ 56, 40).

### 3. Verstoß gegen Amtspflicht (ins. Rechtswidrigkeit)

Gegen die so definierte Amtspflicht muss verstoßen worden sein.

## IV. Verschulden hinsichtlich der Amtspflichtverletzung

### 1. Vorsatz

Die Amtshandlung wird von dem Beamten willentlich und in Kenntnis der die Amtspflichtverletzung objektiv begründenden Tatsachen vorgenommen oder unterlassen

### 2. Fahrlässigkeit

Die Amtshandlung erfolgt unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Hierbei ist auch die im Verkehr erforderliche, nicht auf die in der betreffenden öffentlichen Verwaltung übliche oder nach dem Leistungsniveau des individuellen Amtsträgers zu erwartende Sorgfalt abzustellen. Es gilt also ein objektiv-abstrakter (= der pflichtgetreue Durchschnittsbeamte), kein individuell-subjektiver Sorgfaltsmaßstab

### 3. Spruchrichterprivileg (§ 839 III BGB)

Der Spruchrichter haftet nicht für jede Amtspflichtverletzung, sondern nur für eine solche, die gleichzeitig eine Straftat darstellt.

## V. Schaden

Es muss nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ein Schaden entstanden sein.

## VI. Kausalität des Pflichtverstoßes für den Schaden

Hier ist zu fragen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßen Verhalten des Beamten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Verletzten wäre, wenn der Beamte die Amtspflichtverletzung nicht begangen hätte. Ein Amtshaftungsanspruch kommt nur in Betracht, wenn die Vermögenslage bei rechtmäßigem Handeln günstiger gewesen wäre.

## VII. Haftungsausschlüsse/-beschränkungen

### 1. Verweisungsprivileg/Subsidiaritätsklausel (§ 839 I 2 BGB)

Bei einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung besteht kein Amtshaftungsanspruch, wenn Schadensersatz von einem anderen erlangt werden kann.

### 2. Primärrechtsschutz muss in Anspruch genommen worden sein, sonst vollständiger Ausschluss (§ 839 III BGB)

## VIII. Verjährung

Der Schadensersatzanspruch verjährt nach § 195 BGB nach **3 Jahren**.

Beim Amtshaftungsanspruch wird der Lauf der **Verjährungsfrist in Gang** gesetzt, wenn der Geschädigte von dem **Schaden** und der **Person** des Ersatzpflichtigen soweit Kenntnis hat, dass er eine Klage gegen diese Person zu begründen vermag. Hierzu zählt die Kenntnis, dass das Verhalten des Beamten widerrechtlich und schuldhaft war und eine zum Schadensersatz verpflichtende **Amtspflichtverletzung** darstellt.

## B. Zu den Anforderungen an die Aufsicht durch Lehrpersonal bei der Amtshaftung wegen Aufsichtspflichtverletzung

**Fall:** Das Fahrzeug der Kl. wurde durch einen Stein beschädigt, der von dem städtischen Schulgelände in Frankfurt, vor dem das Fahrzeug stand, auf ihr Auto geworfen worden sei. Zum Zeitpunkt des Steinwurfs hatte eine 4. Klasse auf dem Schulgelände Sportunterricht. Ein Schüler hatte den Stein während des Sportunterrichts der Klasse 4a vom Dach der Sporthalle aus auf bzw. gegen ihren Pkw geworfen. Aufsicht hatte die Lehrerin X sie ging auf

dem Dach „hin und her“, damit sie auch den Schulhof einsehen konnte, kontrollierte, „wer wo ist“ und machte dann auch Stichproben. Die Kl. nahm das Land Hessen vor dem Landgericht auf Schadensersatz in Anspruch. Hat sie einen Anspruch auf Schadensersatz?

Die Kl. könnte gegen das Land Hessen einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG haben.

## I. Haftung des Landes Hessen für eine schuldhafte Amtspflichtverletzung der X

### 1. Innehabung eines öffentlichen Amtes

Dann müsste X ein **öffentliches Amt** innegehabt haben. Die schulische Betreuung an einer städtischen Schule stellt ohne weiteres ein öffentliches Amt da. Darüber hinaus ist **Beamter im haftungsrechtlichen Sinne** ist jede Person, der von der zuständigen Stelle die Ausübung eines öffentlichen Amtes anvertraut worden ist.

„Sowohl bei der **Beaufsichtigung der Schüler** durch das Lehrpersonal selbst als auch bei der Organisation dieser Maßnahme handelt es sich um die **Ausübung öffentlicher Gewalt** i.S. von Art. 34 GG.“ (LG Frankfurt aaO)

X ist daher unabhängig von ihrem Status als zuständiges Aufsichtspersonal ohne weiteres als Beamtin anzusehen.

### 2. Handeln in Ausübung

Es muss ein **innerer und äußerer Zusammenhang** mit der Amtsausübung bestehen. Die Handlung darf nicht nur „bei Gelegenheit“ der Amtsausübung erfolgen. Hier kommt lediglich ein dem Handeln **gleichstehendes Unterlassen** in Betracht, indem L ihrer Aufsichtsverpflichtung nicht nachgekommen sein könnte. Jedenfalls geht es um ein Verhalten in Ausübung ihres öffentlichen Amtes

### 3. Verstoß gegen eine drittschützende Amtspflicht

L müsste gegen eine drittschützende Amtspflicht verstoßen haben.

#### a) drittschützende Amtspflicht

Hiermit sind diejenigen **Pflichten** gemeint, die dem Beamten **gegenüber** dem Staat als seinem **Dienstherrn** obliegen. Inhalt und Umfang der Amtspflichten bestimmen sich nach den Vorschriften, die den entsprechenden Aufgaben und Pflichtenkreis regeln. Die Amtspflicht muss (auch) gegenüber dem Betroffenen bestanden haben. Drittbezogenheit ist **nicht** anzunehmen, wenn lediglich die **Reflexwirkungen** rechtmäßigen Verhaltens für den Bürger vorteilhafter gewesen wären. Keinesfalls ausreichend ist es, wenn die Amtspflicht lediglich **rein öffentlichen Belangen dient**. Es ist daher zu prüfen, ob die festgestellte Amtspflicht gerade auch dazu bestimmt ist, den Interessen des Geschädigten zu dienen und ob der eingetretene Schaden vom Schutzzweck umfasst ist (= **subjektives Recht** des Geschädigten).

Danach hat L ihm Rahmen ihrer Aufgaben als Aufsichtsperson dafür zu sorgen, dass sich die Kinder im Sportunterricht regelgerecht verhalten und nicht fremdes Eigentum mutwillig beschädigen.

„Das **Maß der gebotenen Aufsicht** bestimmt sich nach **Alter, Eigenart und Charakter der Kinder**, nach der Vorhersehbarkeit des schädigenden Verhaltens sowie danach, was den Aufsichtspflichtigen in ihrem jeweiligen Verhalten zugemutet werden kann. Entscheidend ist letztlich, was ein verständiger Aufsichtspflichtiger nach vernünftigen Anforderungen im konkreten Fall unternehmen muss, um **Schädigungen Dritter durch das Kind zu verhindern** (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1430 = BeckRS 2008, 18605; r+s1992, 233; BGHZ 111, 282 = NJW 1990, 2553; BGH, NJW 1996, 1404 = BeckRS 1996, 2302; OLG Düsseldorf, OLG-Report 1996, 126; OLG Dresden, NJW-RR 1997, 857; OLG Karlsruhe, OLG-Report 2006, 426).“ (LG Frankfurt aaO)

#### b) Verstoß gegen Amtspflicht (ins. Rechtswidrigkeit)

„Gemessen an diesen Grundsätzen lässt sich **nicht feststellen**, dass eine mangelnde Sorgfalt der Zeugin X dazu geführt hat, dass ein Schüler – den Vortrag der Kl. als zutreffend unterstellt – von dem Dach der Sporthalle aus einen Stein werfen konnte. Die Kl. hat selbst vorgetragen, dass sich die **Zeugin X auf dem Dach der Sporthalle befand**, auf dem Schüler der Klasse 4a Fußball spielten. Die Zeugin X hat dies im Rahmen der erstinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme bestätigt und darüber hinaus bekundet, sie habe während eines Fußballspiels das **Spiefeld im Blick**, wobei sie allerdings nicht jeden einzelnen Schüler im Auge haben könne; sie **gehe auf dem Dach „hin und her“**, damit sie

auch den Schulhof einsehen könne, kontrolliere, „wer wo ist“ und mache dann auch **Stichproben**. Damit genüge sie ihrer Aufsichtspflicht. Denn eine **ständige Beobachtung eines jeden einzelnen Schülers** konnte von ihr **nicht verlangt werden**. In diesem Zusammenhang weist die Berufung zu Recht darauf hin, dass in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass eine **dauernde Überwachung „auf Schritt und Tritt“** schon bei Kindern im Kindergartenalter **nicht erforderlich** ist und erst recht nicht bei etwa 10 Jahre alten **Schülern einer 4. Klasse**. Bei Kindern in diesem Alter darf **unterstellt werden**, dass ihnen die **Gefahr der Entstehung von Schäden an Personen oder Sachen bei Steinwürfen bereits bewusst** ist. Diese Erkenntnis wird Kindern erfahrungsgemäß noch weit vor Erreichen der Schulreife von den Erziehungsberechtigten immer wieder eingeschärft und mit einem **Verbot derartiger Verhaltensweisen** verbunden. Darauf, dass eine **derartige Erziehung im Elternhaus** erfolgt ist, darf sich **grundsätzlich auch das Lehrpersonal verlassen** (vgl. OLG Düsseldorf, OLG-Report 1996 126; OLG Hamm, BeckRS 2009, 27873).“ (LG Frankfurt aaO)

## II. Haftung des Landes Hessen wegen Organisationsverschuldens

Erleidet ein Bürger durch staatliches Handeln Schaden und findet sich innerhalb der Behörde kein konkret Verantwortlicher, so schließt dies über die Figur des Organisationsverschuldens eine schuldhafte Pflichtverletzung nicht aus.

Ist eine Behörde in sachlicher und personeller Hinsicht nicht so ausgestattet, dass sie ihren Pflichten Dritten gegenüber nachkommen kann, so liegt z.B. bei Überlastung oder Überforderung der konkret handelnden Amtsträger, Ausfälle wegen Krankheit oder Urlaub, Nichteinstellung oder Nichtzurverfügungstellung des zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Personals, ein eine Haftung auslösender Organisationsmangel der Behörde auch ohne persönliches Verschulden des Mitarbeiters vor.

„Das bekl. Land hat auch **kein Organisationsverschulden** zu verantworten. Entgegen der Annahme des LG ist ein Organisationsverschulden der Schulleitung nicht darin zu sehen, dass zum Vorfallszeitpunkt **keine weitere Aufsichtsperson** eingesetzt war. Eine Aufsicht, die die Aufgabe hat, sowohl Schüler vor Schäden zu bewahren, als auch Schäden durch Schüler zu verhindern, kann – wie ausgeführt – nicht das Ziel haben, jeden einzelnen Schüler ständig unter Aufsicht zu haben. Eine **ununterbrochene Aufsicht** über alle Schüler lässt sich **nicht gewährleisten**, sie erscheint **unzumutbar** und ist **nicht geboten** (vgl. BGH, VersR 1972, 979). Es ist daher nicht zu **beanstanden**, dass zur Beaufsichtigung – nur – einer Klasse, der Klasse 4a, **nur eine Lehrerin** eingesetzt wurde. Zudem fehlt auch jeder Anhaltspunkt dafür, dass eine weitere, auf dem Schulhof eingesetzte Aufsichtskraft dies hätte erkennen und/oder verhindern können. Eine **ständige Beobachtung des gesamten Schulgeländes allein „auf Grund der örtlichen Gegebenheiten“**, d.h., weil der Schulhof an einer öffentlichen Straße liegt und auf Grund einer Hanglage „erhöht“ ist, kann entgegen der Ansicht des LG nicht gefordert werden.

Der **Schulleitung** ist es **nicht zuzumuten**, allein auf Grund der Lage der Schule soviel Aufsichtspersonal aufzubieten, das **jeder Schüler zu jeder Zeit gesehen und kontrolliert** werden kann.“ (LG Frankfurt aaO)

## III. Ergebnis: Die Voraussetzungen für einen Amtshaftungsanspruch liegen nicht vor. Weitere Anspruchsgrundlagen kommen nicht in Betracht. Der Kl. steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu.



## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 123 I

### arglistige Täuschung durch Kundenanschriften

BGB

(OLG Celle in ZAP 2010, 85; Urteil vom 18.06.2009 – 13 U 9/09)

- I. In Fällen, in denen eine **Täuschung durch Anschreiben** in Frage steht, bieten vor allem dessen Inhalt und Aufmachung Anhaltspunkte für den erforderlichen Täuschungswillen des Erklärenden.
- II. Auf den **erforderlichen subjektiven Tatbestand** kann in aller Regel in folgenden Fällen geschlossen werden:
  - **objektiv unrichtige Angaben** in dem Schreiben;
  - **Aufmachung** des Angebotsschreibens **in Art einer Rechnung**;
  - **Verschweigen** für den Adressaten **erkennbar wichtiger Umstände**, obwohl eine Offenbarungspflicht besteht;
  - Art und Weise der **Gestaltung des Anschreibens**.

**Bei irreführender Darstellung** kommt es vor allem darauf an, wie stark die maßgeblichen Punkte verzerrt oder entstellt wiedergegeben sind und ob vom Absender das nicht richtige oder nicht vollständige Erkennen der wahren Umstände erwartet werden kann.

*„Eine arglistige Täuschung seitens der Kl. ist allerdings noch nicht allein in der Übersendung des Vertragsentwurfs an den Bekl. als solches zu sehen. In Fällen, in denen – wie hier – eine Täuschung durch ein Anschreiben in Frage steht, bieten vor allem dessen Inhalt und Aufmachung Anhaltspunkte für den erforderlichen Täuschungswillen des Erklärenden. Auf den erforderlichen subjektiven Tatbestand wird in aller Regel in folgenden Fällen geschlossen werden können (vgl. BGH MMR 2005, 447):*

- a) *Wenn das Schreiben objektiv unrichtige Angaben enthält.*
- b) *Bei Aufmachung eines Angebotsschreibens in Art einer Rechnung.*
- c) *Wenn erkennbar für den Adressaten wichtige Umstände verschwiegen sind, obwohl eine Offenbarungspflicht besteht.*
- d) *Aus der Art und Weise, wie das Anschreiben gestaltet ist. Allerdings kann insoweit ein Täuschungswille nicht schon deshalb ohne weiteres angenommen werden, weil die Darstellung zur Irreführung geeignet ist.*

*Bei lediglich irreführender Darstellung kommt es vor allem darauf an, wie stark die maßgeblichen Punkte verzerrt oder entstellt wiedergegeben sind und ob vom Absender wegen des Grads der Verzerrung oder Entstellung hätte erwartet werden können, dass Adressaten die wahren Umstände nicht richtig oder nicht vollständig erkennen können (BGH aaO).*

*Nach dieser Maßgabe ist die Gestaltung des Vertragsformulars allein für sich gesehen noch nicht ausreichend, um von einem Täuschungswillen der Kl. auszugehen: Zwar legt die Aufmachung des Vertragsentwurfs eine Verwechslung mit dem bekannten Telefonverzeichnis „Das Ö.“ nahe (wird ausgeführt).*

*Jedoch ist der Senat auf Grund einer Gesamtschau der vorliegenden Umstände des Einzelfalls davon überzeugt, dass die Kl. hier in Täuschungsabsicht gehandelt hat: Ein Indiz hierfür ist die drucktechnische Gestaltung des Auftragsformulars, die eine Verwechslung mit dem bekannten Telefonverzeichnis „Das Ö.“ zumindest nahe legt. Ein weiteres Indiz stellt der Umstand dar, dass die Kl. das an den Bekl. übersandte Formular bereits mit dessen persönlichen Daten handschriftlich vorausgefüllt hat.*

*Eine derartige Vorgehensweise ist geeignet, bei dem Empfänger des Vertragsformulars den Eindruck zu erwecken, es handele sich nicht um eine neuartige Geschäftsbeziehung, sondern es solle eine bereits bestehende Vertragsbeziehung aufrechterhalten bzw. verlängert werden.“ (OLG Celle aaO)*

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 130

### Empfangsbote Ehegatte

BGB

(LAG Köln in ZAP 2010, 691; Urteil vom 07.09.2009 – 2 Sa 210/09)

Ein **Ehegatte** ist auch außerhalb der Wohnung kraft Verkehrssitte als zum Empfang von Willenserklärungen ermächtigt anzusehen.

- I. Auch nach **derzeit wohl noch h. M.** kann von einer Verkehrssitte ausgegangen werden, wonach der Ehegatte einer Partei jeweils in der Weise dem Pflichtenkreis des Adressaten eines Schreibens zugeordnet ist, dass er als Bote des Adressaten zur Entgegennahme und Weiterreichung des Schreibens als eingesetzt angesehen werden kann.

Dabei wird in der Lit. regelmäßig **kein Unterschied** gemacht, **ob der als Empfangsbote in dieser Weise eingesetzte Ehegatte außerhalb oder innerhalb der Ehwohnung angetroffen wird**. Gelingt es das Schreiben dem Empfangsboten zu übergeben, ist für den Zeitpunkt des Zugangs nur noch derjenige Zeitraum hinzuzurechnen, den der Bote benötigt, um das Schreiben bei regelmäßigem



Verlauf der Dinge an den Adressaten auszuhändigen (BGH NJW 1994, 2614).

- II. Für die **Empfangsboteneigenschaft auch außerhalb des Wohnbereichs** spricht sich ausdrücklich Staudinger BGB § 130 Rn 57 aus; ebenso vertreten dies Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Auflage, § 133 Rn 9; Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., § 130 Rn 12; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 130 Rn 17; MüKo-BGB/Försler, 3. Aufl., § 130 Rn 17b.

Als **Empfangsbote** wird dabei regelmäßig die **Person** angesehen, **die vom Adressaten mit einer ausdrücklichen Empfangsermächtigung ausgestattet wurde**. Der Empfangsbote hat die **Funktion eines „externen“ Briefkastens**. Der Nachweis, dass der Empfangsbote tatsächlich vom Erklärungsempfänger zum Empfang von Sendungen und Schriftstücken eingesetzt wurde, ist dann entbehrlich, wenn nach der Verkehrssitte davon ausgegangen werden kann, dass aufgrund des persönlichen Verhältnisses die Empfangsermächtigung regelmäßig gegeben ist.

Dabei spielt es keine Rolle, ob der Empfangsbote im Haushalt angetroffen wurde oder außerhalb. Ein Einbringen des Briefs in die Wohnung z. B. durch Schieben unter der Tür hindurch, bedarf ohnehin keiner Person mit Boteneigenschaft, da innerhalb der Wohnung mit einer Kenntnisnahme bei nächster Gelegenheit zu rechnen ist, unabhängig davon, ob die Tür durch einen Handwerker, ein Kind oder den Ehegatten geöffnet wurde.

- III. Trotz dieser einhelligen Ansicht in der Lit. ist nach Ansicht des **LAG Köln aaO** allerdings **erwägenswert, ob die bloße Tatsache der Eheschließung geeignet ist, anzunehmen, dass nunmehr der Ehegatte auch für den Empfang von fristgebundenen und gegebenenfalls nachteiligen Schriftstücken zuständig geworden ist**.

„Gegen eine solche Empfangsboteneigenschaft kraft Verkehrssitte spricht insbesondere, dass gerade **bei nachteiligen Schriftstücken der Empfangsbote in einem Gewissenskonflikt ist, ob er eigenmächtig versuchen soll, den Zugang zu verzögern**, möglicherweise in Unkenntnis, dass dem Empfänger gleichwohl ein fristgerechter Zugang zugerechnet wird. Auch eine im Einvernehmen mit dem Empfänger praktizierte Zugangsverweigerung führt nach Ansicht der Rspr. zur Zugangsfiktion, während die nicht abgesprochene Verweigerung, als Empfangsbote tätig zu werden, den Zugang hindern soll. Zudem erscheint auch fraglich, ob ein Unterschied in der Verkehrssitte zwischen Ehegatten und unverheiratet zusammenlebenden Paaren gerechtfertigt ist, denn bei letzteren wird soweit ersichtlich nicht von einer Verkehrssitte zum Empfang von Schriftstücken ausgegangen. Die „externe Briefkasteneigenschaft“ des Ehegatten stellt eher einen grundgesetzwidrigen Nachteil der Ehe dar statt einen Vorteil.

Zudem ist auch zu erwägen, ob eine Person, die Kraft Verkehrssitte als „Empfangseinrichtung“ des Erklärungsempfängers angesehen werden darf, überhaupt diese **Eigenschaft selbstständig wieder beseitigen kann**. Denn die Verkehrssitte ersetzt nur den Nachweis der ausdrücklichen persönlichen Ermächtigung zum Empfang für den Erklärungsempfänger. Bei ausdrücklich erklärter Empfangsbotenermächtigung wäre ein weisungswidriges Verhalten des Empfangsboten ebenfalls als wirksamer Zugang dem Erklärungsempfänger zuzurechnen. Andererseits ergeben sich auch **Probleme in dem Fall, dass der Empfänger eine Empfangsboteneigenschaft kraft Verkehrssitte beseitigen möchte**. Die Anweisung, nichts entgegenzunehmen, gilt als **kollusives Zusammenwirken und bewirkt erst recht den fristgerechten Zugang**. Muss dann der Empfänger den potentiellen Versendern vor Versand mitgeteilt haben, dass er den Ehegatten ausdrücklich nicht als Empfangsboten akzeptiert, um die Empfangsboteneigenschaft kraft Verkehrssitte zu beseitigen?

Gegen eine generelle Empfangsboteneigenschaft spricht auch, dass die Möglichkeit, ein Schriftstück von Zeugen in den Briefkasten oder unmittelbar in den Wohnbereich einbringen zu lassen, ausreichend ist, um regelmäßig einen sicheren, nachweisbaren Zugang einer schriftlichen Erklärung bewirken zu können. Nach Ansicht der Kammer ist es damit zumindest erwägenswert, ob die Empfangsboteneigenschaft eines Ehegatten kraft Verkehrssitte nicht zumindest in Zweifel gezogen werden kann.

Angesichts der übereinstimmenden Kommentarlit. sieht sich die Kammer allerdings daran gehindert, eine bereits derzeit bestehende gegenteilige Verkehrssitte festzustellen.“ (LAG Köln aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 307

### Kündigung eines Vertragshändlervertrages wegen Nichterreichens des Absatzziels

BGB

(OLG Koblenz in BB 2010, 1691; Urteil vom 22.04.2010 – 2 U 352/09)

Das **Anknüpfen einer außerordentlichen Kündigung eines Vertragshändlervertrages an einen zu erzielenden Mindestumsatz** stellt eine **unangemessene Benachteiligung des Händlers** (Distributor) dar, da die Klausel auch dann eine außerordentliche Kündigung des Händlervertrages (Distribution Agreement) ermöglicht, wenn der Händler sich nach besten Kräften bemüht hat, das festgesetzte Absatzziel zu erreichen, es aber gleichwohl aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen verfehlt hat.

„Die **Kündigungsklausel hält der Inhaltskontrolle des § 307 BGB nicht stand**. Verfehlt der Händler das anvisierte Absatzziel, stellt die **ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses das adäquate Mittel dar, das Vertragsverhältnis zu beenden**.“ (OLG Koblenz aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 312c I

### Widerrufsfrist

BGB

kein Fristbeginn durch Zugang einer Vorabbelehrung

(OLG Hamm in NJOZ 2010, 1560; Urteil vom 12.03.2010 – 4 U 225/08)

Eine **Widerrufsbelehrung mit der Formulierung „die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung“** kann **nicht den Fristbeginn auslösen, wenn sie gem. § 312c I BGB nur als Vorabbelehrung** vor Abgabe von Verbrauchererklärungen im Internet, nicht aber den Verbrauchern in Textform gem. § 312c II BGB **zugesandt wird**.

„Es handelt sich bei dieser beanstandeten Klausel um die **Belehrung nach § 312c I BGB**. Nach dieser Vorschrift hat der Unternehmer den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärungen in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich die geforderte Informationen zur Verfügung zu stellen. Bei dieser Belehrung handelt es sich um eine Vorabbe-



lehung, die der Unternehmer dem Verbraucher zukommen lassen muss, bevor dieser rechtsgeschäftliche Erklärungen abgibt. Regelmäßig wird diese Belehrung bereits bei den Angeboten im Internet erteilt.

Sie **kann aber noch keinen Fristbeginn auslösen** und schon gar nicht, wie in der Klausel gesagt wird, „frühestens“. **Denn nach § 355 II BGB kann immer erst „frühestens“ die Belehrung in Textform die Widerrufsfrist für den Kunden auslösen.** Die beanstandete Klausel ist daher von vornherein falsch. Diese im Internet erscheinende Belehrung zielt erst auf die spätere in Textform zu erteilende Belehrung nach § 312c II BGB ab und hat folglich keine rechtlichen Auswirkungen.“ (OLG Hamm aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 138

### Nichtanzeige geplanter Straftaten bei Verdacht der Beteiligung

StGB

(BGH in NStZ-RR 2010, 204; Beschluss vom 09.03.2010 – 3 ARs 3/10)

- I. Nach der **Rspr. und der h.M. in der Lit.** kann **derjenige, der an der Katalogtat beteiligt ist, nicht wegen Nichtanzeige dieser Tat verurteilt werden.** Vielmehr setzt eine Strafbarkeit nach § 138 StGB voraus, dass die nicht angezeigte Katalogtat eine vollkommen fremde Tat ist (vgl. BGHSt 36, 167 = NJW 1989, 2760; BGHSt 39, 164 = NJW 1993, 1871 = NStZ 1993, 441; BGH NStZ 1982, 244).
- II. Die **unterschiedlichen Begründungen** für diese Voraussetzung lassen nicht zweifelsfrei erkennen, ob es sich bei der Fremdheit der nicht angezeigten Katalogtat um ein (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal oder ein konkurrenzrechtliches Problem handelt (vgl. Hanack, LK-StGB, 12. Aufl. § 138 Rn 43 mwN).

„Jedenfalls dann, wenn die Fremdheit der Katalogtat dogmatisch als unrechtsbegründendes (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal des § 138 StGB einzuordnen sein sollte, erscheint es dem Senat fraglich, ob ein Angekl. wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten verurteilt werden kann, wenn er nach Abschluss der Beweisaufnahme weiterhin der Beteiligung an der nicht angezeigten Katalogtat verdächtig ist.

Dabei mag dahinstehen, ob zwischen der Strafvorschrift des § 138 StGB und der nicht angezeigten Katalogtat ein **normativ-ethisches Stufenverhältnis** anzunehmen ist. Denn auch wenn das der Fall sein sollte, bedarf die Bestrafung nach § 138 StGB des Nachweises aller tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Bestimmung.

Dies kann nach Auffassung des Senats nicht durch die Anwendung des Zweifelssatzes ersetzt werden. Vermag sich das TatGer. nicht davon zu überzeugen, dass der Angekl. mit Sicherheit eines von zwei in Betracht kommenden Delikten begangen hat, weil für jede der beiden in Betracht kommenden Strafvorschriften die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals in Zweifel bleibt, ist es sich aber sicher, dass der Angekl. einen der beiden Tatbestände verwirklicht hat, so liegt die typische Konstellation vor, in der eine **Wahlfeststellung** in Betracht zu ziehen ist. Scheidet diese wegen fehlender rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit der alternativen Straftaten aus, so ist auch der Zweifelssatz nicht geeignet, die Verurteilung wegen des weniger schwerwiegenden Delikts zu tragen.

Der Senat lässt offen, ob die Verurteilung eines Angekl. nach § 138 StGB im Wege der sog. Präpendenzfeststellung in Betracht gezogen werden könnte (vgl. Joerden JZ 1998, 847; ders., Jura 1990, 663), falls die Fremdheit der Katalogtat dogmatisch nur als Frage der konkurrenzrechtlichen Abgrenzung zwischen § 138 StGB und der nicht angezeigten Katalogtat einzustufen sein sollte (s. Rudolphi/Stein, SK-StGB, § 138 Rn 35).“ (BGH aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 244 I Nr. 3

### Wohnungseinbruchdiebstahl

StGB

#### Verwendung eines richtigen Schlüssels durch Unbefugten

(OLG Köln in NJOZ 2010, 1574; Beschluss vom 19.03.2010 – 1 RVs 48/10)

**Verwendet ein Unbefugter** bei einem Wohnungseinbruchdiebstahl **einen vom Berechtigten gewidmeten Schlüssel** (hier: Generalschlüssel), **wird dieser (echte) Schlüssel nicht dadurch entwidmet und damit „falsch“ i. S. des § 244 I Nr. 3 StGB**, dass seinem (aktuellen) Inhaber die Benutzung im konkreten Fall untersagt ist.

„Nach diesem Qualifikationstatbestand macht sich unter anderem strafbar, wer einen Diebstahl begeht, bei dem er zur Ausführung der Tat mit einem falschen Schlüssel in eine Wohnung eindringt.

**Falsch ist ein Schlüssel, wenn ihm die Widmung des Berechtigten fehlt**, er also von diesem zur Tatzeit nicht, noch nicht oder nicht mehr zur Öffnung des Verschlusses benutzt wird (BGH MDR 1960, 689; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 243 Rn 8; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 243 Rn 14; MüKo-StGB/Schmitz, § 243 Rn 27; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 243 Rn 14). **Handelt es sich um einen vom Berechtigten gewidmeten Schlüssel, wird dieser (echte) Schlüssel nicht dadurch entwidmet und damit „falsch“, dass seinem (aktuellen) Inhaber – z. B. einem Angestellten des Berechtigten – die Benutzung im konkreten Fall untersagt ist** (vgl. MüKo-StGB/Schmitz, § 243 Rn 27). Die Verwendung eines richtigen Schlüssels durch einen Unbefugten wird nicht von §§ 243 I 2 Nr. 1, 244 I Nr. 3 StGB erfasst (BGHSt 21, 189 = NJW 1967, 834; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 243 Rn 14).

Den Feststellungen des AG lässt sich nicht etwa entnehmen, dass der Betreiber des Seniorenheims den von der Angekl. zur Tatbegehung benutzten Schlüssel zuvor entwidmet hatte. Bereits die Tatsache, dass es sich um einen Generalschlüssel gehandelt hat, also um einen Schlüssel, mit dem sämtliche oder zumindest eine Vielzahl von Schlössern des Seniorenheims geöffnet werden können, belegt vielmehr dessen andauernde Widmung. Seine (generelle) **Entwidmung wäre geradezu unsinnig**, schon im Hinblick auf Notfälle u. A. Nach den Feststellungen hat die Angekl. diesen „echten“ Generalschlüssel vielmehr (lediglich) unbefugt benutzt.“ (OLG Köln aaO)



StGB  
§ 263 IV, 243 II

**gewerbsmäßiger Betrug**  
**knappe Überschreitung der Geringwertigkeitsgrenze**  
 (KG in NJOZ 2010, 1572; Beschluss vom 10.12.2009 – V ZB 111/09)

StGB

Bei einem **gewerbsmäßigen Betrug scheidet selbst dann**, wenn dem Täter **zahlreichen Fälle** vorgeworfen werden, ein **besonders schwerer Fall aus**, wenn der **Schaden die Geringwertigkeitsgrenze nur knapp übersteigt**, der **Gesamtschaden relativ gering** war und **gewichtige zu Gunsten des Täters sprechende Umstände** vorliegen.

„Zwar war hier die Annahme besonders schwerer, weil gewerbsmäßig begangener Fälle, denkbar, weil die Geringwertigkeitsgrenze, wenn man sie bei 25 € zieht, überschritten war. Von der Erfüllung des Regelbeispiels des § 263 III 2 Nr. 1 At. 1 StGB [geht] nur eine Indizwirkung aus, die durch besondere strafmildernde Umstände entkräftet werden kann. [Jedoch ist] **beim Betrug für die Strafzumessung vor allem die Schadenshöhe ausschlaggebend** (vgl. BGH NStZ 1999, 244; BGHSt 36, 320 = NJW 1990, 1549; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 263 Rn 286; Fischer, § 263 Rn 207) und beim gewerbsmäßigen Betrug [kommt] selbst bei zahlreichen vorgeworfenen Fällen **ein besonders schwerer Fall dann nicht in Betracht, wenn der Schaden die Geringwertigkeitsgrenze nur knapp übersteigt**, der Gesamtschaden relativ gering war und gewichtige zu Gunsten des Täters sprechende Umstände vorliegen (vgl. BGH wistra 2001, 303).

[Hier] lagen die Schadenshöhen nur knapp über bzw. noch in der Nähe der Geringwertigkeitsgrenze. Hinzu kommt, dass hinsichtlich der gelieferten Waren deren – wenn auch geringer – Wert zu saldieren gewesen wäre. Auch kann der festgestellte **Gesamtschaden von 2.121,14 € noch als „relativ gering“** angesehen werden (so BGH wistra 2001, 303 für einen Schaden von ca. 15.000 DM). Zudem sprechen zahlreiche im Urteil mitgeteilte Umstände zu Gunsten der Angekl., die Volkswirtschaft studiert und als verheiratete Mutter von zwei kleinen Kindern mit ihrer Familie in bescheidenen, gleichwohl geordneten Verhältnissen lebt. Insbesondere stellen das umfassende Geständnis der bisher unbestraften Angekl. die bei den hier verursachten Schäden die Wahl des für besonders schwere Fälle vorgesehenen Strafrahmens als unangemessen erscheinen lassen. Demgegenüber sind die straferschwerenden Umstände, die das LG in der Dauer der Tatserie, dem erkennbar gewordenen Maß an krimineller Energie und darin gefunden hat, dass die Angekl. nach polizeilichen Vernehmungen weitere Taten begangen hat, nicht so gewichtig, dass unter Berücksichtigung aller Umstände der Regelstrafrahmen keine ausreichende Reaktionsmöglichkeit mehr bietet.“ (KG aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG  
Art. 3 I

**Zweitwohnungssteuer**  
**auch bei Residenzpflicht eines Beamten**  
 (BVerfG in NVwZ-RR 2010, 457; Beschluss vom 17.02.2010 – 1 BvR 2664/09)

SteuerR

Die **Anordnung einer Residenzpflicht für Beamte begründet für die dadurch betr. Zweitwohnungsteuerpflichtigen keine gleichheitswidrige Belastung gegenüber jenen Steuerpflichtigen, die keiner solchen Pflicht unterliegen**, da die Aufwandsteuer unabhängig von dem Grund und Anlass für den betriebenen Aufwand erhoben wird.

„Die Aufwandsteuer soll die in der Einkommensverwendung zum Ausdruck kommende **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** treffen. Angesichts der Vielfalt der wirtschaftlichen Vorgänge und rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten wäre die **Erhebung einer Steuer, die nicht an die Entstehung des Einkommens, sondern an dessen Verwendung anknüpft, nicht praktikabel**, wenn in jedem Fall die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen festgestellt werden müsste.

**Ausschlag gebendes Merkmal der Aufwandsteuer ist deshalb der Konsum in Form eines äußerlich erkennbaren Zustandes**, für den finanzielle Mittel verwendet werden. Der Aufwand im Sinne von Konsum ist typischerweise Ausdruck und Indikator der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, ohne dass es darauf ankäme, von wem und mit welchen Mitteln dieser finanziert und welchen Zwecken er des Näheren dient. Im Konsum äußert sich in der Regel die Leistungsfähigkeit. Ob der Aufwand im Einzelfall die Leistungsfähigkeit überschreitet, ist für die Steuerpflicht unerheblich (vgl. BVerfGE 65, 325 = NJW 1984, 785; BVerfGE 114, 316 = NJW 2005, 3556 = NVwZ 2006, 205).

Das **Innehaben einer Zweitwohnung ist ein Zustand, der gewöhnlich die Verwendung finanzieller Mittel erfordert und in der Regel wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Ausdruck bringt** (vgl. BVerfGE 65, 325; BVerfGE 114, 316 = NJW 2005, 3556 = NVwZ 2006, 205). Eine solche Einkommensverwendung für den persönlichen Lebensbedarf liegt vor, wenn der Steuerpflichtige die Zweitwohnung selbst bewohnt. Unerheblich für die Einordnung einer Zweitwohnungsteuer als Aufwandsteuer i.S. von Art. 105 IIa GG ist, dass das **Innehaben der Zweitwohnung durch eine Berufsausübung veranlasst wurde und nach Maßgabe des Einkommensteuerrechts als Werbungskosten bei der Einkünfteermittlung abzuziehen ist** (vgl. BVerfGE 114, 316 = NJW 2005, 3556 = NVwZ 2006, 205).

Diese in der Rspr. des BVerfG geklärten **Grundsätze zum verfassungsrechtlichen Aufwandsbegriff** machen deutlich, dass Belastungsgrund für den steuerbaren Aufwand allein der im Konsum bestimmter Güter zum Ausdruck kommende äußere Eindruck einer besonderen Leistungsfähigkeit ist, ohne Rücksicht auf den persönlichen Anlass, den Grund oder das Motiv für den betriebenen Aufwand.“ (BVerfG aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG  
Art. 12 I 1

**Zulassung zum Referendariat**  
**Rücknahme einer rechtswidrigen Zulassung**  
 (VG Berlin in NVwZ-RR 2010, 526; Beschluss vom 11.11.2009 – 7 L 152/09)

GG

I. Ein **rechtswidrig übergangener Bewerber hat unabhängig von seiner Rangstelle einen Anspruch auf (vorläufige) Zulassung zum Referendariat**.

„Die Ast., die die 1. Staatsprüfung erfolgreich abgelegt hat, hat nach Maßgabe der **vorhandenen Ausbildungskapazität** einen Anspruch auf sofortige Zulassung zum Vorbereitungsdienst. Der Vorbereitungsdienst für die Lehrämter stellt eine allgemeine staatliche Ausbildungsstätte i. S. des Art. 12 I 1 GG dar, deren freie Wahl das Grundrecht gewährleistet. **Aus Art. 12 I i. V. m. Art. 3 I GG ergibt sich damit für jeden Bewerber, der die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, ein Recht auf Zulassung zum Vorbereitungsdienst**. Zulassungsbeschränkungen sind nur unter strengen formellen und materiellen Voraussetzungen statthaft. Sie bedürfen einer





gesetzlichen Grundlage und sind nur dann verfassungsgemäß, wenn sie zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes und nur in den Grenzen des unbedingt erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden.

Diesen Anforderungen wird das Zulassungsverfahren des Ag. nach der im vorliegenden Verfahren gebotenen und allein möglichen summarischen Prüfung nicht gerecht (wird ausgeführt).“ (VG Berlin aaO)

II. **Bei Überschreitung der haushaltmäßigen Kapazität sind ggf. rechtswidrige Zulassungen anderer Bewerber wieder zurückzunehmen.**

„**Werden entgegen den gesetzlichen Regelungen Bewerber aufgenommen, so wird damit der Zugangsanspruch anderer Bewerber verkürzt. Diese anderen Bewerber müssen zusätzlich aufgenommen werden, und zwar bis an die Grenze der Funktionsfähigkeit der Schulen und des haushaltsrechtlich Zulässigen. Zusätzliche Plätze, die als Ausgleich für rechtswidrig vergebene Plätze bereitgestellt werden müssen, sind an diejenigen Bewerber zu vergeben, die ihre rechtswidrige Abweisung nicht hingenommen haben; ihnen kann ein besserer Rang solcher Bewerber, die sich mit der Abweisung abgefunden haben, nicht entgegengehalten werden.**

Bei der Kammer sind neben dem Verfahren der Ast. keine weiteren Eilverfahren anhängig, in denen es um die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst für das Amt des Studienrates geht. Selbst wenn durch die vorläufige Aufnahme der Ast. - wie der Ag., ohne dies im Einzelnen darzulegen, nunmehr vorträgt - die haushaltmäßige Ausbildungskapazität überschritten wird, ändert dies nichts an ihrem Zulassungsanspruch. In diesem Fall könnte und müsste vielmehr die Zulassung eines rechtswidrig berücksichtigten anderen Bewerbers zurückgenommen werden.“ (VG Berlin aaO)

Das **Recht des Prüflings auf ein faires Verfahren verpflichtet die Prüfer** im Rahmen einer mündlichen Prüfung **nicht dazu, ein sofortiges „Feedback“ abzugeben.**

„Das aus dem **Grundsatz der Chancengleichheit** (Art. 3 I GG) und dem **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 I GG) folgende Recht des Prüflings auf ein faires Verfahren verpflichtet den Prüfer, darauf zu achten, dass der Prüfungsstil, der Ablauf des Prüfungsverfahrens und die Prüfungsatmosphäre nach Möglichkeit **leistungsverfälschende Verunsicherungen des Prüflings ausschließen. Der Prüfling soll nicht durch ein unangemessenes Verhalten des Prüfers einer psychischen Belastung ausgesetzt werden, die das Bild seiner Leistungsfähigkeit verfälscht und dadurch seine Chancen mindert** (BVerwGE 107, 363 m. w. N.). Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt andererseits nicht, dass für jeden Prüfling die Prüfungssituation geschaffen wird, die seinen persönlichen Verhältnissen am besten entspricht. Dies gilt auch für die von dem jeweiligen Prüfer hergestellte Atmosphäre.

Hiernach **kann in dem bloßen Unterlassen einer „Rückmeldung“ des Prüfers zu den gegebenen Antworten noch kein Fairnessverstoß gesehen werden: Anders als bei schriftlichen Prüfungen ist es den Prüfern zwar bei mündlichen Prüfungen erlaubt, schon während der laufenden Prüfung auf die Beiträge der Prüflinge positiv oder negativ zu reagieren, wodurch sich die Anforderungen an die spätere Begründung der Prüfungsentscheidung verringern können** (BVerwGE 99, 185). Es besteht aber **keine rechtliche Verpflichtung, die erbrachten Teilleistungen fortlaufend zu kommentieren** und damit den Prüflingen jeweils ein sofortiges „Feedback“ zu geben. Das **Fairnessgebot verlangt insoweit kein aktives Prüferverhalten, sondern verbietet es lediglich, durch die Art der Reaktionen den Prüfling gezielt zu verunsichern bzw. einzuschüchtern oder ihm einen falschen Eindruck zu vermitteln** (vgl. Niehues, Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rn 186 f. m. w. N.).

Eine Verpflichtung zu einem inhaltlichen „Feedback“ lässt sich auch nicht aus Art. 25 BayVwVfG oder aus der prüfungsrechtlichen Fürsorgepflicht ableiten: Danach ist die **Prüfungsbehörde zwar, falls sich ein Prüfling bei seinen Verfahrenshandlungen erkennbar in einem Irrtum befindet und ihm daraus Nachteile drohen, zur Erteilung zweckdienlicher Hinweise verpflichtet** (BVerfGE 52, 380; BVerwGE 99, 185). Diese **Beratungs- und Aufklärungspflicht bezieht sich aber grds. nur auf die verfahrensrechtliche Position des Prüfungsteilnehmers; sie vermittelt ihm keinen Anspruch auf mentale Unterstützung bei der (höchstpersönlichen) Erbringung der geforderten Prüfungsleistung. Die Prüfer sind daher im Rahmen des Prüfungsgesprächs regelmäßig weder verpflichtet, den Prüfling durch ausdrückliche Bestätigung der Richtigkeit seiner Antworten zu motivieren, noch müssen sie ihn auf sachliche Fehler hinweisen und ihm so die Möglichkeit geben, sich zu korrigieren. Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn ein Prüfling aufgrund eines offensichtlichen Versehens falsche Wege geht oder wenn sonstige Missverständnisse auszuräumen sind.**“ (VGH München aaO)



## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 189

### Heilung von Zustellungsmängeln Parteizustellung statt Amtszustellung

ZPO

(BGH in juris AnwaltsLetter Nr. 13, 06.07.010; Urteil vom 19.05.2010 – IV ZR 14/08)

1. Im **schriftlichen Vorverfahren** gemäß § 331 III ZPO ergangene **Versäumnisurteile** sind **an Verkündungs statt zuzustellen** (§ 310 III ZPO) und werden erst durch **die Zustellung an beide Parteien existent**, so dass die **Einspruchsfrist** erst mit der **letzten** der von Amts wegen **zu bewirkenden Zustellungen** in Lauf gesetzt wird.
2. Die Heilung einer fehlerhaften Zustellung nach **§ 189 ZPO** kommt dann **nicht in Betracht**, wenn der Fehler in der **Wahl der falschen Zustellungsart** liegt.
3. Die Zustellung von Amts wegen setzt einen **Zustellungswillen des Gerichts** voraus. Dieser kann nicht durch den Zustellungswillen einer Partei ersetzt werden.

#### A. Grundlagenwissen: Zustellung nach ZPO

Für die Zustellung sind grundsätzlich **zwei verschiedene Formen** vorgesehen:

- **Zustellung von Amts wegen** (§§ 166 – 190 ZPO)
- **Zustellung auf Betreiben der Parteien** (§§ 191 - 195 ZPO)

##### I. Zustellung von Amts wegen

Dokumente, deren Zustellung vorgeschrieben oder vom Gericht angeordnet ist, sind nach § 166 II ZPO von Amts wegen zuzustellen. Die Zustellung von Amts wegen ist daher der gesetzlich vorgesehene Regelfall und in §§ 166 – 190 ZPO geregelt. Zustellung ist nach § 166 I ZPO ist die Bekanntgabe eines Dokuments an eine Person in der Form, wie die §§ 167 – 190 ZPO sie vorsehen. Es sind verschiedene Arten der Zustellung vorgesehen. Über die **Art der Zustellung** entscheidet nach § 168 I 1 ZPO grundsätzlich die **Geschäftsstelle**.

##### 1. Zustellung durch Aushändigung an der Amtsstelle, § 173 ZPO

Ein Schriftstück kann dem Adressaten oder seinem rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter nach § 173 S. 1 ZPO durch **Aushändigung an der Amtsstelle** zugestellt werden. Zum Nachweis der Zustellung ist auf dem Schriftstück und in den Akten zu vermerken, dass es zum Zwecke der Zustellung ausgehändigt wurde und wann dies geschehen ist.

##### 2. Zustellung gegen Empfangsbekanntnis, § 174 ZPO

Ein Schriftstück kann nach § 174 I ZPO an einen **Anwalt**, einen **Notar**, einen **Gerichtsvollzieher**, einen **Steuerberater** oder an eine **sonstige Person**, bei der auf Grund ihres Berufes von einer **erhöhten Zuverlässigkeit** ausgegangen werden kann, eine **Behörde**, eine **Körperschaft** oder eine **Anstalt des öffentlichen Rechts** gegen Empfangsbekanntnis zugestellt werden.

Zum **Nachweis der Zustellung** genügt das mit **Datum und Unterschrift** des Adressaten **versehene Empfangsbekanntnis**, das an das Gericht zurückzusenden ist. Dies erbringt **vollen Beweis** dafür, dass an dem vom Empfänger angegebenen Tag tatsächlich zugestellt wurde, allerdings bleibt der **Gegenbeweis zulässig**

##### 3. Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein, § 175 ZPO

Ein Schriftstück kann nach § 175 ZPO durch Einschreiben mit Rückschein zugestellt werden. Anders als beim nachstehend dargestellten Zustellungsauftrag gibt es hier **weder eine Zustellung durch Einlegung in den Briefkasten noch durch Niederlegung**.

Die Zustellung ist nur dann bewirkt, wenn das **Schriftstück tatsächlich ausgehändigt** und der **Rückschein unterschrieben** wurde, der dann den Nachweis der Zustellung darstellt.

#### 4. Zustellungsauftrag, § 176 ZPO

Wird ein Zustellungsauftrag erteilt oder wird eine andere Behörde um die Ausführung der Zustellung ersucht, übergibt die Geschäftsstelle nach § 176 I ZPO das zuzustellende Schriftstück in einem **verschlossenen Umschlag** und ein **vorbereitetes Formular einer Zustellungsurkunde**. Sie muss die in § 182 II ZPO vorgesehenen Angaben enthalten:

Die Zustellungsurkunde ist eine **öffentliche Urkunde** und erbringt daher nach § 418 I ZPO den **vollen Beweis** der in ihr beurkundeten Tatsachen.

#### 5. Öffentliche Zustellung, § 185 ZPO

Ist der **Aufenthaltort einer Person unbekannt** und kann auch nicht an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten zugestellt werden, ist eine öffentliche Zustellung nach § 185 ZPO möglich. Sie bedarf nach § 186 I ZPO der **Bewilligung durch das** Prozessgericht. Die Zustellung erfolgt dann nach § 186 II ZPO durch **Aushang einer Benachrichtigung an der Gerichtstafel** oder durch Einstellung in ein elektronisches Informationssystem, das im Gericht öffentlich zugänglich ist. Das **Schriftstück** selbst wird aus datenschutzrechtlichen Gründen, anders als früher, **nicht mehr öffentlich ausgehängt**.

### II. Zustellung auf Betreiben der Parteien

Wenn eine Zustellung im Parteibetrieb zulässig ist oder gar vorgeschrieben wird, geltend die Sonderregelungen des §§ 191-195 ZPO. Soweit keine Sonderregelungen greifen, geltend nach § 191 ZPO ergänzend die Vorschriften über die Zustellung von Amts wegen.

Die Zustellung auf Betreiben der Parteien ist nur in zwei Formen vorgesehen:

- Zustellung **durch den Gerichtsvollzieher**
- Zustellung **von Anwalt zu Anwalt**.

#### 1. Zustellung durch den Gerichtsvollzieher

Die Zustellung im Parteibetrieb erfolgt nach § 192 ZPO grundsätzlich durch den Gerichtsvollzieher. Hierzu hat die die Zustellung betreibende Partei dem Gerichtsvollzieher das zuzustellende Schriftstück mit den erforderlichen Abschriften zu übergeben. Hierbei führt der Gerichtsvollzieher die Zustellung entweder nach § 193 ZPO **selbst** aus oder beauftragt nach § 194 ZPO die **Post** mit der Ausführung der Zustellung.

#### 2. Zustellung von Anwalt zu Anwalt, § 185 ZPO

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann ein Dokument auch dadurch zugestellt werden, dass der zustellende Anwalt das Dokument dem anderen Anwalt übermittelt. Dies gilt nicht nur dann, wenn die Zustellung im Parteibetrieb ausdrücklich zugelassen ist, sondern **auch** dann, wenn **eigentlich eine Zustellung von Amts wegen** vorgesehen ist, soweit nicht gleichzeitig dem Gegner eine gerichtliche Anordnung mitzuteilen ist. Allerdings muss auf dem Schriftsatz ausdrücklich erklärt werden, dass die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgt. **Ausgeschlossen** ist dies allerdings bei der **Klage** selbst sowie bei **Einlegung und Begründung von Rechtsmitteln**.

### B. Keine Heilung von Zustellungsmängeln bei Zustellung von Amts wegen durch Zustellung im Parteibetrieb (BGH in jurisAnwaltsLetter Nr. 13, 06.07.2010)

**Fall:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten, ihrer Mutter, im Wege der Stufenklage Auskunft über den Bestand des Nachlasses ihres Großvaters und einen Vorschuss auf den Pflichtteil.

Die Beklagte ist durch Teil-Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren verurteilt worden, an die Klägerin 85.000 € nebst Zinsen und Nebenkosten zu zahlen, Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu geben sowie ein Sachverständigengutachten über den Wert des Grundbesitzes des Erblassers vorzulegen.

Eine vom Landgericht angeordnete Zustellung des Versäumnisurteils an die Beklagte schlug am 27.03.2006 fehl. An diesem Tag wurde nur der Klägerin das Versäumnisurteil zugestellt. Der von der Klägerin beauftragte Gerichtsvollzieher stellte der Beklagten am 19.04.2006 eine beglaubigte Kopie des Versäumnisurteils zu. Am 15.05.2006 wurde der Beklagten eine Ausfertigung des Versäumnisurteils von Amts wegen zugestellt. Der Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil ging am 29.05.2006 bei dem Landgericht ein. Ist der Einspruch rechtzeitig?

Die Beklagte hatte nach § 338 ZPO die Möglichkeit, gegen das Versäumnisurteil **Einspruch** einzulegen. Für den Einspruch läuft nach § 339 ZPO eine **Frist von zwei Wochen**. Diese Frist ist eine Notfrist und **beginnt mit der Zustellung** des Versäumnisurteils zu laufen. Fraglich ist hier, wann die Einspruchsfrist zu laufen begann. Die fehlgeschlagene Zustellung vom 27.03.2006 ist jedenfalls nicht maßgeblich. Diese Zustellung könnte jedoch nach § 189 ZPO durch die am 19.04.2006 erfolgte Zustellung im Parteibetrieb geheilt worden sein. Dann wäre die Einspruchsfrist am 03.05.2006 abgelaufen und der Einspruch der Beklagten verfristet. Ist hingegen die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher am 19.04.2006 nicht maßgeblich, so ist die wirksame Zustellung erst am 15.05.2006 erfolgt, so dass die Einspruchsfrist am 29.05.2006 ablief und der Einspruch der Beklagten noch rechtzeitig ist.

### I. Zustellung von Amts wegen

Grundsätzlich müssen nach § 317 I 1 ZPO alle Urteile beiden Parteien zugestellt werden. Im Falle eines verkündeten Versäumnisurteils muss dieses jedoch nach § 317 I 1 2. HS. nur der unterliegenden Partei zugestellt werden.

*„Im schriftlichen Vorverfahren gemäß § 331 III ZPO ergangene Versäumnisurteile sind an Verkündungsstatt zuzustellen (§ 310 III ZPO) und werden erst durch die Zustellung an beide Parteien existent, so dass die Einspruchsfrist erst mit der letzten der von Amts wegen zu bewirkenden Zustellungen in Lauf gesetzt wird (BGH, Beschluss vom 05.10.1994 - XII ZB 90/94 - NJW 1994, 3359 unter II a m.w.N.; Zöller/Herget, ZPO 28. Aufl. § 339 Rn 4).“ (BGH aaO)*

Da der Klägerin das Versäumnisurteil zuerst zugestellt wurde, kommt es auf den **Zeitpunkt der Zustellung an die Beklagte** an. Da insofern die Zustellung auch an die Beklagte gesetzlich vorgeschrieben ist, hat sie nach § 166 II BGB von Amts wegen zu erfolgen, ist also vom Gericht in einer nach §§ 166 ZPO vorgesehenen Art und Weise vorzunehmen.

Die vom Landgericht angeordnete Zustellung des Versäumnisurteils an die Beklagte schlug jedoch fehl.

### II. Zustellung im Parteibetrieb

Die **Zustellung im Parteibetrieb** erfolgt nach § 192 ZPO grundsätzlich durch den **Gerichtsvollzieher**. Hierzu hat die die Zustellung betreibende Partei dem Gerichtsvollzieher das zuzustellende Schriftstück mit den erforderlichen Abschriften zu übergeben. Eine solche Übergabe durch den Gerichtsvollzieher ist am 19.04.2006 erfolgt.

Die Zustellung im Parteibetrieb ist allerdings nur möglich, wenn sie **gesetzlich zugelassen** oder **vorgeschrieben** ist. Für die Zustellung von Urteilen ist jedoch nach § 166 II ZPO zwingend die Zustellung von Amts wegen vorgeschrieben, so dass eine Zustellung im Parteibetrieb grundsätzlich nicht ausreicht, um den Lauf der Notfrist des § 339 ZPO in Gang zu setzen.

### III. Heilung fehlerhafter Zustellung von Amts wegen durch Zustellung im Parteibetrieb

Allerdings könnte die fehlerhafte Zustellung von Amts wegen durch die Zustellung im Parteibetrieb nach § 189 ZPO geheilt worden sein. Nach dieser Vorschrift gilt ein unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangenes Dokument in dem **Zeitpunkt als zuge stellt**, in dem es der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, **tatsächlich zugegangen** ist. Tatsächlich zugegangen ist das Versäumnisurteil der Beklagten aber am 19.04.2006, so dass bei Annahme einer Heilung auch die Einspruchsfrist ab dann lief.

#### 1. Anwendbarkeit des § 189 ZPO

Fraglich ist, ob § 189 ZPO auch dann Anwendung findet bei Verstößen gegen die vorgeschriebene Art der Zustellung, also auch dann, wenn ein förmliches Dokument, das von Amts wegen zugestellt werden muss, im Parteibetrieb zugestellt wird. Hierzu werden in Rechtsprechung und Literatur **unterschiedliche Auffassungen** vertreten.

##### a) Heilung fehlerhafter Amtszustellung durch Parteizustellung möglich

*„Eine Meinung hält diese Vorschrift auch dann für **anwendbar**, wenn einer Partei ein von Amts wegen förmlich zuzustellendes Dokument im Wege der Parteizustellung tatsächlich zugegangen ist oder wenn ein im Parteibetrieb zuzustellendes Dokument von Amts wegen zugestellt wird (OLG Celle OLGR 2000, 332, 333 f. zur Anwendbarkeit des § 187 ZPO a.F. bei Amtszustellung statt Parteizustellung einer einstweiligen Verfügung; OLG Hamm NJW 1955, 873, 874 zur Heilung nach § 187 ZPO a.F. bei*

Parteizustellung einer Streitverkündungsschrift; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 68. Aufl. § 189 Rn. 6 Stichwort "Amtszustellung"; HK-ZPO/Eichele § 189 Rn 4; MünchKomm-ZPO/Häublein, 3. Aufl. § 189 Rn 6; Musielak/Wolst, ZPO 7. Aufl. § 189 Rn 2; Roth in Stein/Jonas, ZPO 22. Aufl. § 189 Rn 14; Rohe in Wieczorek/Schütze, ZPO 3. Aufl. § 189 Rn 11).“ (BGH aaO)

## b) keine Heilung fehlerhafter Amtszustellung durch Parteizustellung möglich

„Nach anderer Ansicht können Verstöße gegen die Art der Zustellung gemäß § 189 ZPO nicht geheilt werden (OLG München MDR 1998, 1243, 1244; PG/Kessen, ZPO 2. Aufl. § 189 Rn 5; Zöller/Stöber aaO § 189 Rn 3, anders noch in der 25. Aufl. § 189 Rn 6).“ (BGH aaO)

## c) Standpunkt des BGH

„Dem **Wortlaut** des § 189 ZPO ist zwar nicht unmittelbar zu entnehmen, dass eine **Verletzung** zwingender Zustellungsvorschriften **nicht auch** in der **Wahl der falschen Zustellungsart** liegen kann, zumal gemäß § 191 ZPO die Vorschriften über die Zustellung von Amts wegen auf die Zustellung im Parteibetrieb entsprechende Anwendung finden.

Allerdings spricht der **Zweck** des § 189 ZPO dagegen, ihn auch bei Wahl der falschen Zustellungsart anzuwenden. Die **Heilung von Mängeln**, die bei der Ausführung der Zustellung unterlaufen sind, soll **nach dem Willen des Gesetzgebers** von Gesetzes wegen eintreten, wenn der **Zustellungszweck erreicht** ist (Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren [Zustellungsreformgesetz - ZustRG] - BT-Drucks. 14/4554 S. 24 re. Sp. unten). Damit soll im **Interesse der Rechtssicherheit** wie auch der **Prozesswirtschaftlichkeit** der Nachweis der Tatsache und des Zeitpunkts des Zugangs sichergestellt werden (vgl. BGHZ 130, 71, 74; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann aaO Rn 2), wobei der **Formalismus** bei der Zustellung in **Grenzen gehalten** werden soll (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann aaO m.w.N.).“ (BGH aaO)

Die danach gebotene **weite Auslegung des § 189 ZPO** darf aber nicht dazu führen, dass ein vollständiges Außerachtlassen des vorgeschriebenen förmlichen Zustellungsverfahrens als unschädlich angesehen wird, wenn nur das Dokument dem Empfänger irgendwie zugeht.

„Diese Einschränkung findet sich im Wortlaut des § 189 ZPO mittelbar wieder, soweit das Dokument "der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte", zugegangen sein muss. Daraus folgt, dass eine **förmliche Zustellung wenigstens angestrebt** worden sein muss (MünchKomm/Häublein aaO Rn 1). Auch der Gesetzgeber hat vorausgesetzt, dass das zuzustellende Schriftstück tatsächlich zugestellt werden sollte, und einen entsprechenden Zustellungswillen hervorgehoben (BT-Drucks. 14/4554 aaO). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in den bisher zu § 189 ZPO n.F. ebenso wie in den zu § 187 ZPO a.F. ergangenen Entscheidungen gefordert, dass das **Gericht mit Zustellungswillen gehandelt** haben muss (BGHZ 7, 268, 270; BGH, Beschlüsse vom 26.11.2002 - VI ZB 41/02 - NJW 2003, 1192 unter II 1 c m.w.N.; vom 04.11.1992 - XII ZB 130/92 - FamRZ 1993, 309 unter II; Urteil vom 16.10.1956 - VI ZR 174/55 - NJW 1956, 1878, 1879). Eine solche **Zustellungsabsicht** des für die Zustellung von Amts wegen zuständigen Organs, grundsätzlich **des Richters** (§ 270 Abs. 1 Satz 1 ZPO), **fehlt bei einer Zustellung im Parteibetrieb** (PG/Kessen aaO; Zöller/Stöber aaO). Der Wille zur Zustellung muss sich auf die - zwar mit Mängeln behaftete, aber durchgeführte - Zustellung beziehen; es **genügt nicht**, dass der Zugang des Dokuments letztendlich dem **früher**, etwa bei einem fehlgeschlagenen Zustellversuch, zum **Ausdruck gekommenen Willen** des zuständigen Organs entspricht.

Die **Zustellungsabsicht** des zuständigen Gerichts ist **von besonderer Bedeutung**, wenn - wie hier - mit der Zustellung eine **Notfrist in Gang gesetzt** wird. Nach § 187 Satz 2 ZPO a.F. konnte grundsätzlich keine Heilung von Zustellungsmängeln eintreten, soweit durch die Zustellung der Lauf einer Notfrist in Gang gesetzt werden sollte. Nunmehr eröffnet § 189 ZPO auch für diese Fälle die Möglichkeit einer Heilung (BT-Drucks. aaO S. 25 li. Sp. oben). Das entbindet aber nicht vom Erfordernis des Zustellungswillens, weil der Zustellungsadressat wegen der **besonderen Bedeutung der Notfrist** und der damit für ihn verbundenen Rechtsfolgen nur dann mit einer **Heilung eines Zustellungsmangels rechnen muss**, wenn er davon ausgehen kann, dass das **Gericht ihm das zuzustellende Schriftstück tatsächlich zustellen wollte**. Die vom Berufungsgericht angenommene **Zustellungsabsicht der Klägerin** kann die des Gerichts **nicht ersetzen**.“ (BGH aaO)

## 2. Anwendung auf den Fall

Die für die Zustellung eines Versäumnisurteils im schriftlichen Vorverfahren vorgeschriebene Amtszustellung könnte nicht gemäß § 189 ZPO dadurch ersetzt werden, dass das Dokument im Parteibetrieb durch die Klägerin zugestellt wurde und der Beklagten damit tatsächlich zugegangen ist. Die Zustellung wurde damit letztlich erst durch die Zustellung von Amts wegen am 15.05.2009 bewirkt, so dass die Einspruchsfrist des § 339 ZPO am 29.05.2006 ablief und der Einspruch noch rechtzeitig war.

ZPO  
§ 846**Pfändung des Übereignungsanspruchs  
Voraussetzungen bei Grundstückskauf**

ZPO

(OLG München in BeckRS 2010, 08693; Beschluss vom 07.04.2010 - 34 Wx 35/10)

1. Die **Pfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs** wird wirksam mit **Zustellung** des Pfändungsbeschlusses an den **Drittschuldner**.
2. Die Pfändung des **Anwartschaftsrechts** des Auflassungsempfängers wird wirksam mit **Zustellung** an den **Schuldner**.
3. Besteht ein Anwartschaftsrecht, so kann gleichwohl nur der Übereignungsanspruch gepfändet werden. Wird **nicht zugleich das Anwartschaftsrecht** gepfändet, **reicht die Zustellung** an den **Drittschuldner** für die Wirksamkeit

**A. Grundlagenwissen: Die Pfändung von Ansprüchen aus Kaufverträgen****I. Pfändung von Übereignungsansprüchen**

Die Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder **Leistung körperlicher Sachen** zum Gegenstand haben, erfolgt gem. § 846 ZPO nach den §§ 829 bis 845 ZPO. Dies gilt auch für **schuldrechtliche Übereignungsansprüche**. Der Gläubiger muss also nicht auf die Erlangung der Eigentümerstellung durch den Schuldner warten, sondern kann schon zuvor die Vollstreckung einleiten und sich so den Zugriff auf die Sache für den der Vornahme der Übereignung sichern.

Allerdings ist hier als **besondere Voraussetzung schon für den Pfändungsbeschluss** zu beachten, ob die der Herausgabe unterliegende Sache ihrerseits überhaupt **der Sachpfändung unterliegt**. Da die Pfändung des Herausgabeanspruchs nur der Befriedigung des Gläubigers durch Verwertung der Sache dient, ist eine Pfändung schon dann unzulässig, wenn diese Verwertung gar nicht erfolgen darf. Dies ist z.B. der Fall, wenn es sich um eine **unpfändbare Sache** handelt oder eine bewegliche Sache, die nur der **Immobilienvollstreckung** unterliegt (z.B. beim Haftungsverband der Hypothek).

Die Auflassung hat dann nach § 848 II 1 ZPO an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgericht der belegenen Sache zu bestellenden Zwangsverwalter (sog. **Sequester**) als Vertreter des Schuldners zu erfolgen. Mit dem Eigentumserwerb des Schuldners setzt sich das **Pfandrecht** an dem Anspruch nach § 848 II 2 ZPO **als Sicherhypothek an dem Grundstück fort**, deren Verwertung dann nach § 848 III ZPO den Vorschriften über die Immobilienvollstreckung unterfällt.

Bei der Pfändung von Übereignungsansprüchen reicht für die **Wirksamkeit der Pfändung** daher nach §§ 846, 829 III ZPO die **Zustellung an den Drittschuldner** aus.

**II. Pfändung des Anwartschaftsrechts an beweglichen Sachen**

Auch vor Eigentumserwerb kann jedoch, z.B. beim Eigentumsvorbehaltskauf, neben dem schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung auch schon ein dingliches Anwartschaftsrecht entstanden sein.

Da das Anwartschaftsrecht seinerseits nach den Regeln über die Übertragung des Vollrechts übertragen werden kann, unterliegt es auch dem Zugriff des Gläubigers. Umstritten ist jedoch, wie dieser Zugriff zu erfolgen hat.

**1. Theorie der Rechtspfändung**

Nach einer Auffassung erfolgt die Pfändung **allein nach § 857 ZPO**, also durch das Vollstreckungsgericht durch **Erlass eines entsprechenden Beschlusses**. Sobald das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarkt, setzt sich das Pfandrecht an dem Anwartschaftsrecht analog § 1287 BGB i.V.m. § 847 ZPO als ein Pfandrecht an der Sache fort.

**2. Theorie der Sachpfändung**

Da das Anwartschaftsrecht nach den Regeln des Vollrechts übertragen wird muss es nach der Theorie der Sachpfändung auch nach den Regeln für die Pfändung einer Sache, also nach §§ 808 ff. ZPO **vom Gerichtsvollzieher gepfändet** werden.

### 3. Theorie der Rechtspfändung in Form der Sachpfändung

Nach dieser Auffassung muss der **Gerichtsvollzieher** die **Sache in Besitz** nehmen und dies auch Kenntlich machen. Hierdurch sei dann aber keine Sachpfändung, sondern eine **Rechtspfändung vollzogen**, die in das Pfändungsprotokoll aufzunehmen sei.

### 4. Theorie der Doppelpfändung (h.M)

Nach h.M. erfolgt die Pfändung eines Anwartschaftsrechts in dem zum einen diesen Anwartschaftsrechts im Wege der **Forderungspfändung nach § 857 ZPO** gepfändet wird und zum anderen eine **Sachpfändung** durchgeführt wird, um die erforderliche **Publizität herzustellen**.

### 5. Streitdiskussion

Die **Theorie der Rechtspfändung** geht selbst davon aus, dass sich das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht nach Erstarben als Pfandrecht am Vollrecht fortsetzt. Es wird jedoch für den Rechtsverkehr, insbesondere für den Eigentümer, in keiner Weise deutlich gemacht, dass letztlich die Sache schon dem Zugriff eines Gläubigers unterliegt und damit das **Publizitätsprinzip verletzt**.

Die **Theorie der Sachpfändung** verkennt die Probleme, welche sich aus der Rechtsstellung des Eigentümers ergeben. Dieser könnte dann **Drittwiderspruchsklage** nach § 771 ZPO erheben, so dass die Pfändung des Anwartschaftsrechts letztlich **immer aufgehoben** werden müsste. Die Theorie der Sachpfändung wäre also nur haltbar, wenn man dem Eigentümer das Recht zur Drittwiderspruchsklage nach Pfändungszugriff auf seine Sache abspricht und ihm nur die **Vorzugsbefriedigungsklage** des § 805 ZPO zur Verfügung stellt. Hierin ist allerdings auch keine sachgerechte Lösung zu sehen, da der Eigentümer regelmäßig gerade das Recht hat, sich aus der Sache zu befriedigen und nicht nur aus dem Versteigerungserlös.

Die **Theorie der Rechtspfändung** in Form der Sachpfändung mag durchaus die praktischen Probleme zufrieden stellend lösen, ist jedoch aus dogmatischen Gründen nicht haltbar, da die Grenzen zwischen Sachpfändung und Rechtspfändung hier völlig verwischen und eine Rechtspfändung nach den Regeln der Sachpfändung ausgeführt werden soll, was nach den zwingenden Regelungen des Zwangsvollstreckungsrechts nicht möglich ist. Diese Auffassung ist daher contra legem und aus diesem Grund abzulehnen.

Die **Theorie der Doppelpfändung** vermeidet die vorgenannten Ungerechtigkeiten und Unstimmigkeiten. Die Rechtspfändung wird durch das Aufbringen des Pfandsiegels publik gemacht, so dass die Nachteile der Theorie der Rechtspfändung vermieden werden. Auf der anderen Seite dient die Sachpfändung nur diesem Publizitätsprinzip hinsichtlich der Rechtspfändung und beeinträchtigt insofern mangels Verwertungsmöglichkeit durch Versteigerung vor Erstarben zum Vollrecht den Eigentümer nicht, so dass dieser auch nicht mit einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erfolgreich sein kann.

## III. Pfändung des Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers

Bei dem Erwerb von Grundeigentum entsteht jedoch vor dem Eigentumserwerb nach h.M. mit Auflassung und Eintragungsantrag ein Anwartschaftsrecht. Dieses ist ebenfalls der Pfändung unterworfen, die jedoch nach § 857 ZPO zu erfolgen hat. Allerdings ist fraglich, ob die Pfändung mit **Zustellung an den Schuldner** oder erst mit Zustellung an den Grundstückseigentümer wirksam wird. Da es hier um die Pfändung eines Rechts und nicht einer Forderung geht, ist der **Grundstückseigentümer**, der schon alles seinerseits Erforderliche getan hat, **nicht Drittschuldner**, so dass eine **Zustellung** an ihn nach h.M. **nicht erforderlich** ist (vgl. BGHZ 49, 197., 203).

Mit der Pfändung tritt die Verstrickung des Anwartschaftsrechts ein und es entsteht ein Pfändungspfandrecht. Sobald der Auflassungsempfänger in das Grundbuch eingetragen wird und damit Eigentümer des Grundstücks wird, entsteht zugunsten des Gläubigers **analog §§ 857 I, 848 II 2 ZPO** eine **Sicherungshypothek** zugunsten des Gläubigers, deren Verwertung dann nach § 848 III ZPO den Vorschriften über die Immobilialvollstreckung unterfällt.



Bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers ist daher für die **Wirksamkeit der Pfändung** die **Zustellung an den Schuldner** erforderlich.

## B. Pfändung des Übereignungsanspruchs aus Grundstückskauf auch ohne Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner (OLG München in BeckRS 2010, 08693).

**Fall:** Für den in den USA ansässigen Schuldner ist im Grundbuch eine Eigentumsvormerkung eingetragen, die seinen Anspruch aus dem notariellen Kaufvertrag vom 19.05.2004 auf Übertragung des hälftigen Miteigentums an Wohnungs- und Teileigentum sichert. Die Auflassung ist erklärt, die Eigentumsumschreibung beantragt.

Mit Pfändungsverfügung vom 04.01.2008 hat der Beteiligte die Ansprüche aus dem Kaufvertrag auf Übertragung des Eigentums gepfändet. Unter dem 05.02.2010 hat er beantragt, „die Pfändung ... einzutragen“ und dazu beglaubigte Abschriften der Pfändungs- und Einziehungsverfügung, des Zustellnachweises an den Drittschuldner und der Bestellung eines Treuhänders vorgelegt.

Mit Zwischenverfügung vom 16.02.2010 hat das Grundbuchamt dem Beteiligten eine Frist bis 02.03.2010 zum Nachweis der Zustellung der Pfändungsverfügung an den Schuldner gesetzt und gleichzeitig darauf hingewiesen, dass wegen der vollstreckungsrechtlichen Hindernisse die Zwischenverfügung keine rangwahrende Wirkung entfalte. Begründet wurde die Zwischenverfügung damit, dass nach Erklärung der Auflassung eine Pfändung erst mit Zustellung der Pfändungsverfügung auch an den Käufer (Schuldner = Grundstückserwerber) wirksam werde.

Nach bewilligter Fristverlängerung hat der Beteiligte Beschwerde eingelegt und zur Begründung darauf verwiesen, dass Gegenstand der Pfändung lediglich der schuldrechtliche Anspruch des Vollstreckungsschuldners auf Eigentumsverschaffung gemäß § 433 I BGB, nicht ein etwaiges Anwartschaftsrecht sei. Hat die Zwischenverfügung rangwahrende Wirkung?

Zwischenverfügungen nach § 18 I GBO haben nach § 18 II GBO rangwahrende Wirkung, wenn es um die Beseitigung eines grundbuchrechtlichen Hindernisses geht. Handelt es sich jedoch um ein vollstreckungsrechtliches Hindernis, so tritt keine Rangwahrung ein. Ob es sich bei dem vom Grundbuchamt geltend gemachten Nachweis der Zustellung der Pfändungsverfügung auch an den Schuldner – wie vom Grundbuchamt angenommen - um ein vollstreckungsrechtliches Hindernis handelt, kann dahinstehen, falls der angeforderte Nachweis gar nicht erbracht werden muss, die Zwischenverfügung daher rechtswidrig ist. Es kommt also darauf an, ob es für die wirksame Pfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs erforderlich ist, die Pfändungsverfügung auch dem Schuldner zuzustellen.

### I. Pfändung eines vertraglichen Eigentumsübertragungsanspruchs

„Der schuldrechtliche Anspruch auf Übertragung des Eigentums wird gemäß §§ 846, 829 ZPO bzw. § 318 Abs. 1 und 3, § 309 AO gepfändet. Die **Pfändung** kann, wenn für den gepfändeten Anspruch eine **Vormerkung eingetragen** ist, bei dieser **im Wege der Grundbuchberichtigung** vermerkt werden (vgl. Demharter Anhang zu § 26 Rn 50 m.w.N.). Sie wird **wirksam** mit der **Zustellung an den Drittschuldner** (§§ 846, 829 III ZPO; vgl. Zöller/Stöber ZPO 28. Aufl. § 829 Rn. 14; Demharter aaO).“ (OLG München aaO)

### II. Pfändung eines Anwartschaftsrechts

„Ist bereits ein Anwartschaftsrecht entstanden, kann auch dieses gepfändet werden. Nach **herrschender Meinung** wird die Pfändung dann mit der **Zustellung** des das Verfügungsverbot enthaltenden Pfändungsbeschlusses **an den Grundstückskäufer** wirksam (vgl. Demharter Anhang zu § 26 Rn. 54). Es kann offenbleiben, ob im vorliegenden Fall ein Anwartschaftsrecht bereits entstanden ist. Dieses hindert nämlich die Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht.“ (OLG München aaO)

### III. Pfändungsgegenstand im vorliegenden Fall

„Mit der **Erklärung der Auflassung** ist der Grundstücksverkäufer zwar seiner Hauptverpflichtung aus dem Kaufvertrag nachgekommen. Der **Eigentumsverschaffungsanspruch** des Grundstückskäufers ist damit aber **noch nicht erfüllt**. Er besteht bis zur Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch fort (vgl. BGH NJW 1994, 2947; Demharter Anhang zu § 26 Rn.56). **Außer der Anwartschaft** kann daher auch dieser **Anspruch weiterhin gepfändet werden** (vgl. BayObLG Rpfleger 1986, 48; Demharter aaO).

Die **Pfändung des Anwartschaftsrechts** bewirkt **nicht zugleich** eine **Pfändung** des schuldrechtlichen **Anspruchs auf Eigentumsverschaffung und umgekehrt**, beide können verschiedene rechtliche Schicksale haben.

Vorliegend wurde ausdrücklich nur der **Anspruch aus dem Kaufvertrag gepfändet**. Damit müssen auch (nur) die **Wirksamkeitsvoraussetzungen** der Pfändung des gegen den Verkäufer gerichteten **Eigentumsverschaffungsanspruchs** vorliegen, weshalb insbesondere die **Zustellung der Pfändungsverfügung an den Drittschuldner** genügt (§ 829 III ZPO, § 309 II AO).“ (OLG München aaO)

**IV. Ergebnis:** Es bedurfte des Nachweises der Zustellung an den Schuldner nicht, so dass die Zwischenverfügung rechtswidrig ist und daher aufgehoben wird.

**Verdeckte Ermittlungen**  
**Rechtsschutz**  
(BGH in NStZ 2010, 225; Beschluss vom 29.10.2009 – StB 20/09)

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

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

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

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

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

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

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

- II. **§ 101 VII 4 StPO** enthält für Verfahren auf nachträglichen Rechtsschutz eine **Sonderregelung zur Zuständigkeit**, wonach über entsprechende Anträge nach Anklageerhebung das mit der Sache befasste Gericht in der das Verfahren abschließenden Entscheidung zu befinden hat.
  1. Diese Zuständigkeitsregelung ist – entgegen ihrem Wortlaut – indes **nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Angekl. selbst um nachträglichen Rechtsschutz nach § 101 VII 2 StPO nachsucht** (BT-Dr 16/5846, S. 63; BGHSt 53, 1).

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

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

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

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

3. **Für die Zuständigkeitsbestimmung** ist in diesen Fällen nach dem Willen des Gesetzgebers folglich **ohne Bedeutung, ob der Angekl. oder eine andere** von der Maßnahme betroffene **Person einen Antrag auf nachträglichen Rechtsschutz** nach § 101 VII 2 StPO **gestellt hat** (BT-Dr aaO). Die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts gem. § 101 VII 4 StPO ist deshalb auch dann gegeben, wenn die nachträgliche Überprüfung einer verdeckten Ermittlungsmaßnahme von einem sog. Drittbetroffenen begehrt wird, der – ohne Angekl. oder Beschuldigte zu sein – von der Maßnahme mittelbar betroffen worden ist (BGHSt aaO, mwN).
4. **Nichts anderes gilt, wenn** – wie hier – ein **Ermittlungsverfahren zunächst gegen mehrere Personen geführt, Anklage aber nicht gegen alle Beschuldigte erhoben wird**, und sich **ein nicht angeklagter Beschuldigte als Antragsteller im Verfahren nach § 101 VII 2 StPO gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen wendet**, die in dem ursprünglich gemeinsam geführten Ermittlungsverfahren angeordnet worden sind.

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

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

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

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

**Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs  
nicht bei Irrtum über Umfang der Prozesskostenhilfe**

(BVerwG in DÖV 2010, 5332 = BeckRS 2010, 48391, Urteil vom 10.03.2010 – 6 C 15/09)

1. Für die Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs wegen Inhaltsirrtums kommt es in Anwaltsprozessen wegen § 166 I BGB grundsätzlich auf die Fehlvorstellung des Prozessbevollmächtigten an, es sei denn, die Partei hat selbst die eigentliche Entscheidung über den Vergleichsabschluss getroffen.
2. **Nicht** als Inhaltsirrtum **anfechtbar** sind Erklärungen, die auf einem im Stadium der Willensbildung unterlaufenden Irrtum im Beweggrund beruhen (**Motivirrtum**).
3. Ebenso wenig lässt sich im Grundsatz ein Anfechtungsrecht aus einer Fehlvorstellung über die Rechtsfolgen herleiten, die sich nicht aus dem Inhalt der Erklärung ergeben, sondern kraft Gesetzes eintreten (**Rechtsfolgenirrtum**).
4. Ein **Rechtsfolgenirrtum** **berechtigt** als Inhaltsirrtum nur dann **zur Anfechtung**, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft **wesentlich andere als die beabsichtigten Rechtswirkungen** erzeugt.
5. Wird die Anfechtung gegenüber dem Gericht erklärt, so greift § 121 I 2 BGB nicht ein. Ein Abstellen auf die Absendung der Anfechtungserklärung unter Abwesenden kommt nur in Betracht wenn die Anfechtungserklärung zum Zweck und **mit der Bestimmung des unverzüglichen Transports an den Anfechtungsgegner weggegeben** wird, nicht dagegen, wenn die Anfechtung in einer Klageschrift erklärt wird, die erst durch das Gericht dem Anfechtungsgegner zugestellt werden muss.

**A. Grundlagenwissen: Wirkungen des Prozessvergleichs**

Durch den Prozessvergleich wird der **Rechtsstreit ex nunc ohne gerichtliche Entscheidung beendet**. Dies hat zur Folge, dass alle zuvor ergangenen gerichtlichen Entscheidungen analog § 269 III 1 2. HS. ZPO wirkungslos werden (h.M.). Der Schuldner hat hier die Möglichkeit, nach §§ 269 IV, 732 ZPO dies feststellen zu lassen (vgl. OLG Köln, NJOZ 2002, 2765; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 943; OLG Bremen, NJW-RR 1987, 1208; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 794 Rn. 28; Zöllner/Stöber, ZPO, 23. Aufl., § 794 Rn. 13; MüKoZPO-Wolfsteiner, § 794 Rn. 71; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl., § 794 Rn. 32).

Ein **außergerichtlicher Vergleich** hingegen hat keine prozessbeendende Wirkung. Insofern kommt allerdings eine Klagerücknahme oder eine übereinstimmende Erledigungserklärung in Betracht, soweit nicht ein Urteil erforderlich ist.

Fraglich ist, wie es zu beurteilen ist, wenn eine Partei die Wirksamkeit des Vergleichs in Zweifel zieht.

**1. Prozessbeendende Wirkung wird in Zweifel gezogen**

Geht eine Partei davon aus, dass der Vergleich wegen des Bestehens rechtshindernder (z.B. §§ 105 I, 138 I BGB) oder rechtsvernichtender Einwendungen (z.B. § 142 I BGB) unwirksam ist oder die Voraussetzungen des § 779 BGB fehlen, so ist der **alte Rechtsstreit fortzusetzen**. Es fehlt es dann an der prozessbeendenden Wirkung, was im ursprünglichen Verfahren zu klären ist. Einer neuen Klage steht dann der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit entgegen (vgl. BGH NJW 1971, 467 m.w.N.).

Es ist daher **zu beantragen, Termin zur mündlichen Verhandlung in dem ursprünglichen Rechtsstreit anzuberaumen**. Das Gericht hat dann zunächst zu prüfen, ob der alte Rechtsstreit durch den Vergleich wirksam beendet wurde oder nicht.

**2. Wirksamkeit des Vergleichs wird in Zweifel gezogen, ohne dass prozessbeendende Wirkung berührt wird.**

Ist eine Partei zwar der Auffassung, dass der anhängige Rechtsstreit zwar durch den Prozessvergleich wirksam beendet wurde, geht sie aber davon aus, an den Vergleich gleichwohl

nicht gebunden zu sein, z.B. weil ein wirksamer Rücktritt vorliegt oder ein Aufhebungsvertrag geschlossen wurde, so kann dies nicht durch Fortsetzung des ursprünglichen Rechtsstreits geltend gemacht werden. Vielmehr ist dann eine **Vollstreckungsabwehrklage** nach § 767 ZPO zu erheben, mit der **materielle Einwendungen** gegen den Titel erhoben werden können, die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind. Hier kommen aber **nur solche Aspekte** in Betracht, die **nicht ex tunc den Vergleich vernichten**, da in einem solchen Fall die prozessbeendende Wirkung fehlt und der alte Rechtsstreit fortzusetzen ist. Für die Vollstreckungsabwehrklage fehlt dann ein Rechtsschutzbedürfnis.

Nur **ausnahmsweise** kann eine **Vollstreckungsabwehrklage** erhoben werden, wenn nicht nur die prozessbeendende Wirkung in Abrede gestellt wird, sondern auch Einwände gegen den titulierten Anspruch erhoben werden. Hier kann nur im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage eine umfassende Prüfung erfolgen, so dass dies aus **prozessökonomischen Gründen** dann zulässig ist. Würde die Partei dann zunächst auf die Fortsetzung des alten Rechtsstreits verwiesen, so könnte dort nur die prozessbeendende Wirkung geprüft werden. Liegt diese aber vor, so ist der Streit beendet und das Gericht kann später eintretende Umstände im Rahmen des alten Rechtsstreits nicht mehr berücksichtigen. Bei der Vollstreckungsgegenklage hingegen könne alle Aspekte geprüft werden.

## B. keine Anfechtung des Prozessvergleichs bei Irrtum über Umfang der Prozesskostenhilfe (BVerwG in DÖV 2010, 5332)

**Fall:** Die Klägerin wurde mit ihrem Einverständnis für die Zeit vom 26.08.2004 bis 30.08.2004 mit dem Dienstgrad eines Hauptfeldwebels der Reserve zu einer Wehrübung mit besonderer Auslandsverwendung im Kosovo herangezogen. Mit Bescheid des Kreiswehrrersatzamtes Darmstadt vom 26.11.2004 wurde festgestellt, dass sie nicht wehrdienstfähig sei.

Die von der Klägerin nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens erhobene Klage hat vor dem Verwaltungsgericht zur Bescheidaufhebung sowie zur Kostenbelastung der Beklagten geführt. Die Beklagte hat das verwaltungsgerichtliche Urteil mit der von dem Senat zugelassenen Revision angegriffen. Mit Beschluss vom 22.04.2008 hat der Senat der Klägerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Prozesskostenhilfe unter Beordnung ihres Prozessbevollmächtigten bewilligt.

In der mündlichen Verhandlung vom 26.11.2008 haben die Beteiligten - jeweils unter Vorbehalt des Widerrufs bis zum 10.12.2008 - folgenden Vergleich geschlossen:

*Die Beklagte hebt den angefochtenen Bescheid vom 26.11.2004 und den Widerspruchsbescheid vom 07.01.2005 auf.*

*Die Klägerin erklärt, dass sie künftig keine Auslandsverwendung mehr anstrebt und hierzu ihr Einverständnis nicht erteilen wird.*

*Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.*

Die Beteiligten haben den Vergleich nicht widerrufen. Mit Beschluss vom 17.12.2008 hat der Senat das durch den gerichtlichen Vergleich erledigte Verfahren eingestellt.

Im Juni 2009 hat die Klägerin dann erklärt, sie fechte den geschlossenen Vergleich wegen Irrtums an. Sie trägt vor, die für das Verwaltungsgericht zuständige Gerichtskasse habe sie am 04.06.2009 über ihren Prozessbevollmächtigten zur Zahlung rückständiger Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in Höhe von 1.192,55 € gemahnt. Dass der Vergleich eine derartige Zahlungsverpflichtung nach sich ziehen würde, habe sie weder bei dessen Abschluss geahnt, noch sei ihr dies innerhalb der Widerspruchsfrist bewusst geworden. Sie habe angenommen, dass die ihr gewährte Prozesskostenhilfe sämtliche Kosten des Rechtsstreits umfasse. Nur unter dieser Prämisse habe sie den Vergleich geschlossen. Sie beantragt daher, das Revisionsverfahren fortzusetzen und nach ihrem in der mündlichen Verhandlung vom 26.11.2008 vor Abschluss des Vergleichs gestellten Antrag zu erkennen.

Der Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens hat Erfolg, wenn diese durch den Abschluss des Vergleiches nicht beendet wurde.

*„Beruft sich ein Beteiligter mit einem **Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens** auf die von Anfang an bestehende oder im Wege der Anfechtung rückwirkend herbeigeführte Nichtigkeit eines Prozessvergleichs, hat das bisher mit der Sache befasste Gericht hierüber und, wenn es die **Nichtigkeit als gegeben** ansieht, in dem dann anhängig gebliebenen Rechtsstreit auch über die Berechtigung der von dem Kläger ursprünglich geltend gemachten **Ansprüche zu entscheiden** (Urteil vom 27.09.1961 - BVerwG 1 C 93.58 - Buchholz 310 § 106 VwGO Nr. 2 S. 2; Beschlüsse vom 14.12.1967 - BVerwG 8 B 146.67 - BVerwGE 28, 332 [334] = Buchholz 310 § 106 VwGO Nr. 4 S. 9 und vom 27.10.1993 - BVerwG 4 B 175.93 - Buchholz 310 § 106 VwGO Nr. 17 S. 12).“* (BVerwG aaO)

## I. Rechtsnatur des Prozessvergleichs

„Der Prozessvergleich nach § 106 VwGO hat eine **Doppelnatur**. Er ist sowohl Prozesshandlung, deren Wirksamkeit sich nach den Grundsätzen des Prozessrechts richtet, als auch **öffentlich-rechtlicher Vertrag**, für den die materiellrechtlichen Vorschriften der §§ 54 ff. VwVfG gelten. Als Prozesshandlung führt er zur Prozessbeendigung, als materiellrechtlicher Vertrag zur Streitbeendigung (vgl. Urteile vom 15.01.1960 - BVerwG 7 C 91.58 - BVerwGE 10, 110 und vom 28.03.1962 - BVerwG 5 C 100.61 - BVerwGE 14, 103 [104] = Buchholz 310 § 106 VwGO Nr. 3 S. 6, Beschluss vom 04.11.1987 - BVerwG 1 B 112.87- Buchholz 130 § 9 RuStAG Nr. 8 S. 29, Urteil vom 01.12.1989 - BVerwG 8 C 17.87- BVerwGE 84, 157 [165] = Buchholz 316 § 55 VwVfG Nr. 2 S. 7, Beschluss vom 27.10.1993 aaO S. 9).

Der **prozessuale** und der **materiellrechtliche Vertrag** beeinflussen sich in ihrer Wirksamkeit **wechselseitig**, wenn auch in unterschiedlicher Weise. Ist die Vergleichsvereinbarung materiell unwirksam, verliert auch die Prozesshandlung ihre Wirksamkeit, da sie nur die Begleitform für den materiellrechtlichen Vergleich ist. Entbehrt der Vergleich der sachlich-rechtlichen Grundlage, geht ihm auch die verfahrensrechtliche Wirkung der Prozessbeendigung ab. Im umgekehrten Fall gilt dies nicht in gleicher Weise. Auch ein prozessual unwirksamer Vergleich kann als materiellrechtliche Vereinbarung eine von der Rechtsordnung anerkannte Funktion erfüllen. Ob er als außergerichtliches Rechtsgeschäft Bestand haben kann, richtet sich nach dem hypothetischen Willen der Beteiligten (Beschluss vom 27.10.1993 aaO S. 9 f.).“ (BVerwG aaO)

## II. Nichtigkeit des Prozessvergleichs

Der Vergleich ist nach § 59 I VwVfG i.V.m. § 142 I BGB nichtig, wenn die Klägerin wirksam die Anfechtung erklären konnte.

Hier kommt eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums nach § 62 VwVfG i.V.m. § 119 I 1. Var. BGB in Betracht.

### 1. Zulässigkeit der Anfechtung

Der Abschluss eines Vergleichsvertrages erfolgt durch Abgabe einer Willenserklärung. Die Anfechtung von Willenserklärungen ist grundsätzlich zulässig.

### 2. Anfechtungsgrund

Es muss ein Anfechtungsgrund bestehen. Die Klägerin beruft sich darauf, dass sie sich hinsichtlich der Kostenregelung vorgestellt habe, dass die Bewilligung von Prozesskostenhilfe sich auf das gesamte Verfahren einschließlich der Vorinstanzen bezogen habe.

#### a) Unmaßgeblichkeit des Willensbildungsprozesses der Klägerin

Bei Abschluss des Vergleichs war die vor dem Bundesverwaltungsgericht nach § 67 IV VwGO nicht postulationsfähige Klägerin durch ihren Prozessbevollmächtigten vertreten. Nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 166 I BGB kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.

„Der Vertretene ist zur Irrtumsanfechtung einer von dem Vertreter abgegebenen Willenserklärung nur berechtigt, **wenn sich der Vertreter geirrt hat** (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1968 – II ZR 214/66 – BGHZ 51, 141 [145]; BAG, Urteil vom 14. Oktober 1980 – 1 AZR 177/80 – juris Rn. 29; Schilken, in: Staudinger, BGB, 2004, § 166 Rn. 13; Schramm, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 166 Rn. 6). Eine **Ausnahme** von diesem Grundsatz ist unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 166 II BGB nur für die hier nicht gegebene Konstellation zu erwägen, dass sich eine **im Verhandlungstermin anwesende Partei** an den gerichtlichen Vergleichsverhandlungen beteiligt und nicht ihr Prozessbevollmächtigter, sondern sie **selbst die eigentliche Entscheidung trifft**, ob der Vergleich mit dem ausgehandelten Inhalt angenommen werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 24.10.1968 aaO. S. 145 ff.; BAG, Urteil vom 14.10.1980 aaO Rn. 30; Schramm, aaO § 166 Rn. 59; a.A.: Schilken, aaO § 166 Rn. 17).“ (BVerwG aaO)

Hier hat jedoch nicht die Klägerin die eigentliche Entscheidung getroffen, so dass es auf den Willensbildungsprozess des Prozessbevollmächtigten ankommt.

„Die Klägerin kann den Vergleich auch nicht unter Verweis auf einen nach Vergleichsschluss in ihrer Person entstandenen Irrtum und die dadurch bedingte Versäumung der Widerrufsfrist anfechten. Dies folgt bereits daraus, dass die **Nichtabgabe einer Widerrufserklärung keine Willenserklärung** ist und deshalb der Anfechtung nicht unterliegt (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 16. September 1969 - 12 W 69/69 - NJW 1970, 48; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 119 Rn. 4; Singer, in: Staudinger, BGB, 2004, § 119 Rn. 103).“ (BVerwG aaO)

## b) Irrtum des Prozessbevollmächtigten

### aa) Prüfungsmaßstab

Gemäß § 119 I BGB kann derjenige, der bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war (Inhaltsirrtum) oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte (Erklärungsirrtum), die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Im vorliegenden Fall kommt allein ein **Irrtum über den Inhalt der Erklärung** in Betracht.

*„Bei einem Inhaltsirrtum entspricht zwar der äußere Tatbestand dem Willen des Erklärenden, dieser irrt sich jedoch **über die Bedeutung oder die Tragweite seiner Erklärung** (BGH, Urteil vom 26.05.1999 - VIII ZR 141/98 - NJW 1999, 2664 [2665] und Beschluss vom 05.06.2008 - V ZB 150/07 - BGHZ 177, 62 [65 ff]). **Nicht als Inhaltsirrtum anfechtbar** sind Erklärungen, die auf einem im Stadium der Willensbildung unterlaufenden Irrtum im Beweggrund (**Motivirrtum**; vgl. BGH, Urteil vom 07.07.1998 - X ZR 17/97 - BGHZ 139, 177 [180], Beschluss vom 05.06.2008 aaO. S. 66) beruhen. Ebenso wenig lässt sich im Grundsatz ein Anfechtungsrecht aus einer Fehlvorstellung über die Rechtsfolgen herleiten, die sich nicht aus dem Inhalt der Erklärung ergeben, sondern kraft Gesetzes eintreten (**Rechtsfolgenirrtum**; BGH, Urteile vom 15. 12.1994 - IX ZR 252/93 - NJW 1995, 1484 [1485] und vom 10.07.2002 - VIII ZR 199/01 - NJW 2002, 3100 [3103], Beschluss vom 05.06.2008 aaO S. 66).*

*Ein **Rechtsfolgenirrtum berechtigt als Inhaltsirrtum nur dann zur Anfechtung**, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft **wesentlich andere als die beabsichtigten Rechtswirkungen** erzeugt. Der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher und mittelbarer Rechtswirkungen oder Nebenfolgen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, ist demgegenüber als bloßer Motivirrtum unbeachtlich (BGH, Beschlüsse vom 29.11.1996 - BLW 16/96 - BGHZ 134, 152 [156], vom 05.07.2006 - IV ZB 39/95 - NJW 2006, 3353 [3355] und vom 05.06.2008 aaO S. 67).“ (BVerwG aaO)*

### bb) Vorliegen eines Inhaltsirrtums

Nach dem Vortrag der Klägerin unterlag ihr Prozessbevollmächtigter bei Abschluss des Vergleichsvertrages der Fehlvorstellung, die von dem Senat bewilligte Prozesskostenhilfe schließe - auch - aus, dass der Klägerin gegenüber Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens geltend gemacht werden könnten.

*„Tatsächlich bezog sich der Bewilligungsbeschluss des Senats vom 22.11.2008 gemäß § 166 VwGO i.V.m. § 119 I S. 1 ZPO nur auf das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. Für den **erstinstanzlichen Rechtszug** hatte die Klägerin **keinen Antrag** auf Gewährung von **Prozesskostenhilfe** gestellt, eine Bewilligung war nicht ergangen. Dementsprechend ist die Klägerin nach der im Wege des Vergleichs getroffenen Kostenregelung auf Zahlung der Hälfte der Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens in Anspruch genommen worden.“ (BVerwG aaO)*

Insofern kommt ein Rechtsfolgenirrtum des Prozessbevollmächtigten nicht in Betracht.

*„Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin unterlag keiner Fehlinterpretation des in § 155 I S. 2 VwGO enthaltenen Rechtsbegriffs der **Aufhebung der Kosten gegeneinander**; insbesondere irrt er nicht darüber, dass diese Kostenregelung nach der genannten Vorschrift bedeutet, dass die Gerichtskosten beiden Parteien jeweils zur Hälfte zur Last fallen.*

*Vielmehr ging der Prozessbevollmächtigte der Klägerin **irrtümlich davon aus**, diese werde unbeschadet der sich aus § 155 I 2 VwGO ergebenden Beteiligung an den Gerichtskosten - auch - des erstinstanzlichen Verfahrens aufgrund eines zusätzlichen Umstands, nämlich der Bewilligung von Prozesskostenhilfe durch den Senat, von einer **Kostenerhebung seitens der Staatskasse vollständig verschont bleiben**.*

***Irrtumsbefangen** war deshalb nicht unmittelbar die Kostenregelung des geschlossenen Vergleichs, sondern die **Reichweite der vorangegangenen Prozesskostenhilfegewährung** als eines außerhalb der Vergleichserklärung liegenden Umstands (vgl. auch OLG Braunschweig, Beschluss vom 07.11.1999 - 8 U 109/99 - juris Rn. 13, 16) und damit lediglich ein **Beweggrund**, der dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin **im Stadium der Willensbildung** den Abschluss des Prozessvergleichs als **kostenmäßig vorteilhaft** erscheinen ließ. Ein solcher **Motivirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung**.“ (BVerwG aaO)*

Ein zur Anfechtung berechtigender Inhaltsirrtum des Prozessbevollmächtigten der Klägerin liegt daher nicht vor, so dass die Anfechtung schon wegen Fehlens eines Anfechtungsgrundes unwirksam ist.

### 3. fristgerechte Anfechtungserklärung

Darüber hinaus muss die Anfechtung nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 121 I S. BGB unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern vorgenommen werden, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat.

#### a) Begriff der Unverzüglichkeit

*„Sie ist innerhalb einer den Umständen des Einzelfalls angepassten Prüfungs- und Überlegungsfrist zu erklären (vgl. BGH, Beschluss vom 15.03.2005 - VI ZB 74/04 - NJW 2005, 1869). Für die **Kenntnis** kommt es auf die **Person des Vertretenen** an. Dieser muss sich allerdings nach **§ 166 I BGB** die **Kenntnis des Vertreters zurechnen** lassen, wenn der Vertreter - wie hier - auch zur Anfechtung ermächtigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1965 - IV ZR 74/64 - MDR 1965, 646; Ellenberger, aaO. § 121 Rn. 2; Schramm, aaO. § 166 Rn. 7). Nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 143 I BGB muss die Anfechtung dem Anfechtungsgegner gegenüber erklärt werden. Bei einem Vertrag ist Anfechtungsgegner nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 143 II BGB der andere Teil. Wirksam wird die Anfechtung nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 130 I 1 BGB mit dem Zugang der Anfechtungserklärung (Ellenberger, aaO § 121 Rn. 4; vgl. für den Widerruf eines Prozessvergleichs: Urteil vom 15. Januar 1960 aaO S. 110 f.).“ (BVerwG)*

#### b) Anwendung auf den Fall

*„Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hatte - was dieser zuzurechnen ist - **spätestens am 04.06.2009** zuverlässige Kenntnis von der Pflicht der Klägerin zur Zahlung der Hälfte der Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens.*

*Denn unter diesem Datum hat er, wie sich aus einem an ihn gerichteten Schreiben der Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des Verwaltungsgerichts vom 16. 06.2009 ergibt, um nähere Erläuterungen zu der von der Gerichtskasse erhobenen Zahlungsforderung gebeten. Die an das Bundesverwaltungsgericht gesandte Erklärung vom 23.06.2009 über die Anfechtung des geschlossenen Prozessvergleichs ist gemäß § 141 Satz 1, § 125 I 1 § 86 IV 3 VwGO an die **Prozessbevollmächtigten der Beklagten** weitergeleitet worden und diesen am **03.07.2009** - also **fast einen Monat nach Beginn der Anfechtungsfrist** - zugegangen. Die Anfechtung ist damit nach den Umständen des Falles **nicht unverzüglich** vorgenommen worden. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb der anwaltlich vertretenen Klägerin nicht eine frühere Anfechtung - bereits innerhalb weniger Tage nach Bekanntwerden des Irrtums - möglich und zumutbar gewesen sein sollte.“ (BVerwG aaO)*

Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht daraus, dass gemäß § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 121 I 2 BGB die **einem Abwesenden gegenüber** erklärte Anfechtung als rechtzeitig erfolgt gilt, wenn die Anfechtungserklärung **unverzüglich abgesendet** worden ist.

*„Denn auch die Absendung der Anfechtungserklärung durch den Prozessbevollmächtigten der Klägerin am **23.06.2009** kann **nicht mehr als unverzüglich angesehen** werden. Zudem sind die Voraussetzungen des § 121 I 2 BGB nur erfüllt, wenn die Anfechtungserklärung zum Zweck und **mit der Bestimmung des unverzüglichen Transports an den Anfechtungsgegner weggegeben** wird, nicht dagegen, wenn die Anfechtung in einer Klageschrift erklärt wird, die erst durch das Gericht dem Anfechtungsgegner zugestellt werden muss (BGH, Urteil vom 11.10.1974 - V ZR 25/73 - NJW 1975, 39; Singer, aaO. § 121 Rn. 11; vgl. auch: BGH, Urteil vom 21.10.1981 - VIII ZR 212/80 - WM 1981, 1302 f.). Für die Erklärung der Anfechtung in einem bei Gericht eingereichten Schriftsatz mit dem Antrag auf Verfahrensfortsetzung kann nichts anderes gelten.“ (BVerwG aaO)*

**III. Ergebnis:** Die Anfechtung des Vergleichs ist unwirksam, so dass die prozessbeendende Wirkung nicht entfallen ist. Das Fortsetzungsbegehren der Klägerin hat keinen Erfolg.



(OVG Koblenz in DÖV 2010, 488 = BeckRS 2010, 46559, Beschluss vom 04.02.2010 – 2 A 11246/09)

1. Fraktionen eines Stadtrates können als Vereinigungen nach § 61 Nr. 2 VwGO im Kommunalverfassungsstreit beteiligt sein.
2. Für Fraktionen gilt der **Grundsatz der formellen Diskontinuität** mit der Folge, dass sie ihre **Existenz** und damit die Beteiligungsfähigkeit im Verwaltungsprozess **mit dem Ablauf der Wahlperiode verlieren**
3. Für das Vorliegen der sogenannten Sachentscheidungsvoraussetzungen kommt es nicht auf die Umstände bei Klageerhebung, sondern nach **allgemeinen verwaltungsprozessualen Grundsätzen** auf die **Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung**

**A. Grundlagenwissen: Der Kommunalverfassungsstreit**

Der Kommunalverfassungsstreit ist eine gerichtliche Auseinandersetzung um sich aus dem Kommunalrecht ergebende organschaftliche Rechte und Pflichten. Streiten verschiedene, mit Rechten ausgestattete Organe untereinander (z.B. Oberbürgermeister mit Bezirksvertretung), so handelt es sich um einen sog. **Interorganstreit**. Bei einem Streit innerhalb eines Organs (z.B. Ratsmitglieder gegen den Rat) spricht man von einer **Intraorganstreit**.

**I. Klageart**

Der Kommunalverfassungsstreit wird als allg. Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO behandelt. Die **zwischenorganschaftlichen Beziehungen** führen nämlich zu einem Rechtsverhältnis i.S. des § 43 VwGO. Zwar sind die Beteiligten hier nicht personale Träger subjektiver (Individual-) Rechte; doch stellt § 43 II VwGO auf solche Rechte nicht entscheidend ab; **organschaftliche Rechtsbefugnisse** reichen aus.

Die VwGO stellt einen ausreichenden numerus clausus an Klagearten zur Verfügung. Konstruktion einer Klageart „sui generis“ ist daher erforderlich (vgl. OVG Münster DVBl. 83, 53; NVwZ 89, 989; BVerwG NVwZ 82, 243; BayVBl. 76, 374). Es sind keine überzeugenden Gründe dafür ersichtlich, dass das „Rechtsverhältnis“, dessen Bestand oder Nichtbestand Gegenstand der gerichtlichen Feststellung nach § 43 I VwGO sein kann, die intrapersonalen, organschaftlichen Beziehungen auf der **Grundlage binnenrechtlicher Organberechtigungen** nicht umfassen soll.

Soweit gelegentlich die allg. Leistungsklage als richtige Klageart angesehen wird, ist dies dadurch bedingt, dass für Einzelfälle eine besser passende Klageart gesucht wird. Jedenfalls wird bei Organstreitigkeiten einzelfallabhängig auch eine Unterlassungsklage oder Feststellungsklage zur Verfügung gestellt, so dass Eilrechtsschutz über § 123 VwGO möglich ist.

**II. Klagebefugnis / Feststellungsinteresse**

1. Liegt eine **allgemeine Leistungsklage** vor, so muss eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO bestehen.

Im Falle eines Kommunalverfassungsstreits, in dem es um die Wahrung organschaftlicher Rechte geht, kann jedoch die Geltendmachung der im Außenrechtsbereich angesiedelten **subjektiv-öffentlichen Rechte** der natürlichen Person eine **Klagebefugnis nicht begründen**.

Diese kann sich vielmehr allein aus der möglichen Verletzung **organschaftlicher Rechte** ergeben (z.B. innerorganisatorischer Störungsbeseitigungsanspruch).

2. Handelt es sich um eine **Feststellungsklage** so ist – unabhängig von Streit über die analoge Anwendung des § 42 II VwGO auf die Feststellungsklage neben dem nach § 42 VwGO erforderlichen Feststellungsinteresse – im Rahmen des Kommunalverfassungsstreits für das Feststellungsinteresse stets ein **rechtliches Interesse** organschaftlicher Art notwendig.

### III. Beteiligtenfähigkeit

Eine verwaltungsgerichtliche Klage ist nur zulässig, wenn der Rechtsmittelführer auch beteiligtenfähig i.S.d. § 61 VwGO ist.

Im Organstreitverfahren kommt eine Beteiligtenfähigkeit nach § 61 Nr. 2 VwGO in Betracht, wenn Rechte des Organs gegenüber einem anderen Organ geltend gemacht werden (sog. **Interorganstreit**). Macht hingegen ein Mitglied des Organs seine in seiner Person begründeten Rechte innerhalb des Organs geltend (sog. **Intraorganstreit**), so ist die Beteiligtenfähigkeit nach § 61 Nr. 1 VwGO gegeben.

### IV. richtiger Klagegegner

Grundsätzlich sind die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage nach dem Rechtsgedanken des § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den **Rechtsträger** der Behörde zu richten, von der ein Handeln begehrt wird.

Möglicherweise muss jedoch im **Kommunalverfassungsstreitverfahren** eine andere Betrachtungsweise gelten. Hier ist ein **innerorganschaftlicher Rechtsstreit** anhängig, der ohne Außenrechtswirkung bleibt. In einem solchen Zusammenhang erscheint es sachfremd, gegen den Rechtsträger zu klagen. Vielmehr richtet sich in derartigen Fällen die passive Prozessführungsbefugnis nach der **innerorganisatorischen Kompetenz- und Pflichtenzuordnung** (BVerwG, Buchholz 310, § 40 VwGO Nr. 179).

## B. Beteiligtenfähigkeit einer Stadtratsfraktion im Kommunalverfassungsstreit (OVG Koblenz in DÖV 2010, 488 = BeckRS 2010, 46559)

**Fall:** Die Klägerin war in der K. in der Wahlperiode von 2004 bis 2009 eine aus zwei parteilosen Ratsmitgliedern gebildete Stadtratsfraktion. Durch zwei Beschlüsse des Stadtrates vom 16.03.2009 fühlte sie sich in ihren organschaftlichen Rechten verletzt und beehrte vom zuständigen Verwaltungsgericht die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Beschlüsse.

Die Wahlperiode lief während des Prozesses ab. Nach der Kommunalwahl 2009 bildete sich im Rat der Stadt K. eine neue Fraktion „Bürgerinitiative Zukunft für K. e. V., der auch die früheren Mitglieder der Klägerin angehörten. Ursprung der neuen Fraktion „Bürgerinitiative Zukunft für K. e. V.“ ist eine Anfang 2009 gegründete gleichnamige Wählergruppe.

Wie wird das Gericht entscheiden?

Das Gericht wird der Klage stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit der Klage

#### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Da hier um Kommunalverfassungsrecht und somit um Recht gestritten wird, dass einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet, liegt eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** vor, die **nicht auf dem Gebiet des Staatsverfassungsrechts** besteht, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

#### 2. Statthafte Klageart

Die Klägerin beehrt hier die Feststellung der Rechtswidrigkeit von zwei Ratsbeschlüssen unter Berufung auf die **Verletzung ihrer organschaftlichen Rechte**. Da es sich bei den Ratsbeschlüssen nicht um unmittelbar außenwirksame Verwaltungsakte handelt, scheidet die Anfechtungsklage aus. Im Rahmen eines solchen Kommunalverfassungsstreits ist vielmehr die **Feststellungsklage** nach § 43 VwGO die richtige Klageart zur Feststellung der Rechtswidrigkeit von Ratsbeschlüssen.

#### 3. Beteiligtenfähigkeit

Die Klägerin als Stadtratsfraktion müsste auch beteiligtenfähig sein.

##### a) Grundsatz der formellen Diskontinuität

*„Gemäß § 61 Nr. 2 VwGO sind **Vereinigungen** fähig, am Verwaltungsprozess beteiligt zu sein, soweit ihnen ein Recht zugestanden werden kann. Hierzu zählen im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreitverfahrens grundsätzlich auch **Fraktionen** im Sinne des § 30a Abs. 1 Gemeindeordnung - GemO -. Allerdings **bestehen Fraktionen** aufgrund der jeweiligen Fraktionsvereinbarung **nur für die Dauer der Wahlzeit** des Rates. Sie können deshalb als Gliederung des Gemeinderats nicht das „Ganze“*

(Gemeinderat) „überleben“. Für Fraktionen gilt somit der **Grundsatz der formellen Diskontinuität** mit der Folge, dass sie ihre **Existenz** und damit die Beteiligtenfähigkeit im Verwaltungsprozess **mit dem Ablauf der Wahlperiode verlieren** (vgl. SächsOVG, Beschluss vom 18. Februar 2005 - 4 B 421/04 -, juris, Rn. 3; NdsOVG, Beschluss vom 17.01.2002 - 10 LA 1407/01 -, juris; OVG NRW, Beschluss vom 27.03.1990 - 15 A 2666/86 -, juris, Rn. 5; HessVGH, NVwZ 1986, 328; Schaaf, in: Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, Stand: Juli 2009, § 30a Ziff. 4.2 m.w.N.).

Die von der Klägerin gegen den für Fraktionen geltenden Grundsatz der formellen Diskontinuität erhobenen Einwendungen greifen nicht durch. § 34 I 5 GemO begründet keine Kontinuität von Ratsfraktionen über Wahlperioden hinaus. Danach ist das Recht eines Viertels der gesetzlichen Zahl der Ratsmitglieder, die Einberufung des Gemeinderats zur Beratung über einen bestimmten Gegenstand zu beantragen, ausgeschlossen, wenn der Gemeinderat den gleichen Gegenstand innerhalb der letzten sechs Monate bereits beraten hat. Diese Regelung dient der **Sicherstellung der Arbeitsfähigkeit kommunaler Vertretungsorgane**. Eine **Aussage über den Fortbestand von Fraktionen** nach Ablauf einer Wahlperiode **enthält sie nicht**.

Des Weiteren führt der **Grundsatz der formellen Diskontinuität nicht** zwangsläufig zur **Unanfechtbarkeit von Ratsentscheidungen**, sondern schließt lediglich die Klagemöglichkeit einer nicht mehr bestehenden Fraktion aus. Dies ist im Hinblick auf das Beanstandungsrecht der Kommunalaufsicht hinnehmbar.“ (OVG Koblenz aaO)

#### b) Anwendung auf den Fall

Wendet man den Grundsatz der formellen Diskontinuität von Gemeinderatsfraktionen auf die Klägerin an, ist ihre Existenz mit dem Ablauf der Kommunalwahlperiode 2004 bis 2009 erloschen. Die Klägerin war daher bei Erhebung der Klage beteiligtenfähig, verlor jedoch im Laufe des Verfahrens diese Eigenschaft. Fraglich ist daher, ob es für das Vorliegen der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen, wie der Beteiligtenfähigkeit, auf den Zeitpunkt der Klageerhebung oder den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt.

„Es kommt für das Vorliegen der genannten Sachentscheidungsvoraussetzungen entgegen der Auffassung der Klägerin nicht auf die Umstände bei Klageerhebung, sondern nach **allgemeinen verfahrensprozessualen Grundsätzen** auf die **Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** an (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, Vorb. § 40 Rn. 11). Aus den von der Klägerin zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 4, 144) und des Verfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern (DÖV 2003, 765) ergibt sich nichts anderes, weil sie nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden können. Ihnen lagen Organstreitverfahren zugrunde, welche von ehemaligen Abgeordneten, d. h. von natürlichen Personen, und nicht - wie hier - von einer nicht mehr bestehenden Stadtratsfraktion betrieben wurden.“ (OVG Koblenz aaO)

Möglicherweise ergibt sich jedoch deshalb etwas anderes, weil die Mitglieder der nach Ablauf der Wahlperiode nicht mehr existenten Klägerin nunmehr Mitglieder der neuen Fraktion „Bürgerinitiative Zukunft für K. e. V.“ sind.

„Mit Blick auf die erstmals nach der Kommunalwahl 2009 gebildete Fraktion „Bürgerinitiative Zukunft für K. e. V.“ braucht nicht geklärt werden, ob trotz des Grundsatzes der formellen Diskontinuität **eine Fraktion, welche in der neuen Wahlperiode im Rat vertreten und aus derselben Partei oder Wählergruppe wie die nicht mehr bestehende Fraktion hervorgegangen ist, dem anhängigen Verwaltungsprozess gemäß § 91 VwGO beitreten** kann (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 27. März 1990 - 15 A 2666/86 -, juris, Rn. 6). Denn zum einen ist die Fraktion „Bürgerinitiative Zukunft für K. e. V.“, der die beiden Mitglieder der Klägerin neben weiteren Stadtratsmitgliedern angehören, dem vorliegenden Verfahren nicht beigetreten. Zum anderen ist sie nicht aus derselben Partei oder Wählergruppe hervorgegangen wie die Klägerin. Denn diese bestand aus zwei Stadtratsmitgliedern, die während der Wahlperiode 2004 bis 2009 aus der damaligen FDP-Fraktion ausgetreten sind. Demgegenüber hat die Fraktion „Bürgerinitiative Zukunft für K. e. V.“ ihren Ursprung in der Anfang 2009 gegründeten gleichnamigen Wählergruppe.“ (OVG Koblenz aaO)

#### 4. Feststellungsinteresse

Das Feststellungsinteresse bei einem Kommunalverfassungsstreit mit rechtlicher Natur sein. Ein solches fehlt jedoch ebenfalls.

„Da die Klägerin nicht mehr besteht, ist auf sie bezogen eine Wiederholungsgefahr, ein Rehabilitationsinteresse und eine präjudizielle Wirkung der in Rede stehenden Stadtratsbeschlüsse ausgeschlossen.“ (OVG Koblenz aaO)

#### II. Ergebnis: Die Klage ist mangels Beteiligtenfähigkeit unzulässig und wird daher vom Gericht zurückgewiesen werden.



## Kurzauslese II

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

ZPO ZPO  
 § 547 Nr. 6 **Frist zur Abfassung und Übergabe des Urteils**  
**Fristende**

(BSG in NJOZ 2010, 1546; Beschluss vom 17.02.2009 – B 2 U 189/08)

Die Frist von fünf Monaten zur Übergabe des vollständig abgefassten Urteils an die Geschäftsstelle endet auch an einem Sonnabend, Sonntag oder Feiertag und nicht erst am darauf folgenden Werktag.

„Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag, einen gesetzlichen Feiertag oder einen Sonnabend, so endet nach § 64 III SGG die Frist mit Ablauf des nächsten Werktags. Diese Wochenend- und Feiertagsregelung bezieht sich auf prozessuale Fristen, die für die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs laufen. Sie richtet sich an die Prozessbeteiligten, die gehalten sind, innerhalb eines bestimmten Zeitraums Prozesshandlungen vorzunehmen (vgl. Meyer-Ladewig, SGG, 9. Aufl., § 64 Rn 2). Dasselbe gilt für die entsprechende Vorschrift des § 222 II ZPO (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 222 Rn 5). Daher lässt der Senat offen, ob § 222 II ZPO durch die Regelung des § 64 III SGG verdrängt wird.

Es kann auch dahingestellt bleiben, ob die Fünf-Monats-Frist zu den sog. uneigentlichen Fristen zählt, die für das Gericht zur Vornahme einer Amtshandlung bestimmt sind, und über § 202 SGG die Vorschrift des § 222 I ZPO i. V. mit § 193 BGB anwendbar ist, wonach an die Stelle eines Sonntags, eines allgemeinen Feiertags oder eines Sonnabends der nächste Werktag tritt. Ebenso wie die Heranziehung des § 64 III SGG oder des § 222 II ZPO ist auch die Anwendbarkeit des § 193 BGB nicht mit dem Sinn der Fünf-Monats-Frist zu vereinbaren.

Nach § 128 I 2 SGG sind in dem Urteil die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Dieser Verpflichtung ist nur dann genügt, wenn die in das niedergelegte Urteil aufgenommenen Entscheidungsgründe (§ 136 I Nr. 6 SGG) mit den Gründen übereinstimmen, die nach dem Ergebnis der auf die mündliche Verhandlung folgenden Urteilsberatung für die richterliche Überzeugung und für die von dieser getragene Entscheidung maßgeblich waren. Eine solche Übereinstimmung ist nur dann anzunehmen, wenn zwischen der Beratung und Verkündung eines noch nicht vollständig abgefassten Urteils sowie der Übergabe des vollständigen Urteils an die Geschäftsstelle keine zu große Zeitspanne liegt. Sie darf fünf Monate nicht überschreiten. Die Fünf-Monats-Frist stellt eine äußerste Grenze dar. Sie trägt der Gefahr Rechnung, dass die Beurkundungsfunktion wegen des mit größer werdendem Zeitabstand zwischen Urteilsberatung und Abfassung der Urteilsgründe immer mehr abnehmenden Erinnerungsvermögens im Einzelfall nicht mehr gewahrt ist (GmS-OGB NJW 1993, 2603).

Dieses Erinnerungsvermögen nimmt aber nicht nur von Montag bis Freitag ab (vgl. BAGE 93, 360 = NJW 2000, 2835 = NZA 2000, 611). Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine Überschreitung der Fünf-Monats-Frist selbst dann nicht unbeachtlich, wenn im Einzelfall die Beurkundungsfunktion gewahrt wäre. Mit ihrem Ablauf fehlt es an den notwendigen Entscheidungsgründen unabhängig davon, ob das Erinnerungsvermögen tatsächlich eingeschränkt ist und an welchem Wochentag die Frist endet.“ (BSG aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO ZPO  
 § 227 III **Terminsverlegung**  
**Verfahrensverschleppung**

(BGH in BeckRS 2010, 16623; Beschluss vom 07.06.2010 – II ZR 233/09)

Für die in dem Zeitraum vom 01.07. bis 31.08. bestimmten Termine besteht kein Anspruch auf Terminsverlegung, wenn das Verfahren besonderer Beschleunigung bedarf, nachdem seine Erledigung durch unabweisbare Terminsänderung verzögert und zudem durch Flucht in die Säumnis bereits verschleppt worden ist.

„Besonderer Beschleunigung bedarf ein Verfahren dann, wenn die Umstände des jeweiligen Rechtsstreits eine über das ohnehin schon gebotene Maß der Prozessförderung durch Gericht und Parteien hinausgehende Verfahrensbeschleunigung verlangen (Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., § 227 Rn 9). Sie ist insbes. geboten, wenn ein Verfahren bereits verschleppt wurde. Dem Beschleunigungsgebot kommt in einem verzögerten Verfahren ein erhöhtes Gewicht zu (BGH NJW 2009, 687). Da die Prozessförderungspflicht dem Gericht obliegt, ist entgegen der Auffassung der Revision kein ausdrücklicher Antrag oder eine Anregung einer Partei erforderlich, einen Terminsverlegungsantrag abzulehnen. Der Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör ist nicht berührt, weil sie bei Vorliegen eines erheblichen Grundes eine Terminsänderung nach § 227 I ZPO verlangen kann.

Das Urteilsergänzungsverfahren bedurfte hier besonderer Beschleunigung, weil es bereits verschleppt war. Es ist besonders zu fördern, wenn in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist, weil die Erledigung des Rechtsstreits schon durch das Rechtsmittel hinausgeschoben wird und das Ergänzungsverfahren die Entscheidung über das Rechtsmittel weiter verzögert. Ein erhöhter Beschleunigungsbedarf für das Urteilsergänzungsverfahren entstand dadurch, dass der Kl. es - wie schon die Hauptsache in beiden Instanzen - durch die Flucht in die Säumnis verschleppt hat und das Verfahren durch die aus erheblichem Grund gebotene Verlegung des Termins vom 20.08.2009 nochmals weiter verzögert wurde.

Dass dem Beschleunigungsgebot auch noch mit einem Verhandlungstermin Anfang September 2009 genügt wäre, begründet keinen Anspruch auf Terminsverlegung. Wenn ein besonderes Beschleunigungsbedürfnis besteht, hat der Vorsitzende des Gerichts nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob ein Termin in der Zeit bis zum 31.08. bestehen bleibt oder verlegt wird. Die Ablehnung der Terminsänderung lässt keinen Ermessensfehler erkennen (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus



ZPO  
§ 256 I

**Feststellungsinteresse**  
**Wirksamkeit der Kündigung eines Mietverhältnisses**  
(BGH in ZMR 2010, 511; Urteil vom 13.01.2009 – VIII ZR 351/08)

ZPO

**Auf ein Schreiben des kündigenden Mieters, der Vermieter solle** binnen benannter Frist **sein „Einverständnis“ mit der Beendigung des Mietverhältnisses** zu einem bestimmten Termin (hier: dem nach der unstreitigen Kündigungsfrist richtig berechneten Kalendertag) **erklären, hat der Mieter** angesichts der Aufhebungswirkung einer derartigen Erklärung **keinen Anspruch**. Eine hierauf gerichtete Feststellungsklage ist daher unzulässig.

*„Die von den Kl. begehrte Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis auf Grund der Kündigung zum 31.07. endet, ist zwar einer Feststellungsklage zugänglich, weil es sich hierbei um die Feststellung der zeitlichen Begrenzung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses i.S. des § 256 I ZPO handelt. Es fehlt jedoch an dem für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage darüber hinaus erforderlichen Feststellungsinteresse auf Seiten der Kl. Hierfür reicht ein allgemeines Klärungsinteresse nicht aus (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 256 Rn 7). Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist nur gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Kl. eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (st. Rspr.; BGHZ 69, 144 = NJW 1977, 1881; BGH NJW 1986, 2507; NJW 2009, 751). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.“*

*Hinsichtlich der Beendigung des Mietverhältnisses zum 31.07. bestand keine vom Bekl. verursachte Unsicherheit, die Anlass für eine gegen den Bekl. gerichtete Feststellungsklage gegeben hätte. Für die Kl. bestand deshalb im Zeitpunkt des Kündigungsschreibens vom 27.04. kein Anlass zu der Annahme, der Bekl. werde ihnen das Recht, das Mietverhältnis mit dreimonatiger Frist zu kündigen, bestreiten.“ (BGH aaO)*

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO  
§§ 492 I, 411 IV 2

**selbstständiges Beweisverfahren**  
**Beweislastumkehr**

ZPO

(BGH in BeckRS 2010, 15916; Urteil vom 11.06.2010 – V ZR 85/09)

Das **Verstreichenlassen einer im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 492 I, 411 IV 2 ZPO gesetzten Frist führt nicht zu einer Beweislastumkehr**.

*„Für das Vorliegen von Mängeln, die Gegenstand einer Aufklärungspflicht sein sollen, trägt der Kl. nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast (vgl. BGH NJW 1999, 352 m.w.N.). Das gilt auch dann, wenn die Bekl. eine im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 492 I, 411 IV 2 ZPO gesetzte Frist zur Stellungnahme hat verstreichen lassen. Ein solcher Verstoß gegen die Prozessförderungspflicht (vgl. Entwurf der Bundesregierung zum Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz, BT-Drucks. 11/3621, S. 41) hat keine materiellrechtlichen Auswirkungen (vgl. auch Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 282 Rn 7). Er bewirkt keine Umkehr der Beweislast, sondern kann lediglich dazu führen, dass die Partei in dem nachfolgenden Rechtsstreit mit Einwänden verfahrensrechtlich ausgeschlossen wird (§ 411 IV 2 i.V.m. § 296 I, IV ZPO).“ (BGH aa)*

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 31

**Besorgnis der Befangenheit**  
**Ablehnung eines Schöffen**

StPO

(BGH in BeckRS 2010, 13277; Urteil vom 28.04.2010 – 2 StR 595/09)

Das **offene Bekenntnis eines Schöffen zu Methoden der Selbstjustiz und zur Eintreibung von Forderungen mit Hilfe rechtswidriger Drohungen** in seiner beruflichen Tätigkeit als Inkassounternehmer **begründet** jedenfalls dann die **Besorgnis der Befangenheit**, wenn eine - wenn auch nur mittelbare - **Verbindung eines solchen Verhaltens zu dem Strafverfahren besteht**, in dem der ehrenamtliche Richter tätig ist.

*„Das Ehrenamt des Schöffen in Strafgerichten stellt an die rechtliche Gesinnung und die Rechtstreue des Schöffen hohe Anforderungen. Dem Schöffen kommen in seiner Eigenschaft als zur Entscheidung berufenen Richter grds. dieselben Rechte und Pflichten zu wie den Berufsrichtern; insbesondere hat seine Stimme bei der Abstimmung in Schuld- und Straffragen dasselbe Gewicht. Das Gesetz stellt daher an ehrenamtliche Richter dieselben Anforderungen der Unbefangenheit und Rechtstreue, wie sie für Berufsrichter gelten, und lässt konsequent die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit unter denselben Voraussetzungen wie bei jenen zu (§ 31 I StPO).“*

*Vorliegend hat das Verhalten des Schöffen ohne Zweifel die Besorgnis der Befangenheit begründet. Dabei kam es nicht darauf an, dass zwischen dem von dem Schöffen betriebenen Zivilverfahren und dem vorliegenden Strafverfahren keine unmittelbare Verbindung bestand. Zu den Mindestanforderungen an die Rechtstreue und charakterliche Eignung eines Schöffen gehört es, dass er sich - namentlich in rechtlich geregelten Verfahren - dem Recht verpflichtet fühlt. Ein Schöffe, der sich offen zur Selbstjustiz und zur Durchsetzung von (angeblichen) Forderungen mittels rechtswidriger Drohungen oder Gewalt bekennt, begründet regelmäßig Zweifel an seiner Rechtstreue.“ (BGH aaO)*

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 119 I

**akustische Besuchsüberwachung**  
**wegen Gefährdung des Haftzwecks**

StPO

(OLG Hamm in NSTZ-RR 2010, 221; Beschluss vom 09.02.2010 – 3 Ws 45/10)

**Voraussetzung für die Anordnung einer akustischen Besuchsüberwachung** ist das **konkrete Vorliegen von Anhaltspunkten für die Gefährdung des Haftzwecks**. Zwar gehört zur **bandenmäßigen Begehungsweise von Betäubungsmitteldelikten** erfahrungsgemäß die Verschleierung der Taten und der aufgebauten Organisation sowohl vor und nach der Tatbegehung. Für die Bande typische konspirative Verhaltensweisen des Angekl. müssen aber **nicht per se eine Gefährdung des Haftzwecks bei akustisch nicht überwachten Besuchen von tatunbeteiligten Familienangehörigen** begründen.





- I. Die Anordnung der akustischen Besuchsüberwachung stellt einen ganz **erheblichen Eingriff in den persönlichen, durch Art. 2 II GG i.V. mit Art. 1 I GG geschützten Lebensbereich sowohl des Gefangenen als auch des Besuchers** dar. Insoweit steht zu prüfen, ob im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch akustisch nicht überwachter Besuche, der eine Gefährdung des Haftzweckes mit sich brächte, vorliegen.

Der Umstand allein, dass ein möglicher Missbrauch des Freiheitsrechts nicht völlig auszuschließen ist, reicht bei einer den Grundrechten Rechnung tragenden Auslegung des § 119 I StPO n.F. ebenso wie zuvor bei einer Anwendung des § 119 III Alt. 1 StPO a. F. nicht aus, um Beschränkungen anzuordnen (vgl. BVerfG NSTz 1996, 613; OLG Hamm BeckRS 2008, 8269).

- II. **Maßgebend** für die Frage, ob der Haftzweck eine Besuchsüberwachung erfordert, ist, **welche Haftgründe im jeweiligen Einzelfall gegeben sind.**

*„Im vorliegenden Verfahren ist der Haftbefehl auf die Haftgründe sowohl der **Flucht- als auch der Verdunklungsgefahr** gestützt worden. Die angenommene Fluchtgefahr rechtfertigt für sich allein aber nicht die Anordnung der akustischen Besuchsüberwachung. Erforderlich ist hierfür vielmehr, dass konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass **akustisch nicht überwachte Besuche zur Vorbereitung und Förderung von Fluchtplänen ausgenutzt werden könnten** (vgl. BVerfG NSTz 1994, 52; OLG Hamm NSTz-RR 2009, 124).*

*Aus dem angefochtenen Beschluss ergeben sich jedoch keine konkreten Umstände, die den Rückschluss zuließen, dass der Angekl. akustisch nicht bewachte Besuche für die Besprechung von Fluchtplänen missbrauchen würde (wird ausgeführt). Zur bandenmäßigen Begehungsweise im Drogenmilieu gehört zwar erfahrungsgemäß die Verschleierung der Taten und der aufgebauten Organisation sowohl vor als auch nach der Tatbegehung (vgl. OLG Düsseldorf NSTz-RR 2003, 126), wie es auch der Fall war. Dass der Angekl. aber über diese für eine Bande typischen Verhaltensweisen hinaus durch unlauteres Einwirken auf Beweismittel versucht hat, auf den Gang des Verfahrens zu seinen Gunsten Einfluss zu nehmen, lässt sich aus dem angefochtenen Beschluss nicht entnehmen. Unter diesen Umständen reichen die in dem angefochtenen Beschluss erwähnten konspirativen Verhaltensweisen des Angekl. und der anderen Bandenmitglieder für sich allein nicht aus, um die Annahme konkreter Verdunklungshandlungen des Angekl. bei akustisch nicht kontrollierten Gesprächen zu rechtfertigen.“ (OLG Hamm aaO)*

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§§ 161, 163

### Beweisverwertungsverbot

StPO

**verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten**

(BGH in Rpfleger 2010, 277; Beschluss vom 10.12.2009 – V ZB 111/09)

Wird ein **inhaftierter Beschuldigter durch einen als Besucher getarnten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten unter Zwangseinwirkung verdeckt verhört**, kann dies ein **Verwertungsverbot** nach sich ziehen.

*„In Fällen von **Aussagezwang** wird in den **Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit eines Besch. ohne Rechtsgrundlage eingegriffen** (vgl. BGHSt 52, 11 m.w.N.; EGMR StV 2003, 257). Der gravierende Rechtsverstoß kann nicht anders als durch Nichtverwertung des hierdurch gewonnenen Beweismittels geheilt werden (vgl. auch BGHSt 51, 285; BGHSt 52, 11; BGHSt 53, 294, Amelung, FS für Claus Roxin, 2001, S. 1259).*

*Der hier vorliegende **Zwang zur Abgabe selbstbelastender Äußerungen im Rahmen eines verdeckten Verhörs** wiegt nicht leichter als das Entlocken solcher Äußerungen unter Ausnutzung einer Vertrauensstellung nach angekündigter Inanspruchnahme des Schweigerechts (vgl. BGHSt 52, 11; BGH StV 2009, 225) oder die Verlegung eines Aushorchers in die Zelle eines Untersuchungsgefangenen (BGHSt 34, 362). Sie übertrifft sogar die Eingriffsintensität im Vergleich mit zielgerichtet für erwartete Selbstbelastungen geschaffene – von der Rspr. des BGH mit einem Beweisverwertungsverbot belegte – andere Ermittlungssituationen (BGHSt 53, 294; vgl. auch BGHSt 40, 66).“ (BGH aaO)*

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 274

### Negativattest des Verhandlungsprotokolls

StPO

**Beweiswirkung**

(BGH in NSTz-RR 2010, 213; Beschluss vom 31.03.2010 – 2 StR 31/10)

Der nach § 271 Ia 3 StPO zwingend vorgeschriebene Vermerk, dass eine Verständigung nach § 257c StPO nicht stattgefunden hat, gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten i.S. des § 274 S. 1 StPO. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig, § 274 S. 2 StPO.

*„Der in der Sitzung erklärte Rechtsmittelverzicht ist ungeachtet der Regelung in § 302 I 2 StPO wirksam ist. Soweit der Verteidiger behauptet, dem Urteil liege eine Verständigung zu Grunde, ist nämlich durch die Sitzungsniederschrift das Gegenteil bewiesen. Der nach § 273 Ia 3 StPO zwingend vorgeschriebene Vermerk, dass eine Verständigung (nach § 257c StPO) nicht stattgefunden hat, gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten i.S. des § 274 S.1 StPO (zur revisionsrechtlichen Bedeutung des ‚Negativattests‘ gem. § 273 Ia 3 StPO s. den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD für ein Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – BT-Dr 16/11736, S. 13); gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig (§ 274 S. 2 StPO), der hier nicht angetreten, geschweige denn geführt ist. Mangels Verständigung war eine Belehrung nach § 35a S. 3 StPO nicht veranlasst.“ (BGH aaO)*

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG  
Art. 103 I

### Anspruch auf rechtl. Gehör

GG

**Verweigerung der Akteneinsicht**

(BVerfG in NJW 2010, 2118; Beschluss vom 13.04.2010 – 1 BvR 3515/08)

Zum Recht auf rechtliches Gehör gehört auch die Möglichkeit der **Akteneinsicht**.



- I. Das **Gebot rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet** ein Gericht nicht nur, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen, sondern auch, **die Beteiligten über die entscheidungserheblichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zu informieren**.

„Eine Art. 103 I GG genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass die Verfahrensbeteiligten zu erkennen vermögen, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann. Sie müssen sich bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt über den gesamten Verfahrensstoff informieren können (BVerfGE 89, 28 m. w. N.). Das Gebot rechtlichen Gehörs sichert daher den Beteiligten ein **Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung** mit der Folge, dass sie ihr Verhalten im Prozess selbstbestimmt und situationsspezifisch gestalten können (vgl. BVerfGE 81, 123). Zum Recht auf rechtliches Gehör gehört daher auch die Möglichkeit der Akteneinsicht (vgl. BVerfGK 7, 205; vgl. im Schrifttum u. a. Jarass/Piero, GG, 8. Aufl., Art. 103 Rn 15; Gräber, FGO, 6. Aufl. 2006, § 78 Rn 1a).“ (BVerfG aaO)

- II. Dies **gilt auch für das Recht auf Akteneinsicht im finanzgerichtlichen Verfahren** nach § 78 FGO.

„Dieses ist sowohl Ausfluss des Anspruchs der Prozessbeteiligten auf Gewährung rechtlichen Gehörs als auch **Ausdruck eines das gesamte Prozessrecht beherrschenden Grundsatzes**, dass die Beteiligten alle tatsächlichen Grundlagen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legt, vorher kennen sollen und zur Kenntnis nehmen dürfen. § 78 FGO dient damit auch der Waffengleichheit der Beteiligten und damit dem umfassenden Rechtsschutz i. S. des Art. 19 IV GG (Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO/FGO, § 78 FGO Rn 17).

Das **Akteneinsichtsrecht ist im finanzgerichtlichen Verfahren von besonderer Bedeutung**. Die Steuerpflichtigen haben - mangels entsprechender Regelung in der Abgabenordnung - regelmäßig erst im Prozess Gelegenheit, unabhängig von einer Ermessensentscheidung des Finanzamts, die (Steuer-) Akten einzusehen. Denn im Verwaltungsverfahren beim Finanzamt besteht kein Anspruch auf Einsicht in die Steuerakten. Eine Entscheidung darüber liegt vielmehr im Ermessen des Finanzamts. Das Akteneinsichtsrecht erstreckt sich dabei auf alle dem Gericht in der konkreten Streitsache vorliegenden Akten. Die Einsicht in diese Akten kann das Gericht auch dann nicht verweigern, wenn deren Inhalt seiner Auffassung nach keine Bedeutung hat. Denn über den Beweiswert vorgelegter Akten kann und darf es sich erst dann ein abschließendes Urteil bilden, wenn die Beteiligten Gelegenheit hatten, sich zu deren Inhalt zu äußern.

§ 78 FGO gewährt die **Akteneinsicht ohne Begrenzungen hinsichtlich des gesamten Akteninhalts**. Eine Akteneinsicht kann daher nur verweigert werden, wenn sich aus § 78 III FGO oder der Verpflichtung zur Wahrung des Steuergeheimnisses oder unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes Einschränkungen ergeben. So ist auch im Rahmen der Akteneinsicht das Steuergeheimnis nach § 30 AO zu wahren. Vorgänge, die am Verfahren unbeteiligte Dritte betreffen, sind - soweit möglich - zu entfernen oder durch andere geeignete Maßnahmen von der Einsichtnahme auszuschließen. Ebenfalls ist nach § 78 III FGO keine Akteneinsicht in Voten und Entwürfe zu Urteilen und Beschlüssen zu gewähren.“ (BVerfG aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BVerfGG  
§ 43 II

### Missbrauchsgebühr bei unzulässiger Verfassungsbeschwerde

öfFR

(BVerfG in ZAP 2010, 692; Beschluss vom 22.05.2010 – 2 BvR 1783/09)

Bei **Erhebung einer offensichtlich unzulässigen Verfassungsbeschwerde** kann dem Beschwerdeführer eine **Missbrauchsgebühr** auferlegt werden.

„Jeder Bf. hat Anspruch auf eine richterliche Entscheidung. Mit einem Hinweis des Präsidialrats muss er sich nicht zufrieden geben. Es ist ihm aber, besonders wenn es bereits an der Beschwerdebefugnis fehlt und er vom Präsidialrat auf die daraus folgende Unzulässigkeit seiner Verfassungsbeschwerde hingewiesen wurde, **zumutbar, sorgfältig zu erwägen, ob er das Bundesverfassungsgericht ungeRechtfertigt in Anspruch nimmt, und eine offensichtliche Aussichtslosigkeit seiner Verfassungsbeschwerde zu erkennen**. Das Bundesverfassungsgericht muss es nicht hinnehmen, dass es an der Erfüllung seiner Aufgaben durch für jedermann erkennbar aussichtslose Verfassungsbeschwerden behindert wird und dadurch anderen Bürgern den ihnen zukommenden Grundrechtsschutz nur verzögert gewähren kann.“ (BVerfG aaO)

- ZA 08/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 133

### Urteilsberichtigung Fristenlauf für Rechtsmittel

VwGO

(BVerwG in BeckRS 2010, 49433; Beschluss vom 06.05.2010 – 6 B 48/09)

Eine **Urteilsberichtigung eröffnet** nur dann eine **neue Rechtsmittelfrist** gegen die berichtigte Entscheidung, **wenn erst die berichtigte Fassung des Urteils die Prozessparteien in die Lage versetzt, sachgerecht über die Frage der Einlegung des Rechtsmittels und dessen Begründung zu entscheiden**.

„Die genannten [Rechtsmittel-] Fristen beginnen mit der Zustellung des vollständigen Urteils. Vollständig i. d. S. ist ein Urteil auch dann, wenn die zugestellte Urteilsausfertigung geringfügige Unrichtigkeiten aufweist. In einem solchen Fall **hat ein nach § 118 VwGO durchgeführtes Berichtigungsverfahren** nach der ständigen Rspr. des BVerwG (vgl. in der Sache nach ebenso BFH BB 1974, 1330; BGH NJW-RR 2009, 1443 m.w.N.) **auf den Fristablauf grds. keinen Einfluss**. Die Bef. müssen ihre Entscheidung über die Einlegung von Rechtsmitteln auf der Grundlage des unrichtigen Urteils treffen. Im Hinblick auf die Offensichtlichkeit der in Betracht kommenden Fehler ist das regelmäßig zumutbar (vgl. auch: Schoch/Schmidt-Alßmann/Pietzner, VwGO, Juli 2009, § 118 Rn 7). Die **Berichtigung eröffnet eine neue Rechtsmittelfrist** gegen die berichtigte Entscheidung **nur dann, wenn erst die berichtigte Fassung des Urteils die Partei in die Lage versetzt, sachgerecht über die Frage der Einlegung des Rechtsmittels und dessen Begründung zu entscheiden**. Dies ist der Fall, wenn erst aus der Berichtigung hervorgeht, dass eine Partei durch das ergangene Urteil beschwert ist oder wenn die Beteiligten bei Rückforderung der Urteilsausfertigung zwecks Berichtigung nicht erkennen konnten, in welchem Umfang eine Berichtigung vorgenommen werden würde.“ (BVerwG aaO)



## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Förster/Herrler:** Gesetzliches Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Nichtzahlung der Grunderwerbsteuer durch den Käufer? (NJW 2010, 2090)

**Beim Grundstückskaufvertrag ist der Käufer** – trotz gesamtschuldnerischer Haftung beider Vertragsparteien im Außenverhältnis – mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung **im Innenverhältnis zur Abführung der Grunderwerbsteuer an das Finanzamt verpflichtet**; kommt er dieser Pflicht nicht nach, ist der **Verkäufer** – unbeschadet etwaiger vertraglicher Regelungen – **nach Fristsetzung zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt**. - Der **Rücktritt ist** auf Grund fehlender Teilbarkeit der Gegenleistung **weder nach § 323 V 1 BGB ausgeschlossen noch stellt sich die Nichtzahlung der Grunderwerbsteuer als unerhebliche Pflichtverletzung i.S. von § 323 V 2 BGB dar** (Indiz für Liquiditätsschwierigkeiten, strukturell erhöhtes Ausfallrisiko des Erstattungsanspruchs; drohende zwangsweise Inanspruchnahme durch den Fiskus).

2. **Hübner:** Schadensersatz wegen Täuschung beim Unternehmenskauf (BB 2010, 1483)

**Gesetzl. Ansprüche wegen Nichteinhaltung von Beschaffenheitsvereinbarungen oder Aufklärungspflichtverletzungen** beim Unternehmenskauf **können wegen der üblichen Haftungsausschlussklauseln** in Unternehmenskaufverträgen **meist nur geltend gemacht werden, wenn dem Verkäufer zumindest ein bedingt vorsätzliches Verhalten nachzuweisen ist**. – **Ansprüche des Käufers wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung**, die auf ein vorsätzliches Verhalten des Verkäufers gestützt werden, **können auch nach Abschluss des Kaufvertrags geltend gemacht werden**; das Risiko einer nur teilweisen, zur Irreführung des Käufers geeigneten Informationserteilung liegt beim Verkäufer; der Verkäufer kann sich im Zweifel nicht darauf berufen, dass er mit einer zutreffenden Würdigung der Informationen durch den Käufer gerechnet habe. – Die **Kausalität einer Aufklärungspflichtverletzung ist i. d. R. zu vermuten**, falls sie nicht von ganz untergeordneter Bedeutung war. – Der **ersatzfähige Schaden** liegt in der **Differenz zwischen dem Kaufpreis, der der Käufer tatsächlich bezahlt hat und dem Kaufpreis, der er bezahlt hätte, wenn die Informationserteilung zutreffend gewesen wäre**; **zusätzlich** kann der Käufer **Ersatz seiner Aufwendungen** verlangen; ausnahmsweise kann der Käufer auch einen Anspruch auf Vertragsanpassung geltend machen, z.B. auf Freistellung von den Kosten künftiger Aufwendungen, jedoch muss er dann nachweisen, dass sich die Parteien bei zutreffender Aufklärung aller Voraussicht nach hierauf geeinigt hätten; der **Verkäufer kann sich zur Abwehr seiner Haftung nicht darauf berufen, dass er den Vertrag zu schlechteren Bedingungen nicht abgeschlossen hätte**.

3. **Poertzgen:** Vorstandshaftung wegen Insolvenzverschleppung, § 42 II BGB (NZG 2010, 772)

Die **vereinsrechtliche Regelung des § 42 II BGB ist neben der erbrechtlichen Sondervorschrift des § 1980 BGB die Grundnorm der organschaftlichen Insolvenzverschleppungshaftung** und gleichzeitig deren – wenn auch im Hinblick auf den erst 1976 eingeführten § 130a HGB nicht zeitlich jüngste – so aber inhaltlich „modernste“ gesetzliche Ausprägung. - Die in § 42 II BGB formulierte unmittelbare Vorstandshaftung gegenüber den Gläubigern eines insolventen Vereins ist systematisches Vorbild für die von der Rspr. praeter legem entwickelte Haftung aus § 823 II BGB i.V. mit § 15a InsO, die vom Gesetzgeber seit 1999 mit der Regelung des § 92 S. 1 InsO als bestehend vorausgesetzt wird. - Die im Kapitalgesellschaftsrecht ursprünglich als abschließend gedachte Innenhaftung (§ 64 S. 1f GmbHG; §§ 92 II, 93 III Nr. 6 AktG; §§ 34 III Nr. 4, 99 GenG; § 130a II HGB) ist im Insolvenzstadium konzeptionell verfehlt; zwar soll durch die Innenhaftung zu Recht ein **Gläubigerwettlauf vermieden** werden, doch kann dieses Ziel auch durch eine verfahrensrechtliche Anspruchsbündelung (§ 92 InsO) und eine Liquidation des einheitlichen Quotenschadens sämtlicher Insolvenzgläubiger verhindert werden. - Die **insolvenzbezogene Innenhaftung** sollte de lege ferenda vollständig zu Gunsten der in Form von § 42 II BGB bzw. § 823 II BGB i.V. mit § 15a InsO bereits existierenden, unmittelbaren Außenhaftung des Organvertreters gegenüber den Gläubigern aufgegeben werden. - Da die **Außenhaftung gerade zur Überwindung der Innenhaftung entwickelt und vom Gesetzgeber im Vereinsrecht ausdrücklich gesetzlich normiert** worden ist, dürfen die kapitalgesellschaftsrechtlichen Innenhaftungsvorschriften nicht entsprechend auf die Vorstände insolventer Vereine angewendet werden, wenn im konkreten Fall die Tatbestandsvoraussetzungen einer Haftung aus § 42 II BGB nicht erfüllt sind.

4. **Kohte:** Das neue Pfändungsschutzkonto – auch eine Vereinfachung im Insolvenzverfahren (VIA 2010, 49)

Am 01.07.2010 trat das vor einem Jahr verabschiedete Gesetz zum Kontenpfändungsschutz (BGBl I 2009, S. 1707) in Kraft; durch Art. 3 dieses Gesetzes wird auch die InsO geändert: In § 36 I InsO wird ausdrücklich ein Verweis auf die neuen Kontenpfändungsnormen der §§ 850k, 850l ZPO aufgenommen; mit dieser Vorschrift **soll sichergestellt und dokumentiert werden, dass die neuen Regeln zum Kontenpfändungsschutz auch im Insolvenzrecht Anwendung finden**. - Obgleich im bisherigen Recht eine solche Verweisung fehlte, wurde in der Lit. zutreffend die Ansicht vertreten, dass konstitutive Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts nach der bisherigen Fassung des § 850k ZPO auch für das Insolvenzverfahren von Bedeutung waren, weil sich dieses Verfahren nur auf die pfändbare Insolvenzmasse beziehen und damit für unpfändbar erklärte Guthaben nicht erfassen kann (Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 36 Rn 17); daraus ergab sich weiter, dass die §§ 115, 116 InsO, mit denen die Beendigung von Geschäftsbesorgungsverträgen –

und damit auch von Giroverträgen – mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens angeordnet wird, sich ebenfalls nur auf Konten beziehen können, die zur pfändbaren Insolvenzmasse gehören (Wegener, Frankfurter Komm. z. InsO, 5. Aufl., 2009, § 115 Rn 6; Bork, Zahlungsverkehr in der Insolvenz, 2002, Rn 57); wenn also z. B. ein Konto, das auf Guthabenbasis geführt wird und sich nur auf das unpfändbare Einkommen beziehen soll, bereits rechtzeitig vereinbart worden war, dann wurde ein solcher Girovertrag auch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beendet (Obermüller, InsolvenzR in der Bankpraxis, 7. Aufl., 2007, Rn 2.140; Kohte, Frankfurter Komm. z. InsO, § 313 Rn 41); da solche Vereinbarungen nach bisherigem Recht allerdings rar waren, kam es in Verbraucherinsolvenzverfahren bisher nicht selten zur Beendigung des Girovertrags. Jedoch konnte diese **unpraktische Konsequenz**, die für die weitere Bezahlung von Miet- und Energieverbindlichkeiten außerordentlich nachteilig war, durch eine Freigabvereinbarung mit dem Insolvenzverwalter/Treuhänder und dem jeweiligen Kreditinstitut vermieden werden (vgl. Schmidt, Privatinsolvenz, 2009, S. 212 ff.). - In Zukunft kann sich dagegen eine wesentliche Vereinfachung ergeben, wenn rechtzeitig ein Pfändungsschutzkonto (P-Konto) vereinbart worden ist; **Seit dem 01.07.2010 hat jeder Inhaber eines Girokontos** nach § 850k VII 2 ZPO **das Recht**, von der kontoführenden Bank die **Umwandlung seines Kontos in ein Pfändungsschutzkonto**, das jeweils nur für eine Person gilt, zu verlangen; dieser Umwandlungsanspruch ist strikt ausgestaltet: Das Kreditinstitut hat einer solchen Umwandlung zuzustimmen; ein **Sonderentgelt darf für die Umstellung nicht verlangt werden** (BT-Dr 16/12714, S. 17, dort auch zur Unzulässigkeit erhöhter Entgelte für ein solches Konto; vgl. bereits Busch VuR 2007, 138; Schumacher ZVI 2009, 313); im Regelfall soll die Umwandlung innerhalb von vier Tagen vollzogen werden (§ 850 VII 3 ZPO). - Der **Umwandlungsanspruch kann auch noch nach einer Pfändung geltend gemacht werden**; in diesem Fall führt die Umwandlung dazu, dass die Pfändung nach § 850k I 3 ZPO noch ins Leere gehen kann, wenn der Anspruch vor Ablauf von vier Wochen nach Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses geltend gemacht wird; flankierend ist dazu die Frist in § 835 III 2 ZPO von zwei auf vier Wochen verlängert worden. - Zur Sicherung einer transparenten Ordnung kann jede Person nach § 850k VIII ZPO nur ein P-Konto führen.

5. **Rolf/Riechwald:** Personalabbau im kurzarbeitenden Betrieb (BB 2010, 1597)

Auch **aus der Kurzarbeit heraus sind betriebsbedingte Kündigungen grds. möglich**, wenn eine neue unternehmerische Entscheidung zum Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses führt; Kurzarbeit ist dann kein milderes Mittel. – Dem kann der Betriebsrat auch nicht wirksam mit einer Einigungsstelle zur Einführung oder Verlängerung von Kurzarbeit begegnen. – **Wechselt der Arbeitgeber von der Kurzarbeit zu einem Personalabbau, verlieren die betroffenen Mitarbeiter ihren Anspruch auf das Kurzarbeitergeld, erhalten aber wieder ihr reguläres Gehalt**; der Anspruch auf Kurzarbeitergeld entfällt, sobald feststeht, dass der Zweck der Kurzarbeit nicht mehr erreicht werden kann; bei der Stilllegung des gesamten Betriebs ist das die endgültige Entscheidung und im Falle der Teilbetriebsstilllegung der Zeitpunkt, zu dem feststeht, welche Mitarbeiter im Einzelnen ausscheiden werden. – Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass praktische Schwierigkeiten dann entstehen, wenn die Liquidität des Unternehmens so angespannt ist, dass der mit dem Personalabbau verbundene Sozialplan vom Unternehmen nicht mehr verkraftet würde; in diesem Falle hilft nur ein umfassendes Sanierungskonzept, in das neben den Arbeitnehmern auch Banken und Lieferanten eingebunden werden müssen.

6. **Löwisch/Buschbaum:** Darlegungslast für die Betriebsbedingtheit einer Kündigung wegen Auftragsrückgang (BB 2010, 1789)

Bei **betriebsbedingten Kündigungen wegen Auftragsrückgang** erstreckt und beschränkt sich die **Darlegungslast des Arbeitgebers** zunächst auf die **Proportionalität von Auftragsrückgang und Verminderung des Beschäftigungsbedarfs**; dabei genügt es, dass das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer entfallen ist. – Die **Verminderung des Beschäftigungsbedarfs muss dauerhaft sein**, wovon i. d. R. dann auszugehen ist, wenn sie über das Ende der Kündigungsfrist hinausgeht; **Ausweichmöglichkeiten**, wie z.B. der Abbau von Arbeitszeitguthaben und die Einführung von Kurzarbeit, **müssen ausgeschöpft sein**. – **Umorganisationen aus Anlass des Auftragsrückgangs ändern an der Darlegungslast nichts**, wenn mit ihnen kein zusätzlicher Einspareffekt verbunden ist; soll mit ihnen aber eine zusätzliche Reduzierung des Personalbedarfs herbeigeführt werden, so erweitert sich die Darlegungslast des Arbeitgebers entsprechend.

7. **Rohlfing:** Präklusion des erstmals im Berufungsrechtszug ausgeübten Widerrufsrechts? (NJW 2010, 1787)

Die **erstmalig im Berufungsrechtszug erfolgte Ausübung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts** ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 II 1 Nr. 1 – 3 ZPO **zuzulassen**, da die Widerrufserklärung und die ihr zu Grunde liegenden Tatsachen in der Regel unstreitig sind. - Das **Widerrufsrecht ist ein Gestaltungsrecht und seinem Inhalt nach ein besonders geregeltes Rücktrittsrecht**, hingegen **kein Angriffs- und Verteidigungsmittel im prozessrechtlichen Sinn**; denn durch die Ausübung des Widerrufs schafft eine Partei erst die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Anspruch. - Die **prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften hindern nicht die Einführung in den Berufungsrechtszug**, denn sie verfolgen nicht den Zweck, auf eine beschleunigte Schaffung der materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen hinzuwirken.

8. **Jennißen:** Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts in den Jahren 2008 und 2009 (NJW 2010, 2101)

## II. Strafrecht

1. **Gusy:** Grundgesetzliche Anforderungen an Durchsuchungsbeschlüsse i.S.d. Art. 13 II GG (NStZ 2010, 353)
2. **Müller/Schmidt:** Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2009 (NStZ 2010, 374)

3. **Cierniak/Zimmermann:** Aus der Rspr. des BGH zum Strafverfahrensrecht – 3. Teil (NStZ-RR 2010, 193)

### III. öffentliches Recht

1. **Reislhuber:** Rundfunkgebührenpflicht für internetfähige PCs - Eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung (MMR 2010, 459)
1. **Mähner:** Neuregelung des § 32 BDSG zur Nutzung personenbezogener Mitarbeiterdaten – Am Beispiel der Dt. Bahn AG (MMR 2010, 379)

Im Fokus der öffentlichen Diskussion stehen immer häufiger Fälle von **Datenmissbrauch in Unternehmen**; diese Datenkandale sind vielseitiger Natur: So werden im Internet über nicht zurückverfolgbare Wege Mitarbeiter- und Kundendaten zum Kauf angeboten, von Unternehmen werden Daten an Dritte weitergegeben oder für Aufgaben eingesetzt, für die sie ursprünglich nicht erhoben und gespeichert worden sind; besondere Aufmerksamkeit erlangte in diesem Zusammenhang das „Datenscreening“ der Deutschen Bahn AG, das die Politik zu einer **Stärkung des Arbeitnehmerdatenschutzes** veranlasste und durch das **Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften** u.a. zur Einführung eines neuen § 32 BDSG führte, der nunmehr klare Grenzen für die zweckfremde Nutzung der Mitarbeiterdaten vorgibt. - Die **Speicherung personenbezogener Mitarbeiterdaten** erfolgt durch Unternehmen **zur Durchführung vertraglicher Verpflichtungen**; die bisher einschlägige Regelung des § 28 BDSG gab den Unternehmen dabei weitreichende Möglichkeiten; die zunehmenden Fälle des Missbrauchs personenbezogener Daten veranlassten die Bundesregierung zur Änderung der bisherigen gesetzlichen Regelung; insbes. dessen § 28 III 1 Nr. 3 BDSG erwies sich für die Herstellung der notwendigen Transparenz als besonders nachteilig, da eine Datennutzung hiernach auch für nicht betriebsnotwendige Zwecke, wie Markt- und Meinungsforschung, zulässig war; die Dt. Bahn AG nutzte die personenbezogenen Daten der Mitarbeiter nicht nur zur Durchführung der Arbeitsverträge, sondern auch zur Aufdeckung etwaiger Straftaten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz. - Der am 01.09.2009 in Kraft getretene **§ 32 BDSG grenzt die Nutzungsmöglichkeiten für personenbezogene Daten der Mitarbeiter nun stärker ein und beseitigt Unklarheiten** in der bisherigen Gesetzgebung.

3. **Vietmeyer/Byers:** Zulässige heimliche Videoüberwachung an öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen? (DB 2010, 1462)

Ob eine heimliche Videoüberwachung an einem öffentlich zugänglichen Arbeitsplatz rechtmäßig erfolgen kann, wird nicht einheitlich beurteilt; der **Gesetzgeber beabsichtigt, den zulässigen Einsatz von verdeckten Kameras am nicht öffentlich zugänglichen Arbeitsplatz ausdrücklich zu regeln**. – Aus Gründen der **Rechtssicherheit** ist eine gesetzgeberische Klarstellung geboten, ob eine heimliche Überwachung auch am öffentlich zugänglichen Arbeitsplatz erfolgen kann. – Ein **vollständiges Verbot lässt sich nicht dem Wortlaut des § 6b II BDSG entnehmen**; vor allem wegen der **verfassungskonformen Auslegung des § 6b BDSG** muss der Einsatz heimlicher Kameras auch am öffentlich zugänglichen Arbeitsplatz möglich sein; aus Gründen der Rechtssicherheit sollte der Gesetzgeber daher in § 6b BDSG Zulässigkeitskriterien für die heimliche Überwachung normieren.

4. **Sick:** Die Einweisung unbekannter Dritter im Zuge der Räumungsvollstreckung – aktuelle Probleme auf Vermieterseite (ZMR 2010, 493)

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

1. **Müller-Rabe:** Anwaltsgebühren nach der FGG-Reform (NJW 2010, 2009)
2. **Roßmann:** Unterhaltsantrag trotz freiwilliger Leistungen des Unterhaltsschuldners (ZAP 2010, 1099)

Der **Unterhaltsschuldner, der seine Unterhaltsverpflichtung vollständig titulieren lässt, gibt keinen Anlass zur Einleitung eines gerichtlichen Unterhaltsverfahrens**; wird der **Unterhaltsanspruch hingegen nur teilweise tituliert**, kann der **strittige Spitzenbetrag mit einem Titelergänzungsanspruch gem. §§ 253, 258 ZPO geltend gemacht werden**. – Der **Unterhaltsschuldner, der freiwillig den vollen Unterhalt leistet, gibt keinen Anlass zur Antragserhebung, wenn er nicht zuvor erfolglos zur außergerichtlichen Titulierung aufgefordert** wurde; er kann dann im gerichtlichen Verfahren den Unterhaltsanspruch sofort mit der Kostenfolge des § 243 Nr. 4 FamFG i.V. mit § 93 ZPO anerkennen; kommt er der Titulierungsaufforderung hingegen nicht nach, ist Anlass zur Einleitung des Unterhaltsverfahrens gegeben. – Der **Unterhaltsschuldner, der nicht den vollen Unterhalt zahlt, gibt Anlass zur Antragserhebung in Höhe des gesamten geschuldeten Unterhalts, ohne dass er zuvor außergerichtlich zur Titulierung des freiwillig geleisteten Unterhalts aufgefordert werden muss**; in diesen Fällen kommt ein sofortiges Anerkenntnis im gerichtlichen Verfahren mit der Kostenfolge des § 243 Nr. 4 FamFG i.V. mit § 93 ZPO nicht in Betracht.

3. **Wendt:** Der durchschnittliche Versicherungsnehmer und die neuere Rspr. des BGH zur Rechtschutzversicherung (MDR 2010, 786)

# Arten der Zwangsvollstreckung

## 1. wegen Geldforderungen

### a) in das bewegliche Vermögen, §§ 808-863 ZPO

#### aa) in körperliche Sachen, §§ 808-827 ZPO

*Beispiel: Pfändung eines Bildes durch den Gerichtsvollzieher*

#### bb) in Forderungen, §§ 828-856 ZPO

*Beispiel: Pfändungs- und Überweisungsbeschluss bzgl. des Arbeitsentgeltes*

#### cc) in andere Rechte, §§ 857-863

*Beispiel: Pfändung eines Gesellschaftsanteils*

### b) in das unbewegliche Vermögen, §§ 864-871 ZPO / ZVG

#### aa) durch Zwangsversteigerung, §§ 866 I, 869 ZPO i.V.m. §§ 15 ff. ZVG

#### bb) durch Zwangsverwaltung, § 866 I, 869 ZPO i.V.m. §§ 146 ff. ZVG

#### cc) durch Zwangshypothek, §§ 866 I, 867 ZPO

## 2. wegen sonstiger Forderungen

### a) zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen, §§ 883-886 ZPO

#### aa) Herausgabe beweglicher Sachen, § 883 ZPO

*Beispiel: Wegnahme des Autos durch den Gerichtsvollzieher und Übergabe an Gläubiger.*

#### bb) Leistung vertretbarer Sachen, §§ 884 ZPO

*Beispiel: Pfändung eines näher bestimmten Gerätetypes aus dem Lager des Verkäufers.*

#### cc) Herausgabe von Grundstücken und Schiffen, § 885 ZPO

*Beispiel: Zwangsweise Entfernung des Schuldners vom Grundstück und Einweisung des Gläubigers.*

### b) zur Erwirkung von Handlungen, §§ 887, 888 ZPO

#### aa) vertretbare Handlungen, § 887 ZPO

*Beispiel: Rechtswidrig errichteter Zaun wird auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten beseitigt (Ersatzvornahme).*

#### bb) unvertretbare Handlungen, § 888 ZPO

*Beispiel: Aushändigung des Testaments soll durch Verhängung von Zwangsgeld und Zwangshaft erwirkt werden.*

### c) zur Erwirkung von Unterlassungen und Duldungen, § 890 ZPO

*Beispiel: Die Pflicht, sich einer Person nicht weiter als 100 m zu nähern soll Verhängung eines Ordnungsgeldes von 1.000,00 € für jeden Fall der Zuwiderhandlung durchgesetzt werden.*



**AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG**Referendarprüfung  
Strafrecht

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

<b>Land:</b> <b>Bayern</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>RiaLG B</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>15.03.2010</b>
-------------------------------	--	---

**Zur Person:**

Zum Ablauf des Vorgesprächs bei Herrn B kann ich mich meinen Vorprotokollanten eigentlich nur anschließen: Er fragt, ob man mit seinen Vorkpunkten zufrieden sei und nach der angestrebten Gesamtnote. Er ist sachlich, aber durchaus auch freundlich und ermutigend.

Auch hinsichtlich des Prüfungsgesprächs kann ich mich nur den Vorprotokollanten anschließen: Es blieb eher an der Oberfläche, tiefgehende Begründung und eingehende Subsumtion waren oftmals nicht gefragt.

**Zur Prüfung:**

**Fall:** A und B vereinbaren, Geld vom Rentner R zu erbeuten. Nach dem Tatplan soll A den R in dessen Garten locken und in ein Gespräch verwickeln. B soll sich indessen von hinten an R heranschleichen, ihn umgreifen und ihm die Geldbörse aus der Jacke ziehen. Während R arglos im Garten steht und mit A spricht, tritt B von hinten an R heran, zieht abredewidrig ein Messer und stößt dem R dieses auf die Herzgegend zielend in den Rücken. R wird bewusstlos. A möchte nun vom Tatort flüchten, als B ihm zuruft, er solle ihm helfen, sonst werde es dem A wie R ergehen. Daraufhin hilft A dem B, den R gewaltsam in ein Gebüsch zu ziehen, wo B die Geldbörse des R an sich nimmt und dem A, wie zu Beginn vereinbart, einen Teil des Geldes überreicht. R stirbt an seinen Verletzungen.

Zu prüfen war zunächst die Strafbarkeit des B wegen Mordes an R nach § 211 StGB. Als Mordmerkmal war Heimtücke anzunehmen. Selbst wenn man mit einem Teil der Lehre dafür einen verwerflichen Vertrauensbruch verlangt, war das Mordmerkmal zu bejahen, da A hier durch sein Gespräch mit R eine Vertrauensbeziehung aufgebaut hatte. Ebenso lag das Mordmerkmal der Habgier vor, da B aus einem hemmungslosen und rücksichtslosen Streben nach materiellen Vorteilen in Form des Besitzes am Geldbörseninhalte handelte. Fraglich war, ob B auch tötete, um eine andere Straftat zu ermöglichen. Problematisch war das Vorliegen einer anderen Tat, stellte man auf einen Raub ab, da die Tötungshandlung mit der Gewaltanwendung des Raubtatbestands zusammenfiel. Jedenfalls ließ sich hier eine Ermöglichungsabsicht insoweit bejahen, als die spätere Ansichtnahme der Geldbörse durch den R einen Diebstahl (str.)/eine Unterschlagung darstellte, deren Verwirklichung sich nicht mit der Tötungshandlung überschneidet.

Bejaht wurde weiterhin die Verwirklichung der §§ 249, 250, 251 StGB. Dabei wurde das Vorliegen einer Wegnahme (R war bewusstlos/tot) nicht problematisiert. Im Rahmen des § 251 StGB war auf den gefahrspezifischen Gefahrezusammenhang einzugehen.

Dem A war die aktive Tötungshandlung des B subjektiv nicht zuzurechnen, da sie abredewidrig erfolgte, sodass eine Mittäterschaft nach §§ 211, 25 II StGB durch aktives Tun ausschied. Fraglich war jedoch, ob A als Unterlassungstäter gem. § 211 StGB strafbar war. Dies setzte jedoch voraus, dass A die Möglichkeit der Erfolgsabwendung und damit hier die Möglichkeit zur Verhinderung der Messerstiche hatte. Aufgrund der Ahnungslosigkeit des A und des schnellen Geschehensablaufs war dies zu verneinen. A könnte jedoch der Beihilfe zum Mord gem. §§ 211, 27 StGB schuldig sein. Fraglich war, ob A den Mord gefördert hatte, was keinen kausalen Tatbeitrag voraussetzt, sondern lediglich eine Chancenerhöhung für den Taterfolg. Dies war abzulehnen. Im Ablenken des R lag keine Beihilfehandlung, da er in diesem Zeitpunkt keinen Vorsatz hinsichtlich der Haupttat des B hatte. In der späteren Mithilfe beim Wegzerren des R lag keine Beihilfe, da der Tod des ohnehin im Streben liegenden R hierdurch nicht gefördert wurde.

Wollte man dies dennoch annehmen, so war zu prüfen, ob A gerechtfertigt oder entschuldigt war, da er zuvor von B durch Drohung zur Mithilfe gezwungen worden war. Darin lag seinerseits eine Nötigung nach § 240 StGB und eine Bedrohung nach § 241 StGB durch B gegenüber A. Eine Rechtfertigung des A durch Notstand gem. § 34 StGB war jedoch deshalb abzulehnen, da A nicht um eine Lebensgefahr von sich abzuwenden, des Lebens eines anderen Opfers bedurfte (keine Abwägung von Leben gegen Leben). Ein entschuldigender Notstand nach § 35 StGB scheiterte daran, dass es A gem. § 35 S. 2 StGB zuzumuten war, die Gefahr hinzunehmen, da er sie selbst durch seine Mittäterschaft mitverschuldet hatte.

Viel Erfolg! Alles halb so wild!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> NRW	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> RA F	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 20.04.2010
---------------------	--	--

**Zur Person:**

F bot von allen Prüfern das lockerste Erscheinungsbild und trug als einziger im Raum keinen Anzugjacke. Er wirkte freundlich und verfolgte die gesamte Prüfung aufmerksam. Er prüfte überwiegend der Reihe nach durch, wobei die einzelnen Prüflinge jeweils ca. 3 Min. lang befragt wurden. Seine Fragen sind nicht immer gleich verständlich, weshalb die Prüflinge nicht immer sofort wussten, worauf er gerade hinaus wollte. Dennoch ging seine Prüfung recht schnell vorbei und war inhaltlich so gehalten, dass jeder etwas zum Prüfungsgespräch beitragen konnte.

**Zur Prüfung:**

F fragte zunächst danach, warum in den Schriftsätzen der Anwälte häufig ein Antrag nach § 331 III ZPO gestellt wird. Über diesen Einstieg kamen wir zum Versäumnisurteil, definierten Dieses und sprachen darüber, wie ein solches existent wird, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen und wie der gesamte Ablauf nach Erlass eines Versäumnisurteils sich darstellt. Wir sprachen dabei über echte und unechte Versäumnisurteile und die Voraussetzungen eines sog. zweiten Versäumnisurteils.

Anschließend fragte F, womit denn ein Versäumnisurteil vergleichbar sei. Über diese Frage und § 700 I ZPO kamen wir dann auf das Mahnverfahren zu sprechen. Hierbei wollte er Ausführungen zur Einleitung, zum Mahnbescheid, zum Vollstreckungsbescheid und zum Einspruch bzw. Widerspruch hören.

Danach kamen wir kurz auf die Frage des Anwaltszwangs zu sprechen und erläuterten, wann diese greife und wo diese gesetzlich geregelt sei.

Dann stellte F folgenden Fall (als Aufhänger für allgemeine Fragen):

B ist Fußballspieler im Verein B und A, der früher für den Verein B spielt, ist nunmehr Spieler im Verein A. B hält A für einen Verräter des Vereins B und will sich an A rächen. Hierzu foult er den A bei einem Fußballspiel in nicht regelkonformer Weise, wodurch A verschiedene Verletzungen erleidet.

Nachdem F diesen Fall geschildert hatte, sprachen wir zunächst über Vereine und was diese rechtlich seien. Anschließend besprachen wir, wie Vereine gebildet werden und wer für den Verein handelt. Dann besprachen wir die Eigenschaften von jur. Personen im Allgemeinen und grenzten diese zu den Personen(handels)gesellschaften ab. Anschließend besprachen wir die einzelnen Voraussetzungen des § 823 BGB und die rechtfertigende Einwilligung des A, wenn er sich zu einem Fußballspiel auf das Spielfeld begibt.

Dann wandelte F den Fall dahingehend ab, dass der A den B unmittelbar vor dem Foul provoziert hatte und fragte uns, ob die nach unserer Ansicht etwas an der rechtlichen Einschätzung zur Haftung des B ändere. Hierzu sagte jeder kurz seine Meinung, damit geschlossen wird diesen Fall ab.

Als nächstes stellte F dann folgenden Fall:

A ist Verbraucher und kauft bei Händler B einen Neuwagen. In den AGB wird die Haftung für Mängel ausgeschlossen. Nach 5 Monaten und 13.000 km Fahrtleistung sind die Bremsen abgefahren und funktionieren nicht mehr. A bringt den Pkw zu B, der diesen repariert. Anschließend verlangt B von A die Zahlung von 2.000 €, A hingegen beruft sich auf seine Gewährleistungsrechte.

In diesem Fall stiegen wir mit der Definition der Begriffe Verbraucher (§ 13 BGB) und Unternehmer (§ 14 BGB) ein. F fragte, ob er als Rechtsanwalt bei einem Autokauf für seine Kanzlei Verbraucher sei. Dies verneinten wir, da er zum Zeitpunkt des Kaufs den Pkw ausschließlich für berufliche Zwecke nutzen wollte und sich dies aus den objektiven Umständen beim Kauf ergab. Dann kamen wir zu den Besonderheiten beim Verbrauchsgüterkauf und klärten zunächst die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der entsprechenden gesetzlichen Regelungen. Anschließend erläuterten wir den Sinn der Beweislastumkehr und die Frage möglicher Haftungsauschlüsse in AGB.

Damit war die Prüfung dann beendet!

Ich wünsche Euch ganz viel Erfolg für die mündliche Prüfung!

# Protokolle

## für die mündliche Prüfung

### Warum Prüfungsprotokolle?

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

### Wie läuft das ab?

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

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

### Was können Sie sonst noch tun?

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

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

### Was kostet das?

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

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

