



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA) Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

**34. Jahrg.**

**Oktober 2009**

**Heft 10**

---

**Aus dem Inhalt:**

- BGH:** Nutzungsausfall bei Mängeln auch ohne Verzug
- BVerfG:** Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen
- BGH:** Betrug durch Erstellen einer falschen Rechnung
- OVG Lüneburg:** Informationelle Selbstbestimmung bei jur. Personen
- BGH:** Aufrechnung im Prozess
- BVerfG:** Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails
- OVG Lüneburg:** Prüfungsumfang im Abänderungsverfahren



#### **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

Vorstandsvergütungsgesetz.....	1
Unerlaubte Telefonwerbung.....	2

### Brandaktuell

BGH: Freiberufler kann Verbraucher nach § 14 BGB sein (Handlungskontext ist maßgebend) .....	3
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Nutzungsausfallanspruch bei Mängeln (auch ohne Verzug).....	4
BGH: Eigentumserwerb bei Versandungskauf ins Ausland (Vollendung des Erwerbstatbestandes maßgeblich) .....	7

#### Strafrecht

BVerfG: Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen (Hemdaufdruck „die Fahnen hoch“).....	9
BGH: Betrug (durch Erstellung einer falschen Rechnung) .....	12

#### öffentl. Recht

OVG Lüneburg: Recht auf informationelle Selbstbestimmung (auch bei juristischen Personen) .....	16
OVG Münster: privilegiertes Vorhaben (gewerbliche Massentierhaltung im Außenbereich).....	19

#### Kurzauslese I

OLG Celle: Gewährleistungsausschluss (Garantieübernahme im Internetangebot).....	23
BGH: Flugbeförderungsvertrag (kein absolutes Fixgeschäft) .....	23
BGH: unzulässiger Eingriff in den Gewerbebetrieb (durch unverlangte Zusendung einer E-Mail).....	25
BGH: Verdeckungsmord (andere Straftat).....	25
BGH: Fahrlässige Tötung (Sorgfaltspflichten beim Überlassen von Drogen).....	27
OLG Hamm: Fälschung beweisrelevanter Daten (Anmeldung eines Accounts unter falschem Namen).....	27
OVG Bautzen: Staatsangehörigkeitsfähigkeit (ungeborenes Kind) .....	29

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

OLG Koblenz: fortgesetztes Ausgangsverfahren bei Prozessvergleich (Rechtsschutzbedürfnis für Rückforderungsklage) .....	31
BGH: Aufrechnung im Prozess (Umfang der Verjährungshemmung).....	35

**Strafrecht**

BVerfG:	Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails (die Regelungen der §§ 94 ff. StPO sind verfassungsgemäß).....	38
---------	--	----

**öffentl. Recht**

OVG Münster:	keine Streitverkündung im Verwaltungsprozess (Unanwendbarkeit von § 72 ZPO).....	45
OVG Lüneburg:	Prüfungsumfang im Abänderungsverfahren (Verhältnis von § 80 V VwGO zu § 80 VII VwGO) .....	48

**Kurzauslese II**

BGH:	verzögerte Briefzustellung (Leerungszeiten eines Post-Briefkastens) .....	51
OLG Jena:	Anerkenntnisurteil (ohne Anerkenntnis unzulässig).....	53
OLG Frankfurt:	Gegendarstellung (Jahresfrist) .....	53
BGH:	Restschuldbefreiung (Versagung wegen der Wahl einer ungünstigen Steuerklasse).....	53
BGH:	Telefonüberwachung (zulässige Verwertung von Hintergrundgeräuschen).....	53
OLG Köln:	gesetzlicher Richter (Kammerbesetzung bei Haftentscheidungen).....	55
OLG Koblenz :	Eröffnungsbeschluss (zulässige Verwendung eines Formulars).....	55
BVerwG:	Zuständigkeit des BVerwG (Rechtsstreitigkeiten wegen Hoheitsbefugnissen des Bundes) .....	57
OVG Weimar:	Parteibezeichnung (Gericht muss den richtigen Beklagten ermitteln).....	57
OVG Münster:	Klageeinreichung (unzuständiges Gericht muss nicht als „Bote“ fungieren).....	57

<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....	59
--	----

<b>Prüfungsschema:</b> Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten .....	63
--	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung: Strafrecht .....	64
Assessorprüfung: Zivilrecht .....	66

## Aus der Gesetzgebung

### A. Vorstandsvergütungsgesetz

Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 19.06.2009, In-Kraft-Treten am 05.08.2009 (BGBl I, S. 2509)

#### I. Allgemeines

Mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) wurde insgesamt ein **engerer Rahmen für die Gestaltung der Vorstandsvergütung** definiert. **Ziel der gesetzlichen Neuregelungen** ist es, bei der Festlegung der Vorstandsvergütung die **Anreize für das Management** stärker auf eine **langfristig orientierte und nachhaltige Unternehmensführung** auszurichten.

#### II. Die wesentlichen gesetzlichen Neuregelungen

1. Aktiengesellschaften sind nunmehr dazu verpflichtet, die Vorstandsvergütung im Hinblick auf folgende Aspekte zu prüfen und auszurichten:

- **angemessenes Verhältnis zur Leistung,**
- **angemessenes Verhältnis zur branchen- und landesüblichen Vergütungspraxis** (horizontale Angemessenheit) sowie zu den **Vergütungs niveaus der Mitarbeiter** im Unternehmen (vertikale Angemessenheit) und
- **angemessenes Verhältnis zur Lage der Gesellschaft.**

Das VorstAG gibt den Unternehmen zwar einen Rahmen vor, klare Vorgaben für die praktische Umsetzung enthält das Gesetz jedoch nicht. Unternehmen haben also weiterhin die Möglichkeit, **sachgerechte Vergütungssysteme** zu nutzen und damit die erfolgreiche Umsetzung der mittel- und langfristigen Unternehmensstrategie zu unterstützen.

2. Ein weiterer wichtiger Punkt der gesetzlichen Neuregelung ist die **Überprüfung und ggf. Anpassung der jährlichen Erfolgsgrößen sowie der Bonusssystematik** in Bezug auf die Nachhaltigkeit. Hier fordert das Gesetz eine „**mehrfährige Bemessungsgrundlage**“ für **Bonuszahlungen**, um damit vor kurzfristigem und ggf. stark risikobehaftetem Handeln der Manager zugunsten hoher Bonuszahlungen zu schützen. Auch sog. „Long-term-Incentive-Pläne“ müssen nun im Hinblick auf die Nachhaltigkeit der Erfolgsgrößen und die Sperrfristen geprüft und ggf. angepasst werden.
3. Darüber hinaus besteht nach den neuen gesetzlichen Regelungen für Aufsichtsräte nun die Möglichkeit, die **Vorstandsvergütung nachträglich herabzusetzen**.
4. Außerdem hat der Gesetzgeber für börsennotierte Unternehmen die **minimale Sperrfrist für Aktienoptionen** von zwei Jahren auf **vier Jahre** verlängert.
5. Abgesehen von Angemessenheit und Nachhaltigkeit zielen die gesetzlichen Neuregelungen auf eine **höhere Transparenz**. Im Fall der vorzeitigen oder regulären Beendigung der Tätigkeit haben Unternehmen zukünftig weitergehende **Offenlegungsvorschriften der Vergütungs- und Versorgungsleistungen** zu befolgen.
6. **Bei börsennotierten Gesellschaften** hat die **Hauptversammlung** jetzt die Möglichkeit, ein zwar unverbindliches, aber öffentlichkeitswirksames **Votum zum Vergütungssystem** abzugeben.
7. Was die **Beteiligung der Vorstände** an den Risiken des Unternehmens bzw. getroffener unternehmerischer Entscheidungen betrifft, so sieht das VorstAG vor,

dass D&O-Versicherungen, die Unternehmen zukünftig für ihre Vorstände abschließen, einen Selbstbehalt der Vorstände einschließen müssen.

8. Darüber hinaus umfasst das VorstAG auch **neue Regelungen für die Aufsichtsräte**; so wurde z.B. die Haftung verschärft. Eine **erweiterte Haftung** gilt beispielsweise dann, wenn unangemessene Vergütungen gewährt werden. Damit einhergehend muss der Aufsichtsrat absichern, dass die Festsetzung der Vergütung nach festgelegten Kriterien und nicht etwa willkürlich erfolgt.
9. Schließlich **darf über die Vergütungshöhe und -systematik** für die Vorstände **nicht mehr ein einzelner Ausschuss beraten**. Vorgeschrieben ist vielmehr die **Beratung und Entscheidung des gesamten Aufsichtsrats**. Zudem gilt jetzt eine **zweijährige Karenzzeit für ehemalige Vorstände, bevor diese Mitglieder des Aufsichtsrats werden können**. Diese Frist kann allerdings durch ein Votum der Hauptversammlung auf Vorschlag von 25% der Anteilseigner für einzelne Kandidaten aufgehoben werden.

## B. Unerlaubte Telefonwerbung

Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen v. 29.07.2009, In-Kraft-Treten am 04.08.2009 (BGBl. I, S. 2413)

### I. Allgemeines

Mit dem „Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ hat der Gesetzgeber weitere Maßnahmen ergriffen, um den **Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und im Fernabsatz zu verbessern**. Verbraucher sollen hiermit zukünftig besser vor unerwünschten Werbeanrufen und untergeschobenen Verträgen geschützt werden.

### II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. **Werbeanrufe** sind nur noch dann **zulässig, wenn** der Angerufene **vorher** ausdrücklich sein **Einverständnis** hierzu **erklärt** hat; ein während des Gesprächs erteiltes Einverständnis reicht nicht mehr aus. Außerdem **darf der Anrufer** seine **Rufnummer nicht mehr unterdrücken**.
2. **Verträge** über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie über Wett- und Lotteriedienstleistungen **können zukünftig** – abhängig von den Umständen des Einzelfalles - **innerhalb von zwei Wochen oder einem Monat widerrufen werden**; die **Widerrufsfrist beginnt** jedoch erst dann, **wenn der Verbraucher eine Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform** (also z.B. als E-Mail oder Telefax) **erhalten hat**. Im Falle von unerlaubten Werbeanrufen beträgt die Widerrufsfrist regelmäßig einen Monat.
3. **Verträge betreffend Leistungen, deren Kostenpflichtigkeit verschleiert wird**, also z.B. sog. „Kostenfallen“ im Internet) **können zukünftig in größerem Umfang als bisher widerrufen werden**: Bisher gab es kein Widerrufsrecht, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers begonnen oder der Verbraucher die Ausführung selbst veranlasst hat.
4. In den Fällen des **aufgedrängten Anbieterwechsels** (eine häufig vorkommende Konstellation bei Telekommunikations- oder Stromlieferungsverträgen) **bedarf die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses** oder die Erteilung einer Vollmacht hierzu nunmehr **der Textform**, wenn der neue Anbieter gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers auftritt.



## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 280 I

### Nutzungsausfallanspruch bei Mängeln auch ohne Verzug (BGH in NJW 2009, 2674; Urteil vom 19. 6. 2009 - V ZR 93/08)

GewährIR

1. Ein Nutzungsausfallschaden kann bei einem Anspruch nach **§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB** als **Rechnungsposten** geltend gemacht werden.
2. Die Geltendmachung eines Nutzungsausfallschadens ist über **§§ 437 Nr. 3, 280 I BGB möglich**. Der Gläubiger muss sich mit der Nacherfüllung **nicht in Verzug** befinden haben.

**Fall:** Mit notariellem Vertrag vom 02.07.2002 kaufte K von V ein bebautes Grundstück. In Nr. 5.1 des Vertrags heißt es unter anderem:

*„Des Weiteren garantiert der Verkäufer, dass weder der gegenwärtigen Grundstücksnutzung noch dem Bestand der mitverkauften Bauwerke öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen, dass insbesondere also der gegenwärtige Baustand formell und materiell bauordnungsgemäß ist.“*

Nachdem der bisherige Mieter im Herbst 2003 ausgezogen war, bemühte sich K um eine erneute Vermietung. Er fand in A einen Interessenten, der am 26.07.2004 einen Mietvertrag unterzeichnete. Nr. 3.2 dieses Vertrags lautet:

*„Das Mietobjekt ist bisher als Bürohaus und Lager (Verlagshaus) genutzt worden; diese Nutzungsart garantiert der Vermieter.“*

Die Mietzeit sollte am 01.08.2004 beginnen und zehn Jahre (mit Verlängerungsoption) betragen. Ab dem 01.01.2005 sollte eine monatliche Miete von 9000 Euro entrichtet werden. Bereits Anfang Juli 2004 hatte sich K um eine Bescheinigung über das Nichtvorliegen einer Zweckentfremdung von Wohnraum (sog. Negativattest) bemüht, deren Erteilung jedoch auf Schwierigkeiten stieß. Zudem stellte sich heraus, dass für die Nutzung des Rückgebäudes als Büroräume keine Baugenehmigung vorlag. K sah von der Unterzeichnung des Mietvertrags mit A ab und forderte V zur Übersendung von Unterlagen zur Erlangung des Negativattestes sowie zur Beschaffung einer Baugenehmigung auf. V kam beiden Aufforderungen fristgerecht nach. Das Negativattest lag am 29.09.2004 vor, die Baugenehmigung einen Monat später. Da ein Mietvertrag mit A nicht mehr zu Stande kam, vermietete K das Gebäude ab dem 01.01.2005 anderweitig. Die vereinbarte Nettomiete beträgt monatlich 7000 Euro. K verlangt Schadensersatz für die Ausfallzeit vom 01.08.2004 bis 31.12.2004 sowie für die Mindereinnahmen von 2000 Euro monatlich für die Dauer von 10 Jahren.

Hat er hierauf einen Anspruch?

- I. K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der Mindereinnahmen gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB haben.**

Die durch **Kaufvertrag** nach § 433 BGB von K erworbene Sache wies die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit nicht auf und war deshalb **mangelhaft** nach § 434 I 1 BGB im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** nach § 446 S. 1 BGB, so dass K Mängelgewährleistungsrechte nach § 437 BGB geltend machen kann.

Ein **Nutzungsausfallschaden** wie hier die Mietmindereinnahmen kann zwar grundsätzlich bei der schadensersatzrechtlichen Abwicklung nach § 281 BGB als **Rechnungsposten** in die Schadensbilanz einzubeziehen sein.

*„Ein Schadensersatzanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB setzt jedoch voraus, dass der Gläubiger **Schadensersatz statt der Leistung** verlangt (vgl. BGHZ 174, 290 [293] = NJW 2008, 911; Staudinger/Otto, BGB, Neubearb. 2004, § 280 Rn. E 34; ferner OLG Celle, NJW-RR 2008, 1635 [1637]; weitergehend P. Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rn. 13/105f., 108). Geht es hingegen - wie hier - nur um **Schadensersatz neben der Leistung**, stellt sich eine ganz andere Problematik, nämlich die bislang nicht höchstrichterlich geklärte Frage (dazu BGHZ 174, 290 [293] = NJW 2008, 911), ob der am Vertrag festhaltende Käufer Ersatz wegen Nutzungsausfalls nach § 280 I BGB verlangen kann oder ob § 280 II BGB mit seiner Verweisung auf die Verzugsvoraussetzungen einschlägig ist.“* (BGH aaO)

Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung scheidet daher aus.

## II. K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung in Höhe der Mindereinnahmen gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB haben.

### 1. Anwendbarkeit auf Nutzungsausfallschaden

Fraglich ist, ob die Geltendmachung eines Nutzungsausfallschadens wie hier der Mietmindereinnahmen bei Nichtvorliegen der Verzugsvoraussetzungen überhaupt über § 280 I BGB geltend gemacht werden kann oder ob die Voraussetzungen des § 280 I, II, 286 BGB vorliegen müssen, die hier fehlen würden, da V hat die Mängelbeseitigung innerhalb der ihm gesetzten Frist vorgenommen hat, ohne dass eine **Mahnung** erfolgen musste. Dies ist umstritten.

#### a) Nutzungsausfall erst nach Verzugsseintritt

„Teilweise wird vertreten, in der **Lieferung einer mangelhaften Sache** liege **eine** Verzögerung der nach § 433 I 2 BGB geschuldeten mangelfreien Leistung. Schäden, die der Käufer erleide, weil er infolge des Mangels die Kaufsache nicht wie geplant nutzen könne, seien daher **erst mit Eintritt des Verzugs ersatzfähig** (§§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB). Der Verkäufer, der nicht leiste und erst ab Verzugsseintritt schadensersatzpflichtig sei, dürfe nicht besser stehen als derjenige, der immerhin eine mangelhafte Leistung erbringt. kann [mit umfangreichen Nachweisen].

Allerdings halten einige Vertreter dieser Ansicht eine Mahnung in **Konstellationen der vorliegenden Art nach § 286 II Nr. 4 BGB generell für entbehrlich** (Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727 [755]; dies., JuS 2004, 745 [747f.]; Teichmann/Weidmann, in: Festschr. f. Had-ding, S. 287 [300f.]; vgl. Dauner-Lieb, in: Festschr. f. Konzen, S. 63 [81f.]). Zu demselben Ergebnis gelangen auch diejenigen, die bei **Vorliegen einer Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft** davon ausgehen, in der Garantieerklärung liege das Versprechen, für alle Folgen des Fehlens der Eigenschaft ohne Weiteres einzustehen (so Dauner-Lieb, in: Anw-Komm-BGB, § 281 Rdnr. 41 m.w. Nachw.; dagegen Ernst, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 281 Rdnr. 60).“ (BGH aaO)

#### b) Nutzungsausfall unabhängig vom Verzug

„Die **herrschende Meinung** geht demgegenüber davon aus, dass der Käufer Ersatz des mangelbedingten Nutzungsausfalls nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB und damit unabhängig von einem Verzug des Verkäufers verlangen kann [mit umfangreichen Nachweisen].“ (BGH aaO)

#### c) Stellungnahme des BGH

Der BGH schließt sich der herrschenden Meinung an und geht davon aus, dass mangelbedingter Nutzungsausfall des am Vertrag festhaltenden Käufers nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ersatzfähig ist.

##### aa) Wortlautauslegung

„Einer am **sprachlichen Sinngehalt** des § 280 BGB orientierten Auslegung lassen sich **keine entscheidenden Hinweise** für die Entscheidung des Meinungsstreits entnehmen.

Sicher ist zunächst nur, dass unter den Begriff der **Pflichtverletzung** (§ 280 I BGB) auch die Lieferung einer mit einem - hier behebbaren - **Sachmangel** behafteten Sache fällt, weil der Verkäufer nach § 433 I 2 BGB verpflichtet ist, dem Käufer eine mangelfreie Sache zu verschaffen (vgl. BGHZ 163, 381 [385] = NJW 2005, 2848). Andererseits ist der Gegenauffassung zuzugeben, dass eine zwar rechtzeitige, aber **mangelbehaftete Lieferung** bei differenzierender Betrachtung im Hinblick auf die fehlende Mangelfreiheit begrifflich durchaus **als verzögerte Leistung** i.S. von § 280 II BGB verstanden werden kann (vgl. dazu auch Faust, in: Bamberger/Roth, § 437 Rdnr. 67). Nur ist das nicht das Verständnis des Gesetzgebers.“ (BGH aaO)

##### bb) historische Auslegung

„Aus den **Materialien** ergibt sich mit aller Klarheit, dass der Ersatz von Schäden der hier in Rede stehenden Art **nicht von dem Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen abhängig** sein sollte. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf heißt es unzweideutig (BT-Dr 14/6040, S. 225) [wird ausgeführt].“ (BGH aaO)

##### cc) systematische Auslegung

„Das gesetzgeberische Anliegen hat darüber hinaus seinen Niederschlag auch in der Systematik des Gesetzes gefunden. § 437 BGB regelt, welche **Rechte der Käufer bei Lieferung einer mangelbehafteten Sache hat**, und bestimmt in Nr. 3 im Wege der Verweisung die Voraussetzungen, unter denen der Käufer **Schadensersatz und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen** verlangen kann. Hierzu verweist das Gesetz auf die Vorschriften der §§ 440, 280, 281, 283, 284 und 311a BGB. Gerade **nicht Bezug**

**genommen** wird dagegen auf die Regelung des **§ 286 BGB**. Zwar ergibt sich über § 280 II BGB eine mittelbare Verweisung auch auf § 286 BGB. Das gilt indessen – über § 280 III BGB – auch für die §§ 281 und 283 BGB, auf die § 437 Nr. 3 BGB jedoch unmittelbar Bezug nimmt. Auch das belegt, dass **mangelbedingter Nutzungsausfallschaden unabhängig von den Verzugsvoraussetzungen ersatzfähig** sein soll.“ (BGH aaO)

#### dd) teleologische Auslegung

„Von der **Interessenlage** ist zu unterscheiden, ob der **Schuldner lediglich untätig** bleibt oder ob er zwar leistet, die **Leistung aber fehlerhaft erbringt**. Vor den Folgen einer Säumnis kann sich der Käufer regelmäßig dadurch schützen, dass er einen kalendermäßig bestimmten Termin für die Lieferung vereinbart oder den Verkäufer bei Ausbleiben der Leistung mahnt. Diese **Möglichkeiten bestehen bei einer mangelhaften Lieferung regelmäßig nicht**, weil der Mangel vielfach erst bemerkt werden wird, wenn die Kaufsache ihrer Verwendung zugeführt wird. **Ein mangelbedingter Nutzungsausfall lässt sich dann häufig nicht mehr abwenden** (Canaris, ZIP 2003, 321 [323, 326]; Emmerich, § 17 Rn. 5; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727 [755f.]; Gruber, ZGS 2003, 130 [133]; Medicus, JuS 2003, 521 [528]).

Bei der Lieferung einer mangelbehafteten Sache **dringt der Schuldner** damit in **gefährlicherer Weise in die Gütersphäre des Gläubigers ein**, weil die Verzögerung als solche für den Gläubiger leichter beherrschbar ist (zutr. Canaris, ZIP 2003, 321 [323]). Diese Sicht entspricht auch den **unterschiedlichen Konzepten**, die der Gesetzgeber für den Ausgleich der Interessen des Gläubigers und des Schuldners bei der **Verzögerung der Leistung** einer- und bei der **Schlechtleistung** andererseits gewählt hat.

**Schadensersatzansprüche wegen Verzögerung der Leistung** stellt der Gesetzgeber nach § 280 II BGB deshalb unter die **zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs**, weil die Leistung bei Fehlen einer vertraglich festgelegten Leistungszeit nicht sofort erbracht werden muss, sondern erst dann, wenn der Gläubiger dies verlangt (§ 271 I BGB). Mit Blick auf die Verpflichtung zur **Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustand** bedarf es einer solchen **Konkretisierung** in zeitlicher Hinsicht dagegen **nicht** (Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727 [756]; dies., JuS 2004, 745 [747]). Sie ist nach § 433 I 2 BGB **von vornherein geschuldet**, wobei sich die Sollbeschaffenheit der Kaufsache ohne weiteres entweder aus dem Vertrag oder aber – bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung – aus dem Anforderungsprofil der §§ 434 I 2 und 3, 435 BGB ergibt. Eine haftungsrechtliche Überforderung des Verkäufers tritt dadurch nicht ein.

„Zwar hat der Gesetzgeber bei den nach § 280 I BGB zu ersetzenden Schäden – anders als bei § 280 II BGB – **keine zusätzlichen Anforderungen** an die Pflichtwidrigkeit gestellt. Die im Interesse eines **angemessenen Interessenausgleichs** gebotene Haftungsbegrenzung wird jedoch durch das Erfordernis des **Vertretenmüssens** (§ 280 I 2 BGB) sichergestellt. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 II BGB) verlangt von dem Verkäufer **regelmäßig keine Untersuchung der Kaufsache**; der Verkäufer muss sich auch nicht das Verschulden seiner Lieferanten nach § 278 BGB zurechnen lassen (BGH, NJW 2008, 2837 [2840], z. Veröff. In BGHZ 177, 224, vorgesehen). **Höhere Anforderungen** ergeben sich nur, wenn der Verkäufer – wie hier – eine **Garantie übernommen** hat (§ 276 I 1 BGB), wenn er **Anhaltspunkte für die Mangelhaftigkeit** der Sache hat oder wenn sonst besondere Umstände vorliegen, die eine höhere Sorgfalt gebieten. Davon abgesehen wird ein sachgerechter Interessenausgleich auch dadurch gewährleistet, dass einem Mitverschulden des Käufers, der etwa die Mangelhaftigkeit der Sache erkannt, den Verkäufer darüber aber nicht informiert hat, über § 254 BGB Rechnung getragen wird (vgl. Ernst, in: MünchKomm, § 280 Rn 58; S. Lorenz, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2005, 5 [45]; Canaris, ZIP 2003, 321 [326 Fn. 30]; Grigoleit/Riehm, AcP 203 [2003], 727 [758]; dies., JuS 2004, 745 [748]; Gruber, ZGS 2003, 130 [133f.]).“ (BGH aaO)

## 2. Vorliegen der Voraussetzungen

Die Mangelhaftigkeit der Kaufsache muss auch kausal für den Nutzungsausfallschaden gewesen sein. Bedenken könnten sich daraus ergeben, dass dieser Schaden eingetreten ist, weil K den Mietvertrag mit A nicht unterschreiben hat. Den **rechtlichen Zurechnungszusammenhang** hat er dadurch jedoch **nicht unterbrochen**.

„Dieser bleibt nämlich **nach ständiger Rechtsprechung** gewahrt, wenn für das Verhalten des Geschädigten ein **rechtfertigender Anlass** bestand oder dieses durch das haftungsbegründende Ereignis **herausgefordert** wurde und sich die Reaktion des Geschädigten auch **nicht als ungewöhnlich** oder **gänzlich unangemessen** erweist (dazu etwa BGHZ 103, 113 [119] = NJW 1988, 1141; BGH, NJW 1995, 449 [451]; NJW-RR 2003, 563 [565] = NJW 2003, 2027 L). So verhält es sich hier. K war nicht gehalten, durch die Unterzeichnung des Mietvertrags **Haftungsrisiken zu übernehmen**, solange nicht klar war, ob er die Garantie werde erfüllen können.“ (BGH aaO).

**EGBGB § 43 Eigentumserwerb bei Versandkauf ins Ausland BGB**  
**Vollendung des Erwerbstatbestandes maßgeblich**

(BGH in NJW 2009, 2824; Urteil vom 10. 6. 2009 - VIII ZR 108/07)

1. Werden bei einer Veräußerung mit Auslandsbezug die **Tatbestandsvoraussetzungen** des Eigentumserwerbs **nicht vollständig** im Inland erfüllt, gilt nach § 43 I EGBGB für die Vollendung des Eigentumserwerbs das **Recht des Landes**, in welche die **Sache verbracht** wurde.
2. Das deutsche Gericht hat dann gem. § 293 ZPO **tatrichterlicher Ermittlungen zur Rechtspraxis** des betreffenden Landes anzustellen.

**A. Grundlagenwissen: internationales Sachenrecht**

Nach Art. 43 I EGBGB findet **grundsätzlich** das Recht des Staates Anwendung, in dem sich die Sache befindet (sog. **Belegenheitsrecht**).

Verbringung einer Sache aus einem Staat in einen anderen:

- Ist ein Recht an einer Sache, die **in das Inland** gelangt, nicht schon vorher erworben worden, so sind nach Art. 43 III EGBGB für einen solchen Erwerb im Inland Vorgänge in einem anderen Staat wie inländische zu berücksichtigen.
- **Gelangt** eine Sache, an der Rechte begründet sind, **in einen anderen Staat**, so können nach Art. 43 II EGBGB diese Rechte nicht im Widerspruch zu der Rechtsordnung dieses Staates ausgeübt werden.

**Ausnahme:** Besteht mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung als mit dem Recht, das nach den Artikeln 43-45 EGBGB maßgebend wäre, so ist nach Art. 46 EGBGB jenes Recht anzuwenden.

**B. Eigentumserwerb bei Versandkauf ins Ausland (BGH in NJW 2009, 2824)**

**Fall:** V, eine deutsche Opel-Vertragshändlerin, verkaufte im Herbst 2004 einen Pkw Opel Astra Coupe an eine unter der Firma C tätige deutsche Zwischenhändlerin (im Folgenden: DBD). Sowohl die Auftragsbestätigung der Bekl. als auch ihre Rechnung vom 31.01.2005 sahen einen Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vor. Außerdem war in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl., die diesem Verkauf zu Grunde gelegen haben, vorgesehen, dass es dem Käufer für die Dauer des Eigentumsvorbehalts untersagt war, über das Fahrzeug zu verfügen oder Dritten vertraglich eine Nutzung einzuräumen.

Die DBD verkaufte das Fahrzeug ihrerseits an die in Frankreich ansässige Kl. weiter und ließ es am 03.02.2005 durch einen Frachtführer bei der Bekl. abholen, der es nach Frankreich zur Kl. transportierte. Kfz-Brief, Kfz-Schein und EG-Übereinstimmungsbescheinigung verblieben bei der Bekl. K zahlte den Kaufpreis für das ihr gelieferte Fahrzeug an die DBD und verkaufte es ihrerseits in Frankreich weiter. Als ihr Abnehmer eine vereinbarte Zusatzausstattung vermisste, kam er mit der Kl. überein, das Fahrzeug zwecks Einbaus der fehlenden Tuning-Komponenten noch einmal zur Bekl. zu verbringen. Diese nahm das Fahrzeug in Besitz und verweigerte eine Herausgabe unter Hinweis auf den mit der DBD vereinbarten Eigentumsvorbehalt, weil die DBD ihr den geschuldeten Kaufpreis nicht bezahlt habe. K hat geltend gemacht, von einem Eigentumsvorbehalt keine Kenntnis gehabt zu haben, und die Herausgabe von Fahrzeug und Kfz-Brief verlangt.

Hat sie hierauf einen Anspruch?

K könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs nach § 985 BGB haben. Dies setzt voraus, dass sie Eigentümerin des Fahrzeugs ist, während V das Fahrzeug ohne Besitzrecht in Besitz haben müsste.

**I. Eigentum der Klägerin**

K müsste Eigentümerin des Fahrzeugs sein.

**1. Eigentumserwerb der C**

Ursprünglich war V Eigentümerin des Fahrzeugs. Sie könnte ihr Eigentum durch die Veräußerung an die C nach § 929 S. 1 BGB verloren haben. Allerdings war zwischen den Vertragsparteien ein **Eigentumsvorbehalt** vereinbart, so dass die

nach § 929 S. 1 BGB erfolgte Einigung nach § 158 BGB unter der **aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung** stand, die jedoch nicht eintreten ist, so dass V ihr Eigentum nicht an die C verloren hat.

## 2. Eigentumserwerb der K

Zwischen der K und C ist eine Einigung über den Eigentumsübergang erfolgt, auch wurde das Fahrzeug der K übergeben, allerdings war C aufgrund des Eigentumsvorbehalts nicht Eigentümerin und aufgrund der ausdrücklichen Vertragsbedingungen vor Bezahlung des Kaufpreises an V auch nicht zur Veräußerung ermächtigt. V könnte ihr Eigentum aber **im Wege des gutgläubigen Erwerbs** an K verloren haben.

Da K ihren **Wohnsitz im Ausland** hat, ist jedoch fraglich, nach welchen Vorschriften sich dies beurteilt. Regelungen zur Anwendbarkeit von nationalen Regelungen sind im EGBGB enthalten. Hier sieht **Art. 43 I EGBGB** vor, dass sich die Rechte an einer Sache nach dem Recht des Staates richten, in dem sie sich befindet.

### a) Vollendung des Erwerbstatbestands im Inland

Das Fahrzeug befand sich bei Kauf durch K **zunächst im Inland**, so dass auch deutsches Recht Anwendung findet. Fraglich ist jedoch, ob der Erwerbstatbestand noch im Inland vollendet wurde.

*„Ein solcher Erwerb hätte nach deutschem Recht nicht im Inland stattgefunden, weil C der K vor Grenzübertritt weder den **Besitz noch** eine zum Eigentumserwerb erforderliche **besitzgleiche Position** am Fahrzeug i.S. von §§ 929ff. BGB eingeräumt hat. Der zwischen C und der K geschlossene Kaufvertrag ist vielmehr in der Weise ausgeführt worden, dass der K das **Fahrzeug** erst an deren Sitz **in Frankreich** durch den von der C eingesetzten Frachtführer **ausgehändigt** worden ist. Da die für einen Eigentumsübergang nach deutschem Sachenrecht erforderliche **Besitzverschaffung** bei einem **Versendungskauf** in aller Regel erst mit Ablieferung der Sache **am Bestimmungsort** erfolgt (Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., § 447 Rn. 14) und kein Anhalt besteht, dass es sich vorliegend anders verhalten hat, ist nach deutschem Recht der im Inland eingeleitete **Erwerbstatbestand bis zum Grenzübertritt nicht mehr vollendet** worden.“ (BGH aaO)*

### b) Vollendung des Erwerbstatbestands im Ausland

Mit der Verbringung der Sache ins Ausland könnte jedoch nach § 43 I EGBGB ein Statutenwechsel stattgefunden haben mit der Folge, dass nunmehr französisches Recht Anwendung findet.

*„Ob und zu welchem Zeitpunkt anschließend das Eigentum am Fahrzeug auf K übergegangen ist, beurteilt sich deshalb gem. Art. 43 I EGBGB nach französischem Recht als dem für das **Recht des Lageortes** zuständigen Sachrecht (vgl. Senat, WM 1980, 410 [unter II 2]; RGZ 103, 30 [31]; KG, NJW 1988, 341; Palandt/Thorn, Art. 43 EGBGB [IPR] Rn. 7; Erman/Hohloch, BGB, 12. Aufl., Art. 43 EGBGB Rn. 23 m.w.N.). Dieses knüpft ebenfalls an das Recht des Lageortes an (Hübner/Constantinesco, Einf. in das französische Recht, 4. Aufl., § 30, 2b bb) und nimmt so die Verweisung auf.*

*Dass das **Sachstatut des Lageortes** bestimmt die Möglichkeiten und Voraussetzungen für einen **Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten** kraft guten Glaubens (BGHZ 100, 321 [324] = NJW 1987, 3077; BGH, NJW-RR 2000, 1583 [unter II 1, III 2]; Erman/Hohloch, Art. 43 EGBGB Rn. 12; Staudinger/Stoll, BGB, 1996, IntSachenR Rdnr. 300; Wendehorst, in: Münch-Komm, Art. 43 EGBGB Rnr. 80; Palandt/Thorn, Art. 43 EGBGB [IPR] Rn. 3, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO)*

Zwar unterfällt der Kaufvertrag dem inländischen Recht, da jedoch der Eigentumserwerb im Inland nicht vollendet wurde, ist auf die Prüfung des gutgläubigen Erwerbs französisches Recht anzuwenden.

*„Einen Übergang des Eigentums am Fahrzeug auf K hätte das BerGer. daher am Maßstab des französischen Rechts beurteilen müssen. Dazu bedarf es gem. § 293 ZPO weiterer **tatrichterlicher Ermittlungen zur französischen Rechtspraxis**, wie sie insbesondere in der Rechtsprechung der französischen Gerichte ihren Ausdruck gefunden hat (vgl. BGH, NJOZ 2001, 1 = WM 2001, 502 [unter II 2b aa]; NJW 2003, 2685 [unter II 2a]). Dasselbe gilt für die Frage, ob zumindest der französische Abnehmer der Kl. von dieser (gutgläubig) das Eigentum an dem Fahrzeug erlangt hat.“ (BGH aaO)*

StGB                    **Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen**                    StGB  
 § 86a                    **Hemdaufdruck „die Fahnen hoch“**  
 (BVerfG in NJW 2009, 2805; Beschluss vom 18.05.2009 – 2 BvR 2202/08)

Das Tragen eines **Hemdes mit dem Aufdruck „die Fahnen hoch“** während einer Versammlung der NPD erfüllt den **Straftatbestand des § 86a StGB**.

**Fall:** Der Bf., ein Kreisvorsitzender der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD), beabsichtigte, an einer Versammlung dieser Partei teilzunehmen und hielt sich zu diesem Zweck am geplanten Veranstaltungsort auf. Zugleich betätigte er sich bei der Vorbereitung der Veranstaltung, indem er Verstärkeranlagen aufbaute. Hierbei trug der Bf. ein T-Shirt, welches vorne wie folgt bedruckt war:

*„Sohn Frankens,*

*die Jugend stolz/die Fahnen hoch.“*

Die erste Zeile ist im Schrifttyp Arial, die beiden anderen Zeilen in Frakturschrift gedruckt.

Wegen dieses Sachverhalts verurteilte das AG den Bf. wegen des Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen zur Zahlung einer Geldstrafe.

Der Bf. könnte sich durch das **Tragen eines Hemdes mit dem Aufdruck „die Fahnen hoch“** wegen der **Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen** nach § 86a I StGB strafbar gemacht haben.

- I. Die **Wortkombination „die Fahnen hoch“ entspricht** - bis auf die Verwendung des Plurals - dem **Titel und dem Textbeginn des Horst-Wessel-Liedes**. Dabei handelt es sich **zweifelsfrei** um ein **Kennzeichen einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation** (vgl. BGH MDR 1965, 923; OLG Jena, NJW 2002, 310).
- II. Zu **prüfen** ist, **ob** die Regelung des **§ 86a II 2 StGB** vorliegend **Anwendung finden kann**.

Durch die Verwendung des Plurals besteht eine entsprechende Ähnlichkeit mit Titel und Text des Horst-Wessel-Liedes. Diese Auslegung übersteigt nicht den am **Schutzzweck der Norm** orientierten **Wortsinn von § 86a II 2 StGB**.

1. Der **Schutzzweck** des § 86a StGB besteht in der **Abwehr der symbolhaft durch die Verwendung eines Kennzeichens ausgedrückten Wiederbelebung bestimmter Organisationen sowie** der symbolhaft gekennzeichneten **Wiederbelebung der von solchen Organisationen verfolgten Bestrebungen**.

Dabei wehrt § 86a StGB als **abstraktes Gefährungsdelikt** Gefahren ab, die schon allein mit dem äußeren Erscheinungsbild eines Kennzeichens verbunden sind. Ein **Unterstützungswille** für die durch das Kennzeichen symbolisierte Organisation **muss dabei nicht bestehen**.

*„Die Norm verbietet somit die entsprechenden Kennzeichen grds. aus dem Bild des politischen Lebens und errichtet so ein kommunikatives „Tabu“. Es soll bereits jeder Anschein vermieden werden, in der Bundesrepublik Deutschland gebe es eine rechtsstaatswidrige politische Entwicklung in dem Sinne, dass verfassungsfeindliche Bestrebungen in der durch das Kennzeichen symbolisierten Richtung geduldet würden (vgl. BVerfG NJW 2006, 3050; BGH NJW 2009, 928 = NSiZ 2009, 88; MüKo-StGB/Steinmetz, 2005, § 86a Rn 1). Auch die den Kennzeichen zum Verwechseln ähnlich sehenden Symbole werden daher nach § 86a II 2 StGB von der Strafnorm erfasst, da sie auf die öffentliche Auseinandersetzung in derselben Weise einzuwirken drohen, wie die verbotenen Symbole.“ (BVerfG aaO).*

2. An diesem Schutzzweck orientiert sich auch die **Wortlautauslegung** des Begriffs der Ähnlichkeit.

Dabei ist ein Kennzeichen einem anderen „zum Verwechseln ähnlich“, wenn ein **gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit** gegeben ist. Erforderlich ist eine **objektiv vorhandene Übereinstimmung in wesentlichen Ver-**

**gleichspunkten.** Es muss nach dem **Gesamteindruck** eines durchschnittlichen, nicht genau prüfenden Betrachters eine Verwechslung mit dem Original möglich sein. Dafür genügt nicht, dass sich lediglich einzelne Merkmale des Vorbilds in der Abwandlung wieder finden, ohne dass dadurch einem unbefangenen Betrachter, der das Original kennt, der Eindruck des Originalkennzeichens vermittelt wird.

*„Diese fachgerichtliche Rspr. (vgl. BGH NJW 2005, 3223 = NStZ 2006, 335) ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfG NJW 2006, 3050) und wurde in vorliegendem Fall beanstandungsfrei angewandt: Das LG - ihm folgend das OLG - stellt darauf ab, dass der gebrauchte Ausdruck „die Fahnen hoch“ infolge der im Wesentlichen gleichen Worte, der identischen Satzstellung sowie der Ausdrucksweise im Vergleich zum Titel des Horst-Wessel-Liedes „die Fahne hoch“ in wesentlichen Vergleichspunkten übereinstimmt. Der **semantische Gehalt ist gleich**. Letztlich **sticht der Originaltext hervor und prägt Aussage und Erscheinungsbild der Parole** (vgl. hierzu BGH NJW 2005, 3223 = NStZ 2006, 335). Der Gebrauch lediglich eines weiteren Buchstabens lässt für einen nicht im Detail prüfenden Betrachter eine konkrete Verwechslungsgefahr und den Eindruck des Originals entstehen.“ (BVerfG aaO).*

3. Auch die Annahme, dass der Tatbestand des Verwendens eines zum Verwechseln ähnlichen Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation vorliegend nicht den Abdruck des gesamten Horst-Wessel-Liedes oder erheblicher Teile hiervon verlange, vielmehr der Titel sowie der Anfangstext ausreiche, ist mit dem möglichen Wortsinn von § 86a I und II StGB vereinbar.

a) Infolge des **weiten Kennzeichenbegriffs** erfasst der Tatbestand des § 86a StGB - vor allem bei mehrdeutigen Kennzeichen - auch sozialadäquate Verwendungsformen. Daher ist die Rspr. bestrebt, die Weite des Tatbestands einzugrenzen. Dies geschieht anhand des **Schutzzwecks der Norm**. Dieser Schutzzweck bestimmt auch den möglichen Wortsinn des Kennzeichenbegriffs und die Auslegung der Frage, wann das konkret gebrauchte Symbol dem Originalkennzeichen zum Verwechseln ähnlich sieht. Ausgeschlossen werden hiernach Handlungen, welche dem Schutzzweck ersichtlich nicht zuwiderlaufen (vgl. BGH NJW 2009, 928 = NStZ 2009, 88).

b) An diesem Schutzzweck orientieren sich auch die vorliegenden Entscheidungen und schließen in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise eine nicht hiervon erfasste Handlung aus; der Schutzzweck ist vielmehr ersichtlich betroffen.

*„Intendiert ist die **Vermeidung der Wiederbelebung nationalsozialistischer Tendenzen infolge des Gebrauchs entsprechend assoziierungsgeeigneter Symbole**. Diese Gefahr besteht aber auch dann, wenn der Titel sowie derart markante Textteile der parteiamtlichen Hymne der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (NSDAP), welche regelmäßig während der NS-Diktatur nach der Nationalhymne gesungen werden musste (vgl. BGH MDR 1965, 923), wiedergegeben werden. Diese Passage wird mit dem restlichen Inhalt des Liedes und damit mit dem dahinter stehenden **Gedankengut, dessen erneutes Aufkommen vermieden werden soll**, in Verbindung gebracht. Titel und Textteil haben **Wiedererkennung- und Identifikationsfunktion**. Ein um die Existenz und die Hintergründe des Horst-Wessel-Liedes wissender Beobachter wird auch die kurze Textpassage in einen Gesamtkontext einordnen können, so dass - nach einer Gesamtbetrachtung - die Gefahr der Wiederbelebung nationalsozialistischer Bestrebungen besteht. Auch im Falle bloßer **Verwendung von markanten Textteilen** kann daher das Verwenden von Kennzeichen i.S. von § 86a I StGB liegen, da auf charakteristische, für die Verkehrsauffassung im Bedeutungsgehalt erkennbare Symbole abgestellt wird (vgl. BayObLG NJW 1990, 2006; MüKo-StGB/Steinmetz, § 86a Rn 7).“ (BVerfG aaO).*

c) Für die Beantwortung der Frage, ob die konkrete Kennzeichenverwendung dem Schutzzweck des § 86a StGB erkennbar nicht zuwiderläuft - was als Anknüpfungspunkt einer restriktiven Auslegung des Tatbestands gebraucht wird - sind die **gesamten Umstände der Tat zu berücksichtigen**: Der mit dem Gebrauch des Kennzeichens verbundene Aussagegehalt ist anhand aller maßgeblichen Umstände des Falls zu ermitteln (BGH NJW 2009, 928 = NStZ 2009, 88; NJW 2005, 3223 = NStZ 2006, 335; BayObLG NJW 1990, 2006).

*„Die einzelnen Punkte wurden derart schlüssig in eine Gesamtbetrachtung einbezogen, dass das Ergebnis die **Wortsinnngrenze des § 86a StGB** nicht übersteigt: Obgleich der auf*

*der Rückseite des T-Shirts unter der Überschrift „Fackelträger“ abgedruckte Text in den Urteilsgründen nicht wiedergegeben wurde, reichen die übrigen Feststellungen zu den Gesamtumständen aus, eine sachlich ausgewogene Entscheidung zu begründen. Das T-Shirt wurde im Vorfeld einer Versammlung der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands getragen, enthielt teilweise Aufdrucke in altdeutscher Schrift sowie markante, an den nationalsozialistischen Sprachgebrauch angelehnte Begrifflichkeiten. Hieraus den Schluss zu ziehen, dass die Wortkombination „die Fahnen hoch“ nicht in sozialadäquater Weise gebraucht wurde, sondern dass infolge der konkreten Umstände die abstrakte Gefahr der Wiederbelebung nationalsozialistischer Bestrebungen besteht, ist mit dem Wortsinn des § 86a StGB vereinbar.“ (BVerfG aaO).*

StGB  
§ 263**Betrug**  
durch Erstellung einer falschen Rechnung

StGB

(BGH in NJW 2009, 2900; Beschluss vom 09.06.2009 – 5 StR 394/08)

1. Der **Privilegierungstatbestand des § 352 StGB schließt** eine Strafbarkeit nach **§ 263 StGB** jedenfalls dann **aus, wenn zu der Täuschungshandlung, die notwendig zu den Gebührenüberhebungen gehört, keine weitere Täuschung hinzukommt.**
2. Ein **Irrtum i.S. des § 263 StGB liegt** schon dann **vor, wenn der Anspruchsverpflichtete tatsächlich davon ausgeht, eine Abrechnung sei ordnungsgemäß** vollzogen worden, dies gilt selbst dann, wenn er deren Grundlagen nicht kennt.

**Fall:** Der Angekl. war seit Dezember 1995 Mitglied des Vorstands der Berliner Stadtreinigung (im Folgenden: BSR) und dabei intern für die Ressorts „kaufmännische Dienstleistungen“ und „Reinigung“ zuständig. Die BSR war im tatrelevanten Zeitraum eine Anstalt des öffentlichen Rechts, die neben dem Vorstand auch über einen Aufsichtsrat verfügte und der Rechtsaufsicht des Berliner Senats unterstand. Der BSR oblag in ihrem hoheitlichen Bereich die Straßenreinigung mit Anschluss- und Benutzungszwang für die Eigentümer der Anliegergrundstücke. Die Rechtsverhältnisse waren privatrechtlich ausgestaltet; für die Bemessung der Entgelte galten die öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Gebührenbemessung, wie etwa das Äquivalenz- oder das Kostendeckungsprinzip. Insoweit unterlagen die von der BSR festgesetzten Entgelte richterlicher Kontrolle nach § 315 III BGB. Nach den gesetzlichen Regelungen des Berliner Straßenreinigungsgesetzes hatten die Anlieger 75% der angefallenen Kosten für die Straßenreinigung zu tragen; 25% der Kosten verblieben beim Land Berlin (§ 7 I). Die Aufwendungen der Reinigung für Straßen ohne Anlieger musste das Land Berlin in vollem Umfang tragen (§ 7 VI). Die Entgelte, die sich nach der Häufigkeit der Reinigung in vier Tarifklassen unterteilten, wurden für den Tarifzeitraum auf der Grundlage einer Prognose der voraussichtlichen Aufwendungen festgesetzt. Die Tarifbestimmung erfolgte durch eine Projektgruppe „Tarifikalkulation“. Infolge eines Versehens wurden bei der Berechnung der Entgelte in der Tarifperiode 1999/2000 auch die Kosten für die Straßen zu 75% einbezogen, für die es keine Anlieger gab und die das Land Berlin vollständig hätte tragen müssen.

Verantwortliches Vorstandsmitglied war der Angekl., der - als die Tarife bereits in Kraft waren - über den Berechnungsfehler informiert wurde, diesen jedoch nicht korrigieren ließ.

Für die Tarifperiode 2001/2002, den Tatzeitraum, wurde vom Gesamtvorstand der BSR eine neue Projektgruppe eingesetzt, die zunächst den Berechnungsfehler aus der vergangenen Tarifperiode beheben wollte. Auf Weisung des Angekl. wurde dies jedoch unterlassen. Der Angekl. beabsichtigte, zumal die BSR durch eine Vereinbarung mit dem Land Berlin sich zu Effizienzsteigerungen und erheblichen Zahlungen verpflichtet hatte, den Fehler fortzuschreiben, um Kostenrisiken auszugleichen und um den von ihm zu verantwortenden Fehler bei der vorherigen Tarifikalkulation zu vertuschen. Der Tarif, in dessen Berechnungsgrundlage auch die anliegerfreien Straßen einbezogen worden waren, wurde vom Vorstand und Aufsichtsrat der BSR gebilligt. Der Angekl. stellte als verantwortlicher Vorstand den Tarif dort jeweils zumindest in Grundzügen vor, ohne jedoch die Entscheidungsträger auf die Einbeziehung der anliegerfreien Straßen hinzuweisen. Die Senatsverwaltung genehmigte den Tarif. Dabei verpflichtete sie die BSR allerdings im Wege einer Auflage zu einer Nachkalkulation. Auf der Grundlage des genehmigten Tarifs wurden von den Eigentümern der Anliegergrundstücke höhere Entgelte in Höhe von insgesamt etwa 23 Mio. Euro verlangt. Die geforderten Entgelte wurden zu 98% bezahlt. Die BSR machte mit einem vom Angekl. unterzeichneten Schreiben gegenüber dem Senat ebenfalls Reinigungskosten in Höhe von 35 Mio. DM für Straßen ohne Anlieger geltend.

Der Angekl. könnte sich wegen **Betruges nach § 263 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Zu prüfen ist zunächst, ob einer Verurteilung wegen Betrugs die **spezialgesetzlichen Vorschriften der §§ 352, 353 StGB** entgegenstehen.
  1. Der Privilegierungstatbestand des **§ 352 StGB schließt** eine **Strafbarkeit nach § 263 StGB** dann **aus, wenn zu der Täuschungshandlung, die notwendig zu den Gebührenüberhebungen gehört, keine weitere Täuschung hinzukommt** (BGH NJW 2006, 3219 = NStZ-RR 2007, 142).

*„Hier scheidet aber eine Strafbarkeit nach § 352 StGB aus: Der Angekl. hat als Organ einer Anstalt des öffentlichen Rechts, die hier in einem durch einen Anschluss- und Benutzungszwang in einem dem freien Markt entzogenen Bereich tätig ist (vgl. BGH NJW 2007, 2932 = NStZ 2007, 461), zwar als Amtsträger gehandelt. Er ist jedoch **kein Amtsträger i.S. des § 352 StGB**, der für seine Amtshandlungen Gebühren oder andere Vergütungen zu seinem Vorteil erheben darf. Nur solche Amts-*

träger, etwa Notare, Gerichtsvollzieher oder beamtete Tierärzte (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 352 Rn 3), die Vergütungen zu ihrem eigenen Vorteil geltend machen dürfen, fallen unter diesen Tatbestand. Es muss sich deshalb um ein eigenes Recht des Täters handeln, für seine Tätigkeit Vergütungen nach Vergütungsordnungen festsetzen zu können. Hieran fehlt es in Bezug auf den Angekl., der für seine Tätigkeiten gegenüber Dritten keine Vergütungen berechnen darf. Gläubiger der Vergütungsansprüche ist vielmehr die BSR, die der Angekl. organschaftlich vertrat.“ (BGH aaO).

2. Die Strafvorschrift des **§ 352 StGB** erfasst nicht die **gesetzwidrige Gebührenberechnung per se**, sondern nur **diejenige bestimmter, abschließend benannter Berufsgruppen**. Eine Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale nach § 14 I StGB ist deshalb nur dann möglich, soweit der organschaftlich vertretene Rechtsträger selbst dem (strafrechtlich privilegierten) Personenkreis angehört, wie dies z.B. bei der Rechtsanwalts-GmbH nach §§ 59c ff. BRAO der Fall ist.

Eine **Ausdehnung auf organschaftliche Vertreter** sämtlicher Rechtsträger, die Gebühren für Amtshandlungen erheben dürfen, ist **mit dem Ausnahmecharakter der Vorschrift nicht zu vereinbaren** (zur rechtspolitischen Fragwürdigkeit dieser Bestimmung vgl. schon BGH NJW 2006, 3219 = NStZ-RR 2007, 142; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 352 Rn 2).

„Einer erweiternden Auslegung stehen der Wortlaut der Strafvorschrift und vor allem ihr systematischer Zusammenhang entgegen. Ein Fehlverhalten von Amtsträgern, die Gebühren nicht für sich selbst, sondern für öffentliche Kassen erheben, ist nämlich durch § 353 StGB strafrechtlich erfasst. Die unterschiedliche Beschreibung des Täterkreises der Sonderdelikte nach § 352 StGB und § 353 StGB spricht aber dafür, dass auch jeweils ein unterschiedlicher Personenkreis bezeichnet ist und § 352 StGB nur einen besonderen Teil von Amtsträgern erfassen soll, nämlich diejenigen, die Gebühren für ihre Verrichtungen zum eigenen Vorteil erheben dürfen (BGHSt 2, 35 = NJW 1952, 355; Träger in: LK-StGB, 11. Aufl., § 352 Rn 6).“ (BGH aaO).

3. Auch eine **Strafbarkeit nach § 353 StGB**, die gleichfalls gegenüber dem Betrugstatbestand im Verhältnis der Spezialität stünde (Träger in: LK-StGB, 11. Aufl., § 353 Rn 23), **liegt nicht vor**.

„Zwar ist eine „Gebührenüberhöhung“ gegeben, es **fehlt jedoch das zusätzliche Merkmal, dass die (rechtswidrig) überhöhten Gebühren nicht vollständig zur Kasse gebracht wurden**. Da somit schon deshalb der Tatbestand des § 353 StGB nicht erfüllt ist, kommt diesem Straftatbestand auch keine Sperrwirkung zu.“ (BGH aaO).

4. Die **Privilegierungstatbestände der §§ 352, 353 StGB** können andererseits auch **nicht als Beleg dafür** herangezogen werden, **dass Täuschungshandlungen im Zusammenhang mit Gebühren und öffentlichen Abgaben nur unter den dort benannten Tatbestandsvoraussetzungen überhaupt strafbar sind**: Vielmehr stehen auch solche Zahlungsverpflichtungen grds. unter dem strafrechtlichen Schutz des § 263 StGB, wenn sich die Täuschungshandlung auf sie bezieht.

„Die Pönalisierung einer täuschungsbedingten Schädigung des Vermögens Dritter entfällt nicht deshalb, weil für Sonderformen des Betrugs überkommene Privilegierungstatbestände zu Gunsten einzelner Berufsgruppen fortbestehen.“ (BGH aaO).

- II. Vorliegend könnte der Angekl. in **mittelbarer Täterschaft** eine Täuschungshandlung vorgenommen und eine damit korrespondierende Irrtumserregung bei den Anspruchsverpflichteten verursacht haben.

1. Zwar enthalten die an die Eigentümer gerichteten Schreiben unmittelbar **keine falsche Tatsachenbehauptung**. In der Rspr. ist jedoch anerkannt, dass eine **Täuschung i.S. des § 263 I StGB** auch **konkludent erfolgen** kann.

- a) Diese Voraussetzung liegt dann vor, wenn der Täter die **Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt**, sie **aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt**.

BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151; BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NStZ 2001, 430

Welcher Inhalt der Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich durch den **Empfängerhorizont** und die **Erwartungen der Beteiligten**. Diese werden regelmäßig durch den normativen Gesamtzusammenhang

geprägt sein, in dem die Erklärung steht (vgl. BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151).

Deshalb hat der BGH auch entschieden, dass ein Kassenarzt mit seiner Abrechnung gegenüber der Kasse nicht nur erklärt, dass die abgerechnete Leistung unter die Leistungsbeschreibung der Gebührennummer fällt, sondern auch, dass seine Leistung zu den kassenärztlichen Versorgungsleistungen gehört und nach dem allgemeinen Bewertungsmaßstab abgerechnet werden kann (BGH, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 12; vgl. auch Täuschung 9, 11).

- b) Dem Rechnungsschreiben der BSR ist die **(konkludent miterklärte) Aussage** zu entnehmen, **dass die Tarife unter Beachtung der für die Tarifbestimmung geltenden Rechtsvorschriften ermittelt wurden** und sie mithin auch **auf einer zutreffenden Bemessungsgrundlage beruhen**.

*„Der Verkehr erwartet nämlich vor allem eine wahrheitsgemäße Darstellung im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs, soweit die Tatsache wesentlich für die Beurteilung des Anspruchs ist und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne Weiteres überprüfen kann (BGH BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22). Eine solche Möglichkeit, die geltend gemachten Straßenreinigungsentgelte auf die Richtigkeit ihrer Bemessungsgrundlage überprüfen zu können, hat der Adressat der Rechnung praktisch nicht. Die BSR nimmt deshalb zwangsläufig das Vertrauen der Adressaten in Anspruch. Dies prägt wiederum deren Empfängerhorizont. Da die Eigentümer damit rechnen dürfen, dass die Tarife nicht manipulativ gebildet werden, erklärt der Rechnungsteller dies in seinem Anspruchsschreiben konkludent. Für die BSR gilt dies im besonderen Maße, weil sie als öffentlich-rechtlich verfasster Rechtsträger wegen ihrer besonderen Verpflichtung zur Gesetzmäßigkeit gegenüber ihren Kunden gehalten ist, eine rechtskonforme Tarifgestaltung vorzunehmen. Dass sie diese Pflicht eingehalten hat, versichert sie stillschweigend, wenn sie gegenüber ihren Kunden auf der Grundlage der Tarife abrechnet.“ (BGH aaO).*

2. Einem entsprechenden Irrtum unterlagen auch die Adressaten der Rechnungen.

*„Der im Rahmen der Täuschungshandlung maßgebliche Empfängerhorizont spiegelt sich regelmäßig in dem Vorstellungsbild auf Seiten der Empfänger wider. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Adressaten sich eine konkrete Vorstellung über die Berechnung der Reinigungsentgelte und die in Ansatz gebrachten Bemessungsgrundlagen gemacht haben. Entscheidend ist vielmehr, dass die Empfänger der Zahlungsaufforderungen sich jedenfalls in einer wenigstens allgemein gehaltenen Vorstellung befanden, dass die Tarifberechnung „in Ordnung“ sei, zumal die Höhe der Tarife ihre eigenen finanziellen Interessen unmittelbar berührte (vgl. BGHSt 2, 325 = NJW 1952, 896; BGHSt 24, 386 = NJW 1972, 1904; Fischer, StGB, § 263 Rn 35). Damit gingen sie - jedenfalls in der Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins (vgl. BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151) - davon aus, dass die Bemessungsgrundlage zutreffend bestimmt und die Tarife nicht manipulativ zu ihren Lasten erhöht wurden. Insofern ist bei ihnen ein Irrtum erregt worden, weil sie auf eine ordnungsgemäße Abrechnung vertrauten und in diesem Bewusstsein auch die Rechnungen der BSR als gesetzeskonforme Zahlungsanforderung ansahen.“ (BGH aaO).*

3. Schließlich liegen bei dem Angekl. auch die **Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft i.S. des § 25 I Alt. 2 StGB** vor.

*„Der Angekl. hat dadurch, dass er den Entscheidungsgremien (einschließlich der Senatsverwaltung als Genehmigungsbehörde) die **Tarifvorschläge unter Heranziehung falscher (überhöhter) Bemessungsgrundlagen vorlegte**, deren Festlegung erreicht. Damit hat er aber zugleich die Grundlage für einen weiteren **von ihm ausgelösten Kausalverlauf** geschaffen, nämlich die Absendung der Zahlungsanforderungen an die anspruchspflichtigen Anlieger, die eigentliche Betrugshandlung gegenüber den Eigentümern. Damit hat sich der Angekl. der mit der Rechnungsstellung und Forderungseinziehung befassten (gutgläubigen) Mitarbeiter bedient, die er zu den Täuschungshandlungen gegenüber den Anliegern verleitet hat. **Seine Position als Organ** innerhalb der BSR und sein besonderes Wissen darum, wie die Tarife zu Stande gekommen sind, **verschafften ihm die notwendige Tatherrschaft**.“ (BGH aaO).*

4. Zudem ist auf Seiten des Angekl. auch eine **Bereicherungsabsicht i.S. des § 263 StGB** zu bejahen.

Eine solche Bereicherungsabsicht kann auch dann vorliegen, wenn der Täter **einem Dritten rechtswidrig einen Vorteil verschaffen** will. Hierfür genügt es, dass es dem Täuschenden auf den Vermögensvorteil als sichere und erwünschte Folge seines Handelns ankommt, mag der Vorteil auch von ihm nur als Mittel zu einem anderweitigen Zweck erstrebt werden.

**Nicht erforderlich ist, dass der Vermögensvorteil die eigentliche Triebfeder oder das in erster Linie erstrebte Ziel seines Handelns ist** (BGHSt 16, 1 = NJW 1961, 1172; vgl. auch Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn 176f.).

*„Diese Voraussetzung hat das LG bejaht: Nach seinen Feststellungen war die Tat in erster Linie zwar auf die Verdeckung des Fehlers aus der Tarifperiode 1999/2000, aber zugleich auch auf eine erneute, erweiterte Bereicherung der BSR gerichtet.*

*Diese Beweiswürdigung zur inneren Tatseite des Angekl. [ist auch] nicht zu beanstanden: Dem Angekl. ging es zwar vorwiegend darum, den Fehler in der Tarifgestaltung 1999/2000 zu vertuschen; er billigte die Mehreinnahmen der BSR aber nicht nur, sondern sie stellten für ihn einen notwendigen, zudem nicht einmal unerwünschten Nebeneffekt dar. Diese im Übrigen nahe liegende Schlussfolgerung hat das LG auf die finanziellen Unsicherheiten wegen der zuvor abgeschlossenen Zielvereinbarung mit dem Land Berlin gestützt sowie auf sein allgemeines von dem Angekl. selbst bekundetes Bestreben, zum Wohle des Unternehmens tätig sein zu wollen. Das LG hat damit seine Wertung auch hinreichend mit Tatsachen belegt. Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht ersichtlich.“ (BGH aaO).*

GG

## Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch bei juristischen Personen

VerfR

Art. 2 I, 19 III

(OVG Lüneburg in DVBl. 2009, 855 = NJW 2009, 2697;  
Beschluss vom 15.05.2009 – 10 MW 385/08)

1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht grundsätzlich auch juristischen Personen zu, da es nach § 19 III GG dem Wesen nach auf sie anwendbar ist.
2. Dies gilt insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht zum Schutz gegen die **Schädigung des guten Rufs in der Öffentlichkeit**.
3. Die Schutzgewährleistung kann auch **spezialgesetzlich** über Art. 12 GG oder Art. 14 GG erfolgen, nur nachrangig ist ein Rückgriff auf Art. 2 I GG erforderlich.

### A. Grundlagenwissen: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Ein **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich normiert. Es ist aber als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine als **Produkt richterlicher Rechtsfortbildung** den speziellen Freiheitsrechten angenäherte Grundrechtsgarantie. Aus **Art. 2 I GG** haben sich in der Ausdeutung und Handhabung durch das Bundesverfassungsgericht **zwei Grundrechtsgarantien** mit unterschiedlichen Ausprägungen nach Schutzbereich, Wirkungsrichtung und Einschränkungsmöglichkeiten ergeben. Zum einen die in umfassender Weise verstandene und qualitativ nicht näher eingegrenzte **allgemeine Handlungsfreiheit** und zum anderen das, frühzeitig durch das BVerfGE als unbenanntes Freiheitsrecht begründete **allgemeine Persönlichkeitsrecht** in seinen verschiedenen Ausprägungen, das aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Abs. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird. (BVerfGE, 27, 1 (6); 34, 238 (245 f.); BVerfGE 54, 148 (153); 63, 131 (142 f.).

Eine solche **Ausprägung** des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stellt das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** dar. Es wurde als Reaktion auf staatliche Informationseingriffe und die neuartigen Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung, deren Gefährdungspotential in der jederzeitigen Verfügbarkeit, beliebigen Transferierbarkeit und den grenzenlosen Kombinationsmöglichkeiten von einmal erhobenen Einzeldaten liegt, vom BVerfGE in Auseinandersetzung mit den Gefahren der automatischen Datenverarbeitung im Volkszählungsurteil vom 15.12.1983 aus Art 2 I i.V.m. Art. 1 I GG abgeleitet und hat seitdem bundesverfassungsrechtlichen Rang (BVerfGE 65, 171 = NJW 1984, 419).

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet dem Einzelnen die **Befugnis**, selbst zu entscheiden, **wann** und **innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart** werden, wobei der Datenbegriff dabei alle Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbar Person umfasst.

### B. Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht auch juristischen Personen zu (OVG Lüneburg, DVBl. 2009, 855 = NJW 2009, 2697)

**Fall:** Die Stadt Oldenburg modernisiert die in den sechziger Jahren erstellte Fußgängerzone. Da die Modernisierungsmaßnahmen aus Rechtsgründen nicht durch die Erhebung von Ausbaubeiträgen nach der städtischen Satzung refinanziert werden können, sollen diese gemeinsam mit den Anliegern auf freiwilliger, privater Basis finanziert werden.

Zu diesem Zweck wurde eine Ausbaugesellschaft mbH gegründet, welche die Anlieger vertritt und die Modernisierung zu 90 % vorfinanziert. Die auf die einzelnen Anlieger entfallenden freiwilligen Kostenbeteiligungen werden durch grundstücks- und verkaufsflächenbezogene, von den Anliegern bestimmte Kostenverteilungsschlüssel ermittelt und aufgrund vertraglicher Vereinbarung zwischen den dazu bereiten Eigentümern und der Ausbaugesellschaft gezahlt. Diejenigen Eigentümer von Anliegergrundstücken, welche die erbetene Zahlung leisten, sollen öffentlich genannt werden. [...]

Die A-GmbH ist Eigentümerin von drei Anliegergrundstücken im betroffenen Bereich. Sie ist nicht bereit, den nach den von einer Ausbaugesellschaft für die Modernisierung der Flächen vorgelegten Vertragsentwürfen auf ihre drei Grundstücke entfallenden Gesamtbetrag von 45.858,- € zu zahlen. Sie will verhindern, dass dies aus Mitteilungen der Stadt Oldenburg in der Öffentlichkeit bekannt wird. Sie hat daher im Wege vorläufigen Rechtsschutzes beantragt, der Stadt Oldenburg vorläufig zu untersagen, in Pressemitteilungen oder in anderen Formen der Öffentlichkeitsarbeit

1. die Personen namentlich aufzuführen, die einen finanziellen Beitrag zur Modernisierung der Fußgängerzone geleistet haben,
2. einen Übersichtsplan derjenigen Grundstücke, deren Eigentümer einen finanziellen Beitrag zur Modernisierung der L.-Straße geleistet haben, auf der Internetseite der Stadt X. oder in sonstiger Form zu veröffentlichen.

Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

### I. Zulässigkeit

Der Antrag der A-GmbH ist gerichtet auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO. Da es um die Öffentlichkeitsarbeit der Stadt Oldenburg geht, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Der Antrag nach § 123 VwGO ist auch statthaft, da die Veröffentlichung keinen Verwaltungsakt darstellen würde und daher keinesfalls die Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO einschlägig sein können. Die A-GmbH ist auch analog § 42 II VwGO antragsbefugt, da eine Verletzung in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 I, 19 II GG nicht von vornherein und unter jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist. Da auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen, bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrags.

### II. Begründetheit

Der Antrag des G auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn G **Anordnungsanspruch** (den zu regelnden bzw. sichernden Anspruch) und **Anordnungsgrund** (Gefährdung des Anspruchs) gem. § 123 I, III VwGO i.V.m. §§ 920 II, 294 ZPO glaubhaft gemacht hat.

Fraglich ist jedoch, ob überhaupt ein Anordnungsanspruch besteht. Da es der A-GmbH um die Sicherung ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung geht, handelt es sich um eine **Sicherungsanordnung** nach § 123 I 1 VwGO, so dass die Gefahr bestehen muss, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Es kommt also darauf an, ob die geplanten Veröffentlichungen die A-GmbH in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen würde.

#### 1. Anwendbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist vom BVerfG als Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehen, welches sich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ergibt. Fraglich ist jedoch, ob es auch für juristische Personen gilt. Grundsätzlich kann sich eine juristische Person nach Art. 19 II GG dann auf Grundrechte berufen, wenn sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Ob dies bei dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Fall ist, ist umstritten.

*„Allerdings teilt der Senat nicht die .. in Teilen der Literatur (vgl. Bär, BayVBl 1994, 427 [430]) vertretenen generellen Einwendungen dagegen, dass Träger des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch juristische Personen wie die A-GmbH sein können.*

*Das BVerfG hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in seinem dieses dogmatisch entwickelnden Volkszählungsurteil vom 15.12.1983 (BVerfGE 65, 171 = NJW 1984, 419) als einen Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG) definiert. Die **überwiegende Ansicht wendet das allgemeine Persönlichkeitsrecht** über Art. 19 III GG **auch an auf juristische Personen**, insbesondere Kapital- und Personengesellschaften (vgl. hierzu und zum Folgenden Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Losebl., Stand: Okt. 2008, Art. 2 I Rn. 224f.). Allerdings ist das **Schutzniveau** im Vergleich zu betroffenen natürlichen Personen **abgesenkt**, weil **juristische Personen sich nicht auf Art. 1 I GG berufen können**, dessen thematische Nähe aber gerade die Schutzverstärkung des allgemeinen Per-*

sönlichkeitsrechts im Vergleich zur allgemeinen Handlungsfreiheit fordert.“ (OVG Lüneburg, aaO)

Allerdings geht es bei juristischen Personen **regelmäßig nur** um den **Schutz von wirtschaftlichen Interessen**.

„Je nach der funktionellen Ausrichtung der juristischen Person sind aber auch sachliche Entsprechungen zum Ehrenschatz der engeren Persönlichkeitssphäre zu erkennen, sofern es gerade um die **Beschädigung des guten Rufes in der Öffentlichkeit in wirtschaftlicher oder sonstiger Weise** geht. Das BVerfG, das bislang nicht abschließend über die generelle Anwendbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf juristische Personen entschieden hat, nimmt eine Einzelfallbetrachtung vor und hat - die generelle Anwendbarkeit dabei ausdrücklich offenlassend - z.B. die Anwendbarkeit des Rechts, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, über Art. 19 III GG auch auf juristische Personen verneint (BVerfGE 95, 220 = NJW 1997, 1841).

Es kommt hinzu, dass **Schutzgewährleistungen**, die - wie das informationelle Selbstbestimmungsrecht - bei natürlichen Personen in erster Linie von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG erfasst sind, bei **juristischen Personen häufig über speziellere Grundrechtsgewährleistungen vermittelt** werden. Betreibt die juristische Person ein Gewerbe, ist der Schutz vor Ausspähung und Weitergabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen **von Art. 12 und Art. 14 GG** erfasst. Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ließe sich in diesen spezielleren Grundrechten verankern, die ohne Weiteres auch auf juristische Personen des Privatrechts Anwendung finden. **Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nach alledem zumindest in Teilbereichen auch auf juristische Personen anwendbar** (ebenso Wilms/Roth, JuS 2004, 577)

Mithin kann sich die A-GmbH jedenfalls zur Abwehr ihren Ruf schädigender Presseerklärungen der Stadt Oldenburg. oder damit in der Wirkung vergleichbarer Darstellungen auf deren Internetseite auf dieses Recht berufen.“ (OVG Lüneburg, aaO)

## 2. Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Dieses Recht müsste aber auf verletzt werden, falls es zu den betreffenden Veröffentlichungen kommen.

„Die Stadt Oldenburg hat bereits im erstinstanzlichen Verfahren mit Schriftsatz vom 19.09.2008 erläutert, dass sie sowohl bei der Darstellung der Grundstücke, deren Eigentümer sich an den Ausbaurkosten beteiligt haben, in dem auf ihrer Internetseite zu veröffentlichenden Übersichtsplan als auch bei der Auflistung dieser Eigentümer mit ihren Grundstücken in der Presseerklärung von der Einteilung in **zwei Gruppen** ausgeht. Zur ersten Gruppe gehören alle an der Finanzierung beteiligten Grundstückseigentümer, die sich mit der Veröffentlichung ihrer Namen bzw. ihrer Namen und ihrer Grundstücke bereit erklärt haben. Die **zweite Gruppe** bilden die Grundstückseigentümer, die **sich nicht an der Finanzierung beteiligt haben und die Grundstückseigentümer**, die sich zwar an der Finanzierung beteiligt haben, aber **nicht namentlich genannt werden wollen**. Beide Veröffentlichungen werden mit einem diese Zweiteilung erläuternden Zusatz versehen.

Bei dieser Art der Veröffentlichung ist es für den Leser der Presseerklärung und denjenigen, der den Übersichtsplan im Internet aufruft, **schlechterdings nicht möglich**, ohne Zusatzwissen aus sonstigen privaten Quellen **zu erkennen**, dass die A-GmbH. zur „Untergruppe“ der Nichtzahler in der zweiten Gruppe gehört. Denn die Auflistung in der Presseerklärung und die Markierungen im Übersichtsplan lassen nach der beigegebenen Erläuterung für jedermann **nur den sicheren Rückschluss** darauf zu, dass die namentlich bezeichneten Grundstückseigentümer für ihre in der Presseerklärung bezeichneten und korrespondierend im Übersichtsplan gekennzeichneten Grundstücke finanzielle Beiträge erbracht haben (Gruppe 1), und welche Grundstücke nicht bezeichnet sind (Gruppe 2).

Die von der A-GmbH befürchtete „**Prangerwirkung**“ **kann mithin nicht eintreten**; es werden keine möglicherweise den Ruf der A-GmbH in der Öffentlichkeit schädigenden Informationen preisgegeben.“ (OVG Lüneburg, aaO)

Die Befürchtung der A-GmbH., sie werde durch die beabsichtigte Presseerklärung und/oder den Übersichtsplan im Internet bloßgestellt als eine Eigentümerin von Anliegergrundstücken der L.-Straße, die nicht bereit sei, sich an den Kosten für die Modernisierung der Fußgängerzone zu beteiligen, ist nach alledem nicht begründet. Für den beantragten Erlass einer einstweiligen Anordnung fehlt es daher an einer der Antragsstellerin drohenden Rechtsbeeinträchtigung.

**Ergebnis:** Der Antrag ist unbegründet.

BauGB  
§ 35

**privilegiertes Vorhaben**  
**gewerbliche Massentierhaltung im Außenbereich**  
(OVG Münster in DVBl. 2009, 1040; Beschluss vom 02.06.2009 - 8 B 572/09)

BauR

1. Gewerbliche Massentierhaltung ist **keine Landwirtschaft** im Sinne des § 201 BauGB und daher nicht nach § 35 I Nr. 1 BauGB privilegiert.
2. Sie kann nach aber § 35 I Nr. 4 BauGB ein privilegiertes Vorhaben sein.
3. Dies setzt voraus, dass sie **weder im beplanten noch im unbeplanten Bereich realisiert** werden kann.
4. Das **Bestehen** nachteiliger **Auswirkungen auf die Umgebung liegt auf der Hand** und ist nicht – auch nicht unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung – detailliert zu prüfen.
5. Gewerbliche Massentierhaltung ist der **landwirtschaftlichen Tierhaltung zumindest** ähnlich und daher im **Außenbereich zu billigen**.

**Fall:** Der C beabsichtigt die Errichtung und den Betrieb einer Anlage zum Halten von 39 900 Masthähnchen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich der Gemeinde A. Hierbei das Futter anderweitig erworben werden. Er beantragte bei der zuständigen Bezirksregierung die erforderliche immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Die Gemeinde A hat ihr Einvernehmen versagt.

Zu Recht?

Der Hähnchenmastbetrieb stellt nach § 4 BlmschG eine **genehmigungsbedürftige Anlage** dar. Die Genehmigung ist nach § 6 BlmschG zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BlmschG und einer auf Grund des § 7 BlmschG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und **andere öffentlich-rechtliche Vorschriften** und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

Bezüglich weiterer erforderlicher Genehmigungen hat die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach § 13 BlmschG **Konzentrationswirkung**. Daher sieht das in § 10 BlmschG geregelte Genehmigungsverfahren auch vor, dass eine vollständige **Koordinierung der Genehmigungsverfahren** zu erfolgen hat, wenn für das Vorhaben selbst an sich weitere Genehmigungen erforderlich wären, die wegen der Konzentrationswirkung jedoch von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mitumfasst sind (§ 10 V 2 BlmschG).

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Anlage schließt daher auch die erforderliche **Baugenehmigung** mit ein. Für deren Erteilung ist aber, da es sich um ein Vorhaben im **unbeplanten Außenbereich** der Gemeinde A handelt, nach **§ 36 I 2 BauGB** die Herstellung des **Einvernehmens der Gemeinde** erforderlich. Diese darf jedoch ihr Einvernehmen nach § 36 II 1 BauGB nur aus den sich (hier) aus §§ 31, 33, 34, 35 BauGB ergebenden Gründen versagen.

Die Gemeinde A hat daher ihr Einvernehmen nur dann rechtmäßig versagt, wenn das Vorhaben des C **bauplanungsrechtlich unzulässig** ist.

Die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens im Außenbereich beurteilt sich nach § 35 BauGB.

Es könnte sich hier um ein sog. **privilegiertes Vorhaben** handeln, welches nach § 35 I BauGB im Außenbereich immer dann zulässig ist, wenn öffentliche Belange im Sinne des § 35 III BauGB nicht entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist.

#### I. Vorliegen eines Privilegierungstatbestandes

Es muss zunächst einer der Privilegierungstatbestände des § 35 I BauGB vorliegen.

## 1. § 35 I Nr. 1 BauGB: Landwirtschaft

Bei dem Hähnchenmastbetrieb des C könnte es sich um einen landwirtschaftlichen Betrieb handeln, so dass die Errichtung einer Masthähnchenanlage nach § 35 I Nr. 1 BauGB privilegiert sein könnte.

Landwirtschaft im Sinne des BauGB ist **Tierhaltung** aber nach **§ 201 BauGB** nur, soweit das **Futter überwiegend** auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen **erzeugt** werden kann. C hat jedoch nicht vor, das Futter für die Mästung der Hähnchen selbst zu erzeugen, so dass es sich bei seinem Betrieb um keine Landwirtschaft handelt.

## 2. § 35 I Nr. 4 BauGB: nachteilige Wirkungen auf Umgehung

Es könnte sich bei dem Masthähnchenbetrieb aber um einen solchen handeln, der wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nach § 35 I Nr. 4 BauGB nur im Außenbereich ausgeführt werden soll.

Ob die gewerbliche Massentierhaltung überhaupt eine Privilegierung nach § 35 I Nr. 4 BauGB genießen soll, wird diskutiert. Teilweise wird davon ausgegangen, dass solche Vorhaben keine Privilegierung verdienen und daher nur nach Maßgabe der strengeren Voraussetzungen des § 35 II BauGB im Außenbereich zulässig sein sollen (vgl. Söfker, NVwZ 2008, 1273). Diese Auffassung hat sich aber – auch in der Rechtsprechung des BVerwG – bislang nicht durchgesetzt.

Das **Bundesverwaltungsgericht** hat mit Beschluss vom 27.06. 1983 - 4 B 206.82 -, NVwZ 1984, 169 (zu § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB a. F.), entschieden, dass ein **Geflügelmaststall** mit 180.000 Mastplätzen ein **Vorhaben im Sinne dieses Privilegierungstatbestands** sein könne, soweit die weiteren Voraussetzungen vorliegen.

*„Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung folgt den in dem Beschluss vom 27. Juni 1983 - 4 B 206.82 - aufgestellten Grundsätzen.*

*Vgl. OVG LSA, Urteil vom 6. Februar 2004 - 2 L 5/00 -, juris, Rn. 34 ff.; Nds. OVG, Urteil vom 7. Oktober 2005 - 1 KN 297/04 -, BRS 69 Nr. 118 und Beschluss vom 6. November 2007 - 12 ME 309/07 -, juris, Rn. 12 f.*

*Auch in der einschlägigen Kommentarliteratur werden diese und die daraus folgende Zuordnung gewerblicher Massentierhaltung zum Tatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB - soweit ersichtlich - nicht in Frage gestellt (Vgl. Dürr, in: Brügelmann, BauGB, Stand: Januar 2009, § 35 Rn. 54 f.; Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand: Dezember 2008, § 35 Rn. 43; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl., 2007, § 35 Rn. 33 und 44.)*

*Schließlich hat der Gesetzgeber die langjährige Rechtsprechung nicht zum Anlass genommen, im Rahmen der verschiedenen Änderungen des § 35 BauGB eine Privilegierung der gewerblichen Massentierhaltung im Außenbereich auszuschließen; vielmehr hat er sie - wie ausgeführt - lediglich unter einen „Planvorbehalt“ nach § 35 III 3 BauGB gestellt.“ (OVG Münster, aaO)*

### a) keine Möglichkeit der Realisierung im Planbereich oder Innenbereich, §§ 30, 34 BauGB

Die Beantwortung der Frage, ob ein Vorhaben „**nur im Außenbereich**“ ausgeführt werden soll, hängt davon ab, ob es nicht auch im Innenbereich ausgeführt werden kann, d.h. ob es in der **konkreten Gemeinde** einen **beplanten** oder **unbeplanten Innenbereich** gibt, in dem das **Vorhaben** gemäß § 30 oder § 34 BauGB **zugelassen werden kann** (BVerwG, NVwZ 1984, 169).

*„Wie das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen hat, befindet sich auf dem Gemeindegebiet der Antragstellerin bereits nach deren eigenen Angaben **kein Innenbereich**, in dem es verwirklicht werden könnte, so dass es nur auf die Nutzung des Außenbereichs verwiesen werden kann. Die Wertung, dass das Vorhaben wegen seiner **landwirtschaftsähnlichen Natur** einerseits und wegen der **mangelnden Vergleichbarkeit mit anderen gewerblichen oder industriellen Betrieben** andererseits im Außenbereich verwirklicht werden „soll“, trifft auch hier zu.“ (OVG Münster, aaO)*

## bb) besondere Anforderungen/Zweckbestimmung oder nachteilige Wirkungen auf die Umgebung

Das Bundesverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass das Hervorrufen **nachteiliger Wirkungen auf die Umgebung** und die sich daraus ergebende Erforderlichkeit der Nutzung des Außenbereichs durch Anlagen der gewerblichen Massentierhaltung **auf der Hand liegt**.

*„Im Rahmen dieser Wertung hat das Bundesverwaltungsgericht angeführt, dass die Massentierhaltung einer der **landwirtschaftlichen Produktion immerhin ähnliche wirtschaftliche Betätigung** darstelle. Von anderen wirtschaftlichen Betätigungen unterscheide es sich gerade dadurch, dass es auch bei Einhaltung der nach dem Stand der Technik möglichen Begrenzung seiner nachteiligen Wirkungen auf die Umgebung kaum in Einklang mit städtebaulichen Grundsätzen in zusammenhängend bebauten Ortslagen oder in einem der nach der Baunutzungsverordnung planbaren allgemeinen Baugebiete unterzubringen sei; es könne insbesondere **nicht mit anderen gewerblichen oder industriellen Vorhaben verglichen** werden, die der Gesetzgeber gerade nicht in den Außenbereich, sondern in Gewerbe- und Industriegebiete des beplanten oder unbeplanten Innenbereichs verwiesen habe.*

*Der Hinweis der Gemeinde A, dass sich „möglicherweise wegen des **Strukturwandels** in der Landwirtschaft - geänderte Betriebsformen“ herausgebildet hätten, führt ebenfalls nicht weiter. Insbesondere wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass gewerbliche Massentierhaltung der hier vorliegenden Art bei einer **Betrachtung des Gesamtbildes**, insbesondere der Art der verursachten Emissionen, eher **Ähnlichkeit zur** - außenbereichstypischen - **Landwirtschaft** aufweist als zu - außenbereichsfremden - gewerblichen und industriellen Produktionsstätten. Es spricht auch nichts dafür, dass sich das **Erscheinungsbild gewerblicher Tierhaltung** in tatsächlicher Hinsicht seit dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.06.1983 - 4 B 206.82 - **erheblich verändert** hätte. Immerhin betraf jenes Verfahren einen Geflügelmaststall mit 180.000 Mastplätzen, wohingegen es hier um lediglich 39.900 Mastplätze geht.“ (OVG Münster, aaO)*

## cc) Billigung der Ausführung im Außenbereich

Die gesetzliche Formulierung „ausgeführt werden soll“ setzt zudem eine Wertung voraus, dass das Vorhaben in einer Weise billigenwert ist, die es rechtfertigt, es bevorzugt im Außenbereich zuzulassen.

*„Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 17.12.2002 - 4 C 15.01 -, BVerwGE 117, 287 = juris Rn. 27, die **„Massentierhaltung, die mit ihren Großstallungen mancherorts den Außenbereich beherrscht“** neben Windkraftanlagen und dem Abbau von Bodenschätzen **ausdrücklich zu den Massenphänomenen gezählt**, die den Gesetzgeber veranlasst hätten, die Privilegierung in den Fällen des § 35 I Nr. 2 bis 6 BauGB unter den in § 35 III 3 BauGB geregelten Planvorbehalt zu stellen. Damit ist zugleich ein Weg aufgezeigt, wie Gemeinden, in denen zu besorgen ist, dass sich Vorhaben der gewerblichen Massentierhaltung in unzuträglicher Weise häufen, planerisch steuernd eingreifen können.“ (OVG Münster, aaO)*

## II. Nichtentgegenstehen öffentlicher Belange

Es sind auch keine öffentlichen Belange, insbesondere nicht jene des § 35 III BauGB, in einer so nachhaltigen Weise betroffen, dass sie der festgestellten Privilegierung entgegenstehen würden.

## III. Sicherung der Erschließung

Von einer Sicherung der Erschließung kann ausgegangen werden.

**Ergebnis:** Das Vorhaben ist daher planungsrechtlich zulässig. Die Gemeinde durfte nach § 36 II BauGB ihr Einvernehmen nicht versagen. Ihre Weigerung ist rechtswidrig.



## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 443 I

### Gewährleistungsausschluss Garantieübernahme in Internetangebot

BGB

(OLG Celle in NJOZ 2009, 2995; Urteil vom 08.04.2009 – 3 U 251/08)

- I. Der **Hinweis in einem Internetangebot**, der nicht angeschlossene Motor einer gebrauchten Segelyacht sei in einer Wassertonne getestet worden, **beinhaltet keine Übernahme einer Garantie** für die Gebrauchstauglichkeit des Motors gem. § 443 I BGB. Dies kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn der Verkäufer in der Anzeige zudem explizit zum Ausdruck gebracht hat, eine Garantie nicht übernehmen zu wollen.

*„Eine **Beschaffheitsgarantie i.S. von § 443 I BGB** hat der Bekl. nicht abgegeben. Der Kl. will aus der Beschreibung in dem Internet-Angebot, „der Motor laufe, fördere genügend Kühlwasser und sei lediglich noch elektrisch an die Schaltung/Lenkung anzuschließen“, folgern, dass der Bekl. damit eine Garantie für die Gebrauchstauglichkeit des Motors bzw. dafür, dass der Motor mit guter Geschwindigkeit laufe, und nur noch kleinere Restarbeiten in Form des Anschlusses der bereits bis zum Motor verlegten Kabel- und Bowdenzüge zur Gebrauchstauglichkeit erforderlich seien, übernommen habe. Dies kann allenfalls als Beschaffheitsangabe i.S. des § 434 I 1 BGB, nicht aber als Beschaffheitsgarantie gem. § 443 I BGB angesehen werden, zumal nach dem weiteren Angebotstext eine Garantie ausdrücklich nicht übernommen werden sollte. Abgesehen davon kann diese Beschreibung vor dem Hintergrund, dass der Motor unstreitig - und für den Kaufinteressenten ersichtlich - gerade nicht angeschlossen und ferner - wie aus dem Angebot auch hervor geht - nur in einer Wassertonne und nicht beim Betrieb des Boots getestet worden war, nur als Hinweis auf eine oberflächliche Prüfung und keineswegs als Garantie für eine bestimmte Beschaffheit und Leistung des Motors verstanden werden.“*

*Die **Übernahme einer Garantie setzt** - wie nach altem Recht die Zusicherung einer Eigenschaft - voraus, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffheit der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Beschaffheit einzustehen (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346). Mit Rücksicht auf diese weitreichenden Folgen ist insbesondere bei der Annahme einer – grds. möglichen - stillschweigenden Übernahme einer solchen Einstandspflicht Zurückhaltung geboten (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346). Ob der Verkäufer danach eine Garantie für die Beschaffheit der Kaufsache übernommen hat, ist Frage tatrichterlicher Vertragsauslegung. Ob die Angaben zum Zustand des Motors lediglich als **Beschaffheitsangabe** oder als Beschaffheitsgarantie zu werten sind, ist auch unter Berücksichtigung der beim Abschluss des Kaufvertrags über ein Gebrauchtfahrzeug (hier eine gebrauchte Segelyacht) typischerweise gegebenen Interessenlage zu beantworten. Beim privaten Verkauf trifft die für den gewerblichen Verkauf in der Regel maßgebliche Erwägung, dass der Käufer sich auf die besondere Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt und in dessen Erklärungen daher die Übernahme einer Garantie sieht, in der Regel nicht zu. Hier steht vielmehr dem Interesse des Käufers gleichgewichtig das Interesse des Verkäufers gegenüber, für nicht mehr als dasjenige einstehen zu müssen, was er nach seiner laienhaften Kenntnis zu beurteilen vermag (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346). Dies war vorliegend allein die Tatsache, dass der Motor bei dem Probelauf in der Wassertonne lief und der Bekl. annahm, er könne mit den mitverkauften Kabeln und Bowdenzügen ordnungsgemäß installiert werden. Von der Übernahme einer (stillschweigenden) Beschaffheitsgarantie durfte der Kl. als Käufer erst recht deswegen nicht ausgehen, weil der Bekl. eindeutig zu erkennen gegeben hatte, eine solche nicht übernehmen zu wollen. Will der Käufer bei einem privaten Kauf einer gebrauchten Sache eine bestimmte Garantie haben, muss er sich diese regelmäßig ausdrücklich vom Verkäufer vergeben lassen, was hier nicht der Fall ist. Von einer stillschweigenden Garantieübernahme kann beim Privatkauf nur ausnahmsweise ausgegangen werden; wenn über die Angabe hinaus besondere Umstände vorliegen, die bei dem Käufer die berechnete Erwartung wecken, der Verkäufer habe für eine bestimmte Eigenschaft einstehen wollen, was etwa sein kann, wenn der Verkäufer diese auf ausdrückliche Nachfrage erneut bestätigt (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346, dort zum Fall der Laufleistung des Fahrzeugs).“ (OLG Celle aaO).*

- II. **Für ein über das Internetauktionshaus eBay unterbreitetes Angebot gelten insoweit keine Besonderheiten.**

*„Zwar ist der das Internet nutzende Käufer wegen der häufig großen Entfernung zum Verkäufer vor allem auf das in das Internet eingestellte Foto und die Angebotsbeschreibung des Verkäufers angewiesen - anders als der Käufer, der die Kaufsache vor Vertragsabschluss besichtigen und untersuchen kann. Dies ist aber bei jedem anderen Kauf ohne vorherige Inaugenscheinnahme der Kaufsache ebenso. Außerdem hat der Bekl. in dem Internet-Angebot die Kaufinteressenten ausdrücklich dazu aufgefordert, die Kaufsache vor Abgabe eines Gebots zu besichtigen. Unabhängig davon **berechtigt allein die häufig fehlende Möglichkeit oder Fähigkeit, die Angaben des Verkäufers vor Abschluss des Kaufvertrags zu überprüfen, den Käufer nicht zu der Annahme, der Verkäufer wolle, auch ohne dies ausdrücklich erklärt zu haben, für fehlerhafte Angaben unter allen Umständen einstehen und damit ggf. auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haften** (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346).“ (OLG Celle aaO).*

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§§ 631 II, 633

### Flugbeförderungsvertrag kein absolutes Fixgeschäft

BGB

(BGH in NJW 2009, 2743; Urteil vom 28.05.2009 – Xa ZR 113/08)

Ein **Flugbeförderungsvertrag** ist regelmäßig nicht auf ein absolutes Fixgeschäft gerichtet.



„Beim absoluten Fixgeschäft begründet die Nichteinhaltung der Leistungszeit Unmöglichkeit der Leistung (BGHZ 60, 14 = NJW 1973, 318). Die **Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als absolutes Fixgeschäft erfordert daher, dass der Leistungszeitpunkt nach Sinn und Zweck des Vertrags und nach der Interessenlage der Parteien so wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt.**

Diese Voraussetzung **trifft auf die verspätet durchgeführte Beförderungsleistung jedoch nicht zu:** Das Interesse des Fluggastes, sein Ziel möglichst schnell zu erreichen, entfällt bei einer Verspätung des Flugs regelmäßig nicht. Der Vertragszweck kann vielmehr auch durch eine verspätete Beförderung noch erreicht werden. Der Wegfall der primären Leistungspflicht des Luftfahrtunternehmens nach § 275 I BGB, der bedeutete, dass der Fluggast seinen Anspruch auf Beförderung jedenfalls bei einer mehr als nur geringfügigen Verspätung verliere, entspricht mithin regelmäßig nicht der Interessenlage des Gläubigers (so auch Staudinger, RRA 2005, 249 [251]; Führich, Sonderbeil. MDR 7/2007, S. 8). Dies gilt auch, wenn die verspätete Beförderung dazu führt, dass der Anschlussflug nicht mehr erreicht wird. Auch in diesem Fall besteht die Interessenlage des Gläubigers regelmäßig darin, gleichwohl so schnell wie möglich an das Reiseziel befördert zu werden. Dieser Beurteilung steht es nicht entgegen, dass der BGH einen Luftbeförderungsvertrag in einem besonders gelagerten Einzelfall als Fixgeschäft qualifiziert hat (BGH NJW 1979, 495).“ (BGH aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§§ 823 I, 1004

### unzulässiger Eingriff in den Gewerbebetrieb durch unverlangte Zusendung einer E-Mail (BGH in NJW 2009, 2958; Beschluss vom 20.05.2009 – I ZR 218/07)

BGB

Bereits die **einmalige unverlangte Zusendung einer Werbe-E-Mail** kann einen **rechtswidrigen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** darstellen.

I. In **Rspr. und Lit.** ist die Frage umstritten, ob die unverlangte Zusendung von E-Mails mit Werbung an Gewerbetreibende einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt:

- **Zum Teil** wird ein rechtswidriger Eingriff in das geschützte Rechtsgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs jedenfalls bei einer einmaligen Zusendung einer E-Mail mit Werbung verneint.

AG Dresden NJW 2005, 2561 = GRUR-RR 2005, 398; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 7 Rn 199; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 7 Rn 22; Baetge NJW 2006, 1037

- Die **überwiegende Ansicht** bejahen dagegen auch bei einer einmaligen E-Mail-Versendung eine entsprechende Rechtsverletzung.

KG MMR 2002, 685; NJW-RR 2005, 51 = GRUR-RR 2005, 66 - E-Card-Werbung; OLG München MMR 2004, 324; OLG Düsseldorf MMR 2004, 820; OLG Bamberg MMR 2006, 481; OLG Naumburg DB 2007, 911; LG Berlin NJW 2002, 2569; Fezer/Mankowski, UWG, § 7 Rn 97; Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 7 Rn 189

II. **BGH aaO stimmt nunmehr der letztgenannten Ansicht zu.**

„**Unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung beeinträchtigt regelmäßig den Betriebsablauf des Unternehmens.** Mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener E-Mails ist ein **zusätzlicher Arbeitsaufwand** verbunden. Zudem können, soweit kein festes Entgelt vereinbart ist, **zusätzliche Kosten für die Herstellung der Online-Verbindung und die Übermittlung der E-Mail durch den Provider** anfallen. Die Zusatzkosten für den Abruf der einzelnen E-Mail können zwar gering sein. Auch der Arbeitsaufwand für das Aussortieren einer E-Mail kann sich in engen Grenzen halten, wenn sich bereits aus dem Betreff entnehmen lässt, dass es sich um Werbung handelt. Anders fällt die Beurteilung aber aus, wenn es sich um eine größere Zahl unerbetener E-Mails handelt oder wenn der Empfänger der E-Mail ausdrücklich dem weiteren Erhalt von E-Mails widersprechen muss. Mit der häufigen Übermittlung von Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers durch verschiedene Absender ist aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails zulässig ist. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versandmöglichkeit ist ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung mit einem immer weiteren Umfang greifen dieser Werbeart zu rechnen (vgl. BGH NJW 2004, 1655 = WRP 2004, 731).“ (BGH aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 211

### Verdeckungsmord andere Straftat

StGB

(BGH in NStZ-RR 2009, 239; Beschluss vom 21.04.2009 – 1 StR 73/09)

Hat der Täter das **Tatopfer zwar mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt und unterlässt er es anschließend**, zur Verdeckung dieses Geschehens **Maßnahmen zur Rettung** des zunächst überlebenden Opfers **zu ergreifen, so ist der Straftatbestand eines Verdeckungsmordes durch Unterlassen** schon deshalb **nicht gegeben, weil es an einer** für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erforderlichen „**anderen**“ **Straftat fehlt.**

„Nach der **Rspr. des 4. Strafsenats des BGH** fehlt es an einer für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erforderlichen „**anderen**“ Straftat, wenn der Täter das **Tatopfer zunächst mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt** und es **anschließend unterlässt**, zur Verdeckung dieses Geschehens **Maßnahmen zur Rettung des überlebenden Opfers einzuleiten**, selbst wenn zwischen dem Handlungs- und Unterlassensteil eine zeitliche Zäsur liegt (BGHR StGB § 211 II Verdeckung 15; BGH StraFo 2007, 123).

Der Senat sieht keinen Anlass, von dieser **Rspr. des 4. Strafsenats** abzuweichen, auch wenn beachtliche Gründe dagegen sprechen (vgl. hierzu Freund NStZ 2004, 123).“ (BGH aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus



StGB  
§ 222**Fahrlässige Tötung**  
**Sorgfaltspflichten beim Überlassen von Drogen**

StGB

(BGH in NJW 2009, 2611; Urteil vom 29.04.2009 – 1 StR 518/08)

**Derjenige, der einem anderen „reines“ Heroin statt Kokain zum Konsum überlässt**, ohne diesen hierüber entsprechend zu informieren, **handelt sorgfaltswidrig**. Ihm ist daher dessen Tod im Rahmen des § 222 StGB zuzurechnen.

„Als der Angekl. das Rauschgift zum Konsumieren zur Verfügung stellte, verhielt er sich aber insofern sorgfaltswidrig, als er dabei unter **Berücksichtigung des Vorverhaltens der Beteiligten** (konkulent) zum Ausdruck brachte, dem Wunsch O's und seiner Zusage entsprechend handle es sich um Kokain. Denn eine solche Erklärung durfte der Angekl. nur abgeben, wenn er sich zuvor vergewissert hätte, dass er tatsächlich dieses Rauschmittel aushändigt. In diesem Fall hätte er das tatsächliche Risiko und die daraus erwachsenden Folgen ebenso erkennen können (vgl. MüKo-StGB/Hardtung, § 222 Rn 22) wie den Umstand, dass O sein sich selbst gefährdendes Verhalten falsch einschätzen würde (s. auch Jähnke in: LK-StGB, § 222 Rn 21).

**Einer solchen Prüfungspflicht steht nicht entgegen, dass der unerlaubte Umgang mit Betäubungsmitteln generell und hier konkret das Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch (§ 29 I Nr. 6b Alt. 2 BtMG) unter Strafe gestellt ist.** Denn anderenfalls würde derjenige, der sich in ohnehin strafbarer Weise verhält, gegenüber demjenigen besser gestellt, der grds. erlaubt potenziell risikobehaftete Stoffe an andere weitergibt. Beispielsweise haben Ärzte und Apotheker zuvor zu prüfen, ob sie dem Kunden das richtige Medikament aushändigen. Eine solche Auslegung würde darüber hinaus **dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel zuwiderlaufen**, gerade die durch unerlaubte Betäubungsmittel verursachten Gefahren einzudämmen. Ob sich eine solche Prüfungspflicht auch auf den jeweiligen Wirkstoffgehalt des von den Beteiligten (qualitativ und quantitativ) zutreffend eingestuftes Rauschmittels erstreckt, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Bei solchen Konstellationen wird jedenfalls zumeist keine relevante Abweichung von der Vorstellung des Rauschmittelkonsumenten hinsichtlich des von ihm eingegangenen Risikos und damit ein eigenverantwortliches Verhalten vorliegen.“ (BGH aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 269**Fälschung beweisheblicher Daten**  
**Anmeldung eines Accounts unter falschem Namen**

StGB

(OLG Hamm in StV 2009, 475; Beschluss vom 18.11.2008 – 5 Ss 347/08)

Wer einen **Account unter falschen Personalien bei einer Auktionsplattform im Internet anmeldet und anschließend Waren unter diesem Account verkauft**, verwirklicht **nicht den Tatbestand des § 269 StGB**.

I. **Voraussetzung** für die Teilnahme an einer „Online-Auktion“ ist die **Anmeldung des Internetnutzers und die Angabe bestimmter abgefragter Adressdaten gegenüber dem „Auktionshaus“**, die im Falle des Zustandekommens eines Vertrages seitens des Auktionshauses an den jeweiligen Vertragspartner zwecks Abwicklung des Vertrages weitergegeben werden. Unter dem zu vergebenden Pseudonym können dann Waren aller Art zum Verkauf angeboten werden.

1. **§ 269 StGB schützt die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechts- und Beweisverkehrs**, soweit er sich im Zusammenhang mit Datenverarbeitungsvorgängen beweisheblicher Daten bedient und greift ein, wenn in den Computer eingespeiste Daten verändert werden. Die Vorschrift soll dabei die Lücke schließen, die sich aus dem für § 267 StGB allgemein anerkannten, aus der Perpetuierungsfunktion folgenden Erfordernis ergibt, dass die Urkunde eine visuell wahrnehmbare Erklärung verkörpern muss.

Lackner/Kühl StGB, 26. Aufl., § 269, Rn 1; Malek in „Strafsachen im Internet“, 2005, Rn196; Ernst in Hacker, Cracker & Computerviren, 2004, Rn 292; LPK, StGB, 3. Aufl., § 269, Rn 1; MüKo-StGB/Erb, StGB, 1. Auflage, 2006, § 269 StGB, Rn 5

2. Die **Subsumtion eines Sachverhaltes** unter den Tatbestand des § 269 StGB **erfolgt dabei im Wege eines hypothetischen Vergleichs**: Unter der Voraussetzung, dass die fraglichen Daten in visuell wahrnehmbaren Symbolen (Schriftzeichen) verkörpert wären – z.B. in einem Computerausdruck – müssten alle weiteren Urkundsmerkmale des § 267 StGB gegeben sein. Insbesondere **muss ihr Aussteller erkennbar sein**, d.h. derjenige dem die Daten zuzurechnen sind und der den Anschein eines vorhandenen Garantiewillens übernehmen will.

„**Daran fehlt es aber bereits bei der Anmeldung unter falschen Namen beim eBay-Account.** Unabhängig von der Frage, wer Aussteller i. S. des § 269 StGB ist (vgl. zu dieser Problematik Fischer, StGB, 55. Aufl., § 269 StGB, Rn 5a), kann aus der Eingabe des (falschen) Namens der geistige Urheber der abgegebenen Erklärung nicht erkannt werden. Zwar genügt es, dass die Individualisierung des Ausstellers nach Gesetz, Herkommen oder Parteivereinbarung, sei es auch nur für die unmittelbar Beteiligten, aus der Urkunde möglich ist (Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 27. Aufl., § 267, Rn 17).

Allein die Angabe eines (falschen) Namens und einer (Schein-) Adresse im Rahmen einer Internet-Anmeldung reicht hierzu jedoch nicht aus, da **der Name als solcher keine rechtserhebliche Gedankenerklärung enthält und auch nicht hinreichend geeignet ist, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen.** So ist im Bereich des § 267 StGB anerkannt, dass es an einer Ausstellerekenbarkeit dann fehlt, wenn ein Schriftstück bewusst nicht unterzeichnet wird (vgl. hierzu Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn 18; SK-StGB-Hoyer, § 267 Rn 52).

Zwar wird eine Unterschrift im Rahmen eines Datensatzes nicht gefordert (Schönke/Schröder-Cramer, § 269 Rn 20). Die **bloße Eingabe des Namens und der Adresse geben aber keinen hinreichenden garantierten Rückschluss auf die Authentizität**, da es jedem Internet-Nutzer im offenen Medium „Internet“ möglich ist, auch unter einem fiktiven Namen den Zugang zu einer Internet-Plattform zu erlangen. Dem Vertragspartner ist es dabei i. d. R. sogar gleichgültig, wer tatsächlicher Verkäufer ist, solange der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt wird.

Sofern bei dem entsprechenden Auktionshaus anlässlich der Anmeldung die so genannte IP-Adresse - jeder Rechner im Internet erhält beim Zugang zum Internet eine eindeutige Adressierung, bestehend aus einer Netzwerkennung und einer Hostkennung - gespeichert wird, könnte hierüber seitens des Auktionshauses allenfalls



eine hohe Wahrscheinlichkeit der Identifizierung des Rechners vorgenommen werden, von der die Anmeldung erfolgte, nicht aber der Person, die die Daten eingegeben hat. Bei Verwendung eines IP-Spoofing-Programms gibt noch nicht einmal die IP-Adresse die Möglichkeit zur Identifizierung des Rechners.

Etwas anderes gilt lediglich für den Fall, dass der Täter anlässlich einer Anmeldung einen – wie auch immer erworbenen - fremden Signierschlüssel im Sinne des Signaturgesetzes verwendet (Malek in „Strafsachen im Internet, aaO), der allerdings im Rahmen der Anmeldung bei der Auktionsplattform „eBay“ ausweislich der getroffenen Feststellungen nicht zur Anwendung kam.

Unabhängig von dieser Frage führt die Erstellung eines Accounts bei einer Internet-Plattform durch Verwendung komplett oder teilweiser falscher Absenderangaben noch nicht zur Herstellung eines einer unechten Urkunde i. S. des § 267 StGB vergleichbaren Datenbestandes. Es **fehlt** hier bei der Anmeldung **an der für den Urkundscharakter zusätzlich erforderlichen rechtlich relevanten Gedankenerklärung**, da die Einrichtung eines Accounts zunächst ein Vorgang ohne jeden nach außen hin wirkenden Erklärungscharakter ist. Durch die Angabe der Personalien und der Anmeldung erhält der Anmeldende nur eine Zugangsberechtigung und ein Pseudonym, die es ihm erlauben, Ware anderen Besuchern auf der Auktionsplattform anzubieten.“ (OLG Hamm aaO).

- II. Aber auch das jeweilige **Einstellen von Waren unter dem Account/Mitgliedsnamen bei einer Internetplattform erfüllt nicht den Tatbestand des Herstellens falscher Daten**, denn die Auktionsplattform selbst wird durch das Einstellen nicht getäuscht, da das Online-Auktionshaus allein die Ressourcen für die Anbahnung des rechtsgeschäftlichen Kontakts zwischen Anbieter und Käufer zur Verfügung stellt.

„Der potenzielle Käufer wird bei Abgabe eines Gebotes ebenfalls **nicht hinsichtlich der Identität des Verkäufers getäuscht**. Für den Käufer ist lediglich das Pseudonym des Verkäufers erkennbar, ohne dass sich für ihn der tatsächliche Anbieter der Ware erkennen lässt. Für den potentiellen Käufer der Ware handelt es sich bei dem für ihn sichtbaren „Bildschirmangebot“ damit nicht um eine Urkunde i. S. des § 267 StGB und damit auch nicht i. S. des § 269 StGB, da in ihr jeder Hinweis auf den Aussteller der Urkunde fehlt und die teilnehmenden Personen bei der Auktionsplattform wissen, dass Anbieter und Bieter jeweils unter „Decknamen“ auftreten. Die Anonymität ist für jeden, sei es Käufer oder Verkäufer, ohne Weiteres erkennbar und von der Internetplattform auch bezweckt. Insoweit handelt es sich um einen Fall der offenen Anonymität (vgl. Schönke/Schröder-Cramer, § 267, Rn. 18).

Unabhängig davon handelt es sich bei **der Einstellung eines Angebotes nicht um einen unechten Datenbestand i. S. d. § 269 StGB**, da scheinbarer und tatsächlicher Aussteller identisch sind. Soweit das Angebot inhaltlich falsch ist, handelt es sich um eine **Datenlüge, vergleichbar einer schriftlichen Lüge i. S. d. § 267 StGB**.“ (OLG Hamm aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StAG  
§ 3 I Nr. 1,4

### Staatsangehörigkeitsfähigkeit ungeborenes Kind

öfR

(OVG Bautzen in NJW 2009, 2839; Beschluss vom 22.06.2009 – 3 D 79/08)

Ein ungeborenes Kind ist noch nicht staatsangehörigkeitsfähig.

„Art. 11 GG garantiert als Deutschengrundrecht eine Freiheit, die historisch und funktional mit dem Status der Staatsbürgerschaft eng verknüpft ist (vgl. Maunz/Dürig, GG, Art. 11 Rn 54). **Maßgeblich ist insoweit die in Art. 116 I GG enthaltene Definition des Deutschen**. Die dort als die die Eigenschaft des Deutschen vermittelnd genannte - nur hier in Betracht kommende - **deutsche Staatsangehörigkeit kann jedoch frühestens mit der Geburt erworben werden** (§§ 3 I Nr. 1, 4 StAG). Der nasciturus, d.h. das ungeborene Kind, ist mithin noch nicht staatsangehörigkeitsfähig.

Die in der Beschwerde angeführte Rspr. des OLG Schleswig (NJW 2000, 1271) ist hierfür ohne Bedeutung, da sie die - hier nicht streitgegenständliche - besonders gesetzlich geregelte Frage der vorgeburtlichen Beistandschaft nach §§ 1712 ff. BGB betrifft. Art. 11 GG vermag damit keine vorgeburtlichen Schutzwirkungen zu Gunsten des Ast. zu 2 zu entfalten.“ (OVG Bautzen aaO).



## Entscheidungen Verfahrensrecht

**BGB § 779 Fortgesetzes Ausgangsverfahren bei Prozessvergleich ZPO  
Zulässigkeit gesonderter Rückforderungsklage**

(OLG Koblenz in OLGR 2009, 615, Urteil vom 25.03.2009 – 13 UF 623/08)

1. Die ursprüngliche Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs ist durch Fortsetzung des Ausgangsverfahrens geltend zu machen.
2. Der Kläger hat im fortgesetzten Verfahren die Möglichkeit, **Rückforderungsansprüche** geltend zu machen. Für eine **gesonderte Klage** fehlt ihm das **Rechtsschutzbedürfnis**.
2. In der Rechtssprechung **allgemein anerkannt**, dass auch die **Geltendmachung verfahrensrechtlicher Rechte den Grundsätzen von Treu und Glauben unterliegt** und dass diese verwirkt werden können mit der Folge, dass sie nicht mehr ausgeübt werden dürfen.
3. Die am Prozessrechtsverhältnis beteiligten Parteien haben den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten, der als allgemeines Prinzip auch für den Zivilprozess gilt. **Prozessuale Möglichkeiten dürfen nicht missbräuchlich ausgenutzt werden**.
4. Die **Rückforderungsklage bleibt** auch nach Beendigung des fortgesetzten Ausgangsverfahrens **unzulässig**, wenn die Ansprüche dort hätten geltend gemacht werden können.

### A. Grundlagenwissen: Wirkung 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).

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

#### I. 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 1999, 2903 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.

##### 1. Prozess wurde beendet

Geht das Gericht von der prozessbeendenden Wirkung des Vergleichs aus, so ergeht nach h.M. ein **Feststellungsurteil** mit dem Inhalt, dass der Rechtsstreit beendet ist. Es ergeht keine Entscheidung in der Sache.

*Beispiel:*

1. *Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit durch den Vergleich vom 09.05.2005 erledigt ist.*
2. *Der Kläger trägt die weiteren Kosten des Rechtsstreits.*
3. ....

Nach **anderer Ansicht** hingegen war das Begehren darauf gerichtet, ein bereits beendetes Verfahren fortzuführen, so dass dieses Begehren als unzulässig abzuweisen ist.

**Beispiel:**

1. *Die Klage wird abgewiesen.*
2. *Der Kläger trägt die weiteren Kosten des Rechtsstreits.*
3. ....

## 2. Prozess wurde nicht beendet

Fehlt es aber nach Auffassung des Gerichts an der prozessbeendenden Wirkung, so ist über die **Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglich eingereichten Klage durch Endurteil** zu entscheiden. In die Entscheidung ist dann auch ein möglicher Rückforderungsanspruch wegen der aufgrund des unwirksamen Vergleichs erbrachten Leistungen mit einzubeziehen. In den **Entscheidungsgründen** ist zunächst darzulegen, dass der **Rechtsstreit nicht durch Vergleich beendet** wurde. Erst **danach** sind **Zulässigkeit** und **Begründetheit** der Klage zu prüfen.

Fraglich ist, ob das Gericht über die prozessbeendende Wirkung des Prozessvergleichs durch **Zwischenurteil** gem. § 303 ZPO entscheiden darf. Handelt es sich hierbei nur um einen **prozessualen Zwischenstreit**, so ist die Frage einem Zwischenurteil zugänglich. Geht man hingegen davon aus, dass es sich beim Streit um die Wirksamkeit eines Vergleichs um einen **materiell-rechtlichen Streit** handelt, welcher das Bestehen des klägerischen Anspruchs betrifft, so verbietet sich eine Entscheidung durch Zwischenurteil. Welcher Fall im Zusammenhang mit dem Prozessvergleich vorliegt, ist umstritten.

Der **BGH** geht wohl davon aus, dass es sich um einen **prozessualen Zwischenstreit** handelt, der einer Entscheidung durch Zwischenurteil nach § 303 ZPO zugänglich ist. In Prüfungsarbeiten wird dies jedoch regelmäßig nicht der Fall sein. Vielmehr ist der Zwischenstreit hinsichtlich der prozessbeendenden Wirkung des Vergleichs im Rahmen der Entscheidungsgründe des Sachurteils zu darzustellen.

## II. 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. Zulässigkeit gesonderter Rückforderungsklage bei Fortsetzung des Ausgangsverfahrens wegen Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs (OLG Koblenz, OLGR 2009, 615)

**Fall:** Die Ehe der Parteien ist seit 08.07.2007 rechtskräftig geschieden. Im Verfahren vor dem AG Koblenz hatte die Klägerin Trennungs- und Kindesunterhalt geltend gemacht. Hier wurde im Termin vom 24.07.2003 ein Vergleich geschlossen. Dabei hatte die Beklagte nicht offenbart, dass sie außer ihren Einkünften aus einer Halbtagsstätigkeit ab April 2003 weitere Einnahmen aus einer geringfügigen Beschäftigung i.H.v. 400 € erzielte.

Nachdem der Kläger hiervon erfahren hatte, focht er durch Schreiben vom 01.09.2004 den Vergleich wegen arglistiger Täuschung an und erhob Abänderungsklage, die in 1. Instanz Erfolg hatte, aber auf die Berufung der Beklagten durch Senatsurteil vom 16.1.2006 als unzulässig abgewiesen wurde mit der Begründung, die Unwirksamkeit des Vergleichs sei im Ausgangsverfahren geltend zu machen. Jenes sei aufgrund der Unwirksamkeit des Prozessvergleichs nicht beendet, denn die infolge der Anfechtung materielle Unwirksamkeit führe auch zur Unwirksamkeit des Vergleichs als Prozessbeendungsvertrag.

Im Ausgangsverfahren, das daraufhin fortgeführt wurde, wurde der jetzige Kläger dann durch Urteil v. 26.07.2007 verurteilt, Trennungsunterhalt bis einschließlich März 2003 zu zahlen, die weitergehende Klage wurde – wegen Verwirkung – abgewiesen. Durch Senatsurteil vom 10.03.2008 wurde der vom jetzigen Kläger zu zahlende Betrag noch ermäßigt, weil insoweit der Anspruch bereits erfüllt sei.

Nunmehr begehrt der Kläger mit der am 30.12.2005 eingegangenen und am 20.01.2006 zugestellten Klage die Rückzahlung von für die Zeit von April 2003 bis August 2004 gezahlten Unterhaltsbeträgen (je 491 €) sowie von verauslagten Vollstreckungskosten i.H.v. 186,66 €, insgesamt 8.533,66 € nebst Zinsen. Über diese Klage wird am 18.09.2008 entschieden.

Wird er hiermit Erfolg haben?

Der Kläger wird mit seiner Klage Erfolg haben, wenn diese zulässig und begründet ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage ist das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers zweifelhaft.

### I. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis wegen Möglichkeit der Geltendmachung im fortgesetzten Ausgangsverfahren

Da die Unwirksamkeit des Vergleichs geltend gemacht wurde, musste das Ursprungsverfahren fortgeführt werden. Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsgegenklage besteht nicht, da die rechtliche Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs durch die Fortsetzung des bisherigen Rechtsstreits geklärt werden kann.

*„Der **BGH verneint** „in Fortführung dieser Rechtsprechungsgrundsätze das **Rechtsschutzbedürfnis** für eine **Klage auf Rückforderung** der aufgrund eines – behauptet – nichtigen Vergleichs erbrachten Leistungen jedenfalls dann, wenn diese, wie im Streitfall, ausschließlich die durch den Vergleich auf eine neue Grundlage gestellte Klageforderung des Ursprungsverfahrens betreffen“ (BGH, NJW 1999, 2903; vgl. auch Zöller/Stöber, ZPO 27. Aufl., Rn. 15a zu § 794; Musielak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl., Rn. 21 zu § 794). Zwar sei die **Rückforderung** der erbrachten Leistungen ggü. der Ursprungsverforderung ein **anderer Streitgegenstand**. Sie beruhe auf einem anderen Klagegrund, nämlich der behaupteten Unwirksamkeit des Prozessvergleichs. Dies bedeute jedoch, dass die **Entscheidung in der Sache** in gleicher Weise wie eine Weiterverfolgung der ursprünglichen Klageforderung **von der Wirksamkeit des Vergleichs abhängt** und dass die gegen ein Rechtsschutzbedürfnis für eine neue Klage sprechenden Erwägungen in vollem Umfang auch hier gälten. Trotz der formalen Verschiedenheit der Streitgegenstände sei die **Rückforderung** das „**Spiegelbild**“ der **ursprünglichen Klageforderung**, die unlösbar in das Prozessrechtsverhältnis des Ursprungsverfahrens eingebettet sei.“ (OLG Koblenz aaO)*

Ausgehend von diesen Grundsätzen fehlte also der im Januar 2006 zugestellten Klage das Rechtsschutzbedürfnis, denn der Rückforderungsanspruch hätte im

Ausgangsverfahren gemacht werden können und müssen. Dieses wurde erst durch Senatsurteil vom 10.03.2008 beendet. Allerdings kommt es für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Klage auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung an. Über die vorliegende Klage wird aber zu einem Zeitpunkt entschieden, zudem das fortgesetzte Ausgangsverfahren bereits beendet ist.

„Nun wird man nach Beendigung des fortgesetzten Ausgangsverfahrens kaum mehr davon sprechen können, für die Klage fehle noch das Rechtsschutzbedürfnis. Denn die Forderung, deren materiell-rechtliches Bestehen unterstellt, kann nun nicht mehr in jenem Prozess geltend gemacht werden.“ (OLG Koblenz, aaO)

## II. „Zulässigwerden“ nach Beendigung des fortgesetzten Ausgangsverfahrens

Fraglich ist jedoch, ob der Geltendmachung im vorliegenden Verfahren nicht der Vorwurf der Treuwidrigkeit entgegensteht, da die verfolgten Ansprüche im fortgesetzten Ausgangsverfahren hätten geltend gemacht werden können.

„Wenn jedoch die Partei die **Möglichkeit hatte** und, wollte sie nicht die Abweisung als unzulässig riskieren, sogar gehalten war (BGH, NJW 1999, 2903), eine **Forderung in einem bereits laufenden Prozess gelten zu machen**, drängt sich die Frage auf, ob es im **Ermessen der Partei liegt**, einfach den Ausgang dieses Prozesses abzuwarten (oder wie hier: den bereits rechtshängigen Rückforderungsprozess nicht weiter zu betreiben), um dann in einem neuen Verfahren eben jene Forderung zugänglich zu machen.

Dies würde den Begriff des **Rechtsschutzbedürfnisses**, wie ihn der BGH in der o.g. Entscheidung entwickelt hat, konterkarieren. Dessen **Sinn** ist es, den Zugang zu den Gerichten (nur) dann zu garantieren, wenn die Partei **nicht auf anderem, einfacheren Wege** ihr Ziel erreichen kann.

Die am Prozessrechtsverhältnis beteiligten Parteien haben den Grundsatz von **Treu und Glauben** zu beachten, der als allgemeines Prinzip auch für den Zivilprozess gilt. **Prozessuale Möglichkeiten dürfen nicht missbräuchlich ausgenutzt werden** (vgl. grundsätzlich : Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., Rz. 221 ff., Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., Rz. 17 zu § 242).“

Dieser Grundsatz ist allerdings **nur anwendbar**, wenn es um **prozessuale Verstöße** geht und wenn keine vorrangigen Regelungen eingreifen. Materiell-rechtliche Treuwidrigkeiten etwa, die im Prozess erfolgen, haben auch nur materiell-rechtliche Wirkung (Brehm, a.a.O., Rz. 223 ff.).

„Im übrigen sind aber die regelmäßig unter § 242 BGB subsumierten Fallgruppen auch im Prozess einschlägig (etwa: Schikaneverbot, venire contra factum proprium, Verwirkung, Rechtsmissbrauch).

Hier hat der Kläger die **prozessuale Situation**, bei der nicht mehr auf das fehlende Rechtsschutzbedürfnis abgestellt werden kann, **in treuwidriger Weise erlangt**, indem das vorliegende Verfahren zunächst im Hinblick auf das fortgesetzte Ausgangsverfahren nicht mehr betrieben und erst ende 2007 wieder aufgenommen wurde, um dann nach Beendigung jenes Verfahrens, in dem die Forderung an sich hätte geltend gemacht werden müssen, diese hier weiter zu verfolgen.“ (OLG Koblenz, aaO)

Hierdurch könnte **Verwirkung** eingetreten sein.

„Diese Verwirkung setzt einen **längeren Zeitraum** voraus, währenddessen die Möglichkeit der Einleitung von Verfahrensschritten bestand. Diese Möglichkeit muss dem Berechtigten **bewusst gewesen** sein. (OVG Thür., Beschl. v. 16.12.2008 – 2 EO 228/08, juris). Der positiven Kenntnis steht es **regelmäßig gleich**, wenn die **fragliche Streitfrage** in der höchstrichterliche Rechtsprechung **seit längerem geklärt** ist. Das war hier seit der oben zitierten BGH-Entscheidung der Fall (vgl. Musielak/Lackmann, ZPO 6. Aufl., Rz. 21 zu §794; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl., Rz. 15a zu § 794).

Wenn der Kläger gleichwohl über zumindest zwei Jahre hin nicht die Konsequenzen hieraus gezogen hat, so bleibt die bereits **ursprünglich wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässige Klage auch weiterhin aus dem Gesichtspunkt der prozessualen Verwirkung unzulässig**.

Der Senat lässt die Revision zu, weil die Frage **bisher höchstrichterlich nicht geklärt** ist, ob – in Konsequenz von BGH, NJW 1999 2903 – die mangels Rechtsschutzbedürfnisses **ursprünglich unzulässige Rückforderungsklage unzulässig bleibt**, wenn der Ausgangsprozess beendet ist, in dem die Forderung ursprünglich über einen längeren Zeitraum hätte geltend gemacht werden können und müssen.“ (OLG Koblenz, aaO)

**Ergebnis:** Die Klage ist unzulässig und hat daher keinen Erfolg.

(BGH in NJW-RR 2009, 1169; *Urteil vom 20. 3. 2009 - V ZR 208/07*)

1. Die verjährungshemmende Wirkung der Aufrechnung gem. § 204 I Nr. 5 BGB tritt **nur in Höhe der Forderung ein, gegen die aufgerechnet wird.**
2. Das **VermG** sieht eine Saldierung gegenseitiger Ansprüche nicht vor. Diese sind **selbständig** und müssen **gesondert geltend gemacht** werden.

### A. Grundlagenwissen: Aufrechnung im Prozess

Im Prozess steht dem Beklagten als **Verteidigungsmittel** auch die Aufrechnung zur Verfügung. Dies kann dergestalt erfolgen, dass eine Aufrechnung schon vorprozessual erklärt wurde und sich der Beklagte nunmehr im Prozess hierauf beruft oder aber eine Aufrechnungserklärung erfolgt erst im Prozess durch **Prozesshandlung**.

Soweit eine Aufrechnung in einen Prozess eingeführt wird, sind zwei Wirkungen zu unterscheiden:

Zum einen muss **materiell-rechtlich** eine **Aufrechnungskklärung** erfolgt sein oder im Prozess erfolgen. Hierbei handelt es sich um die **Ausübung des Gestaltungsrechts** nach § 387 BGB durch entsprechende Erklärung nach § 388 BGB. Wird die Aufrechnung im Prozess erklärt, so ist sie eine **Prozesshandlung**, so dass alle **Wirksamkeitsvoraussetzungen** für eine solche vorliegen müssen.

Zum anderen muss sich der Beklagte **auf diese Aufrechnung im Prozess berufen**. Hierbei handelt es sich um eine **prozessuale Einrede**. Eine Aufrechnung wird im Prozess daher niemals von Amts wegen berücksichtigt, sondern nur, wenn der Beklagte sich hierauf auch beruft. Geschieht dies, so ist die **Verjährung** des Gegenanspruchs nach § 204 I Nr. 5 BGB für die Dauer des Verfahrens **gehemmt**. Allerdings kann diese Wirkung nicht über die Klageforderung hinausgehen. Auch die Berufung auf die Aufrechnung ist eine **Prozesshandlung**, für welche die entsprechenden **Wirksamkeitsanforderungen** erfüllt sein müssen.

Die **h.M.** geht davon aus, dass die Gegenforderung trotz der Aufrechnung im Prozess nicht rechtshängig wird. Nach § 261 I ZPO werde nur die Klageforderung rechtshängig. Eine Eventualaufrechnung steht daher auch einer Geltendmachung der Forderung im Wege der Widerklage nicht im Wege (vgl. BGH NJW 1972, 450; BGH NJW 1973, 421; BGH NJW 1977, 1687; Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht § 102 III 2; MüKo- Peters § 145 ZPO Rn. 29; Zöller-Greger § 145 ZPO Rn. 18; Palandt-Grüneberg § 388 BGB, Rn. 6; AK-BGB-Brüggemeier §§ 387 bis 389 BGB Rn. 31; Bamberger/Roth-Dennhardt § 388 BGB Rn. 10). Gleichwohl tritt durch die Aufrechnung nach § 204 Nr. 5 BGB eine **Hemmung der Verjährung** ein.

### B. Verjährungshemmung durch Aufrechnung im Prozess (BGH in NJW-RR 2009, 1169)

**Fall:** K erwarb 1932 ein Grundstück in Halle an der Saale und bebaute es mit einem Bürogebäude. 1936 verlor er es verfolgungsbedingt an die E, die 1973 ihrerseits enteignet wurde. 1990 beantragte K die Rückübertragung des Grundstücks nach dem Vermögensgesetz. 1991 erhielt E das Grundstück im Rahmen einer Unternehmensrestitution zurückübertragen. Sie nahm zwei Darlehen über zusammen 900000 DM auf, sicherte sie durch eine entsprechend hohe Grundschuld ab und ließ das Gebäude instand setzen. Die Darlehen wurden aus den Mieterträgen bedient. Mit einem Ende 1998 bestandskräftig gewordenen Restitutionsbescheid wurde das Grundstück dem K rückübertragen; im August 1999 übergab es ihm die E. K verlangt mit der Klage seit September 1999 anhängigen Klage von den E die vollständige Freistellung von der eingetragenen Grundschuld in Höhe von 460.162,69 Euro (= 900.000 DM). Diese lehnen die Freistellung ab und machen widerklagend einen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von 154.160,26 Euro geltend. Hiergegen hat K im November 1999 die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Auskehr von Mieteinnahmen erklärt.

Das LG hat E unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Freistellung des K von der Grundschuld in Höhe von 209.629,67 Euro verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufungen der Parteien sind Klage und Widerklage insgesamt abgewiesen worden. Dieses Urteil hat der BGH auf die Revision des K aufgehoben und ausgesprochen, dass die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

Nunmehr hat das OLG Naumburg (BeckRS 2009, 12304) E unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, K von der Grundschuld und dem dieser zu Grunde liegenden Darlehen in Höhe von 291.825,53 Euro zu befreien; ferner hat es E - auf Grund einer zwischenzeitlich am 21.06.2006 erfolgten, auf Auskehr von Mieteinnahmen gestützten Klageerweiterung trotz der von E erhobenen Einrede der Verjährung - verurteilt, an K 168.726 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Die Widerklage hat das OLG Naumburg im Hinblick auf die von K erklärte Aufrechnung abgewiesen.

Mit der von dem Senat zugelassenen Revision wenden sich E gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 168.726 Euro.

Wie wird das Gericht entscheiden?

K könnte gegen E einen Anspruch auf Auskehr der Mieteinnahmen nach § 7 VII 2 VermG haben. Die grundlegenden Voraussetzungen eines solchen Anspruch liegen ohne weiteres vor. Fraglich ist jedoch, ob K nicht den Anspruchsteil, welcher den ursprünglichen Aufrechnungsbetrag übersteigt, mit der Klageerweiterung am 21.06.2006 zu spät geltend gemacht hat.

### 1. Erlöschen des Anspruchs

Der Anspruch könnte nach § 7 VIII 2 VermG erloschen ist. Danach sind Ansprüche nach § 7 VII VermG **innerhalb eines Jahres** nach Bestandskraft des Bescheides über die Rückübertragung schriftlich geltend zu machen. Die Bestandskraft des Rückübertragungsbescheides ist Ende 1998 eingetreten, so dass eine Geltendmachung bis Ende 1999 hätte erfolgen müssen. Diese Geltendmachung erfolgte im November 1999 durch die Berufung auf die Aufrechnung. Sie setzt **nicht** die **genaue Bezifferung** voraus, so dass die schlichte Geltendmachung im Rahmen der Aufrechnung ein Erlöschen des Anspruch verhindert.

### 2. Verjährung

Selbst wenn der Anspruch auf Auskehr der Mieteinnahmen nach § 7 VIII 2 VermG rechtzeitig geltend gemacht wurde, so unterliegt er gleichwohl der Verjährung (BGH, NZM 2006, 153).

#### a) Bestimmung der Verjährungsfrist

Bei Entstehung des Anspruch galt nach § 195 BGB a.F. eine **Verjährungsfrist** von **30 Jahren**. Diese Verjährungsfrist wurde durch die Neufassung des BGB 2002 **auf 3 Jahre verkürzt**.

Nach der Überleitungsvorschrift des **Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB** wird diese verkürzte Frist vom 01.01.2002 an berechnet.

#### b) Berechnung des Fristlaufs

*„Die Verjährung des Anspruchs aus § 7 VII VermG begann mit dem auf die Bestandskraft des Restitutionsbescheids vom 09.11.1998 folgenden Tag zu laufen (§ 198 S. 1 BGB a.F. i.V.m. § 7 VII 3 VermG).*

*Zwar ist auch in den Übergangsfällen § 199 BGB anzuwenden, so dass die Frist **nicht zu laufen beginnt**, bevor der Gläubiger unter anderem von den den **Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt** oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584). Das ist hier aber der Fall.*

*K wusste, dass ihm ein die Widerklageforderung erheblich übersteigender Betrag zustehen konnte. Die Frist ist daher, vorbehaltlich einer rechtzeitigen Hemmung (§§ 203ff. BGB), am 31.12.2004 abgelaufen.“ (BGH aaO)*

#### c) Wahrung der Verjährungsfrist

Die Klageerweiterung ist erst am 21.06.2006, also nach Ablauf dieser Verjährungsfrist erfolgt. Gleichwohl wäre die Geltendmachung dann nicht ausgeschlossen, wenn der Verjährungslauf gehemmt war.

### aa) Hemmung durch Aufrechnung

„Die gegenüber der Widerklageforderung erklärte Aufrechnung des K konnte den Lauf der Verjährungsfrist hinsichtlich des mit der Klageerweiterung geltend gemachten Anspruchs nicht unterbrechen (§ 209 II Nr. 3 BGB a.F.) oder hemmen (§ 204 I Nr. 5 BGB n.F.). Denn diese Wirkung tritt **nur in Höhe der Forderung ein, gegen die aufgerechnet wird** (vgl. BGH, NJW 1990, 2680 [2681] m.w.N.), hier also nur in Höhe der Widerklageforderung von 154.160,26 Euro. Da die Aufrechnung in vollem Umfang Erfolg hatte, ist der Anspruch des Kl. auf Auskehr vereinnahmter Mieten insoweit erloschen (§ 389 BGB).“ (BGH aaO)

Eine andere Beurteilung folgt nicht daraus, dass die Verjährungshemmung nach § 204 I Nr. 5 BGB unabhängig davon eintritt, ob über die Aufrechnung eine gerichtliche Entscheidung in Betracht kommt (BGHZ 176, 128 = NJW 2008, 2429 = WM 2008, 1329 [1330] Rn. 18). Dies bedeutet, dass die **Verjährung** auch durch eine **Aufrechnung gehemmt** wird, die **unzulässig** ist oder über die **aus anderen Gründen** von vornherein **nicht materiell-rechtlich entschieden** werden kann.

**Unverzichtbar** bleibt allerdings, dass sich die Aufrechnung **gegen eine Forderung** richtet, die **Gegenstand des Rechtsstreits** ist. Das folgt daraus, dass die Vorschrift des § 204 I Nr. 5 BGB die **Geltendmachung einer Aufrechnung „im Prozess“** regelt und damit voraussetzt, dass der die Aufrechnung Erklärende sich in einem Rechtsstreit (**irgend-)einer gegen ihn gerichteten Forderung** ausgesetzt sieht. Daran fehlt es, wenn dort keine Hauptforderung geltend gemacht wird, gegen die aufgerechnet werden könnte. So liegt es auch hier, denn die Bekl. haben (wider-) klageweise zu keiner Zeit einen Ersatzanspruch in Höhe von 490.000 DM, sondern, wie dargelegt, stets nur 154.160,26 Euro geltend gemacht.“ (BGH aaO)

### bb) Hemmung durch Saldierung

„Schließlich ist auch eine etwaige Erklärung des K, er wünsche eine Gesamtsaldierung, nicht geeignet, die Verjährung des den Betrag von 154.160,26 Euro übersteigenden Anspruchs gem. § 7 VII VermG zu hemmen. Für die **gegenseitigen Ansprüche** des Berechtigten und des Verfügungsberechtigten sieht das **Vermögensgesetz keine Saldierung** vor. Es handelt sich vielmehr um **eigenständige Ansprüche**, die entweder im Wege der Aufrechnung geltend gemacht (vgl. § 7 VII 4 VermG sowie Senat, ZfIR 2007, 72 = BeckRS 2006, 08640) oder, wenn dies wegen fehlender Gleichartigkeit nicht möglich ist, selbstständig eingeklagt werden müssen.“ (BGH aaO)

StPO **Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails** StPO  
 §§ 94 ff. **die Regelungen der §§ 94 ff. StPO sind verfassungsgemäß**  
 (BVerfG in NJW 2009, 2431; Urteil vom 16.06.2009 – 2 BvR 902/06)

1. Die **Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails auf dem Mailserver des Providers** sind **am Grundrecht auf Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses** aus Art. 10 I GG zu messen.
2. **§§ 94ff. StPO genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen**, die an eine gesetzliche Ermächtigung für derartige Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis zu stellen sind.

**Fall:** Die StA führt ein Ermittlungsverfahren wegen Betrugs und Untreue gegen die Besch. S und G, die am 11.10.2004 mit zwei Vertragspartnern einen Anlage- und Managementvertrag geschlossen hatten. Die Besch. vermittelten laut Vertragsinhalt Investitions- und Handelsobjekte an Firmen ihrer Vertragspartner. Im Vertrag heißt es, dass alle Projekte über die Firma des Bf. und die Firma E realisiert und abgewickelt würden. Der Besch. S soll den Ermittlungen zufolge anlässlich der geplanten Errichtung einer Produktionsstätte in Indien wahrheitswidrige Angaben über eine bereits getroffene Entscheidung der V-AG gemacht und dadurch über einen Joint-Venture-Partner Geld erhalten haben. Das Geld soll auf das Konto der Firma F gelangt sein, über das der Bf. verfügungsberechtigt gewesen sein soll. Von dort aus soll er eine Barverfügung in Höhe von über 54.000 € und Überweisungen in Höhe von insgesamt mehr als 775.000 € auf das Konto der Firma E vorgenommen haben, über das er ebenfalls verfügungsberechtigt gewesen sein soll. Von dem letztgenannten Konto sollen anschließend mehr als 100.000 € auf ein Privatkonto des Besch. S überwiesen worden sein.

Das AG ordnete im Zuge der Ermittlungen gegen die Beschuldigten S und G die Durchsuchung der Wohnung des Bf. an, um Unterlagen und Datenträger zu den Unternehmen der Firmen F und E und deren Konten sowie Unterlagen und Dateien aufzufinden, die Aufschluss über den Grund von Bar- und Überweisungsverfügungen des über die Konten verfügungsberechtigten Bf. geben könnten. Das AG setzte hinzu: „Ferner wird gem. §§ 100g, 100h StPO die Auswertung von gegebenenfalls zu beschlagnahmenden Datenträgern gestattet, insbesondere von Textdateien und E-Mail-Verkehr.“

Der Bf. nutzte für den Zugriff auf seine E-Mails das sog. Internet Message Access Protocol (IMAP). Empfangene E-Mails wurden nicht standardmäßig auf seinen lokalen Rechner übertragen, sondern blieben auch nach dem Abruf in einem zugangsgesicherten Bereich auf dem Mailserver seines Providers gespeichert. Zum Abruf der E-Mails war eine Internetverbindung herzustellen. Bei der Durchsuchung seiner Wohnung wies der Bf. die Ermittlungspersonen auf diese Sachlage hin und stellte eine Internetverbindung her. Dann verwahrte er sich aber gegen einen Zugriff auf die E-Mails, weil der Durchsuchungsbeschluss dies nicht zulasse.

Das AG ordnete daraufhin gem. §§ 94, 98 StPO die Beschlagnahme der Daten auf dem E-Mail-Account des Bf. bei seinem Provider an. Die auf dem E-Mail-Account des Bf. gespeicherten Daten seien als Beweismittel in dem nicht gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren von Bedeutung. Der Bf. wusste von diesem Beschluss, der fernmündlich von der StA aus seinen Räumen beantragt und vom AG dorthin übermittelt worden war. Am selben Tag wurden beim Provider die gesamten etwa 2500 E-Mails des Bf., die auf dem Mailserver gespeichert worden waren, auf einen Datenträger kopiert und den Ermittlungsbehörden übergeben. Der hiergegen gerichteten Beschwerde half das AG nicht ab und legte sie dem LG zur Entscheidung vor. Zugleich ordnete es die Beschlagnahme derjenigen Dateien an, in denen ein Zusammentreffen der Besch. mit ihren beiden Vertragspartnern und dem Bf. vermerkt sei, sowie derjenigen Daten, die sich auf Geschäftsbeziehungen mehrerer im Einzelnen benannter Unternehmen und Projekte bezögen. Das LG verwarf die Beschwerde.

Zu prüfen ist, ob die angegriffenen Beschlüsse den Bf. in seinen Grundrechten verletzen.

- I. Grds. sind die Sicherstellung und Beschlagnahme von auf dem Mailserver des Providers zwischen- und endgespeicherten E-Mails am **Grundrecht auf Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 I GG** zu messen.
  1. Das **Fernmeldegeheimnis schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs**. Die **Reichweite des Grundrechts** erstreckt sich ungeachtet der Übermittlungsart (Kabel oder Funk, analoge oder digitale Vermittlung) und Ausdrucksform (Sprache, Bilder, Töne, Zeichen oder sonstige Daten) auf **sämtliche Übermittlungen von Informationen mit Hilfe verfügbarer Telekommunikationstechniken**.

vgl. BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822; BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822

- a) Der **Schutz des Fernmeldegeheimnisses** umfasst dabei in erster Linie den **Kommunikationsinhalt** sowohl privater, geschäftlicher, politischer als auch sonstiger Natur. Daneben sind die **Kommunikationsumstände vor Kenntnisnahme** geschützt.

vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 107, 299 = NJW 2003, 1787; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603; BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822; BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619

- b) Der **Grundrechtsschutz erstreckt sich jedoch nicht auf die außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs** im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers **gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation**. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet insoweit in dem Moment, in dem die E-Mail beim Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist.

vgl. BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822

- c) Demgegenüber ist der **zugangsgesicherte Kommunikationsinhalt in einem E-Mail-Postfach**, auf das der Nutzer nur über eine Internetverbindung zugreifen kann, **durch Art. 10 I GG geschützt** (vgl. auch BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822).

*„Das Fernmeldegeheimnis knüpft an das Kommunikationsmedium an und will jenen Gefahren für die Vertraulichkeit begegnen, die sich gerade aus der Verwendung dieses Mediums ergeben, das einem staatlichem Zugriff leichter ausgesetzt ist als die direkte Kommunikation unter Anwesenden (vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55). Die auf dem Mailserver des Providers vorhandenen E-Mails sind nicht im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers, sondern des Providers gespeichert. Sie befinden sich nicht auf in den Räumen des Nutzers verwahrten oder in seinen Endgeräten installierten Datenträgern. Der Nutzer kann sie für sich auf einem Bildschirm nur lesbar machen, indem er eine Internetverbindung zum Mailserver des Providers herstellt. Zwar kann der Nutzer versuchen, die auf dem Mailserver gespeicherten E-Mails durch Zugangssicherungen - etwa durch Verwendung eines Passworts - vor einem ungewollten Zugriff Dritter zu schützen. Der Provider und damit auch die Ermittlungsbehörden bleiben jedoch weiterhin in der Lage, jederzeit auf die auf dem Mailserver gespeicherten E-Mails zuzugreifen. Der Kommunikationsteilnehmer hat keine technische Möglichkeit, die Weitergabe der E-Mails durch den Provider zu verhindern. Dieser technisch bedingte Mangel an Beherrschbarkeit begründet die besondere Schutzbedürftigkeit durch das Fernmeldegeheimnis. Dies gilt unabhängig davon, ob eine E-Mail auf dem Mailserver des Providers zwischen- oder endgespeichert ist. In beiden Fällen ist der Nutzer gleichermaßen schutzbedürftig, weil sie sich hinsichtlich der faktischen Herrschaftsverhältnisse nicht unterscheiden.“ (BVerfG aaO).*

- d) Dem Schutz der auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails **durch Art. 10 I GG steht nicht entgegen, dass** während der Zeitspanne, während derer die E-Mails auf dem Mailserver des Providers „ruhen“, ein **Telekommunikationsvorgang in einem dynamischen Sinne nicht stattfindet**.

*„Zwar definiert § 3 Nr. 22 TKG „Telekommunikation“ als den technischen Vorgang des Aus-sendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen und bezieht sich nicht ausdrücklich auch auf statische Zustände. Art. 10 I GG folgt indes nicht dem rein technischen Telekommunikationsbegriff des Telekommunikationsgesetzes, sondern knüpft an den Grundrechtsträger und dessen Schutzbedürftigkeit auf Grund der Einschaltung Dritter in den Kommunikationsvorgang an (vgl. BVerfG NJW 2007, 351).“ (BVerfG aaO).*

- e) Der **Schutz** der auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails durch das Fernmeldegeheimnis **entfällt auch nicht dadurch, dass ihr Inhalt oder Eingang vom Empfänger möglicherweise schon zur Kenntnis genommen worden ist**.

*„Die Reichweite des Schutzes von Art. 10 I GG endet nicht in jedem Fall mit der Kenntnisnahme des Kommunikationsinhalts durch den Empfänger. Ob Art. 10 I GG Schutz vor Zugriffen bietet, ist mit Blick auf den Zweck der Freiheitsverbürgung unter Berücksichtigung der spezifischen Gefährdungslage zu bestimmen (vgl. BVerfGE 106, 28 =*

NJW 2002, 3619; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976). Die **spezifische Gefährdungslage und der Zweck der Freiheitsverbürgung von Art. 10 I GG** bestehen auch dann weiter, wenn die E-Mails nach Kenntnisnahme beim Provider gespeichert bleiben. Durch die Endspeicherung wird der von Art. 10 I GG zuvörderst geschützte Kommunikationsinhalt in Folge der Nutzung eines bestimmten Kommunikationsmediums auf einem vom Kommunikationsmittler bereit gestellten Speicherplatz in einer von keinem Kommunikationsteilnehmer beherrschbaren Sphäre abgelegt. Weder bei einer Zwischen- noch bei einer Endspeicherung der E-Mails auf dem Mailserver des Providers ist dessen Tätigkeit beendet; der Provider bleibt dauerhaft in die weitere E-Mail-Verwaltung auf seinem Mailserver eingeschaltet.“ (BVerfG aaO).

2. Da die auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails durch Art. 10 I GG geschützt sind, ist der **Zugriff** auf sie **nicht am Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG zu messen**. In seinem Anwendungsbereich enthält Art. 10 I GG bezogen auf den Fernmeldeverkehr nämlich eine **spezielle Garantie**, die die allgemeine Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verdrängt.

vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 107, 299 = NJW 2003, 1787; BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976

Soweit der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis die Erlangung personenbezogener Daten betrifft, sind aber die Maßgaben, die für Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gelten, grds. auf die speziellere Garantie in Art. 10 I GG zu übertragen.

3. Der **Empfänger von E-Mails**, die auf dem Mailserver des Providers gespeichert sind, **kann sich** aber dann **nicht auf Art. 13 I GG berufen, wenn direkt beim Provider auf seine E-Mails zugegriffen wird**: Die einem solchen Zugriff regelmäßig vorausgehende Durchsuchung greift zwar in der Regel in die durch Art. 13 GG geschützte Unverletzlichkeit der Wohnung des betreffenden Wohnungsinhabers - also des Providers - ein. Der Empfänger der E-Mail kann insoweit aber **keine eigene Grundrechtsverletzung** geltend machen.

„Die Sicherstellung, Beschlagnahme oder Maßnahmen nach § 110 StPO unterfallen, auch wenn sie Resultat einer Wohnungsdurchsuchung sind, nicht mehr dem Schutzbereich des Art. 13 I GG (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917). Die mit einer Sicherstellung, Beschlagnahme oder Durchsicht verbundene Belastung besteht in der Regel in der **Entziehung des Besitzes an den betroffenen Beweisgegenständen** und ist **daher an Art. 14 GG** (vgl. BVerfG NJW 2003, 2669) und - sofern Daten betroffen sind - am Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917) **zu messen**.“ (BVerfG aaO).

4. Der Zugriff auf die auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails ist auch nicht am **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gem. Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG** zu messen.

„[Denn] dieses schützt vor Eingriffen in informationstechnische Systeme nur, soweit der Schutz nicht durch andere Grundrechte, insbesondere Art. 10 oder Art. 13 GG, sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet ist (vgl. BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822; Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009).“ (BVerfG aaO).

- II. Die Sicherstellung und Beschlagnahme von auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails greift jedoch in den **Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses** ein.

1. Da **Art. 10 I GG die Vertraulichkeit der Kommunikation schützen** will, ist jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung kommunikativer Daten ohne Einwilligung des Betroffenen ein Grundrechtseingriff (vgl. BVerfGE 85, 386 = NJW 1992, 1875).

„Die Auslagerung der E-Mails auf den nicht im Herrschaftsbereich des Nutzers liegenden Mailserver des Providers bedeutet nicht, dass der Nutzer mit dem Zugriff auf diese Daten durch Dritte einverstanden ist. Wer ein Teilnehmer- oder Benutzerverhältnis eingeht, weiß zwar in der Regel, dass es technische Möglichkeiten gibt, auf die Kommunikationsinhalte zuzugreifen. Er willigt damit aber nicht darin ein, dass auf die Kommunikationsinhalte zugegriffen wird (vgl. BVerfGE 85, 386 = NJW 1992, 1875).“ (BVerfG aaO).

2. Ein **Eingriff** in das Fernmeldegeheimnis liegt nicht erst in der Kenntnisnahme staatlicher Stellen vom Inhalt des fernmeldetechnisch vermittelten Kommunikationsvorgangs und in seiner Aufzeichnung, sondern bereits **in der Anordnung des Zugriffs** (vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 107, 299] = NJW 2003, 1787).
- a) Die **strafprozessualen Regelungen der §§ 94ff. StPO ermöglichen** grds. die **Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails**, die auf dem Mailserver des Providers gespeichert sind.
- b) **Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses** dürfen gem. Art. 10 II 1 GG **nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden**. Die Regelungen der §§ 94ff. StPO genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an eine gesetzliche Ermächtigung für Eingriffe der genannten Art in das Fernmeldegeheimnis zu stellen sind.
- aa) **§ 94 StPO** kann ohne Verfassungsverstoß als **Ermächtigung auch zu Eingriffen in Art. 10 I GG** verstanden werden.

*„Aus der **systematischen Stellung** von § 94 StPO und den Vorschriften über die Postbeschlagnahme (§ 99 StPO), die Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) und die Erhebung und Auskunftserteilung über Verkehrsdaten (§ 100g StPO) ist nicht der Schluss auf ein gesetzgeberisches Regelungskonzept zu ziehen, wonach nur auf Grund von §§ 99, 100a und § 100g StPO in Art. 10 GG eingegriffen werden könnte. Alle genannten Vorschriften befinden sich im 8. Abschnitt des Ersten Buches der StPO. In diesem Abschnitt befinden sich auch Regelungen über den maschinellen Abgleich und die Übermittlung personenbezogener Daten (§ 98a StPO), Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen wie die Herstellung von Bildaufnahmen und die Verwendung technischer Mittel für Observationszwecke (§ 100h StPO), das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes innerhalb (§ 100c StPO) und außerhalb (§ 100f StPO) von Wohnungen, den Einsatz so genannter „IMSI-Catcher“ (§ 100i StPO), die Durchsuchung (§§ 102ff. StPO), den Einsatz verdeckter Ermittler (§ 110a StPO), die Einrichtung von Kontrollstellen an öffentlich zugänglichen Orten (§ 111 StPO), die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO) sowie Maßnahmen der Rückgewinnungshilfe und Rückgabe von Gegenständen einschließlich des dinglichen Arrests und der Vermögensbeschlagnahme (§§ 111b ff. StPO). Diese Aneinanderreihung unterschiedlicher Maßnahmen legt nicht den Schluss nahe, der Gesetzgeber habe Eingriffe in Art. 10 GG nur auf Grund von §§ 99, 100a und § 100g StPO zulassen wollen.*

*Auch die **Gesetzesmaterialien** enthalten keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Vorschriften von abschließenden Regelungen in Bezug auf Eingriffe in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis ausgegangen ist. Nach **Wortlaut, Systematik und Zweck** handelt es sich bei den §§ 94ff. StPO um Vorschriften über unterschiedliche strafprozessuale Maßnahmen, deren Anwendungsbereich nicht durchgehend jeweils in spezifischer Weise auf die Reichweite spezieller Grundrechte abgestimmt sind.*

*Soweit Eingriffe der hier zu beurteilenden Art auf § 99 StPO oder § 100a StPO gestützt werden, wird dadurch die Anwendbarkeit der §§ 94ff. StPO nicht in Frage gestellt.“ (BVerfG aO).*

- cc) §§ 94ff. StPO genügen hinsichtlich der Sicherstellung und Beschlagnahme von auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails auch dem Gebot der **Normenklarheit und Normenbestimmtheit**.
- Soweit ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis die **Erlangung personenbezogener Daten** betrifft, sind die Anforderungen, die für Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gelten, grds. auf Eingriffe in das speziellere Grundrecht aus Art. 10 I GG zu übertragen.
- vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419; BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976
- Zu diesen Anforderungen gehört, dass sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen aus dem Gesetz klar und für den Bürger erkennbar ergeben. Der **Anlass, der Zweck und die**

**Grenzen des Eingriffs** in das Fernmeldegeheimnis **müssen** in der Ermächtigung **bereichsspezifisch und präzise bestimmt sein**.

vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213

- **Für die betroffenen Nutzer** ist hinreichend **erkennbar, dass die §§ 94ff. StPO die Sicherstellung und Beschlagnahme von auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails ermöglichen**.

*„Die Eingriffsbefugnisse gem. §§ 94ff. StPO sind zwar ursprünglich auf körperliche Gegenstände zugeschnitten; **der Wortsinn von § 94 StPO gestattet es jedoch, als „Gegenstand“ des Zugriffs auch nichtkörperliche Gegenstände zu verstehen** (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917). § 94 StPO erfasst grds. alle Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können. Eine nähere gesetzliche Eingrenzung ist wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte nicht geboten. Die verfahrensbezogenen Konkretisierungen hat von Verfassungs wegen der Ermittlungsrichter im jeweiligen Durchsuchungs- oder Beschlagnahmebeschluss zu leisten (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917).*

*Die allgemeinen strafprozessualen Sicherstellungs- und Beschlagnahmeregulungen genügen ferner der Vorgabe, wonach der Gesetzgeber den Verwendungszweck der erhobenen Daten bereichsspezifisch und präzise bestimmen muss. Die Ermittlungsmethoden der StPO sind zwar im Hinblick auf die Datenerhebung und den Datenumfang weit gefasst. Der den Datenzugriff begrenzende **Verwendungszweck ist aber unter Beachtung des Normzusammenhangs**, in welchen die §§ 94ff. StPO eingebettet sind (vgl. §§ 152 II, 155 I, 160, 170, 244 II, 264 StPO), **hinreichend präzise** vorgegeben. Die jeweiligen Eingriffsgrundlagen stehen unter einer strengen Begrenzung auf den Ermittlungszweck. Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen sind nur zulässig, soweit dies zur Vorbereitung der anstehenden Entscheidungen im Hinblick auf die in Frage stehende Straftat nötig ist. Auf die Ermittlung anderer Lebenssachverhalte und Verhältnisse erstrecken sich die Eingriffsermächtigungen nicht (BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; vgl. auch BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976).“ (BVerfG aaO).*

- dd) §§ 94ff. StPO sind hinsichtlich der Sicherstellung und Beschlagnahme von auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails **verhältnismäßig**.

*„Die wirksame Strafverfolgung, die Verbrechensbekämpfung und das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren sind **legitime Zwecke**, die eine Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 107, 299 = NJW 2003, 1787). Die Möglichkeit, auf der Grundlage der §§ 94ff. StPO auf die auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails zuzugreifen, ist zur Erreichung dieser Ziele nicht nur geeignet und erforderlich, sondern auch verhältnismäßig im engeren Sinne (wird ausgeführt).“ (BVerfG aaO).*

- ee) Die §§ 94ff. StPO **verstoßen auch nicht gegen das Zitiergebot** aus Art. 19 I 2 GG.

*„Soweit nach dem Grundgesetz - wie gem. Art. 10 II 1 GG - ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muss zwar das Gesetz nach Art. 19 I 2 GG grundsätzlich das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Das **Zitiergebot findet** aber auf die vor seiner Maßgeblichkeit entstandenen, insbesondere auf vorkonstitutionelle Gesetze und somit auch auf §§ 94ff. StPO, keine Anwendung (st. Rspr. seit BVerfGE 2, 121 = NJW 1953, 497).“ (BVerfG aaO).*

- c) Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses bedürfen nicht nur einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die dem Gebot der Normenklarheit und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt, vielmehr **muss** auch der **konkrete Eingriff auf Grund von §§ 94ff. StPO verhältnismäßig sein**.

- aa) Die Maßnahme muss vor allem **in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts** stehen.

vgl. dazu bereits BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976

Hierbei ist nicht nur die **Bedeutung des potenziellen Beweismittels** für das Strafverfahren, sondern auch der **Grad des auf die verfahrenserheblichen Gegenstände oder Daten bezogenen Auffindeverdachts** zu bewerten. Auf die E-Mails darf nur zugegriffen werden, wenn ein **konkret zu**

**beschreibender Tatvorwurf vorliegt**, also mehr als nur vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen (vgl. BVerfGE 44, 353 = NJW 1977, 1489; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976). Beim Zugriff auf die bei dem Provider gespeicherten E-Mails ist auch die **Bedeutung der E-Mails für das Strafverfahren** sowie der **Grad des Auffindeverdachts** zu bewerten. Im Einzelfall können die Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat, eine geringe Beweisbedeutung der zu beschlagnahmenden E-Mails sowie die Vagheit des Auffindeverdachts der Maßnahme entgegenstehen.

- bb) Dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses muss bereits in der Durchsuchungsanordnung, soweit die konkreten Umstände dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks erlauben, durch Vorgaben zur Beschränkung des Beweismaterials auf den tatsächlich erforderlichen Umfang Rechnung getragen werden, etwa durch die **zeitliche Eingrenzung** oder die **Beschränkung auf bestimmte Kommunikationsinhalte**.

*„Bei dem Vollzug von Durchsuchung und Beschlagnahme - insbesondere beim Zugriff auf umfangreiche elektronisch gespeicherte Datenbestände - sind die verfassungsrechtlichen Grundsätze zu gewährleisten, die der Senat in seinem Beschluss zur Durchsuchung und Beschlagnahme eines umfangreichen elektronischen Datenbestands (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917) entwickelt hat. Hierbei ist vor allem darauf zu achten, dass die Gewinnung überschüssender, für das Verfahren bedeutungsloser Daten nach Möglichkeit vermieden wird. Die Beschlagnahme sämtlicher gespeicherter Daten und damit des gesamten E-Mail-Verkehrs wird regelmäßig nicht erforderlich sein.“* (BVerfG aaO).

- cc) Den sich aus dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ergebenden Anforderungen kann bei der Sicherstellung und Beschlagnahme von auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails in vielfältiger Weise Rechnung getragen werden:

- Wird festgestellt, dass sich auf dem Mailserver überhaupt keine verfahrenserheblichen E-Mails befinden können, wäre eine Sicherstellung schon ungeeignet.
- Soweit davon auszugehen ist, dass auf dem Mailserver unter anderem potenziell beweiserebliche E-Mails gespeichert sind, ist zu prüfen, ob eine Sicherstellung aller gespeicherten E-Mails erforderlich ist.

Der dauerhafte Zugriff auf den gesamten E-Mail-Bestand ist nicht erforderlich, wenn eine Sicherung allein der beweiserehlichen E-Mails auf eine andere, die Betroffenen weniger belastende Weise ebenso gut erreicht werden kann. Die Gewinnung überschüssender und vertraulicher, für das Verfahren aber bedeutungsloser Informationen muss im Rahmen des Vertretbaren vermieden werden.

- Soweit eine Unterscheidung der E-Mails nach ihrer potenziellen Verfahrenserheblichkeit vorgenommen werden kann, ist die Möglichkeit einer Trennung der potenziell beweiserehlichen von den restlichen E-Mails zu prüfen. In Betracht kommt neben dem Erstellen einer (Teil-)Kopie hinsichtlich der verfahrenserheblichen E-Mails das Löschen oder die Herausgabe der für das Verfahren irrelevanten E-Mails.

Je nach den Umständen des Einzelfalls können für die Begrenzung des Zugriffs unterschiedliche, miteinander kombinierbare Möglichkeiten der materiellen Datenzuordnung in Betracht gezogen werden. Sie müssen, bevor eine endgültige Beschlagnahme sämtlicher E-Mails erwogen wird, ausgeschöpft werden.

Von Bedeutung ist hierbei vor allem die Auswertung der Struktur eines gespeicherten E-Mail-Bestands, der beispielsweise themen-, zeit- oder personenbezogen geordnet sein oder geordnet werden kann.

Bei der Suche nach ermittlungsrelevanten E-Mails ist auch eine Auswahl anhand bestimmter Übermittlungszeiträume oder Sender- und Empfängerangaben in Betracht zu ziehen. Eine Zuordnung der E-Mails nach ihrer Verfahrensrelevanz kann unter Umständen auch mit Hilfe geeigneter Suchbegriffe oder Suchprogramme gelingen.

- dd) Eine **sorgfältige Sichtung und Trennung der E-Mails** nach ihrer Verfahrensrelevanz wird am Zugriffsort nicht immer möglich sein; sofern die Umstände des jeweiligen strafrechtlichen Vorwurfs und die - auch technische - Erfassbarkeit des Datenbestands eine unverzügliche Zuordnung nicht erlauben, muss die **vorläufige Sicherstellung größerer Teile oder gar des gesamten E-Mail-Bestands** erwogen werden, an die sich eine **Durchsicht** gem. § 110 StPO zur Feststellung der potenziellen Beweiserheblichkeit und -verwertbarkeit der E-Mails anschließt.

Ist den Strafverfolgungsbehörden im Verfahren der Durchsicht unter zumutbaren Bedingungen eine materielle Zuordnung der verfahrenserheblichen E-Mails einerseits oder eine Löschung oder Rückgabe der verfahrensunerheblichen E-Mails an den Nutzer andererseits nicht möglich, steht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Maßnahme einer Beschlagnahme des gesamten Datenbestands nicht entgegen. Es muss dann aber im jeweiligen Einzelfall geprüft werden, ob der umfassende Datenzugriff dem **Übermaßverbot** Rechnung trägt.

- d) Die nach Art. 1 I GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde fordert auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 GG **Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung**.

*„Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Erfassung der Kommunikationsinhalte personenbezogene Daten betroffen sind, die sich auf den Kernbereich höchstpersönlicher Lebensgestaltung beziehen. Ob eine **personenbezogene Kommunikation** diesem Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob sie nach ihrem Inhalt **höchstpersönlichen Charakters** ist und in welcher Art und Intensität sie aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603). Maßgebend sind die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls (vgl. BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999). Nicht zu diesem Kernbereich gehören Kommunikationsinhalte, die in unmittelbarem Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen, wie etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten (vgl. BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603).“ (BVerfG aaO).*

Bestehen im konkreten Fall also tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass ein Zugriff auf gespeicherte Telekommunikation Inhalte erfasst, die zu diesem Kernbereich zählen, ist er insoweit nicht zu rechtfertigen und hat insoweit zu unterbleiben (vgl. BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603).

Außerdem muss sichergestellt werden, dass **Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs** nicht gespeichert und verwertet werden, sondern **unverzüglich gelöscht** werden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen ist (vgl. BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603).

VwGO  
§ 173

**keine Streitverkündung im Verwaltungsprozess  
Unanwendbarkeit von § 72 ZPO**

VwGO

(OVG Münster in DVBl. 2009, 996 = BeckRS 2009 34577;  
Beschluss vom 27.05.2009 – 15 E 635/09)

1. Gegen die **Ablehnung der Zustellung einer Streitverkündungsschrift** ist – wie auch bei Ablehnung einer Beiladung nach § 65 VwGO – die Beschwerde nach § 146 I VwGO zulässig, da es sich **nicht** um eine **prozessleitende Verfügung** nach § 146 II VwGO handelt.
2. Die Beteiligung Dritter am Verwaltungsrechtsstreit ist durch die Beiladung in § 65 VwGO abschließend geregelt, für die Anwendbarkeit der ZPO über § 173 VwGO bleibt kein Raum.
3. Das Institut der Streitverkündung existiert im Verwaltungsprozess nicht.

**A. Grundlagenwissen: Streitverkündung nach §§ 72 ff. ZPO**

Eine Partei, die für den Fall des ihr **ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits** einen Anspruch auf **Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten** erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann gem. § 72 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn der Kläger eines Prozesses **unsicher** darüber ist, gegen **welchen von mehreren möglichen Anspruchsgegnern** er einen Anspruch hat, aber sicher ist, dass mindestens einer ihm haften muss. Die Streitverkündung dient dabei dazu, dass sich die **Rechtskraftwirkung** des geführten Prozesses auch **auf einen möglichen Nachfolgeprozess** mit dem Streitverkündeten erstreckt und damit widersprüchliche Entscheidungen vermieden werden.

**I. Zulässigkeit der Streitverkündung**

Die Streitverkündung ist zulässig, wenn

- es einen anhängigen und noch rechtshängigen **Hauptprozess** gibt, in welchem der Streitverkünder Hauptpartei ist,
- sie dem Dritten gegenüber wirksam **erklärt** wird
- und ein **Streitverkündungsgrund** vorliegt.

**1. Streitverkündungserklärung**

Zum Zweck der Streitverkündung hat die Partei gem. **§ 73 ZPO** einen Schriftsatz einzureichen, in dem der **Grund der Streitverkündung** und die **Lage des Rechtsstreits** anzugeben ist. Dieser Schriftsatz ist dann dem Dritten **zuzustellen** und dem Gegner des Streitverkünders in Abschrift mitzuteilen. Die Streitverkündung wird erst mit der Zustellung an den Dritten wirksam.

**2. Streitverkündungsgrund**

Eine Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen **Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten** erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann gem. § 72 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Streitverkünder bei Unterliegen im Prozess Anlass hat, gegen den Streitverkündeten zu prozessieren, z.B. bei Gewährleistungsansprüchen, Regressansprüchen, Rückgriffsansprüchen.

## II. Wirkung der Streitverkündung

Nach erfolgter Streitverkündung hat der Dritte die **Möglichkeit, dem Rechtsstreit beizutreten**. Sein Verhältnis zu den Parteien bestimmt sich dann nach den Grundsätzen über die **Nebenintervention**.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

Unabhängig davon, ob ein Beitritt erfolgt oder nicht, tritt die **Interventionswirkung** des § 68 ZPO ein. Allerdings ist dann nicht die Zeit des Beitritts entscheidend, sondern es ist maßgeblich, zu welcher Zeit der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war. Darüber hinaus führt die zulässige Streitverkündung gegenüber dem Dritten zu einer **Hemmung der Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB** und damit zur **Erhaltung von Gewährleistungsrechten**.

## B. keine Streitverkündung im Verwaltungsprozess (OVG Münster, DVBl. 2009, 996 = BeckRS 2009 34577)

**Fall:** K macht gegen die Stadt B Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag geltend. Nachdem jedoch nicht eindeutig geklärt ist, ob die Stadt B auch tatsächlich die richtige Anspruchsgegnerin ist oder nicht K seine Ansprüche gegenüber der städtischen C-GmbH geltend machen muss, reicht er beim zuständigen Verwaltungsgericht eine Streitverkündungsschrift ein. Durch gerichtliche Verfügung wird K mitgeteilt, dass die Kammer beschlossen habe, die Zustellung der Streitverkündungsschrift abzulehnen mit der Begründung, dass das Institut der Streitverkündung nach § 72 ZPO auch über § 173 VwGO keine Anwendung finde. Hiergegen liegt K Beschwerde ein.

Wird die Beschwerde Erfolg haben?

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

### I. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist im Verwaltungsprozess nach § 146 I VwGO zulässig gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters, die nicht Urteile oder Gerichtsbescheide sind. Hiervon ausgenommen sind jedoch nach § 146 II VwGO prozessleitende Verfügungen des Gerichts.

*„Die hier in Rede stehende - im Wege eines Kammerbeschlusses ergangene - Ablehnung, den Schriftsatz des Klägers zum Zwecke der Streitverkündung zuzustellen, fällt jedoch **nicht unter den Begriff der prozessleitenden Verfügung**. Dieser Begriff umfasst Entscheidungen, die sich auf den Fortgang des Verfahrens beziehen. Deren Unanfechtbarkeit soll bewirken, dass das erstinstanzliche Verfahren nicht durch Verfahrensstreitigkeiten geringerer Bedeutung gehemmt wird. Vielmehr soll entsprechend der **nur dienenden Funktion der Verfahrensvorschriften** grundsätzlich lediglich eine Ergebniskontrolle in Form der Überprüfung der Endentscheidung stattfinden (vgl. Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 146 Rn. 20 f.)*

*Um eine derartige prozessleitende Verfügung geht es **hier nicht**. Der Kläger wendet sich nicht gegen die Leitung des Verfahrens zur Entscheidung über sein Klagebegehren, sondern er will über dieses Klagebegehren hinaus die **Wirkungen** der erstrebten Entscheidung **auf einen Dritten** im Wege der Streitverkündung **erstreckt wissen**, was das Verwaltungsgericht ablehnt, indem es die Zustellung eines Streitverkündungsschriftsatzes verweigert. **Eine solche Entscheidung** ist daher - wie auch die vergleichbare Ablehnung der Beiladung (vgl. § 65 Abs. 4 Satz 3 VwGO) - nach § 146 I VwGO **beschwerdefähig**.“ (OVG Münster, aaO)*

### II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn eine Streitverkündung im Verwaltungsprozess zulässig ist. Dies könnte sich aus dem **Verweis des § 173 VwGO auf die ergänzende Anwendung der ZPO** ergeben, wo die Streitverkündung in §§ 72 ff. ZPO geregelt ist. Die Anwendbarkeit der ZPO ist jedoch nur vorgesehen, wenn die VwGO keine entsprechenden Bestimmungen enthält.

*„§ 65 VwGO regelt für den Bereich des Verwaltungsprozesses **abschließend** die **Einbeziehung Dritter** in ein gerichtliches Verfahren und **verdrängt** damit das Institut der **Streitverkündung** nach § 72 ZPO.*

Der Umstand, dass - wie der Kläger geltend macht - **Voraussetzungen und Wirkungen von Streitverkündung und Beiladung nicht identisch** sind, rechtfertigt nicht, die Streitverkündung über § 173 S. 1 VwGO im Verwaltungsprozess für zulässig zu halten. Diese Vorschrift erklärt die Zivilprozessordnung für entsprechend anwendbar, soweit die **Verwaltungsgerichtsordnung keine Bestimmung über das Verfahren enthält** und wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Die Einbeziehung Dritter in das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird durch das **speziell auf den Verwaltungsprozess zugeschnittene Institut der Beiladung** abgedeckt. Es ist gerade Ausfluss dieser spezifischen Anpassung, dass bei der Beiladung im Gegensatz zur Streitverkündung die Dispositionsbefugnis der Parteien zurückgedrängt ist und die Beiladung nicht in das Belieben der Prozessparteien, sondern in die Entscheidung des Gerichts gestellt ist: Im **Verwaltungsprozess** geht es nicht **um allein das Verhältnis zweier Privatpersonen** betreffende Rechte und Pflichten, vielmehr spielt regelmäßig auch das öffentliche Interesse an einer rechtmäßigen und effektiv handelnden Verwaltung eine Rolle. Deshalb ist es etwa im Zivilprozess Sache der Parteien, den **Tatsachenstoff** und die Beweise dafür dem Gericht beizubringen, während **im Verwaltungsprozess dies von Amts wegen** geschieht (§ 86 Abs. 1 VwGO).“ (OVG Münster, aaO)

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die **Wirkungen der Beiladung** für K **weniger Vorteile** mit sich bringt, als die Streitverkündung, die nach § 204 I Nr. 6 BGB verjährungshemmende Wirkung hat.

„Auch der Umstand, dass die **Beiladung** im Gegensatz zur Streitverkündung (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 des Bürgerlichen Gesetzbuches) **keine verjährungshemmende Wirkung** hat (vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 2003 - III ZR 223/02 -, NVwZ 2003, 1549 (1550 f.)), vermag die Zulässigkeit einer Streitverkündung im Verwaltungsprozess nicht zu begründen. Es mag sein, dass die Wahrung des vom Kläger angenommenen Anspruchs gegen die C durch eine **verjährungshemmende Streitverkündung erleichtert** würde. Da sich der Gesetzgeber aber aus spezifisch verwaltungsprozessualen Gründen für die Beiladung als Ersatz für eine Streitverkündung entschieden hat, muss der Kläger seinen Anspruch ohne die Hemmungswirkung einer Streitverkündung wahren, was - wie er auch nicht in Abrede stellt - möglich ist.

Denn das Institut der Streitverkündung existiert im Verwaltungsprozess nicht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Februar 2009- 8 B 21.09 -, Juris Rn. 3; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 65 Rn. 2; Meissner, in: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, VwGO, Loseblattsammlung (Stand: Oktober 2008), § 173 Rn. 122; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 14. Aufl., § 64 Rn. 1.)“ (OVG Münster, aaO)

**Ergebnis:** Die Beschwerde ist unbegründet.

VwGO  
§ 80 VII**Prüfungsumfang im Abänderungsverfahren  
Verhältnis von § 80 V VwGO zu § 80 VII VwGO**

VwGO

(OVG Lüneburg in VDVBl. 2009, 1058; Beschluss vom 30.06.2009 – 4 ME 168/09)

1. Unabhängig von der materiellen Rechtskräftfähigkeit eines Beschlusses nach § 80 V VwGO **bindet** dieser die **Beteiligten**, so dass ein **erneuter Antrag** nach § 80 V VwGO **bei identischem Streitgegenstand unzulässig** ist.
2. Im **Abänderungsverfahren** nach § 80 VII VwGO wird allein die **Fortdauer** der im vorausgehenden Verfahren nach § 80 V VwGO getroffenen Entscheidung **geprüft**, **nicht** aber deren **ursprüngliche Richtigkeit**.
3. Die **Befugnis zur Änderung** von Beschlüssen von Amts wegen **nach § 80 VII 1 VwGO** steht ausschließlich dem **Gericht der Hauptsache** zu, in die das Beschwerdegericht unzulässigerweise eingreifen würde, wenn es im Beschwerdeverfahren die vom Gericht der Hauptsache abgelehnte Abänderung oder Aufhebung der ursprünglichen Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 80 VII VwGO vornähme.

**Fall:** A, eine nigerianische Staatsangehörige, war im Rahmen des Ehegattennachzugs zu Ausländern nach § 30 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für die Dauer von 1 Jahr erteilt worden. A stellte rechtzeitig einen Verlängerungsantrag. In diesem Zusammenhang wurde ihr Ehegatte, ebenfalls nigerianischer Staatsangehöriger, der eine Niederlassungserlaubnis besitzt, gebeten, bei der zuständigen Behörde ebenfalls vorzusprechen, um das Fortbestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft zu überprüfen. Dieser Aufforderung kam er nicht nach und war auch sonst nicht erreichbar. Die Behörde ging daher davon aus, dass die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr fortbesteht und lehnte die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis ab. A ergriff fristgerecht den zulässige Rechtsbehelf in der Hauptsache und beantragt beim zuständigen Verwaltungsgericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs nach § 80 V VwGO. Im Verfahren räumte sie ein, dass sich ihr Ehemann auf unbestimmte Zeit in Nigeria aufhalte und sich von ihr trennen wolle. Der Antrag wurde vom Gericht mit Beschluss vom 25.05.2009 als unbegründet zurückgewiesen.

Im Juni 2009 stellte A erneut einen Antrag beim Verwaltungsgericht, ihr die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Dies begründet sie damit, dass ihre Ausführungen um Ausgangsverfahren nicht richtig gewesen seien. Ihr Mann habe sich nicht von ihr trennen wollen. Sie habe während der gesamten Zeit seines Aufenthalts in Nigeria Kontakt zu ihm gehabt. Er sei nur deshalb nicht zurückgekommen, weil er dort einen Unfall erlitten habe und die Heilbehandlung sich hinzog. Seit Ende April 2009 sei er aber wieder in Deutschland gewesen und habe die eheliche Lebensgemeinschaft fortgeführt. Dieser Antrag wurde ebenfalls abgelehnt, so dass A hiergegen Beschwerde eingelegt hat.

Wird die Beschwerde Erfolg haben?

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

**A. Zulässigkeit der Beschwerde**

Die Beschwerde ist nach § 146 IV 1 VwGO statthaft gegen Entscheidungen in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO. Vom Vorliegen der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen kann ausgegangen werden.

**B. Begründetheit der Beschwerde**

Die Beschwerde ist begründet, wenn Entscheidung des VG über den erneuten Antrag der A rechtsfehlerhaft erfolgt ist. Es fragt sich daher, ob dieser Antrag zulässig und begründet war.

**I. Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung**

Die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs der A gegen die Versagung der Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis ist durch § 80 II 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 84 I Nr. 1 AufenthG entfallen, so dass sie grundsätzlich vor dem Verwaltungsgericht um die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO streiten kann.

Allerdings hat das VG eine entsprechende Entscheidung schon getroffen. Fraglich ist daher, ob der Beschluss vom 25.05.2009 nicht einer erneuten Geltendmachung entgegensteht.

*„Unabhängig davon, ob dem vorausgegangenen Beschluss nach § 80 V VwGO neben der formellen Rechtskraft auch eine materielle Rechtskraft (so VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 09.08.1994 - 10 S 1767/94 -, NVwZ-RR 1995, 174, 175) oder nur eine eingeschränkte materielle Rechtskraft (so Thüringer OVG, Beschl. v. 3.5.1994 - 1 EO 156/93 -, NVwZ-RR 1995, 179, 180) zukommt, bindet ein solcher Beschluss nach allgemeiner Auffassung jedenfalls die Beteiligten (Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 22.12.1994 - 1 M 7516/94 -, NVwZ-RR 1995, 376; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Oktober 2008, § 80 Rn. 358; Posser/Wolff, VwGO, § 80 Rn. 194 jeweils m.w.N.), so dass ein erneuter Antrag nach § 80 V VwGO bei - wie hier - identischem Streitgegenstand unzulässig ist.“ (OVG Lüneburg, aaO)*

Der Antrag der K ist daher nach § 88 VwGO in einen Änderungsantrag nach § 80 VII VwGO umzudeuten. Ein solcher ist zulässig.

## II. Begründetheit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung

Nach § 80 VII 2 VwGO kann jeder Beteiligte die Änderung oder Aufhebung einer nach § 80 V VwGO ergangenen Entscheidung wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände beantragen.

*„Im Abänderungsverfahren wird allein die Fortdauer der im Verfahren nach § 80 V VwGO getroffenen Entscheidung geprüft, nicht deren ursprüngliche Richtigkeit oder die Feststellung sonstiger behördlicher Befugnisse (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 6.12.2001 - 13 S 1824/01 -, NVwZ-RR 2002, 908, 909; Posser/Wolff, a.a.O., Rn. 198; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 80 Rn. 183; wohl weitergehend: Eyermann, VwGO, 12. Aufl., § 80 Rn. 103; Bader/Funke-Kaiser, VwGO, 3. Aufl., § 80 Rn. 155).*

*Das Abänderungsverfahren trägt damit dem Umstand Rechnung, dass in manchen Fällen Veränderungen während des Hauptsacheverfahrens eintreten, auf die trotz formeller Rechtskraft und der damit verbundenen Bindungswirkung eines abgeschlossenen Eilverfahrens mit Wirkung für die Zukunft reagiert werden muss. Danach hat ein Abänderungsantrag eines Beteiligten nur dann Erfolg, wenn veränderte oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachte Umstände vorgetragen werden, die geeignet sind, eine Änderung der Entscheidung herbeizuführen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.1.1999 - 11 VR 13/98 -).“ (OVG Lüneburg, aaO)*

### 1. Vorliegen veränderter Umstände

Der Vortrag der A gegenüber ihrem Vortrag im Ausgangsverfahren ist inhaltlich anders. Fraglich ist jedoch, ob dies als Vorliegen veränderter Umstände angesehen werden kann.

*„Veränderte Umstände i.S.d. § 80 VII 2 Alt. 1 VwGO liegen in erster Linie bei einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nach Abschluss des Verfahrens nach § 80 V VwGO vor.“*

*Der von A geschilderte Sachverhalt endet mit der Rückkehr ihres Ehemannes aus Nigeria nach Deutschland "Ende April 2009". Das Verfahren nach § 80 V VwGO war hier indes erst mit dem die Beschwerde verwerfenden Beschluss des Senats vom 25.05.2009 - 4 ME 129/09 - abgeschlossen. Damit liegen auch nach dem Vorbringen der A keine Umstände vor, die erst nach Abschluss des Verfahrens nach § 80 V VwGO entstanden wären, sondern Umstände, die schon im vorausgehenden Verfahren nach § 80 VwGO bestanden haben und hätten vorgebracht werden können.“ (OVG Lüneburg, aaO)*

Der Antrag kann daher nicht auf das Vorliegen veränderter Umstände gestützt werden.

### 2. unverschuldete Verhinderung der Geltendmachung

Eine Änderung oder Aufhebung der Entscheidung nach § 80 V VwGO kommt dann nach § 80 VII 2 Alt. 2 VwGO nur in Betracht, wenn der Beteiligte ohne Verschulden gehindert war, diese Gründe im vorausgehenden Verfahren nach § 80 V VwGO geltend zu machen.

*„Gründe, die das Unterlassen der A entschuldigen könnten, sind von ihr nicht dargetan. Ausgehend von dem auch im Rahmen des § 80 VII 2 VwGO anwendbaren Verschuldensmaßstab des § 60 I 1 VwGO (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a.a.O., Rn. 387) sind ihrem Vorbringen auch keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die ein Verschulden in Frage stellen könnten. So hat A vor dem Verwaltungsgericht ausgeführt, dass sie entgegen ihrer ursprünglichen Behauptung, wonach ihr Ehemann sich habe von ihr trennen wollen, während der ge-*

samten Dauer der Ortsabwesenheit ihres Ehemannes Kontakt zu ihm gehabt und auch von dem Unfall gewusst habe. Selbst wenn man diese neue Darlegung als wahr unterstellt, hätte A **schon im vorausgehenden Verfahren nach § 80 V VwGO umfassende Kenntnis der nun vorgetragenen Umstände** gehabt. Einen Grund, warum sie diese Umstände erst jetzt vorbringt, hat sie aber nicht einmal ansatzweise benannt.“ (OVG Lüneburg, aaO)

Es liegt auch keine unverschuldete Verhinderung der Geltendmachung im Ausgangsverfahren vor, so dass die Voraussetzungen für eine Abänderung nach § 80 VII 2 VwGO nicht gegeben sind.

### 3. Möglichkeit der Abänderung nach § 80 VII 1 VwGO

Nach § 80 VII 1 VwGO hat das Gericht der Hauptsache jederzeit die Möglichkeit, Beschlüsse nach § 80 V VwGO zu ändern oder aufzuheben.

„Diese **Befugnis** steht auf Grund der ausdrücklichen (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (Viertes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung - 4. VwGOÄndG -), BT-Drs. 11/7030, S. 25) Klarstellung durch das 4. VwGOÄndG **ausschließlich dem Gericht der Hauptsache** zu (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 6.12.2001 - 13 S 1824/01 -, NVwZ-RR 2002, 908, 910; OVG Hamburg, Beschl. v. 3.2.1995 - Bs VII 2/95 -, NVwZ 1995, 1004, 1005). In diese ausschließliche **Kompetenz** des Gerichts der Hauptsache würde das **Beschwerdegericht unzulässigerweise eingreifen**, wenn es im Beschwerdeverfahren die vom Gericht der Hauptsache abgelehnte Abänderung oder Aufhebung der ursprünglichen Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 80 VII 1 VwGO vornehmen dürfte.“ (OVG Lüneburg, aaO)

Das Beschwerdegericht ist daher selbst bei Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Beschlusses über den ersten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung diesen ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 80 VII 2 VwGO abzuändern.

**Ergebnis:** Die Beschwerde der A ist unbegründet und wird keinen Erfolg haben.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 233

### verzögerte Briefzustellung Leerungszeiten eines Post-Briefkastens

ZPO

(BGH in NJW 2009, 2379; Beschluss vom 20.05.2009 – IV ZB 2/08)

Der **Absender eines fristgebundenen Schriftsatzes darf auf die angegebenen Leerungszeiten** des von ihm benutzten Briefkastens **vertrauen**.

- I. Nach **st. Rspr. des BVerfG, des BGH** und der anderen Obersten Gerichtshöfe dürfen dem Bürger Verzögerungen der Briefbeförderung oder der Briefzustellung durch die Dt. Post AG nicht als Verschulden angerechnet werden. Er darf vielmehr darauf vertrauen, dass die Postlaufzeiten eingehalten werden, die seitens der Dt. Post AG für den Normalfall festgelegt werden. Ein Versagen dieser Vorkehrungen darf dem Bürger im Rahmen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht als Verschulden angerechnet werden, weil er darauf keinen Einfluss hat. Im Verantwortungsbereich einer Partei, die einen fristgebundenen Schriftsatz auf dem Postweg befördern lässt, liegt es allein, das Schriftstück so rechtzeitig und ordnungsgemäß aufzugeben, dass es nach den organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen der Dt Post AG den Empfänger fristgerecht erreichen kann

BGH NJW 2007, 2778; NJW-RR 2004, 1217; BVerfG NJW 2003, 1516; NJW 2001, 1566; NJW 1995, 1210 jeweils m.w. Nachw.

Dabei darf eine Partei grds. darauf vertrauen, dass im Bundesgebiet werktags aufgegebenene Postsendungen am folgenden Werktag ausgeliefert werden. Das gilt selbst dann, wenn - etwa vor Feiertagen - allgemein mit erhöhtem Postaufkommen zu rechnen ist.

BGH NJW 2007, 2778; BGH NJW-RR 2004, 1217; BVerfG NJW 2001, 1566; NJW 1995, 1210 jeweils m.w. Nachw.

- II. Daran hat sich durch den **Erlass der Postuniversaldienstleistungsverordnung vom 15.12.1999 (PUDLV)** nichts geändert: Danach sind die **regelmäßigen Postlaufzeiten sogar als Mindeststandards verbindlich vorgegeben**. Nach § 2 Nr. 3 S. 1 PUDLV müssen die Dt. Post AG und andere Unternehmen, die Universaldienstleistungen im Briefverkehr anbieten, sicherstellen, dass sie an Werktagen aufgegebenene Inlandsendungen im gesamten Bundesgebiet im Jahresdurchschnitt mindestens zu 80% am ersten und zu 95% am zweiten Tag nach der Einlieferung ausliefern.

Diese **Quoten lassen die Einhaltung der Postlaufzeiten erwarten**. Ohne konkrete Anhaltspunkte muss ein Rechtsmittelführer deshalb nicht mit Postlaufzeiten rechnen, die die ernsthafte Gefahr der Fristversäumung begründen (BGH NJW-RR 2004, 1217).

1. Dem Absender eines fristgebundenen Schriftsatzes kann daher zu Recht abverlangt werden, auf die angegebenen Leerungszeiten des von ihm benutzten Briefkastens zu achten (vgl. BGH NJW 1993, 1333).

Das **Vertrauen in den üblichen Postlauf ist nicht schutzwürdig**, wenn der Absender erkennen kann, dass der Briefkasten am selben Tag nicht mehr geleert und die Sendung daher erst am nächsten Tag befördert wird.

2. Zu weit geht allerdings die Forderung, dass der Absender schon dann nicht mehr auf die gewöhnlichen Postlaufzeiten vertrauen dürfe, sondern weitergehende Maßnahmen für den rechtzeitigen Zugang des Schriftsatzes treffen müsse, wenn er die Postsendung erst kurz vor der angesprochenen Leerungszeit in den Briefkasten einwerfe.

*„Abgesehen davon, dass die Zeitangabe „kurz vorher“ nicht konkretisiert hat, weicht es damit von dem Grundsatz ab, dass der Absender nur dafür sorgen muss, das Schriftstück so rechtzeitig und ordnungsgemäß aufzugeben, dass es nach den organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen der Dt. Post AG den Empfänger fristgerecht erreichen kann. Beachtet er dabei die von der Dt. Post AG angegebenen Leerungszeiten des von ihm benutzten Briefkastens, so hat er alles getan, was in seinem Verantwortungsbereich liegt. Auch der Einwurf einer Postsendung wenige Minuten vor der angesprochenen Leerungszeit eines Briefkastens ist ausreichend. Der Absender darf auf die angegebenen Leerungszeiten vertrauen und muss nicht mit einer möglicherweise früheren Leerung des Briefkastens rechnen. Letzteres wäre ein dem Verantwortungsbereich der Dt. Post AG zuzuordnender Umstand, der dem Absender nicht als Verschulden angerechnet werden dürfte. Im Übrigen ist ein Fall, in dem der Absender einen Brief erst kurz vor der angegebenen Leerungszeit in den Briefkasten einwirft, nicht mit einer Konstellation vergleichbar, in der konkrete Anhaltspunkte längere Postlaufzeiten erwarten lassen. Dazu zählen nur Umstände außerhalb des Verantwortungsbereichs des Absenders. Auf die Einhaltung der angegebenen Beförderungszeiten darf der Postkunde in der Regel so lange vertrauen, bis die Post selbst eine mögliche Verzögerung - etwa in Folge eines Streiks der Postmitarbeiter - bekannt gibt oder erhebliche Verzögerungen offenkundig sind (BVerfG NJW 1995, 1210).“ (BGH aaO).*



ZPO  
§ 307**Anerkenntnisurteil  
ohne Anerkenntnis unzulässig**

ZPO

(OLG Jena in FamRZ 2009, 1513; Urteil vom 09.04.2009 – 1 UF 11/09)

Der **Erlas eines Anerkenntnisurteils ohne Vorliegen eines Anerkenntnisses ist unzulässig.**

„Die **Aufhebung und Zurückverweisung [des ergangenen Anerkenntnisurteils] beruhen auf entsprechender Anwendung der für Versäumnisurteile in § 538 I Nr. 6 ZPO getroffenen Regelung** (Zöller/Heßler, ZPO, 27. Auflage, § 538 Rn 54; Zöller/Vollkommer aaO, § 307 Rn 11). Die Analogie ist angesichts der vom Gesetzgeber vorgenommenen weitgehenden Gleichstellung von Anerkenntnis- und Versäumnisurteilen gerechtfertigt (§ 313 b ZPO).

Der Erlas eines Anerkenntnisurteils trotz fehlenden Anerkenntnisses ist dem Erlas eines Versäumnisurteils trotz fehlender Säumnis **in der prozessualen Behandlung durchwegs vergleichbar**, denn das prozessuale Anerkenntnis nach § 307 ZPO ist ausschließlich Prozesshandlung (OLG München FamRZ 1991, 795 unter Hinweis auf BGH MDR 1989, 803).“ (OLG Jena aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO  
§ 321a II 2**Gegendarstellung  
Jahresfrist**

ZPO

(OLG Frankfurt a.M. in OLGR 2009, 617; Beschluss vom 13.03.2009 – 3 W 39/07)

Eine **Gegenvorstellung kann nach Ablauf der Jahresfrist des § 321a II 2 ZPO nicht mehr erhoben werden.**

„Dass **im Interesse der Rechtssicherheit** alsbald feststehen muss, ob eine gerichtliche Entscheidung Bestand haben wird oder abgeändert werden kann, gilt auch für Entscheidungen, die nicht mit einem ordentlichen Rechtsbehelf, sondern allein mit der Gegenvorstellung angegriffen werden können.

Der BGH hat eine **analoge Anwendung der Zwei-Wochen-Frist des § 321a II 2 ZPO** für erwägenswert gehalten (BGH NJW 2002, 1577), nahezu alle OLG's (OLG Rostock MDR 2002, 1393; OLG Koblenz OLGR 2004, 294; OLG Dresden NJW 2006, 851; OLG Frankfurt FamRZ 06, 964; OLG Koblenz MDR 2008, 644; OLG Rostock MDR 2009, 49) und die einhellige Lit. (Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 28. Aufl., Vorbem § 567 Rn 15; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., Grundz. § 567 Rn 7; MüKo-ZPO/Lipp, vor § 567 Rn 13; Zöller/Gummer, ZPO, 27. Aufl., § 567 Rn 22 a. E.) sind ihm dabei zwischenzeitlich gefolgt. Ablehnend hat sich - soweit erkennbar - bislang allein ein Senat des BFH (NJW 2006, 861) geäußert.

Für die entsprechende Heranziehung des § 321a II 2 ZPO auf die Frist zur Einlegung einer Gegenvorstellung spricht, dass die **Gegenvorstellung aus einer analogen Anwendung von § 321a ZPO abgeleitet wird und es naheliegend erscheint die besondere Regelung des § 321a ZPO auf das gesetzlich nicht geregelte Institut der Gegenvorstellung zu übertragen**. Ohne eine solche analoge Anwendung wäre der Anwendungsbereich der unregelmäßig und für einfach gesetzliche Verfahrensfehler gegebenen Gegenvorstellung ohne jede sachliche Berechtigung größer als der der gesetzlich geregelten und auf die Verletzung eines Verfassungsrechts abstellenden Gehörsrüge.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

InsO  
§§ 295 I Nr. 1, 296 I**Restschuldbefreiung  
Versagung wegen Wahl einer ungünstigen Steuerklasse**

InsO

(BGH in Rpfleger 2009, 412 = NZI 2009, 326; Beschluss vom 05.03.2009 – IX ZB 2/07)

Wählt der **verheiratete Schuldner, ohne dass ein sachlicher Grund vorliegt, die Lohnsteuerklasse V**, kann dies einen **Verstoß gegen die Erwerbsobliegenheit** darstellen und daher zur **Versagung der Restschuldbefreiung** führen.

„Dies **steht in Einklang mit der Ansicht des Senats zu § 4c Nr. 5 InsO**: Danach ist dem Schuldner in Hinblick auf die Verfahrenskostenstundung zuzumuten, in die Steuerklasse IV zu wechseln, um sein liquides Einkommen zu erhöhen, wenn er ohne einen sachlichen Grund die Steuerklasse V gewählt hat, um seinem nicht insolventen Ehegatten die Vorteile der Steuerklasse III zukommen zu lassen (BGH NZI 2008, 624). Nach den Grundsätzen der Individualzwangsvollstreckung ist in entsprechender Anwendung von § 850h II ZPO ebenfalls eine missbräuchliche Steuerklassenwahl den Gläubigern gegenüber unbeachtlich (vgl. BGH NJW-RR 2006, 569 = NZI 2006, 114 = WM 2005, 2324; BAG NJW 2008, 2606 = NZA 2008, 896). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde verstoßen diese Grundsätze auch nicht gegen Art. 6 I GG.“ (BGH aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 100a**Telefonüberwachung  
zulässige Verwertung von Hintergrundgesprächen**

StPO

(BGH in StV 2009, 398; Beschluss vom 24.04.2008 – 1 StR 169/08)

Ist die **Überwachung und Aufzeichnung eines Telefonats nach § 100a StPO zulässig, darf das gesamte während des Telefonats aufgezeichnete Gespräch einschließlich der Hintergrundgeräusche und Hintergrundgespräche** im anschließenden Strafverfahren **verwertet werden**.

„Indem die **Überwachung und Aufzeichnung des Telefonats nach § 100a StPO gerechtfertigt war, mithin auch nicht den Straftatbestand des § 201 StGB erfüllte** (MüKo-StGB/Graf, § 201 Rn 43, 45), konnte das gesamte während des Telefonats aufgezeichnete Gespräch einschließlich der Hintergrundgeräusche und -gespräche verwertet werden (BGH NSZ 2003, 668; OLG Düsseldorf NJW 1995, 975; KK-Nack, StPO, 5. Aufl., § 100a Rn 40). Insoweit unterscheidet sich dieser Sachverhalt auch von dem der Aufzeichnung eines Raumgesprächs nach Abschluss eines Telefonats, weil danach kein zu überwachender Telekommunikationsvorgang mehr stattfindet (vgl. hierzu BGHSt 31, 296). Ebenso konnte der Tatrichter ohne Rechtsfehler Äußerungen verwerten, welche vom Angekl. oder von mit ihm sich unterhaltenden Personen gemacht wurden, während dieser willentlich eine Telekommunikationsverbindung herstellte, auch wenn zu diesem Zeitpunkt erst das Klingelzeichen hörbar war und der Angerufene das Gespräch noch nicht angenommen hatte; denn auch insoweit handelt es sich **um unmittelbar mit dem Telefonieren verbundene Vorgänge** (KK-Nack aaO).“ (BGH aaO).



StPO  
§§ 112 ff.**gesetzlicher Richter**  
**Kammerbesetzung bei Haftentscheidungen**

StPO

(OLG Köln in NJW 2009, 3113; Beschluss vom 07.01.2009 – 2 Ws 640-641/08)

Das **Gebot des gesetzlichen Richters** verlangt, dass **über Haftfragen** - abgesehen von dem gesetzlich geregelten Fall der Haftprüfung bei der Urteilsfällung (§§ 268b und 120 I 2 StPO) - **außerhalb der mündlichen Verhandlung stets nur durch die Berufsrichter entschieden** wird

„Schon bei der **Entscheidungskompetenz** ist zu berücksichtigen, dass die Strafsenate gem. § 122 II 1 GVG in der Besetzung mit fünf Berufsrichtern über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheiden, so dass alle Richter bereits zu Beginn der Hauptverhandlung die **notwendige Sachkenntnis** haben. **Diese fehlt den Schöffen** zu einem frühen Zeitpunkt der Hauptverhandlung. Sie müssten zunächst durch Aktenvortrag in die Einzelheiten des Verfahrens und der bisherigen Beweisergebnisse eingeführt werden, was jedenfalls nicht der Intention des Gesetzes entspricht, nach der sie ihren Eindruck aus der mündlichen Verhandlung gewinnen sollen.

Entscheidend ist aber, dass anders als bei den Senaten der Oberlandesgerichte, die nur mit Berufsrichtern besetzt sind, die Hinzuziehung von Schöffen zu Haftentscheidungen außerhalb der mündlichen Verhandlung auf **praktische Schwierigkeiten** stößt.

Laienrichter gehen in der Regel anderweitigen Berufstätigkeiten nach. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie zu beliebigen Zeitpunkten außerhalb der Hauptverhandlung ihre beruflichen Verpflichtungen niederlegen und zu einer Haftentscheidung, die in der Regel keinen Aufschub duldet, anreisen können. Das Problem wird dadurch verschärft, dass sich die Möglichkeit zur Unterbrechung der Hauptverhandlung immer mehr verlängert hat. Nach § 229 II StPO darf die Hauptverhandlung inzwischen, wenn sie an zehn Tagen stattgefunden hat, bis zu einem Monat unterbrochen werden. Es können daher zwischen den Verhandlungsterminen lange Zeiten entstehen, in denen eine Einbindung der Schöffen schwierig oder etwa bei Urlaubsabwesenheit unmöglich ist. Zudem gibt es bei den Schöffen, anders als bei Berufsrichtern, keine Vertretungsregelung. Ist nur ein Schöffe nicht erreichbar, kann die Hauptverhandlungsbesetzung nicht entscheiden. In dringenden Fällen kann zwar der Vorsitzende gem. § 125 II StPO den Haftbefehl erlassen oder gem. § 126 II 4 StPO aufheben oder außer Vollzug setzen. Das führt allerdings dazu, dass wegen der Verhinderung eines Schöffen die anderen mit der Sache vertrauten Berufsrichter nicht an der Entscheidung mitwirken können. Im Übrigen ist die Inanspruchnahme von Schöffen auf das Maß des Zumutbaren zu beschränken (§ 54 I Alt. 2 GVG).

Sprechen aber die besseren Gründe und insbesondere Praktikabilitätsabwägungen dagegen, die Schöffen an Haftentscheidungen außerhalb der mündlichen Verhandlung zu beteiligen, ist zur Wahrung des Gebots des gesetzlichen Richters erforderlich, dass über Haftfragen - abgesehen von dem gesetzlich geregelten Fall der Haftprüfung bei der Urteilsfällung (§§ 268b u. 120 I 2 StPO) - stets außerhalb der mündlichen Verhandlung nur durch die Berufsrichter entschieden wird. Diesem vom OLG Hamburg (NJW 1998, 2988 = NStZ 1998, 99) vertretenen und vom BVerfG (NJW 1998, 2962 = NStZ 1998, 418) gebilligten Standpunkt, schließt sich der Senat an (so auch OLG Jena StV 1998, 101; Schultheis in: KK-StPO, 6. Aufl., § 126 Rn 10; Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 30 GVG Rn 21ff.; a.A. Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 126 Rn 8; Löwe/Rosenberg, § 125 StPO Rn 16).“ (OLG Köln aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 207**Eröffnungsbeschluss**  
**zulässige Verwendung eines Formulars**

StPO

(OLG Koblenz in NStZ-RR 2009, 288; Beschluss vom 04.03.2009 – 1 Ss 13/09)

Die **Verwendung eines Formulars** für die Dokumentation des Eröffnungsbeschlusses ist zwar **grds. zulässig**. Es muss aber **eindeutig abgefasst** sein und **vollständig ausgefüllt** werden. Ein Eröffnungsbeschluss ist daher unwirksam, wenn sowohl das Aktenzeichen als auch die Personalien der Person, gegen die das Verfahren geführt wird, fehlen.

„Zu den **wesentlichen Förmlichkeiten** eines **Eröffnungsbeschlusses** gehören seine schriftliche Abfassung und die **Unterzeichnung** durch den zuständigen Richter (siehe dazu OLG Zweibrücken NStZ-RR 2009, 287). Die **Verwendung von Vordrucken**, auch wenn sie den Eröffnungsbeschluss mit einer Terminbestimmung und einer Ladungsverfügung kombinieren, ist zwar grds. zulässig. Sie müssen aber **eindeutig abgefasst und vollständig ausgefüllt** werden. Das ist hier offensichtlich nicht der Fall, weil sowohl ein **Aktenzeichen** als auch die **Personalien der Person fehlen**, gegen die das Verfahren geführt wird.

Bei unvollständiger Ausfüllung ist der Eröffnungsbeschluss nur dann ordnungsmäßig erlassen, wenn der nur teilweise ausgefüllte Vordruck mit einer Unterschrift versehen wurde und sich die fehlenden Teile aus den ausgefüllten, auch einer anschließenden Terminverfügung, unzweideutig ergänzen lassen. Dies ist hier auch nicht der Fall. Der Eröffnungsbeschluss ist aus sich heraus nicht verständlich, es ist somit nicht dokumentiert, in welchem Verfahren das Hauptverfahren eröffnet wurde.

Allein die handschriftliche **Eintragung des Datums** der Anklageschrift **genügt nicht**. Das mag zwar an einem kleinen AG im Einzelfall für eine richtige Zuordnung ausreichen. Bei größeren AGen ist das aber mit Sicherheit nicht der Fall. Es versteht sich von selbst, dass die Anforderungen an einen Eröffnungsbeschluss nicht von der Größe eines Gerichts abhängig sein können.

Die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses wird nicht dadurch geheilt, dass die als Ausfertigungen bezeichneten Schriftstücke Aktenzeichen und Rubrum enthalten. Eine Ausfertigung hat die Urschrift so - und nur so -, wie sie erstellt wurde, wiederzugeben. Im konkreten Fall hatte die Geschäftsstelle, ohne dazu befugt zu sein, erstmals ein Schriftstück hergestellt und versandt, das die äußere Form eines richterlichen Beschlusses hat, aber keiner ist, weil ihm die richterliche Bestätigung fehlt (siehe auch BGH NJW 2003, 3136).“ (OLG Koblenz aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus



VwGO  
§ 50**Zuständigkeit des BVerwG**  
**Rechtsstreitigkeiten wegen Hoheitsbefugnissen des Bundes**

VwGO

(BVerwG in BayVBI 2009, 512; Beschluss vom 19.03.2008 – 7 A 4/07)

Das **BVerwG** ist nach § 50 I Nr. 1 VwGO sachlich zuständig, wenn der **Rechtsstreit durch die Auslegung von Normen geprägt wird, die die Hoheitsbefugnisse des Bundes gegenüber Vollzugsbehörden der Länder abgrenzen.**

„Nach § 50 I Nr.1 VwGO dieser Vorschrift entscheidet das BVerwG im ersten und letzten Rechtszug über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und den Ländern.

Die Sonderregelung des § 50 I Nr. 1 VwGO schließt von den sonst geltenden Zuständigkeitsbestimmungen nur diejenigen Verfahren aus, deren Gegenstände durch die Eigenart der Bund-Länder-Beziehung geprägt sind. Die erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG ist demgemäß nur bei Streitigkeiten begründet, die sich in ihrem Gegenstand einem Vergleich mit den landläufigen Verwaltungsstreitigkeiten entziehen. Um Fälle dieser Art handelt es sich namentlich dann, wenn der Rechtsstreit durch die Frage geprägt ist, wie die Hoheitsrechte des Bundes einerseits und des Landes andererseits voneinander abzugrenzen sind (BVerwG, Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 22 = NVwZ 2004, 484; BVerwG, Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 23 = NVwZ 2004, 1124). Demgemäß hat das BVerwG seine sachliche Zuständigkeit nach § 50 I Nr. 1 VwGO für eine Streitigkeit angenommen, die das Verhältnis zwischen der Ordnungshoheit des Landes und der Verteidigungshoheit des Bundes betraf, nämlich die Frage, ob ein Land bei einer der Verteidigungshoheit zugeordneten baulichen Anlage aus Gründen der öffentlichen Ordnung nach der Landesbauordnung Änderungen verlangen kann (BVerwG NJW 1977, 163). Ebenso hat es seine Zuständigkeit für eine Streitigkeit über die Frage angenommen, ob ein Planfeststellungsbeschluss der Bundeswasserstraßenverwaltung gem. § 14 III WaStrG des Einvernehmens der zuständigen Landesbehörde bedurfte, weil das Vorhaben Belange der Landeskultur berührte (BVerwGE 116, 175 = NVwZ 2002, 1239).

Die Voraussetzungen des § 50 I Nr. 1 VwGO sind auch hier gegeben: Die Kl. leitet die Rechtswidrigkeit der vorläufigen Unterschutzstellung, jedenfalls die fehlende Genehmigungspflicht für bauliche Maßnahmen, aus Normen her, die die Hoheitsbefugnisse des Bundes gegenüber den Vollzugsbehörden der Länder abgrenzen. Der Rechtsstreit wird durch die Auslegung dieser Normen geprägt.“ (BVerwG aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 82 I**Parteibezeichnung**  
**Gericht muss den richtigen Beklagten ermitteln**

VwGO

(OVG Weimar in NJW 2009, 2553; Beschluss vom 26.01.2009 – 4 Z KO 553/08)

Zur **Bezeichnung des Bekl. in der Klageschrift genügt** es, wenn der Kl. die **beteiligte Behörde angibt**. Es ist dann **Sache des Gerichts, den richtigen Beklagten zu ermitteln**.

„Da die Frage, welcher Körperschaft ein Verwaltungsakt zuzurechnen ist und gegen wen mithin die Klage zu richten ist, im öffentlichen Recht oft schwierig sein kann, wird dem Kl. diese Aufgabe durch § 78 I Nr. 1 HS 2 VwGO erleichtert; nach dieser Vorschrift genügt es, dass er zur Bezeichnung des Bekl. die beteiligte Behörde angibt. Damit hat der Kl. insoweit grds. alle ihm obliegenden Pflichten erfüllt. Es ist dann Sache des Gerichts, das Klagebegehren in wohlverstandenen Interesse des Kl. zu würdigen und den richtigen Bekl. zu ermitteln. Ist der Bekl. vom Kl. falsch bezeichnet, aber erkennbar, gegen wen sich die Klage richten soll, ist das Passivrubrum von Amts wegen zu berichtigen. **Dem Kl. ist dadurch das Risiko abgenommen, den richtigen Bekl. einschließlich dessen Vertreter festzustellen und zu benennen** (vgl. BVerwGE 14, 330 = NJW 1963, 315). Ist die Ermittlung des richtigen Bekl. in der Vorinstanz unterblieben, kann dies auch noch im Berufungs- und Revisionsverfahren geheilt werden, sofern beachtet wird, was neben der formalen Rubrumsberichtigung gegebenenfalls verfahrensrechtlich geboten ist (bspw. Gewährung rechtlichen Gehörs; vgl. BVerwGE 26, 31 = NJW 1967, 1434; BVerwG NVwZ-RR 1990, 44).“ (OVG Weimar aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 90**Klageeinreichung**  
**unzuständiges Gericht muss nicht als „Bote“ fungieren**

VwGO

(OVG Münster in NJW 2009, 2615; Beschluss vom 29.04.2009 – 8 E 147/09)

Nutzt der Absender eines Klageschriftsatzes das **angerufene Gericht als Bote** und **bittet um Weiterleitung an das zuständige Gericht**, fehlt es an einer **wirksamen Klageerhebung**.

„Gem. § 90 VwGO wird die Streitsache durch die Erhebung der Klage, also mit der Einreichung eines Klageschriftsatzes bei Gericht (vgl. § 81 I 1 VwGO), rechtshängig. Gem. § 85 S. 1 VwGO verfügt der Vorsitzende die Zustellung der Klage an den Bekl. Ist der Verwaltungsrechtsweg unzulässig, spricht das VG dies gem. § 173 S. 1 VwGO i.V. mit § 17a II 1 GVG aus und verweist den Rechtsstreit an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs. Die Rechtshängigkeit und ihre Folgen treten aber nur ein, wenn eine wirksame Klageerhebung vorliegt.

Der Kl. bringt sein Begehren vor Gericht und macht es dort anhängig, indem er Klage erhebt. Damit **unterrichtet er das Gericht über sein Ansinnen**, es möge sich mit seinem Streit befassen; darüber hinaus will er erreichen, dass der Bekl. vor Gericht gerufen wird und sich einer auch für ihn verbindlichen Entscheidung nicht entziehen kann. Lässt sich dem eingehenden Schriftsatz aber ganz offensichtlich kein **ernsthaft gemeintes Rechtsschutzbegehren** entnehmen oder nutzt der Absender das angerufene Gericht als Bote und bittet um Weiterleitung an das zuständige Gericht, fehlt es an einer wirksamen Klageerhebung. In diesen Fällen **wird die Klage weder anhängig noch rechtshängig**, so dass sie nicht registriert und damit auch nicht beschieden werden muss (vgl. Schoch/Schmidt-Alßmann/Pietzner, VwGO, § 81 Rn 4; VGH München NJW 1990, 2403).

So liegt der Fall hier: Die Bf. hat ihr Begehren nach eigenem Bekunden von vornherein nur deswegen bei dem VG angebracht, um eine Zustellung der „Klage“ mit nachfolgender Verweisung an das von ihr für zuständig gehaltene LG zu erreichen. Sie verfolgt gar nicht das Ansinnen, das VG möge sich mit ihrem Streit befassen. Das VG soll lediglich gleichsam als Bote fungieren, um das Verfahren an das LG weiterzuleiten. Bei dieser Sachlage ermangelt es einer wirksamen Klageerhebung, die eine Pflicht des VG zur weiteren Befassung mit der Eingabe der Bf. begründen würde.“ (OVG Münster aaO).

- ZA 10/09 -

Juristischer Verlag Juridicus



## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Schollmeyer:** Zur Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllung bei Weiterfresserschäden (NJOZ 2009, 2729)

Obwohl die Reichweite des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs in der jüngeren Rspr. eine Konkretisierung erfahren hat, ist die **Einordnung von „Weiterfresserschäden“**, insbesondere die Frage, inwieweit diese vom Verkäufer nach § 439 I BGB zu beseitigen sind, **problematisch**. – Die Reichweite der Nacherfüllungspflicht: Der **Nacherfüllungsanspruch** setzt als **Modifikation des originären Erfüllungsanspruchs** die Primärpflicht aus § 433 I 2 BGB fort und hält den Verkäufer an seinem vertraglichen Versprechen fest. Daraus folgt - soweit sich dem Parteilwillen nichts anderes entnehmen lässt - eine **zwingende Begrenzung der materiellen Reichweite des § 439 I BGB auf das nach § 433 I BGB geschuldete Pflichtenprogramm**; die Pflicht des Verkäufers aus § 439 I BGB folgt aus dem originären Leistungsversprechen (§ 433 I 2 BGB) und kann daher nur auf die **Befriedigung der Erfüllungserwartung des Käufers** gerichtet sein, wie sie für die Zwecke der §§ 434ff. BGB allein im Zeitpunkt des Gefahrübergangs geschützt ist. Weiterfresserschäden fallen hierunter nur, soweit sie „stoffgleich“ dem **ursprünglichen Mangel** sind; i.Ü. geht es um **Integritätsschäden**, die der Käufer grds. nur verschuldensabhängig (§ 280 I BGB) liquidieren kann. - Die **Risikoverteilung der §§ 434ff. BGB** kann gem. der besonderen Risikozuweisungsnorm des § 346 III 1 Nr. 3 BGB durch rücktrittsrechtliche Wertungen überlagert sein; dabei ist zu trennen zwischen den beiden Modalitäten des § 439 I BGB, der Nachlieferung und der Nachbesserung. - Die **schadensersatzrechtliche Einordnung von Weiterfresserschäden** kann sich nur danach richten, ob der letztendlich eingetretene Schaden adäquat kausal auf die nicht (rechtzeitig) erfolgte Nacherfüllung zurückzuführen ist; Schäden, die bei ordnungsgemäßer Abhilfe im Rahmen des in § 439 I BGB normierten Pflichtenprogramms hätten beseitigt werden können, sind erst nach Fristablauf über §§ 280 I, III, 281, 437 Nr. 3 BGB (Leistungs- oder Erfüllungsinteresse) ersatzfähig.

2. **Fischinger/Lettmaier:** Sachmangel bei Asbestverseuchung - Anwendbarkeit der c.i.c. neben den §§ 434ff. BGB (NJW 2009, 2496)

Wird die **c.i.c. bei arglistiger Täuschung** für **anwendbar** gehalten, hat dies zur Folge, dass der arglistige Verkäufer (grds. zu Recht) schlechter gestellt wird. Dieser hat, da eine **Fristsetzung vor Rücktritt bzw. Schadensersatzverlangen faktisch** für **entbehrlich** gehalten wird, **kein Recht zur zweiten Andienung**; zudem ist die Pflichtverletzung (§§ 323 V 2, 281 I 3 BGB) regelmäßig nicht unerheblich. - Noch nicht höchstrichterlich entschieden ist, ob die Anfechtung nach § 119 II BGB auch dann möglich ist, wenn sich der täuschungsbedingte Irrtum auf eine mangelbegründende Eigenschaft bezieht, ob beim arglistigen Verkäufer die **Unverhältnismäßigkeitsgrenze des § 439 III BGB** hochzusetzen ist und ob die teilweise befürwortete teleologische Reduktion des § 346 III 1 Nr. 3 BGB ab Kenntnis vom Rücktrittsrecht ausscheiden soll.

3. **Boemke:** Wirtschaftliche Notlage und Widerruf von Zusagen der betrieblichen Altersversorgung (NJW 2009, 2491)

Nach § 7 I 3 Nr. 5 BetrAVG in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung bestand eine **Einstandspflicht des Trägers der Insolvenzsicherung**, wenn auf Grund einer schwerwiegenden wirtschaftlichen Notlage zur Sicherung des Bestands des Unternehmens Zusagen der betrieblichen Altersversorgung gekürzt oder widerrufen wurden; diese Bestimmung wurde **durch Art. 91 EGlmsO ersatzlos gestrichen**, sodass seitdem nach gefestigter Rspr. des BAG ein Widerruf von Betriebsrentenzusagen wegen wirtschaftlicher Notlage nicht mehr in Betracht kommen soll. – Nach Ansicht des Autors sprechen jedoch gute Gründe weiterhin dafür, das Widerrufsrecht nach den allgemeinen Grundsätzen über den Wegfall bzw. die Störung der Geschäftsgrundlage anzuerkennen: Die Verweigerung des Widerrufsrechts in diesen Situationen kann im Einzelfall dazu führen, dass an sich gesunde Unternehmen auf Grund bestehender Versorgungszusagen in die Insolvenz getrieben werden. - **Durchschlagende Gründe gegen das Widerrufsrecht nach geltender Rechtslage sind nicht ersichtlich**, insbesondere hat der Gesetzgeber nicht durch Art. 91 EGlmsO mit Streichung von § 7 I 3 Nr. 5 BetrAVG a.F. ein auch **nach allgemeinen Grundsätzen bestehendes Widerrufsrecht** beseitigt; vielmehr ist dieses Widerrufsrecht weiterhin gemäß den zur **Störung der Geschäftsgrundlage** entwickelten und nunmehr in **§ 313 BGB** normierten Grundsätzen anzuerkennen. - Zwar berechtigen fehlende Geldmittel grds. den Schuldner nicht, sich von seiner Leistungszusage zu lösen oder diese einzuschränken; in Extremfällen wirtschaftlicher Notlage oder Existenzgefährdung werden über das Rechtsinstitut der Störung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aber Ausnahmen von diesem Grundsatz anerkannt. Die von der früheren Rspr. des BAG anerkannten, tragenden Gründe für das Widerrufsrecht greifen daher weiter ein.

4. **Börstinghaus:** Die Rspr. des BGH in Mietsachen (ZAP 2009, 1277)
5. **Weber:** Die Entwicklung des Leasingsrechts von Mitte 2007 bis Mitte 2009 (NJW 2009, 2927)
6. **Bauer:** Wechselwirkung zwischen Kurzarbeit und Urlaub (NZA 2009, 925)

Problemstellung: Kurzarbeit wird derzeit als das Mittel zur Bekämpfung der Konjunkturkrise quer durch alle Lager angepriesen; die vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit entlastet den Arbeitgeber unmittelbar finanziell und sichert so seine Liquidität; Kurzarbeitergeld als sozialversicherungsrechtliche Entgeltersatzleistung hilft damit, soziale Härten bei den betroffenen Arbeitnehmern zu vermeiden. - Es gibt zwar keine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers, das Kurzarbeitergeld vorzustrecken -Kurzarbeitergeld wird nämlich nur nachträglich für den Zeitraum ausgezahlt, für den es der Arbeitgeber beantragt hat, § 324 II 2 SGB III -, um soziale Härten zu vermeiden, ist es in der Praxis aber üblich, dass der Arbeitgeber neben dem Arbeitsentgelt das von ihm errechnete Kurzarbeitergeld auszahlt und damit in Vorleistung geht. - Der **Anspruch auf Kurzarbeitergeld entfällt für Zeiten, für die Arbeitnehmer Urlaub beantragen**, da dieser konkrete Arbeitsausfall durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub vermeidbar ist; bei der Einführung von Kurzarbeit über arbeitsvertragliche Kurzarbeitsklauseln ist Kurzarbeit bei Urlaubserteilung konkludent aufgehoben; dies **gilt jedoch nicht bei Betriebsvereinbarungen**; Arbeitgeber müssen daher darauf achten, dass die Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit die Arbeitnehmer während des Urlaubs nicht erfasst; treffen in einem solchen Fall Urlaubserteilung und Kurzarbeit an einem Tag zusammen, ist der Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht wegen Kurzarbeit und nicht aufgrund Urlaubserteilung befreit.

7. **Führich:** Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit (MDR 2009, 906)

Der **Anspruch auf nach § 651f Abs. 2 BGB dient dem Ausgleich eines immateriellen Schadens und steht der geschädigten Person höchstpersönlich zu**. - Die Entschädigung ist im Anwendungsbereich der Art. 29, 17 ff. Montrealer Übereinkommen nicht ausgeschlossen, so dass auch bei erheblichen Fluggepäckschäden der Veranstalter eine Entschädigung zu leisten hat. - Der Anspruch ist analog von allen erbrachten einzelnen Unterkunftsleistungen (Ferienhaus, Hotel) anzuwenden, nicht auf Nur-Flüge und außerhalb des Reisevertragsrechts. - Die **Reise muss durch einen Reisemangel verteilt oder erheblich beeinträchtigt** worden sein, wobei die **Erheblichkeit durch eine Gesamtwürdigung aller Umstände** des Einzelfalls unter Berücksichtigung der **Art und des Umfangs der Mängel, des Reisecharakters und des Reisezwecks** zu ermitteln ist; im Interesse der Rechtssicherheit ist ab einer Minderungsquote von **50 % pro betroffenen Reisetag** grds. von einer Erheblichkeit auszugehen; bei geringeren Minderungsquoten unter 50 % bis 30 % ist eine bewertende Betrachtung des Einzelfalls vorzunehmen. - Die **Höhe der Entschädigung unterliegt tatrichterlichem Ermessen**, wobei auf den Reisepreis abzustellen ist; i.d.R. ist für jeden ganz vertanen Reisetag zusätzlich zum verschuldensunabhängigen Minderungsbetrag ein Tagesgesamtpreis zu leisten (Reisepreis/Reisedauer x vertane Reisetage x Minderungsquote); das **Tagessatzsystem** hingegen **ist aufzugeben**, da dieses sich am Einkommen orientiert.

## II. Strafrecht

1. **Singelstein:** Rechtsschutz gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen nach Einführung des § 101 VII 2-4 StPO (NStZ 2009, 481)

Bei **offenen Maßnahmen** gilt, dass gegen richterliche Anordnungen die **Beschwerde statthaft** ist, während **Akte der Staatsanwaltschaft bzw. ihrer Ermittlungspersonen nach § 98 II 2 StPO analog angegriffen werden können**. - Bei **heimlichen Ermittlungsmaßnahmen** ist hingegen zu **differenzieren**: Vor Erledigung der Maßnahme gelten die vorstehenden Ausführungen, nachträglicher Rechtsschutz kann hingegen nach § 101 VII 2-4 StPO und - soweit es richterliche Anordnungen betrifft - nach Auffassung des Autors parallel auch im Wege der Beschwerde erlangt werden. - Entscheidet nach Anklageerhebung gem. § 101 VII 4 StPO das erkennende Gericht über den Antrag nach § 101 VII 2 StPO, so handelt es sich gleichwohl um ein eigenständiges Verfahren, dessen Entscheidung im Beschlusswege ergeht; hiergegen ist wie auch sonst das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben (§ 101 VII 3 StPO), andernfalls ließe sich die Konstellation von Drittbetroffenen als Antragstellern, die wegen der Streubreite nicht weniger heimlicher Maßnahmen wichtiger wird, systematisch kaum lösen. - Insgesamt muss der Rechtsbehelf des § 101 VII 2-4 StPO als wenig durchdachte Regelung bezeichnet werden, die die Unübersichtlichkeit des Rechtsschutzsystems erhöht und die Praxis vor schwierige Probleme stellt; für die erkennenden Gerichte bedeutet der Rechtsschutz nach Anklageerhebung eine erhebliche zusätzliche Belastung, die bei größeren Verfahren geeignet ist, die Hauptverhandlung zu verzögern; hier hat der Gesetzgeber einmal mehr nicht anerkannt, dass der verfassungsrechtlich gebotene Grundrechtsschutz durch Rechtsschutzmöglichkeiten auch Ressourcen kostet, die bereitgestellt werden müssen. - Ein anderer Weg wäre der des **vorbeugenden Grundrechtsschutzes** dergestalt, dass **heimliche Ermittlungsmaßnahmen wieder stärker begrenzt** oder dass den für die Anordnung und Durchführung vorgesehenen Kontrollmechanismen zu mehr praktischer Wirksamkeit verholfen werden würde; für die Rechtsschutzsuchenden bedeutet der Wegfall der Pflicht zur Darlegung des Rechtsschutzbedürfnisses zwar eine gewisse Erleichterung, andererseits war diese Verpflichtung im Fall heimlicher Ermittlungs-

maßnahmen auch bislang nicht schwer zu erfüllen; demgegenüber stellt die Ausschlussfrist von 2 Wochen nach Benachrichtigung eine erhebliche Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten dar, wenngleich die Regelung wie ausgeführt teleologisch zu reduzieren ist.

2. **Winkler:** Verbrechen und Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz (NStZ 2009, 433)
3. **Himmelreich/Halm:** Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und -bußgeldsachen - Überblick 01.04.2008 bis 31.03.2009 (NStZ 2009, 373)

### III. öffentliches Recht

1. **Lenz/Burgbacher:** Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz (NJW 2009, 2561)
2. **Reffken:** Die Rechts-, Partei- und Grundbuchfähigkeit politischer Parteien (NVwZ 2009, 1131)

Über 100 Jahre lang wurde den politischen Parteien in der Rechtsform des nicht eingetragenen Vereins die Verwaltung ihres Parteivermögens dadurch erschwert, dass man ihnen die Rechts-, Partei- und Grundbuchfähigkeit versagte; in den letzten zehn Jahren sind diese zivilrechtlichen Hindernisse jedoch durch die Rspr. beseitigt worden - zuletzt durch den Beschluss des BGH zur Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) (NJW 2009, 594). - Bis vor wenigen Jahren wurde in der Rechtspraxis übereinstimmend angenommen, dass den politischen Parteien in der Rechtsform des nicht eingetragenen Vereins nicht nur die Rechtsfähigkeit, sondern auch die Grundbuchfähigkeit fehle; nunmehr **hat sich die Rechtspraxis grundlegend geändert** und es ist **allgemein anerkannt, dass sämtliche politische Parteien nicht nur rechts- und parteifähig, sondern auch grundbuchfähig sind.** - Die zivilrechtliche Stellung der politischen Parteien in Deutschland lässt sich damit heute wie folgt zusammenfassen: Politische Parteien in der Rechtsform des eingetragenen Vereins sind auf allen Verbandsebenen rechts-, partei- und grundbuchfähig; politische Parteien in der Rechtsform des nicht eingetragenen Vereins sind - anders als noch vor zehn Jahren - heute ebenfalls auf allen Verbandsebenen rechts- und parteifähig; für den Gesamtverband dieser Parteien (Bundesverband) sowie die Gebietsverbände der jeweils höchsten Stufe (Landesverbände) ist zudem seit einigen Jahren die Grundbuchfähigkeit anerkannt; Seit der Entscheidung des BGH zur Grundbuchfähigkeit der GbR dürften auch die nachgeordneten Gebietsverbände als grundbuchfähig anzusehen sein.

3. **Hientzsch:** Die politische Partei in der Insolvenz (NVwZ 2009, 1135)

**Problemstellung:** Der NPD droht infolge der Rückforderung der staatlichen Finanzierungsbeiträge die Überschuldung; bei der Partei Die Grauen führte im Jahr 2008 Überschuldung zur Auflösung der Partei; der Beitrag zeigt die **(verfassungsrechtlichen) Probleme eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer politischen Partei** auf - etwa die **Auflösung der Partei** durch ein Amtsgericht - und liefert Lösungsansätze für einen **Ausgleich der von Art. 21 GG gewährleisteten Rechte der politischen Partei einerseits und den Interessen der Gläubiger andererseits.** - Die einfachgesetzliche Rechtslage: Parteien sind (nicht) rechtsfähige bürgerlich-rechtliche Vereine und daher grds. nach den Regeln der **§§ 21ff. BGB** zu behandeln; mangels spezieller Regelungen im Insolvenz- oder Parteienrecht ist **das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Partei nach den Vorschriften der Insolvenzordnung durchzuführen**; dabei stellt die Insolvenzfähigkeit des Schuldners eine zwingende formelle Voraussetzung dar; **Insolvenzfähig sind** gem. § 11 I 1 InsO **alle natürlichen und juristischen Personen**; die Insolvenzfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins ergibt sich aus § 11 I 2 InsO; nach der einfachgesetzlichen Rechtslage ist die **politische Partei demnach insolvenzfähig.** - Die zivilrechtliche Behandlung politischer Parteien wird jedoch maßgeblich durch ihre **besondere Bedeutung im demokratischen Gefüge** der Bundesrepublik Deutschland beeinflusst: Die Partei ist ein gesellschaftliches Gebilde, durch dessen Vermittlung sich die Transformation des Volkswillens zum Staatswillen vollzieht, und die daher eine Zwischenstellung einnimmt zwischen dem gesellschaftlichen Bereich und dem Bereich staatlicher Institutionen; ihr kommt die Aufgabe der Vermittlung zwischen beiden Bereichen zu, die **für die politische Willensbildung des Volkes unentbehrlich** ist, was seinen Ausdruck in der verfassungsrechtlichen Anerkennung der politischen Parteien in Art. 21 GG gefunden hat; unabhängig von der Vorschrift des § 37 PartG, die die Anwendung des § 54 S. 2 BGB auf Parteien ausschließt, ist daher stets zu prüfen, ob die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien mit der Anwendung der Normen über den (nicht) rechtsfähigen Verein vereinbar ist. - Für den **Staat als Gläubiger** von Rückforderungen staatlicher Finanzierungsmittel gem. §§ 31b und c PartG ist nach dem bestehenden Recht bezüglich des Insolvenzantragsrechts von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen, so dass **diesbezüglich die Durchführung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer politischen Partei nicht in Betracht kommt**; bei **privaten Gläubigern** fällt eine Abwägung zwischen den Interessen der Gläubiger und den Rechten der politischen Parteien zu Gunsten der Gläubiger aus - allerdings nur unter Vornahme entsprechender Modifizierungen des bestehenden Insolvenzrechts in Bezug auf die Einsetzung des Insolvenzverwalters, die Auflösung der Partei und den Umfang der Insolvenzmasse; an Stelle einzelner Modifizierungen empfiehlt es sich aus Gründen der Rechtssicherheit und Klarheit, ein Sonderinsolvenzrecht für politische Parteien zu etablieren, wie es etwa für Banken und Versicherungen besteht, s. §§ 45ff. KWG, 88f. VAG; ebenfalls nicht ausgeschlossen ist die verfassungsrechtliche Anerkennung der politischen Par-

teien als insolvenzunfähig; dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Forderungen der Gläubiger weiterhin bestehen bleiben und nur die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Forderung auf die Einzelzwangsvollstreckung beschränkt wird, vertretbar.

4. **Bolay:** Glücksspiel, Glücksspiel oder doch Gewinnspiel? - Einheitlichkeit zwischen straf- und glücksspielstaatsvertraglichem Gewinnspielbegriff (MMR 2009, 669)

Der **Begriff des „Glücksspiels“ i.S.d. GlüStV** ist **identisch mit dem Begriff des „Glücksspiels“ i.S.d. StGB**: Ein Glücksspiel ist danach gegeben, wenn der Spielausgang ganz oder überwiegend zufallsabhängig ist und für die Teilnahme nicht nur unerhebliche Einsätze (= Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance) zu leisten sind. - Der Begriff des „Gewinnspiels“ i.S.d. § 8a RStV bezieht sich dagegen auf Spiel-formate in Rundfunk oder Telemedien, bei denen glücksspielrechtlich grundsätzlich unerhebliche Einsätze/Entgelte zu leisten sind. Durch die **Begrenzung des Einsatzes im Einzelspiel auf maximal [€] 0,50** und das in der Gewinnspielsatzung manifestierte Verbot, explizit zur Mehrfachteilnahme aufzufordern, fehlt die Glücksspieleigenschaft solcher Angebote, ohne dass es darauf ankäme, ob der Spielausgang vom Zufall oder vom Geschick der Teilnehmer dominiert wird.

5. **Tyczewski:** Ein teures Nichts – Gebührenrechtliche Folgen einer erfolgreichen Drittanfechtung (NWVBI 2009, 296)

Wird eine **Genehmigung von einem Dritten erfolgreich vor Gericht angefochten**, so hat der **Genehmigungsinhaber/Gebührensschuldner gem. § 130 I AO einen Anspruch auf Rücknahme des betreffenden Gebührenbescheides für die Sachentscheidung**; die Gebühr ist gem. § 15 II GebG zwingend um ein Viertel zu ermäßigen; zudem kann die Behörde im Ermessenswege die Gebühr bis auf ein Viertel zurücknehmen; das letzte Viertel verbleibt beim Genehmigungsinhaber; die Ermessensentscheidung zwischen einem Viertel und drei Vierteln kann sich vornehmlich am Verwaltungsaufwand orientieren, ist also das gesamte Prüfungsprogramm für die Entscheidung durchlaufen worden und das Vorgehen nicht offensichtlich fehlerhaft, so kann die Behörde von einer weiteren Reduzierung absehen.

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

1. **Hansens:** Neuregelung der Gebührenanrechnung in §§ 15a, 55 V RVG (ZAP 2009, 1175)
2. **Büttner/Niepmann:** Die Entwicklung des Unterhaltsrechts seit Mitte 2008 (NJW 2009, 2499)

## Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

### I. § 2 I Nr. 3 a) ArbGG:

- **Sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis**, ganz gleich, ob es um Haupt- oder Nebenleistungspflichten geht.
- Arbeitnehmernehmereigenschaft  
(str. ob voller Nachweis oder sic-non-Fall) § 5 ArbGG, 84 I 2 HGB)

#### 1. Dienstvertrag

Unter einem Dienstvertrag versteht man jede entgeltliche Leistung von Diensten für einen anderen auf privatrechtlicher vertraglicher Grundlage.

- Die privatrechtliche Tätigkeit ist von der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit (Beamter, Richter) abzugrenzen.
- Keiner vertraglichen Verpflichtung unterliegen z.B. Strafgefangene.
- Der Dienstvertrag ist vom Werkvertrag nach § 631 BGB abzugrenzen.
- Die entgeltliche Tätigkeit ist von der unentgeltlichen Tätigkeit (Auftrag § 662 BGB) zu unterscheiden.
- Gesellschafter erbringen keine Leistung für einen anderen.

#### 2. Abgrenzung zum Selbstständigen

### II. § 2 I Nr. 3 b) ArbGG: Bestehen / Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses

### III. § 2 I Nr. 3 c) ArbGG: Vertragsverhandlungen

Zu den Ansprüchen aus Vertragsverhandlungen und damit aus §§ 280, 311 II, 241 II BGB zählen vor allem solche auf Ersatz von Vorstellungskosten, Schadensersatzansprüche aus schuldhaftem Verhalten bei Vertragsabschluss; ob es später zu einem Vertragsschluss gekommen ist oder nicht ist unerheblich.

### IV. § 2 I Nr. 3 d) ArbGG: Streitigkeiten aus unerlaubter Handlung

insbesondere Schadensersatz, Unterlassung, Widerruf oder Beseitigung

### V. § 2 I Nr. 3 e) ArbGG: Streitigkeiten über Arbeitspapiere

Lohnsteuerkarte, Versicherungsnachweisheft, Versicherungskarte, Arbeitsbescheinigung gemäß § 133 AFG, Urlaubsbescheinigung nach § 6 II BUrIG.

#### Beachte:

Zuständigkeit in sonstigen Fällen nach § 3 ArbGG, der auch für den Vertreter ohne Vertretungsmacht gilt (BAG, NJW 2003, 2554).

Hat der Arbeitnehmer die Klage beim ordentlichen Gericht erhoben, ist der Mangel des Rechtsweges nach § 48 ArbGG, § 17 a II GVG von Amts wegen zu beachten und zu verweisen. Eine Klageabweisung wegen Unzuständigkeit des Arbeitsgerichtes ist dann nicht mehr möglich.

# 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> NRW	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> OStA H	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 28.07.2009
---------------------	--	--

### Zur Person:

Hinsichtlich der Person H's verweise ich im Wesentlichen auf die vorigen Protokolle: Er ist ein netter, gemüthlicher Mensch, halt der typisch rheinische Typ. Er will keinem etwas Übles und schafft eine angenehme Prüfungsatmosphäre. Er ist meist recht unterstützend und positiv, auch bei Antworten, die offensichtlich fern liegen, hält er diese für vertretbar, möchte dann aber auch ein Argument. Macht man etwas falsch, geht er darauf ein und fragt dann mitunter schon recht verwirrend, sodass man manchmal schon auf Abwege geraten kann. Er prüft querbeet, fast ausschließlich materielles Recht. Eines ist wichtig: Bei den Standarddefinitionen möchte er die exakte Definition hören, da sollte man also nicht lange herumreden. Und genau letzteres finde empfand ich bei allem Positiven als äußerst belastend. Grundsätzlich habe ich H aber als den angenehmsten Prüfer an diesem Tage empfunden.

### Zur Sache:

H stellte folgenden Fall, den er immer weiter entwickelte:

M hat sich am Abend mit Freunden verabredet, steigt in sein Fahrzeug, fährt weg und beschädigt dabei das Kfz seiner Ehefrau. Er guckt sich den Schaden an, denkt sich, das kläre ich gleich morgen mit meiner Frau und fährt weiter. Strafbarkeit des M?

Geprüft wurde § 142 StGB mit allen gängigen Definitionen: Unfall, Unfallbeteiligter etc. Dann kamen wir zum Hauptproblem, nämlich das mutmaßliche Einverständnis der Ehefrau. Wir grenzten Einwilligung und Einverständnis voneinander ab, und diskutierten recht ausgiebig über das hier in Betracht kommende tatbestandsausschließende Einverständnis. Im Ergebnis bejahten wir dies letztendlich vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Norm, den wir ausgiebigst diskutierten.

Dann ging es weiter im Fall:

Der auf der anderen Straßenseite positionierte A beobachtete den Vorgang, nimmt die Verfolgung auf, stellt den M, hält diesen fest und entäußert sich dahingehend, die Polizei zu holen.

Wir prüften § 239 StGB an und kamen aber recht schnell zur Rechtswidrigkeit und dem dort angesiedelten Problem etwaiger Rechtfertigungsgründe. Zunächst wurde § 127 StPO angeprüft. Wieder folgten sämtliche Definitionen und wir bejahten i.E. den § 127 StPO, da es dem A augenscheinlich darauf ankam, den M festzuhalten, bis die Polizei die erforderlichen Feststellungen treffen konnte. Ferner wurde der Erlaubnistatbestandsirrtum angeprüft, nebst der hierzu entwickelten Theorien in Abgrenzung zum Verbotsirrtum nach § 17 StGB. Hier wurde es etwas konfus.

H brach dann ab und setzte den Fall fort:

Der M versetzte dem A eine Ohrfeige, um sich loszureißen.

§ 223 StGB wurde kurz und schnell im Tatbestand geprüft, subsumiert und i.E. auch bejaht. Problematisch war hier die Rechtswidrigkeit: Es wurde § 32 StGB (Notwehr) geprüft. Wieder folgten die Definitionen, dann wurde die Notwehrhandlung im Hinblick auf die Gebotenheit und Erforderlichkeit hin geprüft, beides wurde bejaht.

Sodann führte H weiter aus:

M ist jetzt unterwegs, bewegt durch die Vorfälle trinkt er eine größere Menge Alkohol und fährt mit einer BAK von 1 ‰ auf ein anderes Fahrzeug auf.

Hier erfolgte kurz eine Abgrenzung zwischen §§ 315b, 315c StGB, die Konkurrenzsituation zwischen beiden Normen und die generell vorhandenen Gesetzeskonkurrenzen, Spezialität, Konsumtion etc.

Weiter wurde diskutiert, wann denn absolute und wann relative Fahrtuntüchtigkeit vorliegt: 1, 1‰ = absolute, 0,3 ‰ = relative Fahrtuntüchtigkeit, wobei bei letzterer Ausfallerscheinungen hinzutreten müssen. Diese sind aber bei einem Auffahrunfall immer zu bejahen.

Viel Glück und Erfolg!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> Hessen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Ri LG K.	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 09.04.2009
------------------------	--	--

#### Zur Person:

Herr K. ist ein netter und angenehmer Prüfer. Er ist bei der Prüfung grds. nach der Sitzreihenfolge vorgegangen. Er kann nicht unbedingt als protokollfest bezeichnet werden. Die Benotung war durchaus fair.

#### Zur Sache:

Entgegen allgemeiner Erwartungen prüfte K bei uns kein Gesellschaftsrecht. Im ersten Teil der Prüfung ging es vielmehr um das Zwangsvollstreckungsrecht.

Hierzu stellte er zunächst folgenden **Fall**:

A hat von B ein Haus gekauft. A behauptet, der Kaufvertrag sei wegen einer Schwarzgeldabrede nichtig. Zudem hat A den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten. Im Prozess wird A zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt.

Danach beauftragte A einen Bausachverständigen. Dieser stellte fest, dass zwei Räume nicht genehmigungsfähig sind. Im Kaufvertrag stand, dass der Veräußerer zusichere, keine baulichen Veränderungen vorgenommen zu haben, ohne dass dafür die behördlichen Genehmigungen vorliegen. B vollstreckt aus dem Urteil. Was kann A tun?

Wir besprachen zunächst die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung (Erinnerung, Vollstreckungsgegenklage, sofortige Beschwerde, Drittwiderspruchsklage und Klage auf vorzugsweise Befriedigung). Dann prüften wir die Zulässigkeit der in diesem Fall einschlägigen Vollstreckungsgegenklage. Das Hauptproblem war hier die entgegenstehende Rechtskraft des Urteils. Zu prüfen war, ob A mit der Geltendmachung der Nichtgenehmigungsfähigkeit noch gehört werden kann oder ob dies bereits Streitgegenstand des Vorprozesses gehörte. In diesem Rahmen wurde auch kurz der Streit bzgl. der Präklusion erörtert: Nach Ansicht des BGH greift die Präklusion bereits dann, wenn die Tatsachen objektiv vorgelegen haben. Nach Ansicht von K war hier die Nichtgenehmigungsfähigkeit bereits Streitgegenstand des Vorprozesses und daher stand die Rechtskraft der Klage nach § 767 ZPO entgegen. Dann fragte er noch kurz, was denn mit dem Antrag gemeint sei, hilfsweise die Vollstreckung aus dem Urteil zu unterlassen und den Titel herauszugeben. Gemeint war die Klage § 826 BGB i. V. m. § 371 BGB analog.

Danach stellte er folgenden zweiten **Fall**:

A, der für die B-GmbH Computer repariert, kauft im Namen und mit Vollmacht der B-GmbH Computerteile bei der C-GmbH. A erklärt dabei, persönlich für die Schuld eintreten zu wollen. Die B-GmbH zahlt den Kaufpreis nicht. Daraufhin verklagt die B-GmbH den A auf Kaufpreiszahlung. A wird hierzu durch ein Versäumnisurteil verurteilt. Der Rechtsanwalt des A legt nicht rechtzeitig Einspruch ein. Was kann A nun tun?

Wegen des Ablaufs der Einspruchsfrist kann er nicht mehr gegen das VU vorgehen. Eine Wiedereinsetzung scheidet daran, dass sich A das Verschulden seines Anwalts nach § 85 II ZPO zurechnen lassen muss. A kann gegen seinen Anwalt aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag vorgehen, denn der Anwalt hätte vorsorglich Einspruch gegen das VU einlegen müssen. Problematisch war die Feststellung des Schadens. Ein solcher ist nur dann gegeben, wenn A zu Unrecht verurteilt wurde. Das war hier der Fall, da A im Namen und mit Vollmacht der GmbH den Vertrag abgeschlossen hat. Die Erklärung bzgl. des persönlichen Einstehens musste ausgelegt werden. Es kam eine Bürgschaft, ein Schuldbeitritt und Schuldübernahme in Betracht. Letztendlich kamen wir zu dem Ergebnis, dass A Bürge sein wollte (wegen der akzessorischen Haftung). Diesbezüglich fehlte es aber an der Schriftform des § 766 BGB.

# 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**

