



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA) Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

**34. Jahrg.**

**Mai 2009**

**Heft 05**

---

**Aus dem Inhalt:**

- EuGH:** Schuldnerverzug bei Banküberweisung
- BGH:** Geiselnahme bei der Bundeswehr
- BVerfG:** Außerkraftsetzung des BayVersG
- BGH:** Mediation hemmt nicht Berufungsbegründungsfrist
- BGH:** Vollstreckungsschutzantrag in der Insolvenz des Schuldner
- BGH:** Belehrungsverstoß
- VGH Mannheim:** wiederholende Verfügung oder Zweitbescheid



#### **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

Dienstrechtsneuordnung.....	1
-----------------------------	---

### Brandaktuell

BVerfG: Beschränkung auf Ehedoppelname mit dem GG vereinbar (kein Verstoß gegen den Schutz der Ehe) .....	4
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

EuGH: Schuldnerverzug bei Banküberweisung (Zeitpunkt der Gutschrift maßgebend).....	5
OLG Karlsruhe: Zugriff des Vermieters auf verpfändetes Bankguthaben (Unstreitigkeit des Anspruchs keine Voraussetzung) .....	9

#### Strafrecht

BGH: Geiselnahme bei der Bundeswehr (Rechtfertigungsirrtum) .....	12
BGH: Geldwäsche (Bestechung als Vortat).....	18

#### öffentl. Recht

BVerfG: Übersichtsaufnahmen und Bußgelder (einstw. Außerkraftsetzung der Regelungen des BayVersG) .....	21
--	----

#### Kurzauslese I

OLG Frankfurt: Leasingvertrag (Rückabwicklung folgt dem Rücktrittsrecht).....	29
BGH: erfolglose Nachbesserung (Beweislast).....	29
BGH: Mittäter (Verpflichtung zum Schadensersatz).....	31
BGH: Beteiligungsversuch (Verbrechen / Vergehen).....	31
BGH: sexuelle Nötigung (Ausnutzung der schuldlosen Lage des Opfers).....	31
BGH: Tötungsvorsatz (Schütteln eines Kleinkindes).....	33
VG Aachen: Datenschutz (unzulässige Ausweiskontrolle bei Besuchen in der JVA).....	33
OVG Hamburg: waffenrechtliche Zuverlässigkeit (Berücksichtigung ausländischer Strafurteile).....	35
OVG Koblenz: Dauerwerbesendungen (Kennzeichnungspflicht) .....	37

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

BGH: Mediation in der Berufung (keine Hemmung der Berufungsbegründungsfrist) .....	41
BGH: Vollstreckungsschutzantrag (in der Insolvenz des Schuldner) .....	45

**Strafrecht**

BGH:	Belehrungsverstoß (Verwertbarkeit von Angaben bei unterlassener „qualifizierter“ Belehrung).....	49
------	--	----

**öffentl. Recht**

VGH Mannheim:	wiederholende Verfügung oder Zweitbescheid (Entscheidung über Wiederaufgreifensantrag) .....	52
VGH München	hinreichende Bestimmtheit eines VA (bei Rückforderung einer Subvention).....	55

**Kurzauslese II**

BGH:	Berufungsbegründungspflicht (Verlängerung bei mehreren Berufungsführern) .....	59
BGH:	Berufungsbegründungsfrist (Berechnung bei Verlängerung).....	59
KG:	vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils (Vorabentscheidung des Berufungsgerichts).....	59
BAG:	Beklagtenbezeichnung (Rubrumsberichtigung).....	61
BGH:	Durchsuchungsbeschluss (Begründungserfordernis).....	61
OLG Jena:	Pflichtverteidiger (Wahlanwalt steht einer Pflichtverteidigerbestellung entgegen) .....	63
BVerwG:	Aussagegenehmigung für Soldaten (Rechtsweg).....	63
OVG Bremen:	Verfahrensaussetzung (bei Verfassungsbeschwerde).....	63
OVG Lüneburg:	Berufungszulassung (kein „Nachschieben“ der Bezeichnung des Zulassungsgrundes).....	65

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	67
---	----

<b>Übersicht</b>	Das Vorabentscheidungsverfahren nach § 234 EGV .....	71
------------------	--	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung: Zivilrecht .....	72
Assessorprüfung: öffentliches Recht .....	74

## Aus der Gesetzgebung

### Das Dienstrechtsneuordnungsgesetz

Gesetz zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts vom 05.02.2009 – DNeuG (BGBl I, 160)

#### I. Allgemeines

Mit dem Dienstrechtsneuordnungsgesetz werden die geltenden Regelungen für Status, Besoldung und Versorgung der Beamten, Richter und Soldaten im Bundesbereich neu gefasst und fortentwickelt.

Die Neuregelungen des Gesetzentwurfs werden nur für die Empfängerinnen und Empfänger von Besoldungs- und Versorgungsbezügen des Bundes gelten. Die Beamten, Richter sowie Versorgungsempfänger der Länder und Gemeinden werden in Konsequenz der ersten Stufe der Förderalismuskommission nicht erfasst; für sie gilt das bisherige Recht unverändert weiter, soweit es nicht durch Landesrecht abgelöst wird.

#### II. Die Neuregelungen im Überblick

##### 1. Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des öffentlichen Dienstes

Im Bundesbundesbeamtengesetz werden die Möglichkeiten erweitert, Bewerber mit langjähriger geeigneter Berufserfahrung außerhalb des öffentlichen Dienstes in einem höheren Amt als dem Eingangsamt einzustellen. Für alle Laufbahnen werden einheitliche Probezeiten eingeführt und die Anforderungen an die Bewährung in der Probezeit stärker am Leistungsprinzip ausgerichtet.

- Das Laufbahnsystem wird neu gestaltet. Es bietet die Grundlagen für eine drastische Reduzierung der bestehenden Laufbahnen.
- Jede Berufsqualifikation bzw. jeder Hochschulabschluss kann künftig einer Laufbahn zugeordnet werden.
- Die Entwicklungen im Hochschulbereich (sog. Bologna-Prozess) werden durch Anerkennung von Bachelor- und Masterabschlüssen berücksichtigt.
- Bewerber mit verwaltungsexternen und -internen Qualifikationen werden gleichgestellt.
- Bewerber mit geeigneter Berufserfahrung oder besonderen Qualifikationen können ohne Beteiligung des Bundespersonalausschusses in einem höheren Amt als dem Eingangsamt eingestellt werden.

##### 2. Stärkung des Leistungsprinzips

- Die Probezeit wird für alle Laufbahnen einheitlich auf drei Jahre festgelegt; die Anforderungen an die Bewährung während der Probezeit werden erhöht.
- Das jährliche Budget für die Leistungsbezahlung in Höhe von 31 Mio. Euro wird im Bundesbesoldungsgesetz festgeschrieben; es ist verbunden mit einer Pflicht, es für die Honorierung von Spitzenleistungen zu nutzen.
- Die Prämie für Teamleistungen wird erhöht.

##### 3. Abschaffung des Senioritätsprinzips in der Besoldung und neue Grundgehaltstabellen ab 1. Juli 2009

- Das bisher bestehende Senioritätsprinzip im Besoldungssystem, in dem der Gehaltszuwachs an das steigende Lebensalter gebunden war, wird abge-

schaft. Künftig orientiert sich die Gehaltsentwicklung an Leistung und Erfahrung.

- Die Grundgehaltstabelle der Besoldungsordnung A wird neu gestaltet. Das bisherige System des sog. Besoldungsdienstalters wird durch eine altersunabhängige, an beruflichen Dienstzeiten orientierte Tabellenstruktur mit einheitlich acht Stufen ersetzt.
- Der Aufstieg in den Stufen des Grundgehaltes erfolgt nach Erfahrungszeiten im Zwei-, Drei- und Vierjahresrhythmus; damit wird der zu Beginn der beruflichen Tätigkeit in der Regel schnellere Erfahrungszuwachs berücksichtigt. Berufliche Erfahrungen innerhalb und außerhalb des öffentlichen Dienstes sowie zusätzliche Qualifikationen werden angerechnet und können zu einem Stufeneinstieg in einer höheren Stufe führen.
- Für den Aufstieg kommt es auf Leistung an. Nicht anforderungsgerechte Leistungen können zu einem Verbleiben in der bisherigen Stufe des Grundgehaltes führen.
- Bei den Soldaten werden die Besonderheiten ihres Werdegangs berücksichtigt.
- Die neue Grundgehaltstabelle der Besoldungsordnung A hält am bisherigen Bezüge- und Einkommensniveau fest.
- Die Grundgehaltstabellen der einzelnen Besoldungsordnungen werden vereinfacht: Bislang separat ausgewiesene Beträge und die bisher als Jahresbetrag gezahlte Jahressonderzahlung („Weihnachtsgeld“) werden in das Grundgehalt integriert. Für den derzeit gezahlten Teil der Sonderzahlung wird dies zum 1. Juli 2009, dem Stichtag der Einführung der neuen Grundgehaltstabellen, wirksam. Für den Teil der Sonderzahlung, der von 2006 bis 2010 als Beitrag der Beamten und Versorgungsempfänger zur Haushaltskonsolidierung verwandt wird, wird dies zum 1. Januar 2011 wirksam.

#### **4. Ausbau familienfreundlicher Regelungen**

Das DNeuG baut die bestehenden familienfreundlichen Beschäftigungsbedingungen aus:

- Die Höchstdauer für eine Beurlaubung ohne Besoldung bei Kinderbetreuung oder Pflege von Angehörigen wird von 12 auf 15 Jahre erhöht. Damit werden die Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf verbessert.
- Um auch Beamten mit Familienpflichten eine Ausbildung zu ermöglichen, ist Teilzeit während des Vorbereitungsdienstes möglich.
- Insgesamt dürfen sich Elternzeit, Teilzeit und Telearbeit im beruflichen Fortkommen nicht nachteilig auswirken.
- Im Interesse familienfreundlicher Rahmenbedingungen wird zur Berücksichtigung der Situation kinderreicher Beamtenfamilien der sog. Kinderzuschlag für dritte und weitere Kinder um jeweils 50 Euro erhöht.

#### **5. Anpassung an demographischen Wandel**

- Die Regelaltersgrenze für die Beamten des Bundes wird ab 2012 stufenweise um 2 Jahre von 65 auf 67 Jahre erhöht. Die Anhebung ist 2029 abgeschlossen.
- Die besonderen Altersgrenzen der Polizeivollzugsbeamten des Bundes, der Feuerwehr der Bundeswehr sowie der Berufssoldaten werden ebenfalls um 2 Jahre angehoben.
- Beamte mit 45 Dienstjahren können weiterhin mit dem 65. Lebensjahr ohne Abschlag in den Ruhestand treten.

- Die Altersgrenze, bei deren Erreichen Beamten auf eigenen Antrag in den Ruhestand versetzt werden können (Antragsaltersgrenze), bleibt unverändert bei 63 Jahren. Der maximale Versorgungsabschlag kann künftig 14,4 % des Ruhegehaltes betragen.
- Zur Vermeidung von Frühpensionierungen werden die Maßnahmen zur Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der Dienstfähigkeit der Beamten verstärkt, der Grundsatz „Rehabilitation vor Versorgung“ wird verbindlich festgeschrieben.

#### **6. Weitere Maßnahmen**

- Beamte haben künftig einen gesetzlichen Anspruch auf eine Versorgungsauskunft.
- Die Regelungen zu den Hinzuverdienstgrenzen für Ruhestandbeamte werden entsprechend dem Rentenrecht angepasst.
- Die Berücksichtigung von Hochschulausbildungszeiten in der Versorgung der Beamten wird wirkungsgleich zu den entsprechenden Rentenmaßnahmen begrenzt.
- Eine Revisionsklausel stellt sicher, dass sich gesetzliche Rente und Beamtenversorgung des Bundes auch künftig parallel entwickeln.

## Brandaktuell

**BGB**      **Beschränkung auf Ehedoppelname mit GG vereinbar**      **VerfG**  
 § 1355 IV      **auch bei formal unwirksamer Kündigung**  
 (BVerfG in Pressemitteilung Nr. 47/2009; Urteil vom 05.05.2009 –1 BvR 1155/03)

§ 1355 IV 4 BGB sieht vor, dass Ehegatten bei der Eheschließung durch Erklärung gegenüber dem Standesamt einen **gemeinsamen Familiennamen** und damit Ehenamen **bestimmen** sollen. Dabei können sie zwischen dem **Geburtsnamen** oder den **bisher geführten Namen der Frau oder des Mannes** wählen. Wählen sie keinen gemeinsamen Ehenamen, trägt **jeder** Ehegatte nach der Eheschließung **seinen Namen** weiter. Entscheiden sich die Ehegatten für einen **Ehenamen**, dann kann der Ehegatte, dessen Name nicht zum Ehenamen bestimmt wurde, den eigenen **Namen dem Ehenamen** als Begleitname **vorstellen** oder **anfügen**.

Diese Möglichkeit wird in § 1355 IV 2, 3 BGB jedoch für den Fall, dass die **Ehegatten** schon **Träger von Mehrfachnamen** sind, **ausgeschlossen** beziehungsweise eingeschränkt: Wird ein schon aus **mehreren Namen bestehender Name eines Ehegatten zum Ehenamen bestimmt**, dann darf der andere Ehegatte seinen Namen dem Ehenamen **nicht als Begleitname anfügen**. Besteht dagegen der nicht zum Ehenamen bestimmte Name aus mehreren Namen, dann kann nur einer dieser Namen dem Ehenamen als Begleitname hinzugefügt werden.

Auch der Schutz der Ehe (Art. 6 I 1 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 I 1 GG) und der Gleichheitssatz (Art. 3 I 1 GG) sind durch diese gesetzliche Regelung nicht beeinträchtigt.

„§ 1355 IV 2 BGB verfolgt ein **legitimes gesetzgeberisches Ziel**. Der Gesetzgeber hat bei seiner Konzeption des Familiennamensrechts dem Namen mehrere Funktionen gegeben. Zum einen soll der Namensträger die Möglichkeit erhalten, sich selbst im Namen zu finden und Ausdruck zu geben. Zum anderen hat das Namensrecht die Funktion, den Namensträger familial klar zuzuordnen sowie dem **Namen seine Identifikationskraft zu erhalten** und auch in der Generationenfolge zu sichern. Um dies zu erreichen, hat der Gesetzgeber rechtliche Regelungen getroffen, die die Bildung von **Doppel- und Mehrfachnamen weitgehend zurückdrängen sollen**. Die Norm folgt dem **Anliegen, Namen** zu bilden, die einerseits auch im **Rechts- und Geschäftsverkehr praktikabel** sind und andererseits in nachfolgenden Generationen nicht zu Namensketten führen.“

### I. Schutz des Namensrechts, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

„Der durch § 1355 IV 2 BGB erfolgende Eingriff in das von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I geschützte Namensrecht des Ehegatten ist verhältnismäßig. **Praktikabilitätsgründe reichen zwar nicht aus**, die Regelung zu rechtfertigen. Das gesetzgeberische Anliegen hat aber gereicht, **Mehrfachnamen, die über Doppelnamen hinausgehen, generell auszuschließen, um dem Namen seine identifikationsstiftende Funktion zu bewahren**.

Schließlich ist die Einschränkung des § 1355 IV 2 BGB auch zumutbar, weil der Gesetzgeber im Rahmen seiner namensrechtlichen Konzeption den Ehegatten ... eine große Variationsmöglichkeit belassen hat, die ihnen erlaubt, auch ihrem Bedürfnis nach Ausdruck der eigenen Identität nachzukommen.“

### II. Schutz der Ehe, Art. 6 I GG

„§ 1355 IV 2 BGB verletzt auch nicht Art. 6 I GG. Die Norm gebietet nicht die Wahl eines einheitlichen Ehenamens; sie unterstützt allerdings den Wunsch von Ehegatten, ihre Zusammengehörigkeit in einem gemeinsamen Ehenamen zum Ausdruck bringen zu können. Diesem Anliegen hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er den Ehegatten die Möglichkeit eröffnet hat, einen ihrer bisher geführten Namen zum Ehenamen zu bestimmen.“

### III. Berufungsfreiheit, Art. 12 I GG

„Gegen Art. 12 I GG verstößt die Regelung ebenfalls nicht. § 1355 IV 2 BGB kommt **keine berufsregelnde Tendenz** zu. Wenn die Wahl eines Ehenamens zu einer selbst gewünschten Änderung des bisherigen Namens eines Ehegatten führt mit der Folge, dass dann sein bisher geführter Name entfällt, liegt darin **keine eingriffsgleiche Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit**. Denn es bleibt dem betroffenen Ehegatten unbenommen, keinen Ehenamen zu bestimmen und seinen bisherigen Namen weiterzuführen, oder bei Wahl eines Ehedoppelnamens jedenfalls als berufliche Bezeichnung unter seinem bisherigen Namen weiter aufzutreten.“

### IV. Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 I GG

„Schließlich ist auch Art. 3 I 1 GG nicht verletzt. Abgesehen davon, dass hier ungleiche Sachverhalte vorliegen, die der Gesetzgeber entsprechend auch ungleich behandeln kann, gibt es für diese ungleiche Behandlung mit dem gesetzgeberischen **Anliegen, Namensketten zu vermeiden**, einen **hinreichenden Grund**, der diese Ungleichbehandlung rechtfertigt.“



## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 288

### Schuldnerverzug bei Banküberweisung Zeitpunkt der Gutschrift maßgebend

SR AT

(EuGH in ZMR 2009, 262, Urteil vom 03.04.2008 – C-306/06)

1. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35/EG steht der derzeit **herrschenden Auffassung entgegen**, dass für den Eintritt des Zahlungsverzugs bei Geldschulden, welche durch Banküberweisung getilgt werden, auf die **Vornahme der Überweisungshandlung durch den Schuldner** und nicht auf die Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers ankomme.
2. Dem Schuldnerschutz ist dadurch Rechnung getragen, dass **Verzugszinsen nur bei Verantwortlichkeit des Schuldners** zu zahlen sind, so dass bei in der Sphäre der Bank liegende Bearbeitungsverzögerungen zwar nicht den Eintritt des Verzugs hindern, jedoch keine Verzugszinsen geschuldet werden.
3. Nimmt der Schuldner die **Überweisungshandlung so spät** vor, dass selbst bei **regelmäßigen Abläufen** nicht mit einer rechtzeitigen Gutschrift auf dem Gläubigerkonto zu rechnen ist, so kann dieser **Verzugszinsen beanspruchen**.

#### A. Grundlagenwissen: Anspruch auf Verzugszinsen

Nach § 288 BGB muss der Schuldner einer Geldschuld diese während des Verzuges verzinsen.

##### I. Verzugseintritt

Wann Verzug vorliegt, ist in § 286 BGB geregelt. Der Schuldner gerät nach § 286 I 1 BGB in Verzug, wenn er auf eine nach Fälligkeit erfolgte Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Der Mahnung stehen hierbei nach § 286 I 2 BGB die Zustellung eines Mahnbescheides oder die Erhebung der Klage gleich.

Der Schuldner kann aber auch ohne Mahnung in Verzug geraten.

##### 1. Kalenderbestimmtheit, § 286 II Nr. 1 BGB

Der Zeitpunkt der Leistungserbringung steht nach dem Datum fest (z.B. bis zum 15.05.2003).

##### 2. Kalenderberechenbarkeit, § 286 II Nr. 2 BGB

Verzug tritt ein, bei **Bestimmbarkeit des Leistungszeitpunktes ab einem bestimmten Ereignis** (z.B. „zwei Wochen nach Zugang der Rechnung“), wobei dieser Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung sein muss.

Allerdings muss die gesetzte **Frist angemessen** sein. Die Angemessenheit ist unter Berücksichtigung des jeweiligen Vertragsinhalts zu bestimmen. **Eine zu kurze Frist wird nicht automatisch in eine angemessene Frist umgewandelt**, da der Schuldner sonst nicht genau weiß, bis wann er zu leisten hat, um den Verzugsfolgen zu entgehen, sie ist vielmehr wirkungslos und es muss Verzug nach einer sonstigen Regel eintreten.

##### 3. ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung, § 286 II Nr. 3 BGB

Verzug ohne Mahnung tritt ein, wenn der Schuldner die **Leistung ernsthaft und endgültig verweigert**.

#### 4. Entbehrlichkeit aus besonderen Gründen (Generalklausel), § 286 II Nr. 4 BGB

Eine **Mahnung kann aus besonderen Gründen entbehrlich** sein kann. Unter diese Regelung sind vorrangig die Fälle zu subsumieren, in denen die h.M. auch schon zuvor eine Mahnung für entbehrlich hielt, so z.B. bei der Leistungsankündigung durch den Schuldner (sog. **Selbstmahnung**) oder in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit (Reparatur eines Wasserrohrbruchs) sowie bei **Vereitelung eines Zugangs der Mahnung** durch den Schuldner. Ebenso beim **relativen Fixgeschäft** (Leistungserfolg kann noch eintreten, hat aber seinen wirtschaftlichen Sinn verloren).

#### 5. 30-Tage Regelung bei Geldforderungen, § 286 III BGB

Verzug auch ohne Mahnung tritt bei Entgeltforderungen ab 30 Tage nach Fälligkeit und Rechnungsstellung, bei einem Verbraucher jedoch nur, wenn dieser darauf hingewiesen wurde.

### II. maßgeblicher Zeitpunkt für die Nichtleistung bei einer Geldschuld

Geldschulden sind nach § 270 I BGB grundsätzlich Schickschulden. Erfüllungswirkung nach § 362 BGB tritt daher nicht schon mit Vornahme der Leistungshandlung ein, sondern erst, wenn der Leistungserfolg beim Gläubiger eingetreten ist. Die h.M. in Rechtsprechung in Literatur hält jedoch bei Zahlung durch Banküberweisung für ausreichend, dass der **Schuldner** das zur Übermittlung des Geldes **seinerseits Erforderliche** getan hat (BGHZ 44, 178 [179] = NJW 1966, 46; BGH, NJW 1964, 499; OLG Köln, NJW-RR 1990, 285; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 270 Rn 6f. m.w.N.). Auf den Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Gläubigerkonto kommt es danach nicht an.

### B. Zeitpunkt der Gutschrift bei Banküberweisung maßgebend für Schuldnerverzug (EuGH in ZMR 2009, 262)

**Fall:** Die 01051 Telekom nimmt die Deutsche Telekom auf Zahlung von Verzugszinsen in Anspruch. Grundlage ist ein im Jahr 2001 geschlossener Fakturierungs- und Inkassovertrag, der in Ziffer 8 folgende Klausel enthält:

*„Der Vertragspartner kann jeweils in der Mitte und am Ende eines Kalendermonats in einer Rechnung die von ihm gelieferten und von der Deutschen Telekom als fakturierbar erkannten Nettoentgelte zu den Leistungen zuzüglich Umsatzsteuer mit der Deutschen Telekom abrechnen .... Der Rechnungsbetrag muss spätestens 30 Tage nach dem Zugang der Rechnung auf dem in der Rechnung angegebenen Konto gutgeschrieben oder verrechnet sein.“*

Die 01051 Telekom ist der Auffassung, dass es für die Frage, ob sie Verzugszinsen beanspruchen könne, auf den Zeitpunkt der Gutschrift auf ihrem Konto ankomme. Die Deutsche Telekom hingegen meint, dass die rechtzeitige Vornahme der Überweisungshandlung ausreichend sei.

Das LG Bonn hat der Klage teilweise stattgegeben und ausgeführt, dass die von der Deutschen Telekom geschuldete Leistung nicht nur in der Vornahme der Überweisung des zu zahlenden Betrags, sondern in dessen Gutschrift auf dem Konto von 01051 Telekom bestanden habe. Diese Schlussfolgerung ergebe sich zwingend aus Art. 3 Abs.1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35, wonach der Gläubiger berechtigt sei, bei Zahlungsverzug Zinsen insoweit geltend zu machen, als er den fälligen Betrag "nicht rechtzeitig erhalten" habe. Entgegen der bisher in Deutschland vorherrschenden Auslegung werde der Zahlungsverzug somit nicht durch die verspätete Durchführung des Zahlungsauftrags, sondern dadurch begründet, dass der Gläubiger den geschuldeten Betrag verspätet erhalte.

Das OLG Köln hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht eine nationale Regelung, dass es für die den Eintritt des Schuldnerverzugs vermeidende oder den eingetretenen Schuldnerverzug beendende, per Banküberweisung abgewickelte Zahlung nicht auf den Zeitpunkt der Gutschrift des Betrags auf dem Gläubigerkonto, sondern auf den Zeitpunkt des von dem Schuldner bei ausreichender Kontodeckung oder entsprechendem Kreditrahmen erteilten und von der Bank angenommenen Überweisungsauftrags ankommt, in Einklang mit Art. 3 Abs.1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35?

**Artikel 3 der Richtlinie 2000/35/EG lautet auszugsweise:**

**Zinsen bei Zahlungsverzug**

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen folgendes sicher:
- a) Zinsen gemäß Buchstabe d) sind ab dem Tag zu zahlen, der auf den vertraglich festgelegten Zahlungstermin oder das vertraglich festgelegte Ende der Zahlungsfrist folgt.
  - b) Ist der Zahlungstermin oder die Zahlungsfrist nicht vertraglich festgelegt, so sind Zinsen, ohne dass es einer Mahnung bedarf, automatisch zu zahlen:
    - i) 30 Tage nach dem Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung beim Schuldner oder,
    - ii) wenn der Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung unsicher ist, 30 Tage nach dem Zeitpunkt des Empfangs der Güter oder Dienstleistungen, oder
    - iii) wenn der Schuldner die Rechnung oder die gleichwertige Zahlungsaufforderung vor dem Empfang der Güter oder Dienstleistungen erhält, 30 Tage nach dem Empfang der Güter oder Dienstleistungen, oder ...
  - c) Der Gläubiger ist berechtigt, bei Zahlungsverzug Zinsen insoweit geltend zu machen, als er
    - i) seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt hat und
    - ii) den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen der **§§ 269, 270 BGB**, in der ihnen durch die nationale **Rspr.** und **Literatur** gegebenen Ausprägung, reicht es zur Abwendung einer den Eintritt des Verzugs vermeidenden oder aber dessen Beendigung herbeiführenden **Zahlung einer Geldschuld** aus, dass der **Schuldner** das zur Übermittlung des Geldes **seinerseits Erforderliche** getan hat (BGHZ 44, 178 [179] = NJW 1966, 46; BGH, NJW 1964, 499; OLG Köln, NJW-RR 1990, 285; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 270 Rn 6f.m.w.N.).

Das OLG Köln hat diese Rechtsauffassung nun zur Überprüfung durch den EuGH gestellt. Anknüpfungspunkt ist hierbei Art. 3 Abs. 1 Buchst. B Ziffer I

In Art. 3 Abs. 1 Buchst. b Ziffer i, die bei fehlender vertraglicher Festlegung gilt, sieht die Richtlinie eine Zahlungsfrist von 30 Tagen vor. Zugleich ist in Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie vorgesehen, dass der Gläubiger berechtigt ist, gegenüber dem Schuldner Zinsen insoweit geltend zu machen, als er den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist.

**I. Zeitpunkt des Verzugsintritts**

*„Aus dem Wortlaut letzterer Bestimmung ergibt sich ausdrücklich, dass die Zahlung des Schuldners im Hinblick auf die Fälligkeit von Verzugszinsen als verspätet angesehen wird, wenn der Gläubiger nicht rechtzeitig über den **geschuldeten Betrag verfügt**. Bei einer durch Banküberweisung abgewickelten Zahlung versetzt aber nur die **Gutschrift** des geschuldeten Betrags **auf dem Konto** des Gläubigers diesen in die Lage, über diesen Betrag zu verfügen.“*

*Diese Auslegung wird durch die **verschiedenen Sprachfassungen** der Richtlinie 2000/35 gestützt, die übereinstimmend auf einen Erhalt des geschuldeten Betrags innerhalb der Zahlungsfrist abstellen. Dies gilt insbesondere für die Begriffe ‚erhalten‘, ‚received‘, ‚recu‘ und ‚ricevuta‘ in der deutschen, der englischen, der französischen und der italienischen Sprachfassung der Richtlinie 2000/35.“*

*Im Übrigen ergibt sich klar aus den **vorbereitenden Arbeiten zu der Richtlinie**, dass der **Begriff ‚erhalten‘** nicht zufällig in die Richtlinie gelangt ist, sondern vom Gemeinschaftsgesetzgeber **bewusst gewählt** worden ist.*

*Außerdem steht die Auslegung, wonach die **Gutschrift** des geschuldeten Betrags **auf dem Konto** des Gläubigers das für die Zahlung **entscheidende Kriterium** ist, da sie auf den Zeitpunkt abstellt, zu dem der geschuldete Betrag diesem **Gläubiger sicher zur Verfügung** steht, in Einklang mit dem von der Richtlinie 2000/35 verfolgten Hauptziel, wie es u. a. aus ihren Erwägungsgründen 7 und 16 hervorgeht, nämlich dem **Schutz des Inhabers einer Geldforderung**.*

Hinzuzufügen ist schließlich, dass eine solche Lesart von Art.3 Abs. 1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie durch die **Auslegung des Gerichtshofs in anderen Bereichen** des Gemeinschaftsrechts bestätigt erscheint. So ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entnehmen, dass die **Gutschrift auf dem Konto der Eigenmittel** der Europäischen Gemeinschaften **das entscheidende Kriterium** für die Feststellung ist, ob ein Mitgliedstaat, der der Kommission einen bestimmten Geldbetrag zur Verfügung zu stellen hat, seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist und er folglich zur **Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet** ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12.06.2003 - C-363/00 -, Kommission/Italien, Slg. 2003, 1-5767, Rdn.42, 43 und 46). (EuGH aaO)

Mithin ist der Zeitpunkt, der für die Beurteilung maßgeblich ist, ob eine Zahlung durch Banküberweisung im Rahmen eines Geschäftsvorgangs als rechtzeitig bewirkt anzusehen ist, so dass für die Forderung keine Verzugszinsen nach dieser Bestimmung zu zahlen sind, der Zeitpunkt, zu dem der geschuldete Betrag auf dem Konto des Gläubigers geschrieben wird.

## II. Zinsanspruch nur bei Verantwortlichkeit des Schuldner

„Dieses Ergebnis kann durch das Vorbringen insbesondere - finnischen Regierung, wonach eine derartige Auslegung von Art.3 Abs.1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35 dazu führen würde, dem **Schuldner in unangemessener Weise die Gefahr für die Bearbeitungsfristen von Bankgeschäften** aufzuerlegen, nicht in Frage gestellt werden.

Insoweit genügt die Feststellung, dass diese **Bestimmung am Ende gerade vorsieht**, dass der **Schuldner nicht für Verzögerungen verantwortlich** gemacht werden kann, die **ihm nicht zugerechnet werden** können. Mit anderen Worten, Richtlinie 2000/35 selbst schließt die Zahlung von Verzugszinsen in den Fällen aus, in denen der Zahlungszug nicht die Folge des Verhaltens eines Schuldners ist, den üblicherweise für die Durchführung einer Banküberweisung erforderlichen Fristen sorgfältig Rechnung tragen hat.

Im Übrigen ist es, wie die tschechische Regierung bemerkt, im Geschäftsverkehr üblich, dass Vorschriften oder Vertragsbestimmungen die für die Durchführung von Banküberweisungen erforderlichen Fristen regeln, so dass ein Schuldner in der Lage ist, solche Fristen vor auszusehen und daher das Entstehen von Verzugszinsen zu vermeiden.“ (EuGH aaO)

## III. Beantwortung der Frage

„Nach alledem ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass Art.3 Abs.1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35 dahin auszulegen ist, dass bei einer Zahlung durch Banküberweisung der geschuldete Betrag dem Konto des Gläubigers **rechtzeitig gutgeschrieben** sein muss, wenn das Entstehen von Verzugszinsen vermieden oder beendet werden soll.“ (EuGH aaO)

**BGB    Zugriff des Vermieters auf verpfändetes Bankguthaben    MietR**  
**§§ 535, 551    Unstreitigkeit der Forderung keine Voraussetzung**

(OLG Karlsruhe in NJW-RR 2009, 514; Beschluss vom 18. 8. 2008 - 8 W 34/08)

1. **Nach Beendigung** des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern **auch Verwertungsfunktion**.
2. Wird die Sicherheit durch **Verpfändung eines Bankguthabens geleistet**, darf der **Vermieter** bei beendetem Mietverhältnis grundsätzlich auf die verpfändete Forderung **zugreifen**. Das **setzt nicht voraus**, dass die Ansprüche des Vermieters **unstreitig** sind. Ausreichend ist vielmehr, dass der Vermieter eine Abrechnung über die von ihm geltend gemachten Ansprüche aufstellt und diese mit der Mietsicherheit verrechnet.
3. Falls der Vermieter **zu Unrecht** auf die Mietsicherheit zugreift, ist der **Mieter** auf seinen **Rückforderungsanspruch** zu § 551 BGB angewiesen.

**A. Grundlagenwissen: Befriedigung des Vermieters aus der Kautions****I. Zweck der Mietkautions**

Die Mietkautions ist ein **Sicherungsmittel des Vermieters** gegen wirtschaftliche Risiken der Vermietung. § 551 BGB soll einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Sicherheitsinteresse des Vermieters und dem Schutzbedürfnis des Mieters herstellen. Sie darf nach § 551 I BGB grundsätzlich **nicht mehr als 3 Nettokaltmieten** betragen.

Die Sicherungsleistung kann bei **preisfreiem Wohnraum** nach allgemeiner Meinung für **beliebige Forderungen** des Vermieters vereinbart werden, bei preisgebundenem Wohnraum nur für „Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter aus Schäden an der Wohnung oder unterlassenen Schönheitsreparaturen“ (§ 9 V 1 WoBindG).

**II. Befriedigung aus der Mietkautions****1. während der Mietzeit**

Kommt der Mieter seinen **Zahlungsverpflichtungen** nicht nach oder ist er für einen **Schaden an den Mieträumen** verantwortlich, kommt ohne eine ausdrückliche vertragliche Regelung eine **Inanspruchnahme der Kautions** mit der Verpflichtung des Mieters zur Wiederauffüllung nur dann in Betracht kommen, wenn die **Forderung** des Vermieters **unstreitig oder rechtskräftig** festgestellt ist (vgl. MüKo/Bieber, § 551, Rn 14).

**2. nach Beendigung des Mietverhältnisses**

Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Mietkautions nicht nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungskautions, so dass der Vermieter sich wegen seiner Ansprüche aus der Kautions befriedigen kann.

**B. Grundlagenwissen: Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung****I. Zulässigkeit****1. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen****2. Zuständiges Gericht :**

- §§ 937, 943, 802 ZPO (Gericht der Hauptsache)
- § 944 ZPO (in dringenden Fällen Vorsitzender)
- § 942 ZPO (in dringenden Fällen Gericht am Ort der belegen Sache)

**3. Statthaftigkeit**

= anderer Anspruch als beim Arrest

**a) Sicherungsverfügung, § 935 ZPO**

= Sicherung der Vollstreckung bei Individualansprüchen

**b) Regelungsverfügung, § 940 ZPO**

= Regelung eines Rechtsverhältnisses

**c) Leistungsverfügung, § 940 ZPO (nicht ausdrücklich geregelt)****4. ordnungsgemäßer Antrag, §§ 936, 920 I ZPO.**

Beachte: § 920 III, 78 V ZPO

**5. Rechtshängigkeit der Hauptsache steht nicht entgegen, § 261 ZPO****6.. Rechtsschutzbedürfnis****7. keine Vorwegnahme der Hauptsache**

bei Leistungsverfügung: nicht für Vergangenheit / zeitliche Beschränkung auf die Zukunft (6 Monate) / notwendiger Bedarf

**II. Begründetheit****1. Schlüssigkeit des Verfügungsanspruchs****2. Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs (präsenste Beweismittel)****3. Schlüssigkeit des Verfügungsgrundes****a) bei Sicherungsverfügung:**

Gefahr, dass Anspruch nach Klage undurchsetzbar

**b) bei Regelungsverfügung**

Notwendigkeit einer Regelung, wenn Entscheidung über Klage zu spät käme

**c) bei Leistungsverfügung**

Gläubiger soll vorzeitig die Leistung bekommen

Nicht bei „Selbstwiderlegung“: zwischen schädigendem Ereignis und Antrag liegen mehrere Tage

**4. Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes****B. Zugriff des Vermieters auf verpfändetes Bankguthaben (OLG Karlsruhe in NJW-RR 2009, 514)**

**Fall:** M und V haben einen Mietvertrag abgeschlossen. Statt Zahlung einer Mietkaution wurde ein Bankguthaben verpfändet. Nach Beendigung des Mietverhältnisses teilt V dem M mit, dass er wegen angeblicher noch offener Forderungen aus dem Mietverhältnis auf die verpfändete Forderung zugreifen will. Hiergegen beantragt M den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung, dass dem Vermieter keine weiteren Forderungen gegen ihn zustünden und deshalb ein Zugriff auf die als Mietkaution verpfändete Forderung unzulässig sei. Er beantragt dem V bei Meidung eines Ordnungsgelds, ersatzweise Ordnungshaft, aufzugeben, es zu unterlassen, das zum Zwecke der Mietsicherheit verpfändete Guthaben von einem näher bezeichneten Sparkonto einzuziehen. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn sowohl ein Verfügungsanspruch als auch ein Verfügungsgrund für diese Sicherungsverfügung bestehen.

**I. Verfügungsanspruch**

Ein Verfügungsanspruch besteht, wenn V nicht berechtigt ist, wegen der streitigen Forderung aus dem beendeten Mietverhältnis auf das ihm verpfändete Bankguthaben zuzugreifen. Fraglich ist daher, ob eine Mietkaution, die dem

Vermieter als Sicherheit dient, seinem Zugriff nur für unstreitige Forderungen unterliegt und bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage zwischen den Vertragsparteien ein Zugriff unzulässig ist.

*„Zu Unrecht berufen sich die Ast. für ihren Standpunkt auf die Entscheidung des BGH vom 1. 7. 1987 (BGHZ 101, 244 [251] = NJW 1987, 2372). Zutreffend ist zwar, dass dort ausgeführt ist, die Kautionsdiene der Sicherung der Ansprüche des Vermieters. Dieser solle sich wegen seiner Forderungen, insbesondere wegen seiner **nach Beendigung des Vertrags noch bestehenden Ansprüche**, aus der Kautions auf einfache Weise, nämlich durch **Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch des Mieters**, befriedigen können.*

*Das **bedeutet aber nicht**, dass die **Forderung**, auf die der Vermieter sich zur Rechtfertigung der Verwertung der Kautions beruft, **unstreitig sein muss**. Gerade wenn die Kautions ihren Zweck erfüllen soll, dem Vermieter - nach Beendigung des Mietverhältnisses - die Möglichkeit zu geben, sich wegen noch bestehender Ansprüche auf einfache Weise befriedigen zu können, muss ihm die **Kautions als Instrument zur schnellen Durchsetzung seiner Ansprüche** zur Verfügung stehen (Schneider, in: Müller/Walther, Miet- und PachtR, C § 551 Rn 199). Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Vermieter zunächst die Klärung streitiger Ansprüche in einem Rechtsstreit herbeiführen müsste (Kluth/Grün, NZM 2002, 1015 [1016]). **Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungsfunktion**. Ebenso wie bei der Barkautions darf deshalb der Vermieter - bei beendetem Mietverhältnis - grundsätzlich auf die verpfändete Forderung zugreifen (Schneider, in: Müller/Walther, C § 551 Rn 199; LG Potsdam, GE 2007, 1253 = BeckRS 2008, 02455; Kluth/Grün, NZM 2002, 1015; a.A. LG Darmstadt, ZMR 2005, 194; LG Wuppertal, NJW-RR 2004, 1309 = NZM 2004, 298).*

***Voraussetzung** ist allerdings, dass der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine **Abrechnung über seine noch offenen Forderungen** aufstellt und diese von der Kautions abzieht. Hier ergibt sich bereits aus dem Vortrag der Ast., dass die Vermieter noch eine offene Mietzinsforderung in Höhe von (15 x 235 Euro =) 3.525 Euro beanspruchen, die die Höhe des verpfändeten Guthabens übersteigt. Damit tragen die Ast. selbst die Voraussetzungen für eine - vorläufige - Inanspruchnahme der Mietkautions vor.*

*Bei dieser Ausgangslage wäre es **Sache der Ast. gewesen**, vorzutragen und im vorliegenden Verfahren **glaubhaft zu machen**, dass der **Zugriff auf die Kautions unberechtigt** ist. Das ist nicht geschehen; denn entgegen der Auffassung der Ast. reicht hierfür nach dem dargelegten Maßstab nicht aus, dass die Forderung, auf die sich der Vermieter beruft, streitig ist (Kluth/Grün, NZM 2002, 1015 [1017]).“ (OLG Karlsruhe aaO)*

## II. Verfügungsgrund

Ein Verfügungsgrund für eine Sicherungsverfügung besteht, wenn die Gefahr besteht, dass Anspruch nach der Klage undurchsetzbar ist.

*„Die Ast. meinen, bereits die Tatsache, dass die **Mietsicherheit ‚vor der Zeit‘** eingezogen werde, begründe die **abstrakte Gefahr**, dass Gläubiger der Vermieter auf die Kautions Zugriff nähmen und dadurch eine Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung gefährdeten. Das müsse angesichts des bloßen Sicherungscharakters der Kautions als Verfügungsgrund ausreichen. Dieser Argumentation ist das AG zu Recht nicht gefolgt. Abgesehen davon, dass die Ast. - wie oben ausgeführt - die **Verwertungsfunktion der Kautions**, die diese nach Beendigung des Mietverhältnisses gewinnt, nicht berücksichtigen, **reicht die abstrakte Gefahr einer Vermögensgefährdung als Grund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht aus**, vielmehr müsste es für die Ast. unzumutbar sein, sie auf eine Klärung der Rechtslage in einem Hauptsacheverfahren zu verweisen. **Selbst wenn** also der **Zugriff der Ag. auf die Kautions rechtswidrig** wäre, müsste den Ast. der **Verlust der verpfändeten Forderung** oder ein sonstiger schwerwiegender Nachteil **drohen**, um den Erlass einer auf ein Unterlassungsgebot gerichteten einstweiligen Verfügung zu rechtfertigen (vgl. OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1991, 174 [175] für die Inanspruchnahme einer Bürgschaft). Hierfür ergibt sich aus dem Vortrag der Ast. nichts.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

WStG

**Geiselnahmeübung bei der Bundeswehr**

StrafR

§§ 30 I, 31 I, 5 I

**Rechtfertigungsirrtum**

(BGH in NJW 2009, 1360; Urteil vom 14.01.2009 – 1 StR 158/08)

1. Der Irrtum eines Bundeswehrsoldaten, sein Verhalten sei durch gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder einen rechtmäßigen Befehl gerechtfertigt, unterfällt dem besonderen Schuldausschließungsgrund des § 5 I WStG.
3. § 30 WStG kann mit § 224 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen: § 30 WStG geht nur der Regelung des § 223 StGB vor, enthält aber keine alle Körperverletzungsdelikte ausschließende Sonderregelung.

**Fall:** Die Angekl. waren einer reinen Ausbildungskompanie für Rekruten der Bundeswehr, tätig, die in der Coesfelder Freiherr-vom-Stein-Kaserne stationiert war. Am 08./09.06.2004 beteiligten sie sich an einer „Geiselnahmeübung“ in der allgemeinen Grundausbildung für etwa 80 Rekruten. Der Angekl. E nahm zudem am 24./25.08.2004 erneut an einer derartigen Übung teil. Die erste „Geiselnahmeübung“ hatten zwei anderweitig verfolgte Zugführer mit Genehmigung des ebenfalls gesondert verfolgten Kompaniechefs eingeführt, obwohl dies die geltende Anweisung für die Truppenausbildung Nr. 1 nicht vorsah und derartige Übungen ausschließlich an drei festgelegten Bundeswehrstandorten - wozu die Kaserne in Coesfeld nicht gehörte - mit speziell geschulten Ausbildern durchgeführt wurden.

Bei der ersten Übung im zweiten Quartal 2004, von der die Rekruten vorher nicht informiert wurden, waren die Angekl. K, F, H und E mit zwei weiteren Ausbildern für das „Überfallkommando“ eingeteilt. Gemeinsam überfielen sie die in Gruppen aufgeteilten Rekruten, entwaffneten sie, verbanden ihnen die Augen und fesselten ihnen die Hände mit Kabelbindern auf den Rücken. Dabei erlitten die Rekruten teilweise Schmerzen und trugen Druckstellen davon. So zog etwa der Angekl. E bei einem Rekruten die Kabelbinder bewusst fester zu, so dass sie zu stramm saßen.

Der Angekl. F stellte nach einem solchen Überfall einem gefesselten und mit verbundenen Augen auf dem Bauch liegenden Soldaten seinen rechten Fuß auf den Rücken. Dabei hielt er in der rechten Hand sein Gewehr, streckte die linke Faust in die Höhe und ließ sich so fotografieren.

Nach den einzelnen Überfällen wurden die Rekruten bei dieser Übung jeweils zu einer Sandgrube gebracht. Dort führte der Angekl. H mit ihm zugeteilten Hilfsausbildern ein „Verhör“ durch. Bei dieser vom Angekl. H geleiteten Befragung mussten die Rekruten unter anderem mit verbundenen Augen Liegestützen oder Kniebeugen machen, es wurden Scheinerschießungen durchgeführt und teilweise wurde den Soldaten mit einer Kübelspritze Wasser in den gewaltsam geöffneten Mund oder in die Nase gepumpt, so dass sie zum Teil keine Luft mehr bekamen. Vereinzelt wurde Rekruten auch Wasser in die zuvor geöffnete Hose gepumpt, teilweise danach auch Sand in die Hose zwischen die Beine geworfen. Ein Soldat wurde vom Angekl. H anschließend als „Bettnässer“ verhöhnt. Auch der Angekl. E beteiligte sich an der Befragung eines Rekruten in der Sandgrube. Dabei fasste er ihn an den Haaren, zog seinen Kopf nach hinten und drohte mit seiner Erschießung.

Die weitere Übung im dritten Quartal 2004, an der der Angekl. E ebenfalls teilnahm, lief ähnlich ab. Er begleitete hierbei seine Gruppe auf dem nächtlichen Orientierungsmarsch zu dem Ort des Überfalls. Anschließend wurden die Rekruten mit einem Transporter zu einem Kasernenblock gebracht, in dessen Keller dieses Mal das „Verhör“ stattfand. Der Angekl. E beteiligte sich am „Abladen“ der Rekruten von einem Transporter, indem er die Soldaten, deren Augen nach wie vor verbunden waren, aufforderte, von der Ladekante zu springen. Dadurch sollte bei den Rekruten Angst und Unsicherheit erzeugt werden. Während der Befragung wurde einer der Rekruten fest auf Arme, Beine und Rücken geschlagen. Teilweise wurden die Rekruten mit Wasser nass gemacht beziehungsweise übergossen und mussten Zwangshaltungen einnehmen. Einem Rekruten wurde ein Eimer über den Kopf gestülpt.

- I. Zu prüfen ist zunächst, ob sich die Angekl. K, F und H wegen **gefährlicher Körperverletzung nach § 224 StGB** strafbar gemacht haben.
  1. Dies setzt zunächst voraus, dass sich die am Überfall beteiligten Angekl. K, F und H das **Geschehen in der Sandgrube zurechnen** lassen müssen, und dass es insofern einen **gemeinsamen Tatplan** gegeben hat.
    - a) Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als **Mittäter** begeht, ist nach den gesamten Umständen des konkreten Falls in wertender Betrachtung zu beurteilen.



**Wesentliche Anhaltspunkte** hierfür sind:

- der Grad des eigenen **Tatinteresses**,
- der **Umfang der Tatbeteiligung** sowie
- die **Tatherrschaft** oder jedenfalls der **Wille hierzu**, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen.

st. Rspr., vgl. nur BGH, BGHR § 25 Abs. 2 Mittäter 13 m.w.N.

Zwar **haftet jeder Mittäter für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines** - zumindest bedingten - **Vorsatzes**, ist also für den Erfolg nur insofern verantwortlich, als sein Wille reicht, so dass ihm ein **Exzess der anderen nicht zur Last fällt**. Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalls gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er diese sich nicht besonders vorgestellt hat. Ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen gleichgültig ist (vgl. BGH BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 32 m.w.N.).

Dabei kann bei einem **mehraktigen Geschehen** Täter auch derjenige sein, welcher nicht sämtliche Akte selbst erfüllt. Es genügt, wenn er auf der Grundlage gemeinsamen Wollens einen die Tatbestandsverwirklichung fördernden Beitrag leistet (vgl. BGH, BGHR StGB § 25 Abs. 2 Willensübereinstimmung 3).

- b) Vorliegend wussten die Angekl. K, F und H auf Grund einer **vorangegangenen Ausbilderbesprechung**, dass die u. a. von ihnen ausgeführten Überfälle der Ermöglichung der nachfolgenden Befragungen dienten, die „etwa so wie in H. ablaufen“ sollten.

Zudem **wussten sämtliche Beteiligten** - insbesondere auf Grund ihrer eigenen Ausbildung bei der Bundeswehr und wie das Fehlen einer Nachfrage zeigt -, **dass die Verhöre** - wie auch bei den Geiselnahmeübungen im Rahmen der „Einsatzbezogenen Zusatzausbildung“ - jeweils **unter psychischen und physischen Belastungen erfolgen sollten**, um bei den Rekruten Stress zu erzeugen.

*„Auch wenn weitere Einzelheiten dazu von den Beteiligten nicht erörtert wurden und die Angekl. K, F und H nicht wussten, was in der Sandgrube letztlich im Einzelnen geschah, liegt es nahe, dass es zu erheblichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit der Rekruten kommen würde. Jedenfalls legt die gemeinsame Erörterung der Geiselnahmeübung ohne weitere Nachfrage zu den Einzelheiten im Zusammenhang mit der nachfolgenden aktiven Beteiligung der Angekl. K, F und H an dieser Übung nahe, dass ihnen die genaue Vorgehensweise bei den Verhören in der Sandgrube zumindest gleichgültig war.“ (BGH aaO).*

- c) **Absprachegemäß** haben die Angekl. K, F und H die **Verhöre und auch die damit einhergehenden erheblichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit** der Rekruten dadurch **ermöglicht**, dass sie diese überfallen, entwaffnet, gefesselt und zur Sandgrube verbracht haben. Dabei hatten sie bezüglich der konkreten Ausgestaltung dieses Teils der Übung freie Hand.

*„Die Beiträge des „Überfallkommandos“ und derjenigen, die das Verhör durchführten, ergänzten sich - dem Tatplan entsprechend - arbeitsteilig. Die Feststellungen drängen zu der Annahme, dass die Angekl. K, F und H bei ihrem eigenen Handeln bei den Überfällen - insbesondere auf Grund der im Rahmen der Ausbildung ansonsten unüblichen nicht nur kurzzeitigen Fesselung mit Kabelbindern und der teils gewaltsamen Überwältigungen - die erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens der Rekruten zumindest **billigend in Kauf genommen** haben. Die in diesem Zusammenhang festgestellte körperliche Misshandlung der Rekruten wäre dann von ihrem Willen umfasst. Die Vorgehensweise bei den Überfällen und die damit zusammenhängenden Beeinträchtigungen für die Rekruten unterschieden sich nicht wesentlich von denjenigen bei den Geschehnissen bei den späteren Befragungen. Allein die Steigerung der Intensität einzelner Handlungen bei den Verhören - wie etwa dem Pumpen von Wasser in Mund und Nase bis zur Atemnot - bewirkt nicht, dass die Geiselnahme*

meübung insgesamt eine andere, von diesen Angekl. nicht mehr vorgestellte Qualität der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit gehabt hätte. Aufgetretene Exzesse sind lediglich im Rahmen des Schuldumfangs der einzelnen Beteiligten von Bedeutung.“ (BGH aaO).

- d) Dabei ist **zwischen dem Überfall einerseits und dem Verhör andererseits nicht zu differenzieren**, denn das Überwältigen der Rekruten ermöglichte erst das anschließende Verhör und bildete einen **unverzichtbaren Bestandteil der insgesamt unzulässigen Geiselnahmeübung**.

Die an dieser Übung beteiligten Angekl. K, F und H müssen sich deshalb die **Geschehnisse der gesamten Übung zurechnen** lassen, soweit sie von dem gemeinsam gefassten Tatplan gedeckt sind und es sich nicht um einzelne Exzesse handelte.

„Jedenfalls die von den Rekruten in der Sandgrube auszuführenden Zwangshaltungen, Kniebeugen, Liegestütze, das Haltenmüssen von Baumstämmen und die Scheinerschießungen stimmen nach den Urteilsfeststellungen nach Art und Intensität der Beeinträchtigung mit den Vorgehensweisen bei den zulässigen Geiselnahmeübungen, die unter anderem in Hammelburg durchgeführt werden, überein, so dass dies nahe liegend **vom gemeinsamen Tatplan gedeckt** und somit den Angekl. K, F und H zurechenbar war.“ (BGH aaO).

2. Auch das Geschehen bei den **Überfällen** ist den Angekl. **zuzurechnen**.

„Wie bereits dargelegt, haftet jeder Mittäter im Rahmen seines - zumindest bedingten - Vorsatzes für das Handeln der anderen. Dabei werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalls gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat.

So verhält es sich hier: Vereinbarungsgemäß „überfielen“, entwaffneten und fesselten die Angekl. K, F und H mit drei (weiteren) Ausbildern die unvorbereiteten Rekruten. Bei einem - schon auf Grund der nicht vorhersehbaren Reaktionen der Soldaten - derart **unkontrollierbaren Geschehen** liegt es gleichfalls nahe, dass die Beteiligten selbstverständlich damit rechneten, dass sich Soldaten zur Wehr setzen und es zu tätlichen, auch schmerzhaften Auseinandersetzungen - wie etwa mit dem Zeugen L - kommt. In diesem Fall hätten die Angekl. K, F und H insofern jedenfalls mit bedingtem Vorsatz gehandelt und müssten sich damit diese Geschehnisse zurechnen lassen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass sie selbst an der konkreten Auseinandersetzung mit dem einzelnen, betroffenen Rekruten nicht beteiligt waren.“ (BGH aaO).

3. Die Beteiligung an der gegenständlichen Geiselnahmeübung durch die Angekl. K, F und H stellt auch eine **körperliche Misshandlung i.S. des § 30 I WStG, §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB** dar.

- a) Der **Begriff der Misshandlung** des § 30 WStG setzt ebenso wie der Tatbestand des § 223 I StGB eine **üble und unangemessene Einwirkung auf den Körper des Verletzten** voraus, die dessen **körperliches Wohlbefinden mehr als bloß unerheblich beeinträchtigt** (BGHSt 14, 269 = NJW 1960, 1477).

Die Beurteilung der Erheblichkeit bestimmt sich dabei nach der Sicht eines objektiven Betrachters - nicht nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen - und richtet sich insbesondere nach Dauer und Intensität der störenden Beeinträchtigung (vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, 27. Aufl., § 223 Rn 4a).

- b) An diesen Maßstäben gemessen stellen bereits das **Überfallen und Überwältigen der Rekruten**, ihre Fesselung mit Kabelbindern über einen erheblichen Zeitraum, das Verbinden ihrer Augen, ihr Verladen auf die Ladefläche eines Pritschenwagens und der anschließende unzulässige Transport zur Sandgrube, bei dem die nach wie vor gefesselten Soldaten mit verbundenen Augen teils übereinander lagen und in keiner Weise während der Fahrt gesichert waren, sowie die hierbei teilweise verabreichten Schläge jeweils für sich genommen eine erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens dar.
- c) Erst recht beeinträchtigte die **Geiselnahmeübung in ihrer Gesamtheit** - sprich der Überfall und das sich anschließende Verhör der Rekruten das körperliche Wohlbefinden der Rekruten mehr als bloß unerheblich.

„Die Rekruten wurden dieser „Behandlung“ über einen Zeitraum von jedenfalls 30 Minuten unterzogen. Zum Teil waren sie während der gesamten Zeit mit den Kabelbindern gefesselt. Teilweise mussten sie zusätzlich über erhebliche Zeiträume in anstrengenden Zwangspositionen (etwa mit weit vorgebeugtem Oberkörper einem Kameraden gegenüber kniend) verharren (vgl. zur körperlichen Misshandlung durch Zwangshaltungen bereits RMG [Entscheidungen d. Reichsmilitärgerichts] 3, 119) oder kräftezehrende Übungen (Liegestütze, Kniebeugen, Halten von Baumstämmen) absolvieren, obwohl sie überwiegend auf Grund der vorangegangenen körperlichen Anstrengungen sowieso bereits am Ende ihrer körperlichen Möglichkeiten waren und damit die auferlegten Aufgaben und die übrige Behandlung als bloße Quälerei empfinden mussten.“ (BGH aaO).

- d) Die Geiselnahmeübung ist auch eine **üble und unangemessene Einwirkung auf den Körper** der betroffenen Rekruten, da sie offensichtlich **den geltenden Dienstvorschriften zuwiderlief** und es an einem **rechtmäßigen Befehl** fehlte.

aa) Ob eine **üble, unangemessene, sozialwidrige Behandlung** gegeben ist, entscheidet sich nach dem **Wesen des militärischen Dienstes**, der seiner Natur nach hohe körperliche Anforderungen an den Soldaten stellt. Mutet ein Vorgesetzter im Rahmen seiner allgemeinen Befugnisse und zu Zwecken der Ausbildung einem Soldaten besondere Anstrengungen zu und **verstößt** er dabei **nicht offensichtlich gegen gesetzliche Bestimmungen, rechtmäßige Dienstvorschriften und Befehle**, so **fehlt** es an einer **Misshandlung** (BGHSt 14, 269 = NJW 1960, 1477).

„Nach Art. 1 I GG ist die Würde des Menschen unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Dies gilt auch für die Gewährleistung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG. Diese Gebote bilden die Grundlage der **Wehrverfassung der Bundesrepublik Deutschland** (vgl. § 10 IV SG) und **bedürfen im militärischen Bereich besonderer Beachtung**. Nach der eindeutigen Regelung des § 6 S. 1 SG hat der Soldat die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie jeder andere Staatsbürger. Gemäß § 6 S. 2 SG werden die **grundrechtlichen Garantien lediglich im Rahmen der Erfordernisse des militärischen Dienstes durch seine gesetzlich begründeten Pflichten beschränkt**. Die körperliche Integrität der Untergebenen innerhalb der Bundeswehr genießt einen hohen Stellenwert. Es gilt der **Grundsatz**, dass ein **Vorgesetzter seine Untergebenen niemals anfassen darf, außer es steht zur unmittelbaren Durchsetzung eines rechtmäßigen Befehls kein anderes Mittel zur Verfügung** (vgl. BVerwGE 113, 272 = NVwZ-RR 1999, 321 = NVwZ 1999, 774).“ (BGH aaO).

- bb) Vorliegend stellt die Durchführung der Geiselnahmeübung einen klaren **Verstoß gegen die geltenden Vorschriften der Bundeswehr und die Grundrechte der betroffenen Rekruten** dar.

„Eine praktische Übung „Geiselnahme/Verhalten in Gefangenschaft“ ist und war auch zur Tatzeit **nach den geltenden Ausbildungsregeln der Bundeswehr** für die dreimonatige Grundausbildung der Rekruten nicht vorgesehen und damit mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage **nicht zulässig**. Eine derartige Übung kam ausschließlich im Rahmen der „Einsatzbezogenen Zusatzausbildung“ für diejenigen Soldaten auf Zeit, freiwillig länger Dienende oder Berufssoldaten, die ihre Ausbildung bereits abgeschlossen hatten und vor einem Auslandseinsatz standen, in Betracht. Selbst diese **Spezialübung** darf ausschließlich an drei besonderen Bundeswehrstandorten durchgeführt werden. Vorschriftsgemäß hat dem praktischen Teil eine Unterrichtseinheit mit **psychologischer Betreuung** vorauszugehen. Eine tätliche Konfrontation mit den Soldaten oder gar eine Fesselung findet nicht statt. Zudem können die Soldaten die Übung, auf die sie vorbereitet worden sind, durch ein Handzeichen jederzeit beenden.

Obleich unzulässig, wurden aber nicht einmal diese Standards für die Durchführung derartiger Spezialübungen beachtet: Eine vorbereitende Unterrichtseinheit fand nicht statt. Die ohnehin zumeist erschöpften Rekruten wurden nach rund 24-stündigem Dienst und einem kräftezehrenden nächtlichen Orientierungsmarsch außergewöhnlichen, bei solchen Spezialübungen nicht zulässigen zusätzlichen physischen Belastungen (etwa in Form des gewaltsamen Überwältigens mit tätlichen Auseinandersetzungen, der Fesselung oder des ungesicherten Transports auf einem Pritschenwagen), aber auch **psychischen Belastungen** ausgesetzt und damit in ihrem **Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit verletzt**. Dies **verstieß evident gegen gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften und Befehle**, § 10 IV SG.“ (BGH aaO).

4. Fraglich ist jedoch, ob die Angekl. K, F und H sich in einem den Vorsatz ausschließenden **Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB** befanden, weil sie von der Rechtmäßigkeit der Übung ausgegangen sind.

Der Irrtum eines Untergebenen in der Bundeswehr, sein Verhalten sei durch gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder einen rechtmäßigen Befehl gerechtfertigt, unterfällt dem **besonderen Schuldausschließungsgrund des § 5 I WStG**.

- a) **§ 11 II 1 SG** verbietet den Gehorsam gegenüber einem Befehl, wenn der Untergebene dadurch eine Straftat begeht. Ein solcher **strafrechtswidriger Befehl ist unverbindlich** (vgl. BGHSt 19, 231 = NJW 1964, 933; Erbs/Kohlhaas, 172. Lfg., § 5 WStG Rn 2).

Ein Befehl, dem die Verbindlichkeit fehlt, kommt lediglich als **Entschuldigungsgrund** in Betracht. Der Untergebene, der eine strafrechtswidrige Weisung ausführt, handelt tatbestandsmäßig und rechtswidrig, selbst wenn er an die Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit der Anordnung glaubt (vgl. Jescheck/Weigend, StrafR AT, 5. Aufl., § 46 I.2 m.w.N.).

Gem. **§ 11 II 2 SG und § 5 I WStG trifft einen Untergebenen, der auf Befehl eine rechtswidrige Tat begeht**, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, **eine Schuld aber nur dann, wenn er erkennt, dass es sich um eine rechtswidrige Tat handelt**, oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist (vgl. BGHSt 19, 231 = NJW 1964, 933).

- b) **Erkennen** verlangt hierbei **positive Kenntnis, sicheres Wissen** (vgl. BGHSt 22, 223 = NJW 1968, 2345 [zu § 47 Militärstrafgesetzbuch - MStGB]). Erkennt der Untergebene die Strafrechtswidrigkeit des Befehls nicht, beurteilt er sie unzutreffend oder hat er insoweit Zweifel, so handelt er nur dann schuldhaft, wenn die Strafrechtswidrigkeit nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. **§ 17 StGB ist im Rahmen des § 5 WStG angesichts der ausdrücklichen Regelung der militärischen Befehlsverhältnisse nicht anwendbar** (BGHSt 5, 239 = NJW 1954, 401; BGHSt 22, 223 = NJW 1968, 2345).

*„Der Begriff „offensichtlich“ ist objektiv zu verstehen. Er umfasst das, was jedermann ohne weiteres Nachdenken erkennt, was jenseits aller Zweifel liegt (vgl. BGH, BGHR WStG § 5 I Schuld 2). Abzustellen ist damit auf die **Erkenntnisfähigkeit eines gewissenhaften, pflichtbewussten Durchschnittssoldaten**. Beurteilungsgrundlage für diesen sind allerdings die dem Täter subjektiv bekannten Umstände - und zwar nicht nur die allgemeinen Tatumstände, sondern alle für die Beurteilung des Sachverhalts bedeutsamen Umstände - wie etwa die Kenntnis von vorangegangenen Ereignissen, von Befehlen, Belehrungen, Dienstvorschriften und dergleichen (Schölz/Lingens, WStG, 4. Aufl., § 5 Rn 13; Erbs/Kohlhaas, § 5 WStG Rn 10). Auch wenn einem Untergebenen regelmäßig keine Sachverhaltsprüfungspflicht obliegt (vgl. BGH, BGHR WStG § 5 I Schuld 2) und er grundsätzlich zu unverzüglichem Gehorsam verpflichtet ist, so muss er dennoch Gegenvorstellung erheben oder den Gehorsam verweigern, wenn er auf Grund der ihm bekannten Umstände der Überzeugung ist oder er ohne den berechtigten Vorwurf der Rechtsblindheit die Überzeugung haben müsste, dass der Befehl strafrechtswidrig ist (vgl. Stauf, in: Nomos-Erläuterungen z. Deutschen BundesR, § 5 WStG; BGHSt 19, 231 = NJW 1964, 933).*

*Die **Diskussion unter den Ausbildern über eine Änderung der AnTrA1 in Bezug auf eine künftige Zulässigkeit von Geiselnahmeübungen in der Grundausbildung legt den Schluss nahe, dass die Strafrechtswidrigkeit der Übung und der diesbezüglichen „Genehmigung“ des Kompaniechefs für die Beteiligten jedenfalls offensichtlich i.S. des § 5 I WStG war**. Dies gilt umso mehr, als Art und Weise der Durchführung von den der bei der „Einsatzbezogenen Zusatzausbildung“ geltenden Standards abwichen, was die Beteiligten auf Grund ihrer eigenen Ausbildung wussten. Für diesen Fall hätten die Angekl. K, F und H den strafrechtswidrigen, unverbindlichen Befehl nicht ausführen dürfen.“ (BGH aaO).*

- II. Der Überfall, das Verbinden der Augen, die Fesselung und das Verladen der Rekruten auf den Pritschenwagen könnte zudem eine **entwürdigende Behandlung i.S.d. § 31 I WStG** darstellen.

1. **Entwürdigende Behandlung** ist jedes Verhalten eines Vorgesetzten gegenüber einem Untergebenen, das dessen Stellung als freie Persönlichkeit nicht unerheblich in Frage stellt, das die Achtung nicht unerheblich beeinträchtigt, auf die der Untergebene allgemein als Mensch in der sozialen Gesellschaft und im besonderen als Soldat innerhalb der soldatischen Gemeinschaft Anspruch hat. Der Untergebene darf **keiner Behandlung ausgesetzt** werden, die ihn zum bloßen Objekt degradiert und seine **Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt** (BayObLG NJW 1970, 769; Schölz/Lingens, § 31 Rn 3; Stauf, in: Nomos-Erläuterungen z. Deutschen BundesR, § 31 WStG).

Ob eine entwürdigende Behandlung vorliegt, beurteilt sich, wenn die Handlung nicht bereits wegen ihres absolut entwürdigenden Charakters unter § 31 I WStG fällt, auf Grund einer **Gesamtwürdigung aller Tatumstände** (BayObLG, NJW 1970, 769; Erbs/Kohlhaas, § 31 WStG Rn 3; Schölz/Lingens, § 31 Rn 4).

2. Daran gemessen **unterfällt** jedenfalls die **Geiselnahmeübung** in ihrer Gesamtheit **dem Tatbestand des § 31 I WStG**.

*„Insbesondere die Fesselung der Rekruten (vgl. dazu Schölz/Lingens, § 31 Rn 5), das Verbinden ihrer Augen, das Verladen der Rekruten „wie Ware“ auf die Ladefläche eines Pritschenwagens, die auf den Helm verabreichten Schläge, um für Ruhe zu sorgen, das Hinknienlassen sowie die schikanösen Zwangshaltungen und Ausdauerübungen, die den nach fast 24-stündigem Dienst und einem anstrengenden Nachtmarsch ohnehin zumeist erschöpften Rekruten befohlen wurden, schließlich die angedrohten (teils mit angesetzter Waffe) und vorgetäuschten Erschießungen (vgl. dazu Dau, in: Erbs/Kohlhaas, § 31 WStG Rn 4) stellen entwürdigende Behandlungen dar, welche zumindest bei einem Soldaten auch zu einer nahezu panischen Angst führten. Dies alles erniedrigte die Rekruten zum bloßen Objekt.“ (BGH aaO).*

3. Eine **rechtfertigende Wirkung** ergibt sich auch nicht daraus, dass die betroffenen Rekruten **ausdrücklich oder konkludent** in die gegenständliche unzulässige Geiselnahmeübung **eingewilligt** hätten.

*„Denn §§ 30, 31 WStG schützen nicht allein das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit bzw. der Würde des Untergebenen, sondern auch die Disziplin und Ordnung in der Bundeswehr. Die ehr- und körpverletzende Behandlung durch Vorgesetzte stellt einen Verstoß gegen die in Art. 1 I 2 GG normierte Verpflichtung aller staatlichen Gewalt zum Schutze der Menschenwürde und der durch Art. 2 II 1 GG gewährleisteten körperlichen Unversehrtheit dar. Von dieser Verpflichtung kann der für den Staat handelnde Amtsträger oder Bedienstete durch das subjektive Einverständnis des Individualgrundrechtsträgers nicht freigestellt werden (vgl. BVerwG NJW 2001, 2343; Erbs/Kohlhaas, § 30 WStG Rn 10).“ (BGH aaO).*

### III. Konkurrenzen

**§ 30 WStG** kann mit **§ 224 StGB** in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen: § 30 WStG geht nur § 223 StGB vor, enthält aber keine alle Körperverletzungsdelikte ausschließende Sonderregelung.

*„Dies folgt schon daraus, dass das allgemeine Strafrecht gerade in den schwereren Fällen der Untergebenenmisshandlung nicht durch das Wehrstrafgesetz gemildert werden darf (vgl. BGH NJW 1970, 1332; Schölz/Lingens, § 30 Rn 28; a.A.: Erbs/Kohlhaas, § 30 WStG Rn 18; Arndt, Grundriss d. WehrstrafR, 2. Aufl., S. 218).“ (BGH aaO).*

StGB  
§ 261 I 1

**Geldwäsche**  
**Bestechung als Vortat**

StGB

(BGH; Beschluss vom 18.02.2009 – 1 StR 4/09)

1. Im Rahmen der Strafbarkeit des § 261 I 1 StGB **rührt** bei der Bestechung gem § 334 StGB als Vortat auch das **Bestechungsgeld, das der Bestechende zahlt, aus der Tat her.**
2. Ein **Gegenstand** ist dann als **bemakelt i.S. des § 261 I StGB** anzusehen, wenn er sich bei einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** im Sinne eines Kausalzusammenhangs **auf die Vortat zurückführen lässt**

**Fall:** Die Angekl. wirkte von 1999 bis 2002 an der Zahlung von Bestechungsgeldern in Höhe von rund 1,15 Mio. € an ihren Bruder, einen Amtsträger im georgischen Transportministerium, mit. Dabei leisteten die in Deutschland ansässigen Firmen B. und F. an den Bruder der Angekl. Zuwendungen, aufgrund derer dieser pflichtwidrig auf die Vergabe von georgischen CEMT-Genehmigungen Einfluss nahm, die die beiden Unternehmen im internationalen Straßentransport nutzten und dadurch Wettbewerbsvorteile erzielten. Die Angekl. stellte in Kenntnis des Verwendungszwecks ihre deutschen Bankkonten zur Verfügung, nahm die dorthin überwiesenen Bestechungsgelder für ihren Bruder in Empfang und verfügte nach dessen Weisungen darüber, indem sie Überweisungen auf diverse andere Konten tätigte oder Beträge in bar abhob und weiterleitete. Dies tat die Angekl. in erster Linie, um ihren Bruder zu unterstützen.

Die Angekl. könnte sich der **Geldwäsche** schuldig gemacht, § 261 I 1, 2 Nr. 2a, II Nr. 2, § 3 StGB.

I. Die **Bestechung des georgischen Amtsträgers** ist gem. §§ 334 I, 335 II Nr. 1, Nr. 3 StGB i.V.m. Art. 2 § 1 und § 4 IntBestG als **Vortat i.S.d. § 261 I StGB** zu werten.

1. Der vom Bruder der Angekl. nach georgischem Recht erfüllte Straftatbestand der **Annahme von Bestechungsgeldern** („Accepting Bribes“ - Art. 338 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) stellt eine **Vortat gem. § 261 I StGB** dar, denn nach § 261 VIII StGB stehen den in § 261 I und II StGB bezeichneten Gegenständen solche gleich, die aus einer im Ausland begangenen Tat der in Abs. 1 der Vorschrift bezeichneten Art herrühren, wenn die Tat - wie vorliegend - auch am Tatort mit Strafe bedroht ist. An die aus dieser Vortat zweifelsohne herrührenden Gegenstände (die Bestechungsgelder) knüpfen die Tathandlungen der Geldwäsche an.

Auch hat sich die Angekl. durch die von ihr verwirklichten Tathandlungen nach georgischem Recht der „**Komplizenschaft**“ („Accomplice“ - Art. 24 Nr. 3, Art. 25 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) **zur Annahme von Bestechungsgeldern** („Accepting Bribes“ - Art. 338 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) strafbar gemacht.

2. Zudem ist durch die in § 261 IX 2 StGB enthaltene Konkurrenzregel die **Bestechung des georgischen Amtsträgers** nach § 334 I, § 335 II Nr. 1 und Nr. 3 StGB i.V.m. Art. 2 § 1 und § 4 IntBestG **auch als Vortat i. S. des § 261 I StGB** zu werten.

a) § 261 IX 2 StGB beinhaltet zum einen

- einen **persönlichen Strafausschlussgrund** und zum anderen
- eine **Konkurrenzregel**, die eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche immer dann ausschließt, wenn der Geldwäscher bereits an der Vortat beteiligt ist, also täterschaftlich gehandelt oder an ihr teilgenommen hat.

Demnach geht auch die Beihilfe zur Vortat der Anschlussstat vor, wenn Beihilfe- und Geldwäschehandlung identisch sind (vgl. BGH NJW 2000, 3725).

Dies setzt jedoch tatsächlich eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an der Vortat voraus und beurteilt sich anhand einer konkreten Betrachtungsweise nach deutschem Recht.

„Denn Ziel der Regelung des § 261 IX 2 StGB ist die Vermeidung von Doppelbestrafungen in den Fällen, in denen der Vortäter Geldwäschehandlungen vornimmt (BTDrucks. 13/8651 S. 11; 13/6620 S. 7; BGH NJW 2000, 3725; MüKo-StGB/Neuheuser, § 261 Rn 41). Das **Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 103 III GG** ist jedoch **auf die Verurteilungen durch denselben Staat beschränkt** und gilt daher - soweit keine bi- oder multilateralen Übereinkommen bestehen - **bei ausländischen Verurteilungen nicht** (vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl., § 51 Rn 16).“ (BGH aaO).

- b) Vor dem Hintergrund dieses Gesetzeszwecks ist deshalb bei der Beurteilung, ob der Täter der Geldwäsche sich zugleich wegen der Vortat strafbar i.S.d. § 261 IX 2 StGB gemacht hat, **allein auf das deutsche Recht abzustellen**.

„Da das Tätigwerden der Angekl. nach deutschem Recht ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Geldwäsche strafbar ist, kommt die Konkurrenzregel des § 261 IX 2 StGB nicht zum Tragen. Auf die nach georgischem Recht gegebene Strafbarkeit der Angekl. wegen „Komplicität“ („Accomplice“ - Art. 24 Nr. 3, Art. 25 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) - zur Annahme von Bestechungsgeldern („Accepting Bribes“ - Art. 338 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) durch ihren Bruder kommt es hierbei nicht an.“ (BGH aaO).

- II. **BGH aaO** teilt auch nicht die Auffassung, wonach bei der Bestechung als Vortat die Bestechungsgelder als Tatmittel nicht aus der Vortat „herrühren“ und somit nicht von § 261 StGB erfasst werden.

allgemein zu der Ansicht, nach der die instrumenta sceleris nicht unter die Vorschrift des § 261 StGB fallen - vgl. etwa MüKo-StGB/Neuheuser, § 261 Rn 44; Ruhmannseder in BeckOK-StGB, § 261 Rn 16 jeweils m.w.N.

1. Der **Gesetzgeber** hat weder im **Wortlaut der Vorschrift des § 261 StGB** noch in den **Gesetzesmaterialien** klare Konturen für Inhalt und Grenzen des Tatbestandsmerkmals „herrühren“ geschaffen, sondern hat die Ausfüllung dieses Merkmals der Rechtsprechungspraxis überlassen.

zum Meinungsstand über die Auslegung dieses Begriffs vgl. Voß, Die Tatobjekte der Geldwäsche 2006 S. 30 ff.; Barton NSTZ 1993, 159.

„Allerdings zeigt schon der verwendete Begriff, dass der Anspruchsgegenstand nicht notwendig unmittelbar aus der Vortat stammen muss (vgl. Hoyer in SK-StGB, 116. Lfg., § 261 Rn 1, 10). Nach seinem **allgemeinen Wortsinn** bedeutet der Begriff „Herrühren“ lediglich „stammt von etwas her, leitet sich von etwas her, hat seine Ursache in etwas“ (vgl. Brockhaus-Wahrig, Deutsches Wörterbuch -3. Bd. 1981, S. 512). Gleiches ergibt sich aus dem englischen Originaltext des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20.12.1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (BGBl II 1993, 1137 ff.), mit dem sich die Bundesregierung verpflichtet hatte, Geldwäsche unter Strafe zu stellen.

Hier lautet die maßgebliche Formulierung „is derived from“ (vgl. BGBl II 1993, 1136, 1138, 1140, 1142), was ebenfalls bedeutet „sich von etwas ableiten/herleiten“. Demnach genügt es grundsätzlich, wenn zwischen dem Gegenstand und der Vortat ein Kausalzusammenhang besteht, wenn also der Gegenstand seine Ursache in der rechtswidrigen Tat hat (vgl. auch BTDrucks. 12/3533 S. 12). Indes ist es nicht zwingend, dass der Täter den Gegenstand aus der für ihn strafbaren Handlung erlangt. Im Falle der Bestechung nach § 334 StGB ist vielmehr der bezahlte Bestechungslohn ein inkriminierter Gegenstand, der der Geldwäsche unterfällt.“ (BGH aaO).

2. Dieses Begriffsverständnis steht auch im Einklang mit dem **Willen des Gesetzgebers**, den **staatlichen Zugriff auf illegale Vermögenswerte zu gewährleisten** und deren Einschleusen in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zu verhindern (vgl. BTDrucks. 12/989 S. 26; BGHSt 50, 347, 354 m.w.N.).

„**Geschützt** werden soll die Aufgabe der **staatlichen Rechtspflege**, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen (BTDrucks. 12/3533 S. 11). Das Bedürfnis nach Bestrafung der Geldwäsche ist auch international im Grundsatz allgemein anerkannt und durch die staatsvertragliche Verpflichtung der Bundesrepublik zur Einführung eines diesbezüglichen Straftatbestandes vom deutschen Gesetzgeber vorausgesetzt worden (BGHSt 50, 347). Das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel kann aber nur dann effektiv erreicht werden, wenn die Vorschrift des § 261 StGB wirtschaftliche Transaktionen im Zusammenhang mit den Katalogtaten weitgehend erfasst und daraus resultierende wirtschaftliche Vorteile abgeschöpft werden. In den Fällen der Bestechung (und nicht nur der Bestechlichkeit) - insbesondere eines ausländischen Amtsträgers - ist daher der gezahlte Bestechungslohn in den Bereich des § 261 StGB einbezogen.“ (BGH aaO).

3. Diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Herrühren“ verstößt auch nicht gegen das **Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG**.

*„Da das Tatbestandsmerkmal schon im Hinblick auf die Funktion der Norm als Auffangtatbestand (vgl. BGHSt 50, 347) eine weite Auslegung zulässt, ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, unter dem Herrühren eines Gegenstandes aus der Vortat zu verstehen, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zwischen dem Gegenstand und der Vortat ein Kausalzusammenhang besteht, der Gegenstand seine Ursache also in der rechtswidrigen Tat haben, sich aus dieser ableiten lassen muss.“ (BGH aaO).*



GG

**Übersichtsaufnahmen und Bußgelder**

VerfR

Art. 8 I, 19 III **einstw. Außerkraftsetzung der Regelungen des BayVersG****(BVerfG in NVwZ 2009, 441; Beschluss vom 17. 2. 2009 - 1 BvR 2492/08)**

1. Auch **Personenvereinigungen**, die keine juristischen Personen sind, sind hinsichtlich der in Art. 8 GG gewährleisteten Versammlungsfreiheit beschwerdefähig, sofern sie eine **festgefügte Struktur** haben und **auf gewisse Dauer angelegt** sind.
2. Die **Gesetzesverfassungsbeschwerde** ist ohne vorherige fachgerichtliche Kontrolle zulässig, wenn ohne Vollzugakt bereits ein Eingriff in den Rechtskreis vorliegt oder die **Heimlichkeit der Maßnahmen** eine gerichtliche Kontrolle ausschließt.
3. § 32 BVerfGG setzt bei **offenem Ausgang der Verfassungsbeschwerde** eine umfangreiche Folgenabwägung voraus. Geht es hierbei um die **Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes** sind **besonders strenge Maßstäbe anzulegen**. Das BVerfG darf hiervon **nur mit größter Zurückhaltung** Gebrauch machen.
4. Verbindet sich die **Wahrnehmung des Versammlungsrechts** mit einem schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen, so kommt es zu **Einschüchterungseffekte**, welche das Gemeinwohl beeinträchtigen.
5. **Übersichtsaufzeichnungen** sind nach dem heutigen Stand der Technik für die Aufgezeichneten **immer ein Grundrechtseingriff**, da auch in Übersichtsaufzeichnungen nach dem Stand der heutigen Technik die **Einzelpersonen in der Regel individualisierbar** mit erfasst sind.

**Fall:** Die Bf. beehrten mit ihrem Eilantrag, das Bayerische Versammlungsgesetz (BayVersG) vom 22.07.2008 (GVBl S. 421) als Ganzes, mit Ausnahme von Art. 15 II Nrn. 1a und 2 sowie - bezogen hierauf - Abs. 3 BayVersG, bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde einstweilen außer Kraft zu setzen. Im Zuge der Föderalismusreform ging die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht vom Bund auf die Länder über (vgl. das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.08.2006, BGBl I, 2034). Mit dem am 01.10.2008 in Kraft getretenen Bayerischen Versammlungsgesetz hat der Freistaat Bayern von dieser Kompetenz als erstes Bundesland Gebrauch gemacht.

Die Bf. sind Landesverbände von Gewerkschaften, Parteien und anderen nichtstaatlichen Organisationen, die regelmäßig Versammlungen veranstalten. Sie rügen eine Verletzung der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG sowie - bezogen auf Art. 9, 10 und 13 V und VI BayVersG - des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.

Die maßgeblichen Vorschriften lauten:

**Art. 9 Datenerhebung, Bild- und Tonaufzeichnungen, Übersichtsaufnahmen und -aufzeichnungen**

- (1) <sup>1</sup>Die Polizei darf bei oder im Zusammenhang mit Versammlungen personenbezogene Daten von Teilnehmern erheben und Bild- und Tonaufzeichnungen anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. <sup>2</sup>Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.
- (2) <sup>1</sup> Die Polizei darf Übersichtsaufnahmen von der Versammlung und ihrem Umfeld zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes anfertigen. <sup>2</sup> Sofern es zur Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens erforderlich ist, darf die Polizei auch Übersichtsaufzeichnungen anfertigen. <sup>3</sup>Diese dürfen auch zu Zwecken der polizeilichen Aus- und Fortbildung genutzt werden. <sup>4</sup>Die Identifizierung einer auf den Aufnahmen oder Aufzeichnungen abgebildeten Person ist nur zulässig, soweit die Voraussetzungen nach Abs. 1 vorliegen.
- (3) Für Maßnahmen nach Abs. 1 und 2 gilt Art. 30 Abs. 3 des Polizeiaufgabengesetzes (PAG) entsprechend.
- (4) <sup>1</sup>Die nach Abs. 1 oder 2 erhobenen Daten und Bild-, Ton- und Übersichtsaufzeichnungen sind nach Beendigung der Versammlung oder zeitlich und sachlich damit unmittelbar im Zusammenhang stehender Ereignisse unverzüglich zu löschen oder zu vernichten, soweit sie nicht benötigt werden
  1. zur Verfolgung von Straftaten oder
  2. Im Einzelfall zur Gefahrenabwehr, weil die betroffene Person verdächtig ist, Straftaten bei oder im Zusammenhang mit der Versammlung vorbereitet oder begangen zu haben, und deshalb zu besorgen ist, dass von dieser Person erhebliche Gefahren für künftige Versammlungen ausgehen.

<sup>2</sup>Nach Abs. 2 Satz 2 angefertigte Übersichtsaufzeichnungen dürfen darüber hinaus aufbewahrt werden, soweit sie zur Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens benötigt werden. <sup>3</sup>Erhobene Daten sowie Bild-, Ton- und Übersichtsaufzeichnungen, die aus den in Satz 1 Nr. 2 oder in Satz 2 genannten Gründen nicht gelöscht oder vernichtet wurden, sind spätestens nach Ablauf von einem Jahr seit ihrer Entstehung zu löschen oder zu vernichten, es sei denn, sie werden inzwischen zur Verfolgung von Straftaten benötigt. <sup>4</sup>Eine Pflicht zur Löschung oder Vernichtung besteht nicht für nach Abs. 2 Satz 2 gefertigte Übersichtsaufzeichnungen, soweit diese zu Zwecken der polizeilichen Aus- und Fortbildung verwendet werden; die Identifizierung einer auf diesen Übersichtsaufzeichnungen abgebildeten Person ist nach Ablauf von einem Jahr seit Entstehung der Aufzeichnungen abweichend von Abs. 2 Satz 4 nicht mehr zulässig.

- (5) Die Befugnisse zur Erhebung personenbezogener Daten nach Maßgabe der Strafprozessordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten bleiben unberührt.

#### Art. 21 Bußgeldvorschriften

Mit Geldbuße bis zu dreitausend Euro kann belegt werden, wer

1. entgegen Art. 3 Abs. 3 Ort, Zeit, Thema oder den Namen des Veranstalters einer Versammlung nicht angibt,
2. entgegen Art. 4 Abs. 3 Satz 1 oder 3 keine geeigneten Maßnahmen ergreift oder die Versammlung nicht oder nicht rechtzeitig für beendet erklärt, ...
7. entgegen Art. 7 Abs. 2 an einer Versammlung teilnimmt, ...
13. entgegen Art. 13 Abs. 1 Satz 1 eine Anzeige nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,
14. entgegen Art. 13 Abs. 2 Satz 3 eine Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig macht, ...

Wegen der weiteren Vorschriften wird auf den Text des BayVersG verwiesen.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?

#### A. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Das BVerfG kann nach § 32 I BVerfGG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als insgesamt unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. BVerfGE 112, 284 [291] = NJW 2005, 1179).

##### I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG grundsätzlich statthaft, da die Beschwerdeführer sich als Bürger gegen ein Gesetz als staatliche Maßnahme wendet, welches nach §§ 90 I, 95 1 BVerfGG ein tauglicher Beschwerdegegenstand ist. Auch von der Einhaltung der Jahresfrist des § 93 BVerfGG für eine Gesetzesverfassungsbeschwerde ist auszugehen. Fraglich ist allerdings, ob die Beschwerdebefugnis gegeben ist.

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

##### 1. Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Dazu müssen die **beschwerdeführenden Vereinigungen** aber überhaupt **Träger von Grundrechten** sein können.

Nach Art. 19 III GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Allerdings

handelt es sich bei den Beschwerdeführern allesamt um **nicht rechtsfähige Personenvereinigungen**.

„Die Bf. können sich als Personenvereinigungen gem. Art. 19 III GG auf Art. 8 I GG berufen. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Grundrecht seinem Wesen nach auf Personenvereinigungen anwendbar ist, ist in erster Linie darauf abzustellen, ob es **nur individuell oder auch korporativ betätigt werden kann** (vgl. BVerfGE 42, 212 [219] = NJW 1976, 1735).

**Kennzeichnend für die in Art. 8 GG gewährleistete Versammlungsfreiheit ist das kollektive Element der Grundrechtsausübung, da sie Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung ist (vgl. BVerfGE 69, 315 [342f.] = NJW 1985, 2395). Daher treten häufig Personenvereinigungen als Veranstalter von Versammlungen auf und sind insoweit hinsichtlich des Art. 8 I GG beschwerdefähig. Das gilt auch für Personenvereinigungen, die keine juristischen Personen sind, sofern sie eine festgefügte Struktur haben und auf gewisse Dauer angelegt sind (vgl. VGH München, NJW 1984, 2116 = NVwZ 1984, 659; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. [2004], Art. 8 Rn 56). Bei den Bf. ist dies der Fall.“ (BVerfG aaO)**

Die Bf. haben auch sachlich eine **mögliche Grundrechtsverletzung hinreichend substantiiert** geltend gemacht.

„Sie legen eingehend dar, durch Art. 3 III i.V.m. Art. 21 Nr. 1, Art. 4 III i.V.m. Art. 21 Nr. 2, Art. 7 II i.V.m. Art. 21 Nr. 7, Art. 13 I und II (hierüber mittelbar auch durch Art. 2 I und Art. 10 III) i.V.m. Art. 21 Nrn. 13 und 14 BayVersG sowie Art. 9 II bis IV BayVersG in ihrer Versammlungsfreiheit verletzt zu sein.“ (BVerfG aaO)

## 2. Unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind.

### a) Selbstbetroffenheit

Sie ist immer dann **ohne nähere Darlegung** anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich **an den Beschwerdeführer selbst richtet**.

Dies ist bei den veranstalterbezogenen Vorschriften ohne weiteres der Fall. Fraglich ist aber, ob die Beschwerdeführer auch auf die leiter- und teilnehmerbezogenen Vorschriften selbst grundrechtsbetroffen sind. Hier ist im Hinblick auf die Frage der Selbstbetroffenheit grundsätzlich zwischen den Rechten einer Vereinigung und den Rechten ihrer Mitglieder zu trennen.

„Die **Rechte ihrer Mitglieder** wachsen einer **Vereinigung** in der Regel **nicht auch als eigene zu**. Für das **Versammlungsrecht** sind hier indes **Besonderheiten** anzuerkennen.

Die Rechte von Veranstalter, Leiter und Teilnehmern einer Versammlung sind in spezifischer Weise miteinander verschränkt. So ist einerseits die **Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit seitens der einzelnen Bürger von vornherein nur mit anderen zusammen möglich** und dabei regelmäßig auf eine Koordination angewiesen. Hierbei kommt dem **Veranstalter** der Versammlung eine **hervorgehobene Bedeutung** zu (wird ausgeführt). Umgekehrt sind die Rechte des Veranstalters durch die Rechte und Pflichten des Versammlungsleiters und der Teilnehmer bestimmt. ... Wechselseitige Einflüsse bestehen auch zwischen den Rechten und Pflichten von Veranstalter und Teilnehmern (wird ausgeführt). Von daher ist den Bf. als Veranstaltern nicht versagt, sich auch gegen die an den Leiter und die Versammlungsteilnehmer gerichteten Vorschriften zu wenden (vgl. ebenso Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. [2000], Art. 8 Rn 10). Durch die in Frage stehenden Vorschriften des Art. 4 III, 7 II, 9 II bis IV und 16 BayVersG sind die Bf. damit selbst in ihrer Versammlungsfreiheit betroffen.“ (BVerfG aaO)

### b) unmittelbare Betroffenheit

„Grundsätzlich muss ein Beschwerdeführer, der sich gegen Rechtsvorschriften wendet, welche rechtsnotwendig oder auch nur der tatsächlichen Verwaltungspraxis nach einen **besonderen Vollzugsakt voraussetzen, zunächst diesen Akt angreifen und den hiergegen eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er Verfassungsbeschwerden erheben kann** (vgl. BVerfGE 1, 97 [102f.] = NJW 1952, 297; st. Rspr., zuletzt BVerfGE 101, 54 [74] = NJW 2000, 1471; BVerfGE 109, 279 [306] = NJW 2004, 999 = NVwZ 2004, 851 L).

*Nicht verlangt* werden kann das jedoch dann, wenn die angegriffenen Rechtsvorschriften den Beschwerdeführer unmittelbar betreffen, d.h., wenn sie **ohne** das Dazwischentreten eines weiteren **Vollzugsakts** bereits **in den Rechtskreis des Beschwerdeführers einwirken** und es ihm **nicht möglich oder zuzumuten ist**, hiergegen zunächst **Rechtsschutz vor den Fachgerichten zu suchen**. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Beschwerdeführer von der Maßnahme **keine Kenntnis** erlangt, weil sie heimlich erfolgt (vgl. BVerfGE 30, 1 [16f.] = NJW 1971, 275; BVerfGE 67, 157 [169f.] = NJW 1985, 121; BVerfGE 100, 313 [355] = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 L; BVerfGE 109, 279 [306f.] = NJW 2004, 999 = NVwZ 2004, 851 L), oder wenn Vorschriften eine Verpflichtung begründen, die unmittelbar als solche mit einer Geldbuße oder Strafe bewehrt ist (vgl. BVerfGE 20, 283 [290] = NJW 1967, 291; BVerfGE 46, 246 [256]; BVerfGE 81, 70 [82f.] = NJW 1990, 1349; BVerfGE 97, 157 [165] = NJW 1998, 1385 = NVwZ 1998, 608 L).“ (BVerfG aaO)

Soweit sich die Rügen gegen die der Strafbewehrung in Art. 21 BayVersG zugrunde liegenden Vorschriften Art. 3 III, 4 III, 7 II und 13 I und II (hierüber mittelbar auch Art. 2 I, Art. 10 III) BayVersG richten, begründen diese Vorschriften unmittelbare Rechtspflichten, die ohne das Erfordernis eines dazwischen tretenden Verwaltungsakts nach Art. 21 Nrn. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG bußgeldbewehrt sind. Nach § 30 OWiG können dabei auch Personenvereinigungen mit einer Geldbuße belegt werden. Eines Umsetzungsaktes bedarf es daher nicht.

„Auch die Rüge bezüglich des **Art. 9 I bis IV BayVersG** ist nicht wegen fehlender Unmittelbarkeit der Grundrechtsbetroffenheit unzulässig. Die dort geregelten Maßnahmen können gem. Art. 9 III BayVersG i.V. mit Art. 30 III 2 BayPAG unter Umständen **heimlich erfolgen**, so dass **fachgerichtlicher Rechtsschutz nicht in allen Fällen gewährleistet** ist.“ (BVerfG aaO)

### c) Gegenwärtigkeit

Der Beschwerdeführer muss **aktuell noch betroffen** sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus.

Aus den vorstehenden Gründen ist bei dem BayVersG schon von einer gegenwärtigen Betroffenheit auszugehen. .

Wegen der vorstehenden Vorschriften ist die Verfassungsbeschwerde daher zulässig.

„Hinsichtlich der übrigen Vorschriften ist die Verfassungsbeschwerde dem gegenüber unzulässig. Zwar erstreckt sich der Antrag der Bf. auf grundsätzlich das gesamte Bayerische Versammlungsgesetz, jedoch fehlt es hinsichtlich weiterer Vorschriften an einem substantiierten Vorbringen. Nicht Gegenstand des einstweiligen Anordnungsverfahrens sind weiterhin Art. 15 II Nrn. 1a und 2 sowie - hierauf bezogen - Art. 15 III BayVersG, die die Bf. in ihrem Antrag ausdrücklich von ihren Angriffen ausnehmen.“ (BVerfG aaO)

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht offensichtlich unbegründet. Die angegriffenen Vorschriften werfen Rechtsfragen auf, die sich aus der bisherigen Rechtsprechung nicht ohne weiteres beantworten lassen.

„Das Bayerische Versammlungsgesetz versteht sich als **Verwirklichung eines eigenständigen rechts- und ordnungspolitischen Konzepts**, das gezielt dem Versammlungsrecht eigene Akzente verleihen will. Es knüpft zwar vielfach an bestehende Regelungen an, sucht hierbei aber mit den im vorliegenden Verfahren angegriffenen Normen bewusst, diese weiterbildend zu konkretisieren und bisher offene Streitfragen zu klären. Dabei stellt es in verschiedenen Regelungen **erhöhte Anforderungen an die Veranstaltung von Versammlungen**. So sind die Bekanntmachungs- und Anzeigepflichten ausführlicher und formalisierter gestaltet als nach bisher geltendem Recht, die Anforderungen an die Versammlungsleitung erhöht, ein allgemeines Militanzverbot eingeführt, der **Katalog für polizeiliche Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen erweitert** sowie daran anknüpfend **zahlreiche neue Ordnungswidrigkeitstatbestände** unmittelbar für Verstöße gegen gesetzliche Ge- und Verbote in das Versammlungsrecht aufgenommen worden. All diese Regelungen **betreffen unmittelbar die Ausübung des durch Art. 8 I GG gewährleisteten Versammlungsrechts** und werfen verfassungsrechtliche Fragen auf, die noch nicht abschließend geklärt sind.“ (BVerfG aaO)

## III. Folgenabwägung

Kann, wie hier, nicht festgestellt werden, dass die Verfassungsbeschwerde insgesamt von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist und muss der **Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens** folglich **als offen angesehen** wer-

den, sind die **Folgen**, die eintreten würden, wenn die **einstweilige Anordnung nicht erginge**, die Verfassungsbeschwerde später aber Erfolg hätte, gegen die **Nachteile** abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte **einstweilige Anordnung erlassen** würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgebracht werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben (vgl. BVerfGE 117, 126 [135] = NVwZ 2007, 324).

*„Wird die **Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes** begehrt, ist bei der Folgenabwägung ein **besonders strenger Maßstab anzulegen** (vgl. BVerfGE 3, 41 [44]; BVerfGE 104, 51 [55] = NJW 2001, 2457; BVerfGE 112, 284 [292] = NJW 2005, 1179; BVerfGE 117, 126 [135] = NVwZ 2007, 324). Das BVerfG darf von seiner Befugnis, das Inkrafttreten eines Gesetzes zu verzögern oder ein in Kraft getretenes Gesetz wieder außer Kraft zu setzen, nur **mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen**, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist. Ein Gesetz darf deshalb nur dann vorläufig außer Kraft gesetzt werden, wenn die **Nachteile**, die mit seiner Geltung nach **späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit** verbunden wären, **ganz besonderes Gewicht** haben und in **Ausmaß und Schwere deutlich die Nachteile überwiegen**, die im Falle der vorläufigen Außerkraftsetzung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes einträten (vgl. BVerfGE 104, 23 [27f.] = NJW 2001, 3253; BVerfGE 112, 284 [292] = NJW 2005, 1179; BVerfGE 117, 126 [135] = NVwZ 2007, 324). Bei dieser Folgenabwägung sind die Auswirkungen auf alle von dem Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur Folgen, die sich für die Bf. ergeben (vgl. BVerfGE 112, 284 [292] = NJW 2005, 1179).“ (BVerfG aaO)*

Nach diesen Maßstäben ist dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung teilweise stattzugeben.

## 1. Aussetzung der Anwendung der Art. 21 Nrn. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG

### a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

Von **besonderem Gewicht** sind die Nachteile, die sich aus einer vorläufigen Anwendung der Bußgeldvorschriften des Art. 21 Nrn. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG ergeben. Sie sind so erheblich, dass sie auch die strengen Voraussetzungen für eine vorläufige Außerkraftsetzung eines Gesetzes erfüllen.

*„Die genannten Vorschriften erheben den **Verstoß gegen weit reichende versammlungsrechtliche Mitwirkungspflichten und Verbote zu einer Ordnungswidrigkeit**. ... Durch die Sanktionierung ihrer Verletzung als Ordnungswidrigkeiten werden diese Pflichten zu einer unmittelbar aus sich heraus bewehrten Rechtspflicht. **Unabhängig von der Bedeutung** des jeweiligen Verstoßes für die Durchführung der konkreten Versammlung kann jeder Verstoß gegen diese Pflichten **staatliche Sanktionen auslösen**. Zwar setzt die **Ahndung einer Ordnungswidrigkeit** gem. § 10 OWiG grundsätzlich **Vorsatz** voraus. Dies lässt jedoch unberührt, dass die sanktionsbewehrten Rechtspflichten nach strafrechtlichen Grundsätzen als solche grundsätzlich von jedermann erkannt werden müssen und ein **Verbotsirrtum in der Regel als vermeidbar und damit unbeachtlich gilt**.*

*Damit liegt die **Verantwortung für die vollständige Kenntnis dieser Pflichten**, die Erfassung ihrer Bedeutung im Einzelfall und die Ableitung der sich aus ihnen ergebenden Folgen ohne jeden Vorbehalt **bei dem Bürger**. **Fehlentscheidungen** werden ohne weitere Mahnung oder Warnung **unmittelbar sanktioniert**. Mit der Veranstaltung, Leitung oder Teilnahme an einer Versammlung verbindet sich so das Risiko, wegen Fehler und Fehleinschätzungen ex post mit einer Geldbuße belegt zu werden.*

*Die Verhängung einer **Geldbuße** bedeutet dabei die Verhängung einer **repressiven Sanktion**, verbunden mit dem **staatlichen Tadel rechtswidrigen vorwerfbaren Fehlverhaltens** (vgl. § 1 I OWiG). ... Dabei kann eine Geldbuße in Höhe von bis zu 3000 Euro gem. Art. 21 BayVersG eine empfindliche Belastung darstellen. Überdies wird die Belegung mit einer Geldbuße für ein Verhalten bei einer früheren Versammlung in der Praxis zur Stützung verwaltungsrechtlicher **Gefahrenprognosen** herangezogen, so dass sich hieraus auch für die künftige Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit weit reichende Folgen ergeben können.“ (BVerfG aaO)*

Die Wirkung der Bußgeldbewehrung unterscheidet sich damit grundlegend von der Statuierung allein verwaltungsrechtlicher Pflichten und Verbote.

*„Diese werden gegenüber dem Bürger **grundsätzlich** auf der Grundlage eines **Verwaltungsakts** durchgesetzt. Was in der jeweiligen Situation für den Einzelnen verbindlich ist, wird damit zunächst **einzelfallbezogen festgestellt** und dem Bürger, Rechtsklarheit schaffend und mit **Rechtsmitteln überprüfbar**, vor Augen gehalten. Die jeweiligen Rechtspflichten werden so durch die Verwaltung **für den Einzelnen konkretisiert**, ohne dass ein Schuldvorwurf erhoben wird. Das Risiko der Unkenntnis oder der Fehleinschätzung von Rechtspflichten angesichts*

der jeweiligen Umstände wird dem Bürger damit weitgehend genommen. Diese **rechtsstaatliche Funktion des Verwaltungsakts** ist gerade in Bezug auf die hier in Rede stehenden Pflichten - unbeschadet der erst im Hauptsacheverfahren zu entscheidenden Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit - von Bedeutung. Denn diese sind vom Gesetzgeber **teils detailgenau ausdifferenziert, teils konkretisierungsbedürftig offen ausgestaltet** und setzen damit fachliche Kenntnisse oder adäquate Situationseinschätzungen voraus. Dass sich darüber **Unsicherheiten und Fehleinschätzungen** hinsichtlich der im Einzelfall geltenden Anforderungen auch für Bürger ergeben können, die sich **rechtstreu verhalten wollen, liegt nicht fern.**“ (BVerfG aaO)

Die Anwendbarkeit von Bußgeldvorschriften, die den Verstoß gegen diese Pflichten zur Ordnungswidrigkeit erheben, wäre ein Nachteil von ganz besonderem Gewicht.

„Verbindet sich die **Wahrnehmung des Versammlungsrechts** in dieser Weise mit einem **schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen**, drohte dies der Inanspruchnahme eines elementaren demokratischen Kommunikationsgrundrechts die Unbefangenheit zu nehmen. Damit verbundene **Einschüchterungseffekte wiegen** auch für die Zeit bis zur Hauptsacheentscheidung **schwer.**“ (BVerfG aaO)

#### b) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Außerkraftsetzung

Demgegenüber sind die Nachteile einer vorläufigen Außerkraftsetzung der fraglichen Bußgeldbestimmungen nicht von vergleichbarem Gewicht.

„Zwar **entfällt** mit ihrer Nichtanwendbarkeit für die Übergangszeit ihre **abschreckende Funktion**. Die **versammlungsrechtlichen Pflichten** selbst bleiben durch die Außerkraftsetzung allein der Bußgeldbewehrung jedoch **unberührt**. Ebenso wenig wie nach alter Rechtslage drohen diese deshalb in faktischer Hinsicht leer zu laufen. **Falls erforderlich** sind sie vielmehr weiterhin **nach Maßgabe des Verwaltungsvollstreckungsrechts durchsetzbar**. Im Übrigen kann ihre Verletzung vor allem Bedeutung im Rahmen von Entscheidungen nach Art. 15 I BayVersG, gegebenenfalls in Verbindung auch mit Art. 14 I und II BayVersG gewinnen. Die versammlungsrechtliche Grundkonzeption des Gesetzgebers zur Gewährleistung eines den Sicherheitsanforderungen genügenden Versammlungsrechts wird durch eine Außerkraftsetzung allein der Bußgeldnormen nicht berührt.“ (BVerfG aaO)

### 2. keine Aussetzung der Anwendung der den Bußgeldvorschriften zu Grunde liegenden verwaltungsrechtlichen Ge- und Verbote

#### a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

„Allerdings sind die **Nachteile**, die eine vorläufige Anwendbarkeit zur Folge hat, auch insoweit **noch erheblich**: So wird den Veranstaltern die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit durch die Erweiterung und Formalisierung der Bekanntmachungs- und Anzeigepflichten, die nicht nach Größe und Gefahrenpotenzial der Versammlung unterscheiden, erheblich erschwert. Das gilt insbesondere für den Katalog des Art. 13 I und II BayVersG. Den Bürger trifft danach nicht nur eine Anzeigepflicht hinsichtlich der äußeren Kerninformationen der Versammlung, sondern auch eine Pflicht zur Mitteilung ihres genauen Ablaufs und möglicherweise auch ihres Inhalts. Der Veranstalter kann damit auch inhaltlich hinsichtlich seiner **Freiheitswahrnehmung detailliert erklärungspflichtig** werden. Weiterhin steht er in der Pflicht, sich zum Zwecke einer behördlichen Geeignetheitsprüfung bereits frühzeitig auf den genauen Ablauf und den organisatorischen Rahmen festzulegen und hierbei zahlreiche personenbezogene Daten der Ordner und des Versammlungsleiters mitzuteilen. Auch sind an die von situationsbezogenen Einschätzungen abhängigen Pflichten nach Art. 4 III BayVersG, der für den Leiter nicht nur Obliegenheiten, sondern eine **echte Ordnungsverantwortung begründet**, und nach Art. 7 II BayVersG Nachteile geknüpft, die auch unabhängig von der Bußgeldbewehrung erheblich sind. Sollten sich diese **Pflichten ganz oder zum Teil als verfassungswidrig erweisen**, wäre deren vorläufige Anwendung ein Nachteil, der die **persönliche Wahrnehmung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit** erheblich behinderte und auch eine **Beeinträchtigung der demokratischen Funktion des Versammlungsrechts zur Folge hätte.**“ (BVerfG aaO)

#### b) Relevanz der Nachteile bei einer vorläufigen Nichtanwendung

Diese Nachteile haben jedoch nicht ein solches Gewicht, dass sie gegenüber den Nachteilen, die mit einer Außerkraftsetzung dieser Vorschriften verbunden wären, überwiegen.

„Denn mit einer Außerkraftsetzung dieser Normen wäre nicht nur ein vorläufiger Verlust an routinemäßiger Vereinfachung und Effizienzsteigerung durch frühzeitige wie vollständige Vorabinformation der Verwaltungsbehörden verbunden, sondern würden **zentrale Grundlagen zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit sowie der Friedlichkeit von Versamm-**

lungen betroffen. Da das Versammlungsgesetz des Bundes durch eine vorläufige Aussetzung nicht wieder aufleben würde, **fehlte es** dem Bayerischen Versammlungsrecht **bis zur Entscheidung über die Hauptsache an zentralen Vorschriften**, wie etwa schon generell an einer Anzeigepflicht. Damit wäre eine **sichere Wahrnehmung des Versammlungsrechts zumindest erheblich gefährdet**. Das BVerfG müsste wenigstens einige der angegriffenen Vorschriften durch eine gerichtliche Anordnung ersetzen. Das aber kann allenfalls in Sonderkonstellationen gerechtfertigt sein, die hier nicht gegeben sind. Durch die vorläufige Außerkraftsetzung der Bußgeldbewehrung sind die Nachteile der angegriffenen Vorschriften vielmehr so weit aufgefangen, dass in Respekt vor der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eine weitergehende einstweilige Anordnung in Bezug auf Art. 3 III, 4 III, 7 II und 13 I und II BayVersG nicht geboten ist.“ (BVerfG aaO)

### 3. Teilweise Aussetzung des Art. 9 II und IV BayVersG

Eine Folgenabwägung ergibt hier, dass die Nachteile einer vorläufigen Anwendbarkeit die Nachteile einer - sachlich beschränkten - vorläufigen Außerkraftsetzung überwiegen.

#### a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

Die Nachteile der uneingeschränkten vorläufigen Anwendbarkeit von Art. 9 II und IV BayVersG sind gravierend:

„Bei **jeder Versammlung** muss jeder Teilnehmer damit rechnen, dass das gesamte Geschehen an eine Leitstelle **übermittelt** und zugleich **aufgezeichnet** wird. Art. 9 II 1 BayVersG erlaubt zunächst **Übersichtsaufnahmen** (Kamera-Monitor-Übertragungen) **von jeder Versammlung unabhängig von deren Größe und Gefahrenpotenzial, auch in geschlossenen Räumen**, soweit dies nur dem Ziel der ‚Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes‘ dient. Dass aus dieser Zielsetzung irgendeine tatbestandliche Begrenzung folgt oder folgen soll, ist nicht ersichtlich. Auch die **Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen** nach Art. 9 II 2 BayVersG ist der Polizei **praktisch immer erlaubt**. Die gesetzliche Maßgabe, nach der die Übersichtsaufzeichnung zur ‚Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens‘ erforderlich sein muss, begrenzt diese Befugnis nicht, da eine Auswertung des Polizeieinsatzes als solche rechtlich immer zulässig und auf eine Fixierung der Aufnahmen notwendigerweise auch angewiesen ist. Der Sache nach ermächtigt Art. 9 II 2 BayVersG zu einer **anlasslosen Bildaufzeichnung des gesamten Versammlungsgeschehens**.

Dabei ist die Anfertigung solcher Übersichtsaufzeichnungen nach dem heutigen Stand der Technik für die Aufgezeichneten **immer ein Grundrechtseingriff**, da auch in Übersichtsaufzeichnungen die **Einzelpersonen** in der Regel **individualisierbar** mit erfasst sind (vgl. Brenneisen/Wilksen, VersammlungsR, 3. Aufl. [2007], S. 236; Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, 15. Aufl. [2008], S. 245f., 252; Kniesel/Poscher, in: Lisken/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl. [2007], J Rn 372; Köhler/Dürig-Friedl, Demonstrations- und VersammlungsR, 4. Aufl. [2001], § 12a Rn 3, 8). Sie können, ohne dass technisch weitere Bearbeitungsschritte erforderlich sind, **durch schlichte Fokussierung erkennbar gemacht** werden, so dass einzelne Personen identifizierbar sind. Ein **prinzipieller Unterschied** zwischen **Übersichtsaufzeichnungen** und **personenbezogenen Aufzeichnungen** besteht diesbezüglich, jedenfalls nach dem Stand der heutigen Technik, **nicht**.“ (BVerfG aaO)

Eine so weite Befugnis zur Erstellung von Übersichtsaufzeichnungen führt zu gewichtigen Nachteilen.

„Sie begründet für Teilnehmer an einer Versammlung das **Bewusstsein**, dass ihre **Teilnahme** und die **Form ihrer Beiträge** unabhängig von einem zu verantwortenden Anlass **festgehalten** werden können und die so gewonnenen Daten über die konkrete Versammlung hinaus **verfügbar bleiben**. Dabei handelt es sich überdies um **sensible Daten**. In Frage stehen Aufzeichnungen, die die gesamte - möglicherweise emotionsbehaftete - **Interaktion der Teilnehmer optisch fixieren** und geeignet sind, **Aufschluss über politische Auffassungen** sowie **weltanschauliche Haltungen** zu geben. Das Bewusstsein, dass die Teilnahme an einer Versammlung in dieser Weise festgehalten wird, kann **Einschüchterungswirkungen** haben, die zugleich auf die **Grundlagen der demokratischen Auseinandersetzung** zurückwirken. Denn wer damit rechnet, dass die Teilnahme an einer Versammlung behördlich registriert wird und dass ihm dadurch persönliche Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seines Grundrechts verzichten. **Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl**, weil die kollektive öffentliche Meinungskundgabe eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten demokratischen und freiheitlichen Gemeinwesens ist (vgl. BVerfGE 65, 1 [43] = NJW 1984, 419 = NVwZ 1984, 167 L).

Die **Schwere des Grundrechtseingriffs** einer **anlasslosen Datenerhebung** nimmt dabei mit der **Möglichkeit der Nutzung der Daten** für Folgeeingriffe in Grundrechte der Betroffenen zu (vgl. BVerfGE 120, 378 [403] = NJW 2008, 1505). .. Zwar ist eine Identifikation einzelner Per-

sonen nur zulässig, wenn die strengeren Voraussetzungen des Art. 9 I BayVersG vorliegen (Art. 9 II 4 BayVersG). ... Die **maßgebliche Belastung** der Übersichtsaufzeichnungen liegt jedoch darin, dass die gesamten Versammlungsdaten gem. Art. 9 IV BayVersG auch über die konkrete Versammlung hinaus verfügbar gehalten werden, unter Umständen sogar **zeitlich unbegrenzt**. Die Übersichtsaufzeichnungen werden damit zu einem **Datenvorratsspeicher**, auf den über die Aufarbeitung des aufgezeichneten Versammlungsgeschehens hinaus allgemein zur Verfolgung von Straftaten und zur Gefahrenabwehr bei künftigen Versammlungen zurückgegriffen werden kann.

Auch **nachträglich** kann damit eine **zunächst unauffällige Teilnahme** an einer Versammlung aufgegriffen, **neu interpretiert** und zum **Anknüpfungspunkt weiterer Maßnahmen** gemacht werden, ohne dass dieses gesetzlich klar und sachhaltig begrenzt würde.

Die **Identifizierung einer abgebildeten Person** ist insoweit zwar **auf ein Jahr** beschränkt. Eine solche allein auf die Datennutzung bezogene Befristung **hebt die durch die unbefristete Speicherung begründete Beeinträchtigung des Betroffenen jedoch nicht auf**. Denn technisch bleiben die Daten verfügbar, und trotz der hindernisfreien Identifizierbarkeit von Einzelpersonen in Übersichtsaufzeichnungen **sieht das Gesetz** hiergegen eine **nachvollziehbare und strukturelle Sicherung nicht** vor. Angesichts der Streubreite der erhobenen Daten trägt dies dazu bei, dass sich hierdurch das **Risiko des Missbrauchs und ein Gefühl des Überwachtwerdens verfestigen** kann (vgl. BVerfGE 107, 299 [328] = NJW 2003, 1787; BVerfGE 115, 320 [354f.] = NJW 2006, 1939; BVerfGE 120, 378 [402] = NJW 2008, 1505).“ (BVerfG aaO)

## b) Relevanz der der Nachteile bei vorläufiger Nichtanwendung

„Die vorläufige Hinnahme hierdurch begründeter **Einschüchterungseffekte** hat im Rahmen der Folgenabwägung auch bei Anlegung besonders strenger Maßstäbe **höheres Gewicht** als die Nachteile einer einstweiligen Außerkraftsetzung dieser Vorschriften. So sind die Nachteile eines teilweisen Verzichts auf Übersichtsaufzeichnungen für die Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens jedenfalls dann von geringerem Gewicht, wenn von einer Versammlung keine erheblichen Gefahren ausgegangen sind. Auch der vorläufige Verlust der Nutzungsmöglichkeit der Aufzeichnungen für die polizeiliche Aus- und Fortbildung, für die auch auf viele andere Mittel zurückgegriffen werden kann, wiegt die Nachteile der anlasslosen Datenbevorratung nicht auf. Dasselbe gilt aber auch für den - vom Gesetzgeber selbst nicht als Ziel, sondern nur als Anschlussnutzungseffekt vorgesehenen - Rückgriff auf die Übersichtsaufzeichnungen für die Strafverfolgung und die Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren.“ (BVerfG aaO)

## c) Umfang der Nichtanwendung

Angesichts der besonders strengen Anforderungen an die vorläufige Außerkraftsetzung von Gesetzen ist allerdings nicht eine vollständige Außerkraftsetzung des Art. 9 II und IV BayVersG geboten.

„Für eine vorläufige Regelung reicht es - in Anknüpfung an die herrschende Auffassung zu § 12a VersG (vgl. Brenneisen/Wilksen, VersammlungsR, 3. Aufl. [2007], S. 237; Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, 15. Aufl. [2008], S. 246; Köhler/Dürig-Friedl, Demonstrations- und VersammlungsR, 4. Aufl. [2001], § 12a Rn 3, 8; Hase, in: Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, VersammlungsR, 1992, § 12a Rn 21; Kniesel/Poscher, in: Lisken/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl. [2007], J Rn 372) - aus, die Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 9 II 2 BayVersG unter die Bedingungen des Art. 9 I BayVersG zu stellen.

**Übersichtsaufzeichnungen** sind danach **nur zulässig**, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von der Versammlung **erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen**. Im Ergebnis können bei Versammlungen, von denen nach diesen Maßstäben eine Gefahr ausgeht, mittels Übersichtsaufzeichnungen auch die Bilddaten von rechtstreuen Versammlungsteilnehmern erhoben werden. Dies bleibt ein **gewichtiger Nachteil**, ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch im **Respekt vor dem Gesetzgeber** hinzunehmen. Durch die einstweilige Anordnung ist jedoch sicherzustellen, dass Teilnehmer nicht fürchten müssen, ihre Teilnahme werde über die konkrete Versammlung hinaus anlasslos festgehalten, und dass die Daten nicht für Zwecke genutzt werden, die mit der Versammlung in keinem Zusammenhang stehen. Es ist deshalb anzuordnen, dass eine **Auswertung der Daten unverzüglich** zu erfolgen hat. Soweit die Daten nach dieser Auswertung nicht in Bezug auf einzelne Personen zur Verfolgung von Straftaten im Zusammenhang mit der aufgezeichneten Versammlung oder zur Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren nach Maßgabe des Art. 9 IV 1 Nr. 2 BayVersG benötigt werden, müssen sie **spätestens innerhalb von zwei Monaten gelöscht oder zumindest irreversibel anonymisiert** werden.“ (BVerfG aaO)



## Kurzauslese I

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

**BGB** **BGB**  
**§§ 313, 346 ff.** **Leasingvertrag**  
**Rückabwicklung folgt dem Rücktrittsrecht**

(OLG Frankfurt a.M. in OLG R 2009, 157; Urteil vom 14.01.2009 – 17 U 223/08)

Die **Rückabwicklung von Leasingverträgen richtet sich** seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes **nach dem Rücktrittsrecht** und nicht mehr nach Bereicherungsrecht.

„Die Maßgeblichkeit des Rücktrittsrechts [ergibt sich] aus der **eindeutigen Regelung des § 313 III 1 BGB**, wonach der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten kann, wenn bei einem Fehlen der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist. Danach haben die Parteien die von ihnen empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren (§ 346 I BGB).

Dem steht nicht entgegen, dass nach **§ 313 III 2 BGB** bei Dauerschuldverhältnissen an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung tritt: Zwar ist es richtig, dass eine **Kündigung grundsätzlich nur ex nunc wirkt**, so dass bei **wörtlicher Anwendung des § 313 III 2 BGB** im Falle von Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung ex tunc auch dann ausgeschlossen wäre, wenn die Geschäftsgrundlage nicht erst während der Vertragslaufzeit weggefallen ist, sondern wie im Falle der Wandlung des Kaufvertrages wegen einer zur Zeit der Übergabe an den Leasingnehmer mangelhaften Leasing Sache von Anfang an gefehlt hat (so Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl. 2004, Rn 1851). Doch zwingt § 313 III 2 BGB nicht zu der Annahme, dass bei Dauerschuldverhältnissen ausnahmslos ein Kündigungsrecht an die Stelle des Rücktrittsrechts tritt. Ein **Rücktrittsrecht** kommt nach der Rspr. zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vielmehr **auch dann** in Betracht, wenn ein **berechtigtes Interesse der Partner besteht, bereits erbrachte Leistungen rückgängig zu machen oder wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage sachgerecht ist** (BGH NJW 2002, 1870; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl. 2009, § 314 Rn 12). An der bisherigen Rspr. sollte die Neufassung des § 313 III BGB ebenso wie die des § 314 BGB ausweislich der Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz insofern aber gerade nichts ändern (BT-Drucks. 14/6040, S. 176 f. Vgl. auch Wolf/Eckert/Ball aaO, Rn 1851 m. w. N.).

Die Interessenlage, bei der hiernach ein Rücktritt durch das Kündigungsrecht gem. § 313 II 2 BGB nicht ausgeschlossen wird, besteht gerade dann, wenn die überlassene Sache von vornherein mangelhaft ist. Dadurch, dass der Leasingnehmer aufgrund der ihm abgetretenen Rechte des Leasinggebers dem Verkäufer gegenüber wirksam vom Vertrag gemäß § 437 Nr. 2 BGB zurücktrat, fehlte dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage i. S. von § 313 II BGB von Anfang an (vgl. BGHZ 109, 139; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl. 2009, § 535 Rn 58).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**BGB** **BGB**  
**§§ 440 S.2, 363** **erfolglose Nachbesserung**  
**Beweislast**

(BGH in NJW 2009, 1341; Urteil vom 11.02.2009 – VIII ZR 274/07)

Der **Käufer, der die Kaufsache nach einer Nachbesserung** des Verkäufers wieder **zurückerhalten hat, trägt die Beweislast für das Fehlschlagen dieser Nachbesserung**. Bleibt daher nach der Nachbesserung ungeklärt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf der erfolglosen Nachbesserung des Verkäufers oder aber auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach erneuter Übernahme durch den Käufer beruht, so geht dies zu Lasten des Käufers.

„Der Senat hat bereits entschieden, dass den Käufer die Darlegungs- und Beweislast für die einen Sachmangel begründenden Tatsachen trifft, wenn er die Kaufsache entgegengenommen hat (BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299; BGH NJW 2006, 434). Diese - aus **§ 363 BGB** folgende - Beweislastverteilung gilt gleichermaßen, wenn der Käufer die Kaufsache nach einer erfolgten Nachbesserung wieder entgegengenommen hat. In diesem Fall muss der Käufer das Fortbestehen des Mangels, mithin die Erfolglosigkeit des Nachbesserungsversuchs, beweisen. Es entspricht auch **allgemeiner Auffassung in der Lit.**, dass der Käufer die Beweislast für die Voraussetzungen der in § 440 BGB vorgesehenen Tatsachen trägt, die die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung begründen (vgl. MüKo-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 440 Rn 13; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 440 Rn 34; Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, 2. Aufl., § 440 Rn 43).

Auch **§ 440 S. 2 BGB** greift nicht zu Gunsten der Kl. ein: Aus dieser Vorschrift lässt sich nichts dafür herleiten, dass - entgegen der oben dargelegten Beweislastverteilung - die Bekl. beweisen müsste, dass der zweite Nachbesserungsversuch Erfolg hatte und dass dementsprechend der fünf Wochen nach der zweiten Reparatur und erneuten Übernahme des Fahrzeugs durch die Kl. zum dritten Mal aufgetretene Mangel durch einen Einbruchversuch verursacht worden ist.

Der Umstand, dass nach einer Beweisaufnahme unklar bleibt, auf welcher Ursache ein erneut aufgetretener Mangel beruht, kann von vornherein kein sonstiger Umstand i.S. des § 440 S. 2 BGB sein. Sonstige Umstände i.S. des § 440 S. 2 BGB sind solche, die Anlass geben können, ein Fehlschlagen der Nachbesserung erst bei mehr oder schon bei weniger als zwei erfolglosen Nachbesserungsversuchen anzunehmen (vgl. BT-Dr 14/6040, S. 234). Diese Frage stellt sich hier nicht: Hier geht es vielmehr um die Beweislastverteilung hinsichtlich der Ursache des erneuten Auftretens eines Mangels nach zweimaliger vorausgegangener Nachbesserung durch den Verkäufer. Bleibt in einem solchen Fall ungeklärt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf einer erfolglosen Nachbesserung des Verkäufers oder auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach erneuter Übernahme durch den Käufer beruht, so geht dies zu Lasten des Käufers.“ (BGH aaO).



StGB  
§ 46a**Mittäter**  
Verpflichtung zum Schadensersatz

StGB

(BGH in NSTZ-RR 2009, 133; Beschluss vom 17.12.2008 – 1 StR 664/08)

**Wiedergutmachung i. S. des § 46a StGB** darf nicht mit dem **zivilrechtlichen Schadensersatz gleichgesetzt** werden; vorausgesetzt wird vielmehr ein **kommunikativer Prozess zwischen Täter und Opfer**. Die Annahme eines solchen kommunikativen Prozesses liegt jedoch dann nahe, wenn die Beteiligten letztlich erfolgreiche Vergleichsverhandlungen geführt haben.

„Der Angekl. hat einen nicht unerheblichen Teil des verursachten Schadens ersetzt. In diesem Zusammenhang ist zu sehen, dass er die Vergleichssumme aufbrachte, obgleich im selben Zeitraum der Wegfall der Aufträge der Versicherung erhebliche Einnahmeverluste für seine Firma mit sich brachte und diese dadurch in **wirtschaftliche Schwierigkeiten** geriet. Auch angesichts des Umstandes, dass die Familie seinerzeit das zweite Kind erwartete, hat der Angekl. durch den **freiwilligen Einsatz von Vermögen** seinen Willen zur Schadenswiedergutmachung dokumentiert. Unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation seiner Firma war die von ihm erbrachte **Leistung** auch **erheblich** (vgl. BGH NJW 2001, 2557 = NSTZ 2002, 364). Dass der Angekl. im Verhältnis zur Versicherung weniger als die Hälfte des Bestechungsschadens ersetzt hat, ändert hieran deswegen nichts, weil der gesondert verfolgte **ehemalige Mitarbeiter** der Versicherung **ebenfalls Schadensersatz geleistet** hat und zudem der Angekl. von ihm zu den Provisionszahlungen letztlich nur durch die Drohung veranlasst wurde, ansonsten würden keine Aufträge mehr erteilt, und auch die Initiative von Anfang an von diesem Mitarbeiter ausging.“ (BGH aaO).

- ZA 04/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 30 II**Beteiligungversuch**  
Verbrechen / Vergehen

StGB

(BGH in NJW 2009, 1221; Urteil vom 04.02.2009 – 2 StR 165/08)

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

- I. Eine Strafbarkeit nach der Tatbestandsalternative des § 30 II StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich, also nicht nur als Gehilfen, mitzuwirken (BGH NSTz 1988, 406; NSTz 1993, 137; NSTZ-RR 2002, 74; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 30 Rn 12).

Für die rechtliche Einordnung der beabsichtigten Tat als Vergehen oder Verbrechen kommt es dabei nicht nur für die vollendete, sondern auch für die i.S. des § 30 StGB in Aussicht genommene Anstiftung nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf diejenige des Anzustiftenden an. Fehlt dem Anstifter selbst das strafscharfende besondere persönliche Merkmal, das nach seiner Kenntnis bei der von ihm anzustiftenden Person vorliegen würde, so führt dies nicht zum Entfallen der rechtlichen Bewertung der Tat als Verbrechen. Rechtsfolge ist vielmehr die Bestrafung dessen, der sich zur Anstiftung bereit erklärt hat, aus dem Strafrahmen des Grund- an Stelle desjenigen des Qualifikationsstatbestands.

- II. Von diesen durch BGHSt 6, 308 = NJW 1954, 1693 zu § 49a StGB a.F. entwickelten Grundsätzen (vgl. auch BGHSt 4, 17 = NJW 1953, 634; BGHSt 14, 353 = NJW 1960, 1727) abzurücken, besteht auch für die **Nachfolgeregelung des § 30 StGB** keine Veranlassung.

„Für sie spricht vor allem auch der **Wortlaut und der Strafgrund des § 30 StGB**, der nicht gefährliche Täter, sondern besonders gefährliche Taten erfassen soll“ (BGH aaO).

Vgl. auch Hoyer, in: SK-StGB, § 30 Rn 21; Frister, StrafR AT, 3. Aufl., S. 414f.; Jescheck/Weigend, Lehrb. d. StrafR, 5. Aufl., § 65 I 4; Stratenwerth/Kuhlen, StrafR AT I, 5. Aufl., § 12 Rn 173; i.E. ähnl. m. differenzierender Begr. Roxin, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 30 Rn 40ff.; ders., StrafR AT II, § 28 Rn 26ff.; zur Gegenauffassung vgl. u.a. Fischer, § 30 Rn 5f.; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 30 Rn 14; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 30 Rn 2, MüKo-StGB/Joecks, § 30 Rn 18, Zaczyk, in NK-StGB, 2. Aufl., § 30 Rn 29; Maurach/Gössel/Zipf, StrafR AT II, 7. Aufl., § 53 Rn 29; Jakobs, StrafR AT, 2. Aufl., 27. Abschn. Rn 6.

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 177 I Nr.3**sexuelle Nötigung**  
Ausnutzung der schutzlosen Lage des Opfers

StGB

(BGH in NSTz 2009, 263 Beschluss vom 11.06.2008 – 5 StR /08)

- I. **Voraussetzung** für die Annahme einer schutzlosen Lage i.S.d. § 177 I Nr. 3 StGB ist, dass das Opfer die Tat aus Angst vor Gefahren für Leib oder Leben über sich ergehen lässt,

- weil es sich in einer **hilflosen Lage** befindet und
- ihm ein **Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos** erscheint.

- II. Die **Angst des Opfers vor der Zufügung anderer Übel reicht** hierfür nicht aus.

„Voraussetzung für die Annahme [einer schutzlosen Lage] ist, dass das Opfer die Tat aus Angst vor Gefahren für Leib oder Leben über sich ergehen lässt, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und ihm Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint (BGHSt 51, 280; 50, 359). Dabei reicht es aus, wenn die **Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers** in einem solchen Maße **verringert** sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist (BGHR StGB § 177 I Schutzlose Lage 5, 7, 8).



Darüber hinaus ist nicht dargelegt, dass sich das Opfer aus Angst vor körperlicher Beeinträchtigung nicht gegen den Täter zur Wehr gesetzt hat: Nach den Feststellungen war die Nebenkl. verängstigt, da sie fürchtete, „anschaffen gehen“ zu müssen. Das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens einer schutzlosen Lage erfasst aber nur solche Fälle, in denen ein möglicher Widerstand aus Angst vor körperlichen Gewalthandlungen unterbleibt. Es genügt hingegen nicht, dass das Opfer dies aus Angst vor der Zufügung anderer Übel unterlässt (BGHSt 51, 280; vgl. auch BGH NStZ 2003, 533).“ (BGH aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB  
§ 212

### Tötungsvorsatz Schütteln eines Kleinkindes

StGB

(BGH in NStZ 2009, 264; Urteil vom 03.06.2008 – 1 StR 59/08)

In „Schüttelfällen“ fehlt häufig ein **bedingter Tötungsvorsatz**; anders kann es sich jedoch bei äußerst heftigem Schütteln nach konkreten Hinweisen auf Lebensgefahren beim Umgang mit dem Kopf eines Kleinkindes verhalten.

„Der Senat verkennt nicht, dass nach **forensischer Erfahrung** in „Schüttelfällen“ ein derartiger Vorsatz vielfach nicht festgestellt ist (vgl. zusammenfassend Schneider NStZ 2004, 202; vgl. auch Schneiders/Schröder, Das Schütteltrauma - eine häufig unbekannt Form der Kindesmisshandlung, Kriminalistik 2005, 734, 735 in Fn 9). Allein dass ein bestimmtes Ergebnis nicht fern liegt, schließt jedoch nicht aus, dass der Tatrichter im Einzelfall auch rechtsfehlerfrei zu einem anderen Ergebnis kommen kann (vgl. BGH Urteil vom 12.06.2007 - 1 StR 73/07; zum Tötungsvorsatz beim Schütteltrauma vgl. BGH Urteil vom 07.12.1999 - 1 StR 538/99).

Hier stützt die StrK die Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht allein auf das vorliegend „äußerst heftige“ und „sehr schnelle“ Schütteln, sondern auch etwa darauf, dass der Angekl. wiederholt und von unterschiedlichen Personen darauf hingewiesen worden war, dass man bei Kindern „ganz besonders auf den Kopf achten müsse, nachdem diese ihren Kopf noch nicht selbst halten könnten“, und dass „so ein Genick schnell gebrochen sei“.

[Es erscheint] jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der Täter in derartigen Fällen zu schütteln aufhört, weil das **Kind still geworden ist und er deshalb sein eigentliches Ziel erreicht** hat: Das Fatale bei dem **Schütteltrauma** ist, dass der von dem Täter/der Täterin intendierte Erfolg, dass der Säugling endlich aufhört zu schreien, aufgrund der Schädigungen sofort eintritt“ (Schneiders/Schröder aaO, 735).

Der Angekl. wusste beim Schütteln, dass dieses tödliche Folgen haben konnte, und nahm dies billigend in Kauf: In tatsächlicher Hinsicht unterscheidet sich eine solche Gewalthandlung von vielen anderen Gewalthandlungen insoweit, als ihre **Auswirkungen nicht ohne weiteres äußerlich erkennbar** sind; ebenso wenig muss der **tödliche Erfolg** in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der todesverursachenden Handlung stehen, sondern er **kann auch etliche Tage später noch eintreten**. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, an welche realen Gesichtspunkte die Annahme anknüpfen könnte, der Angekl. habe bei Beendigung des Schüttelns geglaubt, dass die von ihm beim Schütteln noch für möglich gehaltenen Folgen jetzt doch nicht eintreten sollten. Auch er selbst hat sich weder innerhalb noch außerhalb des Verfahrens je in diesem Sinne geäußert. Bei einer solchen Beweislage sind präzise Feststellungen über eine sog. innere Tatsache - also darüber, was der Angekl., ohne dies erkennbar werden zu lassen, geglaubt oder nicht geglaubt hat - offenbar nicht möglich.“ (BGH aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG  
Art. 2 I, 1 I

### Datenschutz unzulässige Ausweiskontrolle bei Besuchen in der JVA

öffR

(VG Aachen in AnwBl 2009, 306; Urteil vom 18.06.2008 – 8 K 2513/03)

Das **Scannen und Speichern der Daten eines Personalausweises oder Passes** anlässlich des Besuches einer JVA ist **unzulässig**.

„Die Verwendung der maschinenlesbaren Ausweis- oder Passdaten eines Ausweisinhabers bzw. Passinhabers stellt einen **Eingriff in dessen Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“** dar. Das BVerfG hat mit seinem „**Volkszählungsurteil**“ (BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419 = DVBl 1984, 128 = DÖV 1984, 156) klargestellt, dass unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG umfasst wird. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grds. selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“). Einschränkungen dieses Rechts sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig und bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen muss.

Die danach **erforderliche gesetzliche Rechtsgrundlage für die hier streitbefangene Verwendung der maschinenlesbaren Ausweis- oder Passdaten von Ausweisinhabern bzw. Passinhabern**, die die JVA B. besuchen wollen, **gibt es nicht**: Die Handhabung der JVA ist insbesondere nicht nach **§ 3a II PAuswG** (oder der gleichlautenden Vorschrift des **§ 17 II PassG**) erlaubt. Um einen **nur bestimmten Behörden erlaubten Abruf** nach Abs. 1 der Vorschrift geht es vorliegend nicht. Abruf bedeutet nämlich, dass mit Hilfe des automatischen Auslesens Daten aus anderen Datenbanken (polizeilicher Fahndungsbestand) erschlossen, also Daten daraus durch das Auslesen werden (im Einzelnen dazu Süßmuth/Koch, Erl. zu § 3 a PAuswG, Rn 17 ff., ebenso die Kommentierung von Ehmann/Brunner, Pass- und Ausweisrecht, zu § 17 PassG). Vielmehr geht es vorliegend um das in § 3a II PAuswG geregelte Speichern beim automatischen Lesen.

[Nach] § 3a II PAuswG [ist es] **generell verboten, Daten in Dateien zu speichern, wenn sie durch Verwendung der Lesezone des Passes beim automatischen Lesen gewonnen wurden**. Eine - und die einzige - Ausnahme stellt nach der derzeitigen Gesetzeslage die Speicherung beim Lesen aufgrund des § 163d StPO unter den dort genannten Voraussetzungen dar (vgl. im Einzelnen Ehmann/Brunner, Pass- und Ausweisrecht, § 17 PassG, Rn 11, 12; Süßmuth/Koch, Erl. zu § 3 a PAuswG, Rn 26; Meyer-Goßner, StPO-Kommentar, § 163 d, Rn 12). Hieraus folgt, dass die streitbefangene Praxis nämlich das Speichern personenbezogener Daten beim automatischen Lesen des Personalausweises in Dateien, an den Pforten von Justizvollzugsanstalten, nicht erlaubt ist.“ (VG Aachen aaO).



WaffG  
§ 5

**waffenrechtliche Zuverlässigkeit**  
**Berücksichtigung ausländischer Strafurteile**

öffR

(OVG Hamburg in NJW 2009, 1367; Beschluss vom 03.09.2008 – 3 So 55/08)

**Ausländische Strafurteile** gehören **nicht** zu den Verurteilungen, die gem. § 5 I Nr. 1 WaffG die **waffenrechtliche Zuverlässigkeit ausschließen**. Dies gilt auch für die regelhafte Vermutung der Unzuverlässigkeit in Anknüpfung an strafrechtliche Verurteilungen gem. § 5 II Nr. 1 WaffG.

I. Gem. **§ 45 II 1 WaffG** ist eine Erlaubnis nach dem Waffengesetz zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die zur Versagung hätten führen müssen. Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis ist nach § 4 I Nr. 2 WaffG die persönliche Zuverlässigkeit (§ 5 WaffG) des Ast.; der nachträgliche Wegfall dieser Zuverlässigkeit führt somit zum Widerruf der Erlaubnis.

II. Nach **§ 5 I Nr. 1b WaffG** besitzen Personen die erforderliche Zuverlässigkeit nicht, die rechtskräftig verurteilt worden sind wegen vorsätzlicher Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, wenn seit dem Eintritt der Rechtskraft der letzten Verurteilung zehn Jahre noch nicht verstrichen sind.

*„Der Wortlaut von § 5 I Nr. 1 WaffG lässt jedoch keinen Aufschluss zu, ob auch Verurteilungen ausländischer Strafgerichte umfasst sein sollen. Soweit in lit. a der Norm allerdings von der Verurteilung „wegen eines Verbrechens“ die Rede ist, dürfte diese Regelung allein deutsche Strafurteile meinen können, da die insoweit einzig in Betracht kommende Legaldefinition in § 12 I StGB sich nur auf deutsche Strafnormen beziehen kann.“ (BGH aaO).*

III. Auch i. V. mit **§§ 56 I 1, 54 BZRG** lässt sich nicht darauf schließen, dass ausländische Strafurteile die Wertung fehlender waffenrechtlicher Zuverlässigkeit nach § 5 I Nr. 1 WaffG begründen können sollen.

1. Gem. **§ 56 I 1 BZRG** werden nach § 54 BZRG **im Bundeszentralregister eingetragene strafrechtliche Verurteilungen ausländischer Gerichte** „bei der Anwendung dieses Gesetzes“ **wie Eintragungen von Verurteilungen durch deutsche Gerichte im Bundesgebiet behandelt**.

*„Die Verurteilung des Kl. ist zwar gem. § 54 BZRG im Bundeszentralregister eingetragen. Das BeschwGer. hält es aber für zweifelhaft, dass aus der Bestimmung des § 56 I BZRG gleichsam eine für die gesamte deutsche Rechtsordnung geltende Tatbestandswirkung folgen soll, die eine vorbehaltlose Gleichsetzung ausländischer Strafurteile mit deutschen Strafurteilen geböte. Gegen eine derart weitgehende Wirkung spricht bereits der Wortlaut von § 56 I 1 BZRG, der die Gleichbehandlung deutscher und ausländischer Strafurteile ausdrücklich darauf beschränkt, dass dies „bei der Anwendung dieses Gesetzes“ (also des BZRG) zu gelten hat. Ein verbindliches Ausfüllen sämtlicher Normen der deutschen Rechtsordnung, die Rechtsfolgen an strafrechtliche Verurteilungen knüpfen, liegt angesichts dessen nicht nahe. Gemeint sein dürfte eher die registerliche Behandlung von Eintragungen seitens der Registerbehörde, etwa im Hinblick auf die Tilgung von Eintragungen (§§ 45ff. BZRG) oder auf die Erteilung von Auskünften (§§ 41ff. BZRG).“ (BGH aaO).*

2. Gegen eine aus § 56 I 1 BZRG folgende materielle Ausstrahlung im Bundeszentralregister eingetragener Verurteilungen ausländischer Strafgerichte in das gesamte deutsche Recht spricht weiter der Umstand, dass **andere deutsche Gesetze es ausdrücklich zulassen, an ausländische Verurteilungen negative Rechtsfolgen zu knüpfen** (vgl. § 66 IV 5 StGB).

*„Dies wäre nicht notwendig, wenn sich aus § 56 I 1 BZRG eine generelle Gleichbehandlung deutscher und ausländischer Strafurteile im deutschen Recht ergäbe. Dem entspricht es, dass auch die Kommentierung (soweit sie sich mit dem Thema der Verwertbarkeit ausländischer Verurteilungen beschäftigt) zu § 53 Nr. 1 AufenthG (zwingende Ausweisung von Ausländern nach Verurteilungen zu Strafen in dort genannter Höhe) annimmt, Verurteilungen durch ausländische Strafgerichte seien insoweit nicht heranzuziehen, weil die zwingende Rechtsfolge der Ausweisung in alleiniger Anknüpfung an ein bestimmtes Strafmaß ihren Sinn und Zweck nur durch ihren Bezug zu einem bestimmten (dem deutschen) Strafstandard erhalte (vgl. Renner, AuslR, 8. Aufl. 2005, § 53 AufenthG Rn 6; Discher, in: GK-AufenthG, Stand: Jan. 2007, § 53 Rn 83).“ (BGH aaO).*

3. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Anforderungen in **§ 54 BZRG** für die Eintragungsfähigkeit ausländischer Verurteilungen im Bundeszentralregister, da diese Voraussetzungen keine hinreichenden Rückschlüsse auf den Grad der Vergleichbarkeit der ausländischen Verurteilung (insb. des dort verhängten Strafmaßes) mit dem Strafstandard der Bundesrepublik Deutschland erlauben.

*„Auch die darüber hinaus für eine Eintragung vorausgesetzte Einhaltung eines völkerrechtlich geforderten Mindestmaßes elementarer Verfahrensgerechtigkeit (fair trial) und der Vereinbarkeit der Verurteilung mit elementaren Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts (vgl. dazu BVerfG NJW 1988, 1462; KG, Beschl. v. 24.01.2000 - 4 VAs 39/99; Götz/Tolzmann, BZRG, 4. Aufl. 2000, § 54 Rn 37ff.) dürften einen zu groben Filter darstellen, um zwingend von der Verurteilung und deren Strafmaß auf die Unzuverlässigkeit des Verurteilten nach Maßgabe des deutschen Verwaltungsrechts schließen zu können.“ (BGH aaO).*

4. Ebenfalls zweifelhaft erscheint es, dass im vorliegenden Fall gem. der **Regelvermutung des § 5 II Nr. 1a WaffG** auf die fehlende waffenrechtliche Zuverlässigkeit des Kl. geschlossen werden kann.

a) Nach dieser Bestimmung besitzen die erforderliche Zuverlässigkeit in der Regel Personen nicht, die wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt worden sind, wenn seit dem Eintritt der Rechtskraft der letzten Verurteilung fünf Jahre noch nicht verstrichen sind. Auch insoweit bestehen Bedenken, diese Vorschrift auf ausländische Strafverurteilungen zu beziehen:





„Auch hier gilt, dass der Wortlaut keinen Aufschluss vermittelt, dass unter „Verurteilungen“ auch solche ausländischer Strafgerichte zu verstehen sein sollen. Soweit in lit. b von einer „fahrlässigen gemeingefährlichen Straftat“ die Rede ist, dürfte damit an das deutsche Strafrecht angeknüpft werden (vgl. §§ 15, 306ff. StGB); **die in lit. c aufgeführten Gesetze sind eindeutig solche des deutschen Rechts.** Dass über die „vorsätzliche Straftat“ in lit. a die Tür zur Regelvermutung der Unzuverlässigkeit wegen ausländischer Verurteilungen geöffnet werden soll, erscheint vor diesem Hintergrund wenig nahe liegend, zumal die im deutschen Strafrecht wichtige Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (vgl. § 15 StGB) nicht in allen ausländischen Strafrechtsordnungen von vergleichbarer Begrifflichkeit und Bedeutung sein muss.“ (BGH aaO).

- b) Auch bei der in **§ 5 II Nr. 1 WaffG** vorgeschriebenen **regelhaften Vermutung der Unzuverlässigkeit** in Anknüpfung an strafrechtliche Verurteilungen spricht einiges dafür, dass diese Anknüpfung ihre Tragfähigkeit aus dem Bezug zu einem bestimmten Strafstandard ableiten dürfte.

„Ob ein Gericht eine Freiheits- oder Geldstrafe verhängt bzw. ob es eine Jugendstrafe ausspricht oder es bei Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmitteln bewenden lässt, richtet sich nach den Wertungen und Vorgaben des jeweiligen Strafrechts (vgl. §§ 46, 47 StGB, §§ 5, 9ff., 13ff., 17ff. JGG). Angesichts dessen bestehen im Bereich der regelhaft vorgegebenen Unzuverlässigkeitsvermutungen wegen strafrechtlicher Verurteilungen (die nicht nur im Waffenrecht vorkommen, vgl. etwa die Regelungen in §§ 33c II 2, 33d III 2, 33i II Nr. 1, 34b IV Nr. 1 und 34c II Nr. 1 GewO) im Hinblick auf die Anknüpfung an ausländische Verurteilungen ähnliche Bedenken wie bei der in § 5 I Nr. 1 WaffG zwingend vorgeschriebenen Unzuverlässigkeitsvermutung.“

Zwar erschiene es vom rechtlichen Ansatz her auch als denkbar, die Vergleichbarkeit des Strafrechts und der Strafprozessordnung des betreffenden ausländischen Staats mit der deutschen Rechtsordnung im Rahmen der Prüfung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von § 5 II Nr. 1 WaffG zu prüfen und daran anknüpfend gegebenenfalls einen Ausnahmefall anzunehmen. Eine solche Vorgehensweise dürfte allerdings mit der durch § 5 II Nr. 1 WaffG vorgegebenen Prüfung schwerlich zu vereinbaren sein.

Die Waffenbehörde und die Verwaltungsgerichte sollen bei der Anwendung dieser Bestimmung grundsätzlich von der Richtigkeit der Verurteilung und den ihr zu Grunde liegenden tatsächlichen Feststellungen ausgehen dürfen; allenfalls in Sonderfällen gilt anderes, etwa wenn offensichtlich ist, dass die Verurteilung auf einem Fehler beruht (vgl. BVerwG, GewArch 1992, 314). Die Prüfung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses durch die Waffenbehörden und die Verwaltungsgerichte wird ausgelöst, wenn (vorgetragene oder sonst bekannte) besondere Umstände der Tatbegehung entgegen der regelhaften Bewertung durch den Gesetzgeber darauf hindeuten könnten, dass der Verurteilte sich trotz der zu Grunde liegenden Verfehlung als in waffenrechtlicher Hinsicht zuverlässig erweisen wird (vgl. Hinze, WaffenR, Stand: Febr. 2005, § 5 WaffG Rn 38). Auch dieses Prüfungsschema knüpft inhaltlich an Verurteilungen deutscher Strafgerichte an; die **Vornahme rechtsvergleichender Untersuchungen zu strafrechtlichen und strafprozessualen Standards zwecks Prüfung der Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegen könnte, dürfte diesen Rahmen sprengen.**“ (BGH aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

RStV  
§ 7 V 2**Dauerwerbesendungen  
Kennzeichnungspflicht**

öffR

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2009, 332; Beschluss vom 03.11.2008 – 2 B 10957/08)

**Dauerwerbesendungen im Fernsehen sind nach Maßgabe des § 7 V 2 RStV mit einem Begriff zu kennzeichnen, der den Werbecharakter leicht und unmissverständlich erkennbar macht.** Diesen Anforderungen genügt die Verwendung der Bezeichnung als „(Dauer-)Werbesendung“, nicht aber diejenige als „Promotion“.

- I. Nach **§ 7 VI 2 RStV** müssen Dauerwerbesendungen zu Beginn als Dauerwerbesendung angekündigt und während ihres gesamten Verlaufs als solche gekennzeichnet werden.
- II. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob die vorgenannte Regelung schon ihrem Wortlaut nach die Einblendung des Begriffs „Dauerwerbesendung“ vorschreibt. Denn auch dann, wenn die Verwendung des Begriffs „Promotion“ nicht schon aus diesen Gründen ausgeschlossen ist, folgt seine Unzulässigkeit aus einer am **Sinn und Zweck des § 7 V 2 RStV** orientierten Auslegung.
  1. Der damit beabsichtigte **Schutz des Fernsehzuschauers** und folglich der Allgemeinheit vor einer Täuschung über den werbenden Charakter des fraglichen Programmteils (vgl. BGHZ 110, 278 = NJW 1990, 3199) verlangt eine Kennzeichnung, die gerade auch einem Zuschauer, der sich in eine solche bereits laufende Sendung einschaltet, deren **Eigenschaft als Werbung** nicht nur unmissverständlich, sondern zugleich leicht erfassbar, d.h. **ohne kognitiven Aufwand**, erschließt (vgl. OVG Berlin-Brandenburg R & R 2008, 770; VGH München, Beschl. v. 15. 10. 2008 - 7 CS 08.2309).

„Der Umstand, dass bei Dauerwerbesendungen der Werbecharakter erkennbar im Vordergrund steht, führt hingegen zu keinen geringeren Anforderungen an die Kennzeichnungspflicht. Zum einen ist dies gerade Tatbestandsvoraussetzung des § 7 V 2 RStV, zum anderen besteht die besondere Verwechslungsgefahr in der redaktionellen Aufmachung bspw. als Koch- oder Informationssendung, die eine eindeutige Hervorhebung erforderlich macht.“ (OVG Koblenz aaO).



2. Diesen Anforderungen **genügt die Kennzeichnung als „Promotion“ nicht.**

„Um ihren Bedeutungsgehalt als „Werbung“ zu erfassen, muss sich der Zuschauer zunächst vergegenwärtigen, ob mit ihr der lateinische, in Deutschland vor allem mit der Verleihung der Doktorwürde verbundene Begriff der „Promotion“ oder die englische Bezeichnung „promotion“ gemeint ist. Des Weiteren muss er in einem zweiten Schritt dem **englischen Begriff „promotion“** die richtige Bedeutung zuordnen. So kann dieser nicht nur mit „Werbung“, sondern u.a. auch mit „Beförderung“ und „Förderung“ übersetzt werden. Mag auch im vorliegenden Fall das Verständnis „Verleihung der Doktorwürde“ oder „Beförderung“ fern liegen, so besteht gerade in den Fällen, in denen der Kennzeichnung „Promotion“ der Name des beworbenen Herstellers vorangestellt ist, bei der möglichen Übersetzung als „Förderung“ die Gefahr der Mehrdeutigkeit, weil danach nicht erkennbar ist, ob durch die Sendung der benannte Hersteller oder umgekehrt die Sendung durch diesen gefördert wird. Damit aber **droht eine Verwechslung mit dem Sponsoring**, welches sich von der Dauerwerbesendung darin unterscheidet, dass der Inhalt der Sendung redaktionell unabhängig und daher gerade keine Werbung ist. Des Weiteren ist neben der Gefahr einer Fehlübersetzung diejenige zu berücksichtigen, dass Fernsehzuschauer die Einblendung zwar optisch wahrnehmen, hiermit aber nichts assoziieren (vgl. OVG Berlin-Brandenburg K & R 2008, 770; VGH München, Beschluss vom 15.10.2008 - 7 CS 08.2309).

Auch wenn ein Großteil insbesondere der jüngeren Zuschauer mit Anglizismen wie demjenigen der „Promotion“ vertraut sein mag, so bleibt die **Eignung dieses Begriffs**, auch die der englischen Sprache nicht mächtigen Zuschauer unmissverständlich und leicht auf den Werbecharakter hinzuweisen, auf Grund der vorstehenden Ausführungen **zweifelhaft**. Diesen Zweifeln hingegen begegnet die Kennzeichnung mit den Begriffen „Dauerwerbesendung“ oder „Werbesendung“ nicht, weil diese aus sich heraus leicht verständlich und damit offenkundig geeignet sind, den Schutzzweck des § 7 V RStV zu erfüllen. Die Beschränkung hierauf findet ihre Rechtfertigung zudem darin, dass sich der Zuschauer andernfalls unter Umständen einer Vielzahl unterschiedlicher Kennzeichnungen ausgesetzt sehen würde und jeweils beurteilen müsste, ob diese eine unterschiedliche Bedeutung hätten und welcher der in § 7 RStV geregelten Formen von Fernsehwerbung sie jeweils zuzuordnen sind. Gerade die **Vielfalt der Werbeformen im Fernsehen erfordert eindeutige Begriffe zu deren Abgrenzung**. Die in den Werberichtlinien vorgesehene Standardisierung erhöht die Erkennungsgenauigkeit, weil sich der Zuschauer auf eine bestimmte Form der Kennzeichnung verlassen und deshalb umgekehrt darauf vertrauen kann, dass es sich nicht um Werbung handelt, wenn die Sendung nicht entsprechend gekennzeichnet ist (vgl. OVG Berlin-Brandenburg R & R 2008, 770; VGH München, Beschluss vom 15.10.2008 - 7 CS 08.2309).

Soweit sich die Ast. auf die Verwendung von Anglizismen - auch zur Kennzeichnung von Werbung - im Rundfunkstaatsvertrag beruft, verkennt sie, dass diese sich entweder an den mit den Fachbegriffen vertrauten Rechtsanwender richten oder aber - wie im Fall des sog. „Teleshopping“, § 45a II RStV - Werbeformate betreffen, für die sich in der deutschen Alltagssprache kein Begriff entwickelt hat. Die Benennung bzw. Verwendung von „Promotion“ als Synonym für „Werbung“ in Wörterbüchern und Veröffentlichungen indiziert gleichfalls nicht die von § 7 V 2 RStV geforderte unmissverständliche und leichte Erkennbarkeit. Des Weiteren stellt auch der Verweis auf § 13 RhPfMG die angefochtene Verfügung nicht infrage. Den darin eingeräumten Kennzeichnungsverzicht für eine entgeltliche Veröffentlichung, die schon aufgrund der Anordnung und Gestaltung allgemein als Anzeige zu erkennen ist, sieht § 7 V 2 RStV gerade nicht vor. Im Übrigen **verpflichtet § 13 RhPfMG zur Verwendung des Begriffs „Werbung“** und schließt damit ebenfalls eine Kenntlichmachung als „Promotion“ aus. Die Frage der Auslegung des § 49 I 5 RStV bedarf schließlich schon deshalb keiner Entscheidung, weil die Feststellung einer Ordnungswidrigkeit vorliegend nicht in Streit steht.“ (OVG Koblenz aaO).



## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

### Mediation in der Berufung

ZPO

278, 520 II

#### keine Hemmung der Berufungsbegründungsfrist

(BGH in NJW 2009, 1149; Beschluss vom 12. 2. 2009 - VII ZB 76/07)

1. Ein als besondere Ausgestaltung des gerichtlichen Güteverfahrens durchgeführtes Mediationsverfahren hemmt nicht den Lauf der Berufungsbegründungsfrist.
2. Die **Verlängerung** der Berufungsbegründungsfrist durch den Mediationsrichter ist **unwirksam**, wenn sie **nach Ablauf der Begründungsfrist** erfolgt ist und bis dahin **kein Verlängerungsantrag** gestellt worden war.
3. Der in einem gerichtlichen Informationsblatt zur Mediation erteilte Hinweis:  
 „Während des Mediationsverfahrens soll die Berufung nicht begründet werden. Die Frist zur Begründung der Berufung wird auf Antrag entsprechend verlängert.“  
 erzeugt kein Vertrauen darauf, dass die Berufungsfrist während des Mediationsverfahrens nicht läuft.

### A. Grundlagenwissen: Die Zulässigkeit der Berufung

#### I. Zuständigkeit des Gerichts

Für die Berufung gegen Urteile der Amtsgerichte sind nach § 73 I GVG grundsätzlich die Landgerichte zuständig (Ausnahme: OLG, § 119 I GVG) Zudem sind die Oberlandesgerichte nach § 119 II GVG zuständig für die Entscheidung über Berufungen gegen Urteile der Landgerichte.

#### II. Statthaftigkeit, § 511 ZPO

Die Berufung ist nach § 511 I ZPO statthaft gegen **erstinstanzliche Endurteile**, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes **600,00 €** übersteigt (**Streitwertberufung, § 511 II Nr. 1 ZPO**) oder die Berufung vom erstinstanzlichen Gericht zugelassen wurde (**Zulassungsberufung, § 511 II Nr. 2 ZPO**). Die Zulassung erfolgt nach § 511 IV ZPO, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat oder die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert.

Das Berufungsgericht ist an die Zulassung gebunden. Bei Nichtzulassung ist nicht nachholbar. Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht vorgesehen. Allerdings u.U. Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO möglich.

#### III. Beschwer

Die Berufung ist nur zulässig, wenn der Berufungskläger durch die erstinstanzliche Entscheidung beschwert ist. Der Kläger ist beschwert, wenn die angefochtene Entscheidung von der von ihm beantragten abweicht (**formelle** Beschwer). Der Beklagte ist dagegen durch jede Entscheidung beschwert, die für ihn materiell nachteilig ist (**materielle** Beschwer).

#### IV. Form der Berufungseinlegung

Die Berufungsschrift muss den Anforderungen des § 519 ZPO genügen und beim Berufungsgericht eingelegt worden sein.

#### V. Einhaltung der Berufungsfrist

Die Berufung muss nach § 517 ZPO innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten, angegriffenen Urteils eingelegt werden. Sie endet aber auf jeden Fall 5 Monate nach der Verkündung des Urteils.

Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urteil durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt (§ 321 ZPO), so beginnt nach § 518 ZPO mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem.

## VI. ordnungsgemäße Berufungsbegründung, § 520 ZPO

Die Berufungsbegründung muss den Anforderungen des § 520 ZPO genügen. Sie muss insbesondere die Berufungsanträge enthalten, die Rechtsverletzung und ihre Erheblichkeit bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen aufzeigen und Hierzu ist insbesondere folgendes erforderlich:

1. Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge) (§ 520 III Nr. 1 ZPO).
2. Die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt (§ 520 III Nr. 2 ZPO).
3. Die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 520 III Nr. 3 ZPO).
4. Die Bezeichnung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie der Tatsachen, auf Grund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind (§ 520 III Nr. 4 ZPO).

*(Beachte: Daher keine volle zweite Tatsacheninstanz mehr, sondern nur noch eingeschränkte Einführung neuer Angriffs und Verteidigungsmittel).*

## VII. Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist, § 520 II ZPO

Die Berufungsbegründung muss dem Berufungsgericht innerhalb von 2 Monaten ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber fünf Monaten nach der Verkündung vorliegen. Sie kann nach § 520 II 3 ZPO für bis zu einem Monat durch den Vorsitzenden verlängert werden, wenn hierdurch keine Verzögerung entsteht, anderenfalls nach § 520 II 2 ZPO nur mit Zustimmung des Gegner.

## B. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO

### I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten Fristen zur Begründung von Berufung (§ 520 II 1 ZPO), Revision (§ 551 II 2 ZPO) **Nichtzulassungsbeschwerde**, (§ 544 II ZPO), **Rechtsbeschwerde** (§ 575 II 1 ZPO) sowie der **Beschwerde nach § 621e ZPO** gestellt werden. Schließlich kann auch die Wiedereinsetzung in die **Wiedereinsetzungsfrist** des § 234 I ZPO beantragt werden.

### II. ordnungsgemäße Antragstellung

1. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Der Antrag muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten.
2. Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das **Hindernis** zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung **behoben** ist. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 234 III ZPO gar **nicht mehr** beantragt werden.

Geht es um die Frist zur **Begründung** der Berufung, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde, der Rechtsbeschwerde oder der Beschwerde nach §§ 621e, 629a II ZPO so ist eine **Frist von einem Monat** einzuhalten

3. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 237 ZPO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung** zuständig ist.

### III. Rechtsschutzbedürfnis

Trotz Versäumung einer wiedereinsatzfähigen Frist kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis für einen Wiedereinsatzantrag fehlen, wenn die versäumte **Prozesshandlung überholt** ist oder die **Versäumung keine nachteiligen Folgen** für den Antragsteller hat.

### V. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsatzfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsatzantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsatzantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen über eine Wiedereinsatzung entscheiden.

### VI. Begründetheit des Wiedereinsatzantrags

Der Wiedereinsatzantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsatzung.

## C. keine Hemmung der Berufungsbegründungsfrist durch Mediation (BGH in NJW 2009, 1149)

**Fall:** Die Kl. hat von den Bekl. Zahlung von 42.502,56 Euro verlangt. Das LG hat die Bekl. wie Gesamtschuldner verurteilt, an die Kl. 28.576,70 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Die Berufung der Bekl. gegen das am 26.03.2007 zugestellte Urteil ist am 16.04.2007 bei dem BerGer. eingegangen. Dieses hat mit Verfügung vom selben Tag auf die Möglichkeit eines Mediationsverfahrens vor dem dafür eigens eingerichteten 15. Zivilsenat hingewiesen. In den hierzu in dem „Informationsblatt zur Mediation“ erteilten Hinweisen heißt es unter anderem:

„Das Mediationsverfahren wird beim OLG D. als Teil des gerichtlichen Verfahrens, und zwar als besondere Ausgestaltung der in § 278 II ZPO vorgesehenen Güteverhandlung, betrieben. ... Während des Mediationsverfahrens soll die Berufung nicht begründet werden. Die Frist zur Begründung der Berufung wird auf Antrag entsprechend verlängert.“

Bis zur Güteverhandlung im Mediationsverfahren am 31.05.2007 haben die Bekl. keinen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gestellt. In dieser Sitzung hat der Mediationsrichter im Einverständnis mit der Kl. die Frist zur Begründung der Berufung für die Bekl. bis zum 29.06.2007 verlängert. Mit Schriftsatz vom 28.06.2007 haben die Bekl. die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 06.07.2007 beantragt, die von dem Mediationsrichter gewährt wurde. Die Berufung ist am 06.07.2007 begründet worden. Der 9. Zivilsenat des BerGer., an den das Verfahren nach Scheitern der Mediation abgegeben worden ist, hat die Berufung als unzulässig verworfen, weil die Berufungsbegründungsfrist am 29.05.2007 abgelaufen gewesen und die Frist daher versäumt sei. Eine Wiedereinsatzung in den vorigen Stand hat er abgelehnt.

War die Berufung wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist unzulässig und fehlte es an den Voraussetzungen für eine Wiedereinsatzung in den vorigen Stand.

### I. Versäumung der Berufungsbegründungsfrist

Die Berufungsbegründungsfrist beträgt nach § 520 II 1 ZPO 2 Monate ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils. Sie lief daher nach den allgemeinen Regelungen am 26.05.2007 ab. Innerhalb dieser Frist lag dem Gericht aber keine Berufungsbegründung vor.

#### 1. Hemmung durch gerichtliche Mediation

Der Lauf der Berufungsbegründungsfrist könnte jedoch durch das gerichtliche Mediationsverfahren gehemmt worden sein.

*„Die Rechtsbeschwerde stellt zwar zur Überprüfung, ob die Begründungsfrist durch das Mediationsverfahren gehemmt worden ist. Sie vermag jedoch **keine Grundlage für diese Hemmung** zu nennen. Eine solche ist auch nicht ersichtlich.“*

*Das **Mediationsverfahren** ist als **besonders ausgestaltetes Güteverfahren gem. § 278 II ZPO** durchgeführt worden. Gemäß § 278 V 3 ZPO gilt § 251 ZPO entsprechend. Die im Einverständnis der Parteien durchgeführte, als Mediationsverfahren ausgestaltete **Güteverhandlung** hat gem. § 251 S. 2 ZPO auf **den Lauf der in § 233 ZPO bezeichneten Frist zur Berufungsbegründung keinen Einfluss**. Eine Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens mit der*

Wirkung, dass der Lauf der Berufungsbegründungsfrist aufhört, § 249 I ZPO, hat nicht stattgefunden.“ (BGH aaO)

## 2. spätere Verlängerung durch den Mediationsrichter

Die Berufungsbegründungsfrist, die nach § 520 II 2, 3 ZPO grundsätzlich verlängerbar ist, könnte aber durch den Mediationsrichter wirksam verlängert worden sein. Problematisch hierbei ist, dass diese **Verlängerung** erst **nach dem Ablauf der regulären Berufungsbegründungsfrist** erfolgt ist und die Verlängerung auch nicht zuvor beantragt worden war.

„Die **Fristverlängerung war fehlerhaft**, weil die Berufungsbegründungsfrist bereits abgelaufen und ein Verlängerungsantrag bis zum Ablauf der Frist nicht gestellt worden war (vgl. BGHZ 116, 377 = NJW 1992, 842).

Nach der **gefestigten Rechtsprechung des BGH** ist bei der Prüfung der Frage, ob eine **fehlerhafte Fristverlängerung** wirksam ist, in erster Linie auf den allgemeinen Grundsatz der Wirksamkeit verfahrensfehlerhafter gerichtlicher Entscheidungen sowie insbesondere auf den **Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes** abzustellen. Danach darf die Prozesspartei, der eine beantragte Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gewährt worden ist, grundsätzlich darauf vertrauen, dass die betreffende richterliche Verfügung wirksam ist. **Grenzen** ergeben sich allerdings aus dem **Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit** (BGH, NJW 2004, 1460 m.w.N.). Im Hinblick darauf kann eine Partei ein **schützenswertes Vertrauen** in die Wirksamkeit einer Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist grundsätzlich **nicht bilden**, wenn die Verlängerung nach Ablauf der Frist erfolgt und sie **bis zu deren Ablauf keinen Antrag** gestellt hat. Eine solche Verlängerung ist unwirksam (BGHZ 116, 377 = NJW 1992, 842).“ (BGH aaO)

Daran ändert sich nichts, wenn das Gericht die in § 278 II ZPO vorgesehene Güteverhandlung in besonderer Weise als Mediationsverhandlung ausgestaltet.

„Allein der Umstand, dass eine **als Mediationsverfahren ausgestaltete Güteverhandlung** stattfindet, begründet **kein Vertrauen** darauf, dass entgegen den gesetzlichen Regelungen die **Berufungsbegründungsfrist nicht abläuft**. Auch können die Bekl. keinen Vertrauensstatbestand aus dem vom Gericht überreichten Informationsblatt zur Mediation herleiten. Es kann deshalb dahinstehen, ob ein solches Vertrauen überhaupt dazu verhelfen könnte, die fristverlängernde Verfügung des Mediationsrichters als wirksam anzusehen oder ob es lediglich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründen könnte.

Zwar legen die im Informationsblatt mitgeteilten **Hinweise** den Parteien nahe, während des Mediationsverfahrens die **Berufung nicht zu begründen**. Jedoch findet sich in dem unmittelbar anschließenden Satz der Hinweis, dass die **Frist zur Begründung der Berufung auf Antrag entsprechend verlängert** wird. Dieser Satz macht deutlich, dass es bei der gesetzlichen Regelung des § 520 II ZPO verbleibt mit der Folge, dass ein Antrag auf Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung zu stellen ist, um einen Ablauf der Frist während des Mediationsverfahrens zu verhindern.“ (BGH aaO)

## II. Fehlen der Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO

Eine Wiedereinsetzung setzt voraus, dass die Versäumung der Frist unverschuldet war.

„Die **Prozessbevollmächtigten** der Bekl. mussten bedenken, dass die **Berufungsbegründung innerhalb der Frist des § 520 II ZPO einzureichen** war. Die gerichtlichen Hinweise zum Mediationsverfahren sind hinreichend klar formuliert, so dass diesen zu entnehmen ist, dass ein Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist rechtzeitig zu stellen ist.

Die Annahme der Bekl. im Rechtsbeschwerdeverfahren, der Mediationsrichter habe den Bekl. im Güteverhandlungstermin auf den von ihnen **vermutlich gestellten Verlängerungsantrag** eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, entbehrt jeder Grundlage. Eine solche Entscheidung ist **nicht erkennbar**. Es gibt auch **keine Vermutung** für eine solche Entscheidung von Amts wegen auf Grund des Umstands, dass die Bekl. - wovon auszugehen ist - im Mediationstermin einen Verlängerungsantrag gestellt haben. Dieser stellte entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung **nicht die Nachholung der versäumten Prozesshandlung** dar (BGH, NJW 1995, 60 m.w.N.). Es kann nicht angenommen werden, dass der Mediationsrichter **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allein auf Grund des Verlängerungsantrags gewähren wollte**, obwohl die Berufungsbegründung innerhalb der Antragsfrist hätte nachgeholt werden müssen.“ (BGH aaO)



ZPO  
§ 765a I

## Vollstreckungsschutzantrag in der Insolvenz des Schuldners

ZPO

(BGH in NZI 2009, 163; Urteil vom 18.12.2008 – V ZB 57/08)

1. Grundsätzlich hat **der Schuldner mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Bestellung eines Verwalters** in diesem Verfahren die **Befugnis verloren** hat, **im Zwangsversteigerungsverfahren** über massezugehörige Bestandteile des Vermögens **Anträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen**.
2. Auch **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über sein Vermögen ist der **Schuldner aber befugt**, in einem Verfahren über die Zwangsversteigerung eines zur Masse gehörenden Grundstücks einen **Vollstreckungsschutzantrag nach § 765a ZPO wegen einer Suizidgefahr** für sich oder einen nahen Angehörigen **zu stellen**.

### A. Grundlagenwissen: Die Rechtsbeschwerde, §§ 574 ff. ZPO

#### I. Zulässigkeit

##### 1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen

Zuständig ist nach § 133 GVG der BGH.

##### 2. Statthaftigkeit

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft gegen Beschlüsse, wenn dies gesetzlich so vorgesehen ist oder die sie zugelassen wurde.

##### 3. Beschwerdebefugnis

Eine Beschwerdebefugnis besteht ohne weiteres bei Vorliegen einer **formellen Beschwer**. Der Beschwerdeführer ist **formell beschwert**, wenn das Gericht sofortige Beschwerde zurückweist.

##### 4. Form und Frist

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 575 ZPO binnen einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim Beschwerdegericht einzulegen.

#### II. Begründetheit

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt.

### B. Grundlagenwissen: Der Vollstreckungsschutzantrag nach § 765a ZPO

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

#### I. Zulässigkeit

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

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

Zudem besteht ein **Rechtsschutzbedürfnis** nur dann, wenn ein Schutz über das Prozessgericht nicht erlangt werden kann. Die Beantragung von Schutzmaß-

nahmen nach §§ 707, 719 ZPO beim Erkenntnisgericht ist daher vorrangig vor dem an das Vollstreckungsgericht zu stellenden Antrag nach § 765a ZPO. § 765 a ist subsidiär (**Notbremse**) gegenüber den Maßnahmen aus den §§ 707, 719, da das Erkenntnisgericht, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, in erster Linie dazu berufen ist, über die Vollstreckbarkeit des Titels zu entscheiden. Demgemäß fehlt i.d.R. für Antrag aus § 765 a das Rechtsschutzinteresse (vgl. LG Mannheim MDR 68, 590).

#### bb) Begründetheit

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

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

#### cc) Entscheidung

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

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

### C. Vollstreckungsschutzantrag in der Insolvenz des Schuldners, (BGH in NZI 2009, 163)

**Fall:** Das AG - Vollstreckungsgericht - hat im November 2004 die Zwangsversteigerung eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks angeordnet. Das Grundstück stand bis zur Zuschlagerteilung im Eigentum des Schuldners S. Über dessen Vermögen hat das AG - Insolvenzgericht - im Januar 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet und I zum Insolvenzverwalter bestellt. In dem Versteigerungstermin am 18.01.2008 beantragte S, die Zwangsvollstreckung nach § 765a ZPO vorläufig einzustellen.

Er begründete den Antrag mit dem schlechten Gesundheitszustand seiner in dem zu versteigern Haus wohnenden, 1911 geborenen Mutter und legte dazu ein fachärztliches Attest vor, nach dem bei seiner Mutter mit einer erheblichen Suizidgefahr zu rechnen sei. Das Vollstreckungsgericht hat mit Beschluss vom 08.02.2008 den Antrag des Schuldners zurückgewiesen und D den Zuschlag erteilt.

Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des S ist ohne Erfolg geblieben. Mit der - zugelassenen - Rechtsbeschwerde verfolgte er seinen Antrag weiter, den Zuschlagsbeschluss aufzuheben. G beantragte, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

Wird S mit der Rechtsbeschwerde Erfolg haben?

#### I. Strittig ist, **ob ein Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen noch befugt ist, Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO zu beantragen.**

1. Die wohl **herrschende Auffassung** verneint dies gemäß dem Grundsatz, wonach alle, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen betreffenden, Befugnisse durch den Verwalter ausgeübt werden.

MüKo-ZPO/Heßler, 3. Aufl., § 765a Rn 77; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 765a Rn 19; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 765a Rn 19; Stöber, ZVG, 18. Aufl., Einl. Rn 53.1; Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rn 198; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 80 Rn 68; ebenso zur KO, OLG Braunschweig NJW 1968, 164; AG Hannover Rpfleger 1987, 166; LG Hannover Rpfleger 1987, 166; Mohrbutter/Drischler, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis,

6. Aufl., Anm. 5 zu Muster 30; Rosenberg/Gaul/Schilken, ZwangsvollstreckungsR, 10. Aufl., S. 541; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 765a Rn 12; Steiner/Storz, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl., § 30c Rn 7; zweifelnd Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., § 765a Rn 7.

2. Nach der **Gegenansicht** führt der Übergang des Rechts zur Verwaltung und zur Verfügung über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Verwalter nach § 80 I InsO nicht zum Verlust der Befugnis, Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO zu beantragen, weil es sich dabei um eine Sondervorschrift zur Vermeidung von Missbräuchen handele und dieser Schutz dem Schuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erhalten bleibe.

vgl. OLG Celle ZIP 1981, 1005, zur KO; Schmidt-v. Rhein, in: AK-ZPO, § 765a Rn 3; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 765a Rn 19; ebenso Keller ZfIR 2008, 134, für Fälle, in denen die Entscheidung Rechte des Schuldners betrifft, die über das Insolvenzverfahren hinausgehen

- II. **BGH aaO** tritt der letztgenannten Meinung für den Fall bei, dass der Schuldner den Vollstreckungsschutzantrag auf eine Gefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit stützt.

1. Im **Grundsatz** ist zwar daran festzuhalten, dass **der Schuldner mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Bestellung eines Verwalters** in diesem Verfahren die **Befugnis verloren hat, im Zwangsversteigerungsverfahren über massezugehörige Bestandteile des Vermögens Anträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen** (BGH NZI 2008, 613 = ZInsO 2008, 741).

*„Die damit verbundene **Einschränkung der aus dem Eigentum des Schuldners folgenden Rechte nach Art. 14 I GG ist deshalb gerechtfertigt, weil das Ziel des Insolvenzverfahrens, die Gläubiger durch die Verwertung des Vermögens gemeinsam zu befriedigen, anders nicht erreicht werden kann** (BVerfGE 51, 405 = NJW 1979, 2510, unter Hinw. auf BVerfGE 21, 150 = NJW 1967, 1175; BVerfGE 25, 112 = NJW 1969, 651; BVerfGE 42, 263 = NJW 1976, 1783; BGH NZI 2008, 613 = ZInsO 2008, 741). Die Eigentumsrechte des Schuldners werden dadurch gewahrt, dass er den Eröffnungsbeschluss anfechten kann (BVerfGE 51, 405 = NJW 1979, 2510). Werden der Eröffnungsbeschluss und die Ernennung eines Verwalters bestandskräftig, wird der Schuldner von der Verwaltung und Verfügung über sein Vermögen ausgeschlossen, soweit dieses zur Masse gehört, weil von dem Schuldner weder erwartet werden kann, dass er sein Vermögen in der gebotenen Weise verwaltet oder dass er in dieser Weise hierüber verfügt, noch dass er sein Vermögen zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger einsetzt. Entsprechend der Einschränkung der materiellen Rechtsstellung des Schuldners gehen auch seine Befugnisse in gerichtlichen Verfahren über massezugehöriges Vermögen auf den Verwalter über. Das ist hinzunehmen, weil der Mangel der Fähigkeit des Schuldners zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses festgestellt ist und der Schuldner überdies nicht schutzlos ist, da die in § 60 I InsO angeordnete Haftung des Verwalters für ihn wirkt (BGH NZI 2008, 613 = ZInsO 2008, 741 m.w.N.)“ (BGH aaO).*

- 2 Alle diese **Erwägungen greifen aber nicht, wenn der Schuldner Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO** wegen einer Suizidgefahr für sich oder einen nahen Angehörigen **beantragt**.
  - a) Verfassungsrechtlich **betroffenes Schutzgut** ist in diesem Fall nicht das Eigentum des Schuldners (Art. 14 I GG), sondern das **Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit** aus Art. 2 II 1 GG.

*„Der **Vollstreckungsschutzantrag betrifft nur mittelbar die Verwaltung und Verfügung über das massezugehörige Vermögen, indem er dessen Zwangsversteigerung (zeitweilig) einschränkt. Das Recht des Schuldners auf Leben und körperliche Unversehrtheit wird - anders als seine Eigentumsrechte - nicht dadurch gewahrt, dass er den Eröffnungsbeschluss anfechten kann. Auch die Haftung des Insolvenzverwalters auf Schadensersatz nach § 60 I InsO bietet insofern keinen hinreichenden Schutz.**“ (BGH aaO).*

- b) Dem **Bedeutungsgehalt des Grundrechts nach Art. 2 II 1 GG** ist bei der Auslegung und Anwendung der Verfahrensvorschriften angemessen Rechnung zu tragen. Die Vollstreckungsgerichte haben in ihrer Verfahrensgestaltung die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um Verfassungsverletzungen

gen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen tunlichst auszuschließen. Das Verfahren der Vollstreckungsgerichte ist so durchzuführen, dass der sich aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ergebenden Schutzpflicht staatlicher Organe Genüge getan wird.

BVerfGE 52, 214 = NJW 1979, 2607; BVerfGE 84, 345 = NJW 1991, 3207; BVerfG, NJW 1994, 1719; NJW 1998, 295; NJW-RR 2001, 1523 = NZM 2001, 951; NJW 2005, 3414 = NZM 2005, 657; NJW 2007, 2910 = NZM 2007, 739; BGH NJW 2006, 505

*„Nach diesem Maßstab darf ein Vollstreckungsschutzantrag eines Schuldners, der mit einer Suizidgefahr für sich oder einen nahen Angehörigen begründet wird, auch dann, wenn über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, nicht unter Hinweis auf eine fehlende Prozessführungsbefugnis als unzulässig zurückgewiesen werden. Das Vollstreckungsgericht und das Beschwerdegericht dürfen nicht vor der Gefahr einer Selbsttötung die Augen verschließen und - ohne Sachprüfung - eine Entscheidung zum Fortgang des Verfahrens treffen oder bestehen lassen, die möglicherweise Ursache für den Tod des Schuldners oder eines nahen Angehörigen sein kann. Eine derartige Verfahrensgestaltung wird dem **Wert des Grundrechts aus Art. 2 II 1 GG** nicht gerecht (vgl. BGH NJW 2006, 505).“* (BGH aaO).

- c) Auch das **Vollstreckungsinteresse der Gläubiger** steht der Annahme einer Antragsbefugnis des Schuldners in diesen Fällen **nicht entgegen**.

*„Unterbleibt die Zwangsversteigerung auf Grund eines Vollstreckungsschutzantrags, wird zwar in das Grundrecht der Gläubiger auf Schutz ihres Eigentums (Art. 14 I GG) eingegriffen und ihr verfassungsrechtlicher Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz ihres Eigentums (Art. 19 IV GG) beeinträchtigt (vgl. BGH NJW 2006, 505). Das ist **im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Vollstreckungsschutzantrags des Schuldners zu berücksichtigen** (dazu BVerfG NJW 1994, 1719; NJW 1998, 295 = NZM 1998, 21; NJW 2007, 2910 = NZM 2007, 739; BGHZ 163, 66 = NJW 2005, 1859 = NZM 2005, 517; BGH NJW 2006, 505; NJW 2007, 3719 = NZM 2007, 658 = WM 2007, 1667; NJW 2008, 586; NJW-RR 2008, 1741 = WM 2008, 1833). **Für die Frage der Zulässigkeit des Antrags** ist das jedoch **ohne Belang**.“* (BGH aaO).

- d) Schließlich werden die **Befugnisse des Insolvenzverwalters**, der selbst keinen Vollstreckungsschutz beantragt, durch die Anerkennung der Antragsbefugnis des Schuldners in der vorliegenden Fallgestaltung **nicht unzulässig beeinträchtigt**.

*„Ob der Schuldner auch dann befugt ist, Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO zu beantragen, wenn er den Antrag auf andere Gründe als eine Gefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit stützt oder wenn bei der Entscheidung über den Antrag des Schuldners auch ein Vollstreckungsschutzantrag des Insolvenzverwalters vorliegt, bedarf keiner Entscheidung. Beides ist hier nicht der Fall. Dasselbe gilt für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter Vollstreckungsschutz erlangen kann.“* (BGH aaO).

StPO

**Belehrungsverstoß**

StPO

§ 136 I 2 **Verwertbarkeit von Angaben bei unterlassener „qualifizierter“ Belehrung**

(BGH in NJW 2009, 1427; Urteil vom 18.12.2008 – 4 StR 455/08)

1. Wird ein **Tatverdächtiger zunächst** zu Unrecht **nur als Zeuge vernommen**, so ist er **wegen des Belehrungsverstoßes** (§ 136 I 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter **auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen** („qualifizierte“ Belehrung).
2. **Unterbleibt** eine solche „qualifizierte“ Belehrung, **können** die trotz rechtzeitigen Widerspruchs nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten **Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall gleichwohl verwertbar sein**.

**A. Grundlagenwissen: Das Schweigerecht des Beschuldigten**

- I. Einem Beschuldigten steht es nach dem Gesetz frei, sich zu der gegen ihn erhobenen Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (sog. „nemo-tenetur-Prinzip“).

Das nemo-tenetur-Prinzip gehört nicht zu den Prozessmaximen, hat allerdings enge Berührungspunkte mit dem Gebot eines fairen Strafverfahrens („fair trial“ - Art. 6 I EMRK), zur Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK) und zum „in dubio pro reo“-Grundsatz.

- II. Die StPO selbst enthält zwar keine ausdrückliche Vorschrift zum Schweigerecht des Beschuldigten, regelt aber an vielen Stellen eine entsprechende Belehrungspflicht (und zum Recht auf Befragung eines Verteidigers vor der Vernehmung). Eine Grundsatzaussage enthält § 136 I 2 StPO, auf dessen Regelung andere Vorschriften Bezug nehmen. Zu beachten ist, dass die Belehrungspflicht unabhängig davon besteht, ob sie bereits bei einer früheren Vernehmung des Beschuldigten erfüllt wurde.

Es gelten für die **Vernehmung durch**

- die **Polizei oder Staatsanwaltschaft**: § 163a III 2, IV 2 StPO i.V. mit § 136 I 2 StPO
  - den **Richter** (erste richterliche Vernehmung vor und außerhalb der Hauptverhandlung): § 136 I 2 StPO
  - den **Haftrichter**: §§ 115 III 1, 115a II 2 StPO
  - den **Richter in der Hauptverhandlung**: § 243 IV 1 StPO und
  - den **Richter in der Berufungsinstanz**: § 332 i.V. mit § 243 IV 1 StPO.
- III. In der Umkehrung beinhaltet das Schweigerecht das **Verbot des Selbstbeziehungszwangs**; der Beschuldigte darf also nicht zu Tests, Tatrekonstruktionen, Schriftproben oder zur Schaffung ähnlicher für die Erstattung eines Gutachtens notwendiger Anknüpfungstatsachen gezwungen werden. Auf diese Weise wird seine Entschließungsfreiheit für oder gegen eine aktive Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung gesichert.
  - IV. Schließlich dürfen aus einem **völligen Schweigen eines Beschuldigten/Angeklagten** keine nachteiligen Schlüsse bei der richterlichen Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) gezogen werden.

Anderes gilt bei einem **teilweisen Schweigen**, also wenn sich der Angeklagte zwar zur Sache einlässt, dann aber die Antwort auf gezielte Fragen verweigert, oder wenn er Angaben zur Sache macht, dabei aber einen bestimmten Punkt eines einheitlichen Geschehens von sich aus verschweigt. Daraus kann sich ein belastendes Indiz ergeben; Voraussetzung ist aber, dass sich nach der Lebenserfahrung ein Unschuldiger auch zu diesen Punkten verteidigt haben würde.

**B. Verwertungsverbot bei einer unterlassenen „qualifizierten“ Belehrung (BGH in NJW 2009, 1427)**

**I. Grds. begründet nicht jeder Tatverdacht bereits die Beschuldigteneigenschaft mit der Folge einer entsprechenden Belehrungspflicht; vielmehr kommt es auf die Stärke des Tatverdachts an.**

Dabei obliegt es der Strafverfolgungsbehörde, nach **pflichtgemäßer Beurteilung** darüber zu befinden, ob ein Tatverdacht sich bereits so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter oder Beteiligter der untersuchten Straftat in Betracht kommt.

st. Rspr.; BGHSt 37, 48 = NJW 1990, 2633 = NStZ 1990, 446; BGHSt 51, 367 = NJW 2007, 2706 = NStZ 2007, 653.

Ist der Tatverdacht aber bereits so stark, dass die Strafverfolgungsbehörde anderenfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn der Betreffende dennoch zunächst als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen wird.

vgl. BGHSt 37, 48 = NJW 1990, 2633 = NStZ 1990, 446; BGHSt 51, 367 = NJW 2007, 2706 = NStZ 2007, 653.

**II. Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht wird auch nicht dadurch geheilt, wenn der Beschuldigte nach seiner Vernehmung als Zeuge anschließend nach § 136 I 2 StPO belehrt wird und danach erneut aussagt (BGHSt 51, 367 = NJW 2007, 2706 = NStZ 2007, 653; Roxin JR 2008, 16).**

**III. Daraus folgt nach BGH aaO jedoch noch nicht ohne weiteres, dass auch die Angaben, die ein Beschuldigter im Ermittlungsverfahren nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemacht hat, einem Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot unterliegt.**

**1. Ein Beschuldigter muss bei Beginn der Beschuldigtenvernehmung zusammen mit der Belehrung nach § 136 I 2 StPO ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass wegen der bisher unterbliebenen Belehrung als Beschuldigter die vorangehende Zeugenaussage unverwertbar ist.**

vgl. BGH NJW 2007, 2706 = NStZ 2007, 653 = StV 2007, 450; Diemer, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 136 Rn 27 m.w.N.; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 136 Rn 106; Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, § 136 Rn 28; Roxin JR 2008, 17; wohl auch Meyer-Goßner, § 136 Rn 9.

*„Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen („Nemo tenetur“-Grundsatz), gehören zum „Kernstück des von Art. 6 I EMRK garantierten fairen Verfahrens“ (EGMR, NJW 2002, 499; JR 2005, 423 m; dazu weiter BGHSt [GS] 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NStZ 1996, 502). Gerade deshalb muss die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer „qualifizierten“ Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zu Stande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können (Roxin JR 2008, 16).*

*Zwar ergibt sich ein gewisser Widerspruch insofern, als die Rspr. bislang bei den - schwerer wiegenden - Verstößen nach § 136a StPO eine solche „qualifizierte“ Belehrung nicht verlangt (vgl. Meyer-Goßner, § 136a Rn 30); ob daran festzuhalten ist, hat der Senat hier jedoch nicht zu entscheiden.“ (BGH aaO).*

**2. Der Verstoß gegen die Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung hat allerdings nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 I 2 StPO. Deshalb ist in einem solchen Fall die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung nach neuerer BGH-Rspr. durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln.**

BGH NJW 2007, 2706 = NStZ 2007, 653 = StV 2007, 450; krit. dazu Roxin JR 2008, 16; Meyer-Goßner, § 136 Rn 9.

- Bei einer solchen Abwägung ist zum einen auf das Gewicht des Verfahrensverstößes abzustellen und dabei insbesondere zu berücksichtigen, ob die Vernehmung als Zeuge in bewusster Umgehung der Belehrungspflichten erfolgt ist; weiter muss das Interesse an der Sachaufklärung Beachtung finden.

vgl. BGH StV 2007, 450; BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NStZ 1996, 502 [Hörfalle]; BGHSt 47, 172 = NJW 2002, 975; BGHSt 52, 11 = NJW 2007, 3138 = NStZ 2007, 714.

- Darüber hinaus ist maßgeblich darauf abzustellen, ob sich aus den Umständen des Falls ergibt, dass der Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldigter nicht mehr abrücken zu können.

Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sich die Beschuldigtenvernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung der in der Zeugenvernehmung gemachten Angaben darstellt.

*„So verhält es sich hier jedoch nicht: Denn der Angekl. C hat nach seiner Belehrung als Beschuldigter gerade nicht seine früheren Angaben lediglich im Wesentlichen wiederholt. Er hat auch nicht nur weiterhin - nunmehr allerdings detailliert - die Mitangekl. S und T belastet. Vielmehr hat er erstmals auch sich selbst massiv belastende Angaben gemacht, denen zufolge S das Opfer „auf jeden Fall abstechen“ sollte und ihm, C, „absolut klar (war), dass der Mann dabei sterben kann“. Angesichts dessen liegt die Annahme eher fern, dass sich der Angekl. C seiner Entscheidungsfreiheit nach ordnungsgemäßer Beschuldigtenbelehrung nicht bewusst war und dass deshalb der ursprüngliche Belehrungsverstoß fortwirkte. Jedenfalls spricht danach die Abwägung hier gegen das von der Jugendkammer angenommene Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot hinsichtlich der nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben des Angekl. C; das Gericht hätte deshalb den entsprechenden Anträgen der StA auf Vernehmung des Kriminalbeamten S und des Ermittlungsrichters stattgeben müssen.“ (BGH aaO).*

VwVfG BW      **wiederholende Verfügung oder Zweitbescheid**      VwVerfR  
 §§ 48, 49, 51      **Entscheidung über Wiedereinsetzungsantrag**  
 (VGH Mannheim in NVwZ-RR 2009, 357; Beschluss vom 10.12.2008 - 9 S 1099/08)

1. Die Entscheidung über einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens ist allein verfahrensrechtlicher Natur.
2. Es wird geregelt, ob sich die Behörde auf die Bestandskraft beruft und es so bei der bereits getroffenen Entscheidung verbleibt („**wiederholende Verfügung**“), oder ob diese aufgehoben und anschließend eine neue Sachentscheidung getroffen wird („**Zweitbescheid**“).
3. **Sachliche Begründungserwägungen** in einem Bescheid, mit dem ein Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens abgelehnt worden ist, müssen **kein Indiz für das Vorliegen eines „Zweitbescheids“** sein. Sie können vielmehr ebenso Erwägungen zur Begründung der verfahrensbezogenen Ermessensausübung darstellen.
4. Dies gilt grundsätzlich sogar dann, wenn zur **Begründung** des abgelehnten Wiederaufgreifens auf **Gesichtspunkte** zurückgegriffen wird, die in der Begründung des **ursprünglichen Bescheids nicht zur Sprache gekommen** sind.

#### A. Grundlagenwissen: wiederholende Verfügung oder Zweitbescheid

Ist ein Verwaltungsakt unanfechtbar geworden, stellt ein Betroffener diesen jedoch gleichwohl zur erneuten Prüfung durch die Behörde, indem er die **Rücknahme** nach § 48 VwVfG fordert oder einen Antrag auf **Wiederaufgreifen des Verfahrens** nach § 51 VwVfG stellt, so muss die Behörde sich hiermit befassen und den Bürger nach pflichtgemäßem Ermessen bescheiden. Ergeht eine solche Entscheidung, so stellt sich die Frage, ob hierin erneut eine **Regelung im Sinne des § 35 VwVfG** enthalten ist, so dass es sich um einen neuen Verwaltungsakt handelt, gegen den dann – je nach Regelung – wieder Widerspruch oder Klage möglich sind.

Grundsätzlich wird man von einem **erneuten Eintritt in die Prüfungsmöglichkeiten** der VwGO nur ausgehen können, wenn die Behörde mit einem **Zweitbescheid** eine erneute Sachentscheidung trifft. **Bestätigt** sie hingegen nur die **schon getroffene Entscheidung**, handelt es sich um eine **wiederholende Verfügung**, welche die Anfechtungsmöglichkeiten nicht wieder neu eröffnet.

Bei sog. Zweitbescheiden ist häufig fraglich, ob eine Behörde, die sich mit dem einem unanfechtbar gewordenen Verwaltungsakt zugrunde liegenden Sachverhalt neu befasst, lediglich ihre frühere Entscheidung noch einmal bestätigt und bekräftigt oder ob die Behörde in eine erneute Sachprüfung eintritt und deshalb eine neue sachliche Entscheidung trifft. **Unterrichtet** die Behörde den Betroffenen lediglich noch einmal **über ihre frühere Entscheidung und Rechtsauffassung**, so liegt lediglich eine **wiederholende Verfügung** und kein anfechtbarer Zweitbescheid vor; tritt die Behörde jedoch in eine neue Sachentscheidung ein, die mit einem gleichlautenden, zweiten Bescheid endet, so wird der Klageweg wiederum im vollen Umfang eröffnet (vgl. Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage 2002, Rn 42).

Ein **anfechtbarer Verwaltungsakt** liegt allerdings immer dann vor, wenn die Behörde den **Antrag des Antragstellers auf Wiederaufgreifen** des bereits rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens gem. § 51 VwVfG **ablehnt**. Die Regelungswirkung dieses Verwaltungsakts beschränkt sich jedoch darauf, dass die Behörde die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Wiederaufgreifen verneint. Zu einer Überprüfung der im ursprünglichen Verwaltungsakt getroffenen Sachentscheidung kommt es dann nicht (vgl. Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage 2002, Rn 43).

#### B. wiederholende Verfügung oder Zweitbescheid bei Entscheidung über Wiederaufgreifensantrag (VGH Mannheim in NVwZ-RR 2009, 357)



**Fall:** Die Kl. beehrte die Anerkennung ihres im Jahr 1979 am Juristischen Institut in S. erworbenen Diploms als der Ersten juristischen Staatsprüfung gem. § 10 II BVFG gleichwertig ist. Ihr Antrag war bereits durch Bescheid des Bekl. vom 13.10.1993 abgelehnt worden. Von der in der damaligen Rechtsmittelbelehrung zutreffend aufgeführten Klagemöglichkeit hat die Kl. keinen Gebrauch gemacht, so dass der Ablehnungsbescheid unanfechtbar geworden ist. Mit Schriftsatz vom 20.12.2005 stellte sie jedoch erneut einen Antrag. Diesen Antrag hat die Bekl. nicht nur mit Hinweis auf die bereits eingetretene Bestandskraft abgelehnt, sondern auch sachlich begründet, warum eine neue Entscheidung nicht in Betracht kommt. Hiergegen hat die Kl. Klage erhoben.

Ist die Klage zulässig?

Grundsätzlich kann eine Klage nur innerhalb eines Monats nach Zustellung des Bescheides oder Widerspruchsbescheides erhoben werden, § 74 VwGO. Die Klagefrist gegen die im Jahre 1993 erfolgte Ablehnung hat die Kl. Versäumt, so dass eine Klage hiergegen auf jeden Fall unzulässig ist. Möglicher Weise stellt jedoch die Ablehnung ihres neuerlichen Antrags von 20.12.2005 einen neuen, eigenständigen Verwaltungsakt dar, der erneut der Anfechtung binnen Monatsfrist unterliegt.

### I. Möglichkeit einer erneuten Entscheidung trotz Bestandskraft der Ablehnung

Fraglich ist, ob es der Beklagten wegen der bereits eingetretenen Bestandskraft der Ablehnung aus dem Jahre 1993 überhaupt möglich gewesen wäre, erneut über den Antrag der Klägerin zu entscheiden.

*„Auch das Institut der **Bestandskraft** stellt .. **keine absolute Sperre** für eine erneute Befassung mit dem beschiedenen Begehren dar; vielmehr statuiert § 51 VwVfG BW Verfahrenswege, nach denen trotz Vorliegens eines bestandskräftigen Verwaltungsakts in eine Prüfung einzutreten ist, ob der Ablehnungsbescheid aufgehoben und eine neue Sachentscheidung getroffen werden muss.“* (VGH Mannheim, aaO)

Die Behörde hat also nach § 51 VwVfG BW die Möglichkeit, auch nach Eintritt der Bestandskraft eine bereits erfolgte Ablehnung zu überprüfen.

vgl. § 51 VwVfG Bund, § 51 VwVfG Bay., § 1 VwVfG Bln i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 51 VwVfG Bbg., § 51 VwVfG HB, § 51 VwVfG HH, § 51 VwVfG Hess., § 49 VwVfG MV, § 51 VwVfG NW, § 1 I VwVfG Nds i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 1 I VwVfG RhLPf. i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 51 VwVfG Saarl., .. § 1 VwVfG Sachs. i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 1 I VwVfG LSA i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 118a LVwG SH, § 51 VwVfG Thür.

### II. Wiederaufgreifen des Verfahrens

Gegenstand des Antrags auf Wiederaufgreifen des Verfahrens ist nur die Frage, ob die Behörde eine erneute Sachentscheidung zu treffen hat, oder ob es bei der Bestandskraft des unanfechtbar gewordenen Ablehnungsbescheids verbleibt (vgl. etwa: BVerwG, BeckRS 2004, 21861; sowie: Maurer, Allgemeines VerwaltungsR, 16. Aufl. [2006], § 11 Rn 55).

*„Die Entscheidung über den Wiederaufgreifensantrag ist damit **allein verfahrensrechtlicher Natur** und erschöpft sich in dem Regelungsgegenstand, ob sich die Behörde auf die Bestandskraft beruft und es so bei der bereits getroffenen Entscheidung verbleibt (so genannte **wiederholende Verfügung**) oder ob diese aufgehoben und anschließend eine neue Sachentscheidung getroffen wird (so genannter ‚Zweitbescheid‘; vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 10. 8. 1995 - 7 B 296/95). Insoweit steht der Kl. ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu (vgl. § 51 BadWürttVwVfG; dazu auch: BVerfG, NVwZ 2000, 907).“* (VGH Mannheim aaO)

Es kommt also darauf an, ob die Entscheidung der Bekl. als Zweitbescheid anzusehen ist, welcher der Kl. eine erneute Anfechtungsmöglichkeit eröffnet, oder ob es sich nur um eine wiederholende Verfügung handelt, mit welcher unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens das Wiederaufgreifen des Verfahrens abgelehnt wurde.

*„Entgegen der von der Kl. vorgetragene Auffassung kann die **Abgrenzungsfrage**, ob die Behörde mit dem Ablehnungsbescheid eine **erneute Sachentscheidung** getroffen hat, nicht bereits aus der Tatsache beantwortet werden, dass die Behörde in eine **erneute Sachprüfung** eingetreten ist. Denn auch ein Bescheid, mit dem das **Wiederaufgreifen des Verfahrens** nach § 51 V i.V.m. §§ 48, 49 BadWürttVwVfG abgelehnt worden ist, **bedarf der sachlichen Prüfung** durch die Behörde.“*

Die **fehlerfreie Betätigung** des der Behörde **eingeräumten Ermessens setzt voraus**, dass sie **alle für die Entscheidung erheblichen Umstände in ihre Erwägungen einbezogen hat** (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1991, 490 = VBIBW 1991, 182), wozu insbesondere eine **Überprüfung der Rechtmäßigkeit** des Ablehnungsbescheids gehört (vgl. Meyer, in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. [2004], § 51 Rn 16). Der Umstand, dass die Behörde bei der **Verbescheidung des Wiederaufgreifensantrags sachliche Erwägungen zur Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Verwaltungsakts** anstellt, belegt daher **nicht**, dass sie das Verfahren tatsächlich bereits wiederaufgegriffen und damit eine **erneute verwaltungsgerichtliche Kontrolle in der Sache eröffnet hat**. Vielmehr können derartige Ausführungen auch der Darlegung derjenigen Erwägungen dienen, die die Behörde dazu bewogen haben, von dem ihr eingeräumten Ermessen auf Wiederaufgreifen des Verfahrens keinen Gebrauch zu machen (vgl. auch die ausführliche Darstellung möglicher Wiederaufgreifens- und Ermessensgesichtspunkte in: BVerwGE 122, 103 = NVwZ 2005, 462).“ (VGH Mannheim aaO)

Eine andere Betrachtungsweise würde die Behörde im Übrigen auch vor ein unlösbares Dilemma stellen.

„Wenn man bereits die **sachliche Prüfung des ursprünglichen Ablehnungsbescheids als tatsächliches Wiederaufgreifen** des Verfahrens **bewerten** würde, gebe es für die Behörde im Ergebnis **keine Möglichkeit**, den Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens in **nicht zu beanstandender Weise abzulehnen**.

Stellt sie **keine Erwägungen zur Rechtmäßigkeit** des ursprünglichen Ablehnungsbescheids dar, leidet die Entscheidung an einem **Ermessensdefizit** (vgl. dazu VGH Mannheim, NVwZ 1989, 882); **begründet** sie ihre Entscheidung dagegen, läuft sie Gefahr, dass die sachliche Einlassung bereits als **tatsächliches Wiederaufgreifen** des Verfahrens behandelt wird.“ (VGH Mannheim aaO)

Die **sachliche Behandlung** der Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Versorgungsbescheids bei der Verbescheidung des Wiederaufgreifensantrags besagt **daher** für sich genommen **nichts darüber**, ob die Behörde den **Antrag positiv oder negativ beschieden hat**.

„**Maßgeblich** für diese Frage ist vielmehr allein der - **aus objektiver Empfängersicht zu beurteilende - Regelungsgegenstand** der Verfügung. Entscheidet sich eine Behörde danach, eine erneute Sachentscheidung nicht zu treffen, wird diese verfahrensrechtliche Regelung auch durch materielle Ausführungen zur Rechtmäßigkeit des Ausgangsbescheids nicht beeinträchtigt. Dies gilt sogar dann, wenn zur Begründung des abgelehnten Wiederaufgreifens auf Gesichtspunkte zurückgegriffen wird, die in der Begründung des ursprünglichen Bescheids nicht zur Sprache gekommen sind (vgl. BVerwGE 13, 99 = NJW 1962, 362). Derartige Erwägungen dürften zur fehlerfreien Ermessensausübung sogar geboten sein, wenn diese Gesichtspunkte von tragender Bedeutung für die Begründung des gestellten Wiederaufgreifensantrags waren.

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Auffassung des VG nicht zu beanstanden, der Bekl. habe sich im Bescheid vom 6. 2. 2006 **entscheidungsstragend** auf die **Bestandskraft des Ablehnungsbescheids** vom 13. 10. 1993 berufen. Dies ergibt sich nicht nur aus dem insoweit explizit gegebenen Hinweis; vielmehr sind auch die **nachfolgenden Sacherwägungen** erkennbar ausgeführt, um die Gesichtspunkte, die maßgeblich für die **Ablehnung** des beantragten Wiederaufgreifens des Verfahrens nach § 51 BadWürttVwVfG waren, **darzulegen und nachvollziehbar zu machen**. Die sachliche Einlassung des Bekl. führt daher nicht dazu, dass eine durch ‚Zweitbescheid‘ getroffene, erneute Sachentscheidung angenommen werden müsste.

Dementsprechend ist auch die **Prüfbefugnis der VG auf den verfahrensrechtlichen Gegenstand** beschränkt, ob die Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens gegeben und die hierzu angestellten Ermessenserwägungen ordnungsgemäß sind (vgl. BVerwG, VIZ 1996, 753). Die Auffassung des VG, auf den materiellen Vortrag der Kl. komme es nicht an, ist daher nicht zu beanstanden ist.“ (VGH Mannheim aaO)

BayVwVfG  
§§ 37 I, 49a

## hinreichende Bestimmtheit eines VA bei Rückforderung einer Subvention

VwVerfR

(VGH München in DÖV 2009, 299; Beschluss vom 22.4.2008 - 19 ZB 08.489)

1. Das Erfordernis hinreichender **Bestimmtheit des Verwaltungsakts** konkretisiert die Forderung nach der **Gesetzmäßigkeit** der Verwaltung und hat daher vor allem der **Rechtsklarheit** und **Rechtssicherheit** zu dienen
2. Ein **Rückforderungsbescheid** muss den **Betrag** der rechtsgrundlosen Leistung und die **zu erstattende Summe** enthalten; er darf **keinerlei Zweifel** daran aufkommen lassen, **in welcher Höhe** und **zu welchem Fälligkeitszeitpunkt** der geforderte Betrag zu entrichten ist.
3. Die Verwaltungsbehörde kann es deshalb ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht der Hausbank des Schuldners überlassen, den geforderten Erstattungsbeitrag zu berechnen; sie muss das Festsetzungsverfahren unter ihrer Kontrolle halten und darf es nicht aus der Hand geben.

### A. Rückforderung von Subventionen, §§ 49 III, 49a VwVfG

Die Rückforderung von Subventionen nach § 49a VwVfG Bund setzt voraus, dass ein Verwaltungsakt **mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen** wurde. Die Rückforderung kann dann **durch Leistungsbescheid** geltend gemacht werden.

vgl. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG BW, § 1 VwVfG Bln i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG Bbg., § 49a VwVfG HB, § 49a VwVfG HH, § 49a VwVfG Hess., § 49 VwVfG MV, § 49a VwVfG NW, § 1 I VwVfG Nds i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 1 I VwVfG RhLPf. i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG Saarl., .., § 1 VwVfG Sachs. i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 1 I VwVfG LSA i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 117a LVwG SH, § 49a VwVfG Thür.

Eine Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit ist nur nach **§ 48 I, II 4 VwVfG** Bund möglich. Ein Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit kann nur unter den Voraussetzungen des **§ 49 III VwVfG Bund** erfolgen.

Wurde ein Verwaltungsakt wirksam mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben, so liegen die Voraussetzungen für eine Rückforderung nach § 49a VwVfG Bund vor. An diesen Verwaltungsakt sind jedoch die **üblichen Rechtmäßigkeitsanforderungen** zu stellen, insbesondere muss er nach § 37 I VwVfG Bund hinreichend bestimmt sein.

### B. Bestimmtheit eines Rückforderungsbescheides (VGH München, DÖV 2009, 299)

**Fall:** Die Bet. streiten um die Kürzung einer im Rahmen des Agrarinvestitionsförderprogramms gewährten Zinsverbilligung für Kapitalmarktdarlehen. Auf Antrag des Kl. vom 13.10.1995 gewährte der Bekl. mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 nach den Richtlinien des Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten verschiedene Zuwendungen für landwirtschaftliche Investitionsmaßnahmen. Im Jahre 2002 erhielt das zuständige Landwirtschaftsamt W. des Bekl. Kenntnis davon, dass der Förderfall des Kl. durch die staatliche Rechnungsprüfung untersucht und in mehreren Punkten beanstandet worden war. Unter anderem habe der Kl. während der Bauphase Umsatzsteuererstattungen erhalten, die die Förderung minderten. Nach vorangegangener Anhörung kürzte der Bekl. mit Bescheid vom 28.12.2005 das mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 bewilligte zinsverbilligte Kapitalmarktdarlehen in Höhe von 248.487,85 Euro rückwirkend ab Bewilligung um 45.377,15 Euro auf den Betrag von 203.110,70 Euro (Nr. 1). In Nr. 2 des Bescheides wurde verfügt, dass der Kl. den Rückzahlungsbetrag, der von der Hausbank noch zu berechnen sei, spätestens zum 13.02.2006 zurückzuzahlen habe.

Gegen diesen Bescheid erhob der Kl. Widerspruch. Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 26.6.2006 ließ der Kl. Untätigkeitsklage erheben. Nach Durchführung eines ersten Verhandlungstermins erließ der Bekl. unter dem 03.07.2007 einen Änderungsbescheid, mit dem die Nr. 1 des Bescheides vom 28. 12. 2005 folgende Fassung erhielt:

Es wird festgestellt, dass sich das mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 bewilligte zinsverbindliche Kapitalmarktdarlehen in Höhe von 248.487,85 Euro rückwirkend ab Bewilligung um 38.317,85 Euro auf den Betrag von 210.170,00 Euro vermindert. Nach weiterer mündlicher Verhandlung am

10.10.2007 beantragte der Kl., den Bescheid des Bekl. vom 28.12.2005 unter Einbeziehung des Änderungsbescheids vom 03.07.2007 aufzuheben. Der Bekl. trat dem entgegen und beantragte Klageabweisung. Das VG hob den Bescheid des Bekl. vom 28.12.2005 i.d.F. des Änderungsbescheides vom 03.07.2007 auf.

Zu Recht?

## I. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Festsetzung des Erstattungsanspruchs ist Art. 49a I BayVwVfG.

vgl. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG BW, § 1 VwVfG Bln i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG Bbg., § 49a VwVfG HB, § 49a VwVfG HH, § 49a VwVfG Hess., § 49 VwVfG MV, § 49a VwVfG NW, § 1 I VwVfG Nds i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 1 I VwVfG RhIPf. i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG Saarl., § 1 VwVfG Sachs. i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 1 I VwVfG LSA i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 117a LVwG SH, § 49a VwVfG Thür.

Danach sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden oder infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Die zu erstattende Leistung ist durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen (Art. 49a I 2 BayVwVfG).

## II. formelle Rechtmäßigkeit

Zuständig für die Rückforderung ist grundsätzlich die Erlassbehörde. Allerdings muss ein solcher Verwaltungsakt nach Art. 37 I BayVwVfG **inhaltlich hinreichend** bestimmt sein.

vgl. § 37 I VwVfG Bund, § 37 I VwVfG BW, § 1 VwVfG Bln i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 37 I VwVfG Bbg., § 37 I VwVfG HB, § 37 I VwVfG HH, § 37 I VwVfG Hess., § 37 I VwVfG MV, § 37 I VwVfG NW, § 1 I VwVfG Nds i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 1 I VwVfG RhIPf. i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 37 I VwVfG Saarl., § 1 VwVfG Sachs. i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 1 I VwVfG LSA i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 108 LVwG SH, § 37 I VwVfG Thür.

*„Das bedeutet zum einen, dass der **Adressat in die Lage** versetzt werden muss, zu erkennen, **was von ihm gefordert** wird. Zum anderen muss der Verwaltungsakt geeignete **Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung** sein können.*

*Im Einzelnen richten sich die **Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit** eines solchen Verwaltungsakts nach den **Besonderheiten des jeweils anzuwendenden** und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden **materiellen Rechts** (vgl. BVerwGE 84, 335 [338] = NVwZ 1990, 663; BVerwGE 104, 301 [317] = NVwZ 1999, 178).*

*Aus der getroffenen Verfügung, d.h. dem **Entscheidungssatz im Zusammenhang mit den Gründen** und sonstigen bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Umständen muss für die Beteiligten, vor allem für den Adressaten, die **Regelung**, die den Zweck, Sinn und Inhalt des Verwaltungsakts ausmacht, so **vollständig, klar und unzweideutig erkennbar** sein, dass diese ihr Verhalten danach ausrichten können (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000).“ (VGH München aaO)*

Der **Verwaltungsakt muss**, da er zugleich Titel und damit Grundlage der Vollstreckung ist, **aus sich heraus verständlich sein** (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 37 Rn 12 m.w.N.). Von dem Betr. kann deshalb grundsätzlich nicht verlangt werden, dass er unter Hinzuziehung eines Dritten erforscht, was von ihm im Einzelnen verlangt wird (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000).

*„**Zulässig** sind allenfalls **Bezugnahmen** auf gegenüber den Bet. **früher ergangene** Verwaltungsakte oder ihnen bekannte und ihnen vorliegende oder jederzeit zugängliche Unterlagen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 37 Rn 7 m.w.N.). So kann bspw. zur Erläuterung einer Rückforderungssumme auf ein dem Bescheid beigefügtes Berechnungsblatt verwiesen werden; es muss jedoch für den Bescheidadressaten **klar erkennbar sein, was von ihm gefordert wird.**“ (VGH München aaO)*

Ob ein Verwaltungsakt diesen Anforderungen genügt, ist durch **Auslegung seines verfügenden Teils im Zusammenhang mit den Gründen** und sonstigen den Betr. bekannten oder für sie ohne Weiteres erkennbaren Umständen festzustellen (vgl. BVerwGE 104, 301 [318] = NVwZ 1999, 178 m.w.N.).

Die Annahme einer **Nichtigkeit wegen Unbestimmtheit** scheidet aus, wenn die (vorrangige) Auslegung des Bescheids etwaige Zweifel an der Bestimmtheit beseitigt; dabei kommt es nicht darauf an, wie ein außenstehender Dritter, sondern **wie der Betr. selbst** nach den ihm bekannten Umständen den **materiellen Gehalt** des angefochtenen Bescheides **unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen musste** (vgl. BVerwGE 104, 301 [318] = NVwZ 1999, 178 m.w.N.)

*„Unter Anlegung dieser Maßstäbe erweist sich die Nr. 2 des angefochtenen Bescheides vom 28.12.2005 i.d.F. des Änderungsbescheides vom 03.07.2007 (zumindest) als rechtswidrig, wenn nicht gar als nichtig.*

*Der angefochtene Bescheid verweist in Nr. 2 hinsichtlich des Erstattungsbetrages lediglich auf eine noch zu erstellende Berechnung. Eine Summe wird nicht genannt. Ebenso wenig ist eine Berechnung und Bezifferung des geschuldeten Betrages im Weg der Auslegung der Bescheidsgünde möglich. Für den Kl. als Adressat des Verwaltungsakts ist deshalb nicht erkennbar, in welchem Umfang er zur Rückerstattung verpflichtet ist. Vielmehr wird von ihm verlangt, unter Hinzuziehung eines Dritten - seiner Hausbank - zu ermitteln, was von ihm im Einzelnen gefordert wird. Dies ist unzulässig (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000f.).“ (VGH München aaO)*

Der Rückforderungsbescheid muss den Betrag der rechtsgrundlosen Leistung und die zu erstattende Summe enthalten; er darf **keinerlei Zweifel** daran aufkommen lassen, **in welcher Höhe** und **zu welchem Fälligkeitszeitpunkt** der geforderte Betrag zu entrichten ist (vgl. BVerwG, NJW 1993, 1667f.; NVwZ-RR 1997, 248 = DVBI 1996, 1061f.).

*„Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit des Verwaltungsakts (Art. 37 I BayVwVfG) konkretisiert die Forderung nach der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** und hat daher vor allem der **Rechtsklarheit** und der **Rechtssicherheit** zu dienen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 37 Rn 2). (VGH München aaO)*

Nach Art. 49a I 2 BayVwVfG ist die zu **erstattende Leistung durch schriftlichen Verwaltungsakt** festzusetzen.

*„Diese Aufgabe ist ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die hier nicht vorliegt, einer **materiellen Privatisierung nicht zugänglich** (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], Einf. Rn 105 m.w.N.). Der Bekl. kann es deshalb nicht der Hausbank des Kl. überlassen, den geforderten Erstattungsbetrag zu berechnen; er muss das **Festsetzungsverfahren nach Art. 49a I 2 BayVwVfG unter seiner Kontrolle halten** und darf es nicht aus der Hand geben. Letzteres ist jedoch der Fall, wenn der Bekl. die Berechnung durch die Hausbank durchführen lässt, statt diese nach entsprechender Überprüfung zum Bestandteil seines Bescheides zu machen.“ (VGH München aaO)*

Die Befugnis, eine Geldforderung durch Verwaltungsakt (**Leistungsbescheid**) festsetzen zu dürfen, ist ein von Gesetzes wegen **ingeräumtes Privileg** (Art. 49a I 2 BayVwVfG), das die Verwaltungsbehörden von der ansonsten bestehenden Verpflichtung zur klageweisen Durchsetzung ihrer Forderungen entbindet.

*„Eine entsprechende **Leistungsklage** müsste die bestimmte **Angabe des Klagegegenstandes** und des Klagegrundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten - **bezifferten** - (**Klage-)Antrag** enthalten (§ 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 253 II Nr. 2 ZPO). Auf Grund des **Rechtsstaatsprinzips** (Art. 20 III GG) können bei einer **Geltendmachung** durch **Leistungsbescheid** unter dem Gesichtspunkt hinreichender Bestimmtheit (Art. 37 I BayVwVfG) **keine geringeren Anforderungen gelten.**“ (VGH München aaO)*

**Ergebnis:** Der Rückforderungsbescheid ist daher mangels hinreichender Bestimmtheit rechtswidrig.



## Kurzauslese II

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

ZPO ZPO  
 §§ 520 II, 233 **Berufungsbegründungsfrist** ZPO  
**Verlängerung bei mehreren Berufungsführern**

(BGH in NJW-RR 2009, 643; Beschluss vom 29.01.2009 – III ZB 61/08)

Hat in einem Berufungsverfahren, in dem **mehrere Berufungskläger von verschiedenen Prozessbevollmächtigten vertreten** werden, **nur ein Rechtsanwalt** für die von ihm vertretenen Berufungskläger einen **Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gestellt**, so **gilt die ihm gewährte Fristverlängerung auch lediglich für den von ihm vertretenen Berufungskläger**. Dies gilt auch dann, wenn im abgekürzten Rubrum der Mitteilung der Name eines nicht antragstellenden Berufungsklägers mit dem Zusatz u.a. angegeben wird.

„Für den Umfang einer gerichtlichen Fristverlängerung, auf den sich eine Partei grundsätzlich verlassen kann, ist der **objektive Inhalt der an sie gerichteten Mitteilung maßgeblich** (BGH NJW-RR 2008, 1162 m.w.N.).

Die Bevollmächtigten des Rechtsbeschwerdeführers konnten von ihrem **objektiven Empfängerhorizont** her, zumal sie **keinen Antrag auf Fristverlängerung gestellt** hatten, der ihnen in „Abschrift zur Kenntnisnahme“ übersandten, **unmittelbar aber an die Bevollmächtigten der Kl. zu 2) bis 6) gerichteten Fristverlängerung nicht entnehmen**, dass die Berufungsbegründungsfrist auch zu Gunsten ihres Mandanten verlängert werden sollte. Sie mussten das Schreiben in Verbindung mit der Angabe im Rubrum „P u.a.“ so verstehen, dass die Kanzlei P für die Kl. zu 2) bis 6) Berufung) eingelegt und Fristverlängerung für diese beantragt hatte und nunmehr das Berufungsverfahren - wie bereits in erster Instanz - unter diesem nach allgemein üblicher Form verkürzten Rubrum beim KG geführt wurde.

Auf die Ausführungen in der Rechtsbeschwerde, wonach eine **Fristverlängerung auch dann wirksam** sein könne, **wenn kein entsprechender Antrag gestellt wurde**, und zudem (unter Hinw. auf BGH VersR 1972, 1128) die Möglichkeit bestehe, dass die auf Antrag einer Partei bewilligte Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist auch Wirkungen für eine andere Partei des Berufungsverfahrens haben könne, **kommt es deshalb nicht an**. Denn **es fehlt** (s. entsprechend auch BGH VersR 1972, 1128) **an der Voraussetzung**, dass sich aus der gerichtlichen Verfügung ergibt, **dass die Verlängerung auch für die betreffende Partei bewilligt worden ist.**“ (BGH aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO ZPO  
 §§ 520 II, 222 II, 224 III **Berufungsbegründungsfrist** ZPO  
**Berechnung bei Verlängerung**

(BGH in AnwBl 2009, 388; Beschluss vom 10.03.2009 – VII ZB 87/08)

Wird die **Frist zur Berufungsbegründung um einen bestimmten Zeitraum verlängert und fällt der letzte Tag der ursprünglichen Frist auf einen Samstag, Sonntag oder allgemeinen Feiertag**, so **beginnt der verlängerte Teil der Frist erst mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags**.

„Der **BGH hat bereits 1956 entschieden**, dass in den Fällen, in denen die **Frist zur Begründung der Berufung um einen bestimmten Zeitraum verlängert wird und der letzte Tag der ursprünglichen Frist auf einen Samstag, Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt**, der verlängerte Teil der Frist erst mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags beginnt (BGHZ 21, 43). An diesem Grundsatz hat er seither in st. Rspr. festgehalten (BGH NJW 2006, 700 - unter ausdrücklicher Ablehnung der entgegenstehenden Entscheidung des OLG Rostock NJW 2003, 3141; BGH NJW-RR 2008, 76; vgl. auch zuletzt: BGH NJW-RR 2008, 1162). Die **Lit. ist einhellig derselben Auffassung** (MüKo-ZPO/Gehrein, 3. Aufl., § 222 Rn 5; Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl., § 520 Rn 25; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl., § 224 Rn 5; Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 520 Rn 15; Musielak/Stadler, ZPO, 6. Aufl., § 224 Rn 5; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 224 Rn 11; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 224 Rn 10; Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 29. Aufl., § 520 Rn 14).

Der Senat sieht **keinen Anlass für eine Änderung dieser Rspr.**“ (BGH aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO ZPO  
 §§ 708 ff., 718 **vorläufige Vollstreckbarkeit** ZPO  
**des erstinstanzlichen Urteils**

**Vorabentscheidung des Berufungsgerichts**

(KG in NJW-RR 2009, 648; Teilurteil vom 20.11.2008 – 12 U 202/08)

Im Rahmen der Entscheidung über einen Antrag nach § 718 ZPO **findet eine Prüfung der Hauptsache nicht statt**; vielmehr ist dabei durch das Berufungsgericht **lediglich zu prüfen, ob die §§ 708ff. ZPO richtig**, d.h. folgerichtig, **angewendet** worden sind.

„Dieser **eingeschränkte Prüfungsumfang** ergibt sich aus dem **Wortlaut und der Systematik des Gesetzes**: In den §§ 708ff. ZPO finden sich **Vollstreckbarkeitsregelungen als Rechtsfolgenanordnungen für verschiedene, dort im Einzelnen aufgeführte Urteilsarten**. Zur Statthaftigkeit dieser Urteile in den jeweiligen Verfahrensarten regeln diese Vorschriften nichts; sie setzen ihren Erlass als **Tatbestandsvoraussetzungen jeweils voraus und nehmen ihn hin**. Damit ist das nachfolgend geregelte **Verfahren nach § 718 I ZPO**, in dem „über die vorläufige Vollstreckbarkeit“ vorab zu verhandeln und zu entscheiden ist, **nicht dazu bestimmt, weitgehend die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungstitel oder auch nur deren**





**verfahrensmäßige Zulässigkeit oder Statthaftigkeit** als Voraussetzung für die Vollstreckbarkeitsentscheidung zu überprüfen, sondern nur diese Entscheidung selbst.

Soweit der Bekl. auf die Gefahr hingewiesen hat, dass die Wirkungen eines rechtsfehlerhaft ergangenen erstinstanzlichen Urteils mit existenzbedrohenden Folgen durch eine unzutreffend „korrigierte“ Vollstreckbarkeitsentscheidung noch vertieft werden könnten, führt dies **nicht zur Verlagerung von Maßstäben des vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzes in dieses besondere Verfahren**: Denn es findet im Rahmen des § 718 ZPO nicht einmal eine summarische Überprüfung der Erfolgsaussichten der Berufung in der Hauptsache statt.

Insoweit wird **Rechtsschutz** vielmehr - unter weiteren besonderen Voraussetzungen, die nicht durch eine Entscheidung im Verfahren nach § 718 ZPO übergangen werden dürfen - **durch andere vollstreckungsrechtliche Vorschriften** (z.B. §§ 719, 707 ZPO) gewährleistet.“ (KG aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

KSChG  
§ 4**Beklagtenbezeichnung**  
**Rubrumserichtigung**

ArbR

(BAG in NJW 2009, 1293; Beschluss vom 28.08.2008 – 2 AZR 279/07)

Eine **ungenau oder erkennbar falsche Parteibezeichnung** ist **unschädlich und kann jederzeit** von Amts wegen **richtig gestellt werden**.

Ergibt sich in einem Kündigungsschutzprozess aus den gesamten erkennbaren Umständen, etwa aus dem der Klageschrift beigefügten Kündigungsschreiben, wer als beklagte Partei gemeint ist, ist die Berichtigung des Rubrums regelmäßig möglich.

- I. Die **Parteien eines Prozesses** sind vom Kl. **in der Klageschrift zu bezeichnen**. Ist eine **Bezeichnung nicht eindeutig**, so ist die Partei durch **Auslegung** zu ermitteln. Selbst bei äußerlich eindeutiger, aber offenkundig unrichtiger Bezeichnung ist grundsätzlich diejenige Person als Partei angesprochen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll.

so schon BGHZ 4, 328 = NJW 1952, 545; BAGE 109, 47 = NZA 2004, 452; BAG AP KSChG 1969 § 4 Nr. 50 = EZA KSChG § 4 n.F. Nr. 66; NJW 2007, 458 = NZA 2007, 404 = AP KSChG 1969 § 4 Nr. 58 = EZA KSChG § 4 n.F. Nr. 75; zuletzt BAG NJW 2007, 2877 = NZA 2007, 1013 = AP KSChG 1969 § 4 Nr. 60 = EZA KSChG § 4 n.F. Nr. 76

Es kommt darauf an, welcher Sinn der von der klagenden Partei in der Klageschrift gewählten Parteibezeichnung bei **objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts** beizulegen ist. **Entscheidend ist die Wahrung der rechtlichen Identität**. Bleibt die Partei nicht dieselbe, liegt keine „Berichtigung“ vor, sondern es wird im Wege der Parteiänderung eine andere Partei in den Prozess eingeführt. Eine ungenaue oder erkennbar falsche Parteibezeichnung ist hingegen unschädlich und kann jederzeit von Amts wegen richtig gestellt werden.

BAG NJW 2002, 459 = NZA 2001, 1267 = APKSChG 1969 § 4 Nr. 46 = EZA KSChG § 4 n.F. Nr. 61; NJOZ 2003, 1396 = NZA 2002, 1112 = EZA KSChG § 4 n.F. Nr. 63; NJW 2007, 458 = NZA 2007, 404; NJW 2007, 2877 = NZA 2007, 1013 = AP KSChG 1969 § 4 Nr. 60

- II. Ergibt sich in einem **Kündigungsschutzprozess** aus den gesamten erkennbaren Umständen, z.B. aus dem der Klageschrift beigefügten **Kündigungsschreiben**, wer als bekl. Partei gemeint ist, ist die Berichtigung des Rubrums regelmäßig möglich.

vgl. BAG NJOZ 2003, 1396 = NZA 2002, 1112 = EZA KSChG § 4 n.F. Nr. 63; NJW 2007, 2877 = NZA 2007, 1013 = AP KSChG 1969 § 4 Nr. 60 = EZA KSChG § 4 n.F. Nr. 76.

„Dies gilt etwa dann, wenn sich aus der Klageschrift oder den beigefügten Unterlagen entnehmen lässt, dass die Trägerin einer bestimmten Einrichtung als Arbeitgeberin gekündigt hat und der Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage gegen eine Kündigung seiner Arbeitgeberin vorgehen will.

Für die Auslegung, dass der Arbeitnehmer nicht gegen seinen Arbeitgeber, sondern gegen eine andere - insbesondere eine gar nicht parteifähige - Einrichtung, die keine Arbeitgeberstellung hat und deshalb auch nicht gekündigt hat, mit einer Kündigungsschutzklage vorgehen will, bedarf es besonderer Anhaltspunkte. Das rechtfertigt sich umso mehr, als es die durch das Grundgesetz gewährleisteten **Verfassungsgarantien** verbieten, den Zugang zu den Gerichten in einer aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise zu erschweren. Dementsprechend **darf eine Klageerhebung nicht an unvollständigen oder fehlerhaften Bezeichnungen der Parteien scheitern**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Mängel in Anbetracht der jeweiligen Umstände letztlich keine vernünftigen Zweifel an dem wirklich Gewollten aufkommen lassen (vgl. insb. BVerfG NJW 1992, 2139).“ (BAG aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§§ 34, 101, 102**Durchsuchungsbeschluss**  
**Begründungserfordernis**

StPO

(BGH in NSTz-RR 2009, 142; Beschluss vom 18.12.2008 – StB 26/08)

Die **Begründung eines Durchsuchungsbeschlusses** muss die **wesentlichen Verdachtsmomente**, einschließlich der Indiztatsachen **enthalten**. Ein **formelhafter Verweis** auf das „bisherige Ermittlungsergebnis“ **reicht dafür nicht aus**.

Diese **Begründung darf nur dann unterbleiben**, wenn die Bekanntgabe der wesentlichen Verdachtsmomente den **Untersuchungszweck gefährden** würde.

„Allgemeine, formelhafte Wendungen genügen zur Begründung rechtsmittelfähiger gerichtlicher Entscheidungen grundsätzlich nicht (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 34 Rn 4 mwN). Auch die **Indiztatsachen**, die den Verdacht gegen den Beschwerdeführer begründen, sind in aller Regel im Durchsuchungsbeschluss zu benennen: Zwar ist dies von Verfassungswegen nur dann notwendig, wenn andernfalls die erforderliche Begrenzung der Durchsuchungsgestattung nicht gewährleistet ist (vgl. BVerfG NSTz-RR 2002, 172; NSTz 2004, 160; BVerfGK 1, 51). Jedoch ist die Darlegung jedenfalls der **wesentli**



**chen Verdachtsmomente** einfachgesetzlich geboten (§ 34 StPO); denn nur hierdurch wird dem Betr. eine sachgerechte, umfassende Prüfung ermöglicht, ob der Beschluss rechtmäßig ergangen ist, oder ob dies nicht der Fall war und es daher angezeigt erscheint, hiergegen im Wege der Beschwerde vorzugehen (vgl. BVerfG NStZ 2004, 160 sowie BVerfGK 1, 51: „sachgerechte Verteidigung gegen den Vorwurf“). Darüber hinaus bezweckt das Gebot der umfassenden Begründung des Durchsuchungsbeschlusses die Erleichterung der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung durch das BeschwerdeGer. Die Angabe der wesentlichen Verdachtsmomente darf daher **nur dann unterbleiben**, wenn die Bekanntgabe den **Untersuchungszweck gefährden** würde und daher den Zwecken der Strafverfolgung abträglich wäre (BGH NJW 2000, 84; bei Schmidt NStZ-RR 2002, 161).“ (BGH aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StPO** **Pflichtverteidiger** **StPO**  
**§§ 141 I u. III, 142 I** **Wahlanwalt steht einer Pflichtverteidigerbestellung entgegen**  
**(OLG Jena in NJW 2009, 1430; Beschluss vom 26.11.2008 – 1 Ws 497/08)**

Zeigt ein **Beschuldigter** dem Gericht gegenüber an, dass er **bereits durch einen Wahlverteidiger vertreten** wird, sind auch bei einem Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 141 III 2 StPO die **Voraussetzung für die Bestellung eines Pflichtverteidigers** zunächst **entfallen**.

„Durch die Mitteilung des Besch. an das Gericht, er werde durch einen Wahlverteidiger vertreten, waren die Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflichtverteidigers entfallen (s. § 141 I StPO: „**der noch keinen Verteidiger hat**“). Auch die Antragstellung durch die StA nach § 141 III 2 StPO ist in Zusammenhang mit § 141 I StPO zu sehen.“ (OLG Jena aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**WBO** **Aussagegenehmigung für Soldaten** **öffR**  
**§ 21 I** **Rechtsweg**  
**(BVerwG in NVwZ-RR 2009, 342; Beschluss vom 30.09.2008 – I WB 23/08)**

Für **Streitigkeiten um die Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Soldaten** ist der **Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten eröffnet**.

„Der Streit um die Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Soldaten betrifft eine **dienstliche Maßnahme i.S. von § 17 III 1 WBO** (hier i.V. mit § 21 II 1 WBO). Der Ast. hat insoweit eine Verletzung seiner Rechte bzw. eine Verletzung von Pflichten eines Vorgesetzten ihm gegenüber geltend gemacht, die im Zweiten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts des Soldatengesetzes (mit Ausnahme der §§ 24, 25, 30 und 31 SG) geregelt sind (§ 17 I 1 WBO i.V. mit § 21 II 1 WBO), nämlich eine Verletzung seines Anspruchs darauf, dass ihm die Genehmigung zur Aussage in eigener Sache vor Strafverfolgungsbehörden und Gerichten nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen versagt werden darf (§ 14 II 3 SG i.V. mit § 62 I und III BBG; vgl. hierzu auch: BVerwGE 46, 303 = NZWehrv 1975, 104).“ (BVerwG aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**VwGO** **Verfahrensaussetzung** **VwGO**  
**§ 94** **bei Verfassungsbeschwerde**  
**(OVG Bremen in NVwZ-RR 2009, 273; Beschluss vom 10.11.2008 – 1 S 59/08)**

Die **Verfahrensaussetzung wegen einer anhängigen Verfassungsbeschwerde** gegen die entscheidungserhebliche Norm analog § 94 VwGO **setzt die Annahme der Verfassungsbeschwerde voraus**.

I. Nach **§ 94 VwGO** kann das Gericht das Verfahren bis zur Erledigung eines anderen Rechtsstreits aussetzen, wenn die Entscheidung dieses Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand dieses Rechtsstreits bildet.

Eine **unmittelbare Anwendung des § 94 VwGO** kommt nicht in Betracht, wenn es um die Frage der Gültigkeit einer Norm geht, da es sich hierbei nicht um ein „Rechtsverhältnis“ i.S. des § 94 VwGO handelt (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 138 Ziff. 6 Nr. 30; Eyermann/Rennert, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 94 Rn 5).

II. In einem solchen Falle kann die Aussetzung auch **nicht** auf eine **entsprechende Anwendung des § 94 VwGO** gestützt werden.

„Eine entsprechende Anwendung wird in Rspr. und Lit. zum Teil für die Fälle vertreten, in denen die Entscheidung des Rechtsstreits von der Gültigkeit einer Norm abhängt, deren Prüfung bereits Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG ist.

Nach Auffassung des beschließenden Senats ist diese **Analogie allenfalls insoweit tragfähig, als die Normprüfung im Verfahren der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle** (Art. 93 I Nr. 2, 100 I GG) **erfolgt oder auf Grund einer bereits zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerde**. Nur in diesen Fällen ist nämlich mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, dass das BVerfG eine Entscheidung über die (Un-)Gültigkeit der Norm oder ihre (Un-)vereinbarkeit mit dem Grundgesetz trifft, die für das aussetzende Gericht bindend ist und Gesetzeskraft hat (§ 31 I und II BVerfGG). Solange das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde nicht durch Kammer- oder Senatsbeschluss zur Entscheidung angenommen hat (§§ 93a, 93b BVerfGG), kann noch nicht damit gerechnet werden, dass es zu einer Entscheidung über die entscheidungserhebliche verfassungsrechtliche Frage kommt: So sind im Jahre 2007 6.005 Verfassungsbeschwerden erhoben, 5.788 aber nicht zur Entscheidung angenommen worden. Beschlüsse des BVerfG, durch die eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen wird, sind keine Sachentscheidungen; sie entfalten daher **keine Bindungswirkung** (vgl. BVerfGE 92, 91 = NJW 1995, 1733 = NVwZ 1995, 781; Umbach/Clemens/Dollinger; BVerfGG, 2. Aufl. [2005], § 93b Rn 18 und 32). Die Entscheidung eines Rechtsstreits vor den Fachgerichten kann daher nicht von ihnen abhängen. Die Aussetzung des Verfahrens in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO wegen einer anhängigen Verfassungsbeschwerde gegen die entscheidungserhebliche Norm setzt deshalb die Annahme der Verfassungsbeschwerde voraus (ebenso Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 3. Aufl. [2005], § 94 Rn 5; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 94 Rn 51; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 94 Rn 39).



Selbst wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Aussetzung des Verfahrens in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO vorlägen, wäre bei der dann eröffneten Ermessensentscheidung des Fachgerichts Folgendes zu berücksichtigen: Die **Verfassungsbeschwerde ist im Regelfall erst nach Erschöpfung des Rechtswegs zulässig** (§ 90 II 1 BVerfGG). Sinn dieser Regelung ist u.a., dass dem BVerfG vor seiner Entscheidung auch die Auffassung der Fachgerichte zu der zu entscheidenden Frage bekannt wird (vgl. z.B. BVerfGE 72, 39 = NJW 1986, 1741 = NVwZ 1986, 631).

Dem würde es widersprechen, wenn sich die Fachgerichte in den Fällen, in denen sie mit der Frage befasst worden sind, einer Stellungnahme enthalten und das Verfahren aussetzen würden.“ (OVG Bremen aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**VwGO** **VwGO**  
**§ 124a IV 4** **Berufungszulassungsantrag** **§ 124a IV 4**  
**kein „Nachschieben“ der Bezeichnung des Zulassungsgrundes**  
**(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2009, 360; Beschluss vom 28.10.2008 – 6 A D 2/08)**

Ein „Nachschieben“ der Bezeichnung des Berufungszulassungsgrundes nach Ablauf der Darlegungsfrist für die Berufungszulassungsgründe kann dem Zulassungsantrag nicht mehr zur Zulässigkeit verhelfen.

- I. Nach § 124a IV 4 VwGO sind innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Berufung kann nach § 124 II VwGO (i.V. mit § 64 II 2 BDG) nur aus den dort genannten Gründen zugelassen werden. Es ist mithin in der Begründung des Zulassungsantrages darzulegen, ob die Zulassung wegen
- ernstlicher **Zweifel an der Richtigkeit des Urteils** (§ 124 II Nr. 1 VwGO),
  - besonderer tatsächlicher oder rechtlicher **Schwierigkeiten der Rechtssache** (§ 124 II Nr. 2 VwGO),
  - **grds. Bedeutung der Rechtssache** (§ 124 II Nr. 3 VwGO),
  - **Abweichung des erstinstanzlichen Urteils** von einer Entscheidung eines der in § 124 II Nr. 4 VwGO bezeichneten Gerichte oder
  - eines **Verfahrensmangels** (§ 124 II Nr. 5 VwGO)

beantragt wird.

Außerdem muss im Einzelnen unter **konkreter Auseinandersetzung mit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung** begründet werden, weshalb der benannte Zulassungsgrund erfüllt ist. Im Falle der Geltendmachung mehrerer Zulassungsgründe müssen dabei alle diese Gründe jeweils selbstständig dargelegt werden.

OVG Lüneburg, Beschluss vom 01.09.2008 - 5 LA 305/05; Bader, VwGO, 4. Aufl. 2007, § 124a Rn 81

- II. Es **obliegt** nicht dem OVG, sondern gem. § 124a IV 4 VwGO (i.V.m. § 64 II 2 BDG) **dem Rechtsbehelfsführer, einzelne Zulassungsgründe ausdrücklich oder konkludent zu bezeichnen** und ihnen dann jeweils diejenigen Elemente seiner Kritik an der erstinstanzlichen Entscheidung klar zuzuordnen, mit denen er das Vorliegen des jeweiligen Zulassungsgrundes darlegen möchte (OVG Lüneburg aaO; Bader aaO, § 124a Rn 81 m.w.N.).

„Insbesondere ist es **nicht die Aufgabe des Senats, sich aus einem „Darlegungs-Gemenge“ dasjenige herauszusuchen, was sich bei wohlwollender Auslegung den einzelnen Zulassungsgründen zuordnen ließe** (vgl. OVG Lüneburg aaO; Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 124a Rn 58 m.w.N.).“ (OVG Lüneburg aaO).

- III. Ein „Nachschieben“ der Bezeichnung des Berufungszulassungsgrundes nach Ablauf der Darlegungsfrist für die Berufungszulassungsgründe kann dem Zulassungsantrag **nicht mehr zur Zulässigkeit verhelfen**.

„Die **nachträgliche Klarstellung**, dass sich die „Berufung“ auf ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils stütze, vermag dem Zulassungsantrag nicht mehr zur Zulässigkeit zu verhelfen (vgl. Happ aaO, § 124a Rn 58). Diese Ergänzung ist nämlich **nicht innerhalb der bereits abgelaufenen Darlegungsfrist des § 124a IV 4 VwGO** (i.V. mit § 64 II 2 BDG) vorgenommen worden. Die **Darlegung eines Zulassungsgrundes kann aber nach dem Ablauf der genannten Frist nur insoweit noch ergänzt werden**, als der konkrete Zulassungsgrund bereits in offener Frist den Mindestanforderungen entsprechend dargelegt worden ist (vgl.: Happ, § 124a Rn 53), woran es hier, wie oben ausgeführt, indessen gerade fehlt.“ (OVG Lüneburg aaO).

- ZA 05/09 -

Juristischer Verlag Juridicus



## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Föhlisch/Hoffmann:** Widerrufsfrist im Fernabsatz – Ungleichbehandlung von Online-Shops und eBay-Verkäufern? (NJW 2009, 1175)

**Problemstellung:** Im Rahmen des verbraucherrechtlichen Widerrufsrecht stellt sich die **Frage, zu welchem Zeitpunkt der Unternehmer den Verbraucher in Textform belehren muss**; die **Vertragskonstruktion ist bei eBay-Verkäufen** auf Grund der Formulierungen in § 10 eBay-AGB **abweichend vom sonst bei Fernabsatzgeschäften Üblichen**; dies hat - nach der derzeit wohl **herrschenden Rspr.** - vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Auswirkungen auf die Länge der verbraucherrechtlichen Widerrufsfrist und auf die Möglichkeit des Verkäufers, nach Ausübung des Widerrufsrechts Wertersatz für Verschlechterungen durch eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der vertragsgemäß gelieferten Kaufsache verlangen zu können; nach einem **Gesetzesentwurf** soll die Ungleichbehandlung zwischen eBay- und sonstigen Online-Geschäften zukünftig aufgehoben werden (Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbrauchercreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 5. 11. 2008, BT-Dr 16/11643, S. 66). - Die **aktuelle Gesetzesregelung** knüpft bei Verbraucherverträgen verschiedene Rechtsfolgen an die „Mitteilung“ bestimmter Informationen durch den Unternehmer für den Verbraucher „in Textform“; hierbei werden die **unterschiedlichsten Formulierungen zum maßgeblichen Zeitpunkt verwendet**: „rechtzeitig vor“ (§ 312c I 1 BGB), „spätestens bei“ (§§ 312d II, 357 III 1 BGB), „nach“ (§ 355 II 2 BGB), bezogen auf den Vertragsschluss (§§ 355 II 2, 357 III 1 BGB), die „Abgabe von dessen Vertragserklärung“ (§ 312c I 1 BGB: Erste Belehrung ohne Textformerfordernis; § 312 II 1 Nr. 1 BGB betr. Finanzdienstleistungen mit Textformerfordernis), die Erfüllung der Informationspflichten (§ 312d II BGB) oder die Lieferung (§ 356 III 2 BGB). - Mit der Einführung der **Monats-Widerrufsfrist in § 355 II 2 BGB** sollte es dem Unternehmer ermöglicht werden, durch Nachholung der Belehrung in Textform ein unbefristetes Widerrufsrecht zu verhindern; es besteht daher kein Schutzbedürfnis des Verbrauchers, ihn bei eBay-Käufen nur wegen der Unmöglichkeit, ihm im Moment des Vertragsschlusses die Widerrufsbelehrung in Textform zu übermitteln, besser zu stellen als bei gleichartigen Geschäften auf anderen Internet-Plattformen.

2. **Stöhr:** Psychische Gesundheitsschäden und Regress (NZV 2009, 161)

**Grds. ist zwischen einem seelischen Primärschaden und einem seelischen Folgeschaden zu unterscheiden:** Bei einem **haftungsbegründenden Primärschaden** muss die **Gesundheitsbeeinträchtigung selbst Krankheitswert** besitzen und dies **für den Schädiger vorhersehbar** sein; bei psychisch bedingten Folgewirkungen hingegen erstreckt sich die Haftung grds. auch auf die aus der primären Gesundheitsbeschädigung resultierenden Folgeschäden. - Der Schädiger kann sich grds. nicht darauf berufen, dass der psychische Schaden auf einer besonderen seelischen Labilität des Betroffenen beruht; er haftet also grds. immer dann, wenn der Geschädigte als direkt am Unfall Beteiligter eine psychische Schädigung erlitten hat. - Ist die Gesundheitsbeeinträchtigung dadurch entstanden, dass nicht unmittelbar am Unfall Beteiligte die Unfallerebnisse psychisch nicht verkraftet haben, so ist der Gesundheitsschaden dem Schädiger nicht zuzurechnen, denn hier handelt es sich dann um ein allgemeines Lebensrisiko, das jeder in Kauf nehmen muss. - Nahe **Angehörige eines Unfallopfers** können dadurch eine eigene Gesundheitsverletzung erleiden, dass das Miterleben des Unfalls oder die Nachricht von diesem Schockfolgen auslöst; diese werden dem Schädiger zugerechnet, wenn es sich um eine psychische Störung mit Krankheitswert handelt, die nach Art und Schwere deutlich über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgeht, denen nahe Angehörige bei Todesnachrichten erfahrungsgemäß ausgesetzt sind. - Bei der **Schadenshöhe** können **besondere psychische Gegebenheiten im Rahmen des Schmerzensgeldes und beim Erwerbsschaden von Bedeutung** sein. – Ein Sachverständiger muss anhand der geschilderten Symptome unabhängig von der medizinischen Bezeichnung durch eine Partei prüfen, ob eine Gesundheitsstörung mit Krankheitswert vorliegt.

3. **Martis/Enslin:** Aktuelle Entwicklungen im Verkehrszivilrecht (MDR 2009, 489)
4. **Herrlein:** Die Rspr. zur Wohnraummiete im zweiten Halbjahr 2008 (NJW 2009, 1250)
5. **Siebert:** Die Entwicklung des Erbrechts im Jahre 2008 (NJW 2009, 1121)
6. **Gärtner/Mark:** Wirksamkeit der Zustellung einer Klageschrift trotz fehlender Anlagen (MDR 2009, 421)

Nach Ansicht der Autoren **müssen Anlagen nicht zwingend mit einer Klageschrift zugestellt werden**, die gegenteilige Auffassung ist im Hinblick auf die zivilprozessuale Systematik kritisch zu betrachten, sie wird weder von § 253 II ZPO noch von § 131 ZPO gestützt und ist auch mit dem Sinn und Zweck der Klagezustellung vereinbar. – Auch die **tatsächlichen Verteidigungsrechte des Zustellungsadressaten ist ausreichend Rechnung getragen**, wenn durch die Klageschrift der Streitgegenstand ausreichend konkretisiert ist und darauf die Verteidigung aufbauen kann. – Weitere Voraussetzungen sind gesetzlich nicht gefordert und damit als unzulässige Verfahrenshürde für den Kläger anzusehen. – Im Ergebnis ist damit eine Klagezustellung, bei der fehlerhafte Anlagen nicht mit zugestellt wurden, daher als zulässig und wirksam anzusehen.

7. **Lunk**: Prozessuale Verwertungsverbote im Arbeitsrecht (NZA 2009, 457)

Die Frage, ob eine Überwachungsmaßnahme erlaubt war, stellt sich oftmals erst dann, wenn der Arbeitgeber daraus gewonnene Erkenntnisse zum Nachteil der überwachten Mitarbeiter verwendet; wehrt sich der Arbeitnehmer gegen die arbeitsrechtliche Sanktion, muss das mit der Sache befasste Gericht die Verwertbarkeit des belastenden Tatsachenmaterials beurteilen; ob und unter welchen Voraussetzungen jedoch auf rechtswidrige Weise gewonnene Erkenntnisse zu Gunsten des Arbeitgebers berücksichtigt werden dürfen, wird seit in arbeitsrechtlicher Lit. und Rspr. kontrovers diskutiert: Das BAG hat sich ausführlich mit dem Komplex der **prozessualen Verwertungsverbote** im Arbeitsrecht befasst und Stellung dazu genommen, ob ein Verwertungsverbot besteht, wenn bei der Gewinnung der Erkenntnisse Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verletzt wurden. – **Allein aus der Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats abgeleitete Verwertungsverbote werden in Zukunft in der arbeitsgerichtl. Rspr. seltener zu finden sein**, denn diese speziell im Bereich des Arbeitsrechts entwickelte Kategorie eines Beweisverwertungsverbots, deren Bedeutung in instanzgerichtlicher Rspr. und Lit. über die Jahre zugenommen hat, hat das BAG eine Absage erteilt und damit die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als wesentlichem Ausgangspunkt für Verwertungsverbote unterstrichen. – Dieser Rspr. steht jedoch eine **Gegenentwicklung** entgegen, wonach **Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung nicht ein Beweis-, sondern ein Sachvortragsverwertungsverbot** bildet; obwohl ein anderer Senat des BAG dieses als eine besonders engen Voraussetzungen unterliegende Ausnahme deklariert, führt es in seiner Argumentation die Überlegungen zu Beweis- und Vortragsverwertungsverboten zusammen.

8. **Rieble/Wiebauer**: Widerspruch (§ 613a VI BGB) nach Aufhebungsvertrag (NZA 2009, 401)

**Problemstellung**: Das **Widerspruchsrecht des § 613a VI BGB schützt den Arbeitnehmer vor dem aufgedrängten Arbeitgeber**; es kann aber - vor allem wenn die Widerspruchsfrist nicht läuft - **als umfassendes Instrument der Vertragsreue genutzt** werden; dies zeigt sich in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer beim Erwerber einen Aufhebungsvertrag (gegen Abfindung) schließt und danach den Widerspruch erklärt. – Eine **Fehlinformation nach § 613a V BGB führt grds. zu einem unbefristeten Widerspruchsrecht**; die **Verwirkung ist ein untaugliches Instrument zu dessen Begrenzung**. – Ausgeschlossen ist der Widerspruch, sobald das Arbeitsverhältnis endgültig beendet ist und auch dann, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsverhältnisübergang bestätigt. – Das Widerspruchsrecht aus § 613a VI 1 BGB gewährt ein **Wahlrecht zwischen zwei Rechtszuständen und im Ergebnis damit zwischen zwei Arbeitgebern**; die Entscheidung für den Erwerber ist daher kein Verzicht, sondern Ausübung des Wahlrechts. – Der Arbeitnehmer kann die Bestätigung nicht nur ausdrücklich erklären sondern auch konkludent, wenn er nur eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er den Erwerber als seinen neuen Arbeitgeber anerkennt; eine solche Erklärung liegt auch in einem Aufhebungsvertrag, den der Arbeitnehmer mit dem Erwerber schließt. – **Unterrichtungsfehler können eine Anfechtung der Bestätigung rechtfertigen**, wenn der Arbeitnehmer darlegt, dass er sich auf Basis vollständiger und richtiger Informationen für den Verbleib beim Veräußerer entschlossen hätte; scheidet eine Anfechtung aus, hat der Arbeitnehmer Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Unterrichtungspflicht.

9. **Ganter**: Die Rspr. des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2008 (NZI 2009, 265)

## II. Strafrecht

1. **Kondziela**: Staatsanwälte als Erfüllungsgehilfen der Musik- und Pornoindustrie? - Akteneinsicht in Filesharing-Verfahren (MMR 2009, 295)

**Problemstellung**: Die illegale Verbreitung von Musik- und Filmwerken sowie von (Unterhaltungs-) Software in Internet-Tauschbörsen beschäftigt die Zivil-, aber auch die Strafjustiz in zunehmendem Maße, denn **Rechteinhaber initiieren verstärkt strafrechtliche Ermittlungsverfahren, um nach deren Abschluss zivilrechtliche Ansprüche gegen (vermeintliche) Raubkopierer durchsetzen zu können**. – Die im Rahmen der **Prüfung von Akteneinsichtsgesuchen** nach § 406e II StPO erforderliche **Güterabwägung ist streng** vorzunehmen, damit das **Straf- und Strafprozessrecht** mit seinen einschneidenden Ermittlungs- und Sanktionsmöglichkeiten sich gerade in Zeiten knapper Ressourcen auf seine **Ultima-Ratio-Funktion** beschränken kann. – Das **Akteneinsichtsrecht des Verletzten ist** auch und gerade in Filesharing-Verfahren ein probates Mittel zur Verfolgung dessen zivilrechtlicher Interessen und gerade im Bereich des Urheberrechts **meist einziges Motiv der Strafanzeige**; da es jedoch in erheblichem Umfang die Belange des Beschuldigten oder Dritter berührt, kann es nur nach umfassender Interessenab-



wägung gewährt werden; dabei muss im Grundsatz von einem Widerstreit eines grundgesetzlich nicht geschützten Interesses an Akteneinsicht mit einer grundgesetzlich garantierten Position ausgegangen werden, woraus tendenziell und in der Regel ein Vorrang des verfassungsrechtlich verbürgten Rechts folgen dürfte, zumal die mit der Akteneinsicht verfolgten zivilrechtlichen Ansprüche aus Störerhaftung von durchaus zweifelhafter Natur sind; da zudem die in die Abwägung einzubeziehende Stärke des Tatverdachts häufig gering ist und dem Verletzten neuerdings grds. ein zivilrechtlicher Auskunftsanspruch gegen die Provider zusteht, wird sich die **Gewährung der Akteneinsicht häufig als unverhältnismäßig darstellen; dies gilt im Hinblick auf den Erziehungsgedanken umso mehr, wenn die Beschuldigten Jugendliche oder Heranwachsende sind.**

2. **Knierim:** Fallrepetitorium zur Wohnraumüberwachung und anderen verdeckten Eingriffen nach neuem Recht (StV 2009, 206)
3. **Peters:** Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis (NStZ 2009, 238)
4. **Müller/Schmidt:** Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2008 (NStZ 2009, 251)

### III. öffentliches Recht

1. **Greve/Quast:** Gebührenerhebung versus Versammlungsfreiheit (NVwZ 2009, 500)

Nach der Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform I im Jahre 2006 sind die Länder im Unterschied zur vormalig bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 I Nr. 3 GG a.F. **nunmehr für die Normierung des Versammlungsrechts zuständig** (Art. 70 GG); bis zum Inkrafttreten der Landesversammlungsgesetze gilt dabei nach Art. 125a I GG die bisherige Bundesregelung fort. - Als **erstes Bundesland** hat **Bayern** im Juli 2008 ein **Versammlungsgesetz erlassen**: Hiernach **wird auf eine Gebührenerhebung auf Grund versamlungsbezogener Amtshandlungen (Auflage, Verbot) verzichtet** und diese kostenfrei gestellt; maßgebliche Begründung für diesen Umschwung ist die Entscheidung des BVerfG, in deren Folge eine Kostenregelung - so die Gesetzesbegründung - „nur noch theoretisch denkbar“ sei. - Diese Wertung ist freilich nicht zwingend, da sich das BVerfG in der Sache nicht festgelegt hat; vielmehr ist nach Ansicht des Autors davon auszugehen, dass der **Landesgesetzgeber in gewissen Grenzen die Erhebung von Gebühren im Zusammenhang mit der versamlungsrechtlichen Aufgabenerteilung vorsehen kann**, so dass durchaus zu erwarten ist, dass andere Bundesländer im Zuge des Erlasses von Landesversammlungsgesetzen diese Option nutzen könnten.

2. **Düwel:** Gebührenschuldner kraft gewohnten Rechts (NVwZ 2009, 423)

Im Freistaat **Sachsen** ergibt sich die **gesetzliche Grundlage für die Inanspruchnahme des Grundstückseigentümers für Abfälle** aus den **§§ 3 I Nr. 2b, 9 I SächsKAG, § 43 AO** i.V. mit Vorschriften in der Abfallgebührensatzung, die den Grundstückseigentümer als Gebührenschuldner bestimmen: Grundstückseigentümer können deshalb als Vermieter von Grundstücken zu Abfallgebühren herangezogen werden, auch wenn sie den von dem Grundstück entsorgten Abfall in tatsächlicher Hinsicht nicht selbst erzeugt haben, denn **sie benutzen die Einrichtung der öffentlichen Abfallentsorgung als Besitzer der Abfälle i.S. von § 3 VI KrW-/AbfG**; dies **gilt nur dann nicht, wenn sich ihre tatsächliche Sachherrschaft über das Grundstück** - etwa aus Gründen naturschutz- oder walddrechtlicher Betretungsrechte zu Gunsten der Allgemeinheit - **nicht von derjenigen beliebiger anderer Personen unterscheidet**, was in der Konstellation der gewerblichen Nutzungsüberlassung von Grundstücken regelmäßig nicht der Fall ist; zutreffend qualifiziert vor diesem Hintergrund die **h. M. Grundstückseigentümer unabhängig davon, ob das Grundstück vermietet oder verpachtet ist, als Benutzer der öffentlichen und benutzungsgebührenpflichtigen Abfallentsorgungseinrichtung**. - Die in der Praxis auch des Freistaates Sachsen weit verbreitete Satzungsgestaltung und Heranziehung von Grundstückseigentümern als Abfallgebührensuldner entspricht gewohntem Recht; die Herleitung von Wohnheitsrecht zur Rechtfertigung dieser Praxis ist indes nicht erforderlich; beachtliche Gründe der **Verwaltungsvereinfachung** und **rechtssicheren Gebührenerhebung** sprechen zudem auch dafür, nicht Mieter oder sonst obligatorisch Berechtigte, sondern die Grundstückseigentümer zum Gebührenpflichtigen in der Satzung zu bestimmen.

3. **Zuck:** Die Verfassungsbeschwerde gegen Zwischenentscheidungen (AnwBl 2009, 332)

**Zwischenentscheidungen** sind solche **gerichtlichen Entscheidungen, die der die jeweilige Instanz abschließenden Endentscheidungen vorgehen**. - **Selbstständige Zwischenentscheidungen**, über die in der die Instanz abschließenden Entscheidung anders entschieden werden kann sind grds. mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar. - Für **unselbstständige Zwischenentscheidungen** gilt der allgemeine Grundsatz, dass, wenn einfachrechtliche Rechtsbehelfe nicht zur Verfügung stehen, diese nicht mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können, wenn etwaige Verfassungsverstöße zusammen mit der Endentscheidung gerügt und noch korrigiert werden können. - Dies gilt dann nicht,

wenn schon die Zwischenentscheidung einen **bedeutsamen rechtlichen Nachteil zur Folge** hat, der mit der das Verfahren abschließenden Endentscheidung nicht mehr korrigiert werden kann; in solchen Fällen ist eine Verfassungsbeschwerde gegen Zwischenentscheidungen zulässig. – Gerade in **Strafsachen** hat dies, weil es zahlreiche Zwischenentscheidungen gibt, die endgültige Tatsachen schaffen, zu einer weitreichenden Zulässigkeit von hiergegen erhobenen Verfassungsbeschwerden geführt.

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

1. **Lemcke:** Abrechnung des Fahrzeugschadens - Das Vier-Stufen-Modell des BGH (NZV 2009, 115)
2. **Deckenbrock:** Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverteidigungskosten bei unberechtigter Geltendmachung vertraglicher Ansprüche (NJW 2009, 1247)

Bespr. der Entsch. BGH NJW 2009, 1262 = ZA 05/2009

3. **Vossler:** Kostenerstattung bei der außergerichtlichen Verteidigung gegen unberechtigte Forderungen (MDR 2009, 300)

Da die Regelungen der **§§ 91 ff. ZPO außerhalb eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses weder unmittelbar noch analog anwendbar** sind, setzt die Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten das Vorliegen einer materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage voraus. – Aufwendungsersatzansprüche gem. § 683 BGB scheiden aus, deliktische Ansprüche kommen nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht. – Besteht zwischen den Parteien eine **rechtliche Sonderverbindung**, kann diese **Grundlage für einen Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB** sein; aber auch in diesen Fällen wird eine Haftung wohl nur dann zu bejahen sein, wenn der Anspruchsteller die Sach- oder Rechtslage vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig falsch beurteilt hat; denn ansonsten würde die Inanspruchnahme entsprechend **§ 193 StGB durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt** sein; eine strengere Haftung auch für einfache Fahrlässigkeit ist nur dann angezeigt, wenn der zu Unrecht in Anspruch genommene seinerseits besonders schutzwürdig ist.

4. **Merten/Baumeister:** Der neue Versorgungsausgleich in der betrieblichen Altersversorgung (DB 2009, 957)
5. **Quaas:** Die Rspr. des Senats für Anwaltssachen des BGH im Jahre 2008 (BRAK-Mitt 2009, 42)
6. **Winkemann:** Realteilung von Freiberuflersozietäten - Steuerfalle Praxiswert (NJW 2009, 1308)

Bei der **Trennung einer Sozietät von Freiberuflern** besteht das wesentliche **steuerliche Risiko** in der **Besteuerung des Praxiswerts und des Mandantenstamms**. - Zu diesem Themenkomplex sind viele **Detailfragen** nach wie vor **ungeklärt**: Dies gilt z.B. für die genaue Abgrenzung von Praxiswert und Mandantenstamm; es ist deshalb dringend zu empfehlen, vor der Trennung steuerlichen Rat einzuholen, um einen möglichst sicheren Weg zu finden, dieses Steuerrisiko zu vermeiden oder zu reduzieren. - Die **Besteuerung des Praxiswerts und des Mandantenstamms droht insbesondere bei der fehlgeschlagenen Realteilung**, also in den Fällen, in denen auf die jeweilige Nachfolgesozietät kein Teilbetrieb, sondern einzelne Wirtschaftsgüter übergehen; gelingt es nicht, bereits vor der Beschlussfassung über die Trennung durch entsprechende Gestaltung Teilbetriebe zu schaffen, ist dies in den Konstellationen problematisch, in denen die Sozien nicht in den folgenden drei Jahren als Einzelanwälte tätig werden; in den Fällen, in denen die Sozien im Rahmen von Nachfolgeeinheiten tätig werden wollen, sollte in steuerlicher Hinsicht die Möglichkeit einer Fortführung der Sozietät bei Ausscheiden eines Teils der Sozien gegen Sachwertabfindung geprüft werden; kommt auch dies nicht in Betracht, sollte versucht werden, einen möglichst großen Teil der **stillen Reserven dem Mandantenstamm zuzuordnen**, da dieser zum einen in einem kürzeren Zeitraum **steuermindernd abgeschrieben** werden kann und zum anderen – was jedoch der Auffassung der Finanzverwaltung entgegensteht - argumentiert werden könnte, dass es infolge der Überführung in das Sonderbetriebsvermögen bei der Nachfolgesozietät nicht zu einer Besteuerung kommt.

## Vorabentscheidungsverfahren, Art. 234 EGV

Rechtsschutzziel: Klärung der Auslegung von Gemeinschaftsrecht (vgl. konkrete Normenkontrolle im dt. Prozessrecht)

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständiges Gericht

Der EuGH für das Verfahren gem. Art. 225 I S. 2 EGV zuständig

#### II. Vorlageberechtigung

Vorlageberechtigt sind die staatlichen Gerichte der Mitgliedstaaten (nichtstaatliche Gerichte nur dann, wenn sie als unabhängige Instanzen zur endgültigen Streitentscheidung befugt sind).

Besteht eine Vorlageverpflichtung?

(-), wenn die Entscheidung des nationalen Gerichts noch mit Rechtsmitteln angreifbar ist

(+), wenn es keine Rechtsmittel mehr gibt

#### III. Vorlagegegenstand, § 234 EGV

Der EuGH entscheidet in diesem Verfahren nur über

- Auslegung einer Vertragsbestimmung, nicht über die Anwendung einer Norm im Einzelfall
- Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Gemeinschaftsorgane und der EZB
- Auslegung von Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen

#### IV. Ordnungsgemäße Vorlage

#### V. Vorlagebefugnis

Eine Befugnis der nationalen Gerichte zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens besteht nur, wenn es die Entscheidung über die gemeinschaftsrechtliche Frage für entscheidungsrelevant zum Erlass seines Urteils hält. Die Prüfung dieser Frage obliegt allein den nationalen Gerichten; eine Prüfung durch den EuGH findet nicht statt.

### B. Entscheidung

Bei Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen beantwortet der EuGH die ihm gestellte Frage.

Die Entscheidung des EuGH ist für das vorlegende Gericht bindend. Fraglich ist jedoch, ob auch eine Bindung für weitere Fälle besteht.

- Berechtigung der nationalen Gerichte, das Gemeinschaftsrecht in Übereinstimmung mit dem EuGH auszulegen
- Berechtigung der nationalen Gerichte, bei Ungültigkeitserklärung einer Norm durch den EuGH ebenfalls von der Ungültigkeit auszugehen
- Pflicht zur erneuten Vorlage bei angestrebter Abweichung von einer Vorabentscheidung durch den EuGH

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Zivilrecht

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

<b>Land:</b> <b>Hessen</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Dr. S</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>23.01.2009</b>
-------------------------------	--	---

### Zur Person:

S ist eine sehr angenehme und routinierte Prüferin. Ihre Fragen waren präzise und gut verständlich. Durch ihre Ruhe hat sie deutlich dazu beigetragen, dass die anfängliche Nervosität bei mir abgenommen hat.

Sie gab Fragen nicht sofort weiter, wenn der Prüfling die Antwort nicht wusste, sondern ließ ihm die Chance, durch Blättern im Gesetz noch die richtige Lösung zu finden. Hilfestellungen gab sie nicht immer selbst, sondern fragte einen anderen Prüfling, ob er „aus-helfen“ könne. Eine meiner Meinung nach sehr gute Methode, da so niemand unnötig lang in der Luft hängt und die anderen trotzdem ihr Wissen präsentieren können.

Durch ihre Mimik und gelegentlichen Hinweise, wusste man eigentlich immer, ob man mit der Antwort auf dem richtigen Weg war oder nicht. Insgesamt ist S als Prüferin ein echter Gewinn.

### Zur Sache:

Entgegen früheren Protokollen hat S ausschließlich Insolvenzrecht geprüft. Sie begann ganz allgemein mit den Grundsätzen des Insolvenzverfahrens und den Unterschieden zur Einzelzwangsvollstreckung. Zu nennen warfen hier u.a. Gläubigergleichbehandlung, Prioritätsgrundsatz, Zerschlagung des gesamten Vermögens, Zugriff nur auf einzelne Vermögensgegenstände.

Nun wollte S wissen, wer insolvenzfähig ist (vgl. § 11 InsO) und welche Unterschiede sich ergeben, wenn der Gemeinschuldner eine natürliche oder juristische Person ist: Juristische Personen werden z.B. mit dem Eröffnungsbeschluss aufgelöst. Bei natürlichen Personen ist nicht nur das Regelverfahren, sondern auch das Kleinverfahren zulässig. Außerdem kann eine natürliche Person Restschuldbefreiung erlangen. S ging dann noch ausführlicher auf die Voraussetzungen der Restschuldbefreiung insbesondere die Wohlverhaltensphase ein und darauf, unter welchen Voraussetzungen ein Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet werden kann (§ 304 InsO). In diesem Zusammenhang wurde noch die Eigenverwaltung durch den Schuldner und deren Folgen vertieft: Der Schuldner behält die Verfügungsgewalt über sein Vermögen (sie geht nicht nach § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter über) und er wird nur durch einen Sachverwalter kontrolliert.

Nach diesen allgemeinen Ausführungen sollten wir die verschiedenen Arten von Gläubigern nennen und darstellen: Aus- und Absonderungsberechtigte, Masse-, Insolvenz-, Neu- und nachrangige Gläubiger. Vertieft wurden nur die Aus- und Absonderungsberechtigten. Aussonderungsberechtigte nehmen nicht am Insolvenzverfahren teil, es gelten die allgemeinen Regelungen, während die Absonderungsberechtigten am Insolvenzverfahren teilnehmen und nur Anspruch auf vorrangige Befriedigung haben. Wir sollten Beispiele für Aussonderungsrechte nennen: Dazu gehören dingliche und persönliche Rechte, wie Eigentum oder Herausgabeansprüche, nicht allerdings Hypotheken. Diese fallen wie andere Pfandrechte nur unter § 51 InsO und berechtigen zur Absonderung.

Danach stellte S noch einen kleinen

**Fall:** Es wird das Insolvenzverfahren über eine natürliche Person P eröffnet. Der Gläubiger G hat gegen P eine Bürgschaftsforderung, weil S für seine Ehefrau gebürgt hat. G erfährt nun von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und will wissen, was er tun muss.

Er muss seine Forderung zur Tabelle anmelden. Wenn P den Insolvenzverwalter davon überzeugen kann, dass die Forderung erloschen ist, wird dieser im Feststellungstermin widersprechen. G muss dann Feststellungsklage nach § 256 ZPO erheben. Die Leistungsklage ist nicht die richtige Klageart, da das Klagebegehren des G dahin geht, dass seine Klage in die Tabelle aufgenommen wird. Die Feststellung ist Voraussetzung dafür, dass G im Verteilungsverfahren berücksichtigt wird, außerdem dient die Eintragung in die Tabelle nach Ende des Insolvenzverfahrens als Vollstreckungstitel (§ 201 II 1 InsO). Es wurde dann noch eine analoge Anwendung von § 51 Nr. 1 InsO auf die Bürgschaftsforderung angesprochen, die aber abzulehnen ist, da es sich bei der Bürgschaft um eine Personalsicherheit handelt.

Damit war die Prüfungszeit auch schon vorbei.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Öffentliches Recht

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

<b>Land:</b> Sachsen-Anhalt	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> VRiOLG Dr. N.	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 11.02.2009
--------------------------------	---	--

#### Allgemeines:

Unsere Prüfung fand bereits am zweiten Prüfungstag des Prüfungszeitraums für die mündliche Prüfung statt. Wir hatten deshalb nur eine sehr kurze Vorbereitungsphase von ca. zweieinhalb Wochen (zugunsten der Notenbekanntgabe der schriftlichen Prüfung und Mitteilung der Prüfungskommission). Trotz dieser hektischen und stressigen Vorbereitungssituation konnten wir uns alle verbessern. Wir waren fünf Prüflinge mit Ausgangspunkten von 4,4 bis 6,59. Am Ende konnten wir uns alle um 0,5 bis 1 Punkt verbessern, jedoch bleiben die großen Punkte aus. Die Prüfungssituation war stets angenehm.

#### Zur Person:

N prüfte das Wahlfach. Eine Vorbereitung auf diesen Prüfungsteil war gezielt nicht möglich, da es keine Protokolle über N in der Wahlfachgruppe (Verwaltung) gab. N prüfte ausschließlich Beamtenrecht.

#### Zur Prüfung:

Die Prüfung befasste sich mit den § 12b BRRG, Art. 6 I 1 Nr. 2b, 32a BayBG. N teilte uns mit, der Bayerische Beamtenbund habe den Art. 32a BayBG vor dem Verfassungsgericht überprüfen lassen.

F: Wissen Sie um welche Klage es sich gehandelt hat?

A: Um eine Popularklage gem. Art. 98 S. 4 BV.

F: Nennen Sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen für diese Klage.

A: Klageberechtigung: Jedermann, statthaft gegen Gesetze im formellen- und materiellen Sinn, also auch gegen Verordnungen und Satzungen, Geltendmachen einer Verletzung einer Vorschrift der BV durch das Gesetz, umfassender Prüfungsmaßstab, d.h. der BayVerfGH überprüft nicht nur das als verletzt gerügte Grundrecht oder grundrechtsgleiche Recht, sondern überprüft die Verfassungsgemäßheit der angegriffenen Rechtsnorm anhand der gesamten BV.

F: Warum ist das so?

A: Es handelt sich um objektives Rechtsbeanstandungsverfahren.

F: Wie ist das Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit?

A: Vor dem BVerfG kann man eine Verletzung von Grundrechten des GG geltend machen, vor dem Landesverfassungsgericht eine Verletzung der BV. Die Verfassungsräume des Bundes und der Länder stehen unabhängig nebeneinander.

F: Wie ist das jetzt mit dem Art. 32a BayBG?

A: § 12b BRRG, Art. 6 I 1 Nr. 2b, 32a BayBG ermöglicht, dass ein Amt mit leitender Funktion (z.B. Regierungspräsident) zunächst im Beamtenverhältnis auf Zeit übertragen wird. Die Rechtskonstruktion führt zu einem Nebeneinander eines basisamtsbezogenen Teilgrundstatus in Form des Beamtenverhältnisses auf Zeit. Darin liegt ein Verstoß gegen das Lebenszeitprinzip (Art. 6 I 2 BayBG), dass zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zählt und in Art. 95 I BV garantiert wird.

# 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**

