



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA) Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

34. Jahrg.

September 2009

Heft 09

---

**Aus dem Inhalt:**

- BVerfG:** Überlange Verfahrensdauer und effektiver Rechtsschutz
- OLG Frankfurt:** Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung
- BVerfG:** Computerkriminalität (Verwendung von "Hacker-Tools")
- EuGH:** Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch
- OVG Bautzen:** Vorlaufzeit bei mobilem Parkverbot
- BGH:** Unwirksame AGB in vollstreckbarer Urkunde
- OVG Münster:** Drittanfechtung eines Verwaltungsaktes



#### **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

Das Opferrechtsreformgesetz.....	1
Die Zwangsvollstreckungsrechtsreform.....	2

### Brandaktuell

BVerfG: Überlange Verfahrensdauer und effektiver Rechtsschutz (Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles) .....	3
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

OLG Frankfurt: Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung (Abgrenzungskriterien).....	4
BAG: Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat (Nichtanwendbarkeit von § 126 I BGB) .....	6

#### Strafrecht

BVerfG: Computerkriminalität (Verwendung von „Hacker-Tools“).....	10
KG: Verbreitung pornografischer Schriften (Kalender mit Aktaufnahmen von Männern) .....	15

#### öffentl. Recht

EuGH: gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch (Verjährung und Subsidiarität) .....	19
OVG Bautzen: Vorlaufzeit bei mobilem Parkverbot (Rechtmäßigkeit von Kostenbescheid und Ersatzvornahme).....	23

#### Kurzauslese I

OLG Karlsruhe: Mitverschulden (Mitfahrt mit betrunkenem Fahrer).....	27
BGH: Nacherfüllungsverlangen (auch noch in der Berufungsinstanz zulässig).....	27
BGH: Wertersatzverfall (ermittlungsbehördlich aufgewandtes Scheinkaufgeld).....	27
BGH: Vergewaltigung (Ausnutzen einer hilflosen Lage).....	29
BGH: Verdeckungsmord (andere Straftat).....	29
BGH: gefährliches Werkzeug („K.O.-Tropfen“).....	29
BGH: Hehlerei (Absatzhilfe).....	31
BVerwG: Dienstunfall (maßgeblicher Dienstort bei Dienstreise).....	31
OVG Bautzen: Gasthörer (zulässiger Ausschluss in zulassungsbeschränkten Fächern).....	33
OVG Bautzen: Jur. Staatsprüfung (Rügepflicht des Kandidaten).....	35

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

BGH: Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (Voraussetzungen bei Pflichtteilsanspruch) .....	37
---	----

BGH:	Unwirksame AGB in vollstreckbarer Urkunde (Einwand im Klauselerinnerungsverfahren).....	41
<b>Strafrecht</b>		
BGH:	Beweisverwertungsverbot (heimliche Überwachung von Ehegattengesprächen).....	43
<b>öffentl. Recht</b>		
HessStGH:	Grundrechtsklage gegen eine Rechtsnorm (Maßstäbe für Subsidiarität).....	49
OVG Münster:	Drittanfechtung eines Verwaltungsaktes (Verletzung in eigenen Rechten) .....	53
<b>Kurzauslese II</b>		
OLG Frankfurt:	öffentliche Klagezustellung (E-Mail-Anfrage zur Anschriftenermittlung) .....	55
BGH:	Amtshaftung (pflichtwidriges Handeln des Gerichtsvollziehers).....	55
OLG München:	Europäischer Vollstreckungstitel (Ordnungsmittelbeschluss).....	55
BGH:	Gläubigerausschuss (Mindestbesetzung: 2 Mitglieder).....	57
BGH:	Restschuldbefreiung (ungenügender geschäftlicher Erfolg des selbstständigen Schuldners).....	57
BGH:	Schmuggelfahrt (Tatbegriff des Art. 54 SDÜ).....	57
OLG Hamm:	Einspruchsfrist (falsche Adressierung bei gemeinsamer Posteingangsstelle).....	59
OVG Münster:	Ausschluss eines Ratsmitglieds (kein Verwaltungsakt).....	61
VGH Mannheim:	Baugenehmigungsverfahren (notwendige Beiladung der Nachbarn).....	61
<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....		63
<b>Prüfungsschema:</b> Aufbau § 242 StGB .....		67
<b>Aus der mdl. Prüfung</b>		
Referendarprüfung:	Strafrecht .....	68
Assessorprüfung:	Öffentliches Recht.....	69

## Aus der Gesetzgebung

### A. Das Opferrechtsreformgesetz

Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz) v. 29.07.2009, In-Kraft-Treten am 01.10.2009 (BGBl I, S. 2280)

Die Neuregelungen des 2. Opferrechtsreformgesetzes verfolgen das Ziel, Opfer und Zeugen von Straftaten besser zu schützen und ihre Rechte im Strafverfahren zu erweitern. Das Gesetz sieht Verbesserungen in drei zentralen Bereichen vor:

#### I. Schutz von Verletzten

Der Opfer des Delikts und den Folgen wird künftig ein stärkeres Gewicht beigegeben.

- Im neuen § 395 StPO wird daher nun auch Opfern von Zwangsheirat oder sexueller Nötigung die Möglichkeit eingeräumt, sich dem Verfahren als Nebenkläger anzuschließen. Auch Opfer von Raub, Erpressung oder anderen Delikten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter sind in Zukunft nebenklagebefugt, wenn sie von schweren Tatfolgen betroffen sind.
- Daneben wird im neuen § 397a StPO der Kreis derjenigen erweitert, die – unabhängig von ihren wirtschaftlichen Voraussetzungen – Anspruch auf Beiordnung eines kostenlosen Opferanwalts haben.

#### II. Schutz von Zeugen

- Die Möglichkeit des Zeugen, jederzeit einen Rechtsanwalt als Zeugenbeistand hinzuzuziehen, wird erstmalig gesetzlich verankert.
- Zudem kann das Gericht besonders schutzbedürftigen Zeugen nun in mehr Fällen als bisher einen anwaltlichen Beistand beiordnen (§ 68b StPO).
- Die nach § 68 II StPO für Zeugen bestehende Möglichkeit, in bestimmten Fällen ihren Wohnort nicht angeben zu müssen, wird erweitert.
- Erstmals wird festgeschrieben, dass der Zeuge auch im Nachhinein den Austausch seiner Adresse gegen eine andere Anschrift verlangen kann, wenn sich die Gefährdung erst nach Beendigung nach seiner Aussage ergibt.

#### III. Schutz von Jugendlichen

Die Schutzaltersgrenze wird in verschiedenen Vorschriften der StPO und des GVG von derzeit 16 auf nunmehr 18 Jahre heraufgesetzt. Danach kann künftig auch bei 16- und 17-jährigen Zeugen etwa die Öffentlichkeit ausgeschlossen, der Anklagte zum Schutz des Zeugen aus dem Gerichtssaal entfernt oder der Zeuge per Video befragt werden.

### B. Die Zwangsvollstreckungsrechtsreform

Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung und zur Änderung anderer Gesetze v. 30.07.2009, In-Kraft-Treten i. w. am 01.09.2009 (BGBl. I, S. 2474) und

Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung v. 29.07.2009, In-Kraft-Treten i. w. am Tage nach der Verkündung, i. ü. am 01.01.2013 (BGBl I, S. 2258)

#### I. Allgemeines

Durch zwei Gesetze ist das Zwangsvollstreckungsrecht modernisiert worden: So können Gerichtsvollzieher künftig erstmals von dritter Seite Informationen über

die Vermögensverhältnisse von Schuldnern erhalten, damit sie titulierte Forderungen erfolgreich betreiben können. Zudem wird die Internetversteigerung von Gegenständen, die vom Gerichtsvollzieher in der Zwangsvollstreckung gepfändet wurden, als Regelfall der Verwertung neben der bisher üblichen Versteigerung vor Ort etabliert.

## **II. Die wichtigsten gesetzlichen Neuregelungen im Einzelnen**

### **1. Die Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung**

- Künftig kann der Gerichtsvollzieher vom Schuldner eine Vermögensauskunft verlangen ohne dass der erfolglose Versuch einer Sachpfändung, d. h. der Pfändung von beweglichen Gegenständen im Eigentum des Schuldners, vorausgehen muss.

Gibt der Schuldner die Vermögensauskunft nicht ab oder ist nach dem Inhalt der Auskunft eine Befriedigung des Gläubigers nicht zu erwarten, ist der Gerichtsvollzieher in Zukunft befugt, Fremdauskünfte z.B. bei den Trägern der Rentenversicherung, beim Bundeszentralamt für Steuern und beim Kraftfahrt-Bundesamt über ein Arbeitsverhältnis, Konten, Depots oder Kraftfahrzeuge des Schuldners einzuholen.

- Auch das Schuldnerverzeichnis bei den Amtsgerichten, in dem zahlungswillige bzw. –unfähige Schuldner dokumentiert werden, soll durch ein zentrales Vollstreckungsgericht als landesweites Internet-Register geführt werden. Vermieter und Handwerker können sich also zentral Informationen über die Kreditwürdigkeit ihrer potentiellen Vertragspartner verschaffen.

### **2. Die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung**

Bislang ist die Versteigerung von beweglichen Sachen in der ZPO als Präsenzversteigerung vor Ort durch den Gerichtsvollzieher vorgesehen. Die dafür notwendige Anwesenheit von Versteigerer und Bieter ist umständlich und verursacht nicht zuletzt wegen der Anreise teilweise hohe Kosten. Der Gerichtsvollzieher kann die gepfändeten Sachen auf eine bestimmte Art – etwa über das Internet – nur dann versteigern, wenn der Gläubiger oder Schuldner dies beantragt. Das ist aufwändig und unpraktikabel.

Künftig soll die Versteigerung beweglicher Sachen daher ohne weiteres im Internet erfolgen können und als gesetzlicher Regelfall neben der Präsenzversteigerung etabliert werden.

## Brandaktuell

**GG**      **Überlange Verfahrensdauer und effektiver Rechtsschutz**      **VerfR**  
**Art. 20 III**      **Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls**  
**(BVerfG Pressemitteilung Nr. 104/2009; Urteil vom 02.09.2009 –1 BvR 3171/08)**

**Fall:** Die Beschwerdeführerin klagt auf Abfindungsansprüche nach Kündigung des Sozietätsvertrages einer Steuerberaterpraxis. Sie hatte die Kündigung erklärt, weil der Beklagte Mandate auf eigene Rechnung bearbeitet hatte. Sie hatte ihre Klage im Jahre 1995, also vor 14 Jahren, beim Landgericht Hannover eingereicht. Zwei Teilurteile des Landgerichts hatte das Oberlandesgericht 2004 und 2008 aufgehoben und den Rechtsstreit jeweils an das Landgericht zurückverweisen. Umstritten ist neben dem Wert der Praxis vor allem, ob und inwieweit die Beschwerdeführerin Mandate nach Kündigung des Sozietätsvertrages weiter betreut und dadurch Umsätze erwirtschaftet hat, die ihren Abfindungsanspruch mindern würden. Der Verfahrensausgang ist für die Beschwerdeführerin von besonderer Bedeutung, weil der geltend gemachte Anspruch ihrer Schilderung nach den Hauptbestandteil ihres Vermögens ausmacht und sie durch Schulden, die sie im Zusammenhang mit dem Erwerb der gekündigten Beteiligung an der Steuerberaterpraxis aufgenommen hatte, noch belastet ist.

Die außergewöhnlich lange Dauer des komplizierten Verfahrens, in dem bislang ein Gutachten und fünf Ergänzungsgutachten angefordert wurden, beruht auf einigen dem Gericht nicht anzulastenden Umständen: Neben der Komplexität des Rechtsstreits ist insbesondere zu berücksichtigen, dass erhebliche Zeit durch die Einholung der Gutachten verstrichen ist. Deren Erstellung wurde dadurch verzögert, dass erforderliche Unterlagen zeitweise durch die Staatsanwaltschaft beschlagnahmt waren, überdies das Ergebnis der staatsanwaltlichen Ermittlungen für den Praxiswert von Bedeutung war und deshalb aus arbeits-ökonomischen Gründen abgewartet wurde, so dass das erste Gutachten erst im Jahr 2000 vorgelegt werden konnte. Eine im Jahr 2001 erhobene Widerklage und im Jahr 2002 geltend gemachte Aufrechnungen haben zu einer weiteren Erschwerung und Verzögerung des Verfahrens geführt.

Die Beschwerdeführerin sieht hierdurch ihr Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzt und hat Verfassungsbeschwerden erhoben.

Das BVerfG hat nunmehr eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III 3 GG festgestellt. Dem Landgericht ist zwar nicht vorzuwerfen, dass es das Verfahren durch schlichte Nichtbearbeitung verzögert hätte, es hätte aber wegen der außergewöhnlich langen Verfahrensdauer das Verfahren nicht **wie einen gewöhnlichen Rechtsstreit** behandeln dürfen, sondern hätte nach wenigen Jahren sämtliche ihm zur Verfügung stehenden **Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung** nutzen müssen. Auch ein Bemühen um gerichtssinterne Entlastungsmaßnahmen wäre in Betracht zu ziehen gewesen.

Es fällt besonders ins Gewicht, dass das Landgericht jedenfalls bis April 2009 nicht in die Beweiserhebung über die Frage einer Minderung des Anspruchs der Beschwerdeführerin wegen der möglichen Weiterbetreuung von Sozietätsmandaten eingetreten ist, obwohl die Parteien eine Vielzahl von Zeugen benannt hatten und die Relevanz dieses Punktes bereits im Jahr 2004 vom Oberlandesgericht bindend festgestellt worden war. Zeugen hätten parallel zur Einholung der Ergänzungsgutachten vernommen werden können. Der mit dem dafür erforderlichen **Anlegen einer Zweitakte verbundene Aufwand war angesichts der Verfahrensdauer in Kauf zu nehmen**. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, weshalb das Landgericht das vierte Ergänzungsgutachten nicht parallel zum Berufungsverfahren über das zweite Teilurteil im Jahr 2007 in Auftrag gegeben hat.

Der **Beschluss bestätigt**, dass bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Frage, ab wann ein Verfahren unverhältnismäßig lange dauert, **sämtliche Umstände des Einzelfalls** zu berücksichtigen sind, vor allem: die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache für die Parteien; die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten; die Schwierigkeit der Sachmaterie; das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere **Verfahrensverzögerungen durch sie sowie die gerichtlich nicht zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen**. Ferner haben die Gerichte auch die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich **mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen**.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 823

### Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung Abgrenzungskriterien

DeliktsR

(OLG Frankfurt in OLG Report 2009, 530; Urteil vom 26.02.2009 – 16 U 152/08)

1. Ein Recht zur **Gegendarstellung** kann sich im Wege der **Naturalrestitution** auch als **Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB** ergeben.
2. Die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerung ist danach vorzunehmen, dass die **Tatsachenbehauptung dem Beweis zugänglich** ist, die **Meinungsäußerung** hingegen **nicht**.
3. Sind beide Äußerungsformen miteinander **verbunden** und macht dies gemeinsam den Sinn der Äußerung aus, so liegt dann **insgesamt eine Meinungsäußerung** vor, wenn das Gesamtergebnis durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt wird.
4. In diesem Fall kann die **Richtigkeit der Tatsachengrundlage** bei der rechtlichen Bewertung der Meinungsäußerung **in die Abwägung eingestellt** werden. .

#### A. Grundlagenwissen: Recht auf Gegendarstellung

Zwar sehen die **Pressegesetze** der Länder zwischenzeitlich weitgehend Gegendarstellungsansprüche vor, daneben kann der Gegendarstellungsanspruch aber im Rahmen der in § 249 I BGB vorgesehenen **Naturalrestitution** auch als Schadensersatzanspruch wegen **Verletzung eines durch § 823 I BGB geschützten sonstigen Rechts** geltend gemacht werden.

Gegendarstellungsansprüche in den Pressegesetzen der Länder:

§ 11 LPressG BW, Art. 10 BayPrG, § 10 PresseG Bln, § 12 BbgPG, § 11 PresseG HB, § 11 PresseG HH, § 11 HPresseG, § 10 LPrG M-V, § 11 LPrG NW, § 11 LPrG Nds, § 11 LMG RhiPf, § 10 MG Saarl, § 10 SächsPresseG, § 10 LPresseG LSA, § 11 LPresseG SH, § 11 PG Thür

Voraussetzungen eines solchen Anspruchs sind:

1. **rechtliches Interesse** des Betroffenen an der Gegendarstellung,
2. Betroffenheit von **Tatsachenbehauptungen**,
3. **Angemessenheit** der Gegendarstellung im Vergleich mit dem **Umfang** der Erstmittlungen,
4. **Schriftform**,
5. **keine strafbaren Inhalte**,
6. **Anspruch des Betroffenen** und seines Vertreters auf Abdruck,
7. Einhaltung einer **3-monatigen Ausschlussfrist**.

#### B. Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung

**Fall:** Die B hat am 17.04.2008 in einer mit „Toleranzpreis für Kirchengemeinde und Aktionsbündnis gegen Rechtsextremismus“ überschriebenen Meldung über die Verleihung eines Preises an die Gewinner eines von der Bundesregierung ausgeschriebenen Wettbewerbs „Aktive Demokratie und Toleranz 2007“ veröffentlicht hat. Berichtet wird darin auch über eine Rede des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium der Justiz X mit dem folgenden Text:

*Zugleich erhob der Staatssekretär schwere Vorwürfe gegen die Zeitung Junge Freiheit, die das Projekt 2006 in einem Artikel verunglimpft habe. „Die Junge Freiheit werde von der Jugendorganisation der NPD gelenkt“, erklärte er.*

Wegen dieser Veröffentlichung forderte die A die B zum Abdruck einer Gegendarstellung auf. Einem entsprechenden Begehren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat das Landgericht stattgegeben und nach Widerspruch der B die einstweilige Verfügung auch bestätigt.

Zur Begründung hat es darauf abgestellt, dass es sich bei der streitgegenständlichen Äußerung „die Junge Freiheit werde von der Jugendorganisation der NPD gelenkt“ um eine Tatsachenbehauptung handele. Es lasse sich der Äußerung des Staatssekretärs nämlich der Tatsachenkern entnehmen, dass die A mit der Jugendorganisation der NPD in einer Verbindung stehe und über entsprechende Kontakte bzw. die Möglichkeit der Einflussnahme verfüge. Der Empfänger verstehe darunter die Möglichkeit, dass die Jugendorganisation der NPD aufgrund von persönlichen und/oder rechtlichen Beziehungen Entscheidungsprozesse der A steuern könnte. Diese Umstände seien dem Beweis zugänglich. Entsprechend habe die A hinreichend glaubhaft gemacht, dass keinerlei Einfluss auf ihre Tätigkeit, insbesondere nicht auf die redaktionelle Berichterstattung, durch die Jugendorganisation der NPD ausgeübt werde.

Gegen das Urteil hat die B Berufung eingelegt, mit der sie weiterhin geltend macht, dass es sich bei der streitgegenständlichen Äußerung um eine Meinungsäußerung gehandelt habe.

A hat einen Anspruch auf Gegendarstellung, wenn die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. Ein **rechtliches Interesse** ist anzunehmen, fraglich ist jedoch, ob es sich bei der streitigen Äußerung, um deren Abdruck es geht, um eine **Tatsachenbehauptung** handelt, wegen der ein Gegendarstellungsanspruch gegeben sein kann oder ob es sich lediglich um eine **Meinungsäußerung** handelt, die keinen Gegendarstellungsanspruch gewährt.

### I. Allgemeine Abgrenzung

**Tatsachenbehauptungen** liegen dann vor, wenn sich die **Richtigkeit** der Gesamtbehauptung **durch eine Beweiserhebung klären** lässt, es sich also um beweisbare Vorgänge handelt. Demgegenüber sind **Meinungsäußerungen** in ihrem wesentlichen Inhalt durch **Elemente des Meinens und Dafürhaltens** gekennzeichnet und einem objektiven Richtigkeitsbeweis nicht zugänglich

*„Sind beide Äußerungsformen miteinander **verbunden** und macht dies gemeinsam den Sinn der Äußerung aus, so liegt dann **insgesamt eine Meinungsäußerung** vor, wenn das Gesamtergebnis durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt wird, insbesondere wenn durch eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte der Sinn der Äußerung aufgehoben oder verfälscht würde.“*

***Vermengen** sich in einer Äußerung **wertende und tatsächliche Elemente** in der Weise, dass die Äußerung insgesamt als Werturteil anzusehen ist, kann im Rahmen der Abwägung zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen die **Richtigkeit der in der Meinungsäußerung enthaltenen tatsächlichen Behauptungen** eine Rolle spielen. Es ist eine einzelfallbezogene Abwägung vorzunehmen.“ (OLG Frankfurt aaO)*

### II. Bewertung im Fall

*„Soweit zunächst die Frage der Beweisbarkeit der maßgeblichen Äußerung betroffen ist, so wird diese nicht durch weitere Tatsachen untermauert, so dass von vornherein nicht gesagt werden kann, wie und auf welche Weise die **„Lenkung“** der Antragstellerin durch die Jugendorganisation stattfinden sollte. Die B hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass dies auf die **unterschiedlichsten Arten** möglich ist, ohne dass sich hier allerdings irgendwelche Anhaltspunkte dafür ergeben, welche konkreten Umstände eine solche Lenkung dokumentieren sollen. Soweit das Landgericht - zusammen mit der A - sich Gedanken darüber macht, wie diese Lenkung stattfindet - ob über rechtliche oder wirtschaftliche Verbindungen, Einflussnahme auf die redaktionelle Tätigkeit der A -, handelt es sich um nichts anderes als **Mutmaßungen**, die **eines realen Tatsachenkerns gerade entbehren**.“*

*Nimmt man den **Zusammenhang** dazu, **in dem die Äußerung gefallen** ist, dann ergibt sich nach Auffassung des Senats, dass schon der Staatssekretär und erst recht die A eine Meinungsäußerung kundtun wollten, die unmittelbar mit dem **vorausgegangenen Artikel** in dem Blatt der A zusammenhängt, in dem - zwischen den Parteien unstreitig - das Projekt 2006 **verunglimpft** wurde. Erwähnt wird in dem Artikel der B zusätzlich, dass der Staatssekretär schwere Vorwürfe gegen die A erhoben hat, die zusammenfassend in der Formulierung kumulierten, die A werde durch die Jugendorganisation der NPD gelenkt in dem Sinne, dass sie - die A - rechtsradikales Gedankengut transportiere und daher in einen Zusammenhang mit einer dieses verbreitenden Organisation zu rücken sei.“ (OLG Frankfurt aaO)*

**Ergebnis:** Der Äußerung kommt überwiegend die Qualität einer Meinungsbekundung zu mit der Folge, dass sie nicht Gegenstand einer Gegendarstellung sein kann. Ein Anspruch auf Gegendarstellung nach §§ 823 I, 249 I BGB ist nicht gegeben.

BGB  
§ 126 I

**Zustimmungsverweigerung durch Betriebsrat**  
**Nichtanwendbarkeit von § 126 I BGB**  
 (BAG in NZA 2009, 627; Beschluss vom 09.12.2008 – 1 ABR 80/07)

BGB

1. Bei vorgesehener **Schriftform** gilt § 126 I BGB nur für **Rechtsgeschäfte**.
2. Eine **analoge Anwendung auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen** kommt nur nach Abwägung im **Einzelfall** in Betracht.
3. Bei der **Zustimmungsverweigerung** nach § 99 III 1 BetrVG handelt es sich um eine **geschäftähnliche Handlung**, bei der die analoge Anwendung von § 126 I BGB nicht in Betracht kommt.
4. Für die **Zustimmungsverweigerung** gilt die **Textform analog § 126b BGB**, wonach die Nachbildung der Namensunterschrift ausreicht.

**Fall:** A als Betreiberin eines Warenhauses hat von der gewählten Arbeitnehmervertretung die Zustimmung zu einer entgeltbezogenen Umgruppierung einer Arbeitnehmerin in die Gehaltsgruppe III erbeten. Mit Schreiben vom 29.11.2005 lehnte der Betriebsrat das mit ausführlicher Begründung ab. Er hielt die Einreihung in eine höhere als die Gehaltsgruppe III für zutreffend. Das Schreiben endet mit der maschinenschriftlichen Wiedergabe des Namens des Betriebsratsvorsitzenden unter Nennung seiner Amtsfunktion. Es ist handschriftlich nicht unterzeichnet. Das Schreiben wurde dem Filialgeschäftsführer am 29.11.2005 vom Vorsitzenden des Betriebsrats persönlich übergeben.

Die Parteien streiten nunmehr darum, ob diese Zustimmungsverweigerung wirksam erfolgt ist.

Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei personellen Einzelmaßnahmen ist in § 99 BetrVG vorgesehen. Die **Verweigerung der Zustimmung** durch den Betriebsrat hat nach § 99 III 1 BetrVG unter Angabe von Gründen **schriftlich** zu erfolgen. Fraglich ist, ob diese Schriftlichkeit im **Sinne von § 126 BGB** eine **eigenhändige Namensunterschrift** des Urhebers erfordert.

### I. Anwendungsbereich des § 126 BGB

1. Nach der Rspr. des BAG ist das in § 126 BGB vorgesehene **Formerfordernis** trotz des offenen Wortlauts der Vorschrift **auf Rechtsgeschäfte beschränkt**. Auf **rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen** ist die Bestimmung **nicht unmittelbar** anzuwenden.

*„Dies folgt aus dem **systematischen Zusammenhang von § 126 BGB** mit der schon ihrem Wortlaut nach nur für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschrift des § 125 BGB und der Stellung beider Bestimmungen im Gesetzesabschnitt über „**Rechtsgeschäfte**“ und dort im Titel „**Willenserklärung**“ (BAGE 101, 298 = NZA 2003, 226 = NJW 2003, 843 m.w.N.; BAGE 96, 28 = NZA 2001, 231 = NJW 2001, 989; ähnlich BGHZ 47, 352 = NJW 1967, 1800; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB, 67. Aufl., § 126 Rn 1; Ulrici NJW 2003, 2053; Gragert/Wiehe NZA 2001, 311).*

***Daran hat die Ergänzung von § 126 BGB um § 126a und § 126b BGB** durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. 7. 2001 (BGBl I, 1542) **nichts geändert**. Auch die neu eingefügten §§ 126a, 126b BGB sind vielmehr wegen des fortbestehenden Sachzusammenhangs mit den Bestimmungen über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte **unmittelbar nur auf Willenserklärungen anwendbar**.*

*Für **rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen** gelten sie **allenfalls entsprechend**. Der Gesetzgeber hat deren generelle Gleichbehandlung mit Willenserklärungen weiterhin nicht angeordnet. Die nur analoge Anwendbarkeit von §§ 126ff. BGB auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen entspricht damit nach wie vor der Systematik des Gesetzes.“ (BAG aaO).*

2. Zwar sieht das **BGB an verschiedenen Stellen** auch für bloße Mitteilungen oder Informationen - etwa in § 613a V BGB - und für das Zeugnis - in § 630 BGB - **Textform** bzw. **Schriftlichkeit** vor. Dabei **knüpft es ersichtlich an §§ 126ff. BGB an**, obwohl es sich bei Mitteilungen und Erklärungen sowie beim Zeugnis nicht um Willenserklärungen handelt. Das besagt jedoch nicht, dass damit außer der Schriftlichkeit als solcher die unmittelbare Anwendung der §§ 126ff. BGB vorgesehen wäre.

„Dem Gesetzgeber ist es **unbenommen**, im Einzelfall **für rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen auf Vorschriften über Willenserklärungen Bezug** zu nehmen. Das bedeutet nicht, dass er dies generell getan hätte. Die Begrenzung auf Rechtsgeschäfte führt auch nicht dazu, dass § 126b BGB keinen Bereich unmittelbarer Anwendung besäße. Die **Textform** ist **gesetzlich nicht für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen reserviert**. Die Erklärungen nach §§ 355 I 2, 556a II, 557b III, 558a I, 559b I BGB und § 560 I, IV BGB, für die sie vorgesehen ist, stellen Willenserklärungen dar. Soweit einige Bestimmungen für rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen die elektronische Form ausdrücklich ausschließen - etwa § 630 S. 3 BGB -, liegt darin lediglich ein besonders gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass die geforderte Schriftlichkeit in diesen Fällen nach einer analogen Anwendung der Formvorschrift des § 126 I BGB verlangen dürfte.“ (BAG aaO)

## II. Rechtsnatur der Zustimmungsverweigerung nach § 99 III 1 BetrVG

Fraglich ist daher zunächst, ob die Zustimmungsverweigerung nach § 99 III 1 BetrVG als Willenserklärung anzusehen ist.

Willenserklärungen sind **auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gerichtet** und dessen notwendiger Bestandteil. Ihr **Zweck** ist es, eine gerade und ausschließlich durch den Willen des Erklärenden hervorgerufene **Rechtswirkung zu erzeugen**. Sie führen eine Rechtsfolge herbei, weil und mit dem Inhalt wie diese gewollt ist. Sie **zielen** dementsprechend **auf die Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung von Rechtsverhältnissen**.

BAGE 101, 298 = NZA 2003, 226 = NJW 2003, 843; BAGE 96, 28 = NZA 2001, 231 = NJW 2001, 989 m.w.N.; BGHZ 145, 343 = NJW 2001, 289 m.w.N.; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, Einf. v. § 116 Rn 1

Demgegenüber sind **rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen** auf einen **tatsächlichen** Erfolg gerichtete Erklärungen, deren Rechtsfolgen nicht eintreten, weil sie final als solche gewollt sind, sondern weil das Gesetz dies unabhängig vom Willen des Erklärenden anordnet. Der **Eintritt der Rechtsfolge** ist bei ihnen lediglich das **äußere Ergebnis** der Erklärungen und setzt **nicht** einen eben darauf gerichteten **finalen Willen** voraus.

BAGE 101, 298 = NZA 2003, 226 = NJW 2003, 843; BAGE 96, 28 = NZA 2001, 231 = NJW 2001, 989; BGHZ 145, 343 = NJW 2001, 289; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, Überbl. v. § 104 Rn 6

Danach ist die Zustimmungsverweigerung nach § 99 III 1 BetrVG eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung.

## III. Analoge Anwendung des § 126 I BGB auf die Zustimmungsverweigerung

Die **analoge Anwendung** einer Norm setzt voraus, dass der **gesetzliche unregelte** Fall nach Maßgabe des allgemeinen **Gleichheitssatzes** und zur Vermeidung von **Wertungswidersprüchen** nach der gleichen Rechtsfolge verlangt, wie die gesetzlich geregelten Fälle (BAGE 112, 100 = NZA 2005, 420).

„Bei einer analogen Anwendung der für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen ist deshalb der spezifischen **Eigenart der in Frage stehenden Handlung** und der **jeweiligen Interessenlage** Rechnung zu tragen (BGHZ 145, 343 = NJW 2001, 289 m.w.N.).

Rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen stehen Willenserklärungen dabei regelmäßig so nahe, dass **viele Bestimmungen über Willenserklärungen** - etwa betreffend den Zugang oder die Stellvertretung - **grundsätzlich entsprechend anzuwenden** sind (BGHZ 145, 343 = NJW 2001, 289 m.w.N.). Gleichwohl ist stets die jeweilige Interessenlage zu berücksichtigen, die gegen eine analoge Anwendung sprechen kann. Dies gilt insbesondere für Formvorschriften.“ (BAG aaO).

### 1. Regelungszweck des § 126 I BGB

Das Erfordernis der eigenhändigen Namensunterschrift in § 126 I BGB soll

- vor Übereilung bei der Abgabe der Erklärung schützen (**Warnfunktion**),
- Aussteller der Urkunde erkennbar machen (**Identitätsfunktion**),
- sicherstellen, dass die Erklärung von diesem stammt (**Echtheitsfunktion**) und
- garantieren, dass die Erklärung inhaltlich abgeschlossen ist (**Vollständigkeitsfunktion**).

## 2. Bedeutung dieser Regelungszwecke für die Zustimmungsverweigerung

- a) Die **Identitäts- und die Vollständigkeitsfunktion** sind zwar auch für eine schriftliche Mitteilung nach § 99 III 1 BetrVG **unverzichtbar**. Sie verlangen aber nicht notwendig nach einer Originalunterschrift.

*„Beide Funktionen werden schon von einer **bloß bildlichen Wiedergabe der Originalunterschrift** mittels Telekopie **hinreichend erfüllt** (BAGE 101, 298 = NZA 2003, 226 = NJW 2003, 843). Sie verlangen darüber hinaus nicht einmal nach der bildlichen Wiedergabe einer Unterschrift. **Person und Identität des Erklärenden stehen fest, wenn dessen Name angegeben wird**; dazu bedarf es nicht der (Wiedergabe einer) **eigenhändigen Unterschrift**. Auch **Vollständigkeit und inhaltlicher Abschluss der Erklärung** lassen sich ohne **eigenhändige Unterschrift unmissverständlich kenntlich machen**. Es **genügt die Anbringung einer Grußformel, der maschinenschriftlichen Namenswiedergabe oder Ähnliches**.“ (BAG aaO).*

- b) Die **Echtheit einer Erklärung** wird durch eine originale Namensunterschrift am sichersten gewährleistet. Die **Echtheitsgarantie** ist aber bei der Mitteilung nach § 99 III 1 BetrVG **nicht unverzichtbar**.

*„Mit einer **von Unbefugten abgegebenen Erklärung** sind **keine Folgen** verbunden, die um ihrer Vermeidung willen zwingend nach einer **eigenhändigen Unterschrift des Betriebsratsvorsitzenden** verlangten. Die **unrichtige Erklärung**, der Betriebsrat habe der betreffenden Maßnahme seine Zustimmung verweigert, ist **rechtlich unschädlich**. Sie vermag an dem tatsächlich gefassten und **rechtlich allein maßgeblichen Beschluss des Betriebsrats**, der personellen Maßnahme zuzustimmen oder sich einer Stellungnahme zu enthalten, nichts zu ändern. Dementsprechend kann eine **falsche Erklärung** vom Betriebsrat **jederzeit richtig gestellt** werden. Bei **möglichen Zweifeln** an der Echtheit der Mitteilung genügt eine **Erkundigung beim Betriebsrat**. Selbst ein **gutgläubiger Arbeitgeber** wird von der geplanten Maßnahme auf Grund einer (falschen) Mitteilung nicht **endgültig Abstand nehmen**, ohne mit dem Betriebsrat auch nur einmal Rücksprache genommen zu haben. Es kommt hinzu, dass Fälle, in denen ein Unbefugter ein Interesse an der Fälschung einer Mitteilung nach § 99 III 1 BetrVG haben könnte, schwer vorstellbar sind; der **rechtlich maßgebliche Beschluss als solcher kann nicht gefälscht werden**. Angesichts dieser Umstände kann das ohne eine Originalunterschrift **geringfügig höhere Fälschungsrisiko** einer Mitteilung nach § 99 III 1 BetrVG vernachlässigt werden (BAGE 101, 298 = NZA 2003, 226 = NJW 2003, 843).“ (BAG aaO).*

Danach ist eine entsprechende Anwendung von § 126 I BGB auf die Zustimmungsverweigerung nach § 99 III 1 BetrVG nicht geboten.

## IV. Analoge Anwendung des § 126b BGB auf die Zustimmungsverweigerung

In Betracht kommt aber eine analoge Anwendung des § 126b BGB auf die Zustimmungsverweigerung nach § 99 III 1 BetrVG. § 126b BGB regelt die **Textform** von Erklärungen.

### 1. Regelungszweck des § 126b BGB

Nach dieser Bestimmung muss, wenn Textform vorgeschrieben ist, die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur **dauerhaften Wiedergabe** in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die **Person des Erklärenden genannt** und der **Abschluss der Erklärung** durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders **erkennbar** gemacht werden.

*„Auf diese Weise stellt § 126b BGB auch ohne das Erfordernis **eigenhändiger Unterzeichnung** sicher, dass die **Identitäts- und Vollständigkeitsfunktionen** einer schriftlichen Erklärung neben der **ohnein gegebenen Dokumentationsfunktion** gewahrt sind.“ (BAG aaO)*

### 2. Voraussetzungen für Analogieschluss

Fraglich ist also, ob § 99 III 1 BetrVG nach Sinn und Zweck des Schriftlichkeitsgebots die entsprechende Anwendung von § 126b BGB geboten ist.

*„Das **Schriftlichkeitserfordernis** des § 99 III 1 BetrVG soll **gewährleisten**, dass der Arbeitgeber auf sichere Weise **Kenntnis von den Gründen** erhält, die den Betriebsrat zur **Verweigerung seiner Zustimmung** bewogen haben. Der Arbeitgeber soll sich auf dieser Grundlage **Klarheit über die Erfolgsaussicht des Ersetzungsverfahrens** nach § 99 IV BetrVG verschaffen können (BAGE 101, 298 = NZA 2003, 226 = NJW 2003, 843; Oetker, Anm. AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 118, Bl. 874; Röger NJW 2004, 1764).“ (BAG aaO)*

Gemäß der Begründung zum **Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften** des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr sollte die **Textform** die strenge Schriftform insbesondere in den Bereichen ablösen, in denen es sich um **Erklärungen ohne erhebliche Beweiswirkung** sowie mit nicht erheblichen oder leicht wieder rückgängig zu machenden Rechtsfolgen handelt und es **keines dem schriftlichen Formgebot immanenten Schutzes des Erklärenden mittels der Warnfunktion** bedarf.

*„In diesen Fällen geht es hauptsächlich um **Informations- und Dokumentationsanforderungen**, die zwar durch mündliche Erklärung nicht angemessen erfüllt werden können, bei denen aber eine **ausreichende Sicherheit** auch dann gegeben ist, wenn lediglich die Kopie einer Erklärung etwa per Telefax, ein nicht unterschriebenes Papierdokument herkömmlich postalisch oder die Erklärung überhaupt nur mittels telekommunikativer Einrichtungen übermittelt wird. Dies gilt vor allem für die Formatbestände, bei denen keiner der Bet. und auch **kein Dritter ein ernsthaftes Interesse an einer Fälschung der Erklärung** haben kann (Referentenentwurf Allgemeiner Teil II, S. 22, Einzelerläuterungen zu Art. 1 Nr. 3, S. 34, 36).“ (BAG aaO)*

Auf die objektive Sach- und Interessenlage bei der Mitteilung nach § 99 III 1 BetrVG treffen die vorstehenden Erwägungen ohne Einschränkung zu.

*„Auf Seiten des Arbeitgebers besteht hinsichtlich der Verweigerungsgründe des Betriebsrats ein Bedürfnis nach Information und Dokumentation. Dieses verlangt zwar nach einer schriftlichen Äußerung, verlangt aber mangels ernsthaften Fälschungsrisikos und wegen der leicht behebaren Folgen einer falschen Mitteilung nicht nach einer urkundlichen Erklärung mit Originalunterschrift. Die analoge Anwendung von § 126b BGB auf das Schriftlichkeitserfordernis in § 99 III 1 BetrVG wird dieser Situation gerecht.“ (BAG aaO).*

## V. Anwendung auf den Fall

Eine maschinenschriftliche Erklärung, die den Aussteller zu erkennen gibt und durch eine Grußformel mit Namensangabe das Textende kenntlich macht, erfüllt die Anforderungen der Textform i.S. von § 126b BGB.

*„Das Schreiben des Betriebsrats erfüllt die Anforderungen des § 126b BGB: Es stellt durch die Textverkörperung auf Papier eine Urkunde dar. Die Person des Erklärenden ist mit der namentlichen Angabe des Betriebsratsvorsitzenden genannt. Grußformel und erneute maschinenschriftliche Namens- und Funktionsangabe des Vorsitzenden am Ende des Textes machen den Abschluss der Erklärung zweifelsfrei kenntlich. Im Übrigen stand die Identität des Erklärenden im Streitfall auch auf Grund der Übergabe des Schreibens durch den Betriebsratsvorsitzenden in Person eindeutig fest.“ (BAG aaO).*

StGB  
§ 202 c

## Computerkriminalität Verwendung von „Hacker-Tools“

StGB

(BVerfG in MMR 2009, 577; Beschluss vom 10.02.2009 – 3 StR 372/08)

1. **Tatobjekt** des § 202c I Nr. 2 StGB kann nur ein **Programm** sein, **dessen Zweck die Begehung einer Straftat nach § 202a StGB** (Ausspähen von Daten) **oder § 202b StGB** (Abfangen von Daten) ist.
2. Der **subjektive Tatbestand** des § 202c I StGB erfordert **(Eventual-)Vorsatz zur Begehung von Computerstraftaten** nach § 202a oder § 202b StGB.

### A. Grundlagenwissen: Computerkriminalität

- I. § 202c wurde durch Art. 1 Nr. 3 des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 07.08.2007 (BGBl I S. 1786) zusammen mit § 202b in das Strafgesetzbuch eingefügt und trat am 11.08.2007 in Kraft. Gleichzeitig wurde § 202a StGB geändert.

Die Vorschriften gelten seitdem unverändert mit folgendem Wortlaut:

§ 202c Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten

- (1) Wer eine Straftat nach § 202a oder § 202b vorbereitet, indem er
  1. Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2) ermöglichen, oder
  2. Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist, herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.

§ 202a Ausspähen von Daten

- (1) Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Daten im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.

§ 202b Abfangen von Daten

Wer unbefugt sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten (§ 202a Abs. 2) aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Durch entsprechende Verweise in § 303a III und § 303b V StGB gilt § 202c StGB ferner entsprechend für die Vorbereitung von Straftaten der Datenveränderung und der Computersabotage.

- II. Das **41. Strafrechtsänderungsgesetz** diente der **Umsetzung von Rechtsinstrumenten des Europarats und der Europäischen Union** (vgl. Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BTDrucks 16/3656, S. 1, 7 f.), namentlich des Übereinkommens des Europarats über Computerkriminalität vom 23.11.2001 und des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates vom 24.02.2005 über Angriffe auf Informationssysteme (ABIEU Nr. L 69 vom 16.03.2005, S. 67).

Das **Übereinkommen über Computerkriminalität** (engl.: Convention on Cybercrime) des Europarats wurde am 23.11.2001 in Budapest von Mitgliedstaaten des Europarats - darunter Deutschland - und einigen Nichtmitgliedstaaten - dar-

unter den Vereinigten Staaten von Amerika, Kanada und Japan - unterzeichnet. Es trat am **01.07.2004** nach Erfüllung der vorgesehenen Bedingungen (Ratifikation durch mind. fünf Staaten, darunter drei Mitgliedstaaten des Europarats) **in Kraft**. Mit dem "Gesetz zu dem Übereinkommen des Europarats vom 23.11.2001 über Computerkriminalität" vom 05.11.2008 (BGBl II S. 1242) hat der Dt. Bundestag dem Übereinkommen zugestimmt.

Das Übereinkommen sieht vor, dass die Vertragsparteien den unbefugten Zugang zu Computersystemen (Art. 2), das unbefugte Abfangen nichtöffentlicher Computerdatenübermittlungen (Art. 3), das unbefugte Beschädigen, Löschen, Beeinträchtigen, Verändern oder Unterdrücken von Computerdaten (Art. 4) und die unbefugte schwere Behinderung des Betriebs eines Computersystems (Art. 5) unter Strafe stellen. Art. 6 enthält in diesem Zusammenhang Bestimmungen über die Strafbarkeit wegen Missbrauchs von Vorrichtungen (zitiert nach der Übersetzung BGBl 2008 II S. 1243 ff.):

## B. Die Strafbarkeit der Verwendung sog. „Hacker-Tools“ (BVerfG in MMR 2009, 577)

**Fall:** F ist Geschäftsführer der Firma V-GmbH. Das Unternehmen bietet Dienstleistungen im Bereich der Sicherheit von Informations- und Kommunikationstechnologien an. Im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes führt die V-GmbH unter anderem sog. Penetrationstests durch. Dabei handelt es sich um Sicherheitsüberprüfungen von EDV-Anlagen durch Simulation nicht autorisierter Zugriffsversuche: Die Mitarbeiter der V-GmbH versetzen sich in die Situation eines Angreifers und versuchen, Sicherheitslücken zu finden, um auf diese Weise in das zu überprüfende EDV-System - typischerweise ein Netzwerk eines Unternehmens - einzudringen. Gegenstand der unternehmerischen Tätigkeit der V-GmbH ist damit u. a. die Feststellung, wie verletzlich das Zielsystem für „Hacker-Angriffe“ ist. Nach Abschluss der Überprüfung wird ein Bericht erstellt, der es dem Inhaber der geprüften EDV-Anlage ermöglicht, im Falle aufgedeckter Sicherheitslücken Gegenmaßnahmen zu ergreifen und so die Systemsicherheit zu verbessern. Die V-GmbH wird dabei ausschließlich im Auftrag und mit Einverständnis des Betreibers der EDV-Anlage tätig.

Zur Realisierung der Penetrationstests setzt die V-GmbH eine Vielzahl von EDV-Programmen ein, deren mögliche Einsatzbereiche nicht immer eindeutig definiert sind. Teilweise handelt es sich um Analysewerkzeuge, die sowohl vom berechtigten Nutzer/Administrator eines Computersystems zu dessen bestimmungsgemäßer Wartung und Pflege als auch ohne oder gegen den Willen des Berechtigten zum Zwecke des Ausspähens von Schwachstellen verwendet werden können (dual use tools). Teilweise entstammen die Programme auch anonymen 2Hacker-Foren" im Internet, die vermuten lassen, dass die Programme von ihren Urhebern zum Zwecke des illegalen Eindringens in EDV-Systeme konzipiert wurden (sog. malware oder Schadsoftware).

### I. Tatobjekt des § 202c I Nr. 2 StGB kann nur ein **Programm** sein, **dessen Zweck die Begehung einer Straftat nach § 202a StGB** (Ausspähen von Daten) **oder § 202b StGB** (Abfangen von Daten) ist.

Danach muss das **Programm mit der Absicht entwickelt oder modifiziert** worden sein, **es zur Begehung der genannten Straftaten einzusetzen**. Diese Absicht muss sich ferner **objektiv manifestiert** haben.

#### 1. Schon nach dem Wortlaut **nicht ausreichend** wäre, **dass ein Programm** - wie das für sog. dual use tools gilt - **für die Begehung der genannten Computerstraftaten** lediglich **geeignet** oder auch besonders geeignet ist.

*„Der **allgemeine Sprachgebrauch** versteht unter „Zweck“ "etwas, was jemand mit einer Handlung beabsichtigt, zu bewirken, zu erreichen sucht; Beweggrund und Ziel einer Handlung" (Duden, Das Große Wörterbuch der deutschen Sprache, 3. Aufl. 1999, S. 4706), also das Ziel, das willentlich durch den Einsatz bestimmter Mittel in Handlungen geplant und verfolgt wird (Brockhaus, Enzyklopädie, Bd. 30, 21. Aufl. 2006, S. 747), oder das, "was man mit einer Handlung will, die Aufgabe um deren Willen sie geschieht, das Ergebnis, das irgendwie hinter der Handlung als Endpunkt steht. Das Wort wird so von der Vernunft aus gesehen; man setzt voraus, dass, was man tut, eine Absicht zum Grunde hat, die man erkennt, die man andern mitteilen kann" (Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, Bd. 32, 1954/1984, Sp. 959).*

*Mit dieser **finalen Dimension** unterscheidet sich der Begriff des Zwecks deutlich von dem der Eignung; systematische und entstellungsgeschichtliche Erwägungen bestätigen diesen Befund.“ (BVerfG aaO).*

2. In **systematischer Hinsicht** ist darauf zu verweisen, dass das Gesetz an anderer Stelle ausdrücklich auf die Eignung von Gegenständen für die Begehung bestimmter Straftaten abstellt, insbes. in § 149 StGB und § 275 StGB.

„§ 149 StGB wird anknüpfend an die **Gesetzesbegründung** im Allgemeinen so ausgelegt, dass den dort benannten Fälschungsmitteln eine spezifische Verwendbarkeit zur Ausführung von Fälschungen innewohnen muss (Ruß in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 149 Rn 3; Hoyer in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 275 Rn 2); damit sei gemeint, dass diese Mittel nur zur Herstellung von Fälschungen tauglich sein dürfen. Bereits deswegen sollen etwa solche Gegenstände aus dem Anwendungsbereich des § 149 StGB ausscheiden, die (lediglich) auch zur Geldfälschung verwendet werden können, etwa leistungsfähige Farbkopierer (vgl. Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 149 Rn 3; MüKo-StGB/Erb, 2005, § 149 Rn 3). Zu den in § 149 StGB genannten Computerprogrammen wird vertreten, es müsse wenigstens ein abgrenzbares Programmmodul enthalten sein, das ausschließlich zur Fälschung einsetzbar sei (Rudolphi/Stein in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 149 Rn 2). All dies spricht dafür, den Begriff des Zwecks in § 202c I Nr. 2 StGB in einem engeren Sinne als dem der Eignung oder auch der spezifischen Eignung zu verstehen.“ (BVerfG aaO).

3. Die **Entstehungsgeschichte** des § 202c I Nr. 2 StGB schließlich belegt eindeutig, dass an die Eignung oder auch nur an die besondere Eignung von Programmen nicht angeknüpft werden sollte; durch den Rekurs auf den „Zweck“ der Software sollten engere Voraussetzungen im Vergleich zur bloßen „Geeignetheit“ aufgestellt werden (vgl. Popp GA 2008, 375).

„In ihrer Gegenäußerung zu den Bedenken des Bundesrats erklärte die Bundesregierung, bei Programmen, deren **funktionaler Zweck nicht eindeutig kriminell** sei und die **erst durch ihre Anwendung zu einem Tatwerkzeug** eines Kriminellen oder aber zu einem legitimen Werkzeug würden – sog. dual use tools - sei bereits der **objektive Tatbestand des § 202c StGB nicht erfüllt** (vgl. BT-Drucks 16/3656, S. 18 f.). Die bloße Eignung von Software zur Begehung von Computerstraftaten sei nicht ausreichend, so dass auch solche Programme aus dem Tatbestand herausfielen, die lediglich zur Begehung von Computerstraftaten missbraucht werden könnten. Der Rechtsausschuss stellte zur Vermeidung von Missverständnissen in seinem Bericht an den Deutschen Bundestag klar, dass die bloße Geeignetheit eines Programms zur Begehung der betreffenden Straftaten keine Strafbarkeit nach § 202c StGB begründe. Die geforderte Zweckbestimmung müsse eine Eigenschaft des Computerprogramms in dem Sinne darstellen, dass es sich um so genannte Schadsoftware handle (vgl. BT-Drucks 16/5449, S. 4).

Nach alledem ließe es sich nicht vertreten, im Rahmen des § 202c I Nr. 2 StGB für die Bestimmung des Zwecks eines Computerprogramms auf dessen Eignung oder auch spezifische Eignung abzustellen. Eine solche Auslegung würde dem Wortlaut der Norm und dem Willen des Gesetzgebers widersprechen und stellte damit gleichzeitig einen Verstoß gegen Art. 103 II GG dar. Die in der Sachverständigenanhörung durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags (vgl. schriftliche Stellungnahmen des Sachverständigen Prof. Dr. Borges vom 19.03.2007, S. 6 ff.) und im Schrifttum (vgl. Gröseling/Höfner MMR 2007, 626; Schreibauer/Hessel K&R 2007, 616; Cornelius CR 2007, 682) teilweise vertretene Auffassung, der objektive Tatbestand des § 202c I Nr. 2 StGB erfasse allgemein auch sog. dual use tools, lässt sich nicht halten.“ (BVerfG aaO).

- a) Vielmehr spricht schon die Entstehungsgeschichte der Vorschrift deutlich dafür, die **Absichten des Entwicklers des jeweiligen Programms als maßgeblich für dessen Zweckbestimmung** zu erachten (so auch Popp GA 2008, 375).

„Art. 6 Ia Nr. i des Übereinkommens des Europarats, auf den § 202c I Nr. 2 StGB zurückgeht, bezieht sich ausdrücklich auf eine „Vorrichtung einschließlich eines Computerprogramms, die in erster Linie dafür ausgelegt oder hergerichtet worden ist, eine nach den Art. 2 bis 5 umschriebene Straftat zu begehen“. Hier wird der Entstehungsvorgang des Programms in seiner konkreten Gestalt in den Blick genommen. Entsprechend sind nach der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses nur Computerprogramme gemeint, „die in erster Linie dafür ausgelegt oder hergestellt wurden, um damit Straftaten nach den § 202a, § 202b StGB zu begehen“.

Wenn andererseits neben dem **Wortlaut der Vorschrift** sowohl der Erläuternde Bericht zum Übereinkommen als auch zahlreiche Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren sowie teleologische und pragmatische Überlegungen (vgl. Popp GA 2008, 375; Böhlke/Yilmaz CR 2008, 261) den **objektiven Charakter der mit der Vorschrift gemeinten Zweckbestimmung** betonen, lässt sich dem Rechnung tragen durch eine Auslegung,

die zwar von den Absichten des Programmentwicklers ausgeht, aber zusätzlich eine äußerlich feststellbare Manifestation dieser Absichten fordert. Eine solche Manifestation mag in der Gestalt des Programms selbst liegen - im Sinne einer Verwendungsabsicht, die sich nunmehr der Sache selbst interpretativ ablesen lässt (Popp GA 2008, 375) - oder auch in einer eindeutig auf illegale Verwendungen abzielenden Vertriebspolitik und Werbung des Herstellers (vgl. Cornelius CR 2007, 682 unter Hinweis auf Parallelen im Urheberrecht und in der US-amerikanischen Rechtsprechung); dies im Einzelnen zu klären ist Aufgabe der hierfür zuständigen Fachgerichte.“ (BVerfG aaO).

- b) Eine sich **an den objektiv manifestierten Absichten des Programmentwicklers orientierende Auslegung des § 202c I Nr. 2 StGB** dürfte in der Sache mit Ansätzen im Schrifttum übereinstimmen, nach denen Programme den Tatbestand erfüllen sollen, wenn sie gerade im Hinblick auf eine spezielle Tatvariante einer Tat nach § 202a, § 202b geschrieben sind (Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 202c Rn 5), wenn ihnen die Möglichkeit der Begehung entsprechender Straftaten als Kernbestandteil innewohnt (Böhlke/Yilmaz CR 2008, 261) oder wenn sie bereits nach Art und Weise ihres Aufbaus darauf angelegt sind, illegalen Zwecken zu dienen (Ernst NJW 2007, 2661). Ferner entspricht sie den Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht bereits für die Auslegung des § 22b I Nr. 3 StVG aufgestellt hat (BVerfGE 8, 75).

II. § 202c I Nr. 2 StGB erfordert (**Eventual-)Vorsatz zur Begehung von Computerstraftaten** nach § 202a oder § 202b StGB. Daher dürfen zum Zweck der Sicherheitsüberprüfung von Computersystemen im Einverständnis mit dem jeweiligen Verfügungsberechtigten grds. auch Schadprogramme, deren objektiver Zweck in der Begehung von Computerstraftaten liegt, beschafft oder weitergegeben werden - und zwar auch dann, wenn aufgrund der Herkunft der Programme, etwa aus zweifelhaften Internetforen, der Verdacht nahe liegt, dass andere Nutzer der gleichen Quelle keine lauterer Absichten verfolgen.

1. Hinsichtlich der vom Gesetz insofern umfassten Vorsatzformen herrscht im Schrifttum zu § 202c StGB weitestgehend Einigkeit, dass **Eventualvorsatz ausreichen** soll.

vgl. Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 202c Rn 7; Schumann NSTZ 2007, 675; Popp GA 2008, 375

In **systematischer Hinsicht** spricht hierfür das entsprechende einhellige Meinungsbild zu den im Hinblick auf das Vorbereitungsmerkmal gleich formulierten Vorschriften von § 149, § 275 und § 263a III StGB.

vgl. Ruß in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 149 Rn 6; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 149 Rn 8; Fischer aaO, § 263a Rn 34; Hoyer in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 263a Rn 61; Kindhäuser in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, § 263a Rn 44; Gribbohm in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 275 Rn 11; Hoyer in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 275 Rn 4; Puppe in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, § 275 Rn 11

„Legt man diese Auffassung (zur Kritik im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte vgl. Popp GA 2008, 375) zugrunde, so muss der Täter lediglich damit rechnen, dass das tatgegenständliche Programm zukünftig zur Begehung von Straftaten gebraucht wird (kognitives Element), und diese Benutzung des Programms billigend in Kauf nehmen (voluntatives Element). Nach der Rspr. des BGH billigt der Täter auch einen an sich unerwünschten, aber notwendigen Erfolg, wenn er sich mit ihm um eines erstrebten Zieles willen abfindet (vgl. nur Fischer aaO, § 15 Rn 9a mit umfassenden Nachweisen). Andererseits setzt die Feststellung gerade des **voluntativen Elements des Eventualvorsatzes in Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit** im Einzelfall konkrete tatsächliche Anhaltspunkte voraus (vgl. BGH Beschluss vom 05.03.2008 - 2 StR 50/08 -, juris; Beschluss vom 26.08.2003 - 5 StR 145/03 -, juris; vgl. auch Beschluss vom 16.04.2008 - 5 StR 615/07 -, juris).“ (BVerfG aaO).

2. Hinsichtlich des F oder seiner Mitarbeiter ist nach diesen Maßstäben nicht zu sehen, dass diese das **subjektive Merkmal der Vorbereitung einer Straftat nach § 202a oder § 202b StGB** erfüllen, soweit sie objektiv unter den Tatbestand des § 202c I Nr. 2 StGB fallende Programme beschaffen oder diese innerhalb des Unternehmens weitergeben.

„Denn die bei diesen Tätigkeiten in Aussicht genommene Verwendung der Programme im Rahmen von Penetrationstests erfüllt den Tatbestand des § 202a oder § 202b StGB zweifellos nicht: Da die Unternehmen, für die der Beschwerdeführer tätig wird oder tätig geworden ist, im Auftrag und somit im **Einverständnis mit den über die überprüften Computersys-**

*teme Verfügungsberechtigten handeln, fehlt es am Tatbestandsmerkmal des „unbefugten“ Handelns. Zu einem solchen legalen Zweck dürfen nach dem insofern eindeutigen und durch die Äußerungen im Zuge der Entstehungsgeschichte sowie Art. 6 II des Übereinkommens des Europarats bekräftigten Wortlaut des § 202c I Nr. 2 StGB jedoch grds. auch Schadprogramme, deren objektiver Zweck in der Begehung von Computerstraftaten liegt, beschafft oder weitergegeben werden - und zwar auch dann, wenn aufgrund der Herkunft der Programme, etwa aus zweifelhaften Internetforen, der Verdacht nahe liegt, dass andere Nutzer der gleichen Quelle keine lauterer Absichten verfolgen (vgl. auch Böhlke/Yilmaz CR 2008, 261; Popp GA 2008, 375).“ (BVerfG aaO).*

Zwar kann sich im Rahmen eines solchen Einsatzes objektiv unter § 202c I Nr. 2 StGB fallender Programme zu erlaubten Zwecken ein **Strafbarkeitsrisiko** ergeben, sobald die betreffenden Programme durch Verkauf, Überlassung, Verbreitung oder anderweitig auch Personen zugänglich gemacht werden, von deren Vertrauenswürdigkeit nicht ausgegangen werden kann.

Hier macht sich auch ein Akteur, dessen eigentliche Absicht in einer legalen Verwendung des Programms liegt, dann strafbar, wenn er gleichwohl damit rechnet und es auch billigend in Kauf nimmt, dass die Person oder die Personen, die durch seine Handlung Zugang zu dem Programm erhalten, dieses zumindest unter anderem zu rechtswidrigen Zwecken einsetzen.

*„Wie das Bundesministerium der Justiz in seiner Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde hervorgehoben hat, liegt die Annahme eines solchen Vorsatzes beispielsweise auch dann nahe, wenn die handelnde Person das Programm einem von ihr nicht mehr überschaubaren Personenkreis zugänglich macht, etwa durch freies Einstellen ins Internet oder durch Zurverfügungstellen innerhalb von Foren mit entsprechendem Mitgliederkreis. Dass aber die V-GmbH Schadprogramme außerhalb des Unternehmens verbreiten würde und darauf zur Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit auch angewiesen wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.“ (BVerfG aaO).*

- III. **Ergebnis:** Es lässt sich nicht feststellen, dass die Tätigkeitsfelder der V-GmbH von dem strafbewehrten Verbot des § 202c I Nr. 2 StGB erfasst werden, denn die von den Mitarbeitern der V-GmbH eingesetzten Programme sind schon keine tauglichen Tatobjekte der Strafvorschrift. Soweit überhaupt taugliche Tatobjekte vorliegen können, fehlt den Mitarbeitern der V-GmbH aber jedenfalls der nach § 202c I Nr. 2 StGB erforderliche Vorbereitungsvorsatz.

StGB  
§ 184 I**Verbreitung pornografischer Schriften  
Kalender mit Aktaufnahmen von Männern**

StGB

(KG in NSTZ 2009, 446; Beschluss vom 08.02.2009 – (4) Ss 312/07 (192/07))

1. **Aktaufnahmen**, bei denen die abgebildeten Männer zwar einen erigierten Penis aufweisen, dieser im Übrigen aber nicht hervorgehoben wird, sondern die **Modelle** vielmehr **in ihrer körperlichen Individualität gezeigt** werden, stellen **keine Pornographie** dar.
2. Das **Anbieten der Kalender im Internet erfüllt auch nicht den Tatbestand des Vertreibens schwer jugendgefährdender Trägermedien** gem. § 27 I i.V.m. § 15 II Nr. 5 JSchG. Denn eine „schwere“ Jugendgefährdung ist nur dann gegeben, wenn die Möglichkeit einer gravierenden sozioethischen Desorientierung besteht, die in einem den Grundwerten der Verfassung krass zuwiderlaufenden Charakter der betreffenden Trägermedien zum Ausdruck kommt. **Die bloße Darstellung nackter Körper** einschließlich der Genitalien **stellt aber keine solche Negation der Grundwerte der Verfassung dar.**

**Fall:** Der Angekl. vertreibt u.a. über eine Internetseite Schriften und andere Medien für homosexuelle Männer.

Am 21.11.2003 schickte er dem Zeugen X auf dessen Bestellung hin einen Kalender mit dem Namen „T“ zum Preis von 12,95 EUR. An den Zeugen J übersandte er am selben Tag einen Kalender mit dem Titel „K.“ zum gleichen Preis. Die Kalender bestehen aus 12 Monatsblättern, auf denen im DIN-A4-Format jeweils ein zumeist vollständig unbekleideter Mann im Alter zwischen 20 und 40 Jahren abgebildet ist. Es handelt sich um technisch hochwertige, farbige Ganzkörperfotos, bei denen nur die Füße und teilweise die Unterschenkel nicht sichtbar sind. Die Männer posieren vor wechselnden Hintergründen aus einer Natur- oder Wohnumgebung. Sie haben, von 2 Ausnahmen abgesehen, alle einen erigierten Penis, der im unteren Drittel des Bildes zu sehen ist. Es werden keine sexuellen Handlungen vorgenommen und auch den Gesichtern der abgebildeten Männer ist keine sexuelle Erregung zu entnehmen. Sie schauen mit neutralem Gesichtsausdruck in die Kamera. Unter dem jeweiligen Foto ist in gleicher Größe das Monatskalendarium abgedruckt.

Am 28.11.2003 bot der Angekl. auf seiner Internetseite vergleichbare Kalender an. Diese waren für jeden Internetnutzer frei und ohne vorherige Altersüberprüfung zugänglich. Auf der Internetseite waren zur Illustration jeweils das Titelblatt sowie ein Kalenderblatt abgebildet, die auf einem 15-17 Zoll Bildschirm jeweils etwa 3 x 2 cm groß sind. Auch auf diesen Bildern haben die Männer ganz überwiegend einen erigierten Penis. Sie nehmen keine sexuell herausfordernden Stellungen ein und werfen dem Betrachter keine sexuell auffordernden Blicke zu. Sexuelle Handlungen oder Unterwürfigkeitsgesten sind ebenfalls nicht zu sehen. Die Gesichter und Körper der abgebildeten Männer werden vielmehr eindeutig und unverzerrt wiedergegeben und zeigen den jeweiligen Mann in seiner Gesamtausstrahlung, so dass keiner der Bildausschnitte auf das Genital reduziert ist. Der Art und Weise der Aufnahmen ist zu entnehmen, dass sich die abgebildeten Männer freiwillig und gern fotografieren ließen.

- I. Zu prüfen ist, ob sich der Angekl. dadurch, dass er die Kalender im Internet frei zugänglich anbot und sie dem jeweiligen Besteller übersandte, wegen **Verbreitung pornographischer Schriften nach § 184 I Nr. 2 und 3 i.V.m. § 11 III StGB** strafbar gemacht hat.
  1. Beim **Begriff der Pornographie** handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff, der der tatrichterlichen Auslegung unterliegt**. Es ist allein Aufgabe des Tatrichters, den Erklärungsinhalt einer Schrift festzustellen und ihn im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 184 I StGB zu würdigen; die revisionsgerichtliche Überprüfung beschränkt sich deshalb darauf, ob der Tatrichter sich bei der Bewertung von zutreffenden rechtlichen Erwägungen hat leiten lassen (vgl. BGHSt 37, 55; MüKo-StGB/Hörnle, § 184 Rn 21; LK-Laufhütte, StGB, 11. Aufl., § 184 Rn 12).
    - a) **Pornographie liegt** nach der Rspr. des BGH und der OLG **vor, wenn eine Darstellung unter Ausklammerung aller sonstigen menschlichen Bezü-**

**ge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher Weise in den Vordergrund rückt und ihre Gesamttendenz ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes abzielt.**

vgl. BGHSt 37, 55; 32, 40; OLG Karlsruhe NJW 1974, 2015; OLG Düsseldorf NJW 1974, 1474; ebenso BVerwG NJW 2002, 2966

„Kennzeichnend für eine pornographische Darstellung ist zum einen eine „**Reizwirkungs- oder Stimulierungstendenz**“ (vgl. Erdemir MMR 2003, 628; Ostendorf MSchrKrim 2001, 372). Die Darstellung muss nach ihrem **objektiven Gesamteindruck** eine Aufreizung des Sexualtriebs bezwecken. Das Hervorrufen einer derartigen Stimulation ist seit jeher die **typische Funktion von Pornographie** und deshalb ein wichtiges Element, um zu bestimmen, welche Darstellungen unter den Pornographiebegriff fallen. Allerdings ist dieses Kriterium allein nicht ausreichend, da sonst auch nicht strafwürdige Darstellungen vom Anwendungsbereich des § 184 I StGB erfasst würden, die sich beispielsweise auf Andeutungen beschränken und gerade dadurch die Fantasie des Betrachters anzuregen versuchen (vgl. Erdemir aaO; Ostendorf aaO; Schumann in FS Lenckner 1998, S. 565). Hinzukommen muss deshalb als weiteres Kriterium die sog. „**Apersonalität des Geschlechtspartners**“ (vgl. Erdemir aaO). Die Darstellung muss mit anderen Worten durch eine **Verabsolutierung sexuellen Lustgewinns unter gleichzeitiger Entmenschlichung der Sexualität** geprägt sein. Pornographie ist danach anzunehmen, wenn der Mensch im Rahmen der Darstellung zum bloßen, auswechselbaren Objekt sexueller Begierde degradiert wird (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, 27. Aufl., § 184 Rn 4; MüKo-StGB/Hörnle aaO, § 184 Rn 15). In der damit verbundenen **Überbewertung von Sexualität** und ihrer **vollständigen Loslösung von individuellen und emotionalen Begleitumständen** liegt die besondere Gefahr für Kinder und Jugendliche, die sich noch in ihrer sexuellen Entwicklung befinden (vgl. Erdemir aaO). Des Weiteren tritt als formales Merkmal neben die beiden genannten inhaltlichen Kriterien, dass die pornographische Darstellung typischerweise vergrößernd, aufdringlich, übersteigert, „anreißerisch“ oder plumpvordergründig sein muss (vgl. BGHSt 23, 40; Schönke/Schröder-Lenckner aaO; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 184 Rn 2; MüKo-StGB/Hörnle aaO, § 184 Rn 17). Dabei besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass allein die Darstellung des nackten Körpers einschließlich der Genitalien sowie auch sexueller Vorgänge einschließlich des Geschlechtsverkehrs nicht per se als pornographisch zu qualifizieren ist (vgl. OLG Frankfurt NJW 1987, 454; Schönke/Schröder-Lenckner aaO, § 184 Rn 5; Lackner/Kühl aaO; MüKo-StGB/Hörnle aaO, § 184 Rn 15 und 18; Erdemir aaO). Dies gilt insbesondere auch für bildliche Darstellungen (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner aaO, § 184 Rn 5; Erdemir aaO). Erforderlich ist vielmehr stets eine Würdigung der jeweiligen Darstellung in ihrem Gesamtzusammenhang. Die Grenze zur Pornographie ist erst überschritten, wenn der organisch-physiologische Aspekt der **Sexualität in grob aufdringlicher Weise in den Vordergrund gerückt** wird (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner aaO, § 184 Rn 5 mwN). Dies kann beispielsweise bei Einnahme sexuell herausfordernder Stellungen oder anstößiger Hervorhebungen der Geschlechtsmerkmale der Fall sein (vgl. OLG Frankfurt NJW 1987, 454).“ (KG aaO).

- b) Darüber hinaus ist bei der rechtlichen Qualifizierung einer Schrift als Pornographie zu beachten, dass **Maßstab** stets die **objektive Gesamttendenz** der Darstellung ist, nicht hingegen die subjektive Sicht des Verfassers oder des Fotografen.

In diesem Zusammenhang ist außerdem zu beachten, dass § 184 I StGB nur Anwendung findet, wenn das Pornographische den **Gesamtcharakter des Werkes** bestimmt.

„**Unschädlich** ist es danach, wenn nur einzelne Stellen oder Szenen eines Films oder eines Buches pornographisch sind, ohne dass diese Einzelheiten die Gesamttendenz des Mediums wesentlich prägen (vgl. Schumann aaO, 574f.). Da die Eigenschaft „pornographisch“ der Schrift selbst anhaften muss, kommt es zudem nur auf deren Inhalt, nicht aber auf außerhalb der Darstellung liegende Begleitumstände an (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner aaO, § 184 Rn 5; LK-Laufhütte aaO, § 184 Rn 10). Bedeutungslos ist deshalb beispielsweise der Leserkreis, an den sich die Schrift richtet (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner aaO, § 184 Rn 5; LK-Laufhütte aaO, § 184 Rn 10).

Es versteht sich daher von selbst, dass allein aus der Tatsache, dass sich die Kalender des Angekl. speziell an ein männliches homosexuelles Publikum wenden, kein für § 184 I StGB relevanter Hinweis auf den pornographischen Charakter dieser Schriften abzuleiten ist.“ (KG aaO).

2. Die vom Angekl. vertriebenen Kalender sind nach diesen Grundsätzen nicht als pornographische Schriften zu qualifizieren.

„Es kann dahinstehen, ob die zur Bebilderung eines Kalenders verwendeten Fotos überhaupt auf eine sexuelle Stimulation des Betrachters abzielen. Denn die Darstellungen sind insgesamt nicht

von einer Verabsolutierung sexuellen Lustgewinns unter Außerachtlassung sämtlicher individueller und emotionaler Bezüge gekennzeichnet. Die abgebildeten **Personen** sind vielmehr **unter Berücksichtigung ihrer Individualität abgelichtet** worden. Das Bemühen der Hersteller des Kalenders, unterschiedlichste Männertypen zu versammeln, um dadurch den Kalender abwechslungsreich zu gestalten und möglichst viele Käufer anzusprechen, ist unverkennbar. Da die Kalender ausschließlich aus Ganzkörperfotos bestehen und auch nur ein Mann pro Bild zu sehen ist, treten diese individuellen Merkmale auch nicht hinter anderen Aspekten wie der Nacktheit oder der Tatsache, dass die Männer einen erigierten Penis haben, zurück. Ihnen kommt aufgrund der Gesamtgestaltung des einzelnen Fotos aber auch des gesamten Kalenders eigenständige Bedeutung zu. Daraus folgt zugleich, dass die abgebildeten Männer **nicht zu auswechselbaren Objekten degradiert** werden. Eine solche Herabwürdigung wird von den Bildern auch deshalb nicht vermittelt, weil die abgebildeten Personen einen ausgesprochen selbstbewussten Eindruck machen. Sie präsentieren ihren gesamten Körper mit Stolz. Eine „Entmenschlichung“ von Sexualität im oben beschriebenen Sinne liegt daher nicht vor.

Darüber hinaus ist auch das Kriterium einer aufdringlichen, vergrößernden oder „anreißerischen“ Darstellung zu verneinen: Dies ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass dem jeweils abgebildeten erigierten Penis zumindest **optisch keine hervorgehobene Bedeutung** zukommt. Da es sich um Ganzkörperfotos und nicht lediglich um Bildausschnitte handelt, wird der Blick des Betrachters nicht gezielt dorthin gelenkt. Dies wird dadurch verstärkt, dass der erigierte Penis jeweils nur im unteren Drittel des Bildes zu sehen ist. Er ist bei keinem der Fotos in der Bildmitte platziert. Eine aufdringliche Hervorhebung wird auch nicht durch entsprechende Gesten oder Stellungen erzeugt. Die abgebildeten Personen nehmen überwiegend recht natürliche Haltungen ein, die vor allem den muskulösen Oberkörper betonen.

Ein pornographischer Charakter der Kalender [ergibt sich] auch nicht aus der ständigen Wiederholung des Motivs des erigierten Penis: Die Wiederholung nicht pornographischer Inhalte vermag diese grundsätzlich nicht pornographisch zu machen. Anders kann dies allenfalls bei einer fortschreitenden Eskalation der Darstellung durch eine Aneinanderreihung von Szenen mit sexuell immer stärker provozierenden Reizen zu beurteilen sein (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner aaO, § 184 Rn 5). Hier bleiben die Bilder von Monat zu Monat jedoch inhaltlich nahezu unverändert, so dass eher ein Gewöhnungseffekt als eine Spannungssteigerung eintritt. Überdies weist die formale Gestaltung der Bilder einen - wenn auch geringen - ästhetischen Wert auf. Dies ist nicht zuletzt auf die unterschiedlichen Hintergrundmotive zurückzuführen, die entweder der Natur oder einer Wohnumgebung entnommen sind. Der Hintergrund ist jeweils deutlich erkennbar und trägt wesentlich zur positiven Grundstimmung der Bilder bei. Eine übersteigerte, von den äußeren Lebensumständen völlig losgelöste Darstellung ist deshalb auch unter diesem Aspekt zu verneinen.“ (KG aaO).

- II. Der Angekl. hat sich auch nicht nach **§ 27 I i.V.m. § 15 II Nr. 5 JSchG** strafbar gemacht, indem er die **Kalender frei zugänglich im Internet anbot** und sie dort teilweise abbildete.
1. Nach § 15 II Nr. 5 JSchG **unterliegen dem umfassenden Vertriebs- und Werbeverbot des § 15 I JSchG schwer jugendgefährdende, aber nicht indizierte Trägermedien**, die offensichtlich **geeignet** sind, die **Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit schwer zu gefährden**. Nach § 27 I JSchG wird bestraft, wer gleichwohl ein solches Trägermedium anbietet oder zugänglich macht.
  2. Der **Anwendungsbereich** des § 27 I i.V.m. § 15 II Nr. 5 JSchG ist zunächst auch für die vom Angekl. gewählte Vertriebsform über das Internet eröffnet.  
 „Nach § 1 II 1 JSchG ist das Jugendschutzgesetz **auf sog. Trägermedien anwendbar**. Darunter sind nach dieser Vorschrift Medien mit Texten, Bildern oder Tönen auf gegenständlichen Trägern zu verstehen, die zur unmittelbaren Wahrnehmung bestimmt sind. Dem gegenständlichen Verbreiten, Überlassen, Anbieten oder Zugänglichmachen steht dabei nach § 1 II 2 JSchG das elektronische Verbreiten, Überlassen, Anbieten oder Zugänglichmachen gleich. Die vom Angekl. vertriebenen Kalender stellen gegenständliche Träger von Bildern im Sinne dieser Vorschrift dar. Indem er diese auf seiner Homepage darstellte und anbot, hat er sie auf elektronischem Wege zugänglich gemacht.“ (KG aaO).
  3. Jedoch sind die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 II Nr. 5 JSchG nicht erfüllt: Zwar **können grds. auch Darstellungen unterhalb der Pornographieschwelle schwer jugendgefährdend sein** (vgl. Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. NebenG, Bd. 2, J 214 § 15 Rn 52 mwN); obwohl es sich bei § 15 II Nr. 5 JSchG um einen Auffangtatbestand handelt, sind jedoch die Anforderungen an eine Eignung zur schweren Jugendgefährdung streng (vgl. Liesching aaO, Rn 51f.).

„Schwer“ ist die **Jugendgefährdung, wenn sie auf einen gravierenden Erfolg hinausläuft, der aber noch nicht eingetreten sein muss**; es muss die **abstrakte Möglichkeit einer gravierenden sozialemischen Desorientierung bestehen**, die in einem den Grundwerten der Verfassung krass zuwiderlaufenden Charakter der betreffenden Trägermedien zum Ausdruck kommt (vgl. Liesching aaO, Rn 51; Schumann aaO, 579; Nikles/Roll/Spürck/Umbach, JugendschutzR, 2. Aufl., § 15 JSchG Rn 94).

Eine solche schwere Gefährdung ist offensichtlich, wenn sie klar zutage tritt und deshalb jedem einsichtigen, für Jugendziehung und Jugendschutz aufgeschlossenen Menschen ohne besondere Mühe erkennbar ist (vgl. BGHSt 8, 80, 87f.; für die Perspektive eines unbefangenen Beobachters BVerfGE 77, 346, 358).

*„Nach diesen Grundsätzen fehlt es bei den verfahrensgegenständlichen Abbildungen sowohl am Erfordernis einer „schweren“ Jugendgefährdung als auch an der „offensichtlichen“ Eignung, eine solche herbeizuführen: Die **Darstellung nackter Körper** einschließlich der Genitalien **stellt noch keine Negation von Grundwerten der Verfassung dar**. Die **Abbildungen** sind auch **nicht** derart **verstörend** oder losgelöst von realen Bezügen, dass durch sie die Gefahr einer erheblichen Verunsicherung oder gar einer sozialemischen Desorientierung droht.“* (KG aaO).

BGB  
§§ 195, 839

**gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch**  
**Verjährung und Subsidiarität**

EuR

(EuGH in NVwZ 2009, 771; Urteil vom 24.03.2009 – C-445/06)

1. Die **Grundsätze der Effektivität und der Gleichwertigkeit** stehen einer 3-jährigen Verjährungsfrist des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nicht entgegen; auch nicht, soweit die **Verjährung bereits mit dem Beginn** und nicht erst mit dem Ende **des Schadenseintritts** beginnt zu laufen.
2. Ein **Vertragsverletzungsverfahren** nach Art. 226 EGV **hemmt nicht den Lauf der Verjährungsfrist** des gemeinschaftsrechtlichen Amtshaftungsanspruchs.
3. Nach einem allgemeinen, den **Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsatz** muss sich der Geschädigte in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Schaden selbst tragen zu müssen.

**A. Grundlagenwissen: Verjährung und Subsidiarität des Amtshaftungsanspruchs nach deutschem nationalen Recht**

**I. Verjährung des nationalen Amtshaftungsanspruchs**

Der Schadensersatzanspruch verjährt nach § 195 BGB nach **3 Jahren**. Die Verjährung beginnt nach § 199 I BGB mit Schluss des Jahres, in dem

- der **Anspruch entstanden** ist und
- der Gläubiger **Kenntnis erlangt** oder ohne grobe Fahrlässigkeit **erlangen musste** von
  - den **anspruchsbegründenden Umständen** und
  - der **Person des Schuldners**.

**II. Subsidiarität des nationalen Amtshaftungsanspruchs**

Ein Amtshaftungsanspruch wegen Amtspflichtverletzung nach 839 III BGB kann nur dann geltend gemacht werden, wenn die rechtswidrige Handlung und die mit ihr verbundenen schädigenden Folgen nicht durch die **Einlegung von Rechtsmitteln** beseitigt werden konnten (= **kein dulde und liquidiere**).

Wurde ein mögliches Rechtsmittel nicht eingelegt, so ist die Geltendmachung des Amtshaftungsanspruch allerdings nur dann ausgeschlossen, wenn die **Einlegung** für den Gläubiger **zumutbar** war oder die **Versäumung** für den Schadenseintritt **kausal** war.

**B. Grundlagenwissen: Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch**

Grundlage für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen gemeinschaftsrechtswidrigem Handeln der BRD ist **§ 249 EGV i.V.m. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG**.

Der Grundsatz der Haftung eines Mitgliedsstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, folgt aus dem Wesen des EG-Vertrags. Dies gilt für jeden Verstoß eines Mitgliedsstaats gegen das Gemeinschaftsrecht **unabhängig** davon, **welches mitgliedstaatliche Organ** durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat, unabhängig davon welche Staatsgewalt gehandelt hat (vgl. EuGH NJW 2003, 3539 m.w.N.). Alle staatlichen Instanzen einschließlich der Legislative haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Normen zu beachten.

**Merke:** Es handelt sich hierbei nicht um einen Anspruch, der mit der Amtshaftungsklage nach Art. 235 EGV i.V.m. Art. 288 II EGV geltend gemacht wird, denn er beruht auf dem gemeinschaftsrechtswidrigen Verhalten nationaler Organe, während mit der Amtshaftungsklage nach 235

EGV i.V.m. Art. 288 II EGV die Haftung wegen eines Fehlverhaltens von Gemeinschaftsorganen geltend gemacht wird.

Ein solcher Anspruch besteht bei Vorliegen folgender Voraussetzungen:

1. Die gemeinschaftsrechtliche Norm, die als verletzt gerügt wird, verleiht dem Geschädigten **hinreichend bestimmte Rechte**.
2. Es liegt ein **qualifizierter Verstoß** gegen das Gemeinschaftsrecht vor.
3. Dem Geschädigten ist ein **Schaden** entstanden.
4. Zwischen dem Verstoß und dem eingetretenen Schaden besteht ein **unmittelbarer Kausalzusammenhang**.

### C. Verjährung und Subsidiarität des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs (EuGH in NVwZ 2009, 771)

**Fall:** Danske Slagterier - ein Branchenverband genossenschaftlich organisierter dänischer Schlachthofgesellschaften und Schweinezüchter - begehrt aus abgetretenem Recht ihrer Mitglieder von der BRD Schadensersatz wegen einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts. Die BRD hatte von 1993 bis 1999 ein Importverbot für Fleisch von nicht kastrierten männlichen Schweinen verhängt, wodurch zahlreiche Lieferungen aus Dänemark zurückgewiesen wurden und die Züchter die Zucht wieder auf kastrierte männlich Schweine umstellen mussten, um den Absatz zu sichern. Erste finanzielle Schäden sind daraufhin bereits im Jahre 1993 eingetreten.

Gegen dieses Importverbot hatte die Kommission am 27.03.1996 ein Vertragsverletzungsverfahren anhängig gemacht. Der Gerichtshof hat daraufhin mit Urteil vom 12.11.1998, Kommission/Deutschland (Slg. 1998, I-6871 = BeckRS 2004, 74048), festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch das Importverbot gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 5 I lit. o und Art. 6 I lit. b der Richtlinie 64/433/EWG sowie aus Art. 5 I, Art. 7 und 8 der Richtlinie 89/662/EWG verstoßen hat.

Das LG Bonn, das am 06.12.1999 von Danske Slagterier mit einer Klage auf Zahlung von Schadensersatz gegen die Bundesrepublik Deutschland in Höhe von 280 Mio DM befasst wurde, erklärte diese für die Zeit ab 07.12.1996 dem Grunde nach für gerechtfertigt und wies sie als verjährt ab, soweit es um Ersatzansprüche für Schäden ging, die vor diesem Datum entstanden waren. Das mit der Berufung befasste OLG Köln erklärte die Klage insgesamt dem Grunde nach für gerechtfertigt. Mit der beim BGH eingelegten Revision erstrebt die Bundesrepublik Deutschland die vollständige Abweisung der Klage.

Der BGH möchte unter anderem wissen:

3. Ob das Gemeinschaftsrecht verlangt, dass die in der nationalen Regelung vorgesehene Verjährung des Staatshaftungsanspruchs wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht während eines von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 226 EG anhängig gemachten Vertragsverletzungsverfahrens unterbrochen oder gehemmt wird, sofern es in diesem Staat an einem effektiven Rechtsbehelf fehlt, um ihn zur Umsetzung einer Richtlinie zu zwingen.
4. Ob die Verjährungsfrist für einen Staatshaftungsanspruch wegen fehlerhafter Umsetzung einer Richtlinie unabhängig vom anwendbaren nationalen Recht erst mit der vollständigen Umsetzung der Richtlinie zu laufen beginnt oder ob sie in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht dann in Lauf gesetzt wird, wenn die ersten Schadensfolgen der fehlerhaften Umsetzung eingetreten und weitere Schadensfolgen absehbar sind. Für den Fall, dass die vollständige Umsetzung den Fristenlauf beeinflussen sollte, fragt das vorliegende Gericht, ob dies allgemein gilt oder nur dann, wenn die Richtlinie dem Einzelnen ein Recht verleiht.
5. Ob das Gemeinschaftsrecht einer Regelung wie in § 839 III BGB entgegensteht, nach der ein Einzelner keinen Ersatz für einen Schaden verlangen kann, bei dem er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, ihn durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden und ob eine solche nationale Regelung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, sofern sie unter dem Vorbehalt angewandt wird, dass die Inanspruchnahme dieses Primärrechtsschutzes dem Betroffenen zumutbar sein muss. Das vorliegende Gericht möchte schließlich wissen, ob der Gebrauch eines Rechtsmittels als zumutbar angesehen werden kann, wenn das angerufene Gericht voraussichtlich ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG einreichen wird, oder wenn bereits ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG anhängig gemacht worden ist.

### I. Anwendbarkeit nationaler Verjährungsvorschriften auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch

Wendet man, wie der BGH beabsichtigt, die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 I BGB a.F. (jetzt: § 195 BGB) an, so würde die Verjährungsfrist nach §§ 195, 199

I BGB Mitte 1993 zu laufen beginnen, da die Geschädigten zu diesem Zeitpunkt vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis hatten.

Es ist jedoch fraglich, ob die nationale Verjährungsfrist analog auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch angewendet werden kann.

„Nach st. Rspr. ist es mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung **Sache der nationalen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten**, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen auszugestalten, die den **vollen Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten** sollen. Daher hat der Staat die Folgen des entstandenen Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben, wobei die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen (**Grundsatz der Gleichwertigkeit**), und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen (**Grundsatz der Effektivität**) (vgl. u.a. Urt. Francovich u.a., Rn 42 und 43; EuGH, NJW 1997, 2588 Rn 27 - Palmisani).

Zum **Effektivitätsgrundsatz** hat der Gerichtshof entschieden, dass die Festsetzung **angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung** im Interesse der Rechtssicherheit, die zugleich den Abgabepflichtigen und die Behörde schützt, **mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar** ist (vgl. EuGH, Slg. 1998, I-7141 = BeckRS 2004, 75242 Rn 19 und die dort angeführte Rspr. - Aprile). Solche Fristen sind nämlich **nicht geeignet**, die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte **praktisch unmöglich zu machen** oder **übermäßig zu erschweren**. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine **nationale Verjährungsfrist von drei Jahren angemessen** (vgl. u.a. Urt. Aprile, Rn 19, und EuGH, BeckRS 2004, 77628 Rn 35 - Marks & Spencer).

Es ist **Sache des nationalen Gerichts**, unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Ereignisse des Ausgangsverfahrens im Hinblick auf den **Grundsatz der Effektivität** zu prüfen, ob die **analoge Anwendung** der Frist des § 852 I BGB a.F. auf Ersatzansprüche für Schäden, die auf einen Verstoß des betreffenden Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht zurückzuführen sind, für den Einzelnen **hinreichend vorhersehbar** war.

Was ferner die Vereinbarkeit der analogen Anwendung dieser Frist mit dem **Grundsatz der Gleichwertigkeit** betrifft, ist es ebenfalls Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Ersatz von Schäden, die Einzelnen durch den Verstoß des betreffenden Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, wegen einer solchen analogen Anwendung **nicht möglicherweise ungünstiger** waren als diejenigen für den Ersatz vergleichbarer Schäden innerstaatlicher Natur.“ (EuGH aaO)

Es könnte aber anzunehmen sein, dass der Lauf der Verjährungsfrist durch das von der Kommission am 27.03.1996 anhängig gemachte Vertragsverletzungsverfahren **gehemmt** werden muss, damit die **Rechtsverfolgung nicht unnötig erschwert** wird.

„Ein Einzelner kann **Schadensersatz** nach den dafür im nationalen Recht vorgesehenen Verfahrensmodalitäten geltend machen, **ohne** ein den **Verstoß des Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht feststellendes Urteil abwarten zu müssen**. Folglich wird dem Einzelnen die Ausübung der ihm durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht dadurch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert, dass die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage nicht die Verjährung unterbricht oder hemmt.“ (EuGH aaO)

Allerdings könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichwertigkeit darin zu sehen sein, dass das deutsche Recht die **Unterbrechung (jetzt: Hemmung) der Verjährung** bei paralleler Einlegung eines nationalen Rechtsbehelfs nach § 839 BGB vorsehe und eine Klage nach **Art. 226 EG einem solchen Rechtsbehelf gleichgestellt** werden müsse.

„Insoweit ist daran zu erinnern, dass die **Kommission** im Rahmen der Zuständigkeiten, die ihr durch Art. 226 EG eingeräumt sind, **kein Rechtsschutzinteresse nachzuweisen** braucht (vgl. EuGH BeckRS 2004, 71904 Rn 15 - Kommission/Frankreich; EuGH, NVwZ 2003, 1231 Rn 29 - Kommission/Deutschland). Der Kommission fällt nämlich kraft ihres Amtes die Aufgabe zu, die Ausführung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten **im allgemeinen Interesse zu überwachen** und etwaige Verstöße gegen die sich hieraus ergebenden Verpflichtungen feststellen zu lassen, damit sie abgestellt werden (vgl. Urt. Kommission/Frankreich, Rn. 15, und v. 10.04.2003, Kommission/Deutschland, Rn. 29).

**Art. 226 EG soll also nicht die eigenen Rechte der Kommission schützen** (EuGH, BeckRS 2005, 70408 Rn 16 und die dort angeführte Rspr. - Kommission/Griechenland). Die Kommission verfügt demnach in dieser Hinsicht über ein Ermessen, das ein Recht Einzelner, von ihr eine Stellungnahme in einem bestimmten Sinn zu verlangen, ausschließt (vgl. Urt. EuGH, BeckRS 2004, 72605 Rn 11 - Star Fruit/Kommission).

**Somit ist festzustellen, dass bei einer nationalen Regelung, die keine Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung des Staatshaftungsanspruchs wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht vorsieht, wenn die Kommission ein Verfahren nach Art. 226 EG anhängig gemacht hat, der Grundsatz der Gleichwertigkeit gewahrt ist.**“ (EuGH aaO)

## II. Beginn der Verjährungsfrist

**„Dass die Verjährungsfrist des nationalen Rechts zu laufen beginnt, wenn die ersten Schadensfolgen eingetreten sind, obschon weitere Schadensfolgen absehbar sind, kann die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte ebenfalls nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.**

Aus der Vorlageentscheidung geht nämlich hervor, dass die in dieser Rechtssache fragliche Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnen kann, wenn der **Verletzte vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt**. Unter solchen Umständen ist es also nicht möglich, dass sich ein Geschädigter in der Lage befindet, dass die Verjährungsfrist zu laufen beginnt oder sogar schon abgelaufen ist, ohne dass er überhaupt weiß, dass er einen Schaden erlitten hat, wie dies in der Rechtssache, in der das Urteil Manfredi u.a. (EuGH, EuZW 2006, 529) ergangen ist, hätte der Fall sein können.

**Daher ist auf die vierte Frage zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht es nicht verwehrt, die Verjährungsfrist für einen Staatshaftungsanspruch wegen fehlerhafter Umsetzung einer Richtlinie zu dem Zeitpunkt in Lauf zu setzen, in dem die ersten Schadensfolgen der fehlerhaften Umsetzung eingetreten und weitere Schadensfolgen absehbar sind, selbst wenn dieser Zeitpunkt vor der ordnungsgemäßen Umsetzung dieser Richtlinie liegt.** (EuGH aaO)

## III. Vorrang des Primärrechtsschutzes (Subsidiarität)

Nach deutschem Recht (§ 839 III BGB) muss der Geschädigte alles Zumutbare tun, um den Schaden durch Gebrauch von Rechtsmitteln abzuwenden. Fraglich ist, ob dieser Grundsatz auch auf den gemeinschaftsrechtlichen Schadenserstattungsanspruch angewendet werden kann.

**„Zur Inanspruchnahme der zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten hat der Gerichtshof in Rn 84 des Urteils Brasserie du pecheur und Factortame bei der Frage der Haftung eines Mitgliedstaats wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht festgestellt, dass das nationale Gericht prüfen kann, ob sich der Geschädigte in angemessener Form um die Verhinderung des Schadenseintritts oder um die Begrenzung des Schadensumfangs bemüht hat und ob er insbesondere rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat.**

Nach einem allgemeinen, den **Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsatz** muss sich nämlich der Geschädigte in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Schaden selbst tragen zu müssen (EuGH, NJW 1993, 316 Rn 33, und Ur. Brasserie du pecheur und Factortame, Rn 85).

Jedoch widerspräche es dem **Grundsatz der Effektivität**, von den Geschädigten zu verlangen, systematisch von allen ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen, selbst wenn dies zu **übermäßigen Schwierigkeiten** führen würde oder ihnen nicht zugemutet werden könnte.

Zur Zumutbarkeit der Verpflichtung, von den zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen, **obwohl eine Vertragsverletzungsklage beim Gerichtshof anhängig ist**, genügt die Feststellung, dass das Verfahren nach Art. 226 EG völlig unabhängig von den nationalen Verfahren ist und diese nicht ersetzt. Wie bei der Beantwortung der dritten Frage ausgeführt, stellt eine Vertragsverletzungsklage nämlich eine **objektive Rechtmäßigkeitskontrolle** im Allgemeininteresse dar. Auch wenn das Ergebnis einer solchen Klage Individualinteressen dienen kann, bleibt es für den Einzelnen gleichwohl **zumutbar**, den **Schaden mit Hilfe aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel**, also auch durch die Inanspruchnahme der verfügbaren Rechtsschutzmöglichkeiten, **abzuwenden**.

**Daher ist auf die fünfte Frage zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht der Anwendung einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der ein Einzelner keinen Ersatz für einen Schaden verlangen kann, bei dem er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, ihn durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, vorausgesetzt, dass der Gebrauch dieses Rechtsmittels dem Geschädigten zumutbar ist; es ist Sache des vorlegenden Gerichts, dies anhand aller Umstände des Ausgangsrechtsstreits zu prüfen. Die Wahrscheinlichkeit, dass das nationale Gericht nach Art. 234 EG ein Vorabentscheidungsersuchen stellt, oder eine beim Gerichtshof anhängige Vertragsverletzungsklage lassen für sich genommen nicht den Schluss zu, dass der Gebrauch eines Rechtsmittels unzumutbar ist.**“ (EuGH aaO)

SächsVwVG

**Vorlaufzeit bei mobilem Parkverbot**

POR

§ 24

**Rechtmäßigkeit von Kostenbescheid und Abschleppmaßnahme**

(OVG Bautzen in NJW 2009, 2551; Urteil vom 23. 3. 2009 - 3 B 891/06)

1. Eine **Abschleppmaßnahme** aufgrund eines **durch Verkehrszeichen geregelten Parkverbotes** erfolgt **nicht im Wege des Sofortvollzuges**, allerdings sind Androhung und Festsetzung wegen Gefahr in Verzug entbehrlich.
2. Bei **mobilen Parkverboten** ist eine **Vorlaufzeit von 3 vollen Tagen** einzuhalten. Diese Frist weder bei Feiertagen noch in den Schulferien zu verlängern.
3. Die **Nichteinhaltung der Vorlaufzeit** führt **nicht zur Unangemessenheit der Ersatzvornahme**, sie kann allerdings die Belastung des Halters mit den **Kosten unbillig** und damit rechtswidrig machen.

**Fall:** Das Fahrzeug der Kl. war seit dem 27.07.2001 in einem Bereich geparkt worden, als dort auf Grund einer straßenverkehrsbehördlichen Anordnung der Bekl. vom 10.07.2001 zur Durchführung von Gasleitungsarbeiten ein Halteverbotszeichen (Zeichen 283) aufgestellt wurde. Gemäß der Anordnung sollte die Halteverbotszone in dem Zeitraum vom 12.07.2001 bis längstens 12.08.2001 eingerichtet werden. Die Anordnung enthielt folgende Bestimmung: „*Verkehrszeichen müssen 72 Stunden vor Arbeitsbeginn mit Unterhänger ab ... aufgestellt werden.*“

Tatsächlich war das Halteverbotszeichen am 03.8.2001 um 18 Uhr mit dem Zusatzschild „ab 06.08.2001 7:00 Uhr“ aufgestellt worden. Am Dienstag, den 07.08.2001, ließ eine städtische Vollzugsbedienstete das Fahrzeug der Kl. in der Zeit zwischen 7.47 Uhr und 8.15 Uhr abschleppen, wobei sie circa eine Viertelstunde zuvor Erkundungen zum Fahrzeughalter eingeholt hatte, während derer es einer Nachbarin nicht gelungen war, die Kl. telefonisch zu erreichen. Mit Bescheid vom 29.10.2001 forderte die Bekl. von der Kl. die Zahlung von Kosten für das Abschleppen einschließlich Gebühren, Auslagen und Standkosten in Höhe von insgesamt 363,20 DM (185,70 Euro).

Zu Recht?

**I. Rechtsgrundlage für Abschleppmaßnahme****1. Abgrenzung zwischen Sicherstellung und Ersatzvornahme**

Soweit das Fahrzeug nur umgesetzt wird, handelt es sich zweifelsohne um eine Ersatzvornahme. **Umstritten** ist jedoch der Fall, dass das abgeschleppte Fahrzeug in **Verwahrung** genommen wird.

Nach einer Meinung handelt es sich um eine **Sicherstellung**, da fremder Gewahrsam aufgehoben und neuer, eigener Gewahrsam der Behörde begründet wird. Die h.M. hält eine Sicherstellung jedoch nur für einschlägig, wenn die Behörde ein **eigenes Interesse an dem Besitz** hat, z.B. weil die Sache selbst gefährlich ist (Waffe, Gift u.ä.). Dies scheidet bei Abschleppfällen jedoch regelmäßig aus, so dass von einer Ersatzvornahme auszugehen ist.

**2. Abgrenzung zwischen gestrecktem Verfahren und Sofortvollzug**

Bei einer Abschleppmaßnahme stellt sich zudem die Frage, ob es sich um die Vollstreckung im gestreckten Verfahren oder im Sofortvollzug handelt. Es kommt darauf an, ob dem Pflichtigen ein vollstreckungsfähiger Verwaltungsakt bekannt geben wurde, welcher ein Tun, Dulden oder Unterlassen gebietet.

*„Die von den Behörden herangezogene Vorschrift des § 6 II SächsPolG zum Ersatz von Kosten, die durch die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme entstanden sind, ist nicht einschlägig, da Verkehrszeichen nach der Rechtsprechung als Verwaltungsakte in Form der Allgemeinverfügung angesehen werden und das Halteverbotszeichen 283 zu § 41 II Nr. 8 StVO ein Wegfahrgebot enthält, das - der unaufschiebbaren Anordnung von Polizeivollzugsbeamten gleichstehend - analog § 80 II Nr. 2 VwGO sofort vollziehbar ist (vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 623; OVG Bautzen, NVwZ-RR 2002, 78 = SächsVBI 2001, 94). Wenn Vollzugskräfte das Abschleppen eines verbotswidrig geparkten Fahrzeugs aus der Halteverbotszone veranlassen, fehlt es daher nicht - wie es Voraussetzung für die unmittelbare Ausführung i.S. von § 6 I SächsPolG wäre - an einem sofort vollziehbaren, die vertretbare Handlung des Wegfahrens gebietenden Verwaltungsakt, der gegenüber dem Halter im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt werden könnte.*

*Rechtsgrundlage des angefochtenen Kostenbescheids ist [vielmehr] § 24 I und III SächsVwVG, wonach die Verwaltungsbehörde auf Kosten des Vollstreckungsschuldners, der verpflichtet ist, eine*

vertretbare Handlung vorzunehmen und diese Verpflichtung nicht erfüllt, einen anderen mit der Vornahme der Handlung beauftragen kann (**Ersatzvornahme**) und die Kosten durch Leistungsbescheid festgesetzt werden.“ (OVG Bautzen aaO)

## II. Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

### 1. Wirksamkeit der Parkregelung

Ein Verkehrszeichen als **Dauerverwaltungsakt** in Form einer Allgemeinverfügung (BVerwGE 59, 221 = NJW 1980, 1640) wird mit dem Aufstellen wirksam (vgl. zur wirksamen Bekanntmachung durch Aufstellen der Schilder BVerwGE 102, 316 = NJW 1997, 1021; BVerwGE 92, 32 = NJW 1993, 1729).

„Der in dem Zusatzschild (gültig ab 6. 8. 2001 - 7 Uhr) liegende **Verstoß** gegen die der Baufirma seitens der Bekl. **aufgelegte Frist**, das Halteverbot 72 Stunden vor Arbeitsbeginn einzurichten, steht dem **nicht entgegen**. Zwar war diese behördlicherseits gesetzte Frist, bei der gem. § 31 VI VwVfG Sonnabende und Sonntage mitgerechnet werden, am 06.08.2001 nicht vor 18 Uhr (72 Stunden seit Aufstellung der Schilder am Freitag, den 03.08.2001) abgelaufen. Der **Verstoß** kann aber allenfalls bewirken, dass das **Halteverbot vor Fristablauf** von der Anordnung der Bekl. **nicht gedeckt**, damit zeitlich noch nicht in Kraft getreten und eine Durchführung der Ersatzvornahme vor Inkrafttreten rechtswidrig gewesen wäre. Die **Geltung im Zeitraum nach Ablauf der in der Anordnung bestimmten Frist**, in dem die Abschleppmaßnahme durchgeführt wurde, vermag er dagegen nicht zu hindern (im Erg. ebenso OVG Hamburg, NZV 2008, 313).“ (OVG Bautzen aaO)

Die Kl. kann also nicht einwenden, dass sie das Fahrzeug vor Eintritt der Wirksamkeit dort abgestellt hatte und keine Kenntnis vom Parkverbot hatte.

### 2. Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen

Das in dem Halteverbot enthaltene Wegfahrgebot war entsprechend § 80 II Nr. 2 VwGO kraft Gesetzes sofort vollziehbar (vgl. oben).

„Der **Androhung der Ersatzvornahme** sowie einer **Fristsetzung** vor der Abschleppanordnung bedurfte es wegen **Gefahr im Verzug** gem. § 21 SächsVwVG nicht, da von dem rechtswidrig im Halteverbot geparkten Fahrzeug der Kl. eine Störung der öffentlichen Sicherheit ausging, deren Beseitigung erforderlich war, um die anstehenden Gasleitungsarbeiten nicht zu behindern.“ (OVG Bautzen aaO)

### 3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Vollstreckung muss verhältnismäßig gewesen sein. Sie war ohne weiteres **geeignet**, den Parkverstoß zu beseitigen. Sie müsste auch **erforderlich** gewesen sein, es dürfte also kein milderer Mittel gleicher Eignung gegeben haben. Hier kommt grundsätzlich die Ermittlung des Halters und dessen Benachrichtigung in Betracht. Hierum hat sich die Bekl. aber gerade bemüht, so dass das Abschleppen auch erforderlich war. Fraglich ist jedoch, ob die Abschleppmaßnahme **angemessen** war. Dem könnte die kurze Vorlauffrist entgegenstehen.

„Die von der Kl. beanstandete **Dauer der Vorlauffrist** zwischen der Errichtung der Halteverbotszone und der Durchführung der Ersatzvornahme hat **allein Bedeutung für die Frage**, ob ihr in Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip die **Kosten der Ersatzvornahme auferlegt** werden dürfen (vgl. BVerwGE 102, 316 = NJW 1997, 1021; OVG Hamburg, NZV 2008, 313).

Für die **Verhältnismäßigkeit der Ersatzvornahmehandlung** ist sie dagegen **nicht von Belang**, da es insoweit nur darauf ankommt, dass die Gefahrenabwehr nicht anders als durch das Abschleppen erreicht werden konnte und die damit verbundenen Nachteile jedenfalls ohne die getrennt zu beurteilenden Kosten nicht außer Verhältnis zu dem Zweck der Maßnahme stehen.“ (OVG Bautzen)

## III. Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides

Es stellt sich aber vor dem Hintergrund der Diskussion um die Länge der Vorlauffrist die Frage, ob nicht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch verletzt wird, dass die Kl. mit den Kosten der Ersatzvornahme belastet wird.

### 1. Kostenbescheid als gebundene Entscheidung

„Entgegen der Auffassung der Kl. eröffnet die Rechtsgrundlage des § 24 III SächsVwVG der Behörde **keinen Ermessensspielraum**, sondern schreibt eine gebundene Entscheidung vor, nach der die Behörde grundsätzlich **Kostenerstattung verlangen muss** (ebenso für Nordrhein-Westfalen OVG Münster, NVwZ-RR 1996, 59 = NZV 1995, 460 = DAR 1995, 377, m.w.N. zur abweichenden Rechtslage in Baden-Württemberg und Hessen). Das ergibt sich sowohl aus dem **Wortlaut** der Vorschrift („werden ... festgesetzt“) als auch aus der **teleologischen Erwägung**,

dass die Kostenpflicht grundsätzlich der Verantwortlichkeit des Vollstreckungsschuldners für die ihm obliegende, aber nicht erfüllte Verpflichtung folgen soll.

**Ausnahmen**, die der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert, ist über § 7 SächsVwVG i.V.m. § 1 Nr. 2 und Anl. 1 lfd. Nr. 1 Tarifstelle 1 des Vierten Sächsischen Kostenverzeichnisses vom 24.10.2000 (4. SächsKVZ - SächsGVBl 2000, 549) Rechnung zu tragen. Danach kann und muss von der Kostenerhebung für allgemeine Amtshandlungen, zu denen Vollstreckungsmaßnahmen zählen, abgesehen werden, soweit ihre **Erhebung unbillig** wäre.“ (OVG Bautzen aaO)

## 2. Unbilligkeit der Erhebung

Die Erhebung von Kosten könnte danach aber deshalb unbillig sein, wenn ein atypischer Fall vorliegt.

### a) atypischer Fall

„Ein solcher liegt vor, wenn von einem Fahrzeug, das **ohne Verstoß** gegen straßen- und straßenverkehrsrechtliche Vorschriften **geparkt** worden ist, eine **Störung** ausgeht, zu deren Beseitigung der Halter oder Fahrer verpflichtet ist, die aber für ihn **nicht vorhersehbar** war und **nicht in seine Risikosphäre** fällt (vgl. VGH Mannheim, NJW 2007, 2058).

Nach **ständiger Rechtsprechung** ist die Kostenerhebung namentlich dann unbillig, wenn ein Verkehrsteilnehmer sein Fahrzeug ordnungsgemäß auf einem Parkplatz abgestellt hat und ohne **angemessene Reaktionsfrist (Vorlaufzeit)** nach Errichtung eines mobilen Halteverbots abgeschleppt wird (BVerwGE 102, 316 = NJW 1997, 1021; VGH München, DÖV 2008, 732 = BeckRS 2008, 36157; VGH Mannheim, NJW 2007, 2058; VGH Kassel, NJW 1997, 1023; OVG Münster, NVwZ-RR 1996, 59; OVG Hamburg, DÖV 1995, 783).

Erforderlich ist eine Vorlaufzeit deshalb, weil der parkende Verkehrsteilnehmer einerseits nicht darauf vertrauen darf, dass ein zunächst rechtmäßiges Langzeitparken an einer bestimmten Stelle des öffentlichen Straßenraums unbegrenzt erlaubt bleibt (BVerwGE 102, 316 = NJW 1997, 1021), von ihm andererseits aber auch nicht erwartet werden kann, dass er einen Dauerparkplatz täglich oder stundengenau auf eine Änderung der Verkehrsregelungen kontrolliert. Das BVerwG hat einen **Verstoß** gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **verneint**, wenn ein zunächst erlaubtermaßen geparktes Fahrzeug **am vierten Tag** nach Aufstellung eines Haltverbotszeichens auf Kosten des Halters abgeschleppt wird (BVerwGE 102, 316 = NJW 1997, 1021). Wie die **Vorlaufzeit zu berechnen** ist, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen, da die vier Tage nicht als Mindestzeitraum, sondern lediglich als angemessener Zeitraum angesehen werden. (OVG Bautzen aaO)

### b) Bestimmung der Vorlaufzeit

„Der **VGH München** und der **VGH Mannheim** legen diesen Zeitraum als regelmäßige Mindestvorlaufzeit zu Grunde und verlangen ohne Differenzierung zwischen Werk-, Sonn- und Feiertagen **drei volle Tage**, so dass nicht bereits nach umgerechnet 72 Stunden, sondern **erst ab dem vierten Tag** nach Aufstellen des Halteverbotszeichens auf Kosten des Halters abgeschleppt werden kann (VGH München, DÖV 2008, 732 = BeckRS 2008, 36157; VGH Mannheim, NJW 2007, 2058).

Der Senat hält im **Regelfall** eine **Frist von drei vollen Tagen**, wie sie hier im Zeitpunkt des Abschleppens eingehalten war, für **notwendig** und **angemessen**. Der damit verbundene Kontrollaufwand ist dem Verkehrsteilnehmer im Allgemeinen auch zumutbar, zumal ihm bei der nach vollen Tagen bemessenen Frist nicht abverlangt wird, über seine Kontrollen exakt alle 72 Stunden Protokoll zu führen (vgl. VGH München, DÖV 2008, 732 = BeckRS 2008, 36157; VGH Mannheim, NJW 2007, 2058), sondern lediglich alle drei Tage nach den Verkehrsverhältnissen an dem von ihm genutzten Parkplatz zu schauen.“(OVG Bautzen aaO)

Diese Vorlaufzeit ist auch weder bei Feiertagen noch in den Schulferien zu verlängern.

„Zwar werden vermeintlich typische Gewohnheiten in der Rechtsprechung sowohl zur Begründung einer längeren wie auch einer kürzeren Vorlaufzeit herangezogen (vgl. einerseits OVG Hamburg, DÖV 1995, 783; andererseits OVG Münster, NVwZ-RR 1996, 59; zur Untauglichkeit des Kriteriums vgl. VGH München, DÖV 2008, 732 = BeckRS 2008, 36157; VGH Mannheim, NJW 2007, 2058). Dem öffentlichen Interesse der Ordnungs- bzw. Straßenbaubehörde, notwendige Bauarbeiten oder andere Maßnahmen ohne zu langen Vorlauf durchführen lassen zu können, würde aber nicht mehr angemessen Rechnung getragen.“ (OVG Bautzen aaO)

**Ergebnis:** Die hier relevante Vorlaufzeit zwischen dem Aufstellen der Schilder freitags um 18 Uhr und der Abschleppmaßnahme dienstags gegen 8 Uhr umfasst drei volle Tage und führt nicht zur Unbilligkeit der Kostenerhebung. Der Kostenbescheid ist daher rechtmäßig.



## 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**  
**§§ 254, 823, 827** **Mitverschulden**  
**Mitfahrt mit betrunkenem Fahrer**  
 (OLG Karlsruhe in NJW 2009, 2608; Urteil vom 30.01.2009 – 1 U 192/08)

In der **Teilnahme eines Beifahrers an einer Autofahrt trotz erkennbarer Trunkenheit des Fahrers** liegt ein **Verstoß gegen die eigenen Interessen**, der im Rahmen der Anwendung des **§ 254 BGB zu berücksichtigen** ist.

Dabei gilt im Rahmen des **§ 254 BGB § 827 S. 2 BGB** entsprechend.

*„Zwar ist der rechtliche Ansatz zutreffend, wonach in der Teilnahme an der Heimfahrt trotz erkennbarer Trunkenheit des Fahrers ein Verstoß gegen die eigenen Interessen des klagenden Beifahrers zu sehen ist und im Rahmen des § 254 BGB § 827 S. 2 BGB entsprechend gilt (vgl. dazu auch OLG Saarbrücken VersR 1968, 905; BGH VersR 1971, 473; OLG Hamm VersR 1997, 126). Danach ist der Kl. für den objektiven Verstoß gegen die ihm obliegende Eigensorgfalt verantwortlich, weil er sich selbstverschuldet in den vorübergehenden Zustand des Ausschlusses der freien Willensbestimmung versetzt hat. Der Mitverschuldensvorwurf wird durch diese Vorschrift vorverlagert und zielt auf die Tatsache ab, dass der Kl. zumindest fahrlässig durch seinen Alkoholkonsum eine Situation herbeigeführt hat, in der er nicht mehr die zum Selbstschutz erforderliche Einsichtsfähigkeit hatte.“ (OLG Karlsruhe aaO).*

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**BGB** **BGB**  
**§§ 323 I, 281 I 1** **Nacherfüllungsverlangen**  
**auch noch in der Berufungsinstanz zulässig**  
 (BGH in NJW 2009, 2532; Urteil vom 20.05.2009 – VIII ZR 247/06)

Die **erstmalig in der Berufungsinstanz erfolgte, unstreitige Fristsetzung zur Nacherfüllung** ist unabhängig von den Voraussetzungen des **§ 531 II 1 Nr. 1-3 ZPO zuzulassen**.

*„Der Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug gilt, auch soweit sie im ersten Rechtszug aus Nachlässigkeit nicht geltend gemacht worden sind, nicht für unstreitige Tatsachen. Aus der die Zwecke des Zivilprozesses und der Präklusionsvorschriften berücksichtigenden Auslegung der §§ 529 I Nr. 2, 531 ZPO ergibt sich, dass unter „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel“ i.S. des § 531 ZPO lediglich streitiges und beweisbedürftiges Vorbringen fällt. Nicht beweisbedürftiges Vorbringen hat das BerGer. gem. § 529 I ZPO seiner Entscheidung ohne Weiteres zu Grunde zu legen (BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291; BGHZ 166, 29 = NJW-RR 2006, 630; BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434; BGH NJW-RR 2006, 755 = WM 2006, 1115).*

*Das gilt auch für die als solche nicht streitige Fristsetzung zur Nacherfüllung i.S. von §§ 323 I, 281 I 1 BGB, die erst im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgt ist: Zwar werden dadurch nicht nur neue Tatsachen in den Rechtsstreit eingeführt, sondern wird durch den erfolglosen Ablauf der Frist die materielle Rechtslage umgestaltet, weil der Gläubiger erst danach berechtigt ist, vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen. Das steht der Berücksichtigung der Fristsetzung zur Nacherfüllung jedoch nicht entgegen. Sie unterscheidet sich insofern nicht von der erstmalig im Berufungsverfahren erfolgenden Erhebung einer Einrede oder Ausübung eines materiell-rechtlichen Gestaltungsrechts. Auch diese sind ungeachtet - oder besser wegen - ihrer materiell-rechtlichen Wirkungen vom BerGer. zu berücksichtigen, wenn die die Einrede oder das Gestaltungsrecht begründenden Tatsachen unstreitig sind (vgl. BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434). Anderenfalls müsste das BerGer. sehenden Auges auf einer falschen, von keiner Partei vorgetragene tatsächlichen Grundlage entscheiden.“ (BGH aaO).*

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StGB** **StGB**  
**§§ 73 I 2, 73a S.1** **Wertersatzverfall**  
**ermittlungsbehördlich aufgewandtes Scheinkaufgeld**  
 (BGH in NJW 2009, 2073; Urteil vom 04.02.2009 – 2 StR 504/08)

**Das** von einer Ermittlungsbehörde **für den Kauf von Betäubungsmitteln eingesetzte Kaufgeld unterliegt** jedenfalls dann dem Wertersatzverfall gem. **§ 73a S. 1 StGB**, wenn es nicht sichergestellt wurde.

- I. Erlangt ist - unabhängig von der Wirksamkeit des zu Grunde liegenden Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts - schon dann „etwas“, wenn der Gegenstand in irgendeiner Phase des Tatablaufs in die Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist und ihm so **aus der Tat unmittelbar etwas wirtschaftlich messbar zugute kommt** (BGHSt 51, 65 = NJW 2006, 2500; BGH NSStZ-RR 2008, 287).

*„Die Angekl. hatten mit dem Erhalt und dem Besitz des Geldes aus den Scheinkäufen die tatsächliche und, soweit die Gelder nicht aufgefunden wurden, von ihnen auch genutzte Möglichkeit darüber zu verfügen. Dies stellt einen dem jeweiligen Geldbetrag entsprechenden Wert dar, den die Angekl. unmittelbar aus der Tat erlangt haben. Auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse an den Beträgen kam es nicht an.*

*Dies gilt gleichermaßen für den Durchgangserwerb durch die Angekl.: Einer Verfallsanordnung steht nicht etwa entgegen, dass der Angekl. Ö 2.600 € und 3.000 € unmittelbar nach deren Erhalt an den Angekl. L weitergegeben hat.*



Ausschlaggebend ist, dass er - wenn auch nur vorübergehend - die tatsächliche Möglichkeit erlangt hat, über die Beträge zu verfügen (vgl. BGH BGHR StGB § 73 Erlangtes 5). Selbst wenn ein Rauschgift Händler dieselben Geldscheine, die er von den Käufern erhält, unmittelbar im Anschluss daran an seinen Lieferanten weitergibt, werden diese Beträge zunächst Bestandteil seines Vermögens und unterliegen dem Verfall (vgl. BGHSt 51, 65 = NJW 2006, 2500 = NSTz 2006, 570; BGH NSTz 2004, 440).“ (BGH aaO).

II. Auch die Vorschrift des **§ 73 I 2 StGB** steht der Verfallsanordnung **nicht entgegen**.

„**Verletzter**“ im Sinne dieser Vorschrift kann nur derjenige sein, **dessen Individualinteressen durch das vom Täter verletzte Strafgesetz geschützt werden sollen** (vgl. BGH BGHR StGB § 73 Verletzter 1, 2). Dies kann zwar auch eine Behörde sein, die, wie etwa der Steuerriskus (vgl. BGH NSTz-RR 2007, 237; BGHR StGB § 73 Verletzter 3) oder der Dienstherr (vgl. BGH NSTz-RR 2008, 13) eigenständige öffentlich-rechtliche Ansprüche hat, welche eine Kompensation ihrer verletzten Interessen gewährleisten sollen. Dies **trifft jedoch auf das Landeskriminalamt bzw. das Land als seinem Rechtsträger nicht zu**. Die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes bezwecken nicht den individuellen Rechtsgüterschutz staatlicher Stellen, sondern dienen allein der Wahrung öffentlicher Belange, ohne für den Fall ihrer Verletzung der öffentlichen Hand Ersatzansprüche zur Verfügung zu stellen.“ (BGH aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB § 177 I Nr.3	<b>Vergewaltigung</b> <b>Ausnutzen einer hilflosen Lage</b> (BGH in NSTz 2009, 443; Beschluss vom 04.12.2008 – 3 StR 494/08)	StGB
----------------------	--	------

Von § 177 I Nr. 3 StGB werden Fälle erfasst, in denen zwar weder Gewalt ausgeübt noch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Opfers gedroht wird, dieses aber aus **Furcht vor möglichen Einwirkungen des Täters auf** einen ihm grundsätzlich **möglichen Widerstand verzichtet**, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und ihm Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint.

„Erforderlich ist dabei stets, dass sich das Opfer aus Angst vor körperlicher Beeinträchtigung, also vor Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen, nicht gegen den Täter zur Wehr setzt; es genügt nicht, dass es dies aus Furcht vor der Zufügung anderer Übel unterlässt (BGHSt 51, 280; 285; BGH NSTz 2003, 533, 534).“ (BGH aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB § 211	<b>Verdeckungsmord</b> <b>andere Straftat</b> (BGH in NSTz-RR 2009, 239; Beschluss vom 21.04.2009 – 1 StR 73/09)	StGB
---------------	--	------

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

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

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

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB § 250 II Nr.1	<b>gefährliches Werkzeug</b> <b>„K.O.-Tropfen“</b> (BGH in StV 2009, 408; Beschluss vom 27.01.2009 – 4 StR 473/08)	StGB
-----------------------	--	------

Der **Einsatz von K.O.-Tropfen erfüllt** lediglich den **Tatbestand des § 250 I Nr. 1 b StGB**, denn ein narkotisierendes Mittel ist **kein gefährliches Werkzeug** i. S. des § 250 II Nr. 1 StGB.

„Auch die durch das Verabfolgen der „K.O.-Tropfen“ verursachte Körperverletzung (vgl. BGHR StGB § 223 Bewusstseinsverlust 1) hat der Angekl. demgemäß nicht mittels eines gefährlichen Werkzeugs i. S. des § 224 I Nr. 2 StGB, sondern durch Beibringung **gesundheitsschädlicher Stoffe** und mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen (§ 224 I Nr. 1 und 3 StGB).“ (BGH aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB § 259 I	<b>Hehlerei</b> <b>Absatzhilfe</b> (BGH in StV 2009, 411; Beschluss vom 28.10.2008 – 4 StR 120/08)	StGB
-----------------	--	------

Ist die **rechtswidrige Besitzlage** bereits **endgültig eingetreten**, fehlt es an einer **Absatzhilfe** i. S. des § 259 I StGB.

„Zwar genügt zur Vollendung der Hehlerei in Form der **Absatzhilfe grundsätzlich jede vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit**, die **geeignet ist, den Vortäter** bei seinem Bemühen um die wirtschaftliche Verwertung der bemakelten Sache **zu unterstützen** (BGH NSTz 2008, 152). Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob es zum Absatz des Hehlorgutes gekommen ist (BGHSt 26, 358; NJW 1990, 2897; NSTz 1994, 395 f.). **Strafgrund der Hehlerei** ist es aber, ein **Weiterschleichen der durch die Vortat erlangten Sache zu verhindern** (BGHSt 26, 358). Deshalb



muss die Tätigkeit des Helfers im konkreten Fall geeignet sein, die rechtswidrige Vermögenssituation aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen (BGHSt 43, 110; NSStz-RR 2000, 266).

Daran fehlt es hier: Durch den Verkauf und die Übergabe der Fahrzeuge hatte H. dem R. die Verfügungsgewalt über die Fahrzeuge endgültig übertragen. R. hatte sich damit die Fahrzeuge "verschafft" und H. hatte sie "abgesetzt". Die rechtswidrige Besitzlage, die durch den betrügerischen Erwerb H.'s herbeigeführt worden war, war damit perpetuiert und vertieft worden. Hierzu hatte der Angekl. nichts beigetragen. Nach den bisherigen Feststellungen setzte seine Tätigkeit vielmehr erst später ein und diente allein der Durchsetzung der Zahlungsforderungen H.'s. Dabei kann dahinstehen, ob sein Vorschlag, die Abtretung von R.'s Privatvermögen zu verlangen, konkret geeignet war, die Eintreibung des Kaufpreises zu fördern. Denn jedenfalls hatten seine Bemühungen um die Erbringung der Gegenleistung keinen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss auf die rechtswidrige Besitzlage hinsichtlich der Fahrzeuge.

Nach der **Rspr. des BGH** ist nicht jede dem Vortäter geleistete Unterstützung im Vorfeld von Absatzbemühungen strafbar. Im Einzelfall kann es sich um straflose Hilfe bei der Vorbereitung künftigen Absatzes handeln. Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolgt oder ob sie sich **in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügt** und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellt (BGH NSStz 2008, 152, 153). Nach diesen Maßstäben liegt im vorliegenden Falle noch keine Absatzhilfe vor. Denn ein hinreichend konkretisierter Absatzplan bestand nach den Feststellungen nicht. Der mitangekl. H. hatte lediglich die allgemeine Absicht, zurückerlangte Fahrzeuge abermals zu vermarkten, wobei noch nicht einmal feststand, in welchem Land entsprechende Bemühungen unternommen werden sollten. Nach alledem beschränkte sich die Hilfe des Angeklagten auf bloße "Rückgewinnungshilfe". (BGH aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

BeamtVG

Dienstunfall

öffR

§ 31 I 1

maßgeblicher Dienort bei Dienstreise

(BVerwG in BayVBl 2009, 347; Urteil vom 22.01.2009 – 2 A 3/08)

**Dienort im dienstunfallrechtlichen Sinne** ist der Ort, an dem der Beamte die ihm übertragenen dienstlichen Aufgaben zu erledigen hat. Sind dem Beamten für gewisse Zeit Aufgaben zugewiesen, die er nicht an seinem üblichen Dienort, insbesondere nicht an seinem Arbeitsplatz in einem Dienstgebäude, sondern an einem anderen Ort wahrnehmen muss, so wird dieser Ort für die Dauer der Aufgabenerledigung vorübergehend Dienort.

- I. Nach § 31 I 1 BeamtVG ist **Dienstunfall** ein auf äußerer Einwirkung beruhendes, plötzliches, örtlich und zeitlich bestimmtes, einen Körperschaden verursachendes Ereignis, das in Ausübung oder infolge des Dienstes eingetreten ist.

„Danach ist zum einen ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Ereignis und Schaden erforderlich. Zum anderen verlangt das gesetzliche Merkmal „in Ausübung des Dienstes“, dass das den Schaden verursachende Ereignis dem Dienst des Beamten zuzurechnen ist. Hierfür genügt nicht jeder Zusammenhang des Unfalls mit dem Dienst. Vielmehr setzt die Zurechnung voraus, dass eine besonders enge ursächliche Verknüpfung besteht.

Dabei kommt nach dem Normzweck des § 31 I 1 BeamtVG dem Kriterium der Beherrschbarkeit des Risikos der Geschehnisse durch den Dienstherrn besondere Bedeutung zu. Der Beamte steht unter dem besonderen Schutz der Unfallfürsorge, wenn er bestimmungsgemäß im räumlichen Machtbereich des Dienstherrn Dienst leistet. Aufgrund dieser Risikoverteilung handelt es sich bei einem Unfall, den ein Beamter während der Dienstzeit an seinem Dienort im räumlichen Machtbereich des Dienstherrn erleidet, um einen Dienstunfall im Sinne von § 31 Abs. 1 Satz 1 BeamtVG, ohne dass es darauf ankommt, ob die Tätigkeit, bei der sich der Unfall ereignet, dienstlich geprägt ist. Dies gilt nur dann nicht, wenn diese Tätigkeit vom Dienstherrn verboten ist oder dessen wohlverstandenen Interessen zuwiderläuft.“ (BVerwG aaO).

- II. Ein **Unfall außerhalb des Dienstortes** des Beamten ist ein **Dienstunfall i. S. des § 31 I 1 BeamtVG, wenn die Tätigkeit**, bei der er sich ereignet, **durch die Erfordernisse des dem Beamten obliegenden Dienstes geprägt ist**. Die **Tätigkeit muss in den Dienstbetrieb einbezogen sein**; dieser muss die wesentliche Ursache für den Unfall gesetzt haben.

„Dies ist der Fall, wenn die Tätigkeit entweder im engen Zusammenhang mit den Dienstaufgaben des Beamten oder sonstigen dienstlich notwendigen Einrichtungen steht oder in einem dienstlichen Über- und Unterordnungsverhältnis ausgeübt wird. Dagegen liegt kein Dienstunfall vor, wenn die Tätigkeit vorwiegend auf einer autonomen Entscheidung des Beamten beruht.

Nach diesem Maßstab hat der Kl. keinen Dienstunfall erlitten: Sein Aufenthalt in der Zentrale des BND am Unfalltag war nicht durch die Erfordernisse des Dienstes geprägt. Er war nicht in den weisungsgebundenen Dienstbetrieb einbezogen und stand nicht in einem dienstlichen Über- und Unterordnungsverhältnis. Vielmehr beruhte der Aufenthalt auf der freien, nicht durch dienstliche Vorgaben beeinflussten Entscheidung des Kl., die Zentrale des BND aufzusuchen. Bei dieser Sachlage hätte die Annahme eines Dienstunfalls zur Folge, dass ein Unfall eines Beamten im räumlichen Machtbereich des Dienstherrn auch dann ein Dienstunfall wäre, wenn der Beamte dort weder seinen Dienort hat noch der Dienstherr einen dienstlichen Anlass für den Aufenthalt gegeben hat. Damit würden die gesetzlich vorgegebene Risikoverteilung und damit der Anwendungsbereich der Dienstunfallfürsorge aufgrund einer autonomen Entscheidung des Beamten einseitig zu Lasten des Dienstherrn erweitert. Dies lässt sich mit dem Normzweck des § 31 I 1 BeamtVG nicht vereinbaren.“ (BVerwG aaO).

- III. Nach § 31 I 2 Nr. 1 BeamtVG stellt ein Unfall einen Dienstunfall dar, der sich während einer Dienstreise, eines Dienstgangs oder der dienstlichen Tätigkeit am Bestimmungsort ereignet.

„Gem. § 2 I 1 des Bundesreisekostengesetzes - BRKG - sind Dienstreisen Reisen zur Erledigung von Dienstgeschäften außerhalb der Dienststätte. Der Begriff des Dienstgeschäfts knüpft an das Amt im konkret-funktionellen Sinne an. Als Dienstgeschäft sind die dem Beamten zur Erledigung übertragenen dienstlichen Aufgaben anzusehen.



Danach liegt **hier kein Dienstoffall** gem. § 31 I 2 Nr. 1 BeamtVG vor, **weil die Zentrale des BND nicht Bestimmungsort einer Dienstreise des K. war**: Bei der Fahrt des Kl. von der Schule des BND zur Zentrale [handelte es sich] nicht um eine Dienstreise i. S. von § 2 I 1 BRKG. Denn der Kl. unternahm die Fahrt nicht, weil ihm in der Zentrale dienstliche Aufgaben oblagen. Vielmehr bestand seine dienstliche Aufgabe darin, in der Schule des BND am Sprachlehrgang teilzunehmen und dort Selbststudium zu betreiben. Davon abgesehen war eine persönliche Vorsprache des Kl. in der Zentrale nicht aus dienstlichen Gründen angeordnet, vereinbart oder dringend notwendig. Daher war die Abmeldung bei der Lehrgangsleiterin nicht geeignet, der Fahrt den Charakter einer Dienstreise zu verleihen.“ (BVerwG aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG

Gasthörer

öffR

Art. 3 I, 5 III

zulässiger Ausschluss in zulassungsbeschränkten Fächern

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2009, 563; Beschluss vom 24.02.2009 – 2 B 4/09)

**Universitäten sind dazu berechtigt, die Zulassung von Gasthörern zu Lehrveranstaltungen in zulassungsbeschränkten Fächern generell auszuschließen.**

- I. **Das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen** (Art. 12 I 1 GG, Art. 29 I SächsVerf.) i. V. mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 I GG, Art. 18 I SächsVerf.), sowie das **Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen** (Art. 29 II SächsVerf.) **führen nicht zu einem Aufnahmeanspruch für Gasthörer.**

„Das **Ausbildungsgrundrecht verpflichtet die Hochschule nur zur Zulassung der die Qualifikationsvoraussetzungen erfüllenden Bewerber zu dem gewünschten Studiengang** im Rahmen der **vorhandenen Kapazität und unter dem Vorbehalt des Möglichen**. Ein Anspruch auf Teilhabe an bestimmten Lehrveranstaltungen durch Nicht-hochschulangehörige lässt sich aus der Ausbildungsfreiheit nicht ableiten.“

In der Rspr. ist zwar umstritten, ob sog. „Parkstudenten“, die ein anderes Fach studieren, aus ihrer Ausbildungs- und Lernfreiheit ein Teilnahmerecht an Lehrveranstaltungen ihres Wunschstudiums ableiten können (verneinend: VGH München NJW 1980, 662; bejahend: VGH Mannheim DÖV 1978, 738). Ein **Teilhaberecht von Gasthörern besteht aber nicht**: Der potenzielle Gasthörer fällt im Gegensatz zum Parkstudenten nicht in den Schutzbereich der Ausbildungs- oder Berufsfreiheit. Die Ausbildungsfreiheit und das verfassungsrechtlich gewährleistete Zulassungsrecht stehen in engem Zusammenhang mit der späteren Berufsaufnahme; zusammen mit ihr und als ihre Vorstufe ist die Ausbildung integrierender Bestandteil eines zusammengehörigen Lebensvorgangs. Durch Art. 12 I i. V. mit Art. 3 I GG und Art. 29 SächsVerf. wird demgemäß nur ein Zulassungsrecht geschützt, das auf ein volles Studium mit berufsqualifizierendem Abschluss gerichtet ist, mag es auch in Teilschritten realisiert werden. Diese Voraussetzung fehlt, wenn ein berufsqualifizierender Studienabschluss von vornherein und mit Sicherheit ausgeschlossen ist, z.B. weil in späteren Ausbildungsabschnitten alle Ausbildungskapazitäten zweifelsfrei erschöpfend genutzt sein werden. In einem solchen Fall hat die Inanspruchnahme von Teilkapazitäten keinen Bezug zur späteren Berufsaufnahme. Die Versagung entsprechender Teilzulassungen könnte lediglich an der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG, Art. 15 SächsVerf.) i. V. mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemessen werden, die einer solchen Versagung in zulassungsbeschränkten Studiengängen unter Berücksichtigung der weiteren Aufgaben der Universitäten in aller Regel nicht entgegenstehen werden. Das kommt namentlich dann in Betracht, wenn an einer Hochschule nur ungenutzte Kapazitätsreste für einzelne Semester vorhanden sind und ein Weiterstudium an einem unüberwindlichen Engpass im Folgesemester scheitert (BVerfGE 79, 172 = NJW 1989, 1348). **Erst recht gelten diese Erwägungen, wenn nur freie Plätze in einzelnen Veranstaltungen vorhanden sind und der potenzielle Hörer der Hochschule nicht angehört. Beim Gasthörer ist weil er nicht immatrikuliert ist der berufsqualifizierende Abschluss ausgeschlossen. Die Teilnahme an Veranstaltungen als Gasthörer lässt sich auch dann nicht als Teilschritt oder Teilstudium auffassen, wenn einzelne Bescheinigungen später anerkannt werden sollten. Zwischen dem auch nach Darstellung des Ast. „passiven“ Gasthörer, der nicht Mitglied der Hochschule ist, und dem aktiv studierenden Hochschulmitglied, das Träger der Wissenschaftsfreiheit ist, bestehen derartige Unterschiede, dass die Tätigkeit des Gasthörens nicht als Teil des Studiums aufgefasst werden kann.“** (OVG Bautzen aaO).

- II. Auch aus der **Wissenschaftsfreiheit** (Art. 5 III 1 GG, Art. 21 SächsVerf.) kann der Ast. keine Rechte ableiten, da er weder der Universität angehört noch sonst wissenschaftlich tätig ist.

„Ein Teilhaberecht lässt sich aus der Wissenschaftsfreiheit regelmäßig nicht ableiten. Zudem unterfällt der passive Gasthörer nicht der Wissenschaftsfreiheit.“ (OVG Bautzen aaO).

- III. Der **generelle Ausschluss von Gasthörern in zulassungsbedingten Studiengängen verstößt auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG sowie Art. 18 I SächsVerf.**

„Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen. Dem Willkürverbot ist genüge getan, wenn sich für die Differenzierung ein sachlicher Grund finden lässt. Dagegen verlangt die Verhältnismäßigkeitsbindung darüber hinaus, dass zwischen Normadressaten Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Bei der verschiedenen Behandlung von Personengruppen unterliegen der Gesetzgeber und die Verwaltung grundsätzlich der strengen Verhältnismäßigkeitsbindung, wohingegen bei der verschiedenen Behandlung von Sachverhalten regelmäßig lediglich die Willkürkontrolle eingreift. Bei verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (vgl. BVerfGE 88, 87 [96f.] = NJW 1993, 1517 = NVwZ 1993, 663 L). Bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen, die nicht an personengebundene Merkmale anknüpft, sondern an einen Sachverhalt, kommt den Besonderheiten des geregelten Lebens- und Sachbereichs für die Frage, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, erhebliche Bedeutung zu. Dabei sind dem Gestaltungsspielraum umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (BVerfGE 95, 267 [317ff.] = NJW 1997, 1974 = NVwZ 1997, 885).“



Hier knüpft der generelle Ausschluss von Gasthörern an die Zulassungsbeschränkung des Studienganges und somit an sachbezogene Merkmale an. Spezielle Freiheitsgrundrechte sind nicht betroffen. Die Ungleichbehandlung ist deshalb gerechtfertigt, wenn sie sich sachlich begründen lässt.

Entgegen der Auffassung des Ast. ist ein **genereller Ausschluss von Gasthörern in zulassungsbeschränkten Studiengängen nicht willkürlich**. Eine Zulassung von Gasthörern im Studiengang Zahn- oder Humanmedizin widerspräche der durch die Kapazitätsverordnungen festgelegten einheitlichen Ermittlung der Kapazität einer Lehrereinheit. Die Lehrkapazität der Veranstaltungen, welche der Ast. als im Fach nicht immatrikulierter Student besuchen will, ist bereits in die Berechnung der Gesamtkapazität der Lehrereinheit eingegangen, die nach dem Stellenprinzip erfolgt (vgl. §§ 8 und 9 der Verordnung des SächsStaatsministeriums für Wissenschaft und Kunst über die Kapazitätsermittlung, die Curricularnormwerte und die Festsetzung von Zulassungszahlen [Kapazitätsverordnung SächsKapVO] v. 29. 3. 1994, SächsGVBl S. 786). Neben diese Berechnung müsste im Falle der Zulassung zu einzelnen Lehrveranstaltungen eine Berechnung nach dem tatsächlich vorhandenen Lehrpersonal und dem räumlichen Platzangebot treten. Dies widerspräche aber dem Kapazitätsermittlungssystem der Kapazitätsverordnung, das lediglich die Ermittlung der Gesamtkapazität nach diesem System vorsieht. Es ergäbe sich eine Kapazitätsfeststellung nach zweierlei Maßstäben, bei der es zu Widersprüchen und Unzuträglichkeiten kommen könnte (vgl. im Einzelnen: VGH München, NJW 1980, 662f.). Dies lässt es sachgerecht erscheinen, sich in zulassungsbeschränkten Studiengängen auf die Kapazitätsermittlung und -beschränkung nach einem System, hier dem Stellenprinzip, zu beschränken.

Es ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden, wenn Hochschulen das Recht zur Teilnahme an Lehrveranstaltungen in zulassungsbeschränkten Studiengängen von der Zulassung zu einem Studiengang abhängig machen.“ (OVG Bautzen aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

SächsJAPO  
§ 10

### Jur. Staatsprüfung Rügepflicht des Kandidaten

öffR

(OVG Bautzen in LKV 2009, 325; Beschluss vom 26.05.2009 – 4 B 400/08)

Ein **Prüfling**, der sich **durch äußere Umstände bei einer Prüfung gestört** fühlt, hat dies **unverzüglich der Prüfungsaufsicht mitzuteilen**.

Wird der gerügte Mangel nicht oder nicht hinreichend beseitigt oder ausgeglichen, hat der Prüfling zur Wahrung seiner Rechte unverzüglich **schriftlich beim Landesjustizprüfungsamt einen Antrag auf Beseitigung des Mangels**, insbesondere auf Wiederholung der Prüfungsleistung zu stellen.

„§ 10 II 1 SächsJAPO bestimmt, dass ein Antrag nach Abs. 1 unverzüglich schriftlich beim Landesjustizprüfungsamt zu stellen ist. Nach § 10 II 3 SächsJAPO ist die Geltendmachung ausgeschlossen, wenn seit dem Abschluss des Teils des Prüfungsverfahrens, der mit dem Mangel behaftet war, ein Monat verstrichen ist. Damit bringt § 10 SächsJAPO zum Ausdruck, dass ein Prüfling, der sich durch äußere Umstände bei einer Prüfung gestört fühlt, dies unverzüglich der Prüfungsaufsicht mitzuteilen hat; wird der gerügte Mangel nicht oder nicht hinreichend beseitigt oder ausgeglichen, hat er zur Wahrung seiner Rechte unverzüglich schriftlich beim Landesjustizprüfungsamt einen Antrag auf Beseitigung des Mangels, insbesondere auf Wiederholung der Prüfungsleistung zu stellen. § 10 II 3 SächsJAPO kommt die Bedeutung zu, dass ein Antrag nach Abs. 2 Satz 1 nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg gestellt werden kann, wenn seit dem Abschluss des - möglicherweise mangelbehafteten - Prüfungsteils (schriftliche oder mündliche Prüfung) ein Monat verstrichen ist. Eine solche Fristversäumung führt zur Präklusion dahin, dass der Kandidat sich in diesem Fall auf den behaupteten Verfahrensfehler nicht mehr berufen kann (vgl. VGH Mannheim BeckRS 2006 25522, zu der mit § 10 SächsJAPO vergleichbaren Vorschrift des § 24 II 3 und 4 JAPrO sowie OVG Münster BeckRS 2008 39956, zu § 13 IV 3 JAG).“ (OVG Bautzen aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus



## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 852

### Pfändungs- und Überweisungsbeschluss Voraussetzungen bei Pflichtteilsanspruch

ZPO

(BGH in RPfleger 2009, 393, Beschluss vom 26.02.2009 – VII ZB 30/08)

1. Ein **Pfändungsbeschluss** kann auch schon **vor dem Vorliegen der Voraussetzungen** des § 852 I ZPO ergehen.
2. Ein **Überweisungsbeschluss** ist jedoch erst **bei Vorliegen der Voraussetzungen** zulässig.
3. Zur Erlangung der erforderlichen Kenntnisse hat der Gläubiger gegen den Drittschuldner nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses einen **Auskunftsanspruch analog § 836 III ZPO**.

#### A. Grundlagenwissen: Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss

Wegen einer Geldforderung kann in nach §§ 828 ff. ZPO auch in Forderungen vollstreckt werden, die der Schuldner gegen Dritte hat. Hierzu ist ein Pfändungsbeschluss und ein Überweisungsbeschluss erforderlich, wobei beide meist zusammen als sog. Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ergehen (sog. PfÜB).

##### I. Pfändungsbeschluss

Zunächst ist es erforderlich, die Forderung zu beschlagnahmen und so der **Dispositionsbefugnis des Schuldners zu entziehen**. Es ist daher nach § 828 ZPO ein Pfändungsbeschluss beim Vollstreckungsgericht zu beantragen, welches nach § 828 II ZPO (Beachte: nicht § 764 II ZPO) das Gericht des allgemeinen Gerichtsstands des Schuldners ist (vgl. §§ 13-18 ZPO).

Mit der Pfändung tritt die **Verstrickung der Forderung** ein und es entsteht ein **Pfändungspfandrecht** an der Forderung

Mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ist nach § 829 III ZPO die Pfändung bewirkt, so dass auch das **Arrestatorium** greift. Danach wird dem Drittschuldner **untersagt, auf die Forderung an den Schuldner zu zahlen**. Unabhängig von der Höhe der Forderung, wegen der vollstreckt wird, ist - vorbehaltlich einer ausdrücklich erfolgenden Teilpfändung – stets die **gesamte Forderung**, in die vollstreckt wird, von der Pfändung umfasst. Der Drittschuldner darf also auch einen die Vollstreckungsforderung übersteigenden Betrag der gepfändeten Forderung nicht an den Schuldner auszahlen.

**Zahlt der Drittschuldner trotz der Pfändung** ganz oder teilweise an den Schuldner, so hat dies nach §§ 135,136 BGB gegenüber dem Gläubiger **keine schuldbefreiende Wirkung** und er kann die Zahlung nochmals vom Drittschuldner verlangen. Mit dem Inhibitorium wird der Schuldner verpflichtet, sich **sämtlicher Verfügungen über die Forderung zu enthalten**. Er **bleibt** jedoch weiterhin **Inhaber der Forderung**.

##### II. Überweisungsbeschluss

Mit dem Pfändungsbeschluss allein ist die Forderung bislang nur „eingefroren“, eine Befriedigung der Forderung, aus der vollstreckt wird, kann allein aus dem Pfändungsbeschluss nicht erfolgen. Der Gläubiger muss sich die Forderung noch nach § 835 ZPO überweisen lassen. Nur mit einem wirksamen Überweisungsbeschluss wird er berechtigt, die **fremde Forderung seines Schuldners gegen den Drittschuldner in eigenem Namen geltend zu machen**.

Die Überweisung ersetzt nach § 836 I ZPO die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist.

Mit Erlass des Überweisungsbeschlusses ist der Drittschuldner nunmehr gehalten, die Forderung gegenüber dem Gläubiger zu erfüllen. Mit Leistung an den Gläubiger tritt für den Schuldner nach § 362 BGB **Erfüllungswirkung** ein.

### III. Pfändbarkeit

Grundsätzlich sind **alle Geldforderungen** pfändbar, außer solchen Forderungen, die auch **nicht abtretbar** sind (§ 851 ZPO).

**Unpfändbar** sind daher Ansprüche auf Zahlung des **Gewinnanteils bei der GbR** (§ 717 BGB), Ansprüche auf **Leistung von Sozialhilfe** (§ 17 I 2 SGB XII), **Pflichtteils-** und **Zugewinnausgleichsansprüche** vor Anerkennung oder Rechtshängigkeit (§ 852 ZPO).

## B. Grundlagenwissen: Die Vollstreckungserinnerung

Mit der Vollstreckungserinnerung werden **konkrete Maßnahmen eines Vollstreckungsorgans** mit der Begründung angefochten, die zu beachtenden Verfahrensvorschriften seien nicht eingehalten worden. Materiell-rechtliche Einwände können in diesem Verfahren nicht erhoben werden.

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine **Vollstreckungsmaßnahme** vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO (Beschwerde) anzuwenden.

Fraglich ist dabei allerdings, wann von einer Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO auszugehen ist. Eine **Entscheidung** liegt nach h.M. dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den **Gegner angehört** hat oder einen **Antrag des Gläubigers ablehnt**. Ist die Anhörung unterblieben, obwohl sie gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 850b III ZPO), so liegt daher nach h.M. keine Entscheidung vor (vgl. OVG Münster NJW 1980, 1709).

Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine tatsächliche und rechtliche Würdigung, so dass die Annahme des Vorliegens einer Entscheidung gerechtfertigt ist.

## C. Voraussetzungen der Pfändungs- und Überweisung eines Pflichtteilsanspruchs (BGH RPfleger 2009, 939)

**Fall:** Die Drittschuldnerin (D) wendet sich gegen die Wirksamkeit eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses.

Der Gläubiger (G) betreibt gegen die Schuldnerin (S) wegen einer titulierten Forderung i.H.v. 28 000 EUR zzgl. Zinsen und Kosten die Zwangsvollstreckung. Auf seinen Antrag hat das VollstrGer. 2005 den angeblichen Anspruch der S gegen D „auf Pflichtteil nach ..., gest. am ... 2002“ gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen. G hat sich weder in seinem Antrag noch im weiteren Verfahren dazu geäußert, ob der Pflichtteilsanspruch durch Vertrag anerkannt worden oder rechtshängig geworden ist. Auch der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss enthält insoweit keine Angaben sowie keine Hinweise auf eine eingeschränkte Wirkung der Pfändung.

D hat gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss Erinnerung mit der Begründung eingelegt, die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO müssten bereits im Antrag dargelegt und im Beschluss zum Ausdruck gebracht werden; ein Überweisungsbeschluss sei erst zulässig, wenn diese Voraussetzungen erfüllt seien.

Hat die Erinnerung Aussicht auf Erfolg?

### A. Zulässigkeit der Erinnerung

Bei dem Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses handelt es sich um eine Maßnahme des Vollstreckungsgerichts als Vollstreckungsorgan. Da D auch nicht angehört wurde, handelt es sich in Abgrenzung zur Beschwerde nach § 793 ZPO um eine Maßnahme und nicht um eine Entscheidung, so dass die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO statthaft ist.

Allerdings müsste D auch **erinnerungsbefugt** sein. Der **Drittschuldner** wird von einer Forderungspfändung schon deshalb in eigenen Rechten betroffen, weil er mit **zusätzlichen Pflichten**, z.B. nach § 840 ZPO belastet wird. Er kann sich dem Gläubiger gegenüber schadenersatzpflichtig machen. Dieser Eingriff in die Rechtsstellung des Drittschuldners ist zwar zu Gunsten des Gläubigers geboten, setzt aber ein rechtmäßiges Handeln voraus. Folglich dienen alle Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung auch dem Schutz des **Drittschuldners**, der des-

halb **uneingeschränkt erinnerungsbefugt** ist (vgl. BGH NJW-RR 2004, 643; BGH NJW 1977, 1881; MüKo-Karsten Schmidt, § 766 ZPO, Rn. 27; Stein/Jonas-Münzberg, § 766 ZPO, Rn. 35).

## B. Begründetheit der Erinnerung

### I. bzgl. des Pfändungsbeschlusses

#### 1. Pfändbarkeit

Bedenken bestehen hier, da der **Pflichtteilsanspruch** gem. § 852 I ZPO der Pfändung nur unterworfen ist, wenn er durch **Vertrag anerkannt** worden oder **rechtshängig** geworden ist.

*„Trotz dieses Wortlauts ist nach der **Rechtsprechung des BGH** ein Zugriff der Gläubiger auf den Anspruch möglich, **bevor** die **Voraussetzungen** der Norm **vorliegen**. Gepfändet wird dann der in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 I ZPO **aufschiebend bedingte Pflichtteilsanspruch** (BGH NJW 1993, 2876; BGH NJW 1997, 2384).*

*Der Anspruch ist **ohne Einschränkung mit einem Pfandrecht** belegt. Der Schuldner darf über die Forderung nicht mehr verfügen. Der Rang des Pfandrechts bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Pfändung. Der gepfändete Anspruch darf jedoch **nur unter den Voraussetzungen des § 852 I ZPO verwertet** werden (vgl. Kuchinke, NJW 1994, 1769, 1770).“ (BGH aaO)*

Damit hängt **nicht die Pfändbarkeit**, sondern erst die **Verwertbarkeit vom vertraglichen Anerkenntnis bzw. von der Rechtshängigkeit** ab (vgl. Hannich, Die Pfändungsbeschränkung des § 852 ZPO, S. 69).

#### 2. Anforderungen an den Beschluss

Fraglich ist, ob die zu Besonderheiten bei der Antragstellung und dem Inhalt des Pfändungsbeschlusses führt. Dies ist umstritten.

##### a) Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 852 I ZPO

*„Einerseits wird vertreten, der **Gläubiger** müsse in seinem Antrag schlüssig **vortragen**, dass die **Voraussetzungen des § 852 I ZPO** vorlägen (Behr, JurBüro 1996, 65; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO; 3. Aufl., § 852 Rn. 6; Smid, in: MüKo-ZPO, 2. Aufl., § 852 Rn. 5). Der **Pfändungsbeschluss** müsse erkennen lassen, ob der Rechtspfleger von einem **Anerkenntnis oder von der Rechtshängigkeit** ausgegangen sei (Kessal-Wulf, in: Schuschke/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 852 Rn. 6). Da die Verwertbarkeit in der Schwebe bleibe, solange die Voraussetzungen des § 852 I ZPO nicht erfüllt seien, gehöre ein **entsprechender Hinweis** zur Bestimmung des Anspruchs in Antrag und Beschluss (Kuchinke, a. a. O.; LG Münster v. 1. 3. 2006, 5 T 1185/05, NJW-RR 2006, 1020, 1021).“ (BGH aaO)*

##### b) keine Besonderheiten beim Pfändungsbeschluss

*„Dem tritt ein Teil der Literatur mit der Auffassung entgegen, dass Antrag und Beschluss insoweit keine Angaben enthalten müssten (Stöber, Forderungspfändung, 14. Aufl., Rn. 273a; ders., in: Zöllner, ZPO, 27. Aufl., § 852 Rn. 3, 4; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 852 Rn. 4; Becker, in: Musielak, ZPO, 6. Aufl., § 852 Rn. 3; Greve, ZIP 1996, 699, 701; Hannich, a. a. O.). Zur Begründung wird insbesondere angeführt, vertragliche Anerkennung oder Rechtshängigkeit seien nach der Rechtsprechung des BGH nicht Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung.“ (BGH aaO)*

##### c) Stellungnahme des BGH

Der BGH hat sich der letztgenannten Meinung angeschlossen und will keine Besonderheiten für den Pfändungsbeschluss gelten lassen.

##### aa) Kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

Die Nichtberücksichtigung der Voraussetzungen des § 852 I ZPO in dem Antrag des Gläubigers oder dem Pfändungsbeschluss **verstößt nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz**.

*„Denn diese Angaben sind **nicht Voraussetzung für die Pfändung** des Anspruchs. Sie sind deshalb vom VollstrGer. auch nicht zu prüfen. Ohnehin wird der Gläubiger häufig nicht über entsprechende Erkenntnisse verfügen, so dass er dann gezwungen würde, ins Blaue Angaben zu machen.*

*Dass die Verwertung des Anspruchs erst dann erfolgen darf, wenn die Voraussetzungen des § 852 I ZPO vorliegen, ist eine **gesetzliche Einschränkung**. Sie ist **nicht Inhalt des Pfändungsbeschlusses**, und es ist von Gesetzes wegen nicht geboten, sie in den Pfändungsbeschluss aufzunehmen.“ (BGH aaO)*

#### bb) **Keine unzumutbare Beeinträchtigung von Schuldner und Drittschuldner**

Das Fehlen entsprechender Angaben beeinträchtigt weder den Schuldner noch den Drittschuldner unzumutbar.

*„Sie sind ausreichend dadurch geschützt, dass der Überweisungsbeschluss erst ergehen darf, wenn die Voraussetzungen des § 852 I ZPO tatsächlich vorliegen, wozu der Gläubiger bei einem entsprechenden Antrag Angaben machen muss. (BGH aaO)*

Der Pfändungsbeschluss ist daher rechtsfehlerfrei ergangen und die Erinnerung insoweit unbegründet.

## II. **bzgl. des Überweisungsbeschlusses**

Fraglich ist jedoch, ob die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruch vor Vorliegen der in § 852 I ZPO genannten Voraussetzungen auch dazu führt, dass schon ein Überweisungsbeschluss ergehen darf. Auch diese Frage ist umstritten.

*„Ein **Teil der Literatur** geht davon aus, dass auch der Überweisungsbeschluss schon erlassen werden darf (Stöber, jew. aaO.; Becker, aaO.; Stein/Jonas/Brehm, § 852 ZPO Rn. 4 Fn. 13; Greve, aaO.; LG Münster, aaO.).*

*Ein anderer Teil meint, der Pflichtteilsanspruch dürfe **nicht zur Einziehung überwiesen** werden, wenn die Voraussetzungen des § 852 I ZPO nicht vorliegen (Lange, in: MüKo-BGB, 4. Aufl., § 2317 Rn. 16; Haas, in: Staudinger, BGB, 2006, § 2317 Rn. 53, 55; Behr, aaO.; Kuchinke, aaO.; Hannich, aaO., S. 111).“ (BGH aaO)*

Der BGH hat sich nunmehr der zweiten Auffassung angeschlossen.

*„Die Überweisung zur Einziehung stellt die **Verwertung der gepfändeten Forderung** dar (Stöber, § 835 ZPO Rn. 2; Schuschke, in: Schuschke/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 835 Rn. 1). Der Gläubiger erhält die **Kompetenz, die Forderung geltend zu machen** und die Zahlung durch den Drittschuldner durchzusetzen (Smid, § 835 ZPO Rn. 12). Diese Kompetenz darf ihm **erst verliehen werden, wenn die Voraussetzungen des § 852 I ZPO vorliegen**. Vorher darf der Anspruch nicht verwertet und somit auch nicht zur Einziehung überwiesen werden. Dass Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zeitlich auseinanderfallen, steht dem nicht entgegen.*

*Vor Eintritt der Voraussetzungen des § 852 I ZPO Pfändung und Überweisung zu trennen, ist **interessengerecht** und entspricht dem **Gesetzeszweck**, dem Pflichtteilsberechtigten (Schuldner) mit Rücksicht auf die familiäre Verbundenheit mit dem Erblasser die Entscheidung zu überlassen, ob der Pflichtteilsanspruch gegen den Erben (Drittschuldner) durchgesetzt werden soll. Denn eine **vorzeitige Überweisung** zur Einziehung würde die Gefahr heraufbeschwören, dass der **Drittschuldner mit einem Einziehungsprozess** überzogen wird. Bestreitet dann der Drittschuldner die Verwertungsreife nicht, hat der Schuldner keine Möglichkeit, die Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs durch den Pfändungsgläubiger zu verhindern.“ (BGH aaO)*

Der Überweisungsbeschluss ist daher rechtsfehlerhaft ergangen, so dass die Erinnerung insofern begründet ist.

### **Zum Schutz des Gläubigers hat der BGH zudem klargestellt:**

*„In **entsprechender Anwendung von § 836 III ZPO** kann der Gläubiger vom Schuldner nach der Pfändung Auskunft darüber verlangen, ob die Voraussetzungen des § 852 I 1 ZPO vorliegen und die Überweisung zur Einziehung beim VollstrGer. beantragt werden kann). Der Gläubiger muss in die Lage versetzt werden, sich diese für die Durchsetzung des Anspruchs notwendige Kenntnis zu verschaffen. Dass sich die **Pfändung** des Pflichtteilsanspruchs auch auf den **Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB als Nebenrecht** erstreckt (vgl. Stöber, § 829 ZPO Rn. 20), reicht hierfür nicht aus. Denn der Anspruch aus § 2314 BGB bezieht sich lediglich auf den **Bestand des Nachlasses**. Die Auskunftspflicht nach § 836 III ZPO gilt dagegen für alle erheblichen Tatsachen und wesentlichen Umstände zur gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung der Forderung und zu ihrer Durchsetzung (Stöber, § 829 ZPO Rn. 10). Sie betrifft insbesondere auch die Pflicht, darüber **Auskunft** zu geben, ob der **Anspruch vertraglich anerkannt** worden **oder rechtshängig** geworden ist. Außerdem hat der Schuldner die über die Forderung bestehenden Urkunden herauszugeben.“ (BGH aaO)*

ZPO  
§§ 794 I Nr. 5, 732

## Unwirksame AGB in vollstreckbarer Urkunde Einwand im Klauselerinnerungsverfahren

ZPO

(BGH in RPflegler 2009, 465; Beschluss vom 16.04.2009 - VII ZB 62/08)

1. Der vom **Notar** einzuhaltende **Prüfungsumfang** bei Erteilung der Vollstreckungsklausel entspricht dem des **Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** und beschränkt sich auf formelle Fragen. Zu einer **materiell-rechtlichen Prüfung** ist der Notar **nicht** befugt.
2. Ein Schuldner, der sich in einer notariellen Urkunde der **sofortigen Zwangsvollstreckung** in sein gesamtes Vermögen **unterworfen** hat, kann sich im Klauselerinnerungsverfahren nicht darauf berufen, die Unterwerfungserklärung sei **wegen Verstoßes gegen § 307 I BGB** unwirksam.

### A. Grundlagenwissen: Die Klauselerinnerung, § 732 ZPO

#### I. Zulässigkeit der Klauselerinnerung

##### 1. Zuständigkeit des Gerichts

Die Erinnerung ist grundsätzlich bei dem Gericht eingelegt, dessen **Geschäftsstelle die Klausel** erteilt hat.

##### 2. Statthaftigkeit

Die Klauselerinnerung ist in den Fällen **statthaft**, in denen eine **Vollstreckungsklausel** erteilt wurde. Sie kann insbesondere bei Titeln erhoben werden, die von vornherein unwirksam sind.

##### 3. Beschwer

Die **Beschwer** des Schuldners ergibt sich ohne weiteres daraus, dass ihm erst aufgrund der Vollstreckungsklausel aus dem Titel die Vollstreckung droht.

##### 4. Form/Frist

Die Klauselerinnerung ist weder an eine Form noch an eine Frist gebunden.

##### 5. Rechtsschutzbedürfnis

Das **Rechtsschutzbedürfnis** ist gegeben, **sobald die Klausel erteilt** ist und entfällt in dem Moment, in dem die Vollstreckung beendet ist.

#### II. Begründetheit der Klauselerinnerung

Die Klauselerinnerung kann auf jeden **formellen wie materiellen Fehler bei der Erteilung** der Vollstreckungsklausel gestützt werden.

Beispiele:

**Formeller Fehler** = fehlender oder unwirksamer Titel

**Materieller Fehler** = Fehlen der Voraussetzungen der §§ 726 - 729 ZPO.

Mit der Klauselerinnerung kann dagegen **nicht** der Titel auf **seiner materiellen Richtigkeit** überprüft werden.

**Nicht begründet** werden kann die Klauselerinnerung mit Einwendungen, die wegen der **analogen Anwendung des § 767 III ZPO ausgeschlossen** sind, und auch nicht mit solchen gegen das Bestehen des Anspruchs, weil hierfür eine Klage zwingend vorgeschrieben ist.

## B. Unwirksamkeit von AGB einer vollstreckbaren Urkunde als Einwand im Klauselerinnerungsverfahren (BGH in Rpfleger 2009, 465)

**Fall:** Die Gläubigerin beantragte beim zuständigen Notar die Erteilung einer auf sie lautenden Vollstreckungsklausel als Rechtsnachfolgerin für eine notarielle Urkunde aus 1987, die ihr am 07.06.2005 erteilt wurde. Auf Betreiben der Gläubigerin ordnete das AG die Zwangsversteigerung der Wohnungseigentumsrechte des Schuldners an. Die Zwangsversteigerung erfolgt u.a. aus der vollstreckbaren Urkunde vom 28.09.1987 i.H.v. 51.129,19 Euro (= 100.000 DM). Der Schuldner hat gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel Erinnerung eingelegt, in der er sich insbesondere darauf berufen hat, dass die Abtretung an die Gläubigerin unwirksam sei, weil sie keine „Bank“ i.S. von § 19 KWG sei.

Wird die Erinnerung Erfolg haben?

### I. Zulässigkeit der Klauselerinnerung

Da eine Vollstreckungsklausel bereits erteilt wurde, ist die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO ein **statthafter Rechtsbehelf**, für den auch ein Rechtsschutzbedürfnis noch vorliegt, da die Vollstreckung noch nicht abgeschlossen ist. Die Erinnerung ist grundsätzlich bei dem Gericht eingelegt, dessen Geschäftsstelle die Klausel erteilt hat. Bei **notariellen Urkunden** wird jedoch nach § 797 II ZPO die **Vollstreckungsklausel vom Notar** erteilt. Allerdings ist nach § 797 III ZPO für die Entscheidung über die Zulässigkeit der Klausel das **Amtsgericht** berufen, in dessen Bezirk der **Notar seinen Sitz** hat.

### II. Begründetheit der Klauselerinnerung

Der Schuldner muss Einwendungen gegen die dem Gläubiger erteilte Klausel erheben, die Fehler **formeller Art zum Gegenstand** haben (st. Rspr.; vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1718 = Rpfleger 2005, 33; NJOZ 2005, 3298 = NZBau 2005, 517 L = Rpfleger 2005, 612; NJW-RR 2006, 567 = Rpfleger 2006, 27). Fraglich ist, ob die Einwendung, die Unterwerfungserklärung sei nach § 307 I 1 BGB unwirksam, als derartige formelle Einwendung anzusehen ist. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn der Notar die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel hätte berücksichtigen müssen.

*„Der Notar hat nach allgemeinen Regeln zu prüfen, ob ein **formell wirksamer Titel mit vollstreckungsfähigem Inhalt vorliegt** (st. Rspr.; vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1718 = Rpfleger 2005, 33; NJOZ 2005, 3298 = NZBau 2005, 517 L = Rpfleger 2005, 612; NJW-RR 2006, 567 = Rpfleger 2006, 27), und im Falle der **Rechtsnachfolge**, ob diese, soweit sie nicht offenkundig ist, **durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen** ist (§ 727 I ZPO). Das ist, was auch die Rechtsbeschwerde nicht in Abrede stellt, **vorliegend der Fall**. Die Grundschuldbestellung und die Unterwerfungserklärung sind durch Urkunde des Notars H vom 28.09.1987 festgestellt, die Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite durch weitere Urkunde des Notars H vom 07.06. 2005.*

*Eine **weitergehende Prüfungsbefugnis steht dem Notar**, dessen Funktion nach § 797 II ZPO hierbei der eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 724 II ZPO) entspricht, **nicht zu** (BGH, NJW-RR 2004, 1718 = Rpfleger 2005, 33; NJOZ 2005, 3298 = NZBau 2005, 517 L = Rpfleger 2005, 612).*

*Die **Prüfung eines Verstoßes** der Unterwerfungserklärung **gegen § 307 I 1 BGB** setzt eine **umfassende materiell-rechtliche Würdigung** voraus, zu der der Notar (§ 797 ZPO) ebenso wenig wie der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (§ 724 ZPO) berufen ist (so auch Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816 [1817]).“ (BGH aaO)*

StPO  
§ 100f**Beweisverwertungsverbot**  
**heimliche Überwachung von Ehegattengesprächen**  
(BGH in NJW 2009, 2463; Urteil vom 29.04.2009 – 1 StR 701/08)

StPO

Die heimliche akustische Überwachung von Ehegattengesprächen im Besucher-  
raum einer U-Haftanstalt kann eine **Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren** mit  
der Folge eines **Beweisverwertungsverbots** darstellen.

**Fall:** Der Angekl., ein marokkanischer Staatsangehöriger, zog nach seiner Hochzeit im Jahr 2006 mit seiner Frau nach Kempten. Dort besuchte er ab Oktober 2006 einen Deutschkurs. Seine Deutschlehrerin war die ebenfalls verheiratete A, das spätere Tatopfer. Zwischen ihr und dem Angekl. entwickelte sich ab Februar 2007 eine außereheliche intime Beziehung. Während für A von Anfang an feststand, dass sie für den Angekl. weder ihren Ehemann noch ihre beiden Kinder verlassen würde, entwickelte der Angekl. die Vorstellung, gemeinsam mit A Deutschland zu verlassen und ins Ausland zu gehen. Nachdem diese die Sommerferien gemeinsam mit ihrem Mann und ihren Kindern in Litauen verbracht hatte, kehrte sie mit ihrer Familie am Abend des 08.09.2007 nach Kempten zurück. Am 12.09.2007 traf sie sich mit dem Angekl. in dessen Wohnung. Bei diesem Treffen, das von dem Angekl. heimlich gefilmt wurde, kam es zunächst einvernehmlich zum Geschlechtsverkehr, anschließend verlangte der Angekl. von A, dass sie ihre Familie verlassen solle. Als sie dieses Ansinnen zurückwies, kam es zwischen ihr und dem Angekl. zu einem heftigen Streit. Der Angekl. drohte ihr, ihren Mann von ihrer Affäre zu unterrichten und ihr Leben „kaputt“ zu machen. Am nächsten oder übernächsten Tag kam es wegen dieser Streitigkeit auf einem Parkplatz zu einer Aussprache zwischen dem Angekl. und A, in deren Verlauf der Angekl. vorgab, ihre Entscheidung, sich nicht von ihrem Mann zu trennen, zu akzeptieren. Tatsächlich war er hiermit jedoch nicht einverstanden. Deshalb versuchte der Angekl. am Morgen des 17.09.2007, dem Tattag, mehrfach A anzurufen, weil er sich noch einmal mit ihr treffen wollte. A war schließlich mit einem weiteren Treffen einverstanden. A und der Angekl. fuhren gemeinsam zum Oyweiher, einem kleinen Stausee zwischen B. und W. Dort kam es erneut zu einem Streit, weil sich A weiterhin weigerte, ihre Familie zu verlassen und mit dem Angekl. ins Ausland zu gehen. Der Angekl. schlug ihr daraufhin heftig ins Gesicht, so dass es bei ihr zu erheblichem Nasenbluten kam. Dann entschloss er sich, A zu töten, weil sie nicht bereit war, ihre Familie zu verlassen und mit ihm ins Ausland zu gehen. Der Angekl. wollte damit seinen absoluten Macht- und Besitzanspruch gegenüber A durchsetzen. Er erwürgte sie und legte ihren Leichnam in einer versteckt liegenden Erdmulde ab. Sodann bedeckte er die Leiche mit belaubten Ästen. A's Handtasche versenkte er im Oyweiher. Anschließend holte er seine Ehefrau von der Arbeit ab, fuhr mit ihr zur Bank und hob von ihrem gemeinsamen Konto 10.800 € ab. Bereits am Nachmittag des 17.09.2007 fiel auf, dass A verschwunden war. Über ihre Telefonverbindungsdaten konnte festgestellt werden, dass sie zuletzt mit dem Angekl. telefoniert hatte. Daraufhin wurde der Angekl. festgenommen. Seitdem befindet er sich auf Grund richterlichen Haftbefehls in der JVA Kempten in Untersuchungshaft. Bei der Durchsuchung der Garage des Angekl. fand die Polizei eine funktionsfähige halbautomatische Kurzwaffe, zwei Gaspistolen und ein Fallmesser, für die der Angekl. keine waffenrechtliche Erlaubnis besaß. Am 09.12.2007 wurde A's stark verwester Leichnam zufällig am Oyweiher entdeckt.

Der Angekl. bestritt die Tat. Das LG hat seine Überzeugung von der Täterschaft des Angekl. im Wesentlichen gestützt auf die Erkenntnisse aus den Telefonverbindungsdaten vom Tattag, auf die vom Opfer stammenden Blutspuren an der vom Angekl. am Tattag getragenen Kleidung, auf von ihm stammende DNA-Spuren im Fahrzeug der Getöteten und auf die vom Angekl. am 12.09.2007 heimlich gefertigte Videoaufzeichnung seines Zusammenseins mit A in seiner Wohnung.

Außerdem hat es die Strafkammer als ein deutliches Indiz für die Täterschaft des Angekl. angesehen, dass er in einem heimlich abgehörten Gespräch mit seiner Ehefrau, das am 15.10.2007 in einem separaten Besuchsraum der Haftanstalt stattfand, noch vor dem Auffinden der Leiche geäußert hatte, dass A tot sei. In diesem Gespräch bat der Angekl. seine Ehefrau zudem, die Schuld für A's Tod auf sich zu nehmen und gegenüber den Ermittlungsbehörden anzugeben, dass sie zwei Russen mit deren Ermordung beauftragt habe, um den Angekl. dafür zu bestrafen, dass er sie hintergangen habe. Die Gespräche fanden jeweils in einem separaten Raum der Haftanstalt statt; dabei wurde - entsprechend der richterlichen Anordnung - seitens der Ermittlungsbehörden bewusst auf die sonst übliche Anwesenheit einer Aufsichtsperson verzichtet, so dass dem Angekl., der sich mit seiner Ehefrau in seiner Muttersprache unterhalten konnte, der Eindruck einer unüberwachten Gesprächssituation vermittelt wurde. Um gleichwohl eine Verwertung der Äußerungen des Angekl. gegenüber seiner Ehefrau zu ermöglichen, wurden die Gespräche mittels einer Abhöreinrichtung elektronisch aufgezeichnet und von einer Dolmetscherin anschließend übersetzt.

Das am 15. 10. 2007 heimlich abgehörte Gespräch zwischen dem Angekl. und seiner Ehefrau bei deren Besuch in der Untersuchungshaft durfte nicht zu Beweis Zwecken verwertet werden, denn aus einer Gesamtschau der Umstände der akustischen Gesprächs-

Überwachung ergibt sich eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 20 III GG i.V. mit Art. 2 I GG, was im vorliegenden Fall durch ein Beweisverwertungsverbot zu kompensieren ist.

**Fraglich** ist dabei allein, ob sich das **Beweisverwertungsverbot unmittelbar aus § 100f StPO oder aus einer entsprechenden Anwendung** der Kernbereichsregelungen in **§ 100c und § 100a StPO** herzuleiten ist.

I. Die **ermittlungsrichterliche Anordnung der Maßnahme** erging ordnungsgemäß **auf der Grundlage des § 100f StPO**. Allein daran gemessen, wäre das Vorgehen nicht zu beanstanden.

1. Das **nichtöffentlich gesprochene Wort** wurde **mit technischen Mitteln außerhalb von Wohnungen abgehört und aufgezeichnet**.

*„Der **Besuchsraum der Haftanstalt ist keine Wohnung i.S. des Art. 13 GG**. Bereits Hafräume einer Justizvollzugsanstalt werden vom Schutzbereich des Art. 13 GG nicht umfasst, da das Hausrecht der Anstalt die Befugnis der Vollzugsbediensteten beinhaltet, die Hafräume jederzeit unabhängig vom Einverständnis der dort untergebrachten Gefangenen zu betreten (BVerfG NJW 1996, 2643 = NStZ 1996, 511). Für Besuchsräume gilt dies wegen der dort bestehenden besonderen Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse des Anstaltspersonals (für die Untersuchungshaft gem. § 119 III StPO, Nr. 27 I und III UVollzO; für die Strafhaft gem. § 168 III StVollzG) erst recht (BGHSt 44, 138 = NJW 1998, 3284 = NStZ 1999, 145; vgl. auch Roxin NStZ 1999, 149); sie schaffen keine räumliche Privatsphäre, wie sie bei einer Wohnung besteht.“ (BGH aaO).*

2. Ermittlungsrichter hat in seinem Anordnungsbeschluss dargelegt, dass gegen den Angekl. der Verdacht des Mordes - einer Katalogtat nach § 100a S. 1 Nr. 2 StPO a.F. (jetzt: § 100a II Nr. 1 h StPO) - bestand und dass die Erforschung des Sachverhalts ohne die Überwachungsmaßnahme aussichtslos oder erheblich erschwert gewesen wäre (vgl. § 100f I, II und IV i.V. mit § 100d II StPO).

Der Ermittlungsrichter hat dabei den ihm hierbei zustehenden **Beurteilungsspielraum** auch **nicht überschritten** (vgl. BGHSt 47, 362 = NJW 2003, 368 = NStZ 2003, 215 m. w. Nachw.), denn seine Bewertung der Beweislage und des Subsidiaritätsgrundsatzes war mindestens vertretbar.

*„So war namentlich die Leiche des vermissten Tatopfers noch nicht aufgefunden und ausweislich der Telekommunikationsverbindungsdaten hatte der Angekl. kurz vor dem Verschwinden des Opfers mit diesem telefoniert.“ (BGH aaO).*

3. Die Überwachung des Gesprächs war auch nicht allein schon deshalb unzulässig, weil **jedes Gespräch des Untersuchungsgefangenen mit einem Besucher „erkennbar von einem Beamten überwacht“** werden muss.

*„Die **akustische Gesprächsüberwachung darf nach § 100f I StPO „auch ohne Wissen der Betroffenen“ angeordnet** werden. Insofern wäre - gemessen an § 100f StPO - die Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH (BGHSt 44, 138 = NJW 1998, 3284 = NStZ 1999, 145), falls sie so zu verstehen wäre, schon durch die später erfolgte Gesetzgebung überholt. Zudem war das Kriterium „Erkennbarkeit der Besuchsüberwachung“ so nicht zu verstehen; denn für den 3. Strafsenat war es lediglich eines von mehreren Kriterien, das im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall für die Zulässigkeit auch heimlicher Überwachungsmaßnahmen streiten konnte. Eine zusätzliche Eingriffsvoraussetzung für derartige Gesprächsüberwachungen sollte damit nicht statuiert werden (vgl. auch Schneider NStZ 2001, 8).“ (BGH aaO).*

II. Dahinstehen kann in diesem Zusammenhang, ob die **Kernbereichsregelungen des § 100c oder des § 100a StPO entsprechend anzuwenden** sind. Denn selbst nach den diesen Vorschriften zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen läge hier kein Beweiserhebungs- oder -verwertungsverbot vor.

1. Die in **§§ 100c, 100a StPO** zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung normierten **Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote** beruhen auf den **Vorgaben des BVerfG** (BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NStZ 2004, 270) zu den sich aus Art. 1 und Art. 13 GG ergebenden Grenzen einer akustischen Wohnraumüberwachung. Die Regelungen entsprechen diesen Vorgaben (vgl. BVerfG NJW 2007, 2753).

Für eine entsprechende Anwendung - freilich nur im Einzelfall - könnte aber immerhin sprechen, dass auch bei einer akustischen Gesprächsüberwachung au-

Berhalb von Wohnungen der Kernbereich tangiert sein kann und dass der Gesetzgeber den - eher ungewöhnlichen - Fall der heimlichen Gesprächsüberwachung von Untersuchungsgefangenen mit nahen Angehörigen nicht im Blick hatte.

2. Eine **entsprechende Anwendung des Beweiserhebungsverbots des § 100c IV 1 StPO oder des § 100a IV 1 StPO** kommt aber schon deshalb **nicht in Betracht**, weil die ex ante zu treffende Kernbereichsprognose des Ermittlungsrichters bei der hier gegebenen Fallgestaltung **negativ ausgefallen** ist und auch so ausfallen musste. Wegen des Gesprächsinhalts käme auch ein Verwertungsverbot auf Grund der Ausnahmeregelung des § 100c V 3 StPO nicht in Betracht.

*„Schon die „Art der zu überwachenden Räumlichkeiten“ - hier der Besuchsraum der Untersuchungshaftanstalt - drängt zu einer negativen Kernbereichsprognose: Dass sich Untersuchungsgefangene auf Grund gerichtlicher Entscheidungen und damit staatlichen Zwangs in der Untersuchungshaft befinden, führt nicht dazu, dass der Besuchsraum der Haftanstalt als unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung des Untersuchungsgefangenen einzustufen wäre. Ein Einzelbesuchsraum in der Haftanstalt wird auch nicht dadurch zum geschützten Privatraum, dass bei Besuchen von der gem. § 119 III StPO, Nr. 27 I und III UVollzO gebotenen offenen Besuchsüberwachung durch einen Vollzugsbeamten abgesehen wird. Der Untersuchungsgefangene muss auf Grund der Beschränkungen und des Zwecks der Untersuchungshaft jederzeit damit rechnen, dass Vollzugsbedienstete den Besuchsraum ohne Vorankündigung betreten und von ihren Überwachungs- und Eingriffsbefugnissen Gebrauch machen (vgl. BGHSt 44, 138 = NJW 1998, 3284 = NSTz 1999, 145).*

*Das gilt auch für Gespräche mit nahen Angehörigen, denn das „Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander“ lässt - jedenfalls bei einer Fallgestaltung wie hier - die Prognose begründet erscheinen, dass solche Gespräche nicht ausschließlich privaten Charakter, sondern auch „Verdunkelungshandlungen“ zum Gegenstand haben. Deshalb wird die Kernbereichsprognose noch eher negativ ausfallen müssen, als bei Gesprächen in Betriebs- oder Geschäftsräumen (§ 100c IV 2 StPO).“ (BGH aaO).*

3. Der Überwachungsanordnung des Ermittlungsrichters lag die Prognose zu Grunde, der Beschuldigte werde mit seiner Ehefrau über die Tat sprechen. Diese **Prognose ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden**; denn sie stützte sich auf eine ausreichende Tatsachengrundlage.

*„Es bestanden gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass der Angekl. mit A G seit längerer Zeit ein intimes Verhältnis gehabt hatte. Er hatte selbst eingeräumt, sich mit ihr noch am Tag ihres Verschwindens getroffen zu haben. Außerdem hatte er in Bezug auf einen angeblichen Telefonanruf, den A G während des Treffens von einem russisch sprechenden Anrufer erhalten habe, nachweislich die Unwahrheit gesagt, was letztlich auch zu seiner Verhaftung geführt hatte. Angesichts dieser Umstände war zu erwarten, dass die Ereignisse im Zusammenhang mit diesem Treffen und der Verhaftung des Angekl. Gegenstand des Gesprächs mit der Ehefrau sein würden.*

*Tatsächlich hat sich die Prognose des Ermittlungsrichters auch bestätigt, weil der Angekl. mit seiner Ehefrau „Gespräche über begangene Straftaten“ führte; solche Gespräche sind nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen (§ 100c IV 3 StPO).“ (BGH aaO).*

- III. Auch wenn danach ein Erhebungs- und Verwertungsverbot aus § 100f StPO - selbst bei unterstellter entsprechender Anwendung der Kernbereichsregelungen der §§ 100c, 100a StPO - nicht hergeleitet werden kann, liegt bei der hier gegebenen Fallgestaltung ein **Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren** (Art. 20 III GG i.V. mit Art. 2 I GG) mit der **Folge eines Beweisverwertungsverbots** vor, weil das Beweismittel auf eine unzulässige, gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstoßende Weise erlangt wurde.

1. Das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren wurzelt im **Rechtsstaatsprinzip i.V. mit den Freiheitsrechten des Grundgesetzes** (Art. 20 III GG i.V. mit Art. 2 I GG). Es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens herabzuwürdigen, und es **verpflichtet den Staat zu korrektem und fairem Verfahren**.

- a) Die **Ausgestaltung des Strafverfahrensrechts** in einer Weise, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens gewahrt wird, ist in erster Linie dem Gesetzgeber und sodann - in den vom Gesetz gezogenen Grenzen - den Ge-

richten bei der ihnen obliegenden Rechtsanwendung und -auslegung aufgegeben.

Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine **Gesamtschau auf das Verfahrensrecht** - auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte - ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Forderungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.

BVerfG, Beschluss v. 18.03.2009 - 2 BvR 2025/07; vgl. auch BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719 = NStZ 1981, 357; BVerfGE 64, 135 = NJW 1983, 2762 = NStZ 1983, 466

Im Rahmen dieser Gesamtschau sind auch die **Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege** in den Blick zu nehmen. Das **Rechtsstaatsprinzip**, das die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, fordert nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. Es **gestattet und verlangt auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege**, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Der Rechtsstaat kann sich aber nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.

vgl. BVerfGE 47, 239 = NJW 1978, 1149; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NStZ 1990, 89; BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 46, 214 = NJW 1977, 2355

- b) Das Recht auf ein faires Verfahren umfasst dabei das **Recht jedes Angekl. auf Wahrung seiner Aussage- und Entschließungsfreiheit innerhalb des Strafverfahrens**. Es hat in dem verfassungsrechtlich verankerten **Gebot der Selbstbelastungsfreiheit** („nemo tenetur se ipsum accusare“) und in den Vorschriften der §§ 136a, 163a IV 2 StPO seinen Niederschlag gefunden. Das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung bedeutet, dass im Rahmen des Strafverfahrens niemand gezwungen werden darf, sich durch seine eigene Aussage einer Straftat zu bezichtigen oder zu seiner Überführung aktiv beizutragen.

vgl. BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NStZ 2004, 270; BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431

Nach der **Rspr. des EGMR** ist das **Schweigerecht eines Beschuldigten** und seine Entscheidungsfreiheit, in einem Strafverfahren auszusagen oder zu schweigen, etwa dann **verletzt, wenn die Strafverfolgungsbehörden** in einem Fall, in dem sich der Beschuldigte für das Schweigen entschieden hat, eine **Täuschung anwenden, um ihm Geständnisse oder andere belastende Angaben zu entlocken**, die sie in einer Vernehmung nicht erlangen konnten, und die so erlangten Geständnisse oder selbst belastenden Aussagen in den Prozess als Beweise einführen. Ob das Schweigerecht in einem solchen Maß missachtet wurde, dass eine Verletzung von Art. 6 EMRK gegeben ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (EGMR StV 2003, 257).

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt sich im vorliegenden Fall die **heimliche akustische Überwachung des Ehegattengesprächs im Besucherraum** bei einer Gesamtschau aller hierfür bedeutsamen Umstände als eine **Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren** dar.

- a) Zwar ist grds. davon auszugehen, dass die **gesetzlichen Regelungen der StPO** sich als **Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips** in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung darstellen. Das gilt auch und besonders für die heimliche Gesprächsüberwachung nach den §§ 100a ff. StPO.

*„Hier liegt aber eine besondere Fallgestaltung vor, die dadurch gekennzeichnet ist, dass gleich mehrere **unverzichtbare rechtsstaatliche Grundsätze** tangiert wurden, und das nicht*

*nur am Rande: Zwar sind die einzelnen Grundsätze - jeweils für sich isoliert betrachtet - noch nicht in einem Ausmaß verletzt, dass allein schon aus dem jeweils einzelnen Grundsatz ein Verwertungsverbot abzuleiten wäre. Eine derart isolierte Betrachtung würde indessen der hier von den Ermittlungsbehörden praktizierten Vorgehensweise nicht gerecht. Daraus folgt, dass eine der Gesamtsituation angemessene Bewertung nur durch eine Betrachtung des Verfahrens als Ganzes - also bei Berücksichtigung aller Umstände der Gesprächsüberwachung - erfolgen kann.*

*Der Senat verkennt nicht, dass die Strafverfolgungsbehörden den Angekl. nicht durch gezieltes und beharrliches Einwirken seitens eines nur zu diesem Zweck auf ihn angesetzten Gesprächspartners zu einer selbstbelastenden Aussage veranlasst haben, wie dies etwa bei dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers oder bei dem Tätigwerden eines als Vertrauensperson eingesetzten Mitgefangenen der Fall sein könnte (vgl. dazu BGHSt 34, 362 = NJW 1987, 2525 = NStZ 1989, 33; BGHSt 44, 129 = NJW 1998, 3506 = NStZ 1999, 147; BGHSt 52, 11 = NJW 2007, 3138 = NStZ 2008, 110). Vielmehr wurde durch die eigentliche Überwachungsmaßnahme lediglich „abgeschöpft“, was der Angekl. aus freien Stücken gegenüber seiner Ehefrau äußerte, weil er sich unbeobachtet fühlte. Für sich genommen begegnet dies keinen rechtlichen Bedenken, zumal die Ermittlungsbehörden auf den Gesprächsinhalt der Eheleute keinerlei Einfluss genommen haben.“ (BGH aaO).*

- b) In die für die Frage, ob dem Angekl. ein faires Verfahren zuteil wurde, vorzunehmende Gesamtschau sind aber auch die **besonderen Verhältnisse des Untersuchungshaftvollzugs** und die Ausgestaltung der Ehegatten-Besuchskontakte durch die Ermittlungsbehörden im konkreten Fall einzubeziehen.
- aa) Der **Vollzug der Untersuchungshaft** hat den **Zweck, die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten und die spätere Strafvollstreckung sicherzustellen**. Die Untersuchungshaft darf aber weder dazu missbraucht werden, das Aussageverhalten des Beschuldigten zu beeinflussen (BGHSt 34, 362 = NJW 1987, 2525 = NStZ 1989, 33), noch darf sie auf eine **Totalausforschung** des Untersuchungsgefangenen hinauslaufen. Andererseits müssen Besuche in der Untersuchungshaft oft bereits deshalb - offen oder verdeckt - überwacht werden, damit Verdunkelungshandlungen verhindert werden können.

*„Deswegen war es im vorliegenden Fall, in dem angesichts der Beweissituation Verdunkelungshandlungen nicht fern lagen, für sich allein auch nicht bedenklich, dass die Kontaktmöglichkeiten des Angekl. zu seiner Ehefrau während der Untersuchungshaft zeitlich und örtlich erheblich eingeschränkt wurden. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Untersuchungshaft hatte der Angekl. auch keinen Anspruch darauf, mit seiner Ehefrau ungestört und unüberwacht sprechen zu können.*

*Allerdings ist in die Gesamtbetrachtung auch die durch die Haft bedingte Beschränkung des Angekl. einzubeziehen, die ihm ein Ausweichen auf einen anderen Gesprächsort - etwa eine Wohnung - unmöglich machte. Er war daher darauf angewiesen, auch Persönliches, das keinen Bezug zu der ihm vorgeworfenen Tat hatte, im Rahmen dieser Besuche mit seiner Ehefrau zu besprechen. Auch dieser Umstand macht die Überwachungsmaßnahme für sich allein nicht zu einer unfairen Verfahrensgestaltung; denn die Überwachung wurde angeordnet, weil auf Grund konkreter Anhaltspunkte damit zu rechnen war, dass gerade der Tatvorwurf und nicht nur persönliche Dinge der Ehegatten zur Sprache kommen würden. Es lag auf der Hand, dass der gegen den Angekl. erhobene gravierende Tatvorwurf und die Umstände, die zu seiner Verhaftung geführt haben, zwischen den Eheleuten zur Sprache kommen würden, zumal es lebensfremd gewesen wäre, anzunehmen, die Ehefrau würde die außereheliche Beziehung des Angekl. zu der Person, deren Tötung dem Angekl. zur Last lag, unerörtert lassen. Auch wenn es in einer solchen Situation einem Beschuldigten regelmäßig schwer fallen dürfte, nicht über den Tatvorwurf zu sprechen - insbesondere, um nicht eventuelles Täterwissen zu offenbaren - stellt die akustische Überwachung der Besuchskontakte zum Ehegatten noch keinen Zwang zur Selbstbelastung dar. Der Beschuldigte kann letztlich selbst entscheiden, was er seinem Ehegatten offenbart und was nicht, auch wenn der in Betracht kommende Gesprächsstoff angesichts der Überwachungssituation erheblich eingeschränkt ist.“ (BGH aaO).*

- bb) In der von den Beschränkungen des Untersuchungshaftvollzugs geprägten **Gesprächssituation** erlangt hier aber das Vorgehen der Ermittlungsbehörden besonderes Gewicht, das die **Fehlvorstellung beim Angekl.** nicht nur hervorrufen musste, sondern auch sollte, er könne mit seiner Ehefrau unüberwacht sprechen.

„Zwar ist die Anwendung einer kriminalistischen List auch bei Ermittlungsmaßnahmen in der Haftanstalt nicht unzulässig; auch ist es gerade das Charakteristikum von heimlichen Überwachungsmaßnahmen, dass der Überwachte sich unbeobachtet fühlt.

Die Ermittlungsbehörden haben sich aber in einer Situation, in der dem Angekl. ein Ausweichen auf ein von ihm selbst gewählten Gesprächsort nicht möglich war, nicht darauf beschränkt, die Gespräche des Angekl. zu seiner Ehefrau akustisch zu überwachen. Sie haben vielmehr bewusst eine von den üblichen Abläufen in der Untersuchungshaft derart abweichende Besuchssituation geschaffen, dass nicht lediglich ein Irrtum des Angekl. ausgenutzt wurde. Vielmehr wurde die Situation - gezielt - zur Erlangung einer gerichtsverwertbaren Selbstbelastung des Angekl. herbeigeführt. Im Rahmen ihres Vorgehens haben die Ermittlungsbehörden mit mehreren aufeinander abgestimmten Maßnahmen dem Angekl. den Eindruck vermittelt, er erhalte nun eine Sonderbehandlung und dürfe sich völlig ungestört und ohne jegliche Überwachung mit seiner Ehefrau - noch dazu in marokkanischer Sprache - unterhalten (wird ausgeführt).

Angesichts dieser **Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Angekl.**, die ihn zu der **Fehlvorstellung** gelangen ließ, die Besuche würden nicht überwacht, ist das Vorgehen der Ermittlungsbehörden unter gezielter Ausnutzung der besonderen Situation des Untersuchungshaftvollzugs zur Erlangung einer prozessverwertbaren Selbstbelastung des Angekl. schon vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten Verbots eines Zwangs zur Selbstbelastung („nemo tenetur se ipsum accusare“) bedenklich.

Dieser Bewertung steht hier nicht entgegen, dass - isoliert betrachtet - der Abwesenheit eines Vollzugsbediensteten zur Besuchsüberwachung nach außen regelmäßig allenfalls der Erklärungsinhalt zukommt, dass Beeinträchtigungen der Haftzwecke während des Besuchs von Seiten der Strafverfolgungsbehörden nicht besorgt werden (vgl. Schneider NSTz 2001, 8). Jedenfalls dann, wenn einem Untersuchungsgefangenen für die Kontakte mit der Ehefrau abweichend von der allgemeinen Praxis stets ein gesonderter Raum zur Verfügung gestellt wird, in dem zu keinem Zeitpunkt ein Vollzugsbediensteter zur Gesprächsüberwachung anwesend ist, verliert die Überwachungsmaßnahme den Charakter einer bloßen „Abschöpfung“ freiwilliger Äußerungen und wird zur bewussten Irreführung (zum Ausnutzen eines bestehenden Irrtums durch die Strafverfolgungsbehörden vgl. BGHSt 39, 335 = NJW 1994, 596 = NSTz 1994, 292).

Zwar hat diese - wie auch die Verteidigung zu Recht in der Hauptverhandlung hervorgehoben hat - noch nicht die Qualität einer Täuschung oder eines unzulässigen Zwangs i.S. von § 136a StPO. Jedenfalls in der Gesamtschau stellt sich hier aber das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden mit Blick auf die besondere Situation des Untersuchungshaftvollzuges als Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren dar. Die Beweisgewinnung greift danach in erheblicher Weise in die Verfahrensrechte des Angekl. ein und war somit unzulässig. Sie hat ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.“ (BGH aaO).

- c) Eine andere Wertung ergibt sich hier auch nicht mit Blick auf die bei der Gesamtschau der maßgeblichen Umstände zu beachtenden **Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege**.

„Dieser kommt freilich bei schwerwiegenden Delikten - wie hier beim Tatvorwurf des Mordes - erhebliche Bedeutung zu. Der Grundsatz des fairen Verfahrens verlangt nicht, allein im Hinblick auf die besonderen Umstände des Untersuchungshaftvollzugs von heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in der Haftanstalt - generell - Abstand zu nehmen. Im Gegenteil gebietet es gerade der Rechtsstaat, dass auch in Justizvollzugsanstalten effektive Ermittlungen durchgeführt werden, um zu gewährleisten, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden können.

Dies bedeutet, dass auch in der Untersuchungshaft akustische Überwachungsmaßnahmen gem. §100f StPO grds. zulässig und - wenn andere erfolgversprechende Maßnahmen nicht in Betracht kommen - sogar geboten sein können. Allerdings ist bei der Anordnung und Durchführung von Maßnahmen, die letztlich darauf gerichtet sind, den Beschuldigten „als Beweismittel gegen sich selbst“ zu verwenden, auf die besonderen Umstände der Haft Bedacht zu nehmen. Daran fehlte es hier.

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme bestehen dagegen keine Bedenken, wenn der Untersuchungsgefangene weiß oder jedenfalls - etwa durch entsprechende Hinweise - wissen kann, dass Besuchskontakte generell oder im konkreten Fall - auch akustisch - überwacht und aufgezeichnet werden. So gewonnene Erkenntnisse wären nach den dargelegten Maßstäben verwertbar.“ (BGH aaO).

Hess StGHG  
§ 43

**Grundrechtsklage gegen Rechtsnorm  
Maßstäbe für Subsidiarität**

VerfR

(HessStGH in NVwZ-RR 2009, 588; Beschluss vom 11.02.2009 – P.St. 2184)

1. Bei der Klage gegen Rechtsnormen hat die Anrufung der Fachgerichte Vorrang. Hierbei sind **alle Rechtsbehelfe** auszuschöpfen, die **nicht vollkommen aussichtslos sind**.
2. Vorrang hat auch die **Berufung auf** in der Norm vorgesehene **Ausnahmeregelungen** mit sich – im Falle der Ablehnung – anschließendem Verwaltungsprozess.
3. Eine Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht ausnahmsweise auch dann nicht, wenn sie dem Betroffenen. **nicht zuzumuten** ist,
  - weil dies **offensichtlich aussichtslos** wäre,
  - wenn die angegriffene Regelung zu **Dispositionen** zwingt, die **später nicht mehr korrigiert werden können**,
  - in den Fällen, in denen gem. § 44 II HessStGHG (vgl. § 90 II BVerfGG) von der Erschöpfung des Rechtsweges abgesehen werden kann.
4. Der **Begründungszwang** für einen Antrag führt **nicht zur Unzumutbarkeit**.

**Fall:** Der Ast. wandte sich mit seiner Grundrechtsklage gegen den durch Art. 1 Nr. 2 des Neunten Gesetzes zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 28. 9. 2007 (GVBl I 634) neu in das Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HessSOG) eingefügten § 43a. Die Vorschrift lautet auszugsweise:

- (1) Die nicht gewerbsmäßige Haltung eines gefährlichen Tieres einer wild lebenden Art ist verboten. Gefährliche Tiere sind solche, die in ausgewachsenem Zustand Menschen durch Körperkraft, Gifte oder Verhalten erheblich verletzen können und ihrer Art nach unabhängig von individuellen Eigenschaften allgemein gefährlich sind. Die Bezirksordnungsbehörde kann auf Antrag Ausnahmen von dem Verbot zulassen, wenn die Halterin oder der Halter ein berechtigtes Interesse an der Haltung nachweist. Ein berechtigtes Interesse kann für die Haltung zum Zwecke der Wissenschaft oder Forschung oder für vergleichbare Zwecke angenommen werden. Das Verbot nach Absatz 1 Satz 1 gilt nicht für zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits gehaltene gefährliche Tiere einer wild lebenden Art, wenn die Haltung durch die Halterin oder den Halter bis spätestens zum 30.04.2008 der Bezirksordnungsbehörde schriftlich angezeigt wird. Satz 1 gilt entsprechend für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Verbots nach Absatz 1 Satz 1 bereits erzeugte Nachkömmlinge. ...

Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig dem Verbot nach Absatz 1 Satz 1 zuwiderhandelt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Euro geahndet werden. Tiere, auf die sich die Ordnungswidrigkeit bezieht, und Gegenstände, die zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, können eingezogen werden.

Der Ast. hält und züchtet nichtgewerblich seltene Schlangenarten. Er hält vor allem Giftschlangen und sieht sich durch § 43a HessSOG in seinen Grundrechten aus Art. 1, 2 und 45 HessVerf. verletzt. Darüber hinaus rügte er die Verletzung von Art. 20a GG. § 43a HessSOG schränke die durch Art. 2 HessVerf. geschützte allgemeine Handlungsfreiheit in unzulässiger Weise ein.

Wird die Grundrechtsklage Erfolg haben?

Die Grundrechtsklage nach Art. 131 HessVerf i.V.m. § 43 HessStGHG entspricht auf Bundesebene der Verfassungsbeschwerde. Sie kann auf die Verletzung von Landes- und von Bundesverfassungsrecht gestützt werden. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen entsprechen daher denen der Gesetzesverfassungsbeschwerde.

### I. Statthaftigkeit der Grundrechtsklage (Art. 131 HessVerf, § 43 HessStGHG)

Der Bürger als dem Staat gegenüberstehend muss sich gegen eine Maßnahme des Staates Hessen wenden. Dies ist bei dem einem Gesetz (hier: HessSOG) der Fall.

### II. Klagegegenstand

Klagegegenstand der Grundrechtsklage ist ein **Akt öffentlicher Gewalt**. Da hiervon alle deutschen Staatsgewalten erfasst sind, also auch die **Legislative**, sind formelle Gesetze wie das HessSOG ein tauglicher Klagegegenstand.

### III. Klagebefugnis

Der Ast. muss geltend machen, durch die öffentliche Gewalt in einem durch die Verfassung des Landes Hessen gewährten Grundrecht verletzt worden zu sein.

Der Ast. beruft sich auf die Verletzung seiner Grundrechten aus Art. 1 (**Gleichheitsgrundsatz**), 2 (**Allgemeine Handlungsfreiheit**) und 45 (**Eigentumsschutz**) Hess-Verf. Eine Verletzung dieser Rechte ist nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen.

Zudem ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind.

#### 1. Selbstbetroffenheit

Da Giftschlangen gefährliche Tiere sind und der Ast. solche Tiere hält, ist er von der Neuregelung in § 43a HessSOG ohne weiteres selbst betroffen.

#### 2. Gegenwärtigkeit und Unmittelbarkeit

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

Wird die Grundrechtsklage gegen Normen erhoben, ohne dass bereits ein **Umsetzungsakt erfolgt** ist, besteht die Betroffenheit in der Regel nur für die Zukunft und die Beschwerdebefugnis ist abzulehnen. Ohne Vorliegen eines Umsetzungsaktes ist eine unmittelbare Betroffenheit anzunehmen, wenn die angegriffene Norm **Sanktionen bei Verstoß** gegen die getroffenen Regelungen vorsieht. Hier geht man davon aus, dass es dem Betroffenen **nicht zugemutet werden** kann, zunächst gegen die Norm zu verstoßen und dann die Sanktion zu erhalten, um die **Verfassungsmäßigkeit** der Norm dann **bei einem Vorgehen gegen die Sanktion überprüfen** zu lassen.

Da § 43a HessSOG derartige Sanktionen in Form von Bußgeldern vorsieht, ist auch ohne Umsetzungsakt schon eine gegenwärtige, unmittelbare Betroffenheit anzunehmen.

### IV. Frist, § 45 II HessStGHG

Die Grundrechtsklage gegen Gesetze ist innerhalb von 1 Jahr nach Erlass zu erheben. Diese Frist ist hier eingehalten.

### V. Rechtswegerschöpfung, § 44 I StGHG

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Etwas anderes gilt nach § 44 II HessStGHG nur, wenn die Bedeutung der Sache über den Einzelfall hinausgeht oder wenn der antragstellenden Person ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls sie zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde. Da gegen Gesetze ein Rechtsweg im Sinne dieser Vorschrift nicht eröffnet ist, stellt die Rechtswegerschöpfung bei Gesetzesverfassungsbeschwerden kein Problem dar.

### VI. Subsidiarität der Grundrechtsklage

#### I. Grundsätze der Subsidiarität

1. Der Rechtsschutz vor den Fachgerichten ist vorrangig.
2. Sieht die angegriffene Regelung **Ausnahmen** vor, so muss der Betroffene versuchen, die **Beseitigung** des Eingriffs unter Berufung auf die **Ausnahmeregelung zu erwirken, wenn dies nicht vollkommen aussichtslos ist** (BVerfGE 78, 58 [69] = NJW 1988, 2594; BVerfG, BeckRS 2008, 41313).
3. Anderenfalls hat der Betroffene **alle diejenigen Rechtsbehelfe aususchöpfen, die nicht offensichtlich unzulässig** sind.

*„Dadurch soll gewährleistet werden, dass einem Verfassungsgericht nicht nur die abstrakte Rechtsfrage, sondern auch die **Beurteilung der Sach- und Rechtslage** durch ein für die Materie speziell zuständiges Gericht **unterbreitet** wird, so dass es nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weit reichende Entscheidungen trifft.*

*Diese Gesichtspunkte fallen vor allem dann ins Gewicht, wenn - wie hier - das **angegriffene Gesetz** der Verwaltung oder den Gerichten einen **Auslegungs- oder Entscheidungsspielraum** lässt, der für die Frage seiner Verfassungsmäßigkeit Gewicht erlangen kann (BVerfGE 74, 69 [75] = NVwZ 1987, 573; BVerfGE 79, 1 [20] = NJW 1992, 1303; BVerfG, BeckRS 2008, 41313).“ (HessStGH aaO)*

4. Eine Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht ausnahmsweise auch dann nicht, wenn sie dem Betroffenen. **nicht zuzumuten** ist,
  - weil dies **offensichtlich aussichtslos** wäre,
  - wenn die angegriffene Regelung zu **Dispositionen** zwingt, die **später nicht mehr korrigiert werden können**,
  - in den Fällen, in denen gem. § 44 II HessStGHG von der Erschöpfung des Rechtsweges abgesehen werden kann (HessStGH, StAnz 1989, 2084 [2087]; BVerfGE 79, 1 [20] = NJW 1992, 1301).

*„Droht einem Grundrechtskl., der sich unmittelbar gegen ein Gesetz wendet, bei der Verweigerung auf den Rechtsweg in der Hauptsache ein schwerer Nachteil, kann er nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Grundrechtsklage allerdings gehalten sein, vor der Anrufung des Verfassungsgerichts wenigstens den Rechtsweg im **Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erschöpfen** (BVerfG, NVwZ 2004, 977 [979]).“*

*Hält ein Gericht eine für seine Entscheidung maßgebliche Gesetzesnorm für verfassungswidrig, so ist es **nicht gehindert**, vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des HessStGH **vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren**, wenn*

- dies im **Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten** erscheint
  - und die **Hauptsache dadurch nicht vorweggenommen** wird (dazu BVerfGE 86, 382 [389] = NJW 1992, 2749).“ (HessStGH aaO)
5. Kann der mit dem Subsidiaritätsgrundsatz insbesondere verfolgte **Zweck**, eine Klärung der verfassungsrechtlich relevanten Sach- und Rechtsfragen herbeizuführen, **im einschlägigen Rechtsweg indes überhaupt nicht erreicht werden**, ist die vorherige Anrufung der Gerichte gleichfalls **entbehrlich** (BVerfGE 79, 1 [20] = NJW 1992, 1301).

## II. Anwendung auf den Fall

### 1. Möglichkeit einer Feststellungsklage

Als Rechtsbehelf kommt insbesondere eine **Feststellungsklage** vor den Verwaltungsgerichten in Betracht, mit der die Feststellung begehrt wird, dass der Kl. ohne behördliche Ausnahmegenehmigung Giftschlangen erwerben, halten und züchten darf (vgl. BVerfGE 74, 69 [76] = NVwZ 1987, 573; BVerfGE 115, 81 [95] = NVwZ 2006, 922; BVerfG, BeckRS 2008, 41313 = NVwZ-RR 2000, 473; BVerfG, NVwZ 2004, 977 [979]; BVerfGE 4, 113 [114] = NVwZ 2005, 79).

*„Die Rechtsprechung des BVerwG und die herrschende Meinung in der Literatur halten derartige Feststellungsklagen gerade dann für zulässig, wenn - wie hier der Fall - die Norm **keines besonderen Vollzugsaktes** mehr bedarf und ihre Anwendung auf einen bestimmten, bereits übersehbaren Sachverhalt streitig ist (BVerwGE 111, 276 [278] = NJW 2000, 3584 = NVwZ 2001, 71 L; BVerwGE 124, 47 [54] = NVwZ 2005, 1178; BVerwG, NJW 1983, 2208f.; BVerwG, NVwZ 2000, 1168 = DVBl 2000, 636f.; BVerwG, NVwZ 2007, 1428 = DVBl 2007, 1372f.; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. [2007], § 43 Rn 8aff.; Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. I, Stand: 16. Erg.Lfg., März 2008, § 43 Rn 25; Happ, in: Eyer-mann/Fröhler, VwGO, 12. Aufl. [2006], § 43 Rn 9; aus der obergerichtlichen Rechtsprechung: s. VGH Kassel, NVwZ 2006, 1195 [1198f.]; VGH Mannheim, DÖV 2007, 477f.; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2007, 97 [100f.]).“ (HessStGH aaO)*

### 2. Beseitigung der Verbotswirkung und fristgerechte Anzeige

*„Soweit das Verbot des § 43a I 1 HessSOG Tiere des Ast. betrifft, die bei Inkrafttreten der Norm am 9. 10. 2007 von ihm gehalten wurden oder schon erzeugt waren, hätte er im Übrigen gem. § 43a II 1 HessSOG diesen Sachverhalt lediglich bis zum 30.04.2008 der Bezirksordnungsbehörde schriftlich anzeigen müssen. Bereits die bloße schriftliche Anzeige hätte die Verbotswirkung ohne weiteres beseitigt.“ (HessStGH aaO)*

### 3. Beantragung einer Ausnahmegenehmigung

Sollte der Ast. von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben oder geht es um den Erwerb und die Zucht neuer Tiere ab dem 09.10.2007, so hat er nach § 43a I 3 HessSOG die Möglichkeit, eine **Ausnahme** von dem

Verbot nach § 43a I 1 HessSOG zu **beantragen**. Wird die Genehmigung verweigert, kann über die **Rechtmäßigkeit** dieser gesetzesanwendenden Maßnahme eine **verwaltungsgerichtliche Entscheidung** herbeigeführt werden (so auch BVerfG, BeckRS 2008, 41313).

Die **Durchführung des behördlichen Erlaubnisverfahrens** mit anschließender Anrufung des VG ist dem Ast. auch **zumutbar**.

*„Die Notwendigkeit, im Erlaubnisverfahren **Anträge zu begründen**, um der zuständigen Behörde Grundlagen für deren Entscheidung zu geben, ist - entgegen der Einschätzung des Ast. - der **Normalfall** und keinesfalls unzumutbar. Dies gilt auch für die vom Ast. hervorgehobene Unsicherheit über die Entscheidung, da diese **Ungewissheit des Ausgangs ein weiteres Wesensmerkmal von Erlaubnisverfahren** ist, bei denen die Behörde einen im Gesetz genannten Begriff - hier: das „berechtigte Interesse“ an der Haltung - auszulegen hat (in diesem Sinne auch: BVerfG, BeckRS 2008, 41313).“ (HessStGH aaO)*

Bei einer **ablehnenden Entscheidung** wäre die anschließende Erhebung einer Klage **nur dann unzumutbar**, wenn die Anrufung der Fachgerichte offensichtlich **aussichtslos** wäre, beispielsweise weil ein Abweichen von einer gesicherten Rechtsprechung nicht zu erwarten ist (BVerfGE 68, 376 [380f.]; 79, 1 [20] = NJW 1992, 1303; BVerfGE 86, 382 [387] = NJW 1992, 2749; BVerfGE 102, 197 [208] = NVwZ 2001, 790).

*„Der **Misserfolg** eines vom Ast. zu betreibenden Verwaltungsgerichtsverfahrens **stünde jedoch gerade nicht von vornherein fest**. Die Entscheidung der Bezirksordnungsbehörde über die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 43a I 3 HessSOG steht im **Ermessen** der Behörde, auf dessen fehlerfreie Ausübung der Ast. einen Anspruch hat. Ob ein Ermessensfehler vorliegt, ist - in dem durch § 114 S. 1 VwGO gezogenen Rahmen - der **uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich** (dazu Hufen, VerwaltungsprozessR, 7. Aufl. [2008], § 25 Rn. 22ff.).*

*Da zudem bei einer erst unlängst in Kraft getretenen Gesetzesbestimmung eine gefestigte Rechtsprechung naturgemäß (noch) nicht vorliegt, ist der Ausgang eines solchen Verfahrens offen. Im Übrigen ist es dem Ast. unbenommen, vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu beantragen.“ (HessStGH aaO)*

**Ergebnis:** Die Grundrechtsklage genügt nicht dem Grundsatz der Subsidiarität und ist daher unzulässig.

VwGO  
§ 113 I 1**Drittanfechtung eines Verwaltungsaktes  
Verletzung in eigenen Rechten**

VwGO

(OVG Münster in DÖV 2009, 640 = BeckRS 2009, 32905;  
Beschluss vom 19.03.2009 - 13 A 476/08 u. a)

1. Im Rahmen einer Drittanfechtungsklage kommt die Aufhebung des Verwaltungsaktes selbst bei **Rechtswidrigkeit** nur in Betracht, wenn diese **zugleich** auch zu einer **Rechtsverletzung des Klägers** führt.
2. Bei Drittanfechtungsklage ist es unverzichtbar, nach der Schutznormtheorie zu prüfen, ob die verletzte Norm dem Schutz des Dritten dient.
3. Dazu muss der Dritte in den **geschützten Personenkreis** fallen und die **Norm** muss das von ihm geltend gemachte Interesse vor **Verletzungen der geltend gemachten Art schützen**.
4. Der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst auch das Recht, den **Inhalt vertraglicher Vereinbarungen** mit der Gegenseite **frei von staatlichen Bindungen auszuhandeln**.
5. Für eine Berufung auf die grundgesetzlich gewährleistete **allgemeine Handlungsfreiheit** ist **kein Raum**, soweit diese Freiheit durch ein ordnungsgemäß zustande gekommenes und inhaltlich **mit der Verfassung in Einklang stehendes Gesetz eingeschränkt** ist.

**Fall:** Im Juli 2002 entschied die (frühere) Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - RegTP - (heute: Bundesnetzagentur) im sog. Price-Cap-Verfahren (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG) über die Zusammenfassung von Dienstleistungen und die Vorgabe von Maßgrößen für Briefsendungen bis 1000 Gramm für den Zeitraum 2003 bis 2007; der Zeitraum wurde in Price-Cap-Perioden von jeweils einem Jahr unterteilt. Auf der Grundlage dieses Beschlusses erteilte die RegTP der Beigeladenen (Deutsche Post AG) Genehmigungen für die Entgelte für die Price-Cap-Perioden 2003 bis 2005. Der Kläger (Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V.), dessen Rechtsmittel gegen die Price-Cap-Entscheidung der RegTP von 2002 erfolglos waren, erhob gegen die Entgeltgenehmigungen Klage.

Ist die Klage begründet?

Eine Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO **begründet**, wenn der angegriffene **Verwaltungsakt rechtswidrig** ist und den **Kläger in seinen Rechten verletzt**. Gerade bei einer Drittanfechtungsklage, bei der also nicht der Adressat eines Verwaltungsaktes gegen diesen vorgeht, sondern ein Dritter, der sich von der Entscheidung nachteilig betroffen fühlt, ist die Verletzung in eigenen Rechten von entscheidender Bedeutung.

„Das Verwaltungsprozessrecht geht auf der Grundlage von **Art. 19 IV. 4 GG** und einer entsprechenden generellen Systementscheidung des Gesetzgebers von der **Beschränkung auf den Schutz subjektiver Rechte** aus und gewährt ein Klagerecht (nur) zum effektiven Schutz eigener Rechte, nicht aber zum Zwecke der Veranlassung einer gerichtlichen Prüfung, ob die Rechtsordnung objektiv gewahrt ist und der Verwaltungsakt mit der Rechtsordnung schlechthin in Einklang steht oder nicht (BVerfG, Beschlüsse vom 23.6.1981 - 2 BvR 1107/77 u. a. -, NJW 1982, 507, und vom 1.10.2008 - 1 BvR 2466/08 -, NVwZ 2009, 240; Maunz/Dürig, GG, Stand: Oktober 2008, Art. 19 Anm. 8; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 113 Rn 4 ff., 15ff, 33 ff.; Posser/Wolff, VwGO, § 113 Rn 2, 16 ff.; Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 4. Aufl., § 113 Rn 13.)“ (OVG Münster aaO)

Die **Aufhebung** eines Verwaltungsakts im Rahmen einer Anfechtungsklage ist **nicht** schon dann **geboten**, wenn der Verwaltungsakt **objektiv** ganz oder teilweise **rechtswidrig** ist, sondern **erst** und nur dann, wenn ein Kläger dadurch in seinen **subjektiven Rechten** verletzt wird (§ 113 I 1 VwGO). Ein (rechtswidriger) Verwaltungsakt, der einen Kläger nicht in seinen Rechten verletzt, unterliegt folglich nicht der Aufhebung.

„Die Frage der Verletzung in **eigenen subjektiven Rechten** ist dabei namentlich bei sog. **Drittklagen** von Bedeutung, die auch hier gegeben sind. Der Kläger ist **nicht Adressat** der angefochtenen Entgeltgenehmigungen, sondern nicht diese Verwaltungsakte (vgl. § 46 Abs. 3 Satz 1 PostG i.V.m. § 73 Abs. 1 Satz 2 TKG 1996, § 132 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004) als nicht unmittelbar beteiligter Dritter an. In einem solchen Fall liegt eine die Aufhebung des Verwaltungsakts rechtfertigende Rechtsverletzung nur vor, wenn die verletzte materielle Norm zumindest auch dem Schutz des Dritten dient (**Schutznormtheorie**).

*Bei Drittklagen ist es daher unverzichtbar, durch Auslegung die Frage nach der drittschützenden Wirkung der Norm zu klären, denn die Rechtsverletzung des Drittanfechtenden muss, soll seine Anfechtungsklage Erfolg haben, gerade auf der Verletzung der konkreten drittschützenden Norm beruhen.*“ (OVG Münster aaO)

Nach der Schutznormtheorie liegt eine drittschützende Norm vor, wenn diese **nicht ausschließlich dem öffentlichen Interesse, sondern zumindest auch dem Schutz des Individualinteresses zu dienen bestimmt ist** und zwar derart, dass die Geschützten die Einhaltung des Rechtssatzes sollen verlangen können.

Dazu muss der Drittkläger unter den **geschützten Personenkreis** fallen und die **Norm** muss das von ihm geltend gemachte Interesse vor **Verletzungen der geltend gemachten Art schützen**.

### I. Verletzung von Art. 19 IV GG

*„Weder Art. 19 IV GG noch die in Art. 2 I GG normierte **allgemeine Handlungsfreiheit** begründen einen **allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch**, auf den die Notwendigkeit einer Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme in jedem Fall - unabhängig von der Frage einer Verletzung in eigenen Rechten - hinauslaufen würde. Art. 19 IV. 4 GG begründet auch nicht (subjektive) Rechte, sondern setzt solche voraus (vgl. Maunz/Dürig, a. a. O., Art. 19 Anm. 119, 122, 143; Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2009, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 60.“* (OVG Münster aaO)

### II. Verletzung von Art. 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit)

Der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst auch das Recht, den **Inhalt vertraglicher Vereinbarungen** mit der Gegenseite **frei von staatlichen Bindungen auszuhandeln** (vgl. BVerwG, Urteile vom 10.10.2002 - 6 C 8.01 -, NVwZ 2003, 605 und vom 21.12.1995 - 3 C 34.94 -, BVerwGE 100, 230). Dieses könnte durch den angegriffenen Verwaltungsakt verletzt worden sein.

*„Der Ansatz des VG, die verfassungsmäßige Rechtsordnung als Grenze der allgemeinen Handlungsfreiheit und **Art. 87f GG als verfassungsgemäße Beschränkung** anzusehen, entspricht dabei der Formulierung in der Grundrechtsnorm, wonach das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit u.a. nur besteht, soweit nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen wird. Dabei muss der Senat nicht der Frage nachgehen, ob alleiniger Prüfungsmaßstab Art. 87f GG ist und Art. 2 Abs. 1 GG nicht zur Anwendung gelangt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.10.2003 - 1 BvR 1712/01 -, NVwZ 2004, 329.)*

*Der Ansatz des VG deckt sich zudem mit der obergerichtlichen Bewertung, dass für eine Berufung auf die grundgesetzlich gewährleistete **allgemeine Handlungsfreiheit kein Raum ist**, soweit diese Freiheit durch ein ordnungsgemäß zustande gekommenes und inhaltlich **mit der Verfassung in Einklang stehendes Gesetz eingeschränkt** ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 21.12.1995 - 3 C 34/94 -, aaO).*

*Ein verfassungsrechtlich relevantes Schutzdefizit hat der Kläger im Hinblick auf die Entgeltregulierung nicht schlüssig dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Eine aus einem Grundrecht folgende Schutzpflicht ist erst dann verletzt, wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzniveau zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben (vgl. BVerfG, Urteil vom 10.1.1995 - 1 BvF 1/90 -, BVerwGE 92, 26; BVerwG, Urteil vom 10.10.2002 - 6 C 8.01 -, aaO)“* (OVG Münster aaO)

Ergebnis: Die Anfechtungsklage ist unbegründet.

## 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**  
**§ 185** **E-Mail-Anfrage zur Anschriftenermittlung**

(OLG Frankfurt a.M. in NJW 2009, 2543; Urteil vom 03.12.2008 – 19 U 120/08)

Die **Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung der Klageschrift** nach § 185 ZPO liegen nicht vor, wenn trotz bekannter E-Mail-Adresse die Partei, deren Aufenthalt dem Gegner und dem Gericht nicht bekannt ist, nicht selbst zur Bekanntgabe ihres Aufenthalts per E-Mail aufgefordert worden ist.

„Der Aufenthalt des Bekl. war nicht unbekannt i. S. des § 185 Nr. 1 ZPO. Unbekannt i.S. dieser Norm ist der Aufenthalt einer Partei, wenn er nicht nur dem Gegner und dem Gericht, sondern allgemein unbekannt ist (BGHZ 149, 311 = NJW 2002, 827 = NJW-RR 2002, 1076 L; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 185 Rn 2 m.w.N.). Diese Voraussetzung kann nur dann angenommen werden, wenn die die öffentliche Zustellung beantragende Partei das Erforderliche und Mögliche für die Ermittlung des unbekannteten Aufenthalts getan hat.

Daran fehlt es hier: Zwar hat der Kl. zahlreiche Aktivitäten entfaltet, um die Anschrift des Bekl. in Erfahrung zu bringen. Er hat es aber unterlassen, den Bekl. unmittelbar zur Bekanntgabe seiner Anschrift zum Zweck der Zustellung der beabsichtigten Klage aufzufordern. Hierzu hätte er sich der ihm bekannten Mobilfunknummer des Bekl. bedienen können und dem Bekl. eine entsprechende Nachricht auf der Mail-Box übermitteln können. Der Kl. hätte dem Bekl. die Frage nach dessen Postanschrift ferner über die ihm bekannte E-Mail-Adresse übermitteln können. Stattdessen ließ der Kl. über seinen vorgehend tätigsten Rechtsanwalt dem Bekl. mit E-Mail lediglich eine (weitere) Zahlungsaufforderung nebst Klageandrohung übermitteln. Der Umstand, dass der Bekl. die ihm zugegangene E-Mail unbeantwortet ließ, erlaubt nicht den Schluss, dass er auf eine entsprechende Anfrage auch nicht seine Anschrift zum Zwecke der Zustellung der Klage bekannt gegeben hätte. Mit Rücksicht auf den drohenden Rechtsverlust für den Fall einer öffentlichen Zustellung ist der Senat der Überzeugung, dass der Bekl. dem Kl. seine Anschrift bekannt gegeben hätte, wenn der Kl. ihm anderenfalls den Antrag auf öffentliche Zustellung der Klage in Aussicht gestellt hätte.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**ZPO** **ZPO**  
**§ 717** **Amtshaftung**  
**pflichtwidriges Handeln des Gerichtsvollziehers**

(BGH in NJW-RR 2009, 658; Urteil vom 05.02.2009 – IX ZR 36/08)

Bei **pflichtwidrigem Handeln des Gerichtsvollziehers als Vollstreckungsorgan** tritt die **Amtshaftung** ein. Daneben ist kein Raum für eine Haftung des Gerichtsvollziehers als Verrichtungsgehilfe des Gläubigers.

„Der **Gerichtsvollzieher ist ein Organ der Zwangsvollstreckung**. Er handelt hierbei in **Ausübung öffentlicher Gewalt**. Durch ihn übt der Staat als alleiniger Träger der Vollstreckungsgewalt sein **Zwangsmonopol** in hoheitlicher Weise aus (BVerfGE 61, 126 = NJW 1983, 559; BGHZ 146, 17 = NJW 2001, 434). Der **Gerichtsvollzieher ist mit dem Gläubiger nicht durch ein privatrechtliches Rechtsverhältnis verbunden**, vielmehr gehört seine Tätigkeit dem öffentlichen Recht an (RGZ 82, 85; BGH NJW-RR 2004, 788 = WM 2004, 542). Haftungsrechtlich hat dies die **Konsequenz, dass bei pflichtwidrigem Handeln des Gerichtsvollziehers als Vollstreckungsorgan die Amtshaftung eintritt**. Die Staatshaftung für Amtspflichtverletzungen von Gerichtsvollziehern ist in der höchstrichterlichen Rspr. seit langem anerkannt (RGZ 87, 294; RGZ 134, 178; RGZ 144, 262; BGHZ 146, 17 = NJW 2001, 434; BGH NJW 1957, 1877 = VersR 1957, 735; VersR 1963, 88). Daneben ist kein Raum für eine Haftung des Gerichtsvollziehers als Verrichtungsgehilfe des Gläubigers aus § 831 BGB. Dies entspricht auch einhelliger Ansicht im Schrifttum (Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 831 Rn 18; Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 831 Rn 6; Steffen, RGRK, 12. Aufl., § 831 Rn 20; Staudinger/Belling, BGB, 2008, § 831 Rn 41, 66; Staudinger/Wurm, BGB, 2007, § 839 Rn 34).“ (BGH aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

**ZPO** **ZPO**  
**§ 890 I** **Europäischer Vollstreckungstitel**  
**Ordnungsmittelbeschluss**

(OLG München in Rpfleger 2009, 396; Beschluss vom 03.12.2008 – 6 W 1956/08)

Ein **Ordnungsmittelbeschluss** gem. § 890 I ZPO ist **nicht als Europäischer Vollstreckungstitel** anzuerkennen.

„Ordnungsmittelbeschlüsse werden von Amts wegen vom Staat vollstreckt, **§ 1 I Nr. 3 JBeitrO**. Diese Vorschrift entfaltet **nur Wirkung auf dem Gebiet der Bundesrepublik**.

Was gelten soll, wenn sich der Schuldner im Ausland aufhält und kein Zugriff auf inländisches Vermögen möglich ist, ist in der JBeitrO nicht geregelt. Soweit ersichtlich, gibt es **keine zwischenstaatlichen Vereinbarungen** über die Beitreibung von Ordnungsgeldern im Rahmen eines Zivilprozesses, anders als z.B. für die Beitreibung von Bußgeldern. Insbesondere aber gibt es auch keine gesetzliche Bestimmung, die es dem „Gläubiger“ erlaubte, an Stelle der Vollstreckungsbehörden gemäß § 4 JBeitrO ein Ordnungsgeld im Ausland einzutreiben.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nicht nur ein Ordnungsgeld ausgesprochen worden ist, sondern zugleich für den Fall der Nicht-Beitreibbarkeit Ordnungshaft, zu vollstrecken am Geschäftsführer der Antragsgegnerin, angeordnet ist. Insbesondere letzteres dürfte schon aus grundsätzlichen Erwägungen (kein Schuldturn) nicht in die Hände einer Partei gelegt werden können.

Darüber hinaus wird ein mit Ersatzordnungshaft beaufschlagtes Ordnungsgeld auch nicht als Forderung i. S. von Art. 4 Nr. 2 EuVTVO angesehen werden können, jedenfalls ist es keine Forderung des „Gläubigers“, hier also der Ast.



Ob der Staat, dem die Vollstreckung obliegt, seinerseits die Anerkennung eines Ordnungsmittelbeschlusses gem. § 890 ZPO als Europäischer Vollstreckungstitel beantragen will, muss ihm überlassen werden.“ (OLG München aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

InsO  
§§ 67, 68

### Gläubigerausschuss Mindestbesetzung: 2 Mitglieder

InsO

(BGH in MDR 2009, 768; Beschluss vom 05.03.2009 – IX ZB 148/08)

Ein **Gläubigerausschuss** muss mit **mindestens zwei Mitgliedern** besetzt sein.

„Die bereits unter der Geltung der KO vertretene Auffassung, dass ein Gläubigerausschuss aus wenigstens zwei Personen bestehen muss (BGHZ 124, 86 = NJW 1994, 453), ist auf einen unter der InsO gebildeten Gläubigerausschuss zu übertragen: Dem Regelungszusammenhang der §§ 67ff. InsO ist eindeutig zu entnehmen, dass ein Gläubigerausschuss mit mindestens zwei Personen besetzt sein muss. Bei der Einsetzung eines Gläubigerausschusses durch das Insolvenzgericht sieht § 67 II InsO vor, dass die verschiedenen Gläubigergruppen einschließlich der Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind und folglich ein mehrgliedriger Ausschuss einzurichten ist. Es kann dahinstehen, ob die Gläubigerversammlung bei der Einsetzung und Wahl eines Ausschusses unmittelbar an die Regelung des § 67 II InsO gebunden ist (bejahend Uhlenbruck, § 68 Rn 4; Eickmann, Heidelberger Komm. z. InsO, § 68 Rn 4; verneinend: MüKo-InsO/ Schmidt-Burgk, § 68 Rn 7; Kind, in: Frankfurter Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 68 Rn 4; Kübler/Prütting/Bork, § 68 Rn 10). Jedenfalls hat auch die Gläubigerversammlung zu beachten, dass die Aufgabe des Gläubigerausschusses, den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen, gem. § 69 S. 1 InsO durch „die Mitglieder des Gläubigerausschusses“ wahrgenommen wird. Damit geht das Gesetz, was auch an anderer Stelle zum Ausdruck kommt (§§ 70, 71, 72 InsO), ersichtlich von einer Mehrzahl von Mitgliedern und folgerichtig einer Mindestzahl von zwei Mitgliedern aus. Der Gläubigerausschuss ist wie jedes andere Beratungs- und Entscheidungsgremium - was auch die in § 72 InsO geregelte Notwendigkeit einer einheitlichen Willensbildung belegt - schon rein begrifflich auf eine Mitwirkung durch mehrere Personen angelegt. Ein nur aus einer Person bestehender Gläubigerausschuss kann mithin nach dem eindeutigen Willen des Gesetzes nicht gebildet werden.“ (BGH aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

InsO  
§§ 295, 300

### Restschuldbefreiung ungenügender geschäftlicher Erfolg des selbstständigen Schuldners

InsO

(BGH in NZI 2009, 482; Beschluss vom 07.05.2009 – IX ZB 133/07)

Selbst wenn der Schuldner in der Wohlverhaltensphase erkennt, dass er mit der von ihm ausgeübten selbstständigen Tätigkeit nicht genug erwirtschaftet, um seine Gläubiger so zu stellen, als gehe er einer vergleichbaren abhängigen Tätigkeit nach, muss er seine **selbstständige Tätigkeit nicht sofort aufgeben**. Um jedoch den Vorwurf zu entkräften, schuldhaft die Befriedigung seiner Gläubiger beeinträchtigt zu haben, muss er sich in diesem Falle aber **nachweisbar um eine angemessene abhängige Beschäftigung bemühen** und - sobald sich ihm eine entsprechende Gelegenheit bietet - diese wahrnehmen.

„§ 295 II InsO löst die vom Schuldner abzuführenden Beträge vom tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg seiner selbstständigen Tätigkeit ab. Zu berechnen ist das anzunehmende fiktive Nettoeinkommen aus einem angemessenen Dienstverhältnis. Angemessen ist nur eine dem Schuldner mögliche abhängige Tätigkeit (BGH NJW-RR 2006, 1138 = NZI 2006, 413).

Im vorliegenden Fall scheidet eine Versagung der Restschuldbefreiung aus, weil die Tatsacheninstanzen festgestellt haben, dass der Schuldner auf Grund seines Alters und der problematischen Verhältnisse am Arbeitsmarkt nicht die Möglichkeit gehabt hätte, in ein angemessenes abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu wechseln, bei dem er ein höheres pfändbares Einkommen hätte erzielen können.“ (BGH aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

SDÜ  
Art. 54

### Schmuggelfahrt Tatbegriff des Art. 54 SDÜ

StrafR

(BGH in NSTz 2009, 457; Urteil vom 09.06.2008 – 5 StR 342/04)

**Fall:** Der Angekl. hatte auf Weisung der Organisatoren Zigarettenladungen jeweils in Griechenland übernommen, um diese über Italien, Österreich und Deutschland nach Großbritannien zu einem dortigen Abnehmer zu verbringen. Dabei hatte er von Anfang an die Absicht, die Zigaretten in keinem der Vertragsstaaten des SDÜ, durch den seine Transportroute führte, anzumelden oder für die Zigaretten Abgaben abzuführen. Er wollte die Fahrt ohne längere Unterbrechungen durchführen.

Eine **einheitliche und zäsurlose Schmuggelfahrt** bildet eine **einheitliche Tat i.S. des Art. 54 SDÜ**. Dabei ist der Tatbegriff des Art. 54 SDÜ autonom auszulegen; seine Auslegung richtet sich nicht nach den strafrechtlichen Kriterien der Vertragsstaaten.

I. Nach der für die nationalen Gerichte verbindlichen **Auslegung des Art. 54 SDÜ** durch den EuGH (NSTz 2009, 455) ist das **maßgebende Kriterium** für die Anwendung dieses Artikels „das der **Identität der materiellen Tat**, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen“.

„Dabei können die Vorgänge der Übernahme geschmuggelten ausländischen Tabaks in einem Vertragsstaat sowie die Einfuhr in einen anderen Vertragsstaat und der dortige Besitz unter den Begriff „dieselbe Tat“ i.S.d. Art. 54 SDÜ fallen, wenn der Fahrer von Anfang an vorhatte, den Tabak nach der ersten Übernahme über mehrere Vertragsstaaten zu einem endgültigen Bestimmungsort zu transportieren.“

So verhält es sich hier: Der Angekl. verfolgte beginnend mit der Übernahme der Zigaretten in Griechenland den Plan, diese ohne wesentliche Unterbrechungen im Rahmen einer einheitlichen „Schmuggelfahrt“ nach England zu transportieren, und beabsichtigte dabei, in keinem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften seinen steuerlichen Erklärungs- und Abführungspflichten nachzukommen.“ (BGH aaO).



- II. Die **rechtliche Einordnung der Tatsachen** nach den Strafrechtsordnungen der Vertragsstaaten ist für die Auslegung des Begriffs der Tat i.S.v. Art. 54 SDÜ **unbeachtlich**.

„Der EuGH hat klargestellt, dass die **Subsumtion des Tatgeschehens unter den Begriff der Tat nach Art. 54 SDÜ von der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen unabhängig** ist. Damit richtet sich die Auslegung des Begriffs der Tat gem. Art. 54 SDÜ nicht nach strafrechtlichen Kriterien der Vertragsstaaten. Vielmehr handelt es sich bei dem Tatbegriff des Art. 54 SDÜ um einen eigenständigen, autonom europarechtlich auszulegenden Begriff des SDÜ (so auch die Stellungnahme der Europäischen Kommission v. 22.11.2005; vgl. zudem Böse GA 2003, 744; Harms/Heine in FS Günter Hirsch, 2008, S. 85 und 91). Die Auslegung dieses Begriffs hat sich am Zweck des Art. 54 SDÜ auszurichten, die ungehinderte Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit der Unionsbürger zu sichern. Wer wegen eines Tatsachenkomplexes bereits in einem Vertragsstaats abgeurteilt ist, soll sich unbeachtet unterschiedlicher rechtlicher Maßstäbe in den einzelnen Staaten darauf verlassen können, dass er nicht - auch nicht unter einem anderen rechtlichen Aspekt - ein zweites Mal wegen derselben Tatsachen strafrechtlich verfolgt wird (vgl. Böse EWS 2007, 202 und GA 2003, 744).

Aus diesem Grund ist es hier für die Auslegung des Begriffs der Tat i.S.d. Art. 54 SDÜ auch ohne Bedeutung, ob das Verhalten des Angekl. nach dem Rechtsverständnis des deutschen Strafrechts als mehrere Taten im prozessualen Sinn (§ 264 StPO) zu werten ist. Umgekehrt lässt die vom EuGH für die nationalen Gerichte verbindlich vorgegebene Auslegung des Begriffs der Tat i.S.d. Art. 54 SDÜ die hergebrachten Grundsätze über das Konkurrenzverhältnis von Straftaten im deutschen Strafrecht unberührt.“ (BGH aaO).

- III. Nach der **Rspr. des EuGH** ist die **Qualifizierung eines Tatsachenkomplexes** als eine Tat i.S.d. Art. 54 SDÜ auch **unabhängig von dem geschützten rechtlichen Interesse**.

„Denn dieses kann wegen der **fehlenden Harmonisierung der nationalen Strafvorschriften** von einem Vertragsstaat zum anderen unterschiedlich sein. Damit könnten Erwägungen, die auf dem geschützten rechtlichen Interesse beruhen, Hindernisse für die Freizügigkeit im Schengen-Raum errichten.

Für die Frage, ob jeweils dieselben Taten i.S.d. Art. 54 SDÜ Verfahrensgegenstand der in Italien und Deutschland gegen den Angekl. geführten Strafverfahren waren, ist es daher **unbeachtlich, ob sich die Verfahren auf die Verkürzung derselben oder unterschiedlicher Abgaben bezogen haben**. Das maßgebende Kriterium für die Anwendung des Art. 54 SDÜ ist allein, ob ein Komplex unlösbar miteinander verbundener Tatsachen vorhanden war und ob die Verfahren jeweils Tatsachen aus dem einheitlichen Komplex zum Gegenstand hatten. Dies ist hier der Fall: Die Übernahme der Zigaretten in Griechenland und der anschließende Transport durch Italien waren unlösbar miteinander verbunden. Das verbindende Element ist die von einem einheitlichen Willen des Angekl. getragene einheitliche „Schmuggelfahrt“ durch mehrere Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, um die übernommenen un versteuerten und unverzollten Zigaretten unter Missachtung jeglicher steuerlicher Verpflichtungen zum Zielort zu transportieren. Tat i.S.d. Art. 54 SDÜ ist damit die „Schmuggelfahrt“ einschließlich aller zu ihrer Durchführung begangenen Verstöße gegen steuerliche und zollrechtliche Erklärungs- und Abführungspflichten.“ (BGH aaO).

- IV. Die Frage, ob eine Schmuggelfahrt einen unlösbar zusammenhängenden Komplex von Tatsachen bildet, hängt letztlich auch von den **Umständen des Einzelfalls** ab.

„So kann etwa eine **wesentliche Unterbrechung im Rahmen der Fahrt** eine **Zäsur** bilden, die dazu führt, dass die Fahrt aus zwei voneinander trennbaren Tatsachenkomplexen besteht. Auch kann ein längeres Zwischenlagern dazu führen, dass die Ware „zur Ruhe gekommen“ ist und deshalb eine einheitliche Schmuggelfahrt nicht mehr angenommen werden kann (vgl. zur Abgrenzung von Steuerhinterziehung - bzw. Schmuggel i.S.d. § 373 AO - zu einer an diese anschließende Steuerhinterziehung BGH wistra 2007, 224). Ähnliches dürfte gelten, wenn der genaue Ablauf des Transports bei Beginn der Fahrt noch nicht feststeht und noch Entscheidungen über das weitere Vorgehen oder die zu wählende Transportroute nötig sind, etwa weil zu bestimmten Zeitpunkten vor Fortführung des Transports Weisungen von Hinterleuten eingeholt werden müssen. Solches ist hier indes nicht festgestellt. Vielmehr handelt es sich bei den durch mehrere Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft geführten Schmuggelfahrten des Angekl. jeweils um einen einheitlichen Tatsachenkomplex und damit um eine Tat i.S.d. Art. 54 SDÜ.“ (BGH aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 411

### Einspruchsfrist

StPO

falsche Adressierung bei gemeinsamer Posteingangsstelle

(OLG Hamm in NStZ 2009, 472; Beschluss vom 20.01.2009 – 3 Ss 561/08)

**Ein an die Staatsanwaltschaft adressierter Einspruch** gegen einen Strafbefehl der **bei der gemeinsamen Posteingangsstelle von Amts-, Landgericht und Staatsanwaltschaft eingeht**, geht zunächst der (unzuständigen) Staatsanwaltschaft und **nicht auch gleichzeitig dem (zuständigen) Amtsgericht zu**. Dem Amtsgericht geht er erst zu, wenn er an dieses weitergeleitet wurde.

„Der Einspruch war unzulässig, da er zwar rechtzeitig bei der gemeinsamen Posteingangsstelle der Justizbehörden eingegangen ist, aber falsch adressiert war (an die Staatsanwaltschaft, nicht an das Amtsgericht).

Bei einer gemeinsamen Posteingangsstelle geht ein Schreiben zunächst einmal der Behörde zu, an welche es adressiert ist. Ist es falsch adressiert, geht es bei Eingang in der Posteingangsstelle nicht gleichzeitig der ebenfalls an diese geschlossenen, zuständigen Behörde zu, sondern erst dann, wenn es an diese weitergeleitet wurde. Von **diesem in anderen Gerichtszweigen anerkanntem Grundsatz** (vgl.: BAG NJW 2002, 845; BayOBLG Beschluss v. 24.08.2001 - 3Z BR 231/01- juris; OLG Saarbrücken BeckRS 2007, 08768) im Strafprozessrecht abzuweichen, sieht der Senat keinen Anlass.“ (OLG Hamm aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus



VwVfG  
§ 35**Ausschluss eines Ratsmitglieds  
kein Verwaltungsakt**

VwVfG

(OVG Münster in NWVBI 2009, 495; Beschluss vom 10.12.2008 – 15 B 1702/08)

Der **Beschluss der Vertretung nach §§ 44 I, 40 IV NWKommWahlG**, ein Ratsmitglied von der Arbeit der Vertretung auszuschließen, ist **kein Verwaltungsakt**.

„Zwar ist der Beschluss des Ag. über den Sitzverlust des Ast. ein Verwaltungsakt (vgl. Kallerhoff u.a., S. 366; ebenso für die Wahlprüfungsentscheidung des Rates nach § 40 I NWKommWahlG: OVG Münster DVBI 1981, 874; NWVBI 1991, 233 - für eine Feststellung des Mandatsverlustes durch den Wahlleiter). Diese Maßnahme hat nämlich unmittelbare Rechtswirkung nach außen (vgl. zu diesem Verwaltungsaktsmerkmal § 35 S. 1 NWVwVfG), weil die Mitgliedschaft im Rat als solche in Rede steht, nicht aber einzelne organschaftliche Rechte, wie sie für den kommunalen Innenbereich kennzeichnend sind (vgl. zu dieser Unterscheidung: OVG Münster NVwZ 1998, 768). Demgegenüber geht es bei dem Beschluss nach § 40 IV NWKommWahlG nur um die **Ausgestaltung des Mitgliedschaftsrechts im Einzelnen**, nämlich die Nichtteilnahme an der Arbeit der Vertretung bei fortdauernder Ratsmitgliedschaft, so dass diese **Regelung im gemeindlichen Innenrechtsbereich** verbleibt. Wegen dieses **nur auf organschaftliche Rechte aus der Ratsmitgliedschaft**, nicht aber auf den Status des Ast. als Ratsmitglied **bezogenen Charakters des Beschlusses nach § 40 IV NWKommWahlG** fehlt ihm das für einen Verwaltungsakt notwendige **Merkmal der unmittelbaren Rechtswirkung nach außen**, so dass nur die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO als Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht kommt.“ (OVG Münster aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 65**Baugenehmigungsverfahren  
notwendige Beiladung der Nachbarn**

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2009, 315; Beschluss vom 29.12.2008 – 8 S 2395/08)

Im **Verpflichtungsprozess auf Erteilung einer Baugenehmigung** sind die **Nachbarn** auch dann **nicht notwendig beizuladen**, wenn sie im vorangegangenen Verwaltungsverfahren Einwendungen gegen das Bauvorhaben erhoben haben.

I. Ein **Fall der notwendigen Beiladung i. S. des § 65 II VwGO** liegt nicht vor.

„Der für eine notwendige Beiladung erforderliche **unmittelbare Eingriff in Rechtspositionen [der Nachbarn]** erfolgt **nicht schon durch eine gerichtliche Verpflichtung der Bekl. zur Erteilung der Baugenehmigung, sondern erst durch diese selbst bzw. ihre Realisierung**. Sie sind **deshalb an dem streitigen Rechtsverhältnis zwischen den Kl. und der Bekl. nicht** derart **beteiligt**, dass die Entscheidung darüber auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann, wie es § 65 II VwGO voraussetzt. Es entspricht deshalb ständiger und gefestigter Rspr., dass im **Verpflichtungsrechtsstreit des Bauherrn gegen die Baurechtsbehörde** Nachbarn auch dann nicht notwendig beigeladen werden müssen, wenn sie gegen das Bauvorhaben im Verwaltungsverfahren Einwendungen erhoben haben (BVerwG DÖV 1975, 99; NJW 1978, 64).“ (VGH Mannheim aaO).

II. In Fallkonstellationen wie der vorliegenden sind jedoch die **tatbestandlichen Voraussetzungen einer einfachen Beiladung i. S. des § 65 I VwGO** gegeben.

„Bei einer **Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung [können] rechtliche Interessen der Grundstücksnachbarn berührt** werden; denn die **Bebauung und die Nutzung eines Grundstücks** können sich auf die **Nachbargrundstücke** auswirken (BayVGH Beschluss vom 03.12.2001 - 2 C 01.1882 - juris).

Eine solche **Beiladung steht jedoch im Ermessen des Gerichts** und die **Ermessensentscheidung** des Verwaltungsgerichts, den **Beiladungsantrag der Bf. abzulehnen**, ist nicht zu beanstanden. Es hat zutreffend angeführt, dass die **Gerichte von Amts wegen die mögliche Verletzung nachbarlicher Rechte (z. B. des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots) zu prüfen haben** und die **Bf. im Falle einer stattgebenden gerichtlichen Entscheidung die Aufhebung der dann zu erteilenden Baugenehmigung im Wege des Anfechtungsprozesses, zu dem die Kl. als Genehmigungsinhaber notwendig beizuladen wären, erreichen könnten** (vgl. BVerwG aaO). Soweit die **Bf. dem die von ihnen für prozessökonomisch gehaltene Erwägung entgegenhalten, ihre Beiladung vermeide eine zweifache Inanspruchnahme der Gerichte, da sich ein Folgeprozess gegen die erteilte Baugenehmigung anschließen werde, übersehen sie, dass noch keineswegs feststeht, ob die Bekl. zur Erteilung der beantragten - und von ihr sowie dem Regierungspräsidium verweigerten - Genehmigung verpflichtet wird.**“ (VGH Mannheim aaO).

- ZA 09/09 -

Juristischer Verlag Juridicus



## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Lorenz:** Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsausgleich bei Vornahme nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen (NJW 2009, 2576)

**Problemstellung:** Ein Mieter sieht sich auf Grund einer - rechtlich unwirksamen - Endrenovierungsklausel zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet; nach Vornahme der Dekoration verlangt er vom Vermieter **Wertersatz für die erbrachte Leistung**; angesichts der Tatsache, dass Endrenovierungsklauseln in den letzten Jahren Gegenstand einer immer ausdifferenzierteren Rspr. des VIII. Zivilsenats des BGH waren, handelt es sich hierbei um eine praktisch bedeutsame Fallkonstellation, die Grundfragen des Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) sowie des Bereicherungsrechts aufwirft. – Die Argumentation des BGH baut in Bezug auf die **GoA** konsequent auf der **mietrechtlichen Entgeltthese** auf: Hat der Mieter, abweichend von der gesetzlichen Ausgangslage, die Pflicht zu Vornahme von Schönheitsreparaturen vertraglich übernommen, sind diese Teile des für die Gebrauchsüberlassung geschuldeten Entgelts („Miete“); ihre Vornahme ist dann nie Fremdgeschäftsführung i.S. von § 677 BGB.

2. **Eggert:** Stand der Technik und kaufrechtlicher Mangelbegriff (DS 2009, 247)

Wie die anerkannten Regeln der Technik ist die **Qualifikation „Stand der Technik“ ein Beschaffenheitsmerkmal** und damit **einer Vereinbarung i.S. des § 434 I 1 BGB zugänglich**. - Beim Kauf neuer Kraftfahrzeuge ist ein **bestimmter Stand der Technik in der Regel weder ausdrücklich noch konkludent (stillschweigend) vereinbart**; gleiches gilt für den Gebrauchtwagenkauf. - Bei der Prüfung der Soll-Beschaffenheit nach den **objektiven Kriterien des § 434 I 2 Nr. 2 BGB** ist die Formel „Stand der Technik“ ein unverzichtbarer Maßstab.

3. **Eggert:** Verträge mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nach einem Verkehrsunfall (NZV 2009, 367)

Auch **nach neuem Schuldrecht** ist es **nicht** generell **ausgeschlossen, Drittschutzwirkungen aus einem Vertrag abzuleiten**. - Der **Vertrag über die Erstellung eines Haftpflichtschadengutachtens** ist entgegen der h.M. in der Regel **keine tragfähige Grundlage für eine Haftung des Sachverständigen gegenüber dem Schädiger/Versicherer**. - Vorzugswürdig ist eine **Begründung der Sachverständigenhaftung nach § 311 III 2 BGB**: Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Schadengutachter für eine fahrlässige Fehlleistung dem KH-Versicherer Ersatz zu leisten hat, wird die Rspr. zu klären haben; dabei sollte beachtet werden, dass der Versicherer durch Ausgleichsmöglichkeiten gegenüber dem Geschädigten, die **deliktische Haftung des Sachverständigen** und durch sein eigenes Schadenmanagement stärker als vielfach angenommen geschützt ist; eine **restriktive Anwendung des § 311 III 2 BGB erscheint angebracht**. - Andere Unfalldienstleister haften vertragsfremden Dritten gegenüber grundsätzlich nur deliktisch. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes kommt nur in engen Grenzen in Betracht.

4. **Gehlhaar:** § 12 III AGG und der Anspruch des belästigten Arbeitnehmers auf Ergreifung (bestimmter?) Schutzmaßnahmen (NZA 2009, 825)

Bespr. der Entsch. BAG NZA 2008, 223

5. **Berkowsky:** Aktuelle arbeitsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz - Juni/Juli 2009 (NZI 2009, 591)

6. **Sternal:** Die Rspr. zum Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren im Jahre 2008 (NZI 2009, 537)

### II. Strafrecht

1. **König:** Wieder da: Die „große Kronzeugenregelung (NJW 2009, 2481)

Mit der Einführung einer allgemeinen Strafzumessungsregelung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe (§ 46b StGB) ist der **Kronzeuge** zu einem „**alltäglichen kriminalpolitischen Gestaltungsmittel**“ geworden; die gesetzliche Regelung begegnet zahlreichen Bedenken: Neben allgemeinen Einwänden, dass hierdurch **Falschbelastungen provoziert** (und honoriert) werden, werden **Gerechtigkeitsdefizite** reklamiert, weil tief in kriminelles Milieu Verstrickte gegenüber denjenigen übervorteilt werden, die ein-

malig straffällig werden. - Die vom Gesetzgeber gegen diese Einwände installierten Korrekturmöglichkeiten scheinen wenig tauglich: Die Praxis wird die von der Kronzeugenregelung nur unzureichend geleistete Kronzeugenregulierung durch restriktiven Gebrauch der Vorschrift und das Aufstellen **erheblicher Anforderungen an die Glaubhaftigkeitsprüfung von Kronzeugenaussagen** nachzuholen haben; das mit der gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren verfolgte Bemühen, Absprachen transparent und verbindlich zu machen, wird durch die **Präklusionsregelung in § 46 III StGB** konterkariert, indem das Geschäft mit der Aussage in das Arkanum des Vernehmungszimmers zurückgedrängt wird.

2. **Lassmann:** Untreue zu Lasten gemeinnütziger Stiftungen - Strafbarkeitsrisiken im Non-Profit-Bereich (NStZ 2009, 473)
3. **Singelstein:** Rechtsschutz gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen nach Einführung des § 101 VII 2-4 StPO (NStZ 2009, 481)

Bei offenen Maßnahmen gilt, dass **gegen richterliche Anordnungen die Beschwerde statthaft** ist, während **Akte der Staatsanwaltschaft bzw. ihrer Ermittlungspersonen nach § 98 II 2 StPO analog angegriffen** werden können. - Bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen ist zu differenzieren: Vor Erledigung der Maßnahme gilt das Vorstehende; **nachträglicher Rechtsschutz** kann hingegen **nach § 101 VII 2-4 StPO** und - soweit es richterliche Anordnungen betrifft - nach Auffassung des Autors parallel auch im Wege der Beschwerde erlangt werden. - Entscheidet nach Anklageerhebung gem. § 101 VII 4 StPO das erkennende Gericht über den Antrag nach § 101 VII 2 StPO, so handelt es sich gleichwohl um ein eigenständiges Verfahren, dessen Entscheidung im Beschlusswege ergeht; hiergegen ist wie auch sonst das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben (§ 101 VII 3 StPO); andernfalls ließe sich die Konstellation von Drittbetroffenen als Antragstellern, die wegen der Streubreite nicht weniger heimlicher Maßnahmen wichtiger wird, systematisch kaum lösen. - Insgesamt gesehen **erschwert der Rechtsbehelf des § 101 VII 2-4 StPO die Übersichtlichkeit des Rechtsschutzsystems** und stellt die Praxis vor erhebliche Probleme: Für die erkennenden Gerichte bedeutet der Rechtsschutz nach Anklageerhebung eine erhebliche zusätzliche Belastung, die bei größeren Verfahren geeignet ist, die Hauptverhandlung zu verzögern; für die Rechtsschutzsuchenden bedeutet der Wegfall der Pflicht zur Darlegung des Rechtsschutzbedürfnisses zwar eine gewisse Erleichterung, jedoch stellt die **Ausschlussfrist von 2 Wochen** nach Benachrichtigung eine **erhebliche Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten** dar.

4. **Detter:** Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht (NStZ 2009, 487)

### III. öffentliches Recht

1. **Brenner:** Befristung und Beschränkung der Fahrerlaubnis aus verfassungsrechtlicher Sicht (NZV 2009, 374)

Die 3. Führerscheinrichtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten, **Führerscheine zukünftig einer bestimmten Gültigkeitsdauer zu unterwerfen**, und ermöglicht ihnen, anlässlich der regelmäßigen Erneuerung der Führerscheine ärztliche Untersuchungen vorzusehen oder andere Maßnahmen durchzuführen. - Im Hinblick auf die Beschränkung der Geltungsdauer der Führerscheine ist der vom Richtlinienggeber den Mitgliedstaaten belassene **Gestaltungsspielraum gering**: Mit Blick auf die Sozialadäquanz des Autofahrens kann daher vom deutschen Gesetzgeber lediglich gefordert werden, dass er die Geltungsdauer der Führerscheine auf 15, nicht hingegen auf 10 Jahre festlegt. - Hingegen sind zwingende Gründe für die - in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellte - pauschale Einführung einer Gesundheitsprüfung nicht erkennbar - was auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung von erheblicher Bedeutung ist: Zum einen geht nämlich von älteren Autofahrern, die von einer solchen Prüfung in besonderer Weise betroffen wären, kein erhebliches Gefahrenpotential aus; zum anderen hält das geltende Recht genügend Möglichkeiten bereit, um angemessen auf eine im konkreten Einzelfall bestehende - auch partielle - Ungeeignetheit zum Führen von Autos reagieren zu können, etwa durch Erteilung eines Führerscheins unter Auflagen.

2. **Groß:** Welche Klimaschutzpflichten ergeben sich aus Art. 20a GG? (ZUR 2009, 364)

Die **Maßnahmen zur Förderung der Automobilindustrie** in den beiden Konjunkturpaketen **enthalten keine Korrekturinstrumente zur Reduktion des Kohlendioxidausstoßes**: Damit verstößt der deutsche Gesetzgeber gegen die aus dem Staatsziel Umweltschutz folgende Verpflichtung zur ökologischen Steuerung; sofern überhaupt der Absatz von Kraftfahrzeugen, die mit fossilen Treibstoffen betrieben werden, gefördert wird, muss zumindest eine Lenkungswirkung zugunsten von geringen Kohlendioxidemissionen und/oder alternativen Mobilitätsformen in die Regelung integriert werden. - Die jetzt vom Bundestag beschlossene **Neuordnung der Kfz-Steuer enthält** dagegen eine **Anreizwirkung zur Verminderung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes**; diese ist zwar aus Furcht vor einer Steuererhöhungsdebatte ziemlich gering ausgefallen, sie ist aber nach dem hier entwickelten Maßstab verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. - Eine **Beschränkung kommunaler Umweltschutzmaßnahmen** auf ausschließlich örtlich wirksame Vorgaben ist **mit der Schutzpflicht aus Art. 20a GG nicht vereinbar**: **Gemeinden dürfen zum Schutz des Klimas tätig werden**, auch wenn dies mit Eingriffen in die Rechte von Einwohnern verbunden ist, sofern die gesetzliche Grundlage durch den Bezug auf den Umweltschutz oder allgemein

auf öffentliche Interessen einen hinreichenden Anknüpfungspunkt bietet; eine **ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist nicht erforderlich**, da angesichts der weltweiten Auswirkungen des Klimawandels immer auch ein Bezug zu den örtlichen Verhältnissen gegeben ist; einen Gegensatz zwischen lokalem und globalem Klimaschutz gibt es nicht.

3. **Gärditz:** „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle (NVwZ 2009, 1005)

**Problemstellung:** In der Rspr. des BVerwG tauchte der Begriff des Regulierungsermessens erstmalig in einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung vom März 2004 auf; ob die Regulierungsbehörde über ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbares Regulierungsermessen verfügt, ließ das Gericht seinerzeit ausdrücklich offen; der Terminus Regulierungsermessen wurde bezeichnenderweise noch in Anführungszeichen gesetzt. - Diese Anführungszeichen sind in der einschlägigen **Leitentscheidung des BVerwG** vom November 2007 stillschweigend verschwunden. In dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall ging es um Folgendes: Im April 2005 definierte die Bundesnetzagentur (BNetzA) als Regulierungsbehörde den Telekommunikationsmarkt für Teilnehmeranschlussleitungen in Form von Kupferdoppeladern; auf diesem Markt verfügt die Dt. Telekom AG als Betreiberin eines bundesweiten Telekommunikationsnetzes über eine bislang unangefochtene marktbeherrschende Stellung; die Telekom wurde daher durch Regulierungsverfügung der BNetzA auf der Grundlage von § 21 TKG verpflichtet, vollständig entbündelten sowie diskriminierungsfreien Zugang zum Teilnehmeranschluss auf der Grundlage eines einheitlichen Standardangebots zu gewähren; die Kl. des Ausgangsverfahrens betrieb als sog. „City Carrier“ ein lokales Teilnehmernetz; sie verlangte im Klagewege eine von der Regulierungsbehörde abgelehnte Auferlegung zusätzlicher Regulierungsverpflichtungen gegenüber der Telekom, unter anderem einen Kapazitätsausbau; das BVerwG setzt sich in seinem Revisionsurteil vor allem mit den Entscheidungsspielräumen der BNetzA bei der Konkretisierung von Zugangsverpflichtungen auseinander. Das Gericht nimmt im Ergebnis an, dass **der Behörde „ein umfassender Auswahl- und Gestaltungsspielraum“ zustehe, welche der in § 13 I, III TKG vorgesehenen Maßnahmen ergriffen werden sollen**; die **Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen** sei das **Ergebnis einer komplexen Abwägung** öffentlicher und privater Belange; für Zugangsverpflichtungen enthalte zudem § 21 I 2 TKG einen zusätzlichen Katalog zu berücksichtigender Abwägungsgesichtspunkte.

4. **Schnöckel:** Die gerechte Entschädigung für Enteignungen (DÖV 2009, 703)

Die **Enteignung** ist ein **sinnvolles und unverzichtbares Instrument staatlicher Daseinsvorsorge**; um jedoch der Gefahr einer zu häufigen Verwendung zu begegnen, sollte nach Ansicht des Verfassers für die Höhe der Entschädigung regelmäßig der **Verkehrswert maßgeblich** sein, und das sowohl aus Gründen des Individualrechtsschutzes als auch aus institutionellen Erwägungen, denn bei einer geringeren Entschädigung droht der ineffizient häufige Gebrauch der Enteignung, zumal den politischen Entscheidungsträgern – entgegen der Intention der Junktimklausel – in diesem Fall die Kosten ihres Handelns verborgen bleiben. - Sowohl das Interesse der Betroffenen als auch das der Allgemeinheit sprechen daher für die Entschädigung in Höhe des Verkehrswerts; hinzu kommt, dass diese Bemessung der Höhe der Entschädigung den Vorteil der **Praktikabilität** und einfachen Handhabung besitzen und nicht zuletzt auch in der Rspr. des BVerfG eine Stütze findet.

5. **Hoffmann:** Die Entwicklung des Internet-Rechts bis Mitte 2009 (NJW 2009, 2649)

6. **Aßmus:** Jahresabschlussprüfung: Datenschutzrechtliche Aspekte bei der Weitergabe von Mitarbeiterdaten (MMR 2009, 599)

I.R. der Prüfung von Jahresabschlüssen benötigt der Wirtschaftsprüfer u.a. Kontodaten der Mitarbeiter des zu prüfenden Unternehmens. **Rechtsgrundlage** dafür bietet **§ 320 II 1 HGB**, der - auf den ersten Blick - dem Wirtschaftsprüfer ein nahezu grenzenloses Auskunftsrecht in die Hand legt; da allerdings personenbezogene Daten der Mitarbeiter weitergegeben werden, sind die Grenzen des Datenschutzrechts zu beachten. - **Datenschutzrechtlich** ist es **nicht zu beanstanden**, wenn Kontodaten von kontobefugten und/oder zur Auftragsvergabe berechtigten Mitarbeitern des Unternehmens zwecks Abgleich mit Bankverbindungen von Lieferanten an den Wirtschaftsprüfer i.R. der Jahresabschlussprüfung übermittelt werden; dabei besteht **keine Benachrichtigungspflicht des Unternehmens gegenüber den Mitarbeitern**: Die Interessenabwägung und die Erforderlichkeitsprüfung hat das Unternehmen als „Herr über die Daten“ i.R.e. summarischen Prüfung zu erörtern, wobei es sich auf den bisher datenschutzrechtlich anstandslos Umgang des Abschlussprüfers mit den personenbezogenen Daten in der Vergangenheit berufen kann. - **Bei einer unzulässigen Übermittlung** können **Schadensersatzansprüche der Mitarbeiter gegen die prüfungspflichtige Gesellschaft** entstehen und es muss mit Bußgeldern gerechnet werden.

7. **Gola/Klug:** Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2008/2009 (NJW 2009, 2577)

8. **Neumann/Kocken:** Rechtsentwicklungen bei der Mauterhebung auf deutschen Bundesautobahnen (NJW 2009, 940)

9. **Epiney:** „Europäisches Verfassungsrecht“: Die Rspr. des EuGH im Jahr 2008 (NVwZ 2009, 949)

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

1. **Rakete-Dombek/Türck-Brocker:** Das FamFG (NJW 2009, 2769)
2. **Büte:** Die Reform des Zugewinnausgleichsrechts (NJW 2009, 2776)  

Am 01.09.2009 ist das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts in Kraft getreten: Es beinhaltet eine **Aufhebung der HausratsVO** und überführt die materiell-rechtlichen Regelungen der Rechtsverhältnisse an der Ehemwohnung und an den Haushaltsgegenständen in das BGB (§§ 1568a, 1568b BGB); darüber hinaus ändert Art. 3 des Gesetzes das ebenfalls am 01.09.2009 in Kraft getretene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere die Vorschriften der §§ 200 bis 209 FamFG
3. **Ruland:** Der neue Versorgungsausgleich – eine kritische Analyse (NJW 2009, 2781)
4. **Büttner/Niepmann:** Die Entwicklung des Unterhaltsrechts seit Mitte 2008 (NJW 2009, 2499)

## Aufbau § 242 StGB

### A. Tatbestand

#### I. Objektiver Tatbestand

##### 1. bewegliche Sache

###### a) Sache

= Alle körperlichen Gegenstände (§ 90 BGB) sowie wegen § 90a BGB auch Tiere.

###### b) beweglich

= **Beweglich** sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können, also ohne Rücksicht auf die zivilrechtliche Einordnung als beweglich oder unbeweglich.

##### 2. Fremdheit

Fremd ist eine Sache, wenn sie (zumindest auch) im Eigentum eines Anderen steht, also weder Alleineigentum des Täters besteht noch die Sache herrenlos oder noch eigentumsunfähig ist (vgl. Schönke/Schröder – Eser, § 242, Rn 12).

##### 3. Wegnahme

###### a) Bruch fremden Gewahrsams

###### aa) Gewahrsam

Gewahrsam ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache (objektiv-phisches Element), das von einem Herrschaftswillen (subjektiv-psychisches Element) getragen ist. Ob diese Elemente vorliegen, ist nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens zu beurteilen (vgl. Schönke/Schröder–Eser, § 242, Rn 23).

###### bb) Fremdheit

Der Täter muss fremden Gewahrsam brechen. Dies ist der Fall, wenn er ihn nicht ausschließlich selbst hat. Demzufolge ist Gewahrsamsbruch jedenfalls gegenüber einem gleichrangigen Mitgewahrsamsinhaber möglich (vgl. Schönke/Schröder–Eser, § 242, Rn 32).

###### cc) Bruch

Aufhebung der tatsächlichen Herrschaftsmacht ohne Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers oder einer zur Disposition über den Gewahrsam befugten Person (vgl. Schönke/Schröder–Eser, § 242, Rn 35).

###### b) Begründung neuen Gewahrsams

Der Täter begründet neuen Gewahrsam mit dem Ergreifen des Gegenstandes (sog. Apprehensionstheorie). Das bedeutet, dass einerseits weder die bloße Berührung ausreicht (sog. Kontrektationstheorie) noch andererseits ein Wegbringen der Sache (sog. Ablationstheorie) noch deren Bergung (sog. Illationstheorie) erforderlich ist (vgl. Schönke/Schröder–Eser, § 242, Rn 37).

#### II. Subjektiver Tatbestand

##### 1. Vorsatz bezüglich I.

##### 2. Zueignungsabsicht

###### a) Enteignungsvorsatz

Verdrängung des Eigentümers aus wirtschaftlicher Position

###### b) Aneignungsabsicht

Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters bzw. in der Ausnutzung des entzogenen Sachwertes besteht

### B. Rechtswidrigkeit

### C. Schuld

### D. Strafzumessungsregel, § 243 StGB

#### I. geregelte Fälle

##### 1. Vorliegen eines Regelbeispiels

###### a) objektive Merkmale

###### b) subjektive Merkmale

##### 2. keine Gegenindizien

###### a) zwingende, § 243 II StGB

###### b) sonstige

#### II. Unbenannte Fälle

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Strafrecht

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

<b>Land:</b> <b>Hessen</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Dir. AG Althaus</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>11.08.2009</b>
-------------------------------	--	---

### Zur Person:

Ich kannte Herrn Althaus bereits vom Klausurenkurs in Wiesbaden. Vielleicht empfand ich ihn deshalb auch als einen sehr freundlichen Prüfer. Bereits beim Hereinkommen zum Aktenvortrag lächelte er und gab einem das Gefühl, dass alles gar nicht so schlimm sei. Während des Aktenvortrages schrieb er extrem viel mit, so dass man nur schwer Augenkontakt bekam. Wenn aber doch, lächelte er meist und nickte. Von den anderen erfuhr ich jedoch auch, dass er wohl mürrisch schauen konnte und nur zaghaft lächelte. In der Prüfung selbst war er zwar nett, aber leider überhaupt nicht protokollfest. Er gab jedem Prüfling die nötige Zeit zum Nachdenken und seine Antwort zu formulieren, ohne die Frage gleich weiterzugeben.

Insgesamt wahrscheinlich einer der netteren Prüfer, die man bekommen kann.

### Zur Sache:

Leider nutzten uns die vorangegangenen Protokolle ziemlich wenig. Es kamen weder die Verdachtsstufen, noch Trunkenheitsfahrten noch irgendwelche Fragen zur Polizeiarbeit dran.

Herr Althaus fragte uns zunächst, ob uns der Begriff Berglauf etwas sagte. Nunja, gehört hat man das wohl schon und wer die letzten Jahre der Presse irgendwo im Hinterkopf hatte, konnte wohl auch mit der folgenden Konstellation was anfangen; wir konnten dies leider alle nicht wirklich.

Es ging um den Zugspitzenlauf 2008, bei dem mehrere Menschen zum einen schwer verletzt wegen Erfrierungen ins Krankenhaus kamen und zwei Personen starben.

Der Veranstalter führte den Lauf im Juni durch, obwohl die Wettermeldungen vor Schneefall und Eis in den höheren Lagen (ab 2000 m) warnten. Resultat war dann zwei Menschen tot.

Wir waren in der Rolle der Staatsanwaltschaft und sollten prüfen, welche Straftatbestände erfüllt seien.

Geprüft wurden zuerst Mord (für mich abwegig, aber eventuell wegen Habgier, weil der Veranstalter das alles ja auch nicht unentgeltlich macht), dann Totschlag. Beides scheiterte am Vorsatz. Hierbei sollten deutlich die Unterschiede Vorsatz/ Fahrlässigkeit mit allen Abstufungen herausgearbeitet werden.

Danach kamen wir auf die fahrlässige Tötung, wobei die Frage gestellt wurde, ob dies auch durch Unterlassen möglich sei. Antwort: ja, wegen Garantenstellung. Der Veranstalter hätte den Lauf ja auch absagen können.

Was macht nun die Staatsanwaltschaft? Einstellung, Anklage oder Strafbefehl, jeweils mit kurzen Erläuterungen.

Danach hatten wir noch einen Fall, der wohl aus seiner neueren Praxis als Richter in Bad Schwalbach stammte. A hat wenig Geld, aber gerne große Autos. Er finanziert sich daher bei dem hiesigen BMW-Händler einen BMW. Dabei wird das Auto sicherheitsübereignet und der Fahrzeugbrief an die Bank ausgehändigt.

Soweit die Vorgeschichte, bei der noch alles rechtens war. A braucht nun kurzfristig Geld und geht zum Pfandleiher. Er will sein Fahrzeug beleihen. Da dies nur mit Fahrzeugbrief

geht, benutzt er hierfür eine gute Fälschung, die ihm Freunde angefertigt haben. Diesen übergibt A an den Pfandleiher und erhält 16.000 € dafür.

Nun sollte durchgeprüft werden. Zunächst § 267 durch das Gebrauchen einer gefälschten Urkunde.

Dies ging schnell, daher wurde § 263 sehr vertiefend behandelt. Insbesondere war die Frage des Schadens auf Seiten des Pfandleihers zu klären, der verneint wurde.

Darauf folgte dann noch eine kleine Abwandlung. A brauchte jetzt noch mehr Geld und ließ das Fahrzeug durch den Pfandleiher verkaufen.

Hierbei wurde es dann zivilrechtlich, wegen der Frage des gutgläubigen Erwerbs.

Nach etwa 45 Minuten war die Prüfung vorbei.

Fazit:

Heftig! Natürlich hätte man alles irgendwie beantworten können, aber da man doch erst einmal überrascht war, dass so gar nichts aus den Protokollen dran kam, wurde man doch ziemlich nervös.

Leider wurde auch nicht unbedingt mit Punkten um sich geschmissen, aber es ging fair zu.

Herr Althaus half einem auch stellenweise auf die Sprünge und brachte die Prüflinge auf den richtigen Weg.

Herr Althaus als Prüfer ist voll in Ordnung!

Viel Glück! Alles geht 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> Saarland	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> RiFG Dr. Bartone	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 12.02.09
--------------------------	--	--

Wie in den vorherigen Protokollen schon angesprochen wurde, begann Dr. Bartone seine Prüfung auch hier mit der Frage welche aktuellen Fälle des öffentlichen Rechts zur Zeit in den Medien kursieren. Im Zeitpunkt meiner Prüfung waren viele Gesetze zur Überprüfung beim BVerfG gelandet (Nichtraucherschutzgesetz, Onlinedurchsuchung, Vorratsdatenspeicherung etc.). Hier war also freie Auswahl. Ich schilderte beispielsweise Herrn Dr. Bartone die Entscheidung zur Pendlerpauschale. Ca. zwei Tage vor der mündlichen Prüfung wurde in Sachen „Lissabon-Vertrag“ vor dem BVerfG mündlich verhandelt. Ich denke, dass für jeden absehbar war, dass auch dies zur Sprache kam. Es wurde also u.a. gefragt, welche Art von Klage hier vorliegt; schon auf Grund regelmäßiger Lektüre seriöser Zeitungen wusste man, dass über Verfassungsbeschwerden gegen das deutsche Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes sowie das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union und über Anträge im Organstreitverfahren gegen diese Gesetze verhandelt wurde. Die Bf. und die Ast. Im Organstreitverfahren wenden sich dabei gegen Ratifikation des Vertrages von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

Es wurden dann noch allgemeine, aber beantwortbare Fragen zur Verfassungsbeschwerde und zur Organklage gestellt.

So stellte Herr Dr. Bartone folgenden Fall:

Eine Partei wollte in ca. zwei Wochen in der Stadthalle ihren Parteitag abhalten. Die Stadt hat jedoch zwischenzeitlich eine neue Satzung erlassen, die Parteien ohne örtliche Bindung den Zugang zur Stadthalle für Parteiveranstaltungen untersagte. Demnach wurde also auf Grund der Satzung der Parteitag in der Stadthalle nicht erlaubt. Die Partei hält diese Satzung für rechtswidrig. Wie ist die Rechtslage?

Es wurde sodann erörtert, wie hier am besten aus Sicht eines Rechtsanwalts für die Partei vorzugehen war. Da der Parteitag schon in zwei Wochen stattfinden sollte, war hier ein Eilrechtsschutzantrag geboten. Demnach musste also eine Begrenzung zwischen § 123 und § 80 V VwGO erfolgen. Wir entschieden uns für das Verfahren nach § 123 VwGO, da es der Partei hier nicht um Wiederherstellung bzw. um die Anordnung der aufschiebenden Wirkung geht, sondern um die Zulassung zur Stadthalle. Zunächst wurden wieder allgemeine Fragen gestellt wie, warum die Zulässigkeit vor der Begründetheit zu prüfen ist (Stichwort: Rechtskrafterstreckung) oder was eine öffentliche Einrichtung ist. Es folgte sodann eine penible Prüfung der Zulässigkeit, wobei mit universitärem Wissen (z.B. der 2-Stufentheorie, Stichwort: „das OB und WIE“, Regelungs- oder Sicherungsanordnung, Klagebefugnis § 42 II analog, Notwendigkeit des Vorverfahrens etc.) gepunktet werden konnte. Da die Zeit jedoch schon durch die allgemeinen Fragen eingangs weit fortgeschritten war, kamen wir nicht mehr zu einer Begründetheitsprüfung.

Nach Aussage von Herrn Dr. Bartone war dies aber auch so geplant, da der Fall nicht fertig gelöst werden sollte, sondern mehr zum Zwecke des Testens unseres allgemeinen Wissens im Verwaltungsrecht dienen sollte.

Viel Glück!

# 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**

