



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

39. Jahrg.

September 2014

Heft 09

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Abgrenzung Kaufvertrag - Werklieferungsvertrag
- BGH:** Produkthaftung für Elektrizität bei Überspannungsschäden
- BGH:** Betrug durch „Abo-Falle“ im Internet
- BayVGH:** Verbot eines gesichtsverhüllenden Schleiers im Unterricht
- OLG München:** Verpflichtung zur Übersetzung eines Strafurteils
- BGH:** Berufungsbegründungsfrist bei PKH-Versagung
- OVG Lüneburg:** Rechtsschutzbedürfnis bei vorbeugender Unterlassungsklage

ISSN 1868 – 1514



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 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

**Bezugspreise:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Die Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr .....	1
--	---

### Brandaktuell

BVerfG: Verstoß gegen Willkürgebot (Rechtskenntnis des Gerichts nach mündlicher Verhandlung) .....	2
---	---

### Zivilrecht

BGH: Abgrenzung Kaufvertrag - Werklieferungsvertrag (Hersteller ist nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers) .....	3
BGH: Produkthaftung für Elektrizität (Überspannungsschäden) .....	7

### Strafrecht

BGH: Betrug („Abo-Falle“ im Internet) .....	11
BGH: Betrug („Wunderheiler“) .....	14

### Öffentl. Recht

BGH: Haftung für Schäden beim Abschleppen (selbständige Werkunternehmer) .....	17
BayVGH: Tragen eines gesichtsverhüllenden Schleiers (Verbot im Unterricht verfassungskonform) .....	20

### Kurzauslese I

BGH: Befristeter Verjährungsverzicht (Wirkungen) .....	24
BGH: Unbegründete Kündigung (Haftung für Anwaltskosten) .....	24
LG Berlin: Mietminderungsanspruch (Ausschluss wegen Verweigerung der Besichtigung durch Vermieter) .....	24
BGH: Mietkaution (keine Verwertung im laufenden Mietverhältnis) .....	25
BVerwG: Verjährung (Anspruch auf Beseitigung eines rechtswidrigen Überbaus) .....	25
OVG Saarlouis: Unterlassungsanspruch (Verjährung bei fortdauernder Störung) .....	25
OLG Stuttgart: Falsche Verdächtigung (absolutes Strafantragsdelikt) .....	25
BGH: Heimtückemord (Herbeiführung der Arglosigkeit des Opfers) .....	26
VerfGH Rh-Pf: Gebot parteipolitischer Neutralität (Äußerungen eines/r Ministerpräsidenten/in) .....	26
Hess VGH: Zustandshaftung (Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern) .....	27
BVerwG: Ruhestandsversetzung eines Beamten (Zulässigkeit der nachträglichen Änderung) .....	27
OVG NRW: Informationspflicht eines Eisenbahnunternehmens (Information der Fahrgäste über Verspätungen) .....	27

**Zivilrecht**

BGH:	Berufungsbegründungsfrist (Beginn nach versäumter Berufungsfrist bei PKH-Versagung).....	29
BFH:	Verstoß gegen zwingende Zustellungsvorschriften (Relevanz des tatsächlichen Zugangs).....	32

**Strafrecht**

OLG München/ OLG Stuttgart:	Urteilsübersetzung (keine Verpflichtung zur Urteilsübersetzung bei ausländischen Verurteilten).....	36
--------------------------------	--	----

**Öffentl. Recht**

OVG Lüneburg:	Vorbeugende Unterlassungsklage (besonderes Rechtsschutzbedürfnis).....	39
OVG Bautzen:	Betreibensaufforderung im Verwaltungsprozess (Anforderungen an Rücknahmefiktion).....	42

**Kurzauslese II**

OLG Karlsruhe:	Schriftformerfordernis (Schriftlichkeit).....	45
BAG:	Klageänderung (Unzulässigkeit in der Revisionsinstanz).....	45
BAG:	Urteil ohne Gründe (Aufhebung ohne Sachprüfung).....	45
BGH:	Berufungszurückweisung durch Beschluss (Erforderlichkeit der Wiedergabe des maßgeblichen Sachverhalts).....	46
LG Marburg:	Zustellung an Staatsanwaltschaft (maßgeblicher Zeitpunkt des Zugangs).....	46
OLG Karlsruhe:	Verständigung (Zulässigkeit der Berufungsbeschränkung).....	47
BGH:	Rechtsmittelverzicht (Wirksamkeit).....	47
BGH:	Revisionsbegründung (Unzulässigkeit bei „distanzierender“ Begründung).....	48
BGH:	Verzögerungsrüge (Unverzüglichkeit).....	48
BVerfG:	Verfassungsbeschwerde (Erforderlichkeit einer Anhörungsrüge).....	49
BGH:	Verwaltungsrechtsweg (Abtretung einer öffentlich-rechtlichen Forderung).....	49
OVG Lüneburg:	Zeugnisverweigerungsrecht (verwaltungsgerichtliches Verfahren).....	49
BGH:	Verwaltungsvollstreckungsverfahren (Durchbrechung des Formularzwangs).....	50

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	51
---	----

<b>Übersicht:</b>	Beiladung im Verwaltungsprozess.....	54
-------------------	--------------------------------------	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Zivilrecht.....	55
Assessorprüfung:	Strafrecht.....	57

## Aus der Gesetzgebung

### Die Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr

Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr v. 22.07.2014, In-Kraft-Treten am 29.07.2014 (BGBl I 2014, S. 1218)

#### I. Allgemeines

Im Jahr 2011 hat das Europäische Parlament eine Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr mit dem **Ziel, die Liquidität der Betriebe zu verbessern**, beschlossen. Die EU fordert die Mitgliedsstaaten dazu auf, strengere Gesetze in Bezug auf Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen sowie zwischen Unternehmen und öffentlichen Auftraggebern zu erlassen. Zum einen soll dadurch die **Vertragsfreiheit durch Höchstgrenzen für Zahlungs- und Abnahmefristen eingegrenzt** werden, zum anderen verlangt die EU die Zahlung höherer Verzugszinsen und Entschädigungszahlungen bei Zahlungsverzug.

#### II. Die Neuregelungen im Überblick

Auftraggeber und Auftragnehmer haben von jeher die Möglichkeit, individuelle Zahlungs- und Abnahmevereinbarungen zu treffen. Bisher sah das BGB für diese Vereinbarungen keine gesetzlich festgelegten Höchst-Zahlungsfristen vor; dies ändert sich nunmehr mit dem neuen Gesetz: Die **Regelungen der §271 und § 288 BGB wurden geändert**.

##### 1. Neue Zahlungsfristen

Öffentliche Stellen dürfen sich Zahlungsfristen von mehr als 30 Tagen zukünftig vertraglich nur noch dann einräumen lassen, wenn die Zahlungsfrist ausdrücklich vereinbart wurde und aufgrund von Besonderheiten des Vertrags sachlich gerechtfertigt ist. Zahlungsfristen von mehr als 60 Tagen können sich öffentliche Stellen nicht wirksam gewähren lassen (§ 271a Abs. 2 BGB n.F.).

Zwischen privaten Unternehmern kann auch eine längere Zahlungsfrist als 60 Tage vereinbart werden, wenn die Zahlungsfrist ausdrücklich vereinbart wurde, und die Vereinbarung für den Gläubiger nicht grob unbillig ist (§ 271a Abs. 1 BGB n.F.). Weiterhin stellt das Gesetz klar, dass auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr Zahlungsfristen von mehr als 30 Tagen in AGB den Gläubiger i. d. R. unangemessen benachteiligen und damit im Zweifel unwirksam sind (§ 308 Nr. 1a BGB n.F.).

##### 2. Neue Abnahmefristen

Handwerker und Auftraggeber können vereinbaren, dass die Handwerksleistung vor dem Bezahlen überprüft wird; die Abnahme muss aber innerhalb der Zahlungsfrist von 30 Tagen erfolgen.

##### 3. Neue Verzugsfolgen

Schließlich erhöht der Gesetzgeber den gesetzlichen Verzugszins im unternehmerischen Rechtsverkehr von 8 auf 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB. Darüber hinaus ist es nicht mehr zulässig, im Voraus auf Verzugszinsen zu verzichten.

Außerdem wird eine Pauschale von 40 EUR eingeführt, die der Gläubiger im Verzugsfall mindestens als Inkassokosten vom Schuldner verlangen kann. Darüber hinausgehende Kosten, etwa für die Einschaltung eines Rechtsanwalts, können wie bisher geltend gemacht werden.

## Brandaktuell

GG

### Verstoß gegen Willkürgebot

GG

Art. 3, 103

#### Rechtskenntnis des Gerichts nach mündlicher Verhandlung

(BVerfG in BeckRS 2014, 55616; Beschluss vom 28.07.2014 - 1 BvR 1925/13)

1. Berücksichtigt ein Gericht einschlägige Rechtsprechung mit der Begründung nicht, diese sei ihm erst nach der mündlichen Verhandlung bekannt geworden, so stellt dies einen Verstoß gegen das Willkürgebot dar.
2. Erkennt das Gericht seine Unzuständigkeit und entscheidet gleichwohl, so liegt hierin ein Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters.

**Fall:** Die Beschwerdeführerin wurde vor dem Amtsgericht auf Schadensersatz verklagt. Sie und die Klägerin sind zwei von drei Parteien einer Wohnungseigentümergeinschaft. Jeder Wohnung ist eine Garage zugeordnet. Anlässlich von Streitigkeiten besprühte die Beschwerdeführerin eine Garagendachverblendung mit Farbe, die sich sowohl über ihre eigene als auch über die Garagenzelle der Klägerin wölbt. Für Malerarbeiten zur Beseitigung dieser Farbauftragungen verlangte die Klägerin von der Beschwerdeführerin einen Betrag von 464,10 €. Die Beschwerdeführerin rügte u. a. die Unzuständigkeit der Zivilabteilung und bestritt den Anspruch dem Grunde und der Höhe nach.

Das Amtsgericht verurteilte die Beschwerdeführerin zur Zahlung des eingeklagten Betrages. Zur Begründung führte das Amtsgericht u. a. aus, erst im Anschluss an die mündliche Verhandlung sei ihm die Rechtsprechung bekannt geworden, nach der die tragenden Teile eines auf dem gemeinschaftlichen Grundstück errichteten Garagengebäudes zum gemeinschaftlichen Eigentum gehörten. Da zu diesem Zeitpunkt aber bereits streitig verhandelt worden sei, sei eine Abgabe an den wegen dieser Zuordnung zuständigen Spruchkörper, nämlich die Abteilung für Wohnungseigentumssachen, nicht mehr möglich gewesen.

#### I. Verstoß gegen das Willkürgebot

*„Eine Verletzung des Willkürverbots liegt vor, wenn die Rechtsanwendung oder das Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 80, 48 [51]; 83, 82 [84]; 86, 59 [63]). Dies ist der Fall, wenn die Entscheidung auf schweren Rechtsanwendungsfehlern wie der Nichtberücksichtigung einer offensichtlich einschlägigen Norm oder der krassen Missdeutung einer Norm beruht (vgl. BVerfGE 87, 273 [279]).“* (BVerfG aaO)

Das angegriffene Urteil verstößt nach Auffassung des BVerfG gegen Art. 3 I GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot.

*„Das Gericht hat § 5 II des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) als offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt. Diese Vorschrift regelt, dass tragende Teile eines Gebäudes nicht Gegenstand von Sondereigentum sein können; darunter fällt auch die Dachkonstruktion einer Garage, die im Sondereigentum steht. Der Schadensersatzanspruch hätte deshalb nur von der Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemacht werden können.“*

*Die hierfür gegebene Begründung des Amtsgerichts, dass es die Zuständigkeit der WEG-Abteilung erst nach der mündlichen Verhandlung erkannte und bis dahin in Unkenntnis der einschlägigen Rechtsprechung war, ist nicht nachvollziehbar. Die zu späte Verschaffung der erforderlichen Rechtskenntnisse berechtigt ein Gericht nicht, sehenden Auges falsche Entscheidungen zu treffen.“* (BVerfG aaO)

#### II. Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter

Zudem liegt ein offensichtlicher Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG vor).

*„[Es erfolgte] keine Abgabe an die nach Geschäftsverteilungsplan zuständige WEG-Abteilung des Amtsgerichts ...“* (BVerfG aaO).

#### III. Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

Nach Art. 103 I GG hat der Bürger Anspruch auf rechtliches Gehör.

*„Das Urteil verstößt gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG), da das Amtsgericht den Vortrag der Beschwerdeführerin, mit dem diese die Kostenhöhe bestritt, offensichtlich nicht zur Kenntnis nahm und bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigte.“* (BVerfG aaO).

**Entscheidungen materielles Recht**BGB  
§ 651**Abgrenzung Kaufvertrag - Werklieferungsvertrag**  
(Hersteller ist nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers)  
(BGH in NJW 2014, 2183; Urteil vom 02.04.2014 – VIII ZR 46/13)

ZivilR

1. Ein Vertrag, dem – ebenso wie im Versandhandel – eine **Bestellung aus einem Warenkatalog** des Anbieters zu Grunde liegt, ist aus der maßgeblichen Sicht des Bestellers ein Kaufvertrag und **kein Werklieferungsvertrag**, unabhängig davon, ob der Verkäufer die Ware vorrätig hat oder erst herstellen lassen muss.
2. Soweit der BGH in richtlinienkonformer Auslegung des § 439 I Alt. 2 BGB entschieden hat, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ neben dem **Ausbau und Abtransport** der mangelhaften Kaufsache auch den **Einbau der als Ersatz gelieferten Sache** erfasst, ist dies auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt und erstreckt sich **nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern** oder zwischen Verbrauchern.
3. Ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung sowohl der Aus- als auch der Einbaukosten besteht im geschäftlichen **Verkehr zwischen Unternehmern** nach § 437 Nr. 3, § 280 i.V.m. §§ 433 I 2, 434 BGB nur dann, wenn der Verkäufer seine Vertragspflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache verletzt und **dies zu vertreten** hat;
4. Beim Kaufvertrag ist der vom Verkäufer eingeschaltete **Hersteller** der Kaufsache **nicht Erfüllungsgehilfe** des Verkäufers; gleiches gilt gem. § 651 S. 1 BGB beim Werklieferungsvertrag, wenn der Lieferant einen Dritten mit der Bearbeitung der Sache betraut.

**Fall:** Der Kl. stellt in seiner Schreinerei Holzfenster mit einer Aluminiumverblendung her. Die Bekl. betreibt einen Fachgroßhandel für Baubedarf (Baubeschläge, Werkzeuge, Maschinen, Bauelemente, Holz, Glas, Farben, Tapeten und Teppichböden). Die Parteien stehen in laufender Geschäftsbeziehung miteinander. Im Jahr 2005 erhielt der Kl. einen Auftrag zur Lieferung und zum Einbau von Aluminium-Holz-Fenstern für den Neubau eines Wohnhauses der Familie Sch in S. (im Folgenden: Bauherren). Er bestellte bei der Bekl. die in einer Liste der Bekl. angebotenen, für die Herstellung der Aluminium-Außenschalen benötigten Profilleisten im Farbton RAL 9007 (grau-metallic). Die Bekl. beauftragte die Nebenintervenientin, die ein Pulverbeschichtungswerk betreibt, mit der Beschichtung der – von der Bekl. als Stangenware zur Verfügung gestellten – Profilleisten und lieferte die Halbzeuge an den Kl. Der Kl. fügte die von ihm zugeschnittenen Aluminium- Profile zu einem Rahmen zusammen und montierte sie auf die Holzfenster. Nach dem Einbau der Fenster rügten die Bauherren Lackabplatzungen an den Aluminium-Außenschalen gegenüber dem Kl. Ursache für die mangelnde Haftung der Beschichtung ist eine nicht fachgerechte Vorbehandlung der Profilleisten während des Beschichtungsprozesses seitens der Nebenintervenientin. Eine Nachbehandlung der Außenschalen an den eingebauten Fenstern ist nicht möglich. Der Architekt der Bauherren verlangte in deren Auftrag vom Kl. Mangelbeseitigung durch Erneuerung der Außenschalen an allen 19 Fenstern und schätzte die Kosten für den Austausch der Außenschalen, die dafür notwendige teilweise Entfernung und Wiederherstellung des Wärmedämmsystems, die Erneuerung des gesamten Putzes und weitere notwendige Arbeiten auf 43.209,46 Euro.

Der Kl. begehrt von der Bekl. Schadensersatzansprüchen i.H.v. 22.209,46 Euro nebst Zinsen, nachdem die Bekl. zwar eine Zahlung von 20.000,00 € erbracht, jedoch die Nacherfüllung endgültig verweigert hatte. Besteht ein solcher Anspruch?

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 22.209,46 € aus § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 i.V.m. §§ 433, 434, 439, 440 BGB haben.

**I. Vorliegen der Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung****1. Kaufvertrag**

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein Kaufvertrag abgeschlossen wurde. Allerdings könnte es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag über die Lieferung von Aluminium-Profilleisten im Farbton RAL 9007, auch um einen **Werklieferungsvertrag** i.S.d. § 651 BGB handeln.

Ein Kaufvertrag ist anzunehmen, wenn eine bereits vorhandene Sache verkauft wird, wohingegen bei einem Werklieferungsvertrag die zu liefernde Sache noch hergestellt oder erzeugt werden muss. Handelt es sich bei der Sache um eine vertretbare Sache,

so findet nach § 651 S. 1 BGB Kaufrecht Anwendung, ist die Sache hingegen unvertretbar, so gelten zahlreiche Vorschriften des Werkvertragsrechts.

Fraglich ist, wie der hier zwischen den Parteien geschlossene Vertrag auszulegen ist.

Vertragsgegenstand ist die Lieferung einer bestimmten Menge von Aluminium-Profileisten im Farbton RAL 9007, die von der Bekl. als Fachgroßhändlerin für den Baubedarf listenmäßig angeboten wird. Es handelt sich daher um **Standardware**.

*„[Die] Frage, ob die Ware von der Bekl. vorrätig gehalten wurde oder – von wem auch immer – erst noch herzustellen war, [ist] nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung geworden ist. Ein solcher Vertrag, dem – ebenso wie im Versandhandel – eine **Bestellung aus einem Warenkatalog** des Anbieters zu Grunde liegt, ist aus der maßgeblichen Sicht des Bestellers ein Kaufvertrag und **kein Werklieferungsvertrag**.*

*Ein Kaufvertrag liegt hier vor, weil die Bekl. als Fachgroßhändlerin für den Baubedarf ein **breites Spektrum von Baumaterialien** – von Baubeschlägen und Bauelementen über Werkzeuge und Maschinen bis hin zu Holz, Glas, Farben, Tapeten und Teppichböden – anbietet, die vom **Fachhandel typischerweise nicht selbst hergestellt** werden. Die Bekl. tritt – aus der maßgeblichen Sicht des Kunden – erkennbar als Zwischenhändlerin und nicht als Herstellerin der in ihren Preislisten angebotenen Standardprodukte auf. Das hat auch der Kl. bei der Bestellung so gesehen. Er hat in der mündlichen Verhandlung vor dem LG erklärt, ihm sei klar gewesen, dass er mit der Bekl. einen Fachhandel beauftragt gehabt habe. Er habe die für die Außenschalen benötigten Profile aus Preislisten der Bekl. heraussuchen lassen, in denen die Profile in einem bestimmten Farbton aufgelistet gewesen seien. Ihm sei damals nicht klar gewesen, wer die Beschichtung erstelle; darauf habe er keinen Einfluss gehabt.*

*Bei dieser Sachlage ist für die Vertragsauslegung des BerGer., die Bekl. selbst sei zur Herstellung der Beschichtung verpflichtet gewesen, rechtsfehlerhaft (§ 286 ZPO) und kein Raum für die darauf gestützte Annahme, es liege ein Werklieferungsvertrag vor. Vielmehr handelt es sich um einen **reinen Kaufvertrag**, der **nur eine Liefer- und keine Herstellungspflicht** der Bekl. zum Gegenstand hat. Ebenso wenig wie sich die Bekl. dazu verpflichtet hatte, die (rohen) Aluminiumprofile herzustellen, war sie zur Herstellung der Beschichtung verpflichtet. Ihre Verpflichtung beschränkte sich auf die **Lieferung von Profileisten im Standardfarbton RAL 9007**, unabhängig davon, ob diese bereits hergestellt worden waren und von der Bekl. vorrätig gehalten wurden oder ob sie erst noch – von wem auch immer – hergestellt werden mussten. Ob und von wem die farbigen Profileisten bereits hergestellt oder erst noch herzustellen waren, war für den Kunden nicht ersichtlich und auch dem Kl. unstreitig nicht bekannt. Eine Herstellung der beschichteten Aluminium-Profile durch die Bekl. ist daher nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung geworden. Eine derartige Verpflichtung kann deshalb nicht zur rechtlichen Einordnung des Vertrags herangezogen werden.“ (BGH aaO)*

## 2. Sachmangel

Hier liegt ein Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor, weil die Fenster im Hinblick auf das Abspringen der Farbe nicht die übliche Beschaffenheit aufweist.

## 3. bei Gefahrübergang

Dieser Sachmangel lag auch ohne weiteres schon bei der Übergabe der Profile, also bei Gefahrübergang nach § 446 BGB vor.

## II. Sachmängelrechte

Da die Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung vorliegen, kann der Kläger die in § 437 BGB vorgesehenen Sachmängelrechte geltend machen.

*„Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. festgestellt, dass die von der Bekl. gelieferten Aluminium-Profileisten **wegen fehlerhafter Vorbehandlung** bei der farbigen Beschichtung **mangelhaft** waren (§ 434 I BGB), eine Nachbesserung der mangelhaften Aluminium-Außenschalen nicht möglich ist und die Bekl. deshalb zur **Nacherfüllung durch Ersatzlieferung mangelfreier Profileisten** verpflichtet war (§ 439 I BGB).*

*Das ist im Revisionsverfahren ebenso wenig im Streit wie die tatrichterliche Würdigung des BerGer., dass die Bekl. die **Nacherfüllung endgültig verweigert** hat und die **Nacherfüllung dem Kl. auch unzumutbar** war (§ 440 BGB).*

*Damit steht dem Kl. ein Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung insoweit** zu, als die Bekl. ihre Verkäuferpflicht zur Nacherfüllung schuldhaft verletzt hat (§ 437 Nr. 3, §§ 280, 281, 439, 440 BGB; vgl. BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 = NZBau 2013, 104 Rn. 12).“ (BGH aaO)*

## III. Umfang des Schadensersatzanspruchs

Fraglich ist jedoch, welche Schadensposten von diesem Anspruch umfasst sind.

## 1. Ersatzbeschaffung

Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen des Ausbleibens der Nachlieferung entsprechenden Profilleisten ist auf die Erstattung der Kosten für einen **Deckungskauf** gerichtet.

*„Derartige Kosten macht der Kl. mit vorliegender Klage aber nicht geltend. Es ist weder vom Kl. vorgetragen noch vom BerGer. festgestellt worden, welche Kosten dem Kl. durch eine nochmalige Beschaffung der Profilleisten entstanden sind oder entstehen würden. Soweit die Revisionsrweiterung auf das Angebot des Kl. vom 19.06.2008 verweist und geltend macht, die Kosten eines anderweitigen Einkaufs beliefen sich auf 6580 Euro, handelt es sich um ein zur Schätzung der Höhe der Aus- und Einbaukosten erstelltes, fiktives Angebot des Kl. an die Bauherren, das nichts darüber aussagt, zu welchem Preis der Kl. selbst die Profilleisten zu beziehen hätte. Selbst wenn man den Betrag von 6580 Euro als Kosten für einen erforderlichen Deckungskauf zu Grunde legen wollte, wären diese Kosten bereits durch die nach den Feststellungen des BerGer. unstrittig als Teilerfüllung geleistete Zahlung der Bekl. i.H.v. 20.000 Euro abgegolten.“ (BGH aaO)*

## 2. Ersatz der Aus- und Einbaukosten

### a) Erstreckung des Schadensersatzanspruchs wegen Verweigerung der Nacherfüllung auf diese Kosten

Die Aus- und Einbaukosten könnten von dem Schadensersatzanspruch wegen der Verweigerung der Nacherfüllung mitumfasst sein.

*„[Es] besteht kein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verweigerung der Nacherfüllung und den Aus- und Einbaukosten. Diese Kosten wären auch entstanden, wenn die Bekl. durch Ersatzlieferung mangelfreier Profilleisten ordnungsgemäß nacherfüllt hätte.“ (BGH aaO)*

### b) verschuldensunabhängiger Nebenanspruch des Nacherfüllungsanspruchs

Allerdings könnten die Aus- und Einbaukosten von dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen verweigerter, fehlgeschlagener oder unzumutbarer Nacherfüllung als „verschuldensunabhängiger“ Folgeanspruch des Nachbesserungs- und Erfüllungsanspruchs (§ 439 BGB) mitumfasst sein.

*„Der Ausbau der mangelhaften Außenschalen wird – ebenso wie der erneute Einbau mangelfreier Außenschalen – bei dem hier vorliegenden Kaufvertrag zwischen Unternehmern entgegen der Auffassung des BerGer. Von dem Nacherfüllungsanspruch auf Ersatzlieferung (§ 439 I Alt. 2 BGB) nicht umfasst. Der Senat hat entschieden, dass die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I Alt. 2 BGB, nach der die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst, auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt ist und sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern erstreckt (Senat, BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 = NZBau 2013, 104 Rn. 16 ff.). Daher umfasst auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen verweigerter Ersatzlieferung nicht die Aus- und Einbaukosten.“ (BGH aaO)*

### c) Schadensersatz wegen Verletzung der Vertragspflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache

Der Bekl. hat jedoch nicht nur seine Nacherfüllungspflicht verletzt, sondern auch seine vertragliche Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache.

*„Ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung sowohl der Aus- als auch der Einbaukosten besteht im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern nur dann, wenn der Verkäufer seine Vertragspflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache verletzt und dies zu vertreten hat (§ 437 Nr. 3, § 280 i.V.m. §§ 433 I 2, 434 BGB; Senat, BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 = NZBau 2013, 104 Rn. 11).“ (BGH aaO)*

Das Vertretenmüssen der Bekl. wird nach § 280 I 2 BGB vermutet. Der Bekl. könnte jedoch der Nachweis gelingen, dass sie diesen Mangel nicht zu vertreten hat.

#### aa) eigenes Verschulden der Bekl., § 276 I BGB

Der Anspruch des Kl. ist somit davon abhängig, ob die Bekl. den Mangel der Profilleisten

*„Eigenes Verschulden ist der Bekl. unstrittig nicht anzulasten, weil die mangelhafte Beschichtung der Profilleisten vor dem Einbau der Aluminium Außenschalen für die Bekl. ebenso wenig erkennbar war wie für den Kl.“ (BGH aaO)*

**bb) Haftung für fremdes Verschulden, § 278 BGB**

Allerdings würde die Bekl. für ein Verschulden der Nebenintervenientin haften, wenn diese als ihre Erfüllungsgehilfin i.S.d. § 278 BGB anzusehen wäre.

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist der **Vorlieferant des Verkäufers nicht dessen Gehilfe bei der Erfüllung der Verkäuferpflichten** gegenüber dem Käufer; ebenso ist auch der Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers, der die Sache an seine Kunden verkauft (Senat, BGHZ 48, 118 [121 f.] = NJW 1967, 1903; BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rn. 29; Senat, NJW 2009, 1660 Rn. 11; BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674 = NZBau 2009, 715 = NZM 2009, 619 Rn. 19; auch BGH, Urt. v. 22.02.1962 – VII ZR 205/60, BeckRS 1962, 31189816; NJW 1978, 1157).“ (BGH aaO)*

Hieran würde sich auch nichts ändern, wenn es sich – wie das BerGer. Angenommen hat, um einen Werklieferungsvertrag handeln würde, denn auch auf einen Werklieferungsvertrag findet Kaufrecht Anwendung (§ 651 S. 1 BGB). Der Werklieferungsvertrag ist auch nach § 651 S. 1 BGB nicht dem Werkvertrag gleichzustellen.

*„Der Senat hat bereits vor der Schuldrechtsreform den Grundsatz, dass sich der Verkäufer seines Vorlieferanten nicht als Erfüllungsgehilfen bedient, entsprechend gelten lassen, wenn der Werklieferer einer vertretbaren Sache diese durch einen Dritten hatte bearbeiten lassen (Senat, BGHZ 48, 118 = NJW 1967, 1903). Nach der durch die Schuldrechtsreform vollzogenen gesetzlichen Gleichstellung des Werklieferungsvertrags mit dem Kaufvertrag (§ 651 S. 1 BGB) gilt dies erst recht.“ (BGH aaO)*

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass es für die Verschuldenszurechnung eines Dritten nicht darauf ankommt, ob es sich bei dem zu Grunde liegenden Vertrag um einen Werkvertrag oder um einen Werklieferungsvertrag handelt, weil den Werklieferer ebenfalls eine Pflicht zur Herstellung der Sache treffe. Insofern sind Dritte, soweit sie zur Herstellung notwendige Leistungen erbringen eben nicht als Erfüllungsgehilfen anzusehen.

*„[Denn] dem steht die gesetzliche Regelung des § 651 BGB entgegen, die für den **Werklieferungsvertrag** nicht auf das Werkvertragsrecht, sondern – anders als vor der Schuldrechtsreform – **uneingeschränkt auf das Kaufrecht verweist**. Grund dafür ist die mit der Einführung des kaufrechtlichen Nachbesserungsanspruchs vollzogene Angleichung der Haftung für Sachmängel beim Werkvertrag und beim Kaufvertrag, die das Bedürfnis nach einem gesonderten Typus des Werklieferungsvertrags entfallen lässt und es rechtfertigt, auch Verträge mit einer Herstellungsverpflichtung dem Kaufrecht zu unterstellen (BT-Drs. 14/6040, 268).“ (BGH aaO)*

**d) Anspruch aus Regresshaftung**

*„Schließlich steht dem Kl., wie das BerGer. im Ergebnis richtig gesehen hat, auch **kein Anspruch** gegen die Bekl. aus der Bestimmung über den Regress beim Verbrauchsgüterkauf zu (§ 478 II BGB). Denn der **Vertrag zwischen den Bauherren und dem Kl.** über die Herstellung und den Einbau von Holz-Aluminium-Fenstern in den Einfamilienhaus-Neubau der Bauherren ist nicht, wie die Revision meint, ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag mit Montageverpflichtung, sondern ein **Werkvertrag** (vgl. BGH, NJW 2013, 1528 = NZBau 2013, 430 Rn. 1, 8 ff. und Urt. v. 24.09.1962 – VII ZR 52/61, BeckRS 1962, 31185414, jeweils zu einem VOB-Vertrag über den Einbau von Türen und Fenstern; vgl. auch Senat, Beschl. v. 16.04.2013 – VIII ZR 375/11, BeckRS 2013, 15325; BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 = NZBau 2013, 104 Rn. 11 ff. zur Lieferung und Verlegung von Parkettstäben).“ (BGH aaO)*

**IV. Ergebnis**

Dem Kl. steht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der von der Bekl. gelieferten, von der Nebenintervenientin fehlerhaft beschichteten Aluminium-Profile nicht zu, weil die Bekl. den Mangel nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB).

(BGH in NJW 2014, 2106; Urteil vom 25.02.2014 – VI ZR 144/13)

1. Führt eine übermäßige Überspannung zu Schäden an üblichen Verbrauchsgeräten, liegt ein Fehler des Produkts Elektrizität vor.
2. Nimmt der Betreiber des Stromnetzes Transformationen auf eine andere Spannungsebene – hier in die so genannte Niederspannung für die Netzanschlüsse von Letztverbrauchern – vor, ist er Hersteller des Produkts Elektrizität.
3. In diesem Fall ist das Produkt Elektrizität erst mit der Lieferung des Netzbetreibers über den Netzanschluss an den Anschlussnutzer in den Verkehr gebracht.

## A. Grundlagenwissen: Produkthaftung

Diese Haftung ist ein besonderer Anwendungsfall der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht. Der Produkthaftung liegt der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der mangelhafte oder gefährliche Produkte herstellt oder importiert oder sie anderen überlässt, verpflichtet ist, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um Personen- und Sachschäden Dritter infolge der Mangelhaftigkeit oder der Gefährlichkeit des Produktes zu verhindern.

Hierbei müssen folgende **Anspruchsvoraussetzungen** vorliegen:

### I. Produkt i.S.d. § 2 ProdHaftG (vgl. Gesetzestext)

### II. Hersteller i.S.d. § 4 ProdHaftG

1. **Hersteller** (§ 4 I 1) ist, wer das Endprodukt oder wer als Zulieferer einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat.
2. **Quasi-Hersteller** (§ 4 I 2) ist wer sich als Hersteller eines Produkts durch Namensanbringung ausgibt
3. **Importeur** (§ 4 II) ist, wer ein Produkt zum Zwecke des Vertriebs im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit in den EG-Bereich einführt (verkauft, vermietet, verleast).
4. **Lieferant** (§ 4 III) gilt der Lieferant als Hersteller, wenn der (Quasi-) Hersteller - bzw. bei importierten Produkten der Importeur nicht festgestellt werden kann.

### III. Fehlerhaftigkeit i.S.d. § 3 ProdHaftG

Ein Fehler liegt vor, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die berechtigterweise erwartet werden kann. Maßgebender Zeitpunkt ist der des Inverkehrbringens.

### IV. Verletzung eines der in § 1 I ProdHaftG genannten Güter

Reine Vermögensschäden und immaterielle Schäden werden nicht ersetzt. Zu den geschützten Gütern gehören:

1. Tötung eines Menschen
2. Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen
3. Beschädigung einer anderen für den privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmten und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendeten Sache, § 1 I 2 ProdHaftG. Es muss also eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt selbst beschädigt sein. Für den weiterfressenden Mangel wird nach dem ProdHaftG nicht gehaftet.

### V. Verantwortlichkeit

Der Hersteller ist für die eingetretenen Schäden unabhängig von einem Verschulden verantwortlich, da es sich bei der Produkthaftung um einen Fall der Gefährdungshaftung handelt.

### VI. Haftungsausschluss

Allerdings sieht § 1 II ProdHaftG einige Haftungsausschlüsse vor (vgl. Gesetzestext).

## B. Produkthaftung für Überspannungsschäden (vgl. BGH in NJW 2014, 2106)

**Fall:** Der Kl. macht gegen die Bekl. Schadensersatz wegen eines Überspannungsschadens geltend. Die Bekl. ist Betreiberin eines kommunalen Stromnetzes und stellt dieses den Stromproduzenten (Einspeisern) und Abnehmern zur Verfügung. Dazu transformiert sie den Strom auf eine andere Spannungsebene (Niederspannung). Der Kl. ist mit seinem Haus an das Niederspannungsnetz der Bekl. angeschlossen. Am 06.05.2009 gab es eine Störung der Stromversorgung im Wohnviertel des Kl. Nach einem Stromausfall trat in seinem Hausnetz eine Überspannung auf, durch die mehrere Elektrogeräte und die Heizung beschädigt wurden. Die Ursache für die Überspannung lag in der Unterbrechung von zwei so genannten PEN-Leitern (PEN = protective earth neutral) in der Nähe des Hauses des Kl., über die sein Haus mit der Erdungsanlage verbunden war.

Hat der Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz?

### I. Vorliegen eines Produktes

Nach § 2 ProdHaftG ist neben beweglichen Sachen auch Elektrizität ein Produkt im Sinne des Produkthaftungsgesetzes.

### II. Fehlerhaftigkeit des Produktes i.S.d. § 3 ProdHaftG

Weiter kommt es darauf an, ob das Produkt, hier also der Strom, fehlerhaft nach § 3 ProdHaftG war. Ein Produkt hat nach § 3 I ProdHaftG einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigterweise erwartet werden kann.

*„Abzustellen ist dabei nicht auf die subjektive Sicherheitserwartung des jeweiligen Benutzers, sondern **objektiv** darauf, ob das **Produkt diejenige Sicherheit** bietet, die die in dem entsprechenden Bereich **herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich** hält (vgl. BGH, BGHZ 181, 253 = NJW 2009, 2952 Rn. 12 m.w.N.; NJW 2009, 1669 = VersR 2009, 649 Rn. 6; NJW 2013, 1302 = VersR 2013, 469 Rn. 12). Die nach § 3 I ProdHaftG maßgeblichen Sicherheitserwartungen beurteilen sich grundsätzlich nach denselben objektiven Maßstäben wie die Verkehrspflichten des Herstellers im Rahmen der deliktischen Haftung gem. § 823 I BGB (vgl. Senat, NJW 2009, 2952 m.w.N.). Dabei kann die Beachtung **gesetzlicher Sicherheitsvorschriften** oder die **Befolgung technischer Normen**, wie zum Beispiel DIN-Normen oder sonstiger technischer Standards, von Bedeutung sein, wobei dies allerdings nicht bedeutet, dass ein Produkt bei Befolgung solcher Normen immer als fehlerfrei angesehen werden müsste (vgl. BT-Drs. 11/2447, 19; Kullmann in Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler, Produzentenhaftung, Kza 3604 II 3 b bb [Stand Juni 2010]; Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., § 3 ProdHaftG Rn. 4; zu Verkehrssicherungspflichten Senat, NJW 2008, 3778 = VersR 2008, 1551 Rn. 16 m.w.N.).“* (BGH aaO)

Solche sicherheitstechnische Vorgaben sind in der **Niederspannungsanschlussverordnung** vom 01.11.2006 ( NAV, BGBl. I 2010, 2477, zuletzt geändert durch Art. 4 der Verordnung vom 03.09.2010, BGBl. I 2006, 1261) enthalten.

*„[Sie] **konkretisiert** in ihrem Anwendungsbereich die berechtigten Sicherheitserwartungen an das Produkt Elektrizität. Gemäß § 16 III NAV hat der Netzbetreiber **Spannung und Frequenz möglichst gleichbleibend** zu halten; allgemein übliche Verbrauchsgeräte und Stromerzeugungsanlagen müssen einwandfrei betrieben werden können (s. auch Ahnis/de Wyl, IR 2007, 77 [80]; zu Spannung und Frequenz § 7 NAV, § 5 I Stromgrundversorgungsverordnung – StromGVV).*

*Danach liegt ein Verstoß gegen die berechtigten Sicherheitserwartungen in das Produkt Elektrizität jedenfalls dann vor, wenn eine **Überspannung** wie im Streitfall zu **Schäden an üblichen Verbrauchsgeräten** führt (vgl. Ahnis/de Wyl, IR 2007, 77 [80]; Hartmann in Danner/Theobald, Energierrecht, IV, § 16 NAV Rn. 9 f. [Stand Jan. 2007]; de Wyl/Eder/Hartmann, Netzanschluss- und Grundversorgungsverordnungen, 2008, § 16 NAV Rn. 3). In diesem Fall ist der **Bereich der Spannungsschwankungen, mit denen der Verkehr rechnen muss, nicht mehr eingehalten**. Es wird allgemein angenommen, dass zumindest bei übermäßigen Frequenz- oder Spannungsschwankungen eine Haftung nach § 1 ProdHaftG ausgelöst werden kann (vgl. v. Westphalen in Foerste/v. Westphalen, Produkthaftungs-HdB, 3. Aufl., § 47 Rn. 26; Lenz in Lenz, Produkthaftung, 2014, § 3 Rn. 299; Lorenz, ZHR 151 [1987], 1 [18]; Kullmann in Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler, Kza 3603 II 1 [Stand Sept. 2008] und ders., ProdHaftG, 6. Aufl., § 2 Rn. 5; Mayer, VersR 1990, 691 [697]; MüKo-BGB/Wagner, 6. Aufl., § 2 ProdHaftG Rn. 3; Palandt/Sprau, § 2 ProdHaftG Rn. 1 aE; Staudinger/Oechsler, § 2 ProdHaftG Rn. 45; Unberath/Fricke, NJW 2007, 3601 [3604]).“* (BGH aaO)

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Auslegung des Niederspannungsnetzes der Bekl. dem Stand der Technik sowie der geübten Praxis in vielen deutschen Verteilungsnetzen entsprochen und die Anforderungen an die ausreichende Versorgungsqualität erfüllt habe.

*„Denn abzustellen ist bei der **verschuldensunabhängigen Haftung** nach dem Produkthaftungsgesetz allein auf den Fehler des Produkts, nicht hingegen darauf, ob und gegebenenfalls welche Fehler dem Produktionsvorgang selbst oder den diesem nachfolgenden Prozessen anhafteten. Im Streitfall war das Produkt Elektrizität fehlerhaft, weil – wegen der Unterbrechung der beiden PEN-Leiter – eine übermäßige Überspannung auftrat.“* (BGH aaO)

### III. Hersteller i.S.d. § 4 ProdHaftG

Des Weiteren müsste die Bekl. als Herstellerin anzusehen sein. Nach § 4 I 1 ProdHaftG ist Hersteller, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat. § 4 I 1 ProdHaftG definiert hierbei weder den Begriff des Herstellens noch den Begriff des Herstellers direkt, sondern regelt nur, wer dem Herstellerkreis haftungsrechtlich zugeordnet ist. Auch die Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.07.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ABl. 1985 L 210, 29, zuletzt geändert durch Art. 1 der RL 1999/34/EG v. 10.05.1999, ABl. 1999 L 141, 20) macht hierzu in Art. 3 I keine weitergehende Aussage.

#### 1. Vorgaben zur richtlinienkonformen Auslegung

*„Wer im Einzelfall Hersteller des Produkts Elektrizität ist, ist im Wege einer **richtlinienkonformen Auslegung** des § 4 I 1 ProdHaftG zu ermitteln (vgl. EuGH, Slg. 1997, I-2649 = BeckRS 2004, 76148 Rn. 38; Lenz, § 3 Rn. 277; Staudinger/Oechsler, Einl. zum ProdHaftG Rn. 43 ff.). Die Auslegung muss sich so weit wie möglich am **Wortlaut und Zweck der Richtlinie** ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (vgl. BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 Rn. 19; BGHZ 192, 148 = NJW 2012, 1073 Rn. 24 m.w.N). In diesem Zusammenhang ist im Streitfall insbesondere zu berücksichtigen, dass die RL 85/374/EWG unter anderem das Ziel verfolgt, den **Schutz der Verbraucher** zu gewährleisten (vgl. EuGH, VersRAI 2012, 34 = BeckRS 2011, 81941 Rn. 22, 31 – Dutrueux).“ (BGH aaO)*

Bei der Auslegung des Herstellerbegriffs ist der enge Zusammenhang zu dem Produktbegriff des § 2 ProdHaftG zu berücksichtigen (vgl. Staudinger/Oechsler, § 4 ProdHaftG Rn. 12; v. Westphalen in Foerste/v. Westphalen, § 49 Rn. 3).

*„Der **Herstellerbegriff** setzt danach grundsätzlich das **„Erzeugen eines Produkts“** i.S.d. § 2 ProdHaftG voraus (vgl. Kullmann in Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler, Kza 3605 I 2 b [Stand Juni 2009]). Nach der Begründung des Richtlinienvorschlags vom 09.09.1976 sind mit dem Begriff des Herstellers **alle Personen** gemeint, die **in eigener Verantwortung an dem Prozess der Herstellung des Produkts beteiligt** waren (vgl. Bulletin der EG, Beilage 11/76, Erl. zu Art. 2 Nr. 7 = BT-Drs. 7/5812, 7 zu Art. 2 Buchst. a). In diesem Sinne wird auch im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie ausgeführt, dass es der Schutz des Verbrauchers erfordert, dass alle am Produktionsprozess Beteiligten haften, wenn das Endprodukt oder der von ihnen gelieferte Bestandteil oder Grundstoff fehlerhaft ist (vgl. EuGH, Slg. 2011, I-14174 = BeckRS 2011, 81941 Rn. 23 – Dutrueux; Taschner/Frietsch, § 4 Rn. 3f.).“ (BGH aaO)*

Hersteller ist demnach jeder, **in dessen Organisationsbereich das Produkt entstanden** ist (vgl. Brüggemeier/Reich, WM 1986, 149 [151] = BeckRS 1985, 05882; MüKo-BGB/Wagner, § 4 ProdHaftG Rn. 6; Schaub in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl., § 4 ProdHaftG Rn. 2; Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl., § 4 ProdHaftG Rn. 3; s. auch OLG Düsseldorf, IHR 2012, 197 [201]; Staudinger/Oechsler, § 4 ProdHaftG Rn. 10).

*„Der Umkehrschluss aus der Lieferantenhaftung nach § 4 III ProdHaftG ergibt, dass die Herstellung vom **Produktvertrieb** bzw. **Produkthandel** abzugrenzen ist (Staudinger/Oechsler, § 4 ProdHaftG Rn. 8). Für die Abgrenzung ist entscheidend, ob in die Produktgestaltung oder in eine wesentliche Produkteigenschaft eingegriffen wird oder ob eine im Vergleich mit dem Herstellungsprozess nur unerhebliche Manipulation am Produkt erfolgt (Staudinger/Oechsler, § 4 ProdHaftG Rn. 37; Taschner/Frietsch, § 4 Rn. 23; MüKo-BGB/Wagner, § 4 ProdHaftG Rn. 12; s. auch die Beispiele bei Kullmann in Kullmann/Pfister/Stöhr/Spindler, Kza 3605 II 1 b [Stand: Sept. 2008]; ders., ProdHaftG, 6. Aufl., § 4 Rn. 16 ff.). Dabei kommt es insbesondere auf die **sicherheitsrelevanten Eigenschaften des Produkts** an (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 458; MüKo-BGB/Wagner, § 4 ProdHaftG Rn. 7, 12). Es kommt hingegen nicht darauf an, ob der Hersteller zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts feststellbar war oder nicht. Dieser Gesichtspunkt kann allein für die Frage von Bedeutung sein, ob ein Lieferant gem. § 4 III ProdHaftG wie ein Hersteller haftet (Senat, NJW 2005, 2695 = VersR 2005, 1297 [1298]).“ (BGH aaO)*

#### 2. Anwendung auf den Fall

Nach diesen Grundsätzen müsste die Bekl. als Herstellerin des Produkts Elektrizität anzusehen sein. Sie nimmt als Betreiberin des Stromnetzes in W. Transformationen auf eine andere Spannungsebene, nämlich die so genannte Niederspannung für die Netzanschlüsse von Letztverbrauchern, vornimmt.

*„In diesem Fall wird – anders als bei einem reinen Lieferungs- oder Weiterverteilungsunternehmen – die **Eigenschaft des Produkts Elektrizität** durch den Betreiber des Stromnetzes **in entscheidender Weise verändert**, weil es nur nach der Transformation für den Letztverbraucher mit den üblichen Verbrauchsgeräten nutzbar ist. Folgerichtig wird auch im Schrifttum angenommen, dass in einem solchen*

Fall der „Lieferant“ der Elektrizität mit der von ihm geänderten Eigenschaft als Hersteller anzusehen ist (vgl. MüKo-BGB/Wagner, § 4 ProdHaftG Rn. 12; Klein, BB 1991, 917 [921]; Schweers, Vertragsbeziehungen und Haftung im novellierten Energiewirtschaftsrecht, 2001, 141; Unberath/Fricke, NJW 2007, 3601 [3605]; für eine – regelmäßig gegebene – Haftung nach § 4 III ProdHaftG Witzstrock, VersR 2002, 1457 [1460]).“ (BGH aaO)

Die Bekl. ist daher als Herstellerin des fehlerhaften Produkts anzusehen.

#### IV. Verletzung eines der in § 1 I ProdHaftG genannten Güter

Da reine Vermögensschäden und immaterielle Schäden nicht ersetzt werden, müsste eines der von § 1 I ProdHaftG geschützten Gütern verletzt worden sein.

Hier ist die Beschädigung einer anderen für den privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmten und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendeten Sache, § 1 I 2 ProdHaftG erfolgt indem die Elektrogeräte und die Heizungsanlage beschädigt wurden

#### V. Haftungsausschluss

Fraglich ist, ob hier nicht der Haftungsausschluss nach § 1 II Nr. 2 ProdHaftG greift.

Nach § 1 II Nr. 2 ProdHaftG ist die Ersatzpflicht des Herstellers ausgeschlossen, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Produkt den Fehler, der den Schaden verursacht hat, noch nicht hatte, als der Hersteller es in den Verkehr brachte. Wäre davon auszugehen, dass der Strom bereits mit der Einspeisung in das Niederspannungsnetz in den Verkehr gebracht worden ist und nicht erst mit der Belieferung des Kl. über den Netzanschluss, dann könnte diese Vorschrift greifen.

„Der Begriff des **Inverkehrbringens**, den die Richtlinie nicht definiert, ist unter Berücksichtigung der Zielsetzung der Richtlinie und des mit ihr verfolgten Zwecks auszulegen. Die Fälle, in denen der Hersteller sich von seiner Haftung befreien kann (Art. 7 der Richtlinie), sind dabei im Interesse der durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigten eng auszulegen (vgl. EuGH, NJW 2001, 2781 Rn. 14 f. – Veedefald; Slg. 2006, I-1330 = NJW 2006, 825 Rn. 23 ff. – O’Byrne).

Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt ein Inverkehrbringen voraus, dass das Produkt den vom Hersteller eingerichteten Prozess der Herstellung verlassen hat und in einen **Prozess der Vermarktung eingetreten** ist, in dem es in ge- oder verbrauchsfertigem Zustand öffentlich angeboten wird (vgl. EuGH, Slg. 2006, I-1330 = NJW 2006, 825 – O’Byrne, zu Art. 11 der Richtlinie; Katzenmeier in Dauner-Lieb/Langen, BGB, 2. Aufl., § 1 ProdHaftG Rn. 17; MüKo-BGB/Wagner, § 1 ProdHaftG Rn. 24 ff.; Staudinger/Oechsler, § 1 ProdHaftG Rn. 44 ff.). Die amtliche Begründung zu § 1 ProdHaftG führt dazu aus, ein Produkt sei **gewöhnlich in den Verkehr** gebracht, wenn es **in die Verteilungskette** gegeben worden sei, also wenn der Hersteller es auf Grund seines Willensentschlusses einer anderen Person außerhalb seiner Herstellersphäre übergeben habe (BT-Drs. 11/2447, 14). Diese Ansicht wird jedenfalls hinsichtlich des Endherstellers geteilt, weil aus seiner Perspektive ein Inverkehrbringen nur die Abgabe an den Handel oder an den Endverbraucher sein könne (Schmidt-Salzer, Art. 7 Rn. 15; vgl. auch § 6 OstProdHaftG, wonach ein Produkt in den Verkehr gebracht ist, sobald es der Unternehmer einem anderen in dessen Verfügungsmacht oder zu dessen Gebrauch übergeben hat).

Im Hinblick darauf liegt ein **Inverkehrbringen des Produkts Elektrizität** erst mit der Lieferung des von dem Netzbetreiber übergabefähig transformierten Stroms über den Netzanschluss **an den Anschlussnutzer** vor (vgl. Katzenmeier in Dauner-Lieb/Langen, § 1 ProdHaftG Rn. 17; Klein, BB 1991, 917 [923]; ders., Die Haftung der Versorgungsunternehmen für Störungen in der Versorgungszufuhr, 1988, 245, 250 f.; Schweers, Vertragsbeziehungen und Haftung im novellierten Energiewirtschaftsrecht, 2001, 142). Denn aus der Niederspannungsanschlussverordnung ergibt sich, dass der **Netzbetreiber gerade für die Stromqualität am Netzanschluss verantwortlich** ist. Die Nutzung durch den Letztverbraucher mit den üblichen Verbrauchsgeschäften beginnt mithin beim Netzanschluss und setzt einen fehlerfreien Strom zum Zeitpunkt der Entnahme des Stroms aus dem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung voraus.“ (BGH aaO)

Der Haftungsausschluss greift daher im vorliegenden Fall nicht.

#### VI. Ergebnis

Der Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz nach dem Produkthaftungsgesetz für den Schaden an den beschädigten Elektrogeräten.

(BGH in NJW 2014, 2595; Urteil vom 05.03.2014 – 2 StR 616/12)

1. Ist eine Internetseite so gestaltet, dass die **Kostenpflichtigkeit einer auf dieser Seite angebotenen Leistung** (hier: Zugang zu einem sog. Routenplaner) **gezielt verschleiert** wird, kann darin eine **Täuschungshandlung** i. S. des § 263 I StGB liegen.
2. Der Bejahung einer Täuschungsabsicht **steht nicht entgegen, dass ein Hinweis auf die Entgeltlichkeit bei sorgfältiger, vollständiger und kritischer Prüfung zu erkennen** ist, denn die Leichtgläubigkeit des Opfers oder die Erkennbarkeit einer auf die Herbeiführung eines Irrtums gerichteten Täuschungshandlung lassen weder die Täuschungsabsicht entfallen noch schließen sie eine irrumsbedingte Fehlvorstellung aus.

**Fall:** Der Angekl. betrieb im Internet einen Routenplaner. Diese Internetseite, für deren Gestaltung der Angekl. verantwortlich war, war dergestalt aufgebaut, dass bei ihrem Aufruf zunächst eine Startseite erschien, auf der von dem Nutzer verschiedene Angaben zum Stand- und Zielort zu machen waren. Auf der Startseite befand sich in Fettdruck auch ein Hinweis auf ein Gewinnspiel. Eine Information darüber, dass für die Nutzung des Routenplaners ein Entgelt zu zahlen war, enthielt die Startseite nicht. Die Inanspruchnahme des Routenplaners setzte voraus, dass der Nutzer zuvor seinen Vor- und Zunamen nebst Anschrift und E-Mail-Adresse sowie sein Geburtsdatum eingab. Aufgrund der vom Angeklagten gezielt vorgenommenen Gestaltung der Seite war für flüchtige Leser nur schwer erkennbar, dass es sich um ein kostenpflichtiges Angebot handelte. Die Betätigung der Schaltfläche „Route berechnen“ führte zu einem am unteren Seitenrand klein abgedruckten Hinweis am Ende eines mehrzeiligen Texts auf den erfolgten Abschluss eines kostenpflichtigen dreimonatigen Abonnements des benutzten Routenplaners.

In Abhängigkeit von der Größe des Monitors und der verwendeten Bildschirmauflösung endete der sichtbare Teil der Internetseite unmittelbar nach der Schaltfläche „ROUTE PLANEN“, so dass der Hinweis auf das zu zahlende Entgelt auf den ersten Blick nicht wahrzunehmen und erst nach vorherigem „Scrollen“ sichtbar war. Das zu zahlende Entgelt i. H. v. 59,95 Euro war auch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgeführt, die über den Link „AGB und Verbraucherinformation“ aufrufbar waren und von dem Nutzer akzeptiert werden mussten.

Nach Ablauf der Widerrufsfrist erhielten die Nutzer zunächst eine Zahlungsaufforderung. An diejenigen, die nicht gezahlt hatten, erinnerte der Angekl. daran zu zahlen.

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

I. Dann müsste der Angekl. den **Vorsatz** gehabt haben, die Nutzer der Internetseite „www.routenplaner-server.com“ **über die Kostenpflichtigkeit der angebotenen Leistung zu täuschen**.

1. Eine **Täuschungshandlung** i. S. des § 263 StGB ist jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Dabei kann die Täuschung nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erfolgen (vgl. BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NStZ 2001, 430).
2. Auf eine solche Täuschungshandlung richtete sich der **Vorsatz** des Angekl.

*„Der Internetseite und den AGB war zwar bei genauer Lektüre zu entnehmen, dass die Inanspruchnahme des Routenplaners zum Abschluss eines Abonnementvertrags führte und zur Zahlung eines Entgelts i. H. v. 59,95 Euro verpflichtete. Die Strafkammer hat den Vorsatz aber ohne Rechtsfehler daraus abgeleitet, dass der Angekl. durch den gewählten Aufbau der Internetseite die **Kostenpflichtigkeit der angebotenen Leistung verschleiert** hat, indem er den Hinweis auf das anfallende Nutzungsentgelt an einer Stelle platziert hat, an der mit einem solchen Hinweis nicht zu rechnen war. Der Hinweis war nicht – wie insbesondere bei Leistungen zu erwarten ist, die im Internet problemlos kostenfrei in Anspruch genommen werden können – im örtlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit den Angaben angebracht, die sich auf die angebotene Leistung beziehen. Er war vielmehr in einem **Fußnotentext** enthalten, dessen Inhalt der Nutzer nur dann zur Kenntnis nehmen konnte, wenn er dem neben der Überschrift zur Anmeldemaske befindlichen Verweis in Form eines Sternchens folgte. Diese Gestaltung spricht dafür, dass der Angekl. tatsächlich eine **Kenntnisaufhebung der Kostenpflichtigkeit durch die Nutzer verhindern** wollte. Hierfür spricht auch, dass der Fußnotentext bei der im Tatzeitraum statistisch am häufigsten verwendeten Bildschirmgröße und -auflösung erst nach vorherigem „Scrollen“ wahrgenommen werden konnte (so auch OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 398 = GRUR 2011, 249). Auch die wiederholte Hervorhebung der Gewinnspielteilnahme zielte erkennbar darauf ab, die Aufmerksamkeit des Nutzers darauf zu lenken und so durch die Gesamtgestaltung der Inter-*

netseite darüber hinwegzutäuschen, dass für die Inanspruchnahme des Routenplaners ein Entgelt zu zahlen war.

Zudem liegt in der Gestaltung der Internetseite ein **Verstoß gegen die Vorschriften der Preisangabenverordnung**: Diesem Umstand kommt in Fällen, in denen – wie hier – ein Kostenhinweis lediglich an versteckter Stelle enthalten ist, für die Beurteilung einer Täuschungshandlung und eines darauf gerichteten Vorsatzes indizielle Bedeutung zu (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 263 Rn. 28 a; Eisele NSTZ 2010, 193; Brammsen/Apel WRP 2011, 1254; Hatz JA 2012, 186). Gem. § 1 I 1 PAngV hat derjenige, der Letztverbraucher gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren oder Leistungen anbietet, die Preise anzugeben, die einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile zu zahlen sind (Endpreise). Diese Angaben müssen der **allgemeinen Verkehrsauffassung** und den **Grundsätzen von Preisklarheit und Preiswahrheit** entsprechen (§ 1 VI 1 PAngV). Nach § 1 VI 2 PAngV sind die Angaben dem Angebot oder der Werbung eindeutig zuzuordnen und leicht erkennbar sowie deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar zu machen. Soweit auf der Internetseite des Angekl. lediglich ein Sternchen auf eine Fußnote verwiesen hat, in der das zu zahlende Entgelt ausgewiesen war, genügt dies den beschriebenen Anforderungen nicht (vgl. BGHZ 139, 368 = NJW 1999, 214 = GRUR 1999, 264; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2009, 265) und trägt den landgerichtlichen Schluss, der Angekl. sei bestrebt gewesen, die **Kostenpflichtigkeit des Angebots täuschend zu verschleiern**.

Nichts anderes ergibt sich aus der Tatsache, dass die für die Nutzung anfallenden Kosten in den AGB ausgewiesen waren: Da bereits die Hauptseite **keinen deutlichen und leicht erkennbaren Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit** enthielt, konnten und mussten die Nutzer nicht damit rechnen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine solche für die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Leistung wesentliche Angabe beinhalteten (ebenso OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 398 = GRUR 2011, 249). Dass der Angekl. trotz Mitteilung des anfallenden Entgelts auch insoweit **beabsichtigte, potenzielle Nutzer zu täuschen**, wird zudem daraus ersichtlich, dass die entsprechende Preisklausel erstmals in einer drucktechnisch hervorgehobenen Bestimmung auf der dritten Bildschirmseite enthalten und das konkret zu zahlende Entgelt i. H. v. 59,95 Euro erst einer weiteren Bestimmung auf der fünften Bildschirmseite zu entnehmen war.“ (BGH aaO)

3. Der Annahme von **Täuschungsabsicht** steht nicht entgegen, dass der **Hinweis auf die Entgeltlichkeit bei sorgfältiger, vollständiger und kritischer Prüfung erkennbar** war.

„Es ist zwar nicht Aufgabe des Strafrechts (und des Betrugstatbestands), allzu sorglose Menschen vor den Folgen ihres eigenen unbedachten Tuns zu schützen (vgl. BGHSt 3, 99 = NJW 1952, 1062; BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NSTZ 2001, 430). Doch **lassen Leichtgläubigkeit des Opfers oder Erkennbarkeit einer auf die Herbeiführung eines Irrtums gerichteten Täuschungshandlung** weder aus Rechtsgründen die Täuschungsabsicht **entfallen** (vgl. BGHSt 34, 199 = NJW 1987, 388; BGH NJW 2003, 1198 = NSTZ 2003, 313; BGH NSTZ-RR 2004, 110) noch schließen sie eine irrumsbedingte Fehlvorstellung aus.“

An dieser Rspr. ist auch unter Berücksichtigung der RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken; ABl. 2005 L 149, 22) festzuhalten (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

- II. Infolge der Täuschung sollte bei den Nutzern ein **Irrtum erregt** werden.

„Das Verhalten des Angekl. zielte darauf ab, den Besuchern der Internetseite eine **kostenfreie Nutzung des Routenplanerangebots vorzuspiegeln**, um sie damit zunächst zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrags und nach Rechnungsstellung zu einer Zahlung der sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung für ein Routenplanerabonnement zu veranlassen.“ (BGH aaO)

- III. Der **Vorsatz** des Angekl. war auch **auf die Herbeiführung eines Vermögensschadens gerichtet**, denn er nahm zumindest billigend in Kauf, dass die Gegenleistung in Form des dreimonatigen Abonnements den Vermögensverlust nicht kompensieren würde.

„Unabhängig davon, ob bereits das Eingehen der (vermeintlichen) Verbindlichkeit einen Vermögensschaden begründet hätte, war der Vorsatz des Angekl. darauf gerichtet, unter Umgehung eines möglichen Widerrufsrechts die täuschungsbedingt eingegangene Verpflichtung durchzusetzen und den im Bestellvorgang eines „praktisch wertlosen“ Routenplaners angelegten Schaden zu realisieren. Infolge der Zahlung des Abonnementpreises wäre nicht nur eine Vermögensgefährdung, sondern bereits ein **Erfüllungsschaden eingetreten** (ausdrücklich zur Abofalle im Internet Fischer, § 263 Rn. 178).“ (BGH aaO)

Nach dem **Prinzip der Gesamtsaldierung** tritt auf Grund der Verfügung ein Schaden ein, soweit die Vermögensminderung nicht durch den wirtschaftlichen Wert des Erlangten ausgeglichen wird (BGHSt 51, 10 = NJW 2006, 1679).

- Nach der **Rspr. des BGH** kommt die Annahme eines Vermögensschadens auch bei objektiv gleichwertigen Leistungen u. a. dann in Betracht, wenn der Erwerber, der sich zum Abschluss eines Vertrags entschlossen hat, die versprochene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer

Weise verwenden kann (grundlegend BGHSt 16, 321 = NJW 1962, 309; vgl. auch BGH NJW 1983, 1917; BGH NSTz 1999, 555; BGH NSTz-RR 2006, 206).

- Dasselbe gilt auch für Fälle der sog. **Unterschrifterschleichung**, in denen der Getäuschte gar nicht weiß, dass er einen Vertrag abgeschlossen hat und vertragliche Verpflichtungen eingegangen ist (BGHSt 22, 88 = NJW 1968, 902; ebenso OLG Hamm NJW 1969, 624; OLG Hamm NJW 1969, 1778; OLG Frankfurt a. M. NSTz-RR 2002, 47). Wer durch Täuschung zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrags veranlasst wird, erleidet einen Vermögensschaden jedenfalls dann, wenn die **vertragliche Gegenleistung unter Beachtung der persönlichen Bedürfnisse für ihn praktisch und damit auch wirtschaftlich wertlos** ist (vgl. BGHSt 23, 300 = NJW 1970, 1932; BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NSTz 2001, 430; BGH wistra 2001, 386; BGH ZWH 2012, 191).

*„Wird ein Verbraucher, der einmalig einen kostenlosen Routenplaner-Service in Anspruch nehmen will, durch Täuschung zu einem „Abonnement“ über drei Monate in der Absicht verleitet, hierdurch ein Entgelt zu erlangen, liegt daher hierin ein **auf einen Vermögensschaden gerichteter Betrugsversuch** (vgl. auch OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 398 = GRUR 2011, 249), ohne dass es darauf ankäme, ob das Abonnement (mit seinen Zusatzleistungen) möglicherweise nach **objektiven Maßstäben** seinen Preis wert war. Denn für die hier betroffenen und vom Angekl. gezielt über den Abschluss eines Vertrags getäuschten Nutzer war diese Gegenleistung subjektiv sinnlos und daher wertlos, da **im Internet jederzeit zahlreiche kostenlose Routenplaner verfügbar** sind. Dies war dem Angekl. auch bewusst; ebenso der Umstand, dass der Vermögensverlust für die Nutzer nicht dadurch kompensiert wurde, dass das erworbene „Abonnement“ ohne Weiteres und in zumutbarer Weise in Geld umzusetzen gewesen wäre (vgl. BGH NSTz 2014, 318). Einen **Markt für die Veräußerung und den Erwerb kostenpflichtiger Routenplanerabonnements gibt es nicht**. Der Vorsatz des Angekl. war damit auf die Verursachung eines Vermögensschadens bei den getäuschten Nutzern gerichtet.“ (BGH aaO)*

- IV. Schließlich hat der Angekl. auch **zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt**, indem er das Angebot für ein kostenpflichtiges Routenplanerabonnement auf der von ihm verantwortlich gestalteten Internetseite eingestellt hat, ohne die Kostenpflicht hinreichend kenntlich zu machen.

(AG Gießen in NZS 2014, 667; Urteil vom 12.06.2014 – 507 Cs 402 Js 6823/11)

1. Das **Handeln eines Wunderheilers**, der sich auf Pendeln, Handauflegen und Fernheilung beschränkt und den Behandelten nicht von der Inanspruchnahme von Ärzten abrät, kann **straffrei** sein.
2. **Wirbt ein Wunderheiler** damit, **Krankheiten mittels seiner geistigen Kräfte heilen zu können**, fehlt es am **Täuschungsvorsatz**, wenn er an seine entsprechenden **übersinnlichen Fähigkeiten glaubt**.

**Fall:** Der Angekl. behandelte in insgesamt 58 Fällen kranke Personen, welche durch entsprechende von ihm geschaltete Zeitungsanzeigen auf ihn aufmerksam worden waren. In diesen Anzeigen hatte der Angekl. für seine Fähigkeit geworben, mittels seiner geistigen Kräfte Menschen von Beschwerden wie Krebs, Demenz, Alzheimer, Körpervergiftung, Hepatitis, HIV, etc., heilen zu können.

Bei den daraufhin erfolgten Besuchen bei ihm erstellte der Angekl. i. d. R. mittels eines Pendels eine Analyse des Gesundheitszustandes der einzelnen Organe des jeweiligen Hilfesuchenden und trug die Ergebnisse mit Kennziffern, die den Grad der Gesundheit oder Erkrankung bezeichnen sollten, in von ihm selbst entworfene Formulare ein. Nach dem Pendeln legte der Angekl. vielfach noch die Hände auf. In weiteren Fällen wurde er auch durch Fernheilung tätig, d. h. telefonisch oder sonst in Abwesenheit der Betroffenen. In keinem Fall riet er von der Konsultation von Schulmediziner ab, in etlichen Fällen forderte er ausdrücklich dazu auf. Seine Behandlungen ließ sich der Angekl. von den Patienten jeweils mit 60 bis 1.000 Euro vergüten.

Über eine Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz (HeilPraktG), welche dazu berechtigt, die Heilkunde auszuüben, verfügt der Angekl. nicht. Einige der von dem Angekl. Behandelten wurde ganz oder teilweise geheilt, der größere Teil nicht. Auf Befragen des Gerichts haben alle in der Hauptverhandlung gehörten Zeugen erklärt, sich nicht betrogen gefühlt zu haben.

I. In der Tätigkeit des Angekl. liegt kein **Verstoß gegen die Regelung des § 5 HPraktG**, denn die von ihm vorgenommenen Handlungen stellt kein **Ausüben der Heilkunde** i. S. des § 1 Abs. 2 HeilPraktG dar.

1. **Voraussetzung** für die Erlaubnispflicht nach dem HeilPraktG ist, dass **Behandlungen** ausgeübt werden sollen, die **nennenswerte gesundheitliche Schädigungen verursachen können** (Haage, Heilpraktikergesetz, 2. Auflage 2013, § 1 HeilPraktG Rn. 6 unter Berufung auf BVerwG NJW 1973, 579). Dies ist bei den Behandlungen des Angekl. jedoch nicht der Fall.

a) Nach **BGH NJW 1978, 599** soll Ausübung der Heilkunde zwar in allen Fällen vorliegen, in denen der Behandelnde den Eindruck erweckt, dass die von ihm bewirkte Heilung oder Besserung mit übernatürlichen oder übersinnlichen Kräften herührt (**Eindruckstheorie**).

Die **Anknüpfung der Tatbestandsmäßigkeit an übernatürliches oder übersinnliches Handeln findet jedoch im Gesetz keine Stütze**. In der gleichen Entscheidung führt der BGH aus, dies gelte jedenfalls dann, wenn der Behandelnde sich nicht darauf beschränkt, die Hilfe Gottes für den Kranken zu erbitten, sondern reklamiert, von ihm selbst gingen die dem Kranken helfenden Heilkräfte aus. In dieser Abgrenzung liegt aber eine einem staatlichen Gericht in einem säkularen Staat nicht zustehende Privilegierung von Religion gegenüber außerreligiösem aber gleichwohl die Transzendenz in Anspruch nehmenden Lehren und Tun. Die Eindruckstheorie ist zuletzt vertreten worden in OLG Frankfurt NJW 2000, 1807, die aber nachgehend von BVerfG NJW 2004, 2890 aufgehoben worden ist.

Haage Heilpraktikergesetz 2. Auflage 2013, § 1 HeilPraktG Rn. 11, fasst die genannte Entscheidung des BVerfG wie folgt zusammen:

*„... nicht Aufgabe <sc.: des HeilPraktG>, Patienten vor falscher Wahrnehmung ihres Selbstbestimmungsrechts zu schützen. Ein sog. Wunderheiler, der spirituell wirke und den religiösen Riten näher stehe als der Medizin, wecke im Allgemeinen die Erwartung auf heilkundlichen Beistand schon gar nicht. Die Gefahr, notwendige ärztliche Hilfe zu versäumen, werde daher eher vergrößert, wenn geistiges Heilen als Teil der Berufsausübung von Heilpraktikern verstanden werde. Wer auf rituelle Handlungen setze, setze sein Vertrauen nicht in die Heilkunde und wähle etwas von einer Heilbe-*

handlung Verschiedenes, wengleich auch von diesem Weg Genesung erhofft werde. Je weiter sich das Erscheinungsbild des Heilers von einer medizinischen Behandlung entferne, desto geringer werde das Gefährdungspotential, das im vorliegenden Zusammenhang alleine geeignet sei, die Erlaubnispflicht nach dem HeilPraktG auszulösen.“

- b) **Diese Auffassung verdient nach AG Gießen aaO uneingeschränkte Zustimmung.**

„**Richtiger Anknüpfungspunkt für die Definition des Ausübens der Heilkunde ist vielmehr die generelle Gefährlichkeit der Tätigkeit des Heilenden:**

Unter die strafbewehrte Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 HeilprG fallen nur solche Behandlungen, die **gesundheitliche Schäden verursachen können**. Bei dem Straftatbestand des § 5 HeilprG handelt es sich um ein potentiell Gefährungsdelikt, bei dem nur eine generelle Gefährlichkeit der konkreten Tat, nicht aber der Eintritt einer konkreten Gefahr zum Tatbestand gehört. (BGH NJW 2011, 3591.)

Bereits das BVerwG hat es neben anderen als ein Wesensmerkmal des Begriffs Ausübung der Heilkunde angesehen, dass die Behandlung gesundheitliche Schädigungen verursachen kann (BVerwG NJW 1970, 1987). Damit soll dem **Gesetzeszweck, der Bevölkerung einen ausreichenden Rechtsschutz gegenüber Gesundheitsgefährdungen durch Unberufene zu geben**, Rechnung getragen werden. Demnach fallen heilkundliche Verrichtungen, die keine nennenswerten Gesundheitsgefahren zur Folge haben können, nicht unter die Erlaubnispflicht des HeilPraktG, auch wenn sie zu ordnungsgemäßer Vornahme ärztliche Fachkenntnisse erfordern.“ (AG Gießen aaO)

2. Die von dem Angekl. vorgenommenen Tätigkeiten, **geistliche Prüfung der Organe mittels eines Pendels sowie schlichtes Handauflegen und Fernheilung, können jedoch keinesfalls gesundheitliche Schäden verursachen.**

„Zwar besteht gleichwohl eine Erlaubnispflicht i. S. des HeilPraktG, wenn die vorgenommene Tätigkeit auch mittelbar **Gesundheitsgefährdungen** hervorrufen kann, etwa dadurch, dass frühzeitiges Erkennen ernster Leiden, das ärztliches Fachwissen voraussetzt, verzögert werden kann und dass die Wahrscheinlichkeit einer solchen Gefährdung nicht nur geringfügig ist. Jedoch ergibt sich sowohl aus der Einlassung des Angekl. wie auch aus den Zeugenaussagen, dass der Angekl. jeden seiner Patienten darauf hinwies, dass seine Tätigkeit keine schulmedizinische Behandlung ersetze. Deshalb forderte er seine Patienten stets dazu auf, deren schulmedizinische Behandlung nicht abzubrechen. Demnach liegt hier auch keine mittelbare Gesundheitsgefährdung durch die Tätigkeit des Angekl. vor.

Darüber hinaus wird die Gefahr, notwendige ärztliche Hilfe zu versäumen, eher vergrößert, wenn geistiges Heilen als Teil der Berufsausübung von Heilpraktikern verstanden wird (BVerfG NJW-RR 2004, 705). Vorliegend beschränkt sich die Tätigkeit des Angekl., unabhängig von etwaigen Diagnosen, überwiegend auf das Pendeln sowie in wenigen Fällen das Handauflegen und auf Fernheilung, wozu ärztliche Fachkenntnisse gerade nicht erforderlich sind. Da der Angekl. gegenüber seinen Patienten gerade **nicht den Eindruck erweckt, ein geprüfter Heilpraktiker zu sein**, dessen Tätigkeit eine schulmedizinische Behandlung entbehrlich machen würde, besteht demnach seitens seiner Patienten **keine Erwartung auf heilkundlichen Beistand**. Die Patienten erwarten vielmehr, dass er mittels seiner geistigen Kräfte und somit spirituell versuche, ihnen zu helfen. Wenn auch der Angekl. hierbei nicht aus religiösen Motiven handelt, ist seine Behandlung jedoch eher vergleichbar mit einem Wunderheiler, welcher versucht, seine Patienten gesundzubeten, als mit einer schulmedizinischen Behandlung.

In der bereits erwähnten Entscheidung NJW 2000, 1807, hat das OLG Frankfurt postuliert, Scharlatanerie und Kurpfuscherei müsse entgegengewirkt werden. Tatbestandsmäßig i. S. des § 5, § 1 HeilPraktG ist aber das (unerlaubte) Ausüben der Heilkunde, nicht aber Scharlatanerie und Kurpfuscherei.“ (AG Gießen aaO)

- II. Darüber hinaus ist in der Tätigkeit des Angekl. auch **kein Betrug gem. § 263 StGB** zu sehen, denn der objektive Tatbestand des § 263 StGB ist vorliegend nicht verwirklicht, weil es bereits an der **erforderlichen Täuschungshandlung über Tatsachen fehlt**.

„Vorliegend gab der Angekl. gegenüber seinen Patienten gerade nicht an, Arzt oder geprüfter und zugelassener Heilpraktiker zu sein, so dass diesbezüglich bereits eine Täuschung über Tatsachen ausscheidet.

Eine Täuschung könnte lediglich darin liegen, dass der Angekl. damit warb und gegenüber seinen Patienten angab, Krankheiten mittels seiner geistigen Kräfte heilen zu können. Insoweit fehlt es am Täuschungsvorsatz: Der Angekl. glaubte und glaubt an seine entsprechenden übersinnlichen Fähigkeiten.

Hinsichtlich der **Inaussichtstellung von Heilung** hat sich der Angekl. **nicht anders verhalten, als ein Schulmediziner, der zu Beginn der Behandlung Zuversicht verbreitet** mit den Worten: Wir bekommen das ganz leicht hin - und dann geht es schief. Hier handelt es sich ebenso wenig um Betrug wie beim Vorgehen des Angekl.

**Anders gelagert sind demgegenüber Konstellationen, in denen ein Wunderheiler seine Ausführungen über das Heilungsprozedere mit Tatsachen ausschmückt, die zumindest den Anschein der Wissenschaftlichkeit haben.** So hatte der BGH im Jahre 2010 über einen Betrug durch den **Vertrieb von unwirksamen**

*Krebsmitteln zu entscheiden (NJW 2010, 88). In jenem Fall stellten die Angekl. ihren Patienten eine Verbesserung der Lebensqualität und Verlängerung der Überlebensdauer dadurch in Aussicht, dass sie eine wissenschaftlich hinreichend erwiesene **Wirksamkeit eines Medikaments vortäuschten**, obwohl ihnen bekannt war, dass wissenschaftliche Nachweise für die behaupteten positiven Wirkungen von diesem Medikament bei Krebserkrankungen nicht existierten. Als Anknüpfungspunkt für die Täuschungshandlung wurde dementsprechend die wahrheitswidrige Behauptung der Angekl. herangezogen, es lägen wissenschaftliche Belege für den von ihnen behaupteten Wirkmechanismus des Medikaments vor. Eine vergleichbare wahrheitswidrige Behauptung seitens des Angekl. liegt hier jedoch gerade nicht vor.“ (AG Gießen aaO)*

(BGH in SVR 2014, 261; Urteil vom 18.02.2014 – VI ZR 383/121)

1. Beauftragt die Straßenverkehrsbehörde zur Vollstreckung des in einem Verkehrszeichen enthaltenen Wegfahrgebots im Wege der Ersatzvornahme einen privaten Unternehmer mit dem Abschleppen eines verbotswidrig geparkten Fahrzeugs, so wird der Unternehmer bei der Durchführung des Abschleppauftrages hoheitlich tätig.
2. Durch das Abschleppen eines verbotswidrig geparkten Fahrzeugs im Wege der Ersatzvornahme wird ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis begründet, auf das die §§ 276, 278, 280 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind.
3. Der Eigentümer des verbotswidrig geparkten Fahrzeugs ist in einer solchen Fallkonstellation nicht in den Schutzbereich des zwischen dem Verwaltungsträger und dem privaten Unternehmer geschlossenen Vertrages über das Abschleppen seines Fahrzeugs einbezogen.

## A. Grundlagenwissen: Die öffentlich-rechtliche Verwahrung

### I. Allgemeines

Ein Verwahrungsverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass der **Hinterleger** einem **Verwahrer eine Sache übergibt**, damit diese sie aufbewahrt. Den Verwahrer muss dann kraft Gesetzes oder kraft Erklärung eine **besondere Obhutspflicht** gegenüber dem Eigentum des Hinterlegers treffen.

Für die Abgrenzung zwischen einem zivilrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis kommt es auf die **Rechtsnatur der Rechtsbeziehung** zwischen den Beteiligten an. Soweit sonstige Anhaltspunkte nicht vorhanden sind, ist diese Rechtsnatur nach dem **Sachzusammenhang** zu bestimmen, wobei **Indizien** zur Abgrenzung herangezogen werden können.

Wird eine Abschleppmaßnahme vorgenommen und das Fahrzeug nicht nur umgesetzt, sondern mitgenommen, so ist von einer öffentlich-rechtlichen Verwahrung auszugehen (vgl. z.B. § 44 PolG nw).

### II. Anspruchsvoraussetzungen

Auf die öffentlich-rechtliche Verwahrung finden die **zivilrechtlichen Regelungen entsprechende Anwendung** (§§ 280 ff. BGB). Dies ist für den Anspruchsteller im Vergleich zum Amtshaftungsanspruch, bei der er die volle Beweislast für das Verschulden des Amtswalters hat, von Vorteil, da auch gegenüber dem Staat die Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB analog gilt, so dass dieser nachweisen muss, dass ihn bzw. seinen Erfüllungsgehilfen kein Verschulden trifft.

## B. Haftung für Schäden beim Abschleppen (vgl. BGH in SVR 2014, 261)

**Fall:** Der Beklagte betreibt ein Abschleppunternehmen. Am 12.02.2011 schleppte er im Auftrag der Stadt M. das vom Kläger verbotswidrig geparkte Fahrzeug ab und stellte es auf dem Parkplatz des Ordnungsamtes ab. Der Kläger behauptet, sein Fahrzeug sei bei dem Abschleppvorgang beschädigt worden, wodurch ihm ein Schaden in Höhe von 3.356,36 Euro entstanden sei. Er verklagt das Abschleppunternehmen auf Schadensersatz. Der Bekl. hingegen ist der Auffassung, der Kl. müsse seinen Schaden bei der Stadt M. geltend machen.

Hat der Kl. einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten?

### I. Haftung nach § 7 StVG

Eine Haftung des Bekl. nach § 7 StVG kommt nicht in Betracht, da der Schaden nicht beim Betrieb eines Kraftfahrzeuges entstanden ist. Grundsätzlich kommt eine Haftung nach § 7 StVG auch bei geparkten Fahrzeugen in Betracht, jedoch nur, wenn sich Gefahren des Straßenverkehrs realisiert haben. Dies ist hier nicht der Fall.

## II. Sonstige deliktische Haftung

Eine sonstige deliktische Haftung, z.B. nach § 823 I BGB, könnte wegen Art. 34 S. 1 GG ausgeschlossen sein, wenn die Voraussetzungen für eine Haftungsverlagerung auf die Stadt M. vorliegen.

Dies setzt jedoch voraus, dass der in Anspruch genommene in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat. Fraglich ist, ob dies bei der Durchführung einer von der Stadt M. beauftragten, auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhenden Abschleppmaßnahme der Fall sein kann.

### 1. Einschaltung privater Unternehmer

*„Zieht der Staat **private Unternehmer** zur Erfüllung ihm obliegender Aufgaben auf privatrechtlicher Grundlage heran, so hängt die **Qualifikation der Tätigkeit** des Unternehmers als **hoheitlich oder nicht hoheitlich** von dem Charakter der wahrgenommenen Aufgabe, der Sachnähe der übertragenen Tätigkeit zu dieser Aufgabe und dem Grad der Einbindung des Unternehmers in den behördlichen Pflichtenkreis ab. Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der Behörde zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je **begrenzter der Entscheidungsspielraum des Unternehmers** ist, desto näher liegt es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen. Jedenfalls im Bereich der **Eingriffsverwaltung** kann sich der Staat nach Meinung des Senats der **Amtshaftung** für fehlerhaftes Verhalten seiner Bediensteten nicht dadurch entziehen, dass er die Durchführung einer von ihm angeordneten Maßnahme durch privatrechtlichen Vertrag auf einen privaten Unternehmer überträgt.“ (BGH aaO)*

### 2. hoheitliches Handeln des Beklagten.

Fraglich ist, ob der Beklagte nach diesen Grundsätzen hoheitlich handelte.

*„Er war für die Stadt M. im Rahmen der Eingriffsverwaltung als deren **"Erfüllungsgehilfe"** tätig. Seine Beauftragung mit dem Abschleppen des unerlaubt geparkten Fahrzeugs des Klägers **diente der Vollstreckung** des in dem – vom Kläger missachteten – Verkehrszeichen enthaltenen Wegfahrgebots **im Wege der Ersatzvornahme**. Hätte die Stadt M. als Straßenverkehrsbehörde den Abschleppvorgang mit eigenen Mitteln durchgeführt, so stände der hoheitliche Charakter der Maßnahme außer Zweifel. Deren rechtliche Beurteilung als Vollstreckungshandlung kann nach Meinung des Senats aber nicht davon abhängen, ob die Vollstreckungsbehörde selbst oder ein Dritter im Auftrag dieser Behörde die Maßnahme durchführt.“ (BGH aaO)*

Der Beklagte hat danach hoheitlich gehandelt. Daher trifft Verantwortlichkeit für sein etwaiges Fehlverhalten gemäß Art. 34 Satz 1 GG allein die Stadt M.

*„Die in dieser Bestimmung geregelte Haftungsverlagerung stellt eine **befreiende Schuldübernahme kraft Gesetzes** dar mit der Folge, dass der Beamte, der seine Amtspflicht verletzt hat, persönlich nicht aus unerlaubter Handlung in Anspruch genommen werden kann.“ (BGH aaO)*

## III. Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter analog § 328 BGB

Allerdings hat die Stadt M. mit dem Beklagten einen Vertrag über den Abschleppvorgang abgeschlossen. Dies könnte ein Vertrag sein, der Schutzwirkung auch gegenüber dem Kl. im Hinblick auf die Unversehrtheit seines Eigentums entfaltet.

### 1. Voraussetzungen eines Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

*„Neben dem gesetzlich geregelten Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB), der für den Dritten einen Anspruch auf die vereinbarte Leistung begründet, hat die Rechtsprechung den Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter herausgebildet. Er ist dadurch gekennzeichnet, dass der **Anspruch** auf die geschuldete Hauptleistung **allein dem Vertragspartner** zusteht, der **Dritte** jedoch in der Weise in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten **einbezogen** ist, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Die Einbeziehung eines Dritten in die Schutzwirkungen eines Vertrages setzt voraus, dass **Sinn und Zweck des Vertrages** und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung auf den Dritten seine **Einbeziehung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erfordern** und eine Vertragspartei, für den Vertragsgegner erkennbar, redlicherweise damit rechnen kann, dass die ihr geschuldete Obhut und Fürsorge in gleichem Maß auch dem Dritten entgegengebracht wird. Danach wird ein Dritter nur dann in die aus einem Vertrag folgenden Sorgfalts- und Schutzpflichten einbezogen, wenn er mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrags bestimmungsgemäß in Berührung kommen soll, ein besonderes Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten besteht, den Interessen des Schuldners durch Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung Rechnung getragen wird und der Dritte schutzbedürftig ist.“*

Damit die Haftung des Schuldners **nicht unkalkulierbar ausgedehnt** wird, sind an die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutz strenge Anforderungen zu stellen. An der Ausdehnung des Vertragsschutzes muss nach Treu und Glauben ein Bedürfnis bestehen, weil der Dritte andernfalls nicht ausreichend geschützt wäre. Eine Einbeziehung des Dritten ist deshalb **regelmäßig zu verneinen**, wenn ihm **eigene vertragliche Ansprüche** zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie diejenigen Ansprüche, die er auf dem Weg über die Einbeziehung in den Schutzbereich eines zwischen anderen geschlossenen Vertrages durchsetzen will. Soweit dem Senatsurteil vom 11.07.1978 insoweit anderes zu entnehmen sein sollte, wird daran nicht festgehalten.“ (BGH aaO)

## 2. Anwendung auf den Fall

Es kommt also darauf an, ob der Kläger nach Treu und Glauben in den Schutzbereich des zwischen der Stadt M. und dem Beklagten geschlossenen Vertrages einbezogen werden muss. Dies scheidet aus, wenn der Kläger einen Anspruch gegen die Stadt M. hat, der sein Ersatzinteresse vollumfänglich abdeckt. Hier kommt eine Haftung aus **öffentlich-rechtlichem Verwahrungsverhältnis** in Betracht.

„Ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis entsteht u. a. dadurch, dass ein Verwaltungsträger bei Wahrnehmung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe **eine fremde bewegliche Sache in Besitz nimmt** und den **Berechtigten von Einwirkungen ausschließt**, insbesondere an eigenen Sicherungs- und Obhutmaßnahmen hindert. Nach den Ausführungen des Senats entsteht anders als im Privatrecht das Rechtsverhältnis bei Eintritt dieses Tatbestandes automatisch; **eines Vertrages bedarf es nicht**. An die Stelle der Willenseinigung Privater treten öffentlichrechtliche Maßnahmen. Ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis wird insbesondere durch das Abschleppen eines verbotswidrig geparkten oder verunfallten Fahrzeugs im Wege der Ersatzvornahme begründet.“ (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob das Ersatzinteresse des Klägers über dieses öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis gleichwertig abgedeckt ist, so dass es keinen Anlass gibt, ihn in den Schutz des zwischen der Stadt M. und dem Beklagten geschlossenen Vertrages einzubeziehen.

„Auf das öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnis sind die **bürgerlichrechtlichen Verwahrungs Vorschriften** der §§ 688 ff. BGB sowie die für **Leistungsstörungen** bestehenden Bestimmungen **entsprechend anzuwenden**. Bei einer Beschädigung der Sache gelten insbesondere die §§ 276, 278 sowie die §§ 280 ff. BGB analog. Der Verwaltungsträger hat daher für schuldhaftes Pflichtverletzungen – auch seines Erfüllungsgehilfen – einzustehen und Schadensersatz zu leisten, wobei ihm im Gegensatz zur Amtshaftung die Beweislast für fehlendes Verschulden obliegt.“ (BGH aaO)

Die Voraussetzungen für die Anwendung der Regeln über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter analog § 328 BGB liegen somit nicht vor.

## IV. Ergebnis

Der Beklagte ist von der Haftung freigestellt. Der Kläger kann keine Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend machen, sondern muss sich an die Stadt M. halten.

(BayVGh in BayVBl. 2014, 533; Beschluss vom 22.04.2014 – 7 CS 13.2592, 7 C 13.2593)

1. Die **Glaubensfreiheit** wird gemäß Art. 4 I GG **vorbehaltlos** gewährt.
2. Sie wird aber durch das **staatliche Bestimmungsrecht** im Schulwesen, dem **ebenfalls Verfassungsrang** zukommt (Art. 7 I GG), beschränkt.
3. Das Grundrecht auf Glaubensfreiheit und das staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen stehen sich gleichrangig gegenüber. Gemäß dem **Grundsatz praktischer Konkordanz** begrenzen sie sich wechselseitig in einer Weise, die weder das eine noch das andere bevorzugt und maximal behauptet
4. Das staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen umfasst den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag und befugt die staatlichen Stellen zu Planung, Organisation, Leitung und **inhaltlich-didaktischer Ausgestaltung** des Schulwesens.
5. Religiöse Minderheiten dürfen und können sich deshalb nicht selbst ausgrenzen, in dem sie sich Unterrichtsinhalten oder -methoden verweigern.
6. Eine **besonders gravierende Intensität** der Beeinträchtigung der Glaubensfreiheit kommt nur in Betracht, sofern ein religiöses Verhaltensgebot aus der Sicht der Betroffenen **imperativen Charakter** aufweist
7. Das Verbot, während des Unterrichts an einer Berufsoberschule einen gesichtsverhüllenden Schleier zu tragen, begrenzt das Recht einer Schülerin auf freie Religionsausübung in zulässiger Weise.

**Fall:** Die Antragstellerin wehrt sich gegen den Widerruf ihrer Aufnahme in die Vorklasse der staatlichen Berufsoberschule Regensburg, dessen sofortige Vollziehung angeordnet wurde, und begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen den Widerrufsbescheid der Beruflichen Oberschule Regensburg vom 31.10.2013.

Die Antragstellerin ist muslimischen Glaubens. Mit Beginn des Schuljahres 2013/2014 war sie in die Vorklasse der staatlichen Berufsoberschule Regensburg aufgenommen worden. Ihre Aufnahme wurde widerrufen, nachdem sie sich geweigert hatte, ohne eine gesichtsverhüllende Verschleierung durch das Tragen eines Niqabs am Unterricht teilzunehmen und mit dem Schleier weder eine Identifizierung noch eine hinreichende soziale Interaktion möglich sei. Die Antragstellerin führt sich hierdurch in ihrem Grundrecht aus Art. 4 GG verletzt. Zu Recht?

Der Widerruf der Zulassung zu Schule und das Verbot, einen gesichtsverhüllenden Schleier zu tragen, könnte die Antragstellerin in ihrer verfassungsrechtlich in Art. 4 GG gewährleisteten Religionsfreiheit verletzen.

### I. Schutzbereich

Es müsste zunächst der Schutzbereich des Art. 4 GG eröffnet sein. Art. 4 GG ist ein Jedermannsrecht, so dass sich die Antragstellerin hierauf unabhängig von ihrer Nationalität berufen kann. Es müsste auch der sachliche Schutzbereich einschlägig sein.

*„Die Frage, ob und inwieweit die Verschleierung für Frauen von den Regeln des Islam vorgeschrieben ist, ist **umstritten** (BVerfG, Beschl. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 - BVerfG-E 108, 282). **Zugunsten der Antragstellerin kann davon ausgegangen** werden, dass auch die gesichtsverhüllende Verschleierung unter den Schutzbereich der in Art. 4 I und II GG garantierten Glaubensfreiheit fällt.“ (BayVGh aaO)*

### II. Eingriff

In diesem Schutzbereich müsste eingegriffen worden sein. Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten durch das die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich gemacht oder erschwert wird.

Das Verbot des Tragens des gesichtsverhüllenden Schleiers ist vor diesem Hintergrund ohne weiteres ein Eingriff.

### III. Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte gerechtfertigt sein.

## 1. Beschränkbarkeit des Art. 4 GG

„Die Glaubensfreiheit wird gemäß Art. 4 I GG vorbehaltlos gewährt. Sie wird aber durch das **staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen**, dem **ebenfalls Verfassungsrang** zukommt (Art. 7 I GG), beschränkt.

Das Grundrecht auf Glaubensfreiheit und das staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen stehen sich gleichrangig gegenüber. Gemäß dem **Grundsatz praktischer Konkordanz** begrenzen sie sich wechselseitig in einer Weise, die weder das eine noch das andere bevorzugt und maximal behauptet. Das bedeutet eine wechselseitige Relativierung der beiden Verfassungspositionen. Das Grundrecht der Glaubensfreiheit wird dadurch in der Weise begrenzt, dass seitens einer einzelnen Schülerin als maßgeblich erachtete Verhaltensgebote zwar nicht prinzipiell als unbeachtlich behandelt werden dürfen, sie andererseits aber **nur ausnahmsweise** beanspruchen kann, von den den Schülerinnen und Schülern **abverlangten Verhaltensweisen dispensiert** zu werden, die aus der Wahrnehmung des staatlichen Bestimmungsrechts im Schulwesen, wie hier mit dem auf einer offenen Kommunikation beruhenden Unterricht, folgen.“ (BayVGh aaO)

## 2. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung

Es stellt sich daher die Frage, ob die hier relevante Beschränkung des Tragens eines gesichtsverhüllenden Schleiers im Unterricht mit der Religionsfreiheit vereinbar ist.

### a) Umfang des staatlichen Bestimmungsrechts im Schulwesen

„Das staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen umfasst den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag und befugt die staatlichen Stellen zu **Planung, Organisation, Leitung und inhaltlich-didaktischer Ausgestaltung** des Schulwesens. Dazu gehört auch die Unterrichtsmethode, etwa in Form offener Kommunikation, die seit vielen Jahren üblich, im Gegensatz zu einem einseitigen Unterrichtsvortrag der Lehrkraft effizienter ist und die Möglichkeit bietet, auf die Schülerin oder den Schüler individuell oder auch auf die Klasse einzugehen.

Das Bildungs- und Erziehungsprogramm wird vom Staat grundsätzlich **unabhängig von den Wünschen der betroffenen Schülerinnen und Schüler oder ihrer Eltern** bestimmt. Das staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen wäre durch kollidierende Erziehungsansprüche Einzelner und grundrechtliche Vetopositionen sonst vielfach blockiert.“ (BayVGh aaO)

### b) Bedeutung der Religionsfreiheit im Rahmen des staatlichen Bestimmungsrechts

Art. 4 I, II GG garantiert das Recht, die Lebensführung an den eigenen Glaubensüberzeugungen auszurichten.

„Die Glaubensfreiheit wäre jedoch überspannt, wenn nicht der Pflicht des Staates, darauf Rücksicht zu nehmen, ihrerseits Grenzen gesetzt wären. **Religiöse Minderheiten** dürfen und können sich deshalb nicht selbst ausgrenzen, in dem sie sich **Unterrichtsinhalten oder -methoden verweigern**. Die in Art. 4 I, II GG geschützte Freiheit, die Lebensführung an der Glaubensüberzeugung auszurichten, kann insoweit eingeschränkt werden, als **religiös bedingte Verhaltensweisen die Durchführung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags** soweit **behindern**, dass ihm der Staat nicht mehr oder nur unzureichend nachkommen kann (BVerwG, Urt. v. 11.09.2013 - 6 C 25/12 - NVwZ 2014, 81 Rn. 11 ff.). Die Einschränkungsmöglichkeit findet ihre Grenze erst dann, wenn die Beeinträchtigung der Glaubensfreiheit als typische Begleiterscheinung der staatlichen Ausgestaltung des Schulwesens eine besonders gravierende Intensität erreicht (BVerwG a. a. O., Rn. 21).“ (BayVGh aaO)

### c) Abwägung im Rahmen der Herstellung praktischer Konkordanz

Die Interessen des Staats an der Organisation des Unterrichts müssen somit ein einen gerechten Ausgleich mit den Interessen der Antragstellerin auf Inanspruchnahme ihrer Religionsfreiheit gebracht werden.

#### aa) Interessen des Schulwesens

„Der Antragsgegner hat den **Grundsatz offener Kommunikation** der von ihm konzipierten Unterrichtsgestaltung in zulässiger Weise zugrunde gelegt. Die offene Kommunikation beruht nicht nur auf dem gesprochenen Wort, sondern ist auch auf **nonverbale Elemente** angewiesen, wie **Mimik, Gestik und die übrige sog. Körpersprache**, die zum großen Teil unbewusst ausgedrückt und wahrgenommen werden. Fehlen diese Kommunikationselemente, ist die offene Kommunikation als schulisches Funktionserfordernis gestört. Bei einer **gesichtsverhüllenden Verschleierung** einer Schülerin wird eine **nonverbale Kommunikation** im Wesentlichen **unterbunden**. Ein Unterricht auf der Basis offener Kommunikation unter Einbeziehung der Antragstellerin ist dann nicht mehr möglich. Eine Ausweichmöglichkeit für die Schule ist dann nicht annehmbar, wenn sie zu einer Art der Unterrichtsgestaltung führte, die ihrem fachlichen Konzept - offene Kommunikation im Unterrichtsgespräch im Gegensatz zum einseitigen, monologen Vortrag der Lehrkraft - in gravierender Weise zuwider liefe (BVerwG, Urt. v. 11.09.2013 - 6 C 25/12 - NVwZ

2014, 81 Rn. 28). Dies gilt zumindest bei den üblichen Klassenstärken bis etwa 30 Schülerinnen und Schüler. An den Hochschulen übliche Lehrformen bleiben hier außer Betracht.

Die Antragstellerin hat deshalb **Beeinträchtigungen ihrer religiösen Überzeugung**, die sich im Tragen des Niqabs ausdrückt, als typische Begleiterscheinung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags und der seiner Umsetzung zugrunde liegenden Ausgestaltung des Unterrichts **hinzunehmen** (BVerwG a. a. O., Rn. 17). Dabei ist in Rechnung zu stellen, inwieweit der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag beeinträchtigt wird, wenn unter vergleichbaren Umständen eine **Vielzahl von Grundrechtsträgerinnen** in gleicher Weise **von ihrer Glaubensfreiheit Gebrauch machen** wollen (BVerwG aaO., Rn. 19).“ (BayVGh aaO)

## bb) Schwere der Beeinträchtigung der Antragstellerin

Auf der anderen Seite stellt sich jedoch die Frage, ob hier eine besonders gravierende Intensität der Beeinträchtigung der Glaubensfreiheit vorliegt, welche die Grenzen der hinzunehmenden Einschränkungen der Ausrichtung der Lebensführung an der religiösen Überzeugung überschreitet.

### (1) Eingriffsintensität aufgrund von Alternativlosigkeit

Eine besondere Schwere des Eingriffs könnte dann anzunehmen sein, wenn die Antragstellerin sich dem Eingriff deshalb nicht entziehen könnte, weil sie keine andere Möglichkeit hat, den angestrebten Bildungsabschluss zu erreichen.

„Die **Antragstellerin ist nicht mehr schulpflichtig**. Bei der Berufsoberschule handelt sich um keine Pflichtschule. Außerdem bestehen **alternative Wege**, den **angestrebten Schulabschluss zu erreichen**, zum Beispiel die Externen-Prüfung, die virtuelle Berufsoberschule Bayern (VIBOS) oder der fachgebundene Hochschulzugang für beruflich Qualifizierte gemäß § 30 der Verordnung über die Qualifikation für ein Studium an den Hochschulen des Freistaats Bayern und den staatlich anerkannten nichtstaatlichen Hochschulen (Qualifikationsverordnung - QualV) vom 02.11.2007 (GVBl S. 767; BayRS 22101UK/WFK), zuletzt geändert mit Verordnung vom 06.02.2013 (GVBl S. 53). Die Antragstellerin ist **nicht gezwungen, sich den Einschränkungen ihrer Glaubensfreiheit auszusetzen**, um die Hochschulreife zu erreichen. Sie hat darüber hinaus keinen Anspruch auf Einrichtung einer Schule oder Klasse, in der die Unterrichtung von verschleierten Schülerinnen mit einer geeigneten Unterrichtsmethode möglich ist. Das **Recht auf Teilhabe an staatlichen Leistungen** im Ausbildungswesen beschränkt sich auf das, was der oder die Einzelne von der Gesellschaft vernünftigerweise, insbesondere im Rahmen der haushaltspolitischen Grundsätze und Gegebenheiten, erwarten kann (BVerfG, Ur. v. 18.07.1972 - 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 - BVerfGE 33, 303). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die **gesichtsverhüllende Verschleierung** selbst unter den - jedenfalls in Deutschland lebenden - muslimischen Frauen **eine seltene Ausnahme** ist.“ (BayVGh aaO)

### (2) Eingriffsintensität aufgrund imperativen Charakters der streitigen Verhaltensvorschrift

Die Eingriffsintensität bei Eingriffen in die Religionsfreiheit ist auch davon abhängig, welchen Stellenwert die Verhaltensregel, denen ein Gläubiger folgen möchte, in der Ausübung der Religion einnimmt.

„Eine besonders gravierende Intensität der Beeinträchtigung der Glaubensfreiheit kommt nur in Betracht, sofern ein religiöses Verhaltensgebot aus der Sicht der Betroffenen **imperativen Charakter** aufweist. Hierfür trägt die Antragstellerin die Darlegungslast. Eine Beschränkung auf verbale Behauptungen reicht nicht aus, um ein für sie **bestehendes religiöses Gebot** von einer **nicht abschließend bindenden Orientierung** und Anleitung für eine in religiöser Hinsicht optimierte Lebensführung abzugrenzen. Zwar ist insoweit die individuelle Glaubensüberzeugung neben dem Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft maßgebend. Eine Beeinträchtigung der **individuellen Glaubensüberzeugung** ist jedoch eher nachvollziehbar, wenn auf **ernst zu nehmende Lehrmeinungen oder Glaubenssätze** verwiesen wird. Deshalb ist hierfür ein strenger Maßstab anzulegen (BVerwG, Ur. v. 25.08.1993 - 6 C 8/91 - BVerwGE 94, 82). Nach dem Text der Suren des Koran, auf die sich die Antragstellerin bezieht, sollen gläubige Frauen ihre Blicke niederschlagen, ihre Scham hüten und ihre Reize nicht zur Schau tragen. Sie sollen ihren Schleier über ihren Busen schlagen und ihre Reize nur ihren Ehegatten, Vätern, Brüdern, Söhnen und anderen nahen männlichen Verwandten sowie Frauen und auch Kindern, welche die Blöße der Frauen nicht beachten, zeigen. Insoweit müsste die Antragstellerin nachvollziehbar, gegebenenfalls unter Verweis auf entsprechende Lehrmeinungen, darlegen, dass **dieser Glaubenssatz auch die völlige Gesichtverschleierung umfasst** (BVerwG Ur. v. 25.08.1993 - 6 C 8/91 - BVerwGE 94, 82). Daran fehlt es hier.“ (BayVGh aaO)

#### d) hinreichende Rechtsgrundlage

Die Einschränkung der freien Religionsausübung der Antragstellerin muss sich auch auf eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage stützen können (BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 - BVerfGE 108, 282).

*„Zutreffend geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass die Antragstellerin gemäß Art. 56 IV des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.05.2000 (GVBl S. 414, BayRS 22301-UK), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.07.2013 (GVBl S. 465), verpflichtet ist, sich so zu verhalten, dass die **Schule ihre Aufgabe erfüllen** und sie ihr **Bildungsziel erreichen** kann. Wie bereits ausgeführt, ist das Tragen eines Niqabs damit nicht vereinbar, weil die offene Kommunikation zwischen Lehrkraft und den Schülerinnen und Schülern als auch den Schülern und Schülerinnen untereinander erheblich eingeschränkt ist. Hierbei handelt es sich **nicht nur um eine abstrakte Möglichkeit der Störung des Unterrichtsablaufs**, sondern um eine konkrete erhebliche Beeinträchtigung eines schulischen Funktionserfordernisses. Anders als zur Abwehr abstrakter Gefahren, beispielsweise einer religiösen Beeinflussung der Schülerinnen und Schüler durch das Tragen eines Kopftuchs durch die Lehrkraft, wird hier eine **ausdrückliche Regelung des Tragens einer gesichtsverhüllenden Verschleierung** von Schülerinnen während des Unterrichts vom Parlamentsvorbehalt **nicht erfordert**. Die Pflicht der Schülerin, mit **geeigneter Bekleidung** am Unterricht teilzunehmen, ergibt sich mit hinreichender Bestimmtheit unmittelbar aus Art. 56 Abs. 4 BayEUG (vgl. BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 - BVerfGE 108, 282).“*  
(BayVGh aaO)

#### IV. Ergebnis

Das Verlangen, dass die Antragstellerin während der Teilnahme am Unterricht auf das Tragen eines gesichtsverhüllenden Schleiers verzichtet, ist mit Art. 4 I, II GG vereinbar, weil der beabsichtigten Ausübung der Glaubensfreiheit durch Tragen des Niqabs, einer gesichtsverhüllenden Verschleierung, während des Unterrichts Rechtsgüter von Verfassungsrang entgegenstehen und sich diese Begrenzung der freien Religionsausübung auf eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage stützen kann.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 204 II

### Befristeter Verjährungsverzicht

BGB

Wirkungen

(BGH in FamRZ 2014, 1355; Beschluss vom 07.05.2014 – XII ZB 141/13)

Ein **befristeter Verzicht des Schuldners auf die Erhebung der Verjährungseinrede soll dem Gläubiger im Zweifel nur die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs vor Ablauf der Verzugsfrist ermöglichen**. Für eine Auslegungsregel, der Verzicht solle den Gläubiger im Zweifel so stellen, dass sämtliche während der Verzugsfrist auftretende Tatbestände für eine Hemmung oder einen Neubeginn der Verjährung sich auch auf den Lauf der Verzugsfrist auswirken, ist keine Grundlage gegeben.

*„Die Reichweite des Verjährungsverzichts ist durch Auslegung der Verzichtserklärung zu ermitteln: Diese hat regelmäßig zum Inhalt, dass der Schuldner bis zum Ablauf der von ihm eingeräumten Frist die Einrede der Verjährung nicht erheben wird. Da der Verzicht den Gläubiger von der Notwendigkeit der alsbaldigen gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs entheben soll, bleibt er auch nach Ablauf der vom Schuldner eingeräumten Frist wirksam, wenn der Gläubiger die Streitsache vor Ablauf der Frist rechts-hängig macht, wobei die Zustellung des Antrags in entsprechender Anwendung des § 167 ZPO auf den Eingang des Antrags zu-rückwirkt (vgl. BGH NJW 2009, 1598 = NZI 2009, 486 = NZG 2009, 582).*

*Dagegen lässt sich die weitergehende Annahme, der Schuldner wolle den Gläubiger allgemein so stellen, als würde die Verjährung erst mit dem Ablauf der Verzugsfrist eintreten, nicht ohne Weiteres rechtfertigen. Denn dies müsste bereits dazu führen, dass bei einem etwa wegen beabsichtigter Verhandlungen erklärten Verzicht die eingeräumte Verzugsfrist sich sogleich mit Beginn der Ver-handlungen entsprechend § 203 BGB auf nicht absehbare Zeit verlängern würde. Ein derart **umfassender Verzichtswille kann dem Schuldner in Anbetracht der genau bestimmten Frist regelmäßig nicht unterstellt werden** und findet auch aus der Sicht des Gläubigers als Erklärungsempfänger keine Rechtfertigung. Der Gläubiger ist daher bei bevorstehendem Ablauf der Frist abgesehen von einer möglichen Fristverlängerung durch den Schuldner gehalten, den Anspruch noch innerhalb der eingeräumten Frist gericht-lich geltend zu machen, wie es im vorliegenden Fall auch geschehen ist.*

*Die vom OLG angewandte Auslegungsregel, dass der Schuldner dem Gläubiger durch einen befristeten Verjährungsverzicht im Zwei-fel sämtliche Möglichkeiten der Hemmung und des Neubeginns der Verjährung nach §§ 203 ff. BGB eröffnen wolle, entbehrt dem-nach der Grundlage. Ein **weitergehender Verzicht bedarf vielmehr besonderer Anhaltspunkte**, die einen über die Ermöglichung der gerichtlichen Geltendmachung hinausgehenden Verzichtswillen des Schuldners erkennen lassen. Das schließt es freilich nicht aus, dass die Reichweite des Einredeverzichts durch weitere Erklärungen des Schuldners verändert wird.“ (BGH aaO)*

BGB  
§ 280 I

### Unbegründete Kündigung

BGB

Haftung für Anwaltskosten

(BGH in NJW 2014, 2566; Urteil vom 04.06.2014 – VIII ZR 289/13)

Ein **Vermieter, der schuldhaft eine materiell unbegründete Kündigung ausspricht, haftet dem Mieter** wegen ei-ner vertraglichen Nebenpflichtverletzung **auf Ersatz vorgerichtlich entstehender Rechtsanwaltskosten**, die dieser zur Abwehr der Kündigung aufwendet.

*„Der mit der Widerklage geltend gemachte, auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Schadensersatzanspruch des Bekl. ist aus § 280 I 1 BGB begründet. Der Vermieter, der schuldhaft eine materiell unbegründete Kündigung ausspricht und dem Mieter auf diese Weise sein Besitzrecht grundlos streitig macht, **verletzt vertragliche Nebenpflichten aus dem Mietvertrag** (BGHZ 89, 296 = NJW 1984, 1028; BGH NJW 1988, 126; NZM 1998, 718).“ (BGH aaO)*

BGB  
§ 536

### Mietminderungsanspruch

BGB

Ausschluss wegen Verweigerung der Besichtigung durch Vermieter

(LG Berlin in IMR 2014, 323; Urteil vom 15.10.2013 – 63 S 626/12)

Dem **Vermieter steht nach der Mängelanzeige des Mieters das Recht zu, die angezeigten Mängel selbst in Au-genschein zu nehmen**.

*„Auch wenn hierzu eine persönliche Besichtigung durch den Vermieter nicht zwingend ist und auch durch Dritte wahrgenommen wer-den könnte, kann sie dem Vermieter nach **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) grds. nicht verwehrt werden. Es **obliegt letztlich seiner Beurteilung und Entscheidung, in welcher Weise die gerügten Mängel zu beseitigen sind**.*

*Es kann dahinstehen, ob in bestimmten Einzelfällen, dem Mieter eine persönliche Besichtigung durch den Vermieter nicht zuzumuten ist. Anhaltspunkte für die Annahme eines solchen Ausnahmefalls liegen hier nicht vor. Der Umstand, dass es nach dem Vortrag des Bekl. bei früheren Besichtigungen durch den Kl. nach Mängelanzeigen zum Streit der Parteien gekommen ist, bei dem der Kl. dem Bekl. gedroht und versucht hat, ihn durch aggressives Verhalten zum Verzicht auf die geltend gemachten Ansprüche zu bewegen, rechtfertigt das vom Bekl. gegenüber dem Kl. ausgesprochene Hausverbot nicht. Dies lässt für den Bekl. eine persönliche Besichti-gung neuer Mängel durch den Kl. nicht unzumutbar erscheinen. Dass der Kl. hierbei ein nicht mehr hinzunehmendes Verhalten ge-zeigt und beispielsweise Straftaten gegenüber dem Bekl. begangen hat, ist nicht erkennbar.“ (LG Berlin aaO)*

BGB  
§§ 551 III, IV, 280

**Mietkaution**  
Keine Verwertung im laufenden Mietverhältnis  
(BGH in NJW 2014, 2496; Urteil vom 07.05.2014 – VIII ZR 234/13)

BGB

Der Vermieter darf eine Mietsicherheit wegen streitiger Forderungen während des laufenden Mietverhältnisses nicht gegen den Mieter verwerten.

„Die Mietkaution [dient] nicht dazu, dem Vermieter eine Verwertungsmöglichkeit zum Zwecke schneller Befriedigung behaupteter Ansprüche gegen den Mieter während des laufenden Mietverhältnisses zu eröffnen. Gem. § 551 III 3 BGB hat der Vermieter die ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme getrennt von seinem Vermögen anzulegen. Mit der Pflicht zur treuhänderischen Sonderung der vom Mieter erbrachten Kautions wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auch in der Insolvenz des Vermieters ungeschmälert auf die Sicherheitsleistung zurückgreifen kann, soweit dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche zustehen (BGH NJW 2008, 1152 = NZM 2008, 203 = WM 2008, 367; BGH NJW 2011, 59). Diese Zielsetzung würde unterlaufen, wenn der Vermieter die Mietkaution bereits während des laufenden Mietverhältnisses auch wegen streitiger Forderungen in Anspruch nehmen könnte. Die davon zum Nachteil des Mieters abweichende Zusatzvereinbarung zu § 7 des Mietvertrags ist deshalb gem. § 551 IV BGB unwirksam. Dieses Ergebnis entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung in der Instanz-Rspr. und im Schrifttum (LG Wuppertal NJW-RR 2004, 1309; LG Darmstadt ZMR 2005, 193; LG Darmstadt WuM 2008, 726; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. III 184;; Derleder NZM 2006, 601;; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 551 Rn. 91; Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl., Vorb. § 535 Rn. 123; BeckOK BGB/Ehler, Stand: 1.5.2013, § 551 Rn. 32; anders Kluth/Grün NZM 2002, 1015; Kießling JZ 2004, 1146 [1153]; MüKo-BGB/Bieber, 6. Aufl., § 551 Rn. 14).

Das Sicherungsbedürfnis des Vermieters wird dadurch nicht beeinträchtigt, denn die zu seinen Gunsten vereinbarte Sicherheit bleibt dem Vermieter erhalten. Auch das Senatsurteil vom 12.01.1972 (NJW 1972, 625 = WM 1972, 335) spricht nicht für die Zulässigkeit eines Zugriffs auf die Kautions im laufenden Mietverhältnis bei streitigen Forderungen: Diese Entscheidung ist schon deshalb nicht einschlägig, weil ihr kein Wohnraummietverhältnis zu Grunde lag, sondern ein Mietverhältnis über Geschäftsraum, für das die Vorschrift des § 551 BGB nicht gilt. Daraus ist für die vorliegende Fallgestaltung nichts herzuleiten.“ (BGH aaO)

BGB  
§§ 902, 903

**Verjährung**  
Anspruch auf Beseitigung eines rechtswidrigen Überbaus  
(BVerwG in BayVBl 2014, 540; Beschluss vom 12.07.2013 – 9 B 12/13)

BGB

Der Anspruch des Eigentümers auf Beseitigung eines rechtswidrigen Überbaus gegenüber dem hoheitlichen Störer unterliegt nicht der Verjährung.

„[Der Eigentümer] ist befugt, rechtswidrige Störungen seines Eigentums auf eigene Kosten zu beseitigen. Dieses Recht folgt bei Eigentumsverletzungen durch hoheitliche Maßnahmen im öffentlichen Recht unmittelbar aus dem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsrecht. Das öffentliche Recht schützt den Eigentümer nicht weniger als das Zivilrecht und gewährt ebenso Abwehransprüche (BVerwG Buchholz 406.16 § 16 Eigentumsschutz Nr. 40 S. 22; BGH NJW 2011, 1068). Nach § 903 Satz 1 BGB kann der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Im öffentlichen Recht gilt nichts anderes. Umfasst wird der Anspruch gegenüber dem Störer, jedenfalls die Maßnahmen zu dulden, die nötig sind, die rechtswidrige Eigentumsstörung zu beseitigen. Das gilt insbes., wenn sie auf dem Eigentumsgrundstück vorgenommen werden sollen.

Der Duldungsanspruch ist auch nicht ein „minus“ zum Folgenbeseitigungsanspruch, sondern ein „aliud“. Er verlangt vom Hoheitsträger nämlich gerade nicht, die Folgen seines rechtswidrigen Vorgehens zu beseitigen, sondern lediglich hinzunehmen, dass vom Eigentümer ein rechtmäßiger Zustand wiederhergestellt wird. Der Duldungsanspruch ist nicht verjährt. Er ist auf die Herstellung des Gebrauchs des Eigentumsrechts gerichtet und dessen unmittelbarer Inhalt. Kraft der grundgesetzlichen Gewährleistung verjähren das Recht am Eigentum und die Ausübung dieses Rechts jedoch nicht. Im Zivilrecht ergibt sich das aus § 902 BGB.“ (BVerwG aaO)

BGB  
§ 1004

**Unterlassungsanspruch**  
Verjährung bei fortdauernder Störung  
(OVG Saarlouis in IMR 2014, 351; Beschluss vom 18.06.2014 – 1 A 20/14)

BGB

Wird das Eigentum gestört (hier durch unberechtigtes unterirdisches Durchleiten von Abwasser durch ein Grundstück), beginnt der Lauf der Verjährung eines Unterlassungsanspruchs aus § 1004 BGB nicht, solange die Störung andauert.

„Das unberechtigte Durchleiten von Abwasser durch ein fremdes Grundstück [stellt] ein Dauerverhalten dar, mit dem das - u. a. durch § 1004 BGB geschützte - Eigentumsrecht ohne zeitliche Zäsur fortdauernd verletzt wird. In solchen Fällen kann die Verjährung des Unterlassungsanspruchs aus § 1004 BGB nicht beginnen, solange die Störung andauert.

Im Streit ist nicht das Bestehen eines Beseitigungsanspruchs, sondern das Begehren des Kl., die weitere Nutzung der Verrohrung durch die Bekl. zum Durchleiten von Abwasser zu unterbinden. Dieser Anspruch zielt auf Beendigung einer noch andauernden rechtswidrigen Eigentumsbeeinträchtigung und unterliegt nicht der Verjährung. Denn hinsichtlich Dauerhandlungen kann die Verjährung des Anspruchs auf Unterlassung nicht beginnen, solange der Eingriff noch andauert.“ (OVG Saarlouis aaO)

StGB  
§ 164 I

**Falsche Verdächtigung**  
Absolutes Strafantragsdelikt  
(OLG Stuttgart in NSTZ-RR 2014, 276; Beschluss vom 27.06.2014 – 5 Ss 253/14)

StGB

Die wahrheitswidrige Behauptung einer Straftat durch eine Person erfüllt den objektiven Tatbestand des § 164 I StGB nicht, wenn schon nach dem Inhalt der verdächtigenden Äußerung selbst ausgeschlossen ist, dass diese

**zu der beabsichtigten behördlichen Reaktion führen kann.** Ist die behauptete Straftat ein absolutes Strafantragsdelikt, so ist die falsche Verdächtigung deshalb grds. nur dann strafbar, wenn der Strafantrag gestellt wird.

„Nach dieser Vorschrift [§ 164 I StGB] macht sich insbesondere der Täter strafbar, der einen anderen bei einer Behörde oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat in der Absicht verdächtigt, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen. Die **wahrheitswidrige Behauptung einer Straftat durch eine Person erfüllt den objektiven Tatbestand des § 164 I StGB daher nicht, wenn schon nach dem Inhalt der verdächtigenden Äußerung selbst ausgeschlossen ist, dass diese zu der beabsichtigten behördlichen Reaktion führen kann.** Dies ist etwa dann der Fall, wenn es schon nach dem vom Täter dargestellten Sachverhalt an einer Strafverfolgungsvoraussetzung fehlt und daher ein hinreichender **Anfangsverdacht nicht gegeben ist** (BGH, Beschl. v. 7.11.2001 – 2 StR 417/01 – juris; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 164 Rn 5 b; Ruß, LK-StGB, StGB, 12. Aufl., § 164 Rn 15).

Das gilt nach der Auffassung des Senats grds. auch für einen zur Strafverfolgung erforderlichen Strafantrag. Allerdings genügt es in diesem Fall, wenn die Behebung des Mangels nach den gegebenen Umständen zu erwarten ist und die Verfolgungsbehörde aus diesem Grund schon vorher Verfolgungs- oder Ermittlungshandlungen vornimmt, etwa wenn der vom Anzeigeeersteller verschiedene Strafantragsberechtigte für die behauptete Straftat nicht vor Ort ist, den Strafantrag aber voraussichtlich stellen würde. Denn die Vorschriften der §§ 127 III 1, 130 S. 1 und 2 StPO lassen erkennen, dass Verfolgungs- und Ermittlungshandlungen zur Aufklärung einer Straftat beim Fehlen eines erforderlichen Strafantrags nicht völlig ausgeschlossen sind (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 158 Rn 4). Dann ist es aber sachgerecht, auch in diesem Fall vom Täter fehlgeleitete Ermittlungshandlungen als falsche Verdächtigung nach § 164 I StGB zu ahnden, wenn die weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen gegeben sind.“ (OLG Stuttgart aaO)

StGB  
§ 211

**Heimtückemord**  
Herbeiführung der Arglosigkeit des Opfers

StGB

(BGH in FD-StrafR 2014, 361598; Urteil vom 11.06.2014 – 2 StR 117/14)

**Für das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers genügt es, wenn der Täter sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.**

„Dabei **kommt es nicht darauf an, ob der Täter die Arglosigkeit herbeiführt oder bestärkt** (vgl. BGH NStZ 2006, 338); worauf die Arglosigkeit des Angegriffenen beruht, ist ohne Belang (vgl. BGH NStZ 2008, 93).

Auch die Spontanität des Tatentschlusses sowie die affektive Erregung des Angeklagten sprechen nicht ohne Weiteres gegen ein bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit der Geschädigten: Zwar kann die Spontanität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass dem Täter das Ausnutzungsbewusstsein fehlte (BGH NStZ 2012, 270; BGH NStZ 2005, 691). **Maßgeblich sind aber die in der Tatsituation bestehenden tatsächlichen Auswirkungen des psychischen Zustands des Täters auf seine Erkenntnisfähigkeit.**“ (BGH aaO)

GG  
Art. 21

**Gebot parteipolitischer Neutralität**  
Äußerungen eines/r Ministerpräsident/in

GG

(VerfGH Rh-Pf in DÖV 2014, 759; Urteil vom 21.05.2014 – VGh A 39/14)

1. Ein **Amtsträger ist dem Gebot parteipolitischer Neutralität verpflichtet** und darf daher in amtlicher Eigenschaft - und zwar grds. weder positiver noch negativer Art - **keine Wahlempfehlung aussprechen.**

„In einer demokratischen Verfassungsordnung muss sich die **Willensbildung des Volkes frei, offen und unreglementiert** vollziehen (vgl. auch BVerfGE 20, 56; BVerfGE 44, 125; BVerfGE 69, 315). Allerdings ist nicht jede staatliche Einwirkung auf die – vorbehaltlos gewährleistete – freie Willensbildung des Wählers ausgeschlossen.

Zum Gelingen repräsentativer Demokratie bedarf es der **Teilhabe der Bürger an ihren Entscheidungsprozessen.** Der Prozess der politischen Willensbildung im demokratischen Staat vollzieht sich dabei nicht einseitig vom Volk hin zu den staatlichen Organen, sondern erfordert eine ständige Rückkopplung zwischen Staatsorganen und Volk. Eine Teilnahme von Regierung und gesetzgebenden Körperschaften am öffentlichen Diskurs ist deshalb grds. nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch notwendig.

Allerdings müssen sich die **amtlichen Äußerungen eines Verfassungsgorgans innerhalb des diesem von der Landesverfassung zugewiesenen Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs halten, sind dem Gebot parteipolitischer Neutralität verpflichtet** und können in Vorwahlzeiten noch weitergehender Zurückhaltung unterliegen).

**Strengere Anforderungen gelten insbes. während des Wahlkampfes:** Den staatlichen Organen ist eine im Verhältnis zur zeitlichen Nähe des Wahltermins graduell ansteigende Zurückhaltungspflicht auferlegt. Die Rücksicht auf einen freien und offenen Prozess der Meinungsbildung sowie auf die Chancengleichheit der Bewerber verbietet es staatlichen und anderen hoheitlichen Organen, sich vor Wahlen in amtlicher Funktion mit politischen Parteien oder Wahlbewerbern zu identifizieren und sie als Amtsträger zu unterstützen oder zu bekämpfen. Die Inhaber entsprechender staatlicher Ämter dürfen deshalb in amtlicher Eigenschaft keine Wahlempfehlung aussprechen und zwar grds. weder positiver noch negativer Art.“ (VerfGH Rh-Pf aaO)

2. Das **Neutralitätsgebot gilt aber nur für amtliche Äußerungen, die Inhaber staatlicher Ämter dürfen sich als Bürger** - wie alle anderen Bürgerinnen und Bürger auch - **aktiv am Wahlkampf beteiligen** (vgl. BVerfGE 44, 125; BVerfGE 63, 230; BVerwGE 104, 323; BVerwG NVwZ 1992, 795; BVerwG NVwz 2001, 928).

„Dabei können sie sich ihrerseits – ebenfalls wie alle anderen Bürgerinnen und Bürger – auf den Schutz der einschlägigen Grundrechte, etwa der Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 10 Abs. 1 LV, Art. 12 LV) und der wahlrechtlichen Chancengleichheit (Art. 76 Abs. 1 LV) sowie der Parteienfreiheit berufen (zum individualrechtlichen Gehalt von Art. 21 GG vgl. Morlok, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 21 Rn. 53). Ihr persönliches, individuelles Recht zur aktiven Teilnahme am Wahlkampf umfasst daher auch und gerade das Recht, für die Wahl der „eigenen“ oder gegen die Wahl einer konkurrierenden Partei einzutreten. Zulässig sind daher solche Äußerungen eines Amtsinhabers, die dieser als politisch engagierter Bürger tätigt, welcher zugleich ein öffentliches Amt innehat, das er aber nicht zu verleugnen braucht (vgl. bereits BVerwG DÖV 1974, 388). Diese

Grundsätze gelten grds. auch für die Inhaber herausgehobener staatlicher Ämter (vgl. entspr. zu Mitgliedern der Bundesregierung bereits BVerfGE 63, 230 und BVerfGE 44, 125), deren parteipolitische Rückanbindung – wie im Falle von Regierungsmitgliedern – nach der Wertung des Art. 21 GG i. Ü. von der Verfassung gewollt ist.“ (VerfGH Rh-Pf aaO)

---

GG

### Zustandshaftung

BGB

Art. 30 III

Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern

(Hess VGH in DÖV 2014, 715; Urteil vom 27.03.2014 – 8 A 1251/12)

Das Land Hessen ist für **Grundstücke, die es im Wege einer Zwangserbschaft erworben hat, gefahrenabwehrrechtlich zustandsverantwortlich** und kann zur Erfüllung sich daraus ergebender öffentlich-rechtlicher Handlungspflichten von Gefahrenabwehrbehörden anderer Gebietskörperschaften **durch Verwaltungsakt aufgefordert werden**, soweit dadurch nicht in die hoheitliche Amtstätigkeit der Landesverwaltung eingegriffen wird.

„Durch Art. 20 Abs. 3 GG sind nämlich die Träger öffentlicher Verwaltung verpflichtet, sowohl die ihnen gesetzlich übertragenen hoheitlichen Aufgaben zu erfüllen, als auch dabei die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Gefahrenabwehr in eigener Verantwortung zu beachten, wie andererseits auch die zuständigen Gefahrenabwehrbehörden nach Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet sind, ihrerseits für die Einhaltung der ordnungsrechtlichen Vorschriften zu sorgen. Soweit der die jeweiligen Aufgabenzuweisungen regelnde Gesetzgeber zur Bewältigung dieses behördlichen Kompetenzkonflikts den Kompetenzbereich der Gefahrenabwehrbehörde nicht ausdrücklich durch besondere Eingriffsbefugnisse gegen andere Hoheitsträger erweitert hat, wie etwa im Hessischen Abfallwirtschaftsgesetz, darf die Gefahrenabwehrbehörde die ihr nur allgemein verliehenen Befugnisse gegenüber anderen Hoheitsträgern nur insoweit ausüben, als sie damit **nicht in deren hoheitlichen Tätigkeits- und Kompetenzbereich eingreift**, so dass etwa die Wahrnehmung bloßer Zustimmungs-, Genehmigungs-, Auskunft- oder Überwachungsrechte oder ein Hinweis auf Gesetzesverstöße durch die Gefahrenabwehrbehörde grds. zulässig ist (vgl. Gebhard DÖV 1986, 545 ff. m. w. Nachw.). Daraus wird deutlich, dass diese sich aus einem **Kompetenzkonflikt öffentlicher Verwaltungsträger ergebende Eingriffsbeschränkung für die Gefahrenabwehrbehörden** dann sachlich nicht gerechtfertigt ist, wenn ein Hoheitsträger rein fiskalisch, also nicht in Wahrnehmung einer ihm zugewiesenen öffentlichen Aufgabe tätig wird, oder wenn umgekehrt eine eigentlich öffentliche Aufgabe nicht von einem Hoheitsträger, sondern von einem dem öffentlichen Sonderrecht und der besonderen Verpflichtung des Art. 20 Abs. 3 GG nicht unterworfenen Privatrechtssubjekt durchgeführt wird, und dass andererseits das Bestehen dieser Eingriffsbeschränkung gegenüber einer zur Erfüllung hoheitlicher Zwecke betriebenen Einrichtung davon **unabhängig ist, ob das Benutzungsverhältnis verwaltungsprivatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet** ist.“ (Hess VGH aaO)

---

RhPFBG  
§ 62 I 3

### Ruhestandsversetzung eines Beamten Zulässigkeit der nachträglichen Änderung

BeamtenR

(BVerwG in NVwZ-RR 2014, 653; Urteil vom 30.04.2014 – 2 C 65/11)

**Nach dem Beginn des Ruhestandes eines Beamten kann weder seine Versetzung in den Ruhestand noch der Grund, auf dem sie beruht, durch Widerruf, Rücknahme oder Wiederaufgreifen des Verfahrens nachträglich geändert werden.**

„Nach § 62 I 3 RhPFBG kann die Zurruhesetzungsverfügung – nur – bis zum Beginn des Ruhestandes zurückgenommen werden. Diese Bestimmung, die sich auch in den Beamtengesetzen anderer Länder und des Bundes findet, dient nicht nur dem **Vertrauensschutz des in den Ruhestand versetzten Beamten**, sondern auch dem **allgemeinen Interesse der Rechtsbeständigkeit der Statusentscheidung und der Rechtsklarheit**. Damit erweist sie sich als das **Gegenstück der Ämterstabilität**, die aus ähnlichen Gründen den Widerruf und die Rücknahme der Ernennung von den allgemeinen Vorschriften ausnimmt und an spezielle, im Beamtengesetz selbst geregelte Voraussetzungen knüpft (BVerwG NVwZ-RR 2008, 193).

Die **Versetzung in den Ruhestand** ist – wie die Ernennung des Beamten – ein **statusverändernder Verwaltungsakt**. Sie ist **nach dem Ruhestandsbeginn nicht mehr korrigierbar**; die abschließenden Regelungen des Beamtenrechts stehen einem Rückgriff auf die Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts über den Widerruf und die Rücknahme von Verwaltungsakten und ein Wiederaufgreifen des Verfahrens (§§ 48, 49, 51 VwVfG) entgegen. Das **erfasst auch den Grund für die Zurruhesetzung**. Eine Aufspaltung in die Zurruhesetzung „als solche“ einerseits und den Grund für die Zurruhesetzung andererseits ist nicht möglich (BVerwG NVwZ-RR 2008, 193; Plog/Wiedow, BBG, § 47 a. F. Rn. 7.0). Dementsprechend muss der Grund für die Zurruhesetzung bei Erlass der Zurruhesetzungsverfügung feststehen; er darf nicht offen oder in der Schwebe bleiben.

Kommt die Versetzung in den Ruhestand aus mehreren gesetzlichen Gründen in Betracht, so ist eine nachträgliche Änderung des Inhalts der Verfügung dahingehend, dass die Zurruhesetzung auf einen anderen der gesetzlichen Gründe gestützt wird, nicht möglich (log/Wiedow, BBG, § 47 a. F. Rn. 8). Das schließt gleichermaßen Änderungen zu Gunsten wie zu Lasten des Beamten aus. Anderenfalls wäre auch eine Änderung zu Lasten des Beamten etwa bei nachträglichem Wegfall der Schwerbehinderteneigenschaft möglich (z. B. bei einer Krebserkrankung nach Entfallen des Rezidivrisikos).

Somit sind **inhaltliche Änderungen** – auch bzgl. des Grundes der Zurruhesetzungsverfügung – **ab Beginn des Ruhestandes ausgeschlossen**.“ (BVerwG aaO)

---

VO (EG) Nr. 1371/2007  
Art. 18 I

### Informationspflicht eines Eisenbahnunternehmens Information der Fahrgäste über Verspätungen

öfFR

(OVG NRW in DVBl 2014, 1065 = DÖV 2014, 807; Urteil vom 16.05.2014 – 16 A 494/13)

Aus Art. 18 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 folgt für das Eisenbahnunternehmen oder den Bahnhofsbetreiber die **Pflicht, Fahrgäste an allen Bahnhöfen über Verspätungen von Zügen zu informieren**. Es genügt nicht, Fahrgäste darauf hinzuweisen, wo die entsprechenden Informationen für sie bereitgestellt werden.

I. Bereits der **Wortlaut** streitet für diesen Regelungsgehalt der Norm.

---

„Die **Fahrgäste sind nämlich über Verspätungen "zu unterrichten"**. Den Fahrgästen darf also nicht nur mitgeteilt werden, wo sie entsprechende Informationen abrufen können. Auch ein Vergleich mit anderen Vorschriften der Verordnung zeigt die Unterscheidung in Informationen, die auf Anfrage des Kunden erteilt werden (etwa Art. 8 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 der Verordnung), und in voraussetzungslos bestehende Unterrichts- und Informationspflichten, wie sie etwa in Art. 8 Abs. 2, Art. 29 und auch in Art. 18 Abs. 1 der Verordnung vorgesehen sind.

Einen Vorbehalt hinsichtlich des finanziellen Aufwands der Unterrichtung enthält Art. 18 Abs. 1 der Verordnung nicht. Zwar hat die Unterrichtung zu erfolgen, "sobald" die Informationen zur Verfügung stehen. Diese Einschränkung meint indes Selbstverständliches. Erst wenn die Information vorliegt, kann die Unterrichtung erfolgen. Der Vorbehalt meint bei sinnvoller Betrachtung also eine **Weitergabeverpflichtung von Informationen, die im Unternehmen vorhanden sind**. Entgegen der Auffassung der Klägerin entsteht die Verpflichtung zur Unterrichtung daher nicht erst dann, wenn an der Station technische Möglichkeiten oder Personal zur Verfügung stehen, um die an anderer Stelle im Unternehmen vorhandenen Informationen aufzunehmen. Sonst könnte die Klägerin autonom darüber entscheiden, ob die Weitergabe von Informationen ermöglicht werden soll.“ (OVG NRW aaO)

II. Für dieses Auslegungsergebnis sprechen auch **Sinn und Zweck der Fahrgastrechte-Verordnung**.

„Nach ihrem Erwägungsgrund 4 gehört zu den Rechten der Nutzer von Eisenbahnverkehrsdiensten das Erhalten von Informationen über den Verkehrsdienst sowohl vor als auch während der Fahrt. Wann immer möglich, sollten Eisenbahnunternehmen und Fahrkartenverkäufer diese Informationen im Voraus und so schnell wie möglich bereitstellen. Die Sichtweise der Klägerin würde aber dazu führen, dass das Ziel einer zeitnahen Unterrichtung über Verspätungen nicht im Rahmen des Möglichen erfolgte. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass bei einem bloßen Hinweis auf eine Telefonnummer oder eine Service-Hotline die Fahrgäste die Informationen erst dann erlangten, wenn sie einen Anruf für erforderlich hielten, also dann, wenn die Verspätung bereits eingetreten sei. Abgesehen davon sei diese Art der Unterrichtung nur möglich, wenn der Fahrgast ein technisches Kommunikationsmittel mit sich führe. Mit dem **Möglichkeitvorbehalt** ("Wann immer möglich", ...) in Satz 2 des 4. Erwägungsgrunds ist auch nicht gemeint, dass in Fällen geringen Verkehrsaufkommens oder bei einer geringen Zahl von Fahrgästen etc. die Unterrichtungspflicht nicht besteht. Auch geht es nicht um den Vorbehalt vorhandener Ressourcen. Der Möglichkeitvorbehalt kann nach Auffassung des Senats vielmehr allein die Berücksichtigung der sogenannten Opfergrenze des Verpflichteten sein. Diese sowohl im Zivilrecht als auch im Öffentlichen Recht bestehende Grenze bedeutet die **Unzumutbarkeit der Erfüllung von auferlegten Pflichten**. So sind im Öffentlichen Recht etwa die Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit des Grundstückseigentümers nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit bestimmt worden (vgl. BVerfGE 102, 1; vgl. auch BGH NJW 2010, 2050).

Für eine derartige Unzumutbarkeit hat die Klägerin jedoch nichts Substantielles geltend gemacht und hierfür ist auch nichts ersichtlich.“ (OVG NRW aaO)

III. Auch **lässt sich § 18 Abs. 1 der Verordnung nicht** unter Berücksichtigung von Abs. 2 der Norm in der Weise **einschränkend auslegen, dass die Informationspflicht nur insoweit besteht, als die vorhandenen Ressourcen ausreichen**.

„Im Unterschied zu Art. 18 Abs. 1 enthält Abs. 2 der Vorschrift jeweils einen Möglichkeitvorbehalt für die Verpflichtung bei einer Verspätung etwa Mahlzeiten, die Unterbringung in einem Hotel oder die Beförderung von einem blockierten Zug zum Bahnhof kostenlos anzubieten. **Für eine Übertragung des Möglichkeitvorbehalts auf die Informationsverpflichtung nach Abs. 1 besteht kein Raum, weil eine Regelungslücke nicht besteht**. Vielmehr ist der vom Verwaltungsgericht angenommene Gegenschluss, dass die Möglichkeitvorbehalte in Art. 18 Abs. 2 der Verordnung nicht auf Art. 18 Abs. 1 der Verordnung anwendbar sind, angezeigt. Ein "Vorbehalt der vorhandenen Ressourcen" würde zudem dazu führen, dass die Klägerin an Stationen, an denen bislang aktiv keine Information über Verspätungen möglich ist, auch zukünftig nicht zu informieren hätte. Das liefe den in den Erwägungsgründen genannten **Zielen eines hohen Verbraucherschutzniveaus und des Schutzes der Nutzerrechte der Fahrgäste** zuwider.“ (OVG NRW aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 234

### Berufungsbegründungsfrist Beginn nach versäumter Berufungsfrist bei PKH-Versagung (BGH in NJW 2014, 2442; Beschluss vom 30.04.2014 – III ZB 86/13)

ZPO

Die Monatsfrist für die Berufungsbegründung nach §§ 234 I 2, 236 II 2 ZPO beginnt für eine mittellose, um Prozesskostenhilfe nachsuchende Partei bei versäumter Berufungsfrist erst mit der Mitteilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist.

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

##### I. Zulässigkeit

###### 1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zuständig ist nach § 133 GVG der BGH.

###### 2. Statthaftigkeit

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

Die Rechtsbeschwerde ist zudem nach § 574 II, III ZPO gleichwohl nur zulässig, wenn Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.

###### 3. Beschwerdebefugnis

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

###### 4. Form und Frist

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

##### II. Begründetheit

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

#### B. Lauf der Berufungsbegründungsfrist nach Antrag auf Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist (vgl. BGH in NJW 2014, 2442)

**Fall:** Der Kl. nimmt die Bekl. aus einer Beratertätigkeit auf Zahlung von 4.495,00 EUR nebst Zinsen in Anspruch. Das AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg hat die Klage mit Urteil vom 04.06.2012 (20 C 22/11) das den damaligen Prozessbevollmächtigten des Kl. am 08.06.2012 zugestellt worden ist, abgewiesen. Mit am 08.10.2012 eingegangenem Schriftsatz vom selben Tage hat der Kl. bei dem BerGer. für eine beabsichtigte Berufung Prozesskostenhilfe sowie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Frist zur Einreichung des Prozesskostenhilfesuchs beantragt. Er hat hierzu vorgetragen, dass sein Prozessbevollmächtigter bereits am 06.07.2012 einen Prozesskostenhilfeantrag in den Nachtbriefkasten des BerGer. eingeworfen habe. Durch Beschluss vom 22.02.2013, dem Prozessbevollmächtigten des Kl. zugestellt am 26.02.2013, hat das BerGer. den Prozesskostenhilfeantrag des Kl. mangels hinreichender Erfolgsaussicht der beabsichtigten Berufung zurückgewiesen. Am 15.03.2013 hat der Kl. gegen das amtsgerichtliche Urteil Berufung eingelegt und zugleich beantragt, ihm wegen der Versäumung der Berufungs- und der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Mit Eingang vom 02.04.2013

(Dienstag nach Ostern) hat der Kl. seine Berufung begründet. Das LG Berlin (Beschluss vom 09.08.2013 – 83 S 67/12, BeckRS 2014, 11539) hat den Antrag des Kl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen und seine Berufung als unzulässig verworfen. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Prozesskostenhilfeantrag des Kl. innerhalb der Monatsfrist nach § 517 ZPO eingegangen sei und ihm daher Wiedereinsetzung in die Versäumung der Berufungsfrist zu gewähren wäre. Die Berufung des Kl. sei jedenfalls deshalb unzulässig, weil die Berufungsbegründung nicht innerhalb der hierfür gem. §§ 234 I 2, 236 II 2 geltenden Monatsfrist eingegangen sei. Diese Entscheidung hat der Kl. mit der Rechtsbeschwerde angegriffen. Wird er Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit

„Die nach § 574 I 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 522 I 4, 238 II ZPO statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig, da die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 II Nr. 2 Alt. 2 ZPO).“ (BGH aaO)

## II. Begründetheit

Die Rechtsbeschwerde ist begründet, wenn das BerGer. die Berufung zu Unrecht wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unzulässig verworfen hat.

Zunächst ist fraglich, wann die Frist für die Berufungsbegründung nach Ablehnung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren zu laufen beginnt.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine mittellose Partei ohne ihr Verschulden gehindert ist, eine Notfrist einzuhalten, so dass ihr nach Entscheidung über die Prozesskostenhilfe auch grundsätzlich Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand zu gewähren ist. Allerdings sieht § 234 I 2 ZPO vor, dass der Wiedereinsetzungsantrag binnen Monatsfrist zu erfolgen hat und mit dem Wiedereinsetzungsantrag nach § 236 II 2 ZPO auch die versäumte Prozesshandlung nachgeholt werden muss.

Der Beschluss über die Ablehnung der Prozesskostenhilfe vom 22.02.2013 wurde dem Kl. am 26.02.2013 zugestellt. Insofern könnte die Frist für die Beantragung der Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist und die Berufungsbegründungsfrist nebst Nachholung der Berufungseinlegung und Begründung am 26.03.2013 abgelaufen sein. Der betreffende Schriftsatz ist jedoch erst am 02.04.2013 bei Gericht eingegangen. Fraglich ist, ob dies verspätet war.

### 1. Wiedereinsetzung in Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist

Fraglich ist, ob die Berufungsbegründung tatsächlich innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist nachgeholt werden muss.

„Nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH, der sich der erkennende Senat anschließt, beginnt die **Monatsfrist für die Berufungsbegründung** nach §§ 234 I 2, 236 II 2 ZPO für eine mittellose, um Prozesskostenhilfe nachsuchende Partei bei versäumter Berufungsfrist **erst mit der Mitteilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist**. Die mittellose Partei soll nämlich erst dann zur Berufungsbegründung gehalten sein, wenn sie weiß, dass ihr hinsichtlich der Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung gewährt worden ist (BGHZ 173, 14 [17, 19] = NJW 2007, 3354 Rn. 9, Rn. 13 ff., insbes. Rn. 23).

Auf entgegenstehende Rechtsprechung anderer Zivilsenate des BGH kann sich das BerGer. nicht berufen. Der vom BerGer. zitierte Senatsbeschluss (NJW 2006, 2857) betraf die – hier nicht vorliegende – Fallkonstellation, dass der Berufungskl. erst nach erfolgter (unbedingter) Berufungseinlegung Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe gestellt hatte (vgl. auch BGHZ 173, 14 [18] = NJW 2007, 3354 Rn. 10). Der weiter vom BerGer. angeführte Beschluss des IX. Zivilsenats (BGHZ 176, 379 = NJW 2008, 3500) behandelt die Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die **Versäumung der Einlegungs- und Begründungsfrist für eine Rechtsbeschwerde**. Hier beginnt nach Meinung des IX. Zivilsenats die Frist (auch) zur Begründung der Rechtsbeschwerde deshalb (schon) ab der Bekanntgabe der Gewährung von Prozesskostenhilfe und nicht (erst) ab Bekanntgabe der Bewilligung von Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einlegungsfrist, weil bei der Rechtsbeschwerde – im Unterschied zur Berufung und zur Revision (oder Nichtzulassungsbeschwerde) – **nicht zwischen zeitlich voneinander abweichenden Einlegungs- und Begründungsfristen zu differenzieren**, sondern das Rechtsmittel innerhalb eines Monats sowohl einzulegen (§ 575 I 1 ZPO) als auch zu begründen ist (§ 575 II 1 und 2 ZPO; vgl. BGHZ 176, 379 [381 f.] = NJW 2008, 3500 Rn. 8). Für den Fall der Fristversäumung bei einer Berufung hat sich der IX. Zivilsenat in dieser Entscheidung ausdrücklich der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats angeschlossen (BGHZ 176, 379 [381 f.] = NJW 2008, 3500 Rn. 6; s. auch BGH, Beschluss vom 14.11.2012 – IX ZR 268/12, BeckRS 2012, 23762 Rn. 2). Auch der

*II. Zivilsenat folgt der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats (s. NJW-RR 2008, 1306 [1307 f.] Rn. 16 und NJOZ 2011, 647 [648] Rn. 13).*“ (BGH aaO)

## 2. Entscheidung über die Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist

Hinsichtlich des Antrags auf Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist nach Versagung von Prozesskostenhilfe geht der BGH von einer zusätzlichen Überlegungsfrist von 3 bis 4 Tagen aus (vgl. BGH, Beschluss vom 19.07.2007 – IX ZB 86/07, BeckRS 2007, 12692 Rn. 10 m.w.N.; NJW-RR 2009, 789 Rn. 6 f. m.w.N. und NJW 2013, 2822 [2823] Rn. 16). Allerdings ist über den Antrag des Kl. auf Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Berufungsfrist bislang nicht entschieden worden

*„[Die] Monatsfrist für die Berufungsbegründung (§§ 234 I 2, 236 II 2 ZPO) [hat] noch nicht zu laufen begonnen und [ist] mithin auch nicht abgelaufen.“* (BGH aaO)

Allerdings hat der BGH in einem obiter dictum klargestellt, wie dies hinsichtlich der Berufungsbegründungsfrist zu sehen ist.

*„Für eine zusätzliche Überlegungsfrist von drei bis vier Tagen, ist in Bezug auf die Berufungsbegründungsfrist **weder Raum noch Bedarf**, wenn die Monatsfrist nach §§ 234 I 2, 236 II 2 ZPO erst mit der Mitteilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu laufen beginnt.“* (BGH aaO)

## III. Ergebnis

Das BerGer durfte die Berufung nicht wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unzulässig verwerfen.

*„Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben und die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen, damit es (zunächst) über den Antrag des Kl. auf Bewilligung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Berufungsfrist entscheidet; von dieser Entscheidung hat das BerGer. ausdrücklich abgesehen und insoweit auch keine Feststellungen getroffen (§ 577 IV 1 ZPO).*

*Die Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist und die damit einhergehende Verwerfung der Berufung als unzulässig verletzen den Kl. in seinem **Verfahrensgrundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz** (Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip).“* (BGH aaO)

**Verstoß gegen zwingende Zustellungsvorschriften**  
**Relevanz des tatsächlichen Zugangs**

(BFH in NJW 2014, 2524, Beschluss vom 06.05.2014 – GrS 2/13)

Verstößt eine Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten gegen zwingende Zustellungsvorschriften, weil der Zusteller entgegen § 180 S. 3 ZPO auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung nicht vermerkt hat, ist das zuzustellende Dokument im Sinne des § 189 ZPO in dem Zeitpunkt dem Empfänger tatsächlich zugegangen, in dem er das Schriftstück in die Hand bekommt.

**Fall:** Die für die Kl. bestimmte Ausfertigung eines Urteils des FG München wurde den damaligen Prozessbevollmächtigten der Kl., drei in einer Sozietät zusammengeschlossenen Rechtsanwälten, im Wege eines Zustellungsauftrags durch die Deutsche Post-AG zugestellt. In der vom Zusteller unterzeichneten Zustellungsurkunde wird angegeben, dass der Umschlag nach dem vergeblichen Versuch der Übergabe in einen zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt wurde. Als Tag der Zustellung wurde der 24.12.2008 (Mittwoch) ohne Angabe einer Uhrzeit in die Zustellungsurkunde eingetragen.

Die Revisionsschrift der Prozessbevollmächtigten der Kl. vom 26.01.2009 ging am Dienstag, den 27.01.2009, beim BFH ein. Nach einem telefonischen Hinweis der Geschäftsstelle des zuständigen VIII. Senats, dass die Frist zur Einlegung der Revision bereits am 26.01.2009 abgelaufen sei, widersprachen die Prozessbevollmächtigten dem mit Schriftsatz vom 28.01.2009 und stellten zugleich (hilfsweise) namens der Kl. einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Revisionsfrist.

Die Kl. tragen vor, das Urteil sei ihren Prozessbevollmächtigten erst am 29.12.2008 (Montag) zugegangen. Die Kanzlei sei vom 24. bis 28.12.2008 nicht geöffnet gewesen. Die für die Leerung des Briefkastens sowie die Öffnung und Verteilung der Eingangspost zuständige Rechtsanwaltsfachangestellte B habe die Sendung am 29.12.2008 im Kanzleibriefkasten vorgefunden. Dem bearbeitenden Rechtsanwalt habe B auf sofortige Nachfrage gesagt, der Brief sei am 29.12.2008 eingegangen. Auf dem Briefumschlag fehle die Angabe des Tags der Zustellung. Für den Beginn der Revisionsfrist komme es auf den Tag an, an dem der Prozessbevollmächtigte das zuzustellende Urteil in die Hand bekommen habe, also den 29.12.2008. Danach sei die Revision rechtzeitig eingelegt worden.

Der VIII. Senat ist der Auffassung, dass das Dokument dem Empfänger i.S.d. § 189 ZPO (hier i.V.m. § 53 II FGO) bereits in dem Zeitpunkt tatsächlich zugegangen ist, in dem nach dem gewöhnlichen Geschehensablauf mit einer Entnahme des Schriftstücks aus dem Briefkasten und der Kenntnisnahme gerechnet werden könne (BFH [VIII. Senat], DStRE 2013, 1267). Diese Auffassung weicht von derjenigen des VI. Senats des BFH in BFH/NV 2007, 2332 = BeckRS 2007, 25012297ab. Daher hat der VIII. Senat durch Beschluss vom 07.02.2013 (BFHE241, 107 = BStBl. II 2013, 823 = DStRE 2013, 1267 = NJW 2013, 2848 Ls.) dem Großen Senat des BFH folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

Ist im Fall einer zulässigen Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten, die gegen zwingende Zustellungsvorschriften verstößt, weil der Zusteller entgegen § 180 S. 3 ZPO auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung nicht vermerkt hat, das zuzustellende Schriftstück i.S.v. § 189 ZPO bereits in dem Zeitpunkt dem Empfänger tatsächlich zugegangen und gilt deshalb als zugestellt, in dem nach dem gewöhnlichen Geschehensablauf mit einer Entnahme des Schriftstücks aus dem Briefkasten und der Kenntnisnahme gerechnet werden kann, auch wenn der Empfänger das Schriftstück erst später in die Hand bekommt?

## I. Beurteilung der Frage anhand der Rechtslage

Ein auf Grund mündlicher Verhandlung verkündetes Urteil ist den Beteiligten nach den Vorschriften der ZPO (§ 53 II FGO) von Amts wegen zuzustellen.

### 1. Anforderungen an Zustellung per Postzustellungsurkunde

„**Zustellung** ist nach § 166 I ZPO die Bekanntgabe eines Dokuments an eine Person in der von §§ 166 ff. ZPO bestimmten Form. Ein **Zustellungsauftrag** kann der Post erteilt werden, indem dieser das zuzustellende Schriftstück in einem **verschlossenen Umschlag** sowie ein **vorbereitetes Formular einer Zustellungsurkunde** übergeben wird (§ 176 I ZPO). Für die Ausführung der Zustellung gelten §§ 177–181 ZPO (§ 176 II ZPO). Das Schriftstück kann der Person, der zugestellt werden soll, an jedem Ort übergeben werden, an dem sie angetroffen wird (§ 177 ZPO). Wird die Person, der zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung, in dem Geschäftsraum oder in einer Gemeinschaftseinrichtung, in der sie wohnt, **nicht angetroffen**, und kann das Schriftstück auch nicht einer der in § 178 I Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO genannten Personen übergeben werden, kann nach § 180 S. 1 ZPO das Schriftstück in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden **Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung**, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist, **eingelegt werden**. Mit der Einlegung gilt das Schriftstück als zugestellt (§ 180 S. 2 ZPO). Nach § 180 S. 3 ZPO vermerkt der Zusteller auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das Datum der Zustellung. Zum Nachweis der Zustellung ist eine Urkunde auf dem hierfür vorgesehenen Formular anzufertigen (§ 182 I 1 ZPO), die unter anderem die Bemerkung enthalten muss, dass der **Tag der Zustellung auf dem Umschlag**, der das zuzustellende Schriftstück enthält, **vermerkt** ist (§ 182 II Nr. 6 ZPO).“ (BFH aaO)

## 2. Verstoß gegen Zustellanforderungen

Werden die Anforderungen an die jeweilige Zustellart nicht eingehalten, so liegt ein Zustellmangel vor, der jedoch unter den Voraussetzungen des § 189 ZPO geheilt werden kann.

*„Als Vorfrage zur Vorlage hat der VIII. Senat, § 180 S. 3 ZPO, wonach vom Zusteller auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks das **Datum der Zustellung zu vermerken** ist, als eine der nach § 189 ZPO heilbaren **zwingenden Zustellungsvorschriften** beurteilt. An diese Rechtsauffassung ist der Große Senat gebunden, er teilt sie auch (ebenso BFHE 235, 255 = BStBl. II 2012, 197 = DStR 2011, 2387 Rn. 9 m.w.N.).“* (BFH aaO)

Nach § 189 ZPO gilt ein Dokument in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugeworfen ist.

Allerdings stellt sich die Frage, wann von einem solchen tatsächlichen Zugang auszugehen ist. Nach allgemeinen Grundsätzen ist eine Erklärung dann zugeworfen, wenn nach regelmäßigen Umständen mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist. Dies wäre bei einem geschäftlichen Briefkasten je nach dem Zeitpunkt der Einlegung regelmäßig der nächste Werktag und nicht der Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme.

## II. Beurteilung der Rechtsfrage anhand der Rechtsprechung

### 1. II. Senat des BFH (BFH/NV 2005, 900 = BeckRS 2005, 25007559)

Ein Urteil des FG war durch Einlegen in den Briefkasten am 13.03.2004 zugestellt worden, ohne dass der Zusteller das Datum der Zustellung auf dem Briefumschlag vermerkt hatte. Die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde war am 14.05.2004 beim BFH eingegangen. Der Prozessbevollmächtigte hatte erklärt, dass in seiner Kanzlei an Samstagen üblicherweise nicht gearbeitet werde und das Urteil in der Kanzlei mit dem Eingangsstempel vom 15.03.2004 (Montag) versehen worden war. Hier ging der II. Senat davon aus, dass das Urteil dem Prozessbevollmächtigten am 15.03.2004 tatsächlich zugeworfen sei. Dieser Zeitpunkt – nicht der Zeitpunkt des Einlegens in den Briefkasten der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Kl. (13.03.2004) – sei für die Zustellung des FG - Urteils maßgebend (§ 189 ZPO).

### 2. VI. Senat des BFH (BFH/NV 2007, 2332 = BeckRS 2007, 25012297)

Ein Urteil des FG war ausweislich der Zustellungsurkunde am 17.11.2006 (Freitag) durch Einlegen in den Briefkasten des Kl. zugestellt worden. Auf dem Briefumschlag befand sich kein Vermerk über das Datum der Zustellung. Die Beschwerde war am 21.12.2006 eingelegt worden. Nach eigenen Angaben hatte der Kl. am 23.11.2006 Kenntnis von der Zustellung erhalten. Diesen Tag betrachtete der VI. Senat als Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs i.S.d. § 189 ZPO. Es komme darauf an, dass das **zuzustellende Schriftstück derart in die Hände des Zustellungsadressaten** gelangt sei, dass dieser es behalten und von seinem Inhalt **Kenntnis nehmen könne**.

### 3. IX. Senat des BFH (BFH/NV 2009, 964 = BeckRS 2009, 25014831)

Hier war durch Einlegen in den Briefkasten zugestellt worden, allerdings war die Zustellungsurkunde infolge des Fehlens einer Unterschrift unvollständig. Nach Auffassung des IX. Senat gelte das Urteil nach § 189 ZPO in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es der betreffenden Person **tatsächlich zugeworfen** sei.

### 4. I. Senat des BFH (BFHE 235, 255 = BStBl. II 2012, 197 = DStR 2011, 2387)

Ein Urteil des FG war am 29.05.2010 (Samstag) durch Einlegen in den Briefkasten des Prozessbevollmächtigten zugestellt worden, die Revision wurde am 30.06.2010 eingelegt worden. Auf dem Umschlag fehlte der Vermerk über das Datum der Zustellung. Der I. Senat hielt die Revisionsfrist nicht für versäumt, weil er den Angaben des Prozessbevollmächtigten folgend davon ausging, diesem sei das Schriftstück mit Öffnen der Post am Montag, dem 31.05.2010, tatsächlich zugeworfen.

## 5. Zusammenfassung

Die bisherige Rechtsprechung geht daher überwiegend davon aus, dass es auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme ankommt und nicht auf eine hypothetische Kenntnisnahmemöglichkeit.

## III. Literatur

„Im Schrifttum wird überwiegend in Anlehnung an die Formel des BGH-Beschlusses in NJW 1984, 926 (ebenso BGH, NJW 2001, 1946 = HFR 2001, 1200; NJW 1989, 1154) die Auffassung vertreten, es müsse eine zuverlässige Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück vermittelt werden, was im Allgemeinen dann geschehen sei, wenn der Adressat der Zustellung trotz Verletzung der Zustellungsvorschriften das zuzustellende Schriftstück „in die Hand bekommen“ habe (MüKo-ZPO/Häublein, 4. Aufl., § 189 Rn. 8; Prütting/Gehrlein, ZPO, 5. Aufl., § 189 Rn. 4; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 189 Rn. 7; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 35. Aufl., § 189 Rn. 8; Musielak/Wittschier, ZPO, 11. Aufl., § 189 Rn. 3; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 189 Rn. 4; ebenso zu § 8 VwZG Krusein Tipke/Kruse, § 8 VwZG Rn. 1; Schwarz in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 8 VwZG Rn. 5). Der Vorlagebeschluss des VIII. Senats (BFHE 241, 107 = BStBl. II 2013, 823 = NJW 2013, 2848 Ls.) ist im Schrifttum teils zustimmend, teils ablehnend aufgenommen worden. [wird ausgeführt]“ (BFH aaO)

## IV. Auffassung des Großen Senats

### 1. Wortlautauslegung des § 189 ZPO

Der Wortlaut des § 189 ZPO spricht nach Auffassung des Großen Senats für die Annahme, dass es auf die tatsächliche Kenntnisnahme, also das in den Händen halten des zuzustellenden Dokuments ankommt.

„Dem Wortlaut der Regelung lässt sich entnehmen, dass der **Zugang allein** für die Bestimmung des Zeitpunkts der Zustellung **nicht ausreichen** soll. Dass der Gesetzgeber das Adjektiv „**tatsächlich**“ verwendet hat, spricht dafür, dass eine qualifizierte Form des Zugangs gemeint ist. Damit unterscheidet sich § 189 ZPO tatbestandlich von § 130 I 1 BGB, denn dort wird lediglich der Zugang der Willenserklärung gefordert. Dies **spricht dagegen**, die für den Zugang von Willenserklärungen geltenden Grundsätze bei der Auslegung des § 189 ZPO zu übernehmen.“ (BFH aaO)

### 2. Entstehungsgeschichte

Auch die Entstehungsgeschichte spricht für diese Annahme.

„§ 189 ZPO unterscheidet sich von der Vorgängerregelung in § 187 ZPO a.F. insbesondere dadurch, dass eine **Heilung auch dann möglich** ist, wenn durch die Zustellung eine **Notfrist in Gang gesetzt** werden soll. § 187 S. 2 ZPO a.F. schloss eine Heilung in einem solchen Fall ausdrücklich aus. Die Ausweitung der Heilung von Zustellungen nach der ZPO ist in gleicher Weise auch für Zustellungen nach dem Verwaltungszustellungsgesetz geregelt worden. Während § 9 II VwZG a.F. eine Heilung für den Fall ausschloss, dass mit der Zustellung eine Klage-, Berufungs-, Revisions- oder Rechtsmittelbergründungsfrist beginnt, kann nach § 8 VwZG auch eine fristauslösende Zustellung geheilt werden.

Sowohl in § 189 ZPO als auch in § 8 VwZG ist abweichend von den Vorgängerregelungen jetzt der Zeitpunkt entscheidend, in dem das Dokument dem Adressaten „**tatsächlich zugegangen**“ ist. Nach § 187 S. 1 ZPO a.F. war auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das Schriftstück „zugegangen“ war, nach § 9 I VwZG a.F. auf den Zeitpunkt, in dem der Empfangsberechtigte das Dokument „**nachweislich erhalten**“ hatte. Beide Regelungen wurden in ständiger Rechtsprechung dahingehend ausgelegt, dass der Empfänger das **Schriftstück „in den Händen halten**“ musste (vgl. z.B. BGH, NJW 1984, 926, und BGH, NJW 2001, 1946 = HFR 2001, 1200; BVerwGE 104, 1 = NVwZ-RR 1997, 541; BVerwGE 104, 301 = NVwZ 1999, 178). Dafür, dass der Gesetzgeber bei einer **Ausweitung der Heilung** auf fristauslösende Zustellungen von diesen Anforderungen an den Zugang **abweichen und sie herabsetzen** wollte, gibt es keinen Anhaltspunkt.“ (BFH aaO)

### 3. Teleologie

Die Ziele der Reform der Zustellungsrecht müssen auch bei einer teleologischen Auslegung des § 189 ZPO berücksichtigt werden.

„Die **Ausweitung der Heilungsmöglichkeit** auf fristauslösende Zustellungen ist aus der Sicht eines Zustellungsadressaten eine **deutliche Verschärfung**. Vor diesem Hintergrund ist die gleichzeitige Aufnahme des Merkmals des „**tatsächlichen**“ Zugangs als **Begrenzung der Wirkungen einer Heilung** von Zustellungsfehlern zu verstehen. Die unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ausgeführte Zustellung soll eine Frist erst dann auslösen, wenn der Zustellungsempfänger „**tatsächlich**“ und **nicht nur potenziell Kenntnis von dem Dokument nehmen** kann (Rohe in Wieczorek/Schütze, § 189, Rn. 26). Das Merkmal „**tatsächlich**“ ist danach als das Gegenstück zu „**fiktiv**“ zu verstehen.“ (BFH aaO)

Gerade im Hinblick auf eine Ersatzzustellung nach § 180 ZPO gebietet es eine an den Rechten des Adressaten orientierte Auslegung, die gesetzliche Vorschrift zur Ausweitung der Heilungsmöglichkeiten eng auszulegen.

*„Während die Zustellung in ihrer ursprünglichen Gestalt als **Übergabe des Dokuments** an den Adressaten die Bestimmung eines sicheren Zeitpunkts der möglichen Kenntnisnahme gestattet, kann dieser Zeitpunkt im Fall der Ersatzzustellung nicht mehr konkret bestimmt werden. Die Zustellungsfiktion nach § 180 S. 2 ZPO wird deswegen durch eine **Fiktion auch des Zustellungszeitpunkts** ergänzt, die an objektive Kriterien anknüpft. Je zuverlässiger diese Kriterien festgestellt werden können, umso eher kann angenommen werden, dass die Fiktion der Realität nahe kommt.*

*Mit der Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten knüpft das Gesetz im Wesentlichen an **Kriterien** an, die **nicht mit hoher Zuverlässigkeit festgestellt** werden können, weil ihre Verwirklichung nicht beobachtet werden kann und auch keine Amtsträger tätig werden. Macht man die Fiktion des Zugangs von derartigen Kriterien abhängig (kritisch etwa Meissner/Schenk in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 56 Rn. 11), verliert die **fiktive Bestimmung des Zugangszeitpunkts** ihre Grundlage jedenfalls dann, wenn **auch nur eines dieser Kriterien infolge eines Zustellungsfehlers entfällt**.“ (BFH aaO)*

Daher entfällt das Anknüpfungskriterium für den fiktiven Zeitpunkt der Zustellung, wenn bei Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten auf dem Umschlag (§ 180 S. 3 ZPO) und auf der Zustellungsurkunde (§ 182 II Nr. 7 ZPO) nicht identische Datumsangaben angebracht werden, so dass der Zeitpunkt des Zugangs nur in Anlehnung an den Zeitpunkt der realen Kenntnisnahme bestimmt werden kann.

*„Dieser wird sich häufig nicht sicher feststellen lassen, so dass im Zweifel auf den Zeitpunkt abzustellen ist, den der Adressat selbst als Zugangszeitpunkt angibt.“ (BFH aaO)*

Dem stehen auch nicht objektiv-rechtliche Zwecke der Zustellungsvorschriften entgegen, denen Vorrang vor dem Schutz des Adressaten einzuräumen wäre.

*„Bei einer fehlerhaften Zustellung wird [das] Ziel [der rechtssicheren Bestimmung des Zustellzeitpunkts] ... gerade verfehlt, so dass zu seiner Erreichung an sich eine erneute und nun ordnungsgemäße Zustellung erforderlich wäre. Wenn das Gesetz aus Vereinfachungsgründen eine Heilung von Zustellungsmängeln vorsieht, stellt es den **Zweck der Zustellung, dem Empfänger die Kenntnis vom Inhalt eines Dokuments zu ermöglichen**, in den Vordergrund. Die rechtssichere Bestimmung des Zeitpunkts der Zustellung tritt dahinter zurück. Sie kann dann auch keinen Vorrang vor den Regelungen des Zustellungsrechts haben, die den Empfänger schützen, insbesondere die rechtssichere Bestimmung der ihm gegenüber in Gang gesetzten Frist ermöglichen sollen (vgl. MüKo-ZPO/Häublein, § 180 Rn. 7 i.V.m. § 181 Rn. 12; a.A. Zöller/Stöber, § 189 Rn. 17).“ (BFH aaO)*

Auch die Interessen des Zustellenden führen zu keiner anderen Wertung.

*„Das **Risiko einer misslungenen Zustellung** hat derjenige zu tragen, der mit der Zustellung fristgebundene Rechtsfolgen auslösen will. Dies war schon nach bisheriger Rechtslage so, als eine Heilung bei fristauslösenden Zustellungen nicht möglich war. Es ist **nicht ersichtlich**, dass die Vereinfachung des Zustellungsrechts **Änderungen an dieser Risikoverteilung** mit sich bringen sollte. Soweit in der Begründung des Gesetzentwurfs das Interesse der zustellenden Partei in den Vordergrund gerückt wird (BT-Drs. 14/4554, 24 f.), betrifft dies nur den Zugang des Dokuments selbst, nicht aber den Zeitpunkt des Zugangs.“ (BFH aaO)*

## V. Ergebnis

Ein Dokument ist i.S.d. § 189 ZPO in dem Zeitpunkt tatsächlich zugegangen, in dem der Adressat das Dokument „in den Händen hält“. Der Große Senat teilt nicht die Auffassung des vorlegenden Senats, es sei auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem eine Willenserklärung i.S.d. § 130 I 1 BGB als zugegangen gilt.

GVG

**Urteilsübersetzung**

GVG

**§ 187 II Keine Verpflichtung zur Urteilsübersetzung bei ausländischen Verurteilten**

(OLG München in StV 2014, 532; Beschluss vom 18.11.2013 – 4 St RR 120/13;  
OLG Stuttgart in StV 2014, 536; Beschluss vom 09.01.2014 – 6-2 StRE 2/12)

1. Nach **OLG München aaO** hat ein Ausländer als Angekl. vor einem deutschen Gericht die gleichen prozessualen Grundrechte und den gleichen Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren wie ein deutscher Staatsbürger. Der **Lauf der Revisionseinlegungsfrist** gegen ein in Abwesenheit des Angekl. gem. § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO ergangenes Berufungsurteil **beginnt** daher gem. § 341 Abs. 2 StPO **erst mit Zustellung des** in eine dem Ausländer verständliche Sprache **übersetzten Urteils samt Rechtsmittelbelehrung**.
2. **OLG Stuttgart aaO** hat entschieden, dass **grds. keine Verpflichtung des Gerichts** besteht, ein **nicht rechtskräftiges Urteil schriftlich in die ausländische Sprache des Angekl. übersetzen** und dieses zustellen zu lassen, wenn der der deutschen Sprache nicht mächtige Angekl. in der Hauptverhandlung anwesend war, die Hauptverhandlung laufend durch einen Dolmetscher für den Angekl. übersetzt wurde und dieser zudem einen Verteidiger hatte.

**A. Beginn der Revisionseinlegungsfrist bei ausländischem Verurteilten (OLG München in StV 2014, 532)**

Nach OLG München aaO ist **für eine wirksame Zustellung des Berufungsurteils und Ingangsetzung der** für die Einlegung der Revision maßgeblichen **Wochenfrist des § 341 Abs. 1 StPO die Übersetzung des Berufungsurteils und der Rechtsmittelbelehrung** in die Muttersprache des Verurteilten **erforderlich**.

- I. Ein **Ausländer hat als Angekl.** vor einem deutschen Gericht **die gleichen prozessualen Grundrechte und den gleichen Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren wie ein deutscher Staatsbürger**. **Mangelnde Sprachkenntnisse dürfen nicht zu einer Verkürzung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien führen** (BVerfG NJW 1976, 1021). Dies gebietet bereits der **Grundsatz des rechtlichen Gehörs** gem. Art. 103 Abs. 1 GG und das **Verbot der Benachteiligung von Personen aufgrund ihrer Sprache** gem. Art. 3 Abs. 3 GG (BVerfGE 40, 95).
- II. Nach deutschem Recht gilt gem. § 184 S. 1 GVG, dass **alle schriftlichen Äußerungen des Gerichts in deutscher Sprache** abzufassen sind (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 184 GVG Rn. 3).

Gem. § 187 Abs. 1 Satz 1 GVG ist ein **Dolmetscher oder Übersetzer heranzuziehen, soweit dies für** einen der deutschen Sprache nicht mächtigen **Beschuldigten oder Verurteilten zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte erforderlich ist**. Erforderlich ist gem. § 187 Abs. 2 Satz 2 GVG zur Ausübung der strafprozessualen Rechte des der deutschen Sprache nicht mächtigen Beschuldigten i. d. R. die schriftliche Übersetzung von freiheitsentziehenden Anordnungen sowie von Anklageschriften, Strafbefehlen und nicht rechtskräftigen Urteilen. Mit dieser Bestimmung soll gewährleistet werden, dass der Angekl. die wesentlichen Verfahrensvorgänge nachvollziehen und sich im Verfahren verständlich machen kann.

*„Das Berufungsurteil des LG München I vom 11.11.2011 war nicht rechtskräftig, sondern gem. § 333 StPO - auch neben einem Wiedereinsetzungsantrag - revisionsfähig (Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 329 Rdn. 46), so dass die **Übersetzung des Berufungsurteils und der zugehörigen Rechtsmittelbelehrung in die polnische Sprache vorliegend zur Wahrung der dem Angekl. gewährten Rechtsschutzgarantien geboten war.**“ (OLG München aaO)*

1. Dem steht nach OLG München aaO nicht entgegen, dass § 187 Abs. 2 GVG erst mit Wirkung vom 06.07.2013 und damit erst nach Erlass des landgerichtlichen Urteils in Kraft getreten ist.

*„§ 187 Abs. 2 GVG setzt jedoch nur die zum Zeitpunkt des landgerichtlichen Urteils bereits im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts (EuGH, Urt. v. 16.06.2005 - C-105/03;*

BVerfG, Beschl. v. 13.08.2009 - 2 BvR 471/09) zu beachtende EU-Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren um, die ihrerseits ebenfalls das LG bereits zur Übersetzung des Berufungsurteils und der damit verbundenen Rechtsmittelbelehrung über die Möglichkeit der Revisionseinlegung verpflichtet hat.“ (OLG München aaO)

2. Die **EU-Richtlinie 2010/64/EU** will gewährleisten, dass der Angekl. wesentliche Verfahrensvorgänge nachvollziehen und sich im Verfahren verständlich machen kann.

„Vorliegend waren dem Angekl. sowohl der Strafbefehl mit Rechtsmittelbelehrung als auch das amtsgerichtliche Urteil mit Rechtsmittelbelehrung in polnischer Sprache zugestellt worden, so dass er über die gegen ihn erhobenen Tatvorwürfe und das Verfahren ordnungsgemäß in Kenntnis gesetzt worden ist. Dies reichte jedoch nicht aus, um den Anspruch des der deutschen Sprache nicht mächtigen Angekl. auf eine effektive Verteidigung im gebotenen Maß zu erfüllen. Vielmehr ergibt sich gem. Art. 3 Abs. 2 der EU-Richtlinie 2010/64/EU eine **Verpflichtung zur Übersetzung des landgerichtlichen Urteils**, die ihre Grundlage ihrerseits in Art. 6 Abs. 1 MRK findet.

Zur **Wahrung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien** gem. Art. 103 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG ist in Beachtung der **allgemeinen Garantie eines fairen Verfahrens** gem. Art. 6 Abs. 1 MRK und der in Art. 6 Abs. 3 MRK garantierten Mindestrechte des Angeklagten eine Übersetzung des Berufungsurteils und der Rechtsmittelbelehrung zwingend geboten:

Art. 6 Abs. 3 e) MRK gewährt ein Recht auf unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher nicht nur für das mündliche Vorbringen in der Hauptverhandlung, sondern auch für Schriftstücke (EGMR-E 4, 450, 472, Urteil Kamasinski vom 19.12.1989). Ein Angekl., der der Verhandlungssprache nicht mächtig ist, hat einen **Anspruch auf unentgeltlichen Beistand eines Dolmetschers**, damit ihm sämtliche schriftliche und mündliche Erklärungen übersetzt werden, auf deren Verständnis er angewiesen ist, um ein faires Verfahren zu führen (EGMR-E 4, 472 aaO; EGMR- E 1, 357 a. a. O.).

Zwar lässt sich aus Art. 6 Abs. 3 e) MRK kein Anspruch auf schriftliche Übersetzung jeder Beweisurkunde oder jedes Aktenstücks ableiten (EGMR-E 4, 472 aaO; Frowein/Peukert aaO, Rdnr. 316, 317), doch beinhaltet der **Anspruch auf ein faires Verfahren und effektiven Rechtsschutz** jedenfalls die Bekanntmachung einer in Abwesenheit des Angekl. ergangenen nicht rechtskräftigen Gerichtsentscheidung mit Übersetzung in eine ihm verständlich Sprache (Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., Anh. 4 MRK Art. 6 Rdn. 27), da ihm nur so die Ausschöpfung aller ihm zustehenden Rechtsmittel möglich ist. Dies gilt als Selbstverständlichkeit in gleicher Weise für die entsprechende Rechtsmittelbelehrung.“ (OLG München aaO)

## B. Anspruch auf schriftliche Übersetzung eines Strafurteils (OLG Stuttgart in StV 2014, 536)

Nach Auffassung des OLG Stuttgart aaO besteht grds. **keine Verpflichtung des Gerichts**, ein **nicht rechtskräftiges Urteil schriftlich** in die ausländische Sprache des Angekl. **übersetzen und dieses zustellen zu lassen, wenn**

- der der deutschen Sprache nicht mächtige **Angekl. in der Hauptverhandlung anwesend** war,
- die **Hauptverhandlung laufend durch einen Dolmetscher für den Angekl. übersetzt** wurde und
- dieser zudem einen **Verteidiger** hatte.

I. Gem. **§ 184 S. 1 GVG** ist die **Gerichtssprache deutsch**, sodass strafgerichtliche Urteile daher in deutscher Sprache abgefasst werden (Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. § 184 Rn. 3). Einer schriftlichen Übersetzung in eine dem Angekl. verständliche Sprache bedarf es daher grds. nicht.

II. Eine **Ausnahme von diesem Grundsatz folgt nicht aus § 187 Abs. 2 GVG**.

1. Das in § 187 Abs. 2 GVG enthaltene **abgestufte System**, nach dem die generelle Pflicht des Satzes 1 zur vollständigen Übersetzung beim verteidigten Beschuldigten eingeschränkt ist, **entspricht den Vorgaben der zugrunde liegenden Richtlinie 2010/64/EU** und **steht im Einklang mit der bisherigen höchstrichterlichen deutschen Rspr.**, auf welche die Gesetzesbegründung ausdrücklich Bezug nimmt.

Die Richtlinie soll gewährleisten, dass es unentgeltliche und angemessene sprachliche Unterstützung gibt, damit verdächtige oder beschuldigte Personen, die die Sprache des Strafverfahrens nicht sprechen oder verstehen, ihre Verteidigungsrechte in vollem Umfang wahrnehmen können und ein faires Verfahren gewährleistet wird.

Zur **Konkretisierung dieser Vorgaben** normiert die Richtlinie in Art. 3 ein Recht auf Übersetzung wesentlicher Unterlagen. Nach Art. 3 Abs. 1 haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass verdächtige oder beschuldigte Personen, die die Sprache des Strafverfahrens nicht verstehen, innerhalb einer angemessenen Frist eine schriftliche Übersetzung aller Unterlagen erhalten, die wesentlich sind, um zu gewährleisten, dass sie imstande sind, ihre **Verteidigungsrechte wahrzunehmen** und um ein faires Verfahren sicherzustellen. Zu den wesentlichen Unterlagen gehört nach Art. 3 Abs. 2 u. a. jegliches Urteil. Allerdings kann gem. Art. 3 Abs. 7 als Ausnahme zu dieser allgemeinen Regel eine mündliche Übersetzung oder eine mündliche Zusammenfassung der wesentlichen Unterlagen anstelle einer schriftlichen Übersetzung unter der Bedingung zur Verfügung gestellt werden, dass eine solche mündliche Übersetzung oder mündliche Zusammenfassung einem fairen Verfahren nicht entgegensteht. Wann dies der Fall ist, wird in der Richtlinie zwar nicht näher umschrieben. Da die Richtlinie aber - wie oben ausgeführt - die Garantie des Art. 6 EMRK in der Auslegung des EuGH i. S. einer Mindestgarantie konkretisieren soll, ist für die nähere Bestimmung auf die entsprechende Rspr. abzustellen.

2. Dass keine Verpflichtung zur schriftlichen Urteilsübersetzung besteht, wenn der von Gesetzes wegen für die Revisionsbegründung verantwortliche Rechtsanwalt des sprachunkundigen Angekl. das schriftliche Urteil kennt, entspricht auch bisheriger **Rspr. des BVerfG** (BVerfGE 64, 135). Danach ist ein faires Verfahren bereits dann gegeben, wenn dem der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtigen Beschuldigten zur Beratung mit seinem Verteidiger - auch zur Begründung eines Rechtsmittels - ein **Dolmetscher zur mündlichen Übersetzung der schriftlichen Urteilsbegründung zur Verfügung gestellt** wird.
- III. Nach der in § 187 Abs. 2 GVG angelegten **Regel-Ausnahme-Systematik** wird die Entscheidung über die Einschränkung der in § 187 Abs. 2 S. 1 GVG geregelten Übersetzungspflicht beim verteidigten Angekl. aber in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt (§ 187 Abs. 2 S. 5 GVG).

*„Vorliegend hat der Angekl. gegen das Urteil Revision eingelegt. Im Hinblick auf die Formvorschrift des § 345 Abs. 2 StPO, die eine **anwaltliche Revisionsbegründung** vorsieht, ist bereits **nicht ersichtlich, wozu der Angekl. - über die vom Dolmetscher begleitete Erörterung mit seinem Verteidiger hinaus - eine schriftliche Übersetzung des Urteils benötigt. Die Begründung der Revision betrifft ausschließlich Rechtsfragen, die vom Verteidiger vorzutragen sind, um eine gesetzmäßige, sachgerechte und von sachkundiger Seite stammende Begründung zu gewährleisten (BGHSt 25, 272, 273). In welcher Weise der Angekl. zur Rechtsprüfung beitragen kann oder aus welchen Gründen der Verteidiger auf rechtliche Hinweise des Angekl. angewiesen sein könnte, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.***

*Soweit der Antragsteller pauschal vorträgt, eine schriftliche Übersetzung sei wegen der Bedeutung der Sache, des Umfangs und insbesondere der Komplexität der schriftlichen Urteilsgründe geboten, ist dem entgegenzuhalten, dass der Senat diesen Gesichtspunkten durch die bisherige Verfahrensgestaltung ausreichend Rechnung getragen hat, so dass eine solche Übersetzung zur Gewährleistung effektiver Verteidigung nicht erforderlich ist.*

*Über die bestehenden gesetzlichen Vorgaben hinaus - die 198 Seiten umfassende Anklageschrift wurde in die türkische Sprache übersetzt, die Hauptverhandlung wurde in ununterbrochener Gegenwart von Dolmetschern für Türkisch und Zaza durchgeführt - erklärte der Senat zur laufenden Verständigung der Angekl. mit ihren Verteidigern an den Sitzungstagen in der Hauptverhandlung und in den Pausen die Zuziehung eines Dolmetschers als Hilfskraft der Verteidigung für erforderlich. Die von der Verteidigung als Hilfskraft ausgewählte **Dolmetscherin (bzw. ein Vertreter) war an sämtlichen Hauptverhandlungstagen anwesend. Dem durch zwei Verteidiger vertretenen Angekl. wurden außerdem die in die Hauptverhandlung eingeführten übersetzten Sachbeweise in Form von Urkunden und Aufzeichnungen von Telekommunikationsüberwachungen in den Ausgangssprachen Türkisch bzw. Zaza zur Verfügung gestellt. Zum Verständnis der im Selbstleseverfahren eingeführten deutschsprachigen Dokumente wurde dem Angekl. die Möglichkeit eingeräumt, die Dolmetscher in der Justizvollzugsanstalt als Sprachmittler hinzuziehen. Im Rahmen der Verkündung des Urteils wurde der wesentliche Inhalt der Urteilsgründe - simultan übersetzt - in einem Zeitraum von zwei Stunden ausführlich mündlich eröffnet.***

*Angesichts der genannten Umstände ist davon auszugehen, dass der Angekl. über ausreichende Möglichkeiten verfügt, die gegen ihn ergangene Entscheidung inhaltlich nachvollziehen und gemeinsam mit dem Verteidiger seine Verteidigung darauf auszurichten.“ (OLG Stuttgart aaO)*

GG  
Art. 19 IV**Vorbeugende Unterlassungsklage**  
**besonderes Rechtsschutzbedürfnis**

VwGO

(OVG Lüneburg in DÖV 2014, 636; Beschluss vom 09.04.2014 – 13 LA 17/13)

Auch wenn bei einer vorbeugenden Unterlassungsklage gegen schlichtes Verwaltungshandeln der Suspensiveffekt des § 80 I VwGO nicht zur Verfügung steht, ist zur Wahrung des Gebotes effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) das Rechtsschutzbedürfnis nur zu bejahen, wenn sich mit hinreichender Bestimmtheit bereits übersehen lässt, dass die befürchtete Maßnahme auch tatsächlich jederzeit droht.

**A. Grundlagenwissen: Die Garantie effektiven Rechtsschutzes**

Durch die grundgesetzlichen Gewährleistungen ist der Bürger vor unzulässigen Eingriffen in seine Rechte nur dann effektiv geschützt, wenn er die Beachtung seiner Rechte auch vor einem Gericht einklagen kann. Art. 19 IV GG ist jedoch nicht nur auf den Schutz der Grundrechte beschränkt, sondern bezieht sich auf die Prüfung der **Verletzung einfachgesetzlicher Normen**. Anderenfalls wären die Grundrechte leere Formeln ohne praktische Bedeutung. Insofern ist Art. 19 IV GG sowohl ein formelles Grundrecht als auch ein Verfahrensgrundrecht. Es bietet einen **lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz vor staatlichen Maßnahmen**.

Der Rechtsweg ist gewährleistet gegen **Maßnahmen der öffentlichen Gewalt**, die eine **Rechtsverletzung** herbeiführen können. Von dieser Gewährleistung ist nicht das Recht umfasst, wegen einer vermeintlichen Grundrechtsverletzung das Bundesverfassungsgericht anrufen zu können. Diese Möglichkeit wird durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als Spezialnorm ausdrücklich geregelt und unterfällt der Rechtsschutzgarantie nicht.

**I. Maßnahme der öffentlichen Gewalt**

Grundsätzlich fallen unter den Begriff der öffentlichen Gewalt die **drei Staatsgewalten** Legislative, Judikative und Exekutive. Fraglich ist dieser Begriff auch im Rahmen des Art. 19 IV GG gilt.

**1. Exekutive**

Der Schutz gegen Maßnahmen der Exekutive als der Gewalt, die **Gesetze ausführt**, ist ohne weiteres gegeben. Insbesondere ist nach heutiger Ansicht auch **in den sog. besonderen Gewaltverhältnissen** (Beamte, Schüler, Strafgefangene usw.) der Rechtsschutz **nicht ausgeschlossen**, sondern auch hier besteht ein Anspruch auf gerichtliche Prüfung von Maßnahmen.

**2. Judikative**

Es ist zweifelhaft, ob Art. 19 IV GG nicht nur den Schutz durch den Richter gewährleistet, sondern auch gegen Entscheidungen des Richters. Dies ist nach nahezu einhelliger Auffassung jedoch nicht der Fall. Dies wird damit begründet, dass der Bürger nur einen Anspruch darauf hat, dass sich **überhaupt ein Gericht** mit der Angelegenheit befasst, **nicht** aber, dass auch ein **Rechtzug** gewährleistet wird. Ein solcher wäre aber Voraussetzung um den Schutz gegen richterliche Entscheidungen in den Schutzbereich des Art. 19 IV GG miteinzubeziehen. Diese Auslegung berücksichtigt das Erfordernis der **Rechtssicherheit**. Wäre gegen jede richterliche Entscheidung wegen Art. 19 IV GG immer und immer wieder eine gerichtliche Prüfung möglich, könnte nie von einer Bestandskraft ausgegangen werden und Rechtssicherheit würde nicht mehr bestehen (BVerfG 15, 280; 65, 90; BVerfG NJW 2003, 3687).

**3. Legislative**

Die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen durch die abstrakte und konkrete Normenkontrolle ist in Art. 93 GG ausdrücklich geregelt. Danach steht es grundsätzlich nicht in der Macht des Einzelnen unabhängig von einer konkreten Rechtsverletzung

die Prüfung eines formellen Gesetzes zu veranlassen. Diese Grundentscheidung, dem Einzelnen grundsätzlich nicht das **Recht zur Einleitung einer Normenkontrolle** zu verleihen, darf durch eine weite Auslegung des Art. 19 IV GG nicht unterlaufen werden (BVerfGE 24, 33 [49]). Die **Gesetzgebung** durch das Parlament ist damit vom **Schutzbereich des Art. 19 IV GG ausgenommen**.

## II. Rechtsverletzung

Art. 19 IV GG sichert den Rechtsweg gegen Rechtsverletzungen. Eine Berufung auf Art. 19 IV GG ist nur dann möglich, wenn subjektive Rechte des Verfahrensführers betroffen sind, wobei hierunter sowohl die **privaten** als auch die **öffentlichen Rechte** fallen, soweit diese auch dem Schutz des Betroffenen dienen.

Eine Rechtsverletzung liegt in einem **rechtswidrigen Eingriff** in diese Rechte. Allerdings besteht die Garantie effektiven Rechtsschutzes nicht erst dann, wenn die Verletzung tatsächlich feststeht, sondern bereits dann, wenn sie geltend gemacht, also nach dem Vortrag vorliegen kann (vgl. § 42 II VwGO).

Bereits Art. 19 IV GG sieht mit dieser Voraussetzung den **Ausschluss der Populär- und Verbandsklage** vor, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen wird.

## III. Begriff des Rechtsweges

Die Rechtsweggarantie umfasst den **Zugang zum Gericht**, das **Verfahren vor dem Gericht** und die **Entscheidung durch das Gericht**. Hierbei muss es sich um ein staatliches Gericht handeln, das den Anforderungen an Art. 92 und 97 GG genügt.

Allerdings ist verbürgt nur der **einmalige Zugang** zum Gericht, hingegen ist der Gesetzgeber **nicht** verpflichtet, einen mehrstufigen **Instanzenzug** zur Verfügung zu stellen.

Art. 19 IV GG garantiert darüber hinaus aber nicht nur, dass sich ein Gericht überhaupt mit der Angelegenheit befasst, sondern erforderlich ist vielmehr die Zurverfügungstellung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten, die vom Betroffenen tatsächlich in Anspruch genommen werden können und nicht nach unangemessen langer Zeit zu einer Entscheidung führen.

## B. besonderes Rechtsschutzbedürfnis für vorbeugende Unterlassungsklage (vgl. OVG Lüneburg in DÖV 2014, 636)

**Fall:** Die Klägerin verlangt vom Beklagten, Besuche nach § 30 IV, V NPsychKG in der von ihr betriebenen Altenpflegeeinrichtung „D.“ in E. F., G., zu unterlassen. Die durch Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI zugelassene Pflegeeinrichtung der Klägerin nimmt insbesondere ältere demenzkranke und demenziell veränderte Menschen auf, die dort nach dem sog. Hausgemeinschaftskonzept in Wohngruppen betreut und versorgt werden. Sie klagt auf Unterlassung von Besuchen durch die vom Beklagten gebildete Besuchskommission (§ 30 III NPsychKG). Ist die Klage zulässig?

Die Klage könnte als vorbeugende Unterlassungsklage zulässig sein.

### I. Allgemeines zur vorbeugenden Unterlassungsklage

#### 1. Anwendungsbereich

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist eine Klage des **Präventivrechtsschutzes**. Sie ermöglicht es dem Kläger, schon vor Eintritt einer Belastung gegen diese zu erwartende Belastung zu klagen.

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist sowohl gegen zu erwartendes schlicht-hoheitliches Handeln möglich also auch gegen zu erwartende VA.

Der Klageart nach handelt es sich um eine **allgemeine Leistungsklage**

#### 2. Grundsatz

Der Kläger kann gegen eine ihn belastende Verwaltungsmaßnahme vorgehen, nachdem diese ergangen ist. Grundsätzlich wird es ihm also zugemutet, die **Belastung zunächst abzuwarten**. Seinem Rechtsschutzinteresse wird dadurch hinreichend entspro-

chen, dass die Belastung wegen des mit dem Rechtsmittel verbundenen **Suspensiv-effektes** (§ 80 I VwGO) zunächst gegen ihn keine Wirkungen entfaltet.

„Verwaltungsrechtsschutz ist **grundsätzlich nachgängiger Rechtsschutz**. Das folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Gerichtsbarkeit nur die **Kontrolle der Verwaltungstätigkeit** aufträgt, ihr aber grundsätzlich nicht gestattet, bereits im Vorhinein gebietend oder verbietend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen. Die Verwaltungsgerichtsordnung stellt darum ein System nachgängigen - ggf. einstweiligen - Rechtsschutzes bereit und geht davon aus, dass dieses zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) grundsätzlich ausreicht.“ (OVG Lüneburg aaO)

### 3. Ausnahme

Aufgrund besonderer Umstände kann jedoch der Fall eintreten, dass die üblichen reaktiven Rechtsschutzmöglichkeiten nicht ausreichen, um das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers zu befriedigen und die **Effektivität des Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) sicherzustellen. In diesen seltenen Fällen ist es ausnahmsweise möglich, die Belastung schon vor ihrem Eintritt abzuwehren.

„**Vorbeugende Klagen** sind daher nur zulässig, wenn ein besonderes schützenswertes Interesse gerade an der Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes besteht, wenn mit anderen Worten der **Verweis auf den nachgängigen Rechtsschutz** - einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes - mit für die Klägerin **unzumutbaren Nachteilen** verbunden wäre (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urt. v 12.01.1967 - BVerwG 3 C 58.65 - BVerwGE 26, 23 = Buchholz 427.3 § 338 LAG Nr. 13, vom 08.09.1972 - BVerwG 4 C 17.71 - BVerwGE 40, 323 [326 f.], vom 29. Juli 1977 - BVerwG 4 C 51.75 - BVerwGE 54, 211 [214 f.], vom 7.05.1987 - BVerwG 3 C 53.85 - BVerwGE 77, 207 [212] = Buchholz 418.711 LMBG Nr. 16 S. 34, vom 25.09.2008 - BVerwG 3 C 35/07 -, BVerwGE 132, 64 [68]).“ (OVG Lüneburg aaO)

Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für **Präventivrechtsschutz** ist nur dann anzunehmen,

- ein VA/Verwaltungshandeln überhaupt mit hinreichender Sicherheit **zu erwarten** ist
- bereits hinreichende Bestimmtheit/Bestimmbarkeit vorliegt
- ohne die vorbeugende Unterlassungsklage kein effektiver Rechtsschutz möglich wäre, als **vollendete Tatsachen** geschaffen würde, die nicht ohne weiteres wieder rückgängig zu machen sind.

oder

- der Bürger gegen eine **Vielzahl von VA** klagen müsste (z.B. bei zu erwartenden Baugenehmigungen an etliche Nachbarn)
- die bereits hinreichend bestimmt und hinreichend wahrscheinlich zu erwarten sind.

### 4. Anwendung auf den Fall

„Dass die Klägerin besondere Gründe hat, die es rechtfertigen, den aus ihrer Sicht **jederzeit drohenden unangekündigten Besuch** ihrer Einrichtung nicht abzuwarten, weil dann vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO nicht mehr wirksam zu erlangen sei, hat das Verwaltungsgericht unter eingehender Auswertung der bisherigen Besuchspraxis der Besuchscommission H. mit zutreffenden Erwägungen, denen der Senat folgt, verneint.

Auch wenn bei einer **vorbeugenden Unterlassungsklage gegen schlichtes Verwaltungshandeln** der Suspensiv-effekt des § 80 I VwGO der Klägerin hier nicht zur Verfügung steht, ist zur Wahrung des Gebotes effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) das Rechtsschutzbedürfnis nur zu bejahen, sofern sich mit **hinreichender Bestimmtheit bereits übersehen** lässt, dass die befürchtete Maßnahme der Verwaltung auch tatsächlich jederzeit droht. Das ist hier nicht der Fall. Der Senat vermag unter Berücksichtigung der Ausführungen des Beklagten in der Antragserwiderung nicht zu erkennen, dass die zuständige Besuchscommission H. sich auf einen Besuch der Einrichtung der Klägerin bereits unzweideutig festgelegt hat und die nach ihrer Auffassung abzuwehrende **Rechtsverletzung** deswegen **unmittelbar bevorsteht**. Wenn der diesbezügliche Entscheidungsfindungsprozess wie hier noch aussteht und **von künftigen nicht vorhersehbaren Verhältnissen abhängt** und deshalb noch völlig ungewiss ist, ob, wann, in welcher Weise und unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen die Besuchscommission sich zu einem unangemeldeten Besuch der Einrichtung der Klägerin entschließt, kommt jede Klage zu früh und kann ein berechtigtes Interesse an einem vorbeugenden Rechtsschutz nicht anerkannt werden (vgl. BVerwGE 45, 99 [105]).“ (OVG Lüneburg aaO)

Ein spezifisches Interesse der Klägerin gerade an vorbeugendem Rechtsschutz ist daher nicht erkennbar, so dass die vorbeugende Unterlassungsklage unzulässig ist.

(OVG Bautzen in LKV 2014, 362; Beschluss vom 12.02.2014 – 3 A 180/12)

1. Im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG kommt eine Betreibensaufforderung gemäß § 92 II 1 VwGO nur dann in Betracht, wenn das Verhalten eines rechtsschutzsuchenden Verfahrensbeteiligten hinreichenden Anlass zu der Annahme bietet, dass ihm an einer Sachentscheidung mangels Sachbescheidungsinteresses nicht mehr gelegen ist.
2. Das prozessuale Instrument des § 92 II VwGO darf **nicht als Sanktion für einen Verstoß gegen prozessuale Mitwirkungspflichten** oder unkooperatives Verhalten eines Beteiligten gedeutet oder eingesetzt werden.

**Fall:** Der Kl. wendet sich gegen einen Bescheid der Bekl. vom 03.02.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Landesdirektion Ch. vom 04.05.2011, mit welchem festgestellt wird, dass der am 05.11.2007 durch die Verkehrsbehörde Ch. in der Tschechischen Republik für den Kl. ausgestellte Führerschein der Klasse B mit der Registriernummer... diesen nicht berechtigt, in der Bundesrepublik Deutschland Kraftfahrzeuge zu führen, und er zugleich aufgefordert wird, diesen Führerschein der Fahrerlaubnisbehörde der Bekl. vorzulegen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das VG festgestellt, dass die Klage des Kl. gegen den oben genannten Bescheid nach § 92 II 1 VwGO – wie im Einstellungsbeschluss des VG vom 27.09.2011 festgestellt – als zurückgenommen gelte und das Verfahren nicht fortzusetzen sei, da Zweifel am Fortbestand seines Rechtsschutzinteresses bestünden. Denn der Kl. habe weder auf die gerichtliche Aufforderung vom 05.07.2011, das Original der ihm erteilten tschechischen Aufenthaltserlaubnis vorzulegen, reagiert, noch sei er der ihm am 26.07.2011 zugestellten gerichtlichen Aufforderung vom 25.07.2011, das Verfahren durch Erledigung dieser Aufforderung zu betreiben, innerhalb der Zwei-Monats-Frist des § 92 II 1 VwGO in irgendeiner Weise nachgekommen, obwohl er über die Folgen einer Versäumung dieser Frist in der Betreibensaufforderung ausdrücklich hingewiesen worden sei.

Die vom Kl. begehrte Mitwirkung habe auf eine nur ihm mögliche Sachverhaltsaufklärung gezielt, was schon daraus folge, dass das Gericht die Aufforderung vom 05.07.2011 ausdrücklich damit begründet habe, dass die tschechischen Behörden selbst nicht über eine Kopie der in Rede stehenden Aufenthaltserlaubnis verfügten. Im Übrigen habe der Kl. auch keinen Anspruch darauf, Kraftfahrzeuge in Deutschland zu führen. Denn die Auskunft des Gemeinsamen Zentrums der deutsch-tschechischen Polizei- und Zollzusammenarbeit Sch. (künftig: Gemeinsames Zentrum) vom 04.07.2011 stelle eine vom Ausstellerstaat herrührende unbestreitbare Information dar, aus welcher hervorgehe, dass der Kl. in der Tschechischen Republik keinen ordentlichen Wohnsitz begründet habe. Ausweislich des mit dieser Auskunft übermittelten, bei den tschechischen Behörden gestellten Antrags des Kl. auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis habe er sich dort ausschließlich zu touristischen Zwecken in der Tschechischen Republik aufgehalten.

Ist die Feststellung der Klagerücknahme rechtlich haltbar?

Eine Klage gilt nach § 92 II 1 VwGO als zurückgenommen, wenn der Kl. das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als zwei Monate nicht betreibt. Dahinter steht die Überlegung, dass ein Untätigbleiben des Klägers trotz Aufforderung den Schluss darauf zulässt, dass der Kläger an einer Entscheidung über seine Klage nicht mehr interessiert ist und daher kein Rechtsschutzinteresse mehr hat.

## I. Regelungszweck

*„Im Hinblick auf die **Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG** kommt eine Betreibensaufforderung gemäß § 92 II 1 VwGO nur dann in Betracht, wenn das Verhalten eines rechtsschutzsuchenden Verfahrensbeteiligten **hinreichenden Anlass zu der Annahme** bietet, dass ihm **an einer Sachentscheidung mangels Sachbescheidungsinteresses nicht mehr gelegen ist**.*

*Demgegenüber darf das prozessuale Instrument des § 92 II VwGO **nicht als Sanktion für einen Verstoß gegen prozessuale Mitwirkungspflichten** oder unkooperatives Verhalten eines Beteiligten gedeutet oder eingesetzt werden. Hierfür ist die Rücknahmefiktion nicht konzipiert. Sie soll vielmehr nur die Voraussetzungen für die Annahme eines weggefallenen Rechtsschutzinteresses festlegen und gesetzlich legitimieren (BVerfG, Beschluss vom 17.09.2012, NVwZ-RR 2013, 249 m.w.N [richtig: 1 BvR 2254/11, NVwZ 2013, 136–138, die Red.]; Beschluss vom 27.10.1998 – 2 BvR 2662/95, juris Rn. 17).“ (OVG Bautzen aaO)*

## II. Voraussetzungen der Rücknahmefiktion des § 92 II 1 VwGO

Die Prüfung der Voraussetzungen der Rücknahmefiktion hat in zwei Schritten zu erfolgen.

## 1. sachlich gerechtfertigte Mitwirkungsaufforderung

„Solche Anhaltspunkte können sich aus der **Verletzung prozessualer Mitwirkungspflichten**, aber auch aus dem sonstigen fallbezogenen Verhalten des jeweiligen Kl. ergeben (BVerfG, Beschluss vom 17.09.2012 aaO.; BVerwG, Beschluss vom 07.07.2005 – 10 BN 1.05, juris; Beschluss vom 05.07.2000, NVwZ 2000, 1297).“ (OVG Bautzen aaO). In jedem Fall muss die vom VG **geforderte Mitwirkung aber sachlich gerechtfertigt** sein, um aus einer mangelnden Mitwirkung Anhaltspunkte für den Wegfall des Rechtsschutzinteresses ableiten zu können.“ (OVG Bautzen aaO)

## 2. tatsächliches Nichtbetreiben des Verfahrens

Des Weiteren ist zu prüfen, ob das Verfahren tatsächlich im Rechtssinne vom Kläger nicht mehr betrieben wurde.

„Aus dem **Nichtbetreiben** muss sich der **Schluss auf den Wegfall des Rechtsschutzinteresses**, also auf ein Desinteresse des Kl. an der weiteren Verfolgung seines Begehrens ableiten lassen. Dies ist dann der Fall, wenn er innerhalb der Zwei-Monats-Frist **nicht substantiiert dargetan** hat, dass und warum das **Rechtsschutzbedürfnis** trotz des Zweifels an seinem Fortbestehen, aus dem sich die Betreibensaufforderung ergeben hat, **nicht entfallen** ist (BVerfG, Beschluss vom 17.09.2012 aaO.; BVerwG, Beschluss vom 07.07.2005 aaO.).“ (OVG Bautzen aaO)

## III. Anwendung auf den Fall

### 1. sachlich gerechtfertigte Mitwirkungsaufforderung

#### a) Anhaltspunkte für Wegfall des Rechtsschutzinteresses

„[Es] kann dahinstehen, ob der Kl. – wie von ihm behauptet – tatsächlich nicht mehr im Besitz des vom VG angeforderten Originals der tschechischen Aufenthaltserlaubnis war, ihm die geforderte Mitwirkung an der Sachaufklärung i.S.v. § 86 I VwGO daher tatsächlich unmöglich und somit unzumutbar war. Kann der Betroffene nämlich gute Gründe für seine Weigerung geltend machen, darf das Gericht die Weigerung der geforderten Mitwirkung nicht zu seinen Lasten werten (vgl. Kopp/Schenke, aaO., § 86 Rn. 12).

Selbst wenn der Kl. tatsächlich nicht (mehr) im Besitz des Originals der ihm unter der Nr. ... erteilten tschechischen Aufenthaltserlaubnis gewesen sein sollte, konnte das VG jedenfalls aus der Tatsache, dass der Kl. auf die gerichtliche Aufforderung vom 05.07.2011, dieses Original vorzulegen, **überhaupt nicht reagiert** hat, auf einen möglichen Wegfall seines Rechtsschutzinteresses schließen. Denn nach den gesamten Umständen durfte das VG eine **Reaktion des Kl. hierauf erwarten**. Es war nämlich nicht offensichtlich, dass der Kl. trotz seines Nichtbetreibens weiterhin Interesse an einer Sachentscheidung hatte. Von einem Fortbestand des Rechtsschutzinteresses ist im Falle eines Nichtbetreibens zum Beispiel auszugehen, wenn der Betroffene die konkret geforderte Mitwirkung an der weiteren Sachaufklärung von vornherein, etwa aus rechtlichen Erwägungen heraus, ausdrücklich ausgeschlossen hatte. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Auch lagen keine anderen offensichtlichen Anhaltspunkte für einen Fortbestand des Rechtsschutzinteresses des Kl. vor.“ (OVG Bautzen aaO)

#### b) sachliche Rechtfertigung der Betreibensaufforderung

Die Aufklärungsverfügung des VG vom 05.07.2011, deren Nichtbefolgung das VG für die Betreibensaufforderung zum Anlass nahm, musste sachlich begründet gewesen sein.

„Im Grundsatz zutreffend geht der Ast. zwar davon aus, dass es **Sache des Ausstellerstaats** ist zu prüfen, ob die im Gemeinschaftsrecht aufgestellten **Mindest-voraussetzungen**, insbesondere diejenige hinsichtlich des Wohnsitzes und der Fahreignung, erfüllt sind und ob die Erteilung oder Neuerteilung einer Fahrerlaubnis gerechtfertigt ist. Der **Besitz** eines von einem Mitgliedstaat ausgestellten Führerscheins ist als **Nachweis** dafür anzusehen, dass der Inhaber des Führerscheins am Tag der Erteilung diese **Voraussetzungen erfüllte** (BVerwG, Urteil vom 25.07.2010, BVerwGE 136, 149 m.w.N.).

Dieser Grundsatz gilt gemäß § 28 IV Nr. 2 FeV in Übereinstimmung mit Art. 8 II und IV der Richtlinie 91/439/EWG jedoch in den Fällen nicht, in denen der neue Führerschein **unter Missachtung der in dieser Richtlinie geregelten Wohnsitzvoraussetzung** ausgestellt worden ist (BVerwG aaO.).“ (OVG Bautzen aaO)

Als ordentlicher Wohnsitz gilt nach Art. 9 der Richtlinie 91/439/EWG der Ort, an dem ein Führerscheininhaber wegen persönlicher oder beruflicher Bindungen gewöhnlich, das bedeutet während mindestens 185 Tagen im Kalenderjahr, wohnt. Nach Art. 8 IV der Richtlinie 91/439/EWG darf es ein Mitgliedstaat ablehnen, in seinem Hoheitsgebiet die Fahrberechtigung anzuerkennen, die sich aus einem zu einem späteren Zeitpunkt von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führer-

schein ergibt, wenn auf der Grundlage entweder von Angaben in diesem Führerschein oder anderen vom Ausstellermitgliedstaat herrührenden unbestreitbaren Informationen feststeht, dass zum Zeitpunkt der Ausstellung dieses Führerscheins sein Inhaber, auf den im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaates eine Maßnahme des Entzugs der früheren Fahrerlaubnis angewendet worden ist, seinen ordentlichen Wohnsitz nicht im Hoheitsgebiet des Ausstellermitgliedstaates hatte (BVerwG aaO. m.w.N.).

*„Ermittlungen der Fahrerlaubnisbehörde (§ 24 VwVfG) oder des Verwaltungsgerichts (§ 86 VwGO) zum ordentlichen Wohnsitz des Betroffenen zum Zeitpunkt der Fahrerlaubniserteilung bei den Behörden des Ausstellermitgliedstaates sind mit Blick auf den gemeinschaftsrechtlichen Anerkennungsgrundsatz allerdings nicht „ins Blaue hinein“ zulässig, sondern nur dann veranlasst, wenn ernstliche Zweifel daran bestehen, dass der Erwerber der Fahrerlaubnis bei deren Erteilung seinen ordentlichen Wohnsitz nicht im Ausstellermitgliedstaat hatte (BVerwG aaO.). Diese Voraussetzungen lagen im Zeitpunkt der Betreibensaufforderung vor. [wird ausgeführt]*

*Ohne Erfolg wendet der Kl. sinngemäß ein, dass weitere Recherchen des VG wegen des gemeinschaftsrechtlichen Anerkennungsgrundsatzes unzulässig gewesen seien, da jedenfalls ab dem Zeitpunkt des Eingangs der Auskunft des Gemeinsamen Zentrums vom 16.07.2011 bei der Bekl. keine ernstlichen Zweifel mehr hätten daran bestehen können, dass er seinen ordentlichen Wohnsitz im Sinne von Art. 9 der Richtlinie 91/439/EWG in Ch. genommen hatte und ihm das Recht nach § 28 I FeV, Fahrzeuge in Deutschland zu führen, daher zustehe. Zwar soll der Magistrat der Stadt Ch. dem Gemeinsamen Zentrum gegenüber danach geäußert haben, dass es sich bei der Eintragung der Ziffernfolge „0000“ nach dem Spiegelstrich um einen Fehleintrag gehandelt habe, der Kl. im Register der tschechischen Ausländerpolizei mit der Personenkennziffer ... tatsächlich eingetragen worden sei und seine Aufenthaltserlaubnis Nr. ... bei der Beantragung seines Führerscheins vorgelegt haben soll. Hierdurch wurden jedoch nicht alle Zweifel ausgeräumt. Zum einen wurde der tschechische Führerschein bislang nicht berichtet, weswegen ernstliche Zweifel, dass der Kl. im Zeitpunkt der Führerscheinbeantragung keinen ordentlichen Wohnsitz in der Tschechischen Republik hatte, durch die Auskunft des Gemeinsamen Zentrums vom 16.07.2011 nicht völlig ausgeräumt wurden. Im Übrigen hatte der Kl. die für eine ordentliche Wohnsitznahme in der Tschechischen Republik geltenden Voraussetzungen nach Art. 9 der Richtlinie 01/439/EWG weder im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes noch im Hauptsacheverfahren glaubhaft gemacht, weswegen die weiteren Aufklärungsverfügungen des VG im Hauptsacheverfahren keineswegs „ins Blaue hinein“ erfolgt sind.“ (OVG Bautzen aaO)*

## 2. tatsächliches Nichtbetreiben des Verfahrens

Der Kläger hat innerhalb der Frist des § 92 II 1 VwGO keinerlei Reaktion gezeigt, anstatt substantiiert darzutun, dass und warum sein Rechtsschutzbedürfnis trotz der vom Verwaltungsgericht mit der Betreibensaufforderung zu Recht aufgezeigten Zweifel nicht entfallen ist (BVerfG, Beschluss vom 17.09.2012 aaO.; BVerwG, Beschluss vom 07.07.2005 aaO.).

*„[Daher] lagen auch die Voraussetzungen für eine Einstellung des Verfahrens im Zeitpunkt des Ablaufs dieser Frist vor. Für eine Darlegung des fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnisses hätte es ausgereicht, wenn der Kl. dem VG innerhalb dieser Frist mitgeteilt hätte, nicht mehr im Besitz des Originals der angeforderten tschechischen Aufenthaltserlaubnis zu sein.“ (OVG Bautzen aaO)*

## IV. Ergebnis

Das VG hat die Klagerücknahme nach § 92 II 1 VwGO zu Recht durch Urteil festgestellt.

## 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.

BGB  
§ 126 I

### Schriftformerfordernis Schriftlichkeit

BGB

(OLG Karlsruhe in JürBüro 2014, 432; Beschluss vom 10.03.2014 – 9 W 4/14)

1. Der **Begriff der "Schriftlichkeit"** ist im Zivilprozess eigenständig zu bestimmen; er ist nicht identisch mit dem Begriff der Schriftform in § 126 I BGB.

*„In vielen Vorschriften des Prozessrechts ist vorgesehen, dass Erklärungen von Beteiligten „schriftlich“ abzugeben sind. Der prozessrechtliche Begriff „schriftlich“ ist nicht identisch mit dem Begriff der Schriftform in § 126 Abs. 1 BGB. Der prozessrechtliche Begriff der Schriftlichkeit ist vielmehr eigenständig zu bestimmen, wobei es allein darauf ankommt, welcher Grad von Formenstrenge nach den maßgeblichen verfahrensrechtlichen Vorschriften sinnvoll zu fordern ist. Die **prozessrechtlichen Anforderungen der Schriftlichkeit sollen sicherstellen, dass aus einem Schriftstück eindeutig erkennbar ist, von welcher Person die betreffende Erklärung stammt, und welches der Inhalt der Erklärung ist.** Außerdem muss feststehen, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist. Daraus ergibt sich, dass zwar in vielen Fällen eine Unterschrift für notwendig erachtet wird, da im Verhältnis zum Gericht durch die Unterschrift klargestellt wird, dass das Schriftstück mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist. Die Rspr. verlangt daher **insbes. bei Anwaltsschriftsätzen zur Unterscheidung von Entwürfen eine Unterschrift des Anwalts** (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 30. Auflage 2014, § 569 ZPO, Rn. 7).“* (OLG Karlsruhe aaO)

2. Im **Zivilprozess** kann ein Schreiben, das nicht von einem Anwalt stammt, im Einzelfall auch ohne Unterschrift die Anforderungen an eine "schriftliche" Erklärung erfüllen. Das ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn **auch ohne Unterschrift aufgrund bestimmter Umstände feststeht, dass es sich bei dem Schriftstück nicht um einen Entwurf handelt**, sondern dass vom Absender eine prozessrechtliche Erklärung gewollt ist.

*„Es kommt entscheidend darauf an, ob im konkreten Fall die prozessrechtlichen Anforderungen an die Schriftlichkeit (Sicherheit über die Identität des Ausstellers, Inhalt der Erklärung, Unterscheidung von einem Entwurf) erfüllt sind. Dies ist vorliegend der Fall: Der **Inhalt des Beschwerdeschriftsatzes ist eindeutig**. Dass es sich nicht um einen Entwurf, sondern nach dem Willen des Klägers um eine **rechtsgestaltende prozessrechtliche Erklärung** handelt, ergibt sich aus dem Zusammenhang. Denn der Kl. hat in einem früheren Schriftsatz klargestellt, dass seine Schreiben an das Gericht auch ohne Unterschrift rechtsgestaltende Willenserklärungen enthalten sollen. Auf die Gründe für diese Verfahrensweise des Kl. kommt es nicht an. Es ist gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob ein Schriftsatz ohne Unterschrift eine wirksame schriftliche Prozessklärung enthält, aus den angegebenen Gründen eine Frage der Bewertung der Umstände des Einzelfalls ist (vgl. zur Schriftlichkeit von Prozessklärungen auch BVerfG NJW 1963, 755; BGH NJW 1985, 328; OLG Köln OLGZ 1980, 406; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 82).“* (OLG Karlsruhe aaO)

ZPO  
§ 264 Nr. 2

### Klageänderung Unzulässigkeit in der Revisionsinstanz

ZPO

(BAG in NJW 2014, 2607; Urteil vom 28.05.2014 – 5 AZR 794/12)

Eine **Klageänderung in der Revisionsinstanz** ist nur in den Fällen des § 264 Nr. 2 ZPO sowie dann **statthaft, wenn**

- sich der geänderte Sachantrag **auf einen in der Berufungsinstanz festgestellten oder von den Parteien übereinstimmend vorgetragene Sachverhalt stützen** kann,
- sich das **rechtliche Prüfprogramm nicht wesentlich ändert** und
- die **Verfahrensrechte der anderen Partei** durch eine Sachentscheidung **nicht verkürzt** werden.

*„Nach § 559 I ZPO ist eine **Klageänderung in der Revisionsinstanz grds. ausgeschlossen**. Der Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bildet nicht nur bezüglich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch hinsichtlich der Anträge der Parteien die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht. Hiervon hat das BAG Ausnahmen in den Fällen des § 264 Nr. 2 ZPO sowie dann zugelassen, wenn sich der geänderte Sachantrag auf einen in der Berufungsinstanz festgestellten oder von den Parteien übereinstimmend vorgetragene Sachverhalt stützen kann, sich das rechtliche Prüfprogramm nicht wesentlich ändert und die Verfahrensrechte der anderen Partei durch eine Sachentscheidung nicht verkürzt werden (BAG NJW 2013, 3806 = NZA 2013, 1262 mwN).“* (BAG aaO)

ZPO  
§ 547 Nr. 6

### Urteil ohne Gründe Aufhebung ohne Sachprüfung

ZPO

(BAG in NZA 2014, 742; Urteil vom 11.10.2013 – 4 AZR 250/12)

**Enthält das Berufungsurteil keine Ausführungen zur Begründetheit des Anspruchs** und benennt es nicht einmal die Anspruchsgrundlage für den titulierten Anspruch, handelt es sich um ein **Urteil ohne Gründe** i. S. von § 547 Nr. 6 ZPO, das auf die zulässige Revision der beklagten Partei **ohne Sachprüfung aufzuheben** ist.

1. Eine **Entscheidung** ist dann „**nicht mit Gründen versehen**“ (§ 547 Nr. 6 ZPO), wenn aus ihr **nicht zu erkennen** ist, **welche tatsächlichen Feststellungen und welche rechtlichen Erwägungen** für die getroffene Entscheidung **maßgebend** waren.

„Dem **vollständigen Fehlen von Entscheidungsgründen** stehen die Fälle gleich, in denen es zwar Ausführungen des BerGer. gibt, die jedoch **nicht erkennen lassen, welche Überlegungen für die Entscheidung maßgebend** waren. Dies gilt auch dann, wenn auf einzelne Ansprüche oder auf einzelne selbstständige Angriffs- und Verteidigungsmittel (z. B. Klagegründe, Einwendungen und Einreden wie Verjährung, Mitverschulden, Aufrechnung u. Ä., Repliken, Dupliken usw.; nicht dagegen das Übergehen eines Beweisantrags BGH NJW-RR 1988, 1146) überhaupt nicht eingegangen worden ist (grundlegend BGHZ 39, 333 = NJW 1963, 2272; hierauf Bezug nehmend u. a. BAG, AP ZPO § 551 Nr. 9 mit zust. Anm. Schumann; BGHZ 140, 84 = NJW 1999, 1110; BGH NJW 1999, 3192; ferner BAG NZA 1998, 1079; MüKo-ZPO/Krüger, 4. Aufl., § 547 Rn. 16 ff.; Musielak/Ball, ZPO, 10. Aufl., § 547 Rn. 14 ff.).

Ein **Urteil** ist deshalb auch dann **aufzuheben**, wenn es zu der im Tatbestand in Bezug genommenen Begründung des Hauptantrags **keine Gründe enthält**, sondern nur Ausführungen zu den hilfsweise geltend gemachten Ansprüchen (BGH NJW 1995, 2551). Erforderlich ist, dass die angeführten Gründe unter keinem denkbaren Gesichtspunkt geeignet sind, den Tenor zu stützen (Stein/Jonas/Jacobs, ZPO, 22. Aufl., § 547 Rn. 25).“ (BAG aaO)

2. Hiervon **abzugrenzen** sind die Fälle, in denen die **Entscheidung nur sachlich unvollständig, unzureichend, unrichtig oder sonst rechtsfehlerhaft begründet** worden ist.

„Das Gericht hat in seiner Entscheidung die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind; das erfordert aber keine ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen denkbaren Gesichtspunkten (BPatGE 35, 284 = NJW-RR 1995, 700; vgl. auch BGH GRUR-RR 2008, 458). **Auf die Richtigkeit oder Vertretbarkeit einer Begründung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an** (Musielak/Ball, § 547 Rn. 14).“ (BAG aaO)

3. § 313 a ZPO i. V. m. § 69 IV 2 ArbGG erlaubt es dem Berufungsgericht, von der Darstellung der Entscheidungsgründe abzusehen, wenn die Parteien auf ein Rechtsmittel verzichtet haben oder gegen das Urteil ein Rechtsmittel unzweifelhaft nicht zulässig ist. Gleiches gilt für den Fall eines Versäumnis-, eines Anerkenntnis- oder eines Verzichtsurteils (§ 69 IV 2 ArbGG i. V. m. § 313 b ZPO).

Die in § 69 III ArbGG vorgesehene Erleichterungsmöglichkeit für das LAG bezieht sich allein auf den Tatbestand des Berufungsurteils. Diese Regelung soll sicherstellen, dass dem Revisionsgericht ausreichende tatsächliche Feststellungen zur Verfügung stehen (Germelmann/Matthes/Prütting/Germelmann, ArbGG, 8. Aufl., § 69 Rn. 12).

ZPO  
§§ 577 II 4, 559

**Berufungszurückweisung durch Beschluss**  
Erforderlichkeit der Wiedergabe des maßgeblichen Sachverhalts  
(BGH in FamRZ 2014, 1364; Beschluss vom 13.03.2014 – V ZB 138/13)

ZPO

**Beschlüsse, die der Rechtsbeschwerde unterliegen, müssen** den für die Entscheidung **maßgeblichen Sachverhalt wiedergeben**. Fehlen entsprechende Feststellungen ist ein **von Amts wegen zu berücksichtigender Verfahrensmangel** gegeben, der zur Aufhebung des Beschlusses führt.

„Nach §§ 577 Abs. 2 Satz 4, 559 ZPO hat das Rechtsbeschwerdegericht grds. von dem Sachverhalt auszugehen, den das Beschwerdegericht festgestellt hat. Fehlen tatsächliche Feststellungen, ist es zu einer rechtlichen Überprüfung nicht in der Lage. Ausführungen des Beschwerdegerichts, die eine solche Überprüfung nicht ermöglichen, sind keine Gründe im zivilprozessualen Sinne. Sie begründen einen **Verfahrensmangel, der von Amts wegen zu berücksichtigen ist und die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung nach sich zieht** (BGH FamRZ 2006, 1030).“ (BGH aaO)

StPO  
§ 41

**Zustellung an Staatsanwaltschaft**  
Maßgeblicher Zeitpunkt des Zugangs  
(LG Marburg in Rpfleger 2014, 447; Beschluss vom 25.11.2013 – 7 StVK 166/13)

StPO

Für den **Beginn der Rechtsmittelfrist bei Zustellung an die Staatsanwaltschaft durch Empfangsbekanntnis** kommt es nicht auf den Eingang des zuzustellenden Schriftstückes bei der Behörde, sondern auf das **Datum der Kenntnisnahme durch ein zur Empfangnahme von Zustellungen legitimierten Beamten** an.

- I. Die **Frage**, ob es für den Beginn der Rechtsmittelfrist bei Zustellungen an die Staatsanwaltschaft auf den Eingang des Schriftstückes bei der Behörde oder auf das Datum der Kenntnisnahme eines zur Zustellung legitimierten Beamten ankommt, **wird unterschiedlich beurteilt**.

1. Meyer-Goßner (StPO § 41 Rdn. 3), LR-Graalman-Schäfer (StPO § 41 Rdn. 1), SK-Weßlau (§StPO § 41 Rdn. 5) und KK-Maul/Graf (StPO § 41 Rdn. 5) vertreten die Ansicht, es komme auf den Eingang bei der Behörde an, ohne dass es Bedeutung habe, ob der Behördenleiter oder der sachbearbeitende Staatsanwalt Kenntnis erlangt habe. Eine Begründung dafür wird nicht angeführt, sondern die Genannten berufen sich auf RGSt 57, 55 und 72, 317.

Die angezogenen Quellen können nach LG Marburg aaO jedenfalls heute nicht mehr überzeugen und sprechen z.T. geradezu gegen die Meinung der Kommentatoren:

Im Fall RGSt 57, 55 hat das Reichsgericht darauf abgestellt, dass nach der Preußischen Geschäftsordnung für die Sekretariate der Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten vom 12. November 1906 in der Fas-

sung vom 28. Januar 1910 der Sekretär der Abteilung, für die es bestimmt ist, das Schriftstück in Empfang zu nehmen hat; damit sei die Zustellung bewirkt. Danach kommt es also darauf an, dass der für die Zustellungsannahme zuständige Beamte das Schriftstück erhält.

In Fall RGSt 72, 317 hat das Reichsgericht entschieden, dass der Behördenleiter nicht anordnen dürfe, dass ihm alle zuzustellenden Schriftstücke persönlich vorgelegt werden, weil dies dem Gedanken des Gesetzes widerspreche, den Geschäftsgang zu vereinfachen; dies komme auch in den Vorschriften der ZPO zum Ausdruck, wonach bei Behörden stets die Ersatzzustellung nach §§ 171, 184 ZPO zulässig sei. Nr. 250 der Richtlinien für das Strafverfahren bestimme deshalb, dass der Leiter der Geschäftsstelle das Datum vermerke, wann das zuzustellende Schriftstück eingegangen ist.

„Insoweit ist vorliegend zunächst festzuhalten, dass nicht erkennbar ist, wer den früheren Eingangsstempel aufgebracht hat; die Erfahrung spricht dafür, dass dies die Poststelle der Staatsanwaltschaft war und nicht etwa ein Leiter einer Geschäftsstelle. In Übrigen erscheint der **Rückgriff auf die Zustellungsvorschriften der ZPO insoweit nicht mehr tragfähig**, als die herrschende Meinung zu § 174 ZPO heute dahin geht, dass es gerade nicht auf den Eingangsstempel der Kanzlei pp. ankommt, sondern darauf, wann die Person, der zugestellt werden soll, Kenntnis genommen hat (vgl. nur Zöller-Stöber ZPO § 174 Rdn. 14 mit zahlreichen Nachweisen).“ (LG Marburg aaO)

2. Dieser letztgenannten Ansicht hat sich auch das OLG Frankfurt a. M. (NSTZ-RR 1996, 234) angeschlossen. Dem folgt LG Marburg aaO.

„Die **Rechtsmittelfrist soll dem Rechtsmittelberechtigten die mit der Dauer der Frist bestimmte Zeit einräumen, über die Einlegung des Rechtsmittels zu entscheiden**. Diese Entscheidung ist eine sachliche, die von einem Sachkundigen - hier einem Staatsanwalt - zu treffen ist, dem stets eben die Zeit bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist zur Verfügung stehen muss. Diese Zeit kann - schon wegen der u.U. außerordentlich weitreichenden Folgen der Rechtskraft - nicht durch Zufälligkeiten im Geschäftsgang einer Behörde verkürzt werden. Des Weiteren erfolgt die Zustellung nach § 41 StPO an die Staatsanwaltschaft; die Zustellung an eine Behörde erfolgt grds. an deren Leiter; ihm obliegt es, ggf. einzelne nachgeordnete Beamte als seine Vertreter handeln zu lassen; dass **diese Aufgabe nicht dem Bediensteten in der Poststelle zu fallen kann**, sollte fraglos sein. Schließlich entspricht diese Auffassung auch dem vom Gesetz (ursprünglich) als Normalfall angesehenen Fall der Zustellung durch Vorlage des Originals; hierzu bestimmt § 41 Abs. 1 Satz 2 StPO, dass der Tag der Vorlegung zu vermerken ist. Dieser Vermerk wird nicht von der Posteingangsstelle, sondern stets von dem dazu befugten Staatsanwalt angebracht.“ (LG Marburg aaO)

- II. Soweit die Befürchtung geäußert wird, die Staatsanwaltschaft könne den Zeitpunkt der Zustellung willkürlich hinausschieben, wenn nicht der Eingangsstempel entscheidend sei, sondern die Kenntnisnahme des zuständigen (oder bevollmächtigten) Mitglieds der Behörde, so erscheint dies nach Auffassung des LG Marburg aaO als befremdliches Misstrauen gegenüber einer Behörde.

„Vollends unverständlich wird dieses Misstrauen, wenn man in Betracht zieht, dass es auch bei der Zustellung an einen Verteidiger nicht auf den Eingangsstempel seiner Kanzlei, sondern auf seinen Vermerk auf dem EB, er habe von dem Umstand der Zustellung Kenntnis genommen ankommt; damit ist eingeschlossen, dass er diesen Zeitpunkt später ansetzt, als es der Wahrheit entspricht; dies wird aber überall hingenommen. Schließlich würde die Ansicht der o.g. Kommentare zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, dass die Staatsanwaltschaft in unzähligen Fällen einen Antrag auf Wiedereinsetzung stellen müsste, wenn es durch **alltägliche Unzuträglichkeiten**, vor allem in großen Behörden, infolge eines zu langen internen Postlaufes dazu kommt, dass die Rechtsmittelfrist bereits verstrichen ist, bevor der **zuständige Staatsanwalt** überhaupt von der Sache hat Kenntnis nehmen können.“ (LG Marburg aaO)

StPO  
§ 257c II

### Verständigung

StPO

Zulässigkeit der Berufungsbeschränkung

(OLG Karlsruhe in NSTZ 2014, 536; Beschluss vom 14.06.2014 – 3 Ss 233/13 AK 92/13)

Die **nachträgliche Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch** ist nach § 257 c II 1 StPO ein der **Verständigung im Berufungshauptverfahren** jedenfalls grds. zugänglicher Gegenstand.

„Nach § 257 c Abs. 2 Satz 2 StPO „soll“ ein **Geständnis Bestandteil jeder Verständigung** sein. Wenn auch in aller Regel in einer nachträglichen Berufungsbeschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch, die eine Teilrücknahme des ursprünglich unbeschränkt eingelegten Rechtsmittels darstellt (BGHSt 33, 59), zum Ausdruck kommt, dass der Angekl. die Tat(en) einräumt, ist eine solche „Geständnisfiktion“ nicht zwingend. **Gegenstand einer Verständigung kann** nach § 257 c Abs. 2 Satz 1 StPO **auch „das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten“ sein** (vgl. LG Freiburg StV 2010, 236). Entscheidend ist auf jeden Fall, dass § 244 Abs. 2 StPO unberührt bleibt (§ 257 c Abs. 1 Satz 2 StPO), d. h. jede Disposition über Gegenstand und Umfang der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Pflicht zur Aufklärung des mit der Anklage vorgeworfenen Geschehens ist ausgeschlossen (BVerfG aaO). Seine **Grenzen** findet dieser Grundsatz jedoch in der **Dispositionsfreiheit des Angekl.**, der nach der StPO befugt ist, ein Rechtsmittel gegen ein vorinstanzliches gerichtliches Urteil zu beschränken (oder vollständig zurückzunehmen) und damit der Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht zu entziehen. In diesen Fällen basiert der Schuldspruch nicht auf einem Geständnis, sondern auf der (teilweisen) Akzeptanz der vorinstanzlichen Entscheidung durch den Angekl.“ (OLG Karlsruhe aaO)

StGB  
§ 302 I

### Rechtsmittelverzicht

Wirksamkeit

StGB

(BGH in NSTZ 2014, 533; Beschluss vom 25.02.2014 – 1 StR 40/14)

Ein vom Angeklagten in Anwesenheit seines Verteidigers in emotionaler Aufgewühltheit erklärter **Rechtsmittelverzicht ist wirksam**, sofern beide zuvor ausreichend Gelegenheit hatten, die Frage des Verzichts zu erörtern.

„Dass es sich bei der Erklärung des Angekl. um eine **wütende Spontanäußerung** handelt, **stellt die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nicht in Frage**; auch der in emotionaler Aufgewühltheit erklärte Rechtsmittelverzicht ist wirksam (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 257). Verhandlungsunfähigkeit des Angekl. wird weder vorgebracht, noch wäre hierfür sonst etwas ersichtlich.

Soweit die Revision vorträgt, der Angekl. habe vor seiner Erklärung keine Rücksprache mit seinen Verteidigern gehalten, steht dies der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nicht entgegen: Zwar entspricht es gefestigter Rspr. des BGH, dass durch das Gericht dem Angekl. vor Erklärung eines Rechtsmittelverzichts Gelegenheit gegeben werden muss, sich mit seinem Verteidiger zu besprechen, oder dass der Verteidiger Gelegenheit erhalten muss, seinen Mandanten zu beraten (BGHSt 45, 51, 57 m. w. Nachw.; vgl. auch BVerfG NStZ-RR 2008, 209). Ein bindender Rechtsmittelverzicht wird deshalb nicht angenommen, solange der Angekl. oder sein Verteidiger zu erkennen geben, dass sie die Frage des Verzichts noch miteinander oder mit Dritten erörtern wollen (vgl. BVerfG aaO; BGHSt 18, 257). Solche Umstände sind hier jedoch weder vorgebracht noch sonst ersichtlich. Anstatt Erörterungsbedarf hinsichtlich der Frage des Rechtsmittelverzichts anzumelden, haben die Verteidiger nach der eindeutigen und unmissverständlichen Erklärung des Angekl., er nehme das Urteil an und verzichte auf Rechtsmittel, keine Erklärung abgegeben. Es gibt deshalb nach dem Vortrag der Revision keine Anhaltspunkte dafür, dass das LG dem Angekl. einen Rechtsmittelverzicht ohne vorherige Beratung mit seinem Verteidiger abverlangt oder ihm jedenfalls vor der Verzichtserklärung keine Gelegenheit gegeben hätte, sich mit seinen Verteidigern zu besprechen (vgl. hierzu BGH NStZ 2000, 441 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StPO  
§ 345 II

**Revisionsbegründung**  
Unzulässigkeit bei „distanzierender“ Begründung

StPO

(BGH in NJW 2014, 2664; Beschluss vom 02.07.2014 – 4 StR 215/14)

**Trägt ein Verteidiger lediglich die zusammengefassten, i. Ü. aber vom Angekl. stammenden Beanstandungen gegen ein Urteil vor, ohne selbst dafür die Verantwortung zu übernehmen, genügt diese Darstellung nicht den an eine wirksame Revisionsbegründung zu stellenden Anforderungen nach § 345 II StPO.**

„Eine **Revisionsbegründung** [muss] in einer **von einem Verteidiger unterzeichneten Schrift** erfolgen, die er **grds. selbst zu verfassen**, zumindest an ihr gestaltend mitzuwirken hat. Ferner **darf kein Zweifel bestehen, dass der Rechtsanwalt die volle Verantwortung für den Inhalt der Schrift übernommen hat** (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ-RR 2002, 309).

Solche Zweifel ergeben sich hier aus der Fassung der Revisionsbegründung: Die sich an den Satz „... wird ... für den Beschuldigten die Verletzung formellen und materiellen Rechts gerügt“ anschließenden Formulierungen „beanstandet der Beschuldigte“ und „begegnet die Feststellungen ... erheblichen Bedenken auf Seiten des Beschuldigten“ sowie „nach Auffassung des Beschuldigten liegen dieser Feststellung ...“ belegen, dass der Verteidiger lediglich die vom Angekl. stammenden Beanstandungen vorträgt und zusammenfasst, ohne selbst dafür die Verantwortung zu übernehmen. Diese Wortwahl in Verbindung mit der Wiedergabe der vom Besch. stammenden Ausführungen in indirekter Rede deutet auf eine **Distanzierung des Verteidigers** hin, zumal dieser dem Revisionsbegründungsschriftsatz keine eigenen Begründungselemente hinzugefügt hat. Ergänzend kommt die Distanzierung des Verteidigers in seiner abschließenden Bemerkung zum Ausdruck, er habe seinen Mandanten ausführlich über das Rechtsmittel der Revision belehrt, der Besch. habe aber darauf beharrt, die vorstehenden Ausführungen zu machen.

Auch der vorangestellten allgemeinen Sachrüge kann in diesem Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung zugemessen werden. Der Satz „... wird unter Bezugnahme. für den Beschuldigten die Verletzung formellen und materiellen Rechts gerügt“ kann deshalb nur als zusammenfassender Einleitungssatz der vom Angekl. stammenden Begründung, nicht aber als eigenständige, von der Revisionsbegründung des Angekl. unabhängige Rechtsmittelbegründung des Verteidigers verstanden werden. Insgesamt bestehen deshalb durchgreifende Zweifel daran, dass der Verteidiger die volle Verantwortung für den Inhalt der Begründung übernommen hat; die Revisionsbegründungsschrift ist deshalb trotz Unterzeichnung durch den Verteidiger unwirksam.“ (BGH aaO)

GVG  
§ 198

**Verzögerungsrüge**  
Unverzüglichkeit

GVG

(BGH in NJW 2014, 2588; Urteil vom 17.07.2014 – III ZR 228/13)

1. Die **Frage der Erhebung bzw. Rechtzeitigkeit einer Verzögerungsrüge betrifft nicht die Zulässigkeit, sondern die Begründetheit einer Entschädigungsklage** nach § 198 GVG.

„Das Fehlen einer Verzögerungsrüge (§ 198 III 1 GVG) oder die nicht unverzügliche Erhebung einer solchen Rüge (Art. 23 S. 2 ÜGRG) [hat] nicht die Unzulässigkeit der Entschädigungsklage zur Folge. Vielmehr ist die **Verzögerungsrüge als materielle Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs** konzipiert und **nicht als Zulässigkeitskriterium für dessen prozessuale Geltendmachung** (BT-Drs. 17/3802, 20). § 198 III 1 GVG normiert als zwingende Entschädigungsvoraussetzung, dass der Betroffene in dem Verfahren, für dessen Dauer er entschädigt werden möchte, eine Verzögerungsrüge erhoben hat. Dabei handelt es sich um eine haftungsbegründende Obliegenheit (BGH NJW 2014, 939 und NJW 2014, 1967; s. auch BFHE 243, 126 = DStRE 2014, 299; BSG NJW 2014, 253). Wird die Verzögerungsrüge nicht unverzüglich gem. Art. 23 S. 2 ÜGRG erhoben, hat dies zur Folge, dass Entschädigungsansprüche wegen überlanger Verfahrensdauer bis zum Rügezeitpunkt materiell-rechtlich präkludiert sind (grundlegend BGH NJW 2014, 1967). Die Zulässigkeit der Klage bleibt davon unberührt (vgl. BFHE 243, 126 = DStRE 2014, 299; BSG NJW 2014, 253).“ (BGH aaO)

2. Eine **Verzögerungsrüge** ist noch „unverzüglich“ i. S. des Art. 23 S. 2 ÜGRG erhoben, wenn sie spätestens drei Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren beim Ausgangsgericht eingegangen ist (im Anschluss an BGH NJW 2014, 1967).

„**Unverzüglich**“ bedeutet nach der Gesetzesbegründung „ohne schuldhaftes Zögern“ (BT-Drs. 17/3802, 31). Damit wird die Legaldefinition in § 121 I 1 BGB in Bezug genommen, die nach allgemeiner Auffassung auch über die Fälle des § 121 BGB hinaus gilt (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 121 Rn. 3).

Soweit Art. 23 S. 2 ÜGRG die unverzügliche Erhebung der Verzögerungsrüge nach Inkrafttreten der Entschädigungsregelung verlangt, ist **kein sofortiges Handeln geboten**. Vielmehr muss dem Betroffenen eine **angemessene Prüfungs- und Überlegungsfrist eingeräumt** werden, um entscheiden zu können, ob er seine Rechte durch eine Verzögerungsrüge wahren muss.

Die von der Rspr. zu § 121 BGB herausgebildete Obergrenze von zwei Wochen bzw. die zweiwöchige gesetzliche Ausschlussfrist des § 626 II 1 BGB stellen insoweit einen zu engen Maßstab dar (BGH NJW 2014, 1967). Bei der Bemessung der gem. Art. 23 S. 2 ÜGRG angemessenen Überlegungsfrist ist vor allem der Zweck des Gesetzes in den Blick zu nehmen, durch Einräumung eines Entschädigungsanspruchs gegen den Staat bei überlanger Verfahrensdauer eine Rechtsschutzlücke zu schließen und eine Regelung zu schaffen, die sowohl den Anforderungen des Grundgesetzes (Art. 19 IV, 20 III GG) als auch denen der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 6 I, 13 EMRK) gerecht wird (BT-Drs. 17/3802, 15). Es kommt hinzu, dass das Gesetz nur einen Tag vor seinem Inkrafttreten verkündet worden ist (Art. 24 ÜGRG). Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, den Begriff der „Unverzüglichkeit“ in Art. 23 S. 2 ÜGRG weit zu verstehen. Der Senat hat deshalb eine **Drei-Monats-Frist** für erforderlich gehalten, um den Erfordernissen eines effektiven Menschenrechtsschutzes zu entsprechen und den Betroffenen in allen Fällen ausreichend Zeit für die Prüfung zu geben, ob eine entschädigungspflichtige Verzögerung bereits eingetreten und eine Rügeerhebung deshalb geboten ist (BGH NJW 2014, 1967; s. auch BFHE 243, 126 = DStRE 2014, 299).“ (BGH aaO)

BVerfGG  
§ 90 II 1

**Verfassungsbeschwerde**  
Erforderlichkeit einer Anhörungsrüge

BVerfGG

(BVerfG in NJW 2014, 2635; Beschluss vom 16.06.2014 – 1 BvR 1443/12)

1. Wird mit der Verfassungsbeschwerde eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) geltend gemacht, so gehört eine Anhörungsrüge an das Fachgericht zu dem Rechtsweg, von dessen Erschöpfung die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gem. § 90 II 1 BVerfGG im Regelfall abhängt (vgl. BVerfGE 126, 1 = NVwZ 2010, 1285 = NJW 2010, 3291).

„Eine fachgerichtliche Anhörungsrüge ist auch dann möglich (vgl. BGH NJW 2005, 1432) und zur Erschöpfung des Rechtswegs nach § 90 II 1 BVerfGG erforderlich (vgl. BVerfG NJW 2005, 3059), wenn mit der Verfassungsbeschwerde Entscheidungen angegriffen werden, die vor Inkrafttreten des Anhörungsrügensgesetzes (BGBl. I 2004, 3220) am 01.01.2005 rechtskräftig geworden sind.“ (BVerfG aaO)

2. Der Notwendigkeit der Erhebung einer Anhörungsrüge steht auch nicht entgegen, dass deren Statthaf- tigkeit in der zu beurteilenden Konstellation durch die Fachgerichte nicht abschließend geklärt ist.

„Selbst wenn Zweifel bestehen, ob ein Rechtsbehelf statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann, ist der Bf. grds. gehalten, von dem etwaigen fachgerichtlichen Rechtsschutz Gebrauch zu machen (vgl. BVerfGE 91, 93 = NJW 1994, 2817). Dass Rspr. zu Gunsten der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs für die gegebene Fallgestaltung noch nicht vorliegt, genügt regelmäßig nicht, um die Anrufung der Fachgerichte als von vornherein aussichtslos anzusehen (vgl. BVerfGE 70, 180 = NJW 1986, 371). Unzumutbar ist die Einlegung eines Rechtsmittels erst dann, wenn dessen Zulässig- keit höchst zweifelhaft ist (vgl. BVerfGE 17, 252 = NJW 1964, 1019; BVerfGE 39, 302; BVerfGE 60, 7 = NJW 1982, 1635; BVerfGE 60, 96 = NJW 1982, 1454; BVerfGE 64, 203 = NJW 1983, 2492).“ (BVerfG aaO)

VwGO  
§ 40 I

**Verwaltungsrechtsweg**  
Abtretung einer öffentlich-rechtlichen Forderung

VwGO

(BGH in BayVBl 2014, 543; Beschluss vom 25.07.2014 – III ZB 18/13)

Die Abtretung einer Forderung ändert die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht und kann daher auch nicht den Zivilrechtsweg eröffnen.

„Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist und ob die ordentlichen Gerichte oder die Verwaltungsgerichte zuständig sind, richtet sich, soweit keine Sonderzuweisung besteht, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (RGZ 143, 91; BGHZ 97, 312; BGHZ 102, 280; BGHZ 72, 56 = NJW 1978, 2091; BGHZ 162, 78 = NJW 2006, 850; BGH NZA-RR 2011, 603). Maßgeblich ist die wahre Natur des Rechtsverhältnisses, nicht die vom Kl. vorgenommene rechtliche Zu- ordnung (BGHZ 162, 78; BGH NZA-RR 2011, 603; BGHZ 133, 240; MüKo-ZPO/Zimmermann, 3. Aufl., § 13 GVG Rdnr. 11).

Die Abtretung einer Forderung vermag die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht zu ändern und den Zivilrechtsweg zu eröffnen (RGZ 143, 91; OLG Rostock OLG R 2000, 159; BVerwG ZBR 1984, 218: Abtretung eines perso- nalvertretungsrechtlichen Kostenerstattungsanspruchs; VGH Mannheim FamRZ 1988, 971 m. w. Nachw.; Kissel/Mayer, GVG, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 88 m. w. Nachw.; Stein/Jonas/Jacobs, ZPO, § 13 GVG Rdnr. 31; MüKo-ZPO/Zimmermann, § 13 GVG Rdnr. 11; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl., § 13 GVG Rdnr. 1; Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 36).

Die Kl. macht gegen die Bekl. den ursprünglich dem Zedenten zustehenden (öffentlich-rechtlichen) **Besoldungsanspruch** geltend. Der Umstand, dass der Abtretung des Besoldungsanspruchs ein bürgerlich-rechtliches (Kausal-)Geschäft (hier: Sicherungsabrede im Zusammenhang mit der Gewährung eines Darlehens) zu Grunde liegt, bleibt insofern ohne Bedeutung. Denn die Kl. macht gegen die Bekl. keinen Anspruch aus diesem bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnis geltend, sondern allein den mit der Abtretung auf sie über- gegangenen Besoldungsanspruch. Weil es sich um einen **bloßen Übergang derselben Forderung auf eine andere Person** han- delt, betrifft die Abtretung einer Forderung nur die Rechtsnachfolge, nicht aber die Rechtsnatur der Forderung (OLG Rostock OLG R 2000, 159; Kuhla/Hüttenbrink, Rdnr. 17 b).“ (BGH aaO)

VwGO  
§ 98

**Zeugnisverweigerungsrecht**  
Verwaltungsgerichtliches Verfahren

VwGO

(OVG Lüneburg in FD-StrafR 2014, 360923; Beschluss vom 21.07.2014 – 10 OB 49/14)

Einem **Pressevertreter** steht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren grds. kein Zeugnisverweigerungsrecht im Hinblick auf eigene (berufsbezogene) Wahrnehmungen zu.

- I. Das in **§ 383 Abs. 1 Nr. 5 ZPO** geregelte **Weigerungsrecht** beschränkt sich auf die u. a. einem Redakteur im Hinblick auf seine Tätigkeit gemachte Mitteilungen Dritter, schließt aber eigene (berufsbezogene) Wahrnehmungen nicht ein. Die insoweit weitergehende Regelung des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, Satz 2 und 3 StPO ist auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren nicht im Wege der Analogie übertragbar.

„Es fehlt schon die dafür erforderliche planwidrige Regelungslücke. Der **Gesetzgeber** hat im Jahr 2002 durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (BGBl. I 2002, S. 682) das bis dahin (vgl. zur vorherigen Rechtslage die Darstellung bei Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl., 2012, S. 212 f.) bundeseinheitlich in den Verfahrensordnungen normierte **Zeignisverweigerungsrecht bewusst nur für das Strafverfahrensrecht erweitert** und damit zugleich das entsprechende strafprozessuale Beschlagnahmerecht begrenzt, aber weder damals noch seitdem die dadurch bedingten Unterschiede in den Verfahrensordnungen verkannt. Zudem mangelt es auch an der für eine Analogie weiterhin erforderlichen Ähnlichkeit der Regelungsbereiche. Das auf selbst recherchiertes Material erweiterte strafprozessuale Zeignisverweigerungsrecht besteht nämlich nach § 53 Abs. 1 und 2 StPO nicht umfassend. Vielmehr unterliegt es den **Schranken des § 53 Abs. 2 Satz 2 StPO**, von denen wiederum in Satz 3 eine teilweise Rückausnahme enthalten ist. Die Ausnahme in Satz 2 stellt u. a. darauf ab, ob die Aussage des Betroffenen zur Aufklärung eines Verbrechens oder enumerativ genannter Vergehen beitragen soll. Die Aufklärung von Straftaten ist jedoch grds. nicht Aufgabe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Ebenso wenig lässt sich aus der Aufzählung in § 53 Abs. 2 Satz 2 StPO sonst ein klarer und handhabbarer Maßstab für die Frage entnehmen, welchen verwaltungsgerichtlichen Verfahren bei einer entsprechenden Anwendung ggf. eine so hohe Bedeutung beizumessen wäre wie der Aufklärung von Verbrechen oder den genannten Vergehen im Strafverfahren. Schließlich ginge auch die Annahme fehl, verwaltungsgerichtlichen Verfahren komme generell nur ein so geringes Gewicht zu, dass bei entsprechender Anwendung des § 53 Abs. 2 Satz 2 StPO stets ein Verweigerungsrecht zu bejahen sei. Ob einer analogen Anwendung der Norm zusätzlich entgegensteht, dass sie bereits für den ausdrücklich geregelten Bereich des Strafverfahrens zu weit gehe (vgl. insbesondere Kunert NSTz 2002, 169 ff.), kann deshalb offen bleiben.“ (OVG Lüneburg aaO)

- II. Es **überschreitet den Rahmen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung**, das **presserechtliche Zeignisverweigerungsrecht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren** über die in § 98 VwGO i. V. m. § 383 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geregelten Fälle hinaus **richterrechtlich selbst generell zu erweitern** (vgl. BVerfGE 77, 65).

„Dagegen spricht zusätzlich, dass das BVerfG (BVerfGE 129 m. w. Nachw.) für Presse- und Medienvertreter bereits mehrfach betont hat, dass ein genereller und keiner Abwägung unterliegender Schutz gegenüber strafprozessualen Maßnahmen nicht in Betracht kommt, weil bei der **Gewichtung der Medienfreiheit im Verhältnis zu dem Gebot funktionstüchtiger Strafrechtspflege** keinem der verfolgten Interessen abstrakt ein eindeutiger Vorrang gebührt. Der Gesetzgeber ist weder gehalten, noch steht es ihm frei, der Presse- und Rundfunkfreiheit den absoluten Vorrang vor anderen wichtigen Rechtsgütern einzuräumen, wie etwa dem hier in Rede stehenden **Gebot der Wahrheitserforschung im Strafprozess**“. Dieser Grundsatz steht auch der sinngemäß vom Beschwerdeführer vertretenen Annahme entgegen, Medienvertretern stehe in verwaltungsgerichtlichen Verfahren generell ein Recht zur Zeignisverweigerung u. a. hinsichtlich berufsbezogener eigener Wahrnehmungen zu.“ (OVG Lüneburg aaO)

ZPO  
§ 758a VI

### Verwaltungsvollstreckungsverfahren Durchbrechung des Formularzwangs

ZPO

(BGH in NJW-RR 2014, 1023; Beschluss vom 20.03.2014 – VII ZB 64/13)

Der **Formularzwang nach § 758 a VI ZPO i. V. m. §§ 1, 3 ZVFV gilt nicht für Anträge auf Erlass einer richterlichen Durchsuchungsanordnung im Verwaltungsvollstreckungsverfahren nach § 287 IV AO.**

„§ 287 AO in der mit der Zweiten Zwangsvollstreckungsnovelle eingeführten Fassung sollte der Anpassung an den neu eingeführten § 758 a ZPO dienen (BT-Drs. 13/9088, 25). Er beinhaltet eine eigenständige, neben § 758 a ZPO stehende Regelung der Wohnungsdurchsuchung im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung nach der Abgabenordnung. Einen Verweis auf § 758 a ZPO enthält § 287 AO, anders als beispielsweise § 6 JBeitrO, nicht. Während der Gesetzgeber in anderen vollstreckungsrechtlichen Regelungen der Abgabenordnung **Verweise auf zivilprozessuale Vorschriften** aufgenommen hat, z. B. §§ 262–266, 295, 308, 309, 314, 316 AO sowie §§ 319–322 AO, hat er **im Rahmen des § 287 AO davon abgesehen**. § 287 IV 3 AO regelt lediglich die Zuständigkeit der Amtsgerichte für den Erlass einer Durchsuchungsanordnung. Dies hat zur Folge, dass das Amtsgericht das Verfahrensrecht der ZPO, nicht hingegen das der FGO anzuwenden hat (Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 758 a Rn. 44). Daraus ist jedoch mangels eines ausdrücklichen Verweises in § 287 AO nicht abzuleiten, dass die strenge Formvorschrift des § 758 a VI ZPO auch auf einen Antrag auf richterliche Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung nach der Abgabenordnung anzuwenden ist.

Gegen eine Anwendbarkeit der §§ 1, 3 ZVFV auf Finanzbehörden spricht auch der in der **Gesetzesbegründung** zur Zwangsvollstreckungsformular-Verordnung zum Ausdruck kommende **Wille des Ordnungsgebers** sowie die **äußere Gestaltung des Antragsformulars selbst**. Die Gesetzesbegründung benennt die Durchsuchungsanordnung nach § 758 a ZPO, nicht hingegen diejenige nach § 287 AO (BR-Drs. 326/12, 1). Das Antragsformular nach Anlage 1 zu § 1 ZVFV ist nicht auf einen Antrag der Finanzbehörden zugeschnitten. Auf S. 1 des Formulars ist lediglich der Durchsuchungsbeschluss nach § 758 a ZPO aufgeführt. Auf S. 2 sind als Antragsteller nur „Herrn/Frau/Firma“, nicht hingegen Behörden genannt. Zudem enthält das Formular auf S. 2 den vorgegebenen Textbaustein: „... der zuständige Gerichtsvollzieher...“. Eine Möglichkeit, stattdessen den Vollziehungsbeamten einzutragen, sieht das Formular nicht vor.“ (BGH aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Ackermann:** Neuerungen durch das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (DB 2014, 1919)
2. **Martis:** Pkw-Kauf - Ausschluss des Rücktrittsrechts bei unerheblichen Pflichtverletzungen (MDR 2014, 942)

Bespr. der Entsch. BGH (MDR 2014, 833), wonach das **Recht des Käufers zum Rücktritt bei Vorliegen eines „unerheblichen“ Sachmangels** i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB **ausgeschlossen** ist. – Nach BGH aaO ist von einer **Geringfügigkeit eines behebbaren Mangels** und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB i.d.R. dann nicht mehr auszugehen, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von **5 % des Kaufpreises übersteigt**.

3. **Schmid:** Die Nichtleistung der Mietkaution als Kündigungsgrund (MDR 2014, 940)
4. **Schulze Steinen:** Die Beseitigung streitiger Mietmängel durch den Vermieter und deren Rechtsfolgen (IMR 2014, 314)

Beseitigt der Vermieter zwischen ihm und dem Mieter streitige Mietmängel, so kann dies als ein sog. **deklaratorischen Schuldanerkenntnis des Vermieters** anzusehen sein; dieses hat zur Folge, dass der Vermieter das Vorhandensein der (beseitigten) Mietmängel nicht mehr in Abrede stellen und auch keinen Gegenbeweis mehr dahingehend führen kann, dass die mieterseits behaupteten Mietmängel nicht vorhanden waren. - Liegen die Voraussetzungen eines deklaratorischen Anerkenntnisses nicht vor, kommt ein sog. **tatsächliches Anerkenntnis** in Betracht; abhängig von den Umständen des Einzelfalls hat ein solches „Zeugnis gegen sich selbst“ eine **Beweislastumkehr** zur Folge. - Zur Anwendung kommen können zudem die **Grundsätze der Beweisvereitelung**: Abhängig vom Grad des Verschuldens der den Beweis vereitelnder Partei kommen Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr in Betracht; ein Mitverschulden der beweisbelasteten Partei führt i. d. R. dazu, dass nicht von einer Beweisvereitelung ausgegangen werden kann.

5. **Hewicker/Marquardt/Neurauter:** Der Abmahnkosten-Ersatzanspruch im Urheberrecht (NJW 2014, 2753)

Die **maßgebliche Anspruchsgrundlage** findet sich seit der Novellierung durch das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ in **§ 97 a III 1 UrhG**; auf Abmahnungen, die vor Inkrafttreten der Novelle am 09.10.2013 ausgesprochen worden sind, findet sie keine Anwendung. - Ersatz der für die Abmahnung erforderlichen Aufwendungen kann gem. § 97 a III 1 UrhG 2013 verlangt werden, „soweit die Abmahnung berechtigt ist und Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 entspricht“. - Berechtigt ist die Abmahnung, wenn ihr ein **Unterlassungsanspruch** zu Grunde liegt („Begründetheit“ der Abmahnung) und darüber hinaus nur, wenn sie erforderlich ist, um dem Schuldner einen Weg zu weisen, den Gläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen; denn der gesetzliche Kostenerstattungsanspruch rechtfertigt sich daraus, dass die Abmahnung auch im Interesse des Schuldners liegt. - Die **Wirksamkeit der Abmahnung ist neue Voraussetzung des Kostenerstattungsanspruchs**: Der Gesetzgeber knüpft den Kostenersatz an „inhaltliche Anforderungen“ (§ 97 a II Nr. 1–4 UrhG), „die die Transparenz erhöhen sollen“; der Abgemahnte soll „hierdurch besser in die Lage versetzt“ werden, „zu erkennen, inwieweit die Abmahnung berechtigt ist, oder nicht“. - **Voraussetzung** des Aufwendungsersatzes ist der **Zugang der Abmahnung beim Adressaten**, der im Streitfall vom Abmahnenden bewiesen werden muss; liegen sämtliche Voraussetzungen für den Kostenersatz vor, steht es dem Abmahnenden grds. frei, hierauf zu klagen, ohne seinen Unterlassungsanspruch weiter zu verfolgen. - Die Abmahnung muss allerdings objektiv der **Vermeidung eines Unterlassungsrechtsstreits** gedient haben, § 97 a I UrhG; unter bestimmten, engen Voraussetzungen kann daher die isolierte Inanspruchnahme auf die Abmahnkosten unbegründet sein. - Die **Verjährung des Ersatzanspruchs beginnt mit dem Zugang der Abmahnung**; durch Zustellung eines Mahnbescheids wird sie nur gehemmt, wenn Aufwendungsersatz- und Schadensersatzansprüche hinreichend individualisiert werden; hat der Abmahnende in Bezug auf die Abmahnung eingegangene Verbindlichkeiten selbst noch nicht beglichen, kann er vom Abgemahnten grds. nur Freistellung verlangen, § 257 BGB.

6. **Jöris/Steinau-Steinrück:** Der gesetzliche Mindestlohn (BB 2014, 2101)
7. **Heine:** Die aktuelle Entwicklung der Rspr. zur Entschädigungsklage gem. § 198 GVG wegen unangemessener Verfahrensdauer (MDR 2014, 1008)
8. **Kirchheim:** Die Störung der Hauptverhandlung durch in §§ 177, 178 GVG nicht genannte, an der Hauptverhandlung beteiligte Personen (NSStZ 2014, 431)

**Problemstellung:** Adressaten von Maßnahmen nach §§ 177, 178 GVG können nur Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen sein; wird die Hauptverhandlung durch andere an der Verhandlung beteiligte Personen, insbes. Verteidiger oder Staatsanwälte, gestört, sind diese Vor-

schriften nicht anwendbar; geschieht dies gleichwohl und wird die Hauptverhandlung durch in §§ 177, 178 GVG nicht genannte Verfahrensbeteiligte in schwerwiegender Weise gestört, müssen der Vorsitzende bzw. das Gericht im konkreten Einzelfall in die Lage versetzt werden, zeitnah und effektiv den ordnungsgemäßen Fortgang der Hauptverhandlung sicherzustellen. - Aus der sog. „**Roben-Rspr.**“ des BVerfG, des BGH und der OLG, die zu Verstößen gegen die Pflicht zum Tragen der Berufstracht ergangen ist, folgt, dass Verfahrensbeteiligte, die die Ordnung der Sitzung stören, durch eine Anordnung nach § 176 GVG zurückwiesen werden können; dadurch verlieren sie ihre Stellung als an der Sitzung Beteiligte, so dass – wenn sie weiterhin stören – gegen sie Maßnahmen nach §§ 177, 178 GVG ergriffen werden könnten. - Nach der von dem Autor vertretenen Auffassung ist die **Zurückweisung von Verfahrensbeteiligten** auf der Grundlage des geltenden Rechts indes abzulehnen, da hierfür **derzeit keine ausreichende gesetzliche Rechtsgrundlage** existiert: Angesichts der abschließenden Regelungen in §§ 177, 178 GVG kann eine Zurückweisung insbes. nicht auf § 176 GVG gestützt werden.

## II. Strafrecht

1. **Moldenhauer:** Die Verständigung in Strafsachen und die Berufungsinstanz (NStZ 2014, 493)

Bespr. der Entsch. OLG Karlsruhe (Beschluss vom 07.03.2014 (3 [6] Ss 642 – 13) - Zu Beginn des Berufungsverfahrens wird bei einem Rechtsmittel der StA und nach einer amtsgerichtlichen Verständigung regelmäßig analog § 257 c Abs. 4 Satz 4 StPO zu belehren sein, sofern das Berufungsgericht sich von dem Verständigungsstrafrahmen lösen möchte, was häufig am Anfang der Berufungsverhandlung noch nicht beurteilt werden kann, so dass schon rein vorsorglich zu belehren sein wird. - Eine **unterbliebene qualifizierte Belehrung begründet** indes **nicht zwangsläufig ein Verwertungsverbot** im Hinblick auf das Geständnis; über die Frage der Verwertung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des schutzwürdigen Vertrauens des Angekl., der Schwere des Verfahrensverstößes und des staatlichen Interesses an der Sachaufklärung zu entscheiden.

2. **Schwabenbauer:** Dokumentationspflichten und die Beweislast für Verfahrenstatsachen im Strafprozess (NStZ 2014, 495)

Bespr. der Entsch. BVerfG Beschl. v. 05.02.2012 – 2 BvR 1464/11

3. **Müller/Schmidt:** Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2013 (NStZ 2014, 501)
4. **Miebach:** Die freie Beweiswürdigung der Zeugenaussage in der neueren Rspr. des BGH (NStZ-RR 2014, 233)

**Problemstellung:** In den meisten Strafverfahren kommt den Aussagen der Zeugen eine wichtige Rolle, in vielen aber darüber hinaus auch eine ausschlaggebende Bedeutung zu, wenn sie das mitunter einzige, häufig prozessentscheidende den Angeklagten belastende Beweismittel sind; deshalb und weil die Zeugenaussage das am wenigsten zuverlässige Beweismittel darstellt, unterliegt neben der Beurteilung der Person des z. B. kranken oder beeinflussten Zeugen die nach dem **Wortlaut des § 261 StPO** freie, d. h. keinen Beweisregeln unterworfenen Beweiswürdigung der Zeugenaussage und die Bestimmung des Beweiswertes dieses Beweismittels hohen Anforderungen; die obergerichtliche Rspr. hat aus den aus wissenschaftlichen, insbes. kriminalistischen, forensischen und aussagepsychologischen Untersuchungen gewonnenen Erfahrungsregeln Grundsätze für die Beweiswürdigung und ihre Darlegung in den Urteilsgründen entwickelt (BVerfG NStZ-RR 2003, 299); dies gilt insbes. für Beweissituationen, die – auch von Verfassungs wegen – erhöhte Anforderungen an die Beweiswürdigung stellen, wie u. a. die Beurteilung eines Zeugen vom Hörensagen, Fälle, in denen Aussage gegen Aussage steht und in denen die Entscheidung davon abhängt, welcher der einander widersprechenden Aussagen das Gericht folgt, sowie Fälle des Wiedererkennens. - Zu unterscheiden sind dabei Fälle, in denen der Zeuge in der Hauptverhandlung vernommen wird, von denjenigen, in denen die Zeugenaussage nur mittelbar z. B. durch Vernehmung der Verhörsperson, deren Aussage ebenfalls zu würdigen ist, in die Hauptverhandlung eingeführt wird. - An die **Beweiswürdigung** der Zeugenaussage sind **unterschiedlich hohe Anforderungen** zu stellen je nach dem, ob das Zeugnis abgelegt wird von einem am Ausgang des Verfahrens uninteressierten (objektiven) (Beobachtungs-) Zeugen, von einem z. B. als Geschädigten Interessenzeugen oder von einem möglicherweise auf eigene Vorteile bedachten (z.B. Kron-) Zeugen.

## III. Öffentliches Recht

1. **Michl:** Duldungsverfügung, Privatrecht und Rechtsschutz des Drittberechtigten (NVwZ 2014, 1206)
2. **Lange:** Das Konnexitätsprinzip und die kommunale Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen (DÖV 2014, 793)

**Problemstellung:** Kann eine **kommunale Verfassungsbeschwerde auch gegen gesetzgeberisches Unterlassen** gerichtet werden? - Das in den Landesverfassungen verankerte **Konnexitätsprinzip** gibt den Kommunen einen Anspruch auf Schaffung eines Ausgleichs für Mehrbelastungen, die ihnen durch die staatliche Auferlegung zusätzlicher Aufgaben erwachsen; dieser Anspruch ist nach Ansicht des Autors entgegen der überwiegenden Auffassung nicht nur im Falle „unechten“ gesetzgeberischen Unterlassens einer Ausgleichsregelung, sondern auch im Falle „echten“ Unterlassens mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde einklagbar; die Unterschei-

dung von „unechtem“ und „echtem“ Unterlassen lässt sich zumindest insofern nicht aufrechterhalten. - Dieses Problem hat besondere Aktualität im Zusammenhang mit dem Konnexitätsprinzip gewonnen: Das inzwischen in den Verfassungen aller Bundesländer verankerte **Konnexitätsprinzip verpflichtet den Gesetzgeber** mit einzelnen Unterschieden von Land zu Land, **bei Aufgabenübertragungen auf die Gemeinden und Gemeindeverbände einen finanziellen Ausgleich für die dadurch entstehenden Kosten zu schaffen**; wenn er dies unterlässt, stellt sich die Frage, ob und wie die Kommunen dagegen vorgehen können, insbes. ob sie mit Aussicht auf Erfolg eine kommunale Verfassungsbeschwerde erheben können.

3. **Schlick**: Die Rspr. des BGH zur öffentlich-rechtlichen Entschädigung (NJW 2014, 2686)

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

1. **Conrad**: Die Unterzeichnung zivilprozessualer bestimmender Schriftsätze für Andere (MDR 2014, 877)
2. **Jungk/Chab**: Pflichten und Haftung des Anwalts – eine Rechtsprechungsübersicht (BRAK-Mitt. 2014, 190)
3. **Möller**: Die Fortbildungspflicht des (Fach-)Anwalts (NJW 2014, 2758)
4. **Schäfer**: Fernmündliche Anhörung der Beteiligten im Scheidungsverfahren (NJOZ 2014, 1321)

Das **Gesetz sieht eine fernmündliche Anhörung im Scheidungsverfahren nicht vor**: § 128 FamFG geht ausdrücklich von einem persönlichen Erscheinen des Anzuhörenden vor Gericht aus, also von physischer Anwesenheit während der Anhörung. - Dies deckt sich auch mit der Konzeption der Vorschriften der ZPO über die Anhörung von Parteien bzw. die Einvernahme von Zeugen, also allgemein über menschliches Zeugnis als Beweis- und Erkenntnismittel (§§ 137 IV, 141, 373 ff., 445 ff. ZPO), die ebenfalls von persönlicher „physischer“ Anwesenheit des Betreffenden vor dem vernehmenden Richter ausgehen und im Prinzip ja auch im Scheidungsverfahren gelten (vgl. § 113 I 2 u. § 128 I 3 FamFG). - Zulässig könnte die fernmündliche Beteiligtenanhörung im Scheidungsverfahren aber sein, wenn alle **Verfahrensbeteiligten dieser Verfahrensweise zustimmen**; das jedenfalls ließe die Vorschrift des § 284 S. 2 ZPO zu, die – im allseitigen Konsens – eine **freibeweisliche Informationsgewinnung** und insoweit im Besonderen auch eine fernmündliche Befragung Beteiligten zulässt. - Im Grundsatz ist § 284 S. 2 ZPO von der auch im Scheidungsverfahren geltenden Verweisung des § 113 I 2 FamFG umfasst; ein ausdrücklicher Vorbehalt erfolgt insoweit jedenfalls nicht. - Vor diesem Hintergrund erscheint es folgerichtig, die fernmündliche Ehegattenanhörung zuzulassen, sofern alle Beteiligten einverstanden sind und das Gericht sie nach pflichtgemäßem Ermessen für ausreichend hält; Voraussetzung muss freilich sein, dass alle Beteiligten sich zu dem Ergebnis der fernmündlichen Anhörung äußern können (Art. 103 I GG). - Gegen die Zulässigkeit dieses Prozedere – zu dem sich in den gängigen Kommentierungen zu § 128 FamFG nichts findet – spricht insbes. nicht etwa ein abschließender Charakter des § 128 FamFG; die Vorschrift des § 128 FamFG mag abschließend sein, solange und soweit das „reguläre“ Verfahren betrieben wird; das aber ist gerade nicht mehr ausschlaggebend, wenn – auf der Grundlage des § 284 S. 2 ZPO i. V. m. § 113 I 2 FamFG – der Rahmen des „Regulären“ verlassen worden ist. - Auch aus dem Umstand, dass im Scheidungsverfahren trotz der **grds. Anwendbarkeit der zivilprozessualen Verfahrensvorschriften keine uneingeschränkte Parteidisposition und Beibringungsmaxime** gelten, sondern eine – **eingeschränkte – Amtsermittlung** (§ 127 FamFG), folgt nichts Gegenteiliges: Eine **fern-mündliche Anhörung** eines Ehegatten im Scheidungsverfahren ist bei großer Entfernung zum Gerichtssitz **oft zweckmäßig und dann zulässig**, wenn alle **Beteiligten sich mit dieser Form des Verfahrensbetriebs einverstanden erklären**, allerdings auch nur dann; dies folgt aus § 113 I 2 FamFG i. V. m. § 284 S. 2 ZPO.

**Beiladung im Verwaltungsprozess****I. notwendige Beiladung, § 65 II VwGO**

Sind an dem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann, so sind sie nach § 65 II VwGO beizuladen.

**1. notwendige Beiladung bei Anfechtungsklage****a) Beiladung des begünstigten Adressaten bei Drittanfechtung**

Eine notwendige Beiladung liegt in allen Fällen von Drittanfechtungsklage vor, in welchen sich ein Nichtadressat von einem den Adressaten begünstigenden Verwaltungsakt belastet fühlt und diesen daher angreift (z.B. Baunachbarstreit, Klage gegen Gaststättenerlaubnis). Bei einem Obsiegen müsste dem Begünstigten zwingend die Begünstigung entzogen werden, so dass die Entscheidung nur einheitlich ergehen kann. Denn das Urteil, das der Dritte bei Erfolg seiner Anfechtungsklage erstreitet, ist ein Gestaltungsurteil und entfaltet rechtsgestaltende Wirkung gerade auch gegenüber dem Genehmigungsinhaber, mag er am Prozess beteiligt worden sein oder nicht (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 19).

**b) Beiladung eines begünstigten Dritten bei Belastung des Adressaten**

Aber auch Nichtadressaten kommen als notwendig Beizuladende in Betracht, auch wenn die Abgrenzung hier deutlich schwieriger wird. Die Frage nach einer notwendigen Beiladung stellt sich insbesondere, wenn ein Dritter bei der Behörde eine den Adressaten belastende Regelung anregt, die dann erlassen und vom Adressaten angefochten wird (z.B. Beantragung einer nachträglichen, belastenden Entscheidung zu einer Begünstigung wie immissionsschutzrechtliche Auflagen oder Sperrzeitverlängerung).

**2. notwendige Beiladung bei Verpflichtungsklage**

Immer dann, wenn Streitgegenstand das Begehren des Klägers ist, den Beklagten zum Erlass eines an einen bestimmten Dritten zu richtenden belastenden Verwaltungsaktes zu verpflichten, muss dieser beigeladen werden. Notwendig beizuladen ist ein Dritter ferner dann, wenn der erstrebte Verwaltungsakt „janusköpfig“ ist, also zugleich den Kläger begünstigt und den Dritten belastet. Der Grund für diese Notwendigkeit liegt wiederum in der (hier freilich erst erstrebten) Adressateneigenschaft des Dritten (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 22).

Die Beiladung eines Dritten ist im Verfahren der Verpflichtungsklage zudem dann notwendig, wenn sie auf den Erlass eines „mehrstufigen“ Verwaltungsaktes gerichtet ist. Ein solcher liegt vor, wenn die zuständige Behörde die Entscheidung auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift nur im Einvernehmen, mit Zustimmung o.ä. der Behörde eines anderen, insoweit selbständigen Rechtsträgers erlassen darf. In solchen Fällen ist auch der andere Rechtsträger (oder, sofern das Landesrecht dies gem. § 61 Nr. 3 VwGO bestimmt, dessen Behörde selbst) beizuladen (z.B. Herstellung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I 1 BauGB; vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 23).

Wäre der Dritte nicht Adressat des mit der Verpflichtungsklage begehrten Verwaltungsaktes, so ist er auf ihm zustehende Möglichkeit der Anfechtung verwiesen; es liegt kein Fall notwendiger Beiladung vor (z.B. keine Beiladung der Anwohner vor Erteilung einer Gaststättenerlaubnis)

**3. notwendige Beiladung bei sonstigen Klagen**

Auch für allgemeine Leistungs- und Feststellungsklagen bildet die – im obigen Sinne verstandene – Adressateneigenschaft des Dritten ein brauchbares Kriterium dafür, ob seine Beiladung notwendig ist.

Bei der Feststellungsklage ist ein Dritter notwendig beizuladen, wenn er an dem Rechtsverhältnis, um dessen Feststellung gestritten wird, unmittelbar beteiligt ist. Ohne seine Beiladung steht das Feststellungsurteil nämlich unter dem faktischen Vorbehalt, dass es in einem späteren Prozess des Dritten inhaltlich bestätigt wird. Es kann daher keinen Rechtsfrieden schaffen und widerspricht der Prozessökonomie (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 26).

**II. einfache Beiladung, § 65 I VwGO**

Liegen die Voraussetzungen des § 65 II VwGO für eine notwendige Beiladung nicht vor, kann das Gericht, solange das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen oder in höherer Instanz anhängig ist, von Amts wegen oder auf Antrag andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beiladen.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Zivilrecht

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

<b>Land:</b> NRW	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Frau Dr. M	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 24.06.2014
---------------------	--	--

### Zur Person:

Frau Dr. M ist eine nette Prüferin, die allerdings nicht protokollfest ist. Allerdings kann ich bestätigen, dass sie teilweise eine etwas verwirrende Art hat, Fragen zu stellen. Alles in allem muss ich aber sagen, dass wir bestimmt keinen schlechten Fang mit ihr gemacht hatten.

### Zur Sache:

Frau Dr. M stellte folgenden **Fall**: A parkte am 31.12.2005 seinen PKW vor seinem Haus. In der Nacht wird sein Auto von einer Feuerwerksrakete beschädigt. A lässt den Schaden für 1.250 € reparieren. Im Januar 2006 erfährt A, dass die Feuerwerksrakete durch S, den 8-jährigen Sohn des D, gezündet worden war. Im Februar 2006 räumt D die Tat seines Sohnes zunächst ein und erklärt, den Schaden in Raten abzahlen zu wollen. D zahlt jedoch nicht und lehnt in der Folgezeit jegliche Haftung ab. Im Januar 2009 sucht A schließlich in dieser Sache Rechtsanwalt B auf. Dieser erklärt ihm im Februar 2009, dass eventuelle Ansprüche gegen D und S verjährt seien. Daher lässt A die Angelegenheit zunächst auf sich beruhen. Im Dezember 2009 sucht er jedoch Rechtsanwalt R auf und bittet diesen um nochmalige Überprüfung. Im Januar 2010 erklärt R dem A, dass Rechtsanwalt B im damaligen Besprechungstermin zu Unrecht von einer Verjährung der Ansprüche A ausgegangen sei; inzwischen seien die Ansprüche aber tatsächlich verjährt. A bittet nun um umfassende Prüfung der Rechtslage.

Wir überprüften zunächst die Ansprüche, die A gegen D zustehen könnten:

I. § 832 BGB: Als Vater des S ist D wegen § 1626 BGB Aufsichtspflichtiger. S hat das Auto des A durch die Rakete beschädigt, also fremdes Eigentum verletzt, eine widerrechtliche Schadenszufügung liegt also vor. Dabei ist ein Verschulden des S nicht erforderlich, da dies vom Wortlaut des § 832 BGB nicht gefordert wird. Allerdings muss D schuldhaft gehandelt haben. Dabei stellen wir fest, dass es sich bei § 832 BGB um einen Fall des vermuteten Verschuldens handelt, sich der D also exkulpieren muss. Dann erörterten wir kurz die Maßstäbe, wann wohl von einer Aufsichtsverletzung des D ausgegangen werden könnte und wann nicht, denn hierzu enthielt der Sachverhalt keine Angaben.

II. § 823 I BGB: Ein Anspruch gegen D könnte sich auch aus § 823 I BGB unter dem Aspekt der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht ergeben, da der D auch Überwachergarant gegenüber seinem Sohn ist.

Dann prüften wir die Ansprüche gegen S:

Auch insoweit kam § 823 I BGB in Betracht. Allerdings musste im Rahmen des Verschuldens § 828 BGB berücksichtigt werden, da S erst 8 Jahre alt war. Wir diskutierten kurz, dass § 828 II BGB wohl nicht einschlägig sei, da der vorliegende Fall nicht mit den Gefahren des Straßenverkehrs in Zusammenhang steht. Dann gingen wir zu § 282 III BGB über und prüften, ob der S die erforderliche Einsichtigkeit und damit Schuldfähigkeit besessen haben könnte. Wir sollten dann unterstellen, dass S schuldfähig gewesen sei.

Anschließend stellten wir fest, dass D und S Gesamtschuldner nach § 840 BGB sind. Es kam dann zu einem Exkurs in die Gesamtschuld nach §§ 421ff. BGB, wobei wir grob erklären mussten, was Gesamtschuldner sind und wie der Innenregress abläuft.

Dann kamen wir auf § 840 II BGB zu sprechen und sollten die Rechtsnatur dieser Norm erklären: Bei § 840 II BGB handelt es sich um eine spezielle Regelung des Innenregresses. Wir sollten darstellen, was Sinn und Zweck dieser Norm ist. Der Aufsichtspflichtige soll entlastet werden, da die eigentliche Schädigungshandlung nicht von ihm begangen wurde. Schließlich kamen wir darauf zu sprechen, wie ein eventuelles Mitverschulden des A zu berücksichtigen sei. Dabei sollte angesprochen werden, dass D und S eine sog. „Haftungseinheit“ bilden.

Dann war die Zeit auch schon vorbei, ohne dass wir überhaupt zu den Kernproblemen des Falles gelangt sind, was wohl insbesondere auch auf den Prüfungsstil von Frau Dr. M zurück zu führen war, da sie zwischenzeitlich immer wieder kleiner Exkurse startete und immer wieder Sinn und Zweck einzelner Normen hinterfragte, was dann auch immer wieder zu längeren Diskussionen führte...

Ich wünsche allen viel Erfolg!!!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Strafrecht

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

<b>Land:</b> Bayern	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> GenStA Dr. H	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 27.06.2014
------------------------	--	--

#### Zur Person:

Dr. H war Vorsitzender der Prüfungskommission. Das Vorgespräch verlief wie üblich mit einigen persönlichen Fragen. Dr. H sprach leise, war aber sehr freundlich und beruhigend. Protokollfest war er überhaupt nicht. Auch während der Prüfung spricht Dr. H leise, so dass es manchmal schwierig ist, ihm zu folgen. Nachfragen ist aber kein Problem und auch zum Mitschreiben blieb genügend Zeit. Er punktet auch in den anderen Prüfungsgebieten mit und hört aufmerksam den Gesprächen zu. Er macht „Einzelintensivbefragungen“ und hält bei der Befragung keine Reihenfolge ein.

#### Zur Prüfung:

Zuerst wurde nur ein kurzer **Fall** gestellt: Angekl. A erhält in einer Berufungsverhandlung 1 Jahr und 6 Monate ohne Bewährung. A strebt eine Strafaussetzung mit Bewährung an. Was muss er tun?

Es wurde erörtert, dass er Revision einlegen muss; auch hier kam wieder die Frage nach dem Instanzenzug, wo die Revision eingelegt werden muss (beim Berufungsgericht). Nach der Frist der Einlegung wurde gefragt (nur eine Woche nach Urteilsverkündung, § 341 I StPO). Dann wurde noch die Begründungsfrist und der Inhalt dieser Begründung erörtert, dabei wollte Dr. H das notwendige Revisionsvorbringen und die dazugehörige „Hausnummer“ wissen (§ 344 II S. 2 StPO).

Dann kam ein neuer **Fall**: Angekl. A stört permanent die Hauptverhandlung, er wird 2 x vom Vorsitzenden ermahnt. Nach erneuter Störung wird der A durch den Vorsitzenden des Sitzungssaals verwiesen. Danach wird ein Sachverständiger vernommen und unvereidigt entlassen. Im Folgenden wird der A in den Sitzungssaal gebeten. Im Protokoll steht über die vorübergehende Entfernung des A nichts. Wie muss die Revision aussehen?

Rüge der Verletzung formellen Rechts. Möglicherweise könnten §§ 231b und 231 StPO verletzt worden sein. Jetzt wurde diskutiert, ob der Vorsitzende den A ohne Gerichtsbeschluss aus dem Saal weisen durfte. Unter den Prüflingen gab es verschiedene Ansichten, schlussendlich wurde geklärt, dass es eines Beschlusses bedurft hätte, aber das Gericht durch sein „rügeloses“ Weiterverhandeln die Maßnahme des Vorsitzenden mitgetragen hat. Dies ergibt sich auch aus der zwingenden Verweisung in § 231b StPO auf § 177 GVG. Diese Prüfung nahm einige Zeit in Anspruch, da nicht immer gleich genau das gesagt wurde, was Dr. H hören wollte. Aber insoweit es mir noch erinnerlich ist, wurde die Rüge auch bejaht, über § 338 Nr. 5 StPO.

Dann wurde noch die Rüge des § 273 I StPO geprüft. Hier war das Problem, wie dieser Mangel bewiesen werden kann, da das Protokoll falsch war bzw. dazu schwieg. Anwendung finden hier die normalen Beweisregeln, das Revisionsgericht wird von der Vorinstanz eine dienstliche Erklärung der Beteiligten einfordern, ob denn tatsächlich der Angekl. des Saales verwiesen worden ist und das Protokoll damit falsch ist.

Viel Glück

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de) tragt Ihr Eure Prüfung ein und erhaltet die Protokolle Eurer Prüfer aus den letzten Jahren. Im Gegenzug versprecht Ihr uns, von Eurer Prüfung ebenfalls entsprechende Protokolle abzuliefern. Euch stehen alle Protokolle von den jeweiligen Prüfern zum Download bereit. Falls Euer Prüfer sowohl im 1. als auch im 2. Staatsexamen prüft, habt Ihr die Möglichkeit beide Protokollmappen herunterzuladen.

## Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

### Prüfungsstoff im Mündlichen



