



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

37. Jahrg.

Januar 2012

Heft 1

Aus dem Inhalt:

OLG Stuttgart: gestiegene technische Anforderungen bei Mängelbeseitigung

LG Augsburg: Strafvereitelung durch Pflichtverteidiger

EGMR: Beschaffung von Medikamenten für Selbstmord

BGH: Restitutionsgrund bei Berufung gegen zweites Versäumnisurteil

BGH: Rechtsbehelf gegen eidesstattl. Vers. bei Übersicherung

BVerfG: Verdeckte Telekommunikationsüberwachung

OVG Saarlouis: Rechtsschutz der Gemeinde gegen Baugenehmigung



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35
Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de
www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen
Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich
Bezugspreis: vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Strafgesetzbuches.....	1
---	---

Brandaktuell

BGH:	polizeilich abgehörte Selbstgespräche (Unverwertbarkeit).....	3
------	--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

OLG Köln:	völlige Zerstörung des Mietobjektes (Erlöschen des Mietvertrages).....	4
OLG Stuttgart:	Mehrkosten für Mängelbeseitigung (gestiegene technische Anforderungen).....	8

Strafrecht

OLG Stuttgart:	Wertpapierhandel (verbotene Preiseinwirkung)	13
LG Augsburg:	Strafvereitelung (durch Pflichtverteidiger).....	17

öffentl. Recht

OVG Weimar:	Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch (Anspruchsverjährung analog § 195 ff. BGB).....	21
EGMR:	Beschaffung von Medikamenten für Selbstmord (Recht auf Selbstmord begründet keinen Anspruch auf Medikament).....	25

Kurzauslese I

BGH:	sittenwidriges Rechtsgeschäft (Drittschädigungsabsicht).....	29
AG Berlin-Lichtenberg:	Sittenwidrigkeit (Telefonsex-Vertrag).....	29
OLG Hamm:	Verbrauchsgüterkauf (unzulässige Verkürzung der Verjährungsfrist).....	31
OLG Stuttgart:	Kennzeichenmissbrauch (Ausschalten der Kennzeichenbeleuchtung).....	31
AG Göttingen:	Fälschung beweisheblicher Daten / Datenveränderung (durch Entfernen eines SIM-Locks).....	33
OVG Münster:	juristischer Vorbereitungsdienst (keine Anrechnung auf Probezeit).....	35
OVG Hamburg:	Beurteilung der Dienstfähigkeit (zulässige Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung).....	35
OLG Karlsruhe:	geschlechtsneutrale Stellenausschreibung (Verwendung des Begriffs „Geschäftsführer“).....	35
OLG Hamburg:	Verbreitung von Daten in Internetforum (Betreibereigenschaft).....	37

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Berufung gegen zweites Versäumnisurteil (Vorliegen eines Restitutionsgrundes).....	39
BGH:	Rechtsbehelf gegen eidesstattliche Versicherung (Erinnerung oder Widerspruch bei Einwand der Übersicherung).....	42

Strafrecht

BVerfG: verdeckte Telekommunikationsüberwachung
(Verfassungsmäßigkeit)..... 45

öffentl. Recht

OVG Saarlouis: Rechtsschutz der Gemeinde gegen Baugenehmigung
(Streit um Suspensiveffekt)..... 49

Kurzauslese II

BGH: Verfahrensaussetzung
(Entbehrlichkeit einer mündl. Verhandlung) 53

OLG Naumburg: Versäumnisurteil
(Erforderlichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung)..... 53

BGH: Beschwerde bei Vollstreckungserzwingung
(aufschiebende Wirkung)..... 53

OLG Schleswig: Auskunftsanspruch
(Anspruch auf ergänzende Auskunft bei vorhandenem Auskunftstitel)..... 55

LG Ulm: Telekommunikationsüberwachung
(Zulässigkeit bei Verdacht der Geldwäsche)..... 55

LG Magdeburg: Anspruch auf Pflichtverteidigerbeordnung
(verteidigter Mitangeklagter)..... 57

OLG Köln: Urteil
(Anforderungen an richterliche Unterschrift)..... 57

OVG Bremen: Postulationsfähigkeit
(beliehener Unternehmer)..... 57

OVG Greifswald: Abänderungsantrag
(Verfahrensgegenstand)..... 59

VG Greifswald: allgem. Leistungsklage
(Anspruch auf Prozesszinsen)..... 61

Weitere Schriftumsnachweise 63

Aufbauschema: Prüfung der Kaufmannseigenschaft..... 67

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: öffentl. Recht..... 68

Assessorprüfung: Zivilrecht..... 70

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Strafgesetzbuches

44. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs - Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte - vom 01.11.2011 – In-Kraft-Treten am 05.11.2011 (BGBl. I S. 2130)

I. Das Ziel der gesetzlichen Neuregelung

Vor dem Hintergrund einer in den letzten Jahren festzustellenden Zunahme von tätlichen Angriffen gegen Polizeibeamte ist der durch § 113 I StGB gewährte **strafrechtliche Schutz staatlicher Vollstreckungshandlungen nicht mehr ausreichend gewährleistet**. Darüber hinaus besteht unabhängig von bereits vorhandenen Sanktionsmöglichkeiten das Bedürfnis, **auch Feuerwehrleute und Rettungskräfte ausdrücklich in den Anwendungsbereich des § 113 StGB einzubeziehen** und vor Behinderungen und tätlichen Angriffen bei Hilfeinsätzen zu schützen. Diesen Gesichtspunkten soll mit der gesetzlichen Neuregelung des § 113 StGB Rechnung getragen werden.

II. Die Regelungen im Überblick

1. Die Erweiterung des Schutzbereichs

Der **Schutzbereich des § 113 StGB** wurde durch § 114 III StGB **auf Angehörige der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes und von Rettungsdiensten ausgeweitet**, die bei Unglücksfällen, gemeiner Gefahr oder Not Hilfe leisten.

Diese ausdrückliche Beschränkung auf Feuerwehr, Katastrophenschutz und Rettungsdienste hat zur Folge, dass sonstige Hilfeleistende – neben Privaten etwa auch Polizeibeamte – nicht durch §§ 113, 114 III StGB erfasst sind; insoweit kommt aber eine Strafbarkeit nach § 240 StGB in Betracht.

2. Die Tathandlung

Die Tathandlung liegt im **Behindern durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt bzw. im tätlichen Angreifen von Hilfeleistenden**. Die Tatvariante des Behinderens weist – wie der Wortlaut nahe legt – anders als nach h. M. das Widerstandleisten des § 113 I StGB ein **Erfolgsmoment** auf, das sich wegen der gesetzlich vorgegebenen Tatsituation des Hilfeleistens auf dieses beziehen muss. Die Tathandlungen müssen die **Hilfsmaßnahmen daher zumindest erschweren**, lediglich **versuchte Behinderungen sind** von § 114 III StGB **nicht erfasst**.

Tateinheit kommt **mit dem jeweiligen Begehungsdelikt gegen das von der Gefahr bedrohte Individualrechtsgut** – also etwa fahrlässige oder vorsätzliche Körperverletzung gegenüber den in Not Geratenen – in Betracht, sofern sich die Behinderung auch in einem entsprechenden Verletzungserfolg niedergeschlagen hat.

Da sich die Tat nicht gegen eine Diensthandlung richten muss, sind die Regelungen des § 113 III, IV StGB nicht anwendbar. § 114 III StGB verweist somit nur auf die Rechtsfolge des § 113 I StGB sowie die Regelbeispiele des § 113 II StGB.

3. Die Erweiterung der Regelbeispiele

Weiterhin wurde das Regelbeispiel des § 113 II 2 Nr.1 StGB – wie auch in § 121 III 2 Nr.2 StGB und § 125a S. 2 Nr. 2 StGB – um das Merkmal des **Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs** erweitert: **Bislang** waren hier **nur Waffen** genannt.

Hierzu hatte das **BVerfG** entschieden, dass damit nur solche Gegenstände erfasst sind, die von der Zweckbestimmung oder von ihrem typischen Gebrauch her zur Bekämpfung anderer oder zur Zerstörung von Sachen eingesetzt werden. Eine darüber hinausgehende Einbeziehung gefährlicher Gegenstände in den Waffenbegriff verstoße gegen das strafrechtliche Analogieverbot des Art. 103 II GG.

Für die Verwirklichung des § 113 II 2 Nr. 1 StGB reicht bereits das **Beisichführen in Verwendungsabsicht** und nicht – wie etwa bei § 224 I Nr. 2 StGB – erst das Verwenden. Die Regelung **berücksichtigt** also eine **abstrakte Gefahr für Leib, Leben und Willensfreiheit strafscharfend**, die alleine durch die bloße Verfügbarkeit und Nutzungsabsicht entstehen soll. Als **Einschränkung** ist hier jedenfalls zu berücksichtigen, dass sich die **Verwendungsabsicht auf das Ausnutzen des dem Werkzeug innewohnenden Gefahrenpotenzials selbst** beziehen muss. Nicht ausreichend ist es, wenn der Widerstandleistende das bei sich geführte Werkzeug nicht in einer Art und Weise einsetzen will, die geeignet ist, erhebliche Verletzung zuzufügen oder damit zu drohen.

4. Die Erhöhung des Strafrahmens

Die **obere Strafrahmengrenze** für Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte wird **von zwei auf drei Jahre Freiheitsstrafe erhöht**.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass schwerere Delikte, bei denen der obere Bereich des Strafrahmens in Betracht käme, von anderen Tatbeständen mit höheren Strafandrohungen erfasst werden, wie insbes. den §§ 223, 224 StGB oder auch den §§ 125, 125a StGB. Handlungen, bei denen alleine § 113 StGB, sind leichter Art, so dass nur der untere Bereich des Strafrahmens einschlägig ist. Hierzu werden etwa das Stemmen gegen die Laufrichtung der Vollstreckungsbeamten oder das Herauswinden aus einem Haltegriff sowie Nötigungshandlungen gezählt, deren Unrechtsgehalt durch die besondere Vollstreckungssituation regelmäßig gemindert ist; der höheren Strafobergrenze kommt daher allenfalls eine symbolische Funktion zu.

Brandaktuell

GG

Polizeilich abgehörte Selbstgespräche Unverwertbarkeit

VerfR

Art. 2 I / 1 I

(BGH in Pressemitteilung Nr. 206/2011 vom 22.12.2011; Urteil vom 22.12.2011 – 2 StR 509/10)

Fall: Nach den Feststellungen des Landgerichts tötete einer der Angeklagten seine Ehefrau, nachdem diese sich von ihm getrennt hatte. Er wollte damit verhindern, dass die Geschädigte das gemeinsame Kind mitnehme, das nach dem Willen des Angeklagten im Haushalt seiner mitangeklagten Schwester und deren ebenfalls mitangeklagten Ehemanns aufwachsen sollte. Die beiden Mitangeklagten waren an der Tat zumindest im Vorbereitungsstadium maßgeblich beteiligt; sie handelten, um den Wunsch zu verwirklichen, das Kind der Getöteten selbst aufzunehmen und großzuziehen. Konkrete Feststellungen zur Art der Tötung und zu konkreten Tatbeiträgen konnte das Landgericht nicht treffen, zumal die Leiche des Tatopfers nicht aufzufinden war.

Als eines unter mehreren für die Tatbegehung selbst sowie für die Täterschaft der Angeklagten sprechendes Indiz hat das Landgericht Bemerkungen des Ehemanns der Getöteten gewertet, die dieser bei Selbstgesprächen in seinem PKW gemacht hat. Das Kraftfahrzeug war auf richterliche Anordnung mit technischen Mitteln abgehört worden. Dabei wurden sowohl Gespräche von zwei der Angeklagten bei gemeinsamen Fahrten als auch – bruchstückhaft – Selbstgespräche des angeklagten Ehemanns der Getöteten aufgezeichnet. Auf beides hat das Landgericht die Verurteilung der drei Angeklagten gestützt. War die Verwertung der aufgezeichneten Selbstgespräche zulässig?

Der Verwertung der aufgezeichneten Selbstgespräche könnte ein Beweisverwertungsverbot entgegenstehen. Dieses könnte sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben.

In der heimlichen Aufzeichnung und Verwertung der Selbstgespräche könnte ein unzulässiger Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit des Angeklagten vorliegen, der durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützt ist.

Dann müssten die Selbstgespräche aber auch diesem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zuzuordnen sein.

*„Maßgeblich für diese Bewertung dieser Frage ist Abwägung und Gesamtbetrachtung der maßgeblichen Umstände des konkreten Falles. Denn **nicht jedes Selbstgespräch** einer Person ist ohne Weiteres dem vor staatlichen Eingriffen **absolut geschützten Kernbereich** der Persönlichkeit zuzuordnen. Andererseits muss nach den Grundätzen des Schutzes der Menschenwürde und der Freiheit der Person ein Kernbereich privater Lebensgestaltung und Lebensäußerung verbleiben, in welchen der Staat auch zur Aufklärung schwererer Straftaten nicht eingreifen darf.*

*Der Grundsatz, dass **„die Gedanken frei“** und dem staatlichen Zugriff nicht zugänglich sind, beschränkt sich **nicht allein auf innere Denkvorgänge**, sondern erfasst auch ein in – unbewussten oder bewussten, unwillkürlich oder willkürlich geführten – **Selbstgesprächen** formuliertes **Aussprechen von Gedanken**, bei welchem sich die Person als **„allein mit sich selbst“** empfindet.“ (BGH aaO)*

Hierbei hat der BGH auch herausgearbeitet, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, ob Selbstgespräche dem Kernbereich der Persönlichkeit zuzuordnen sind.

*„Wichtige Kriterien für die Entscheidung, ob Äußerungen in Selbstgesprächen diesem innersten, unantastbaren Bereich der Persönlichkeit zuzuordnen sind, sind namentlich die Eindimensionalität der Selbstkommunikation, also die Äußerung **ohne kommunikativen Bezug**, die **Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation** und das **Maß des berechtigten Vertrauens** der Person darauf, an dem jeweiligen Ort vor staatlicher Überwachung geschützt zu sein; die mögliche Unbewusstheit der verbalen Äußerung; die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken, die Äußerungsform als bruchstückhafter, auslegungsfähiger oder –bedürftiger Ausschnitt eines „Gedankenflusses“.*

*In der Flüchtigkeit und Bruchstückhaftigkeit des in Selbstgesprächen gesprochenen Worts ohne kommunikativen Bezug liegen nach Ansicht des Senats auch **rechtlich erhebliche Unterschiede** etwa zu **Eintragungen in Tagebüchern**. Aus dem Umstand, dass eine Äußerung innerhalb des nach Art. 13 GG geschützten Bereichs der Wohnung fällt, lässt sich nach der gesetzlichen Systematik zwar ein verstärkendes Indiz für die Zuordnung zum geschützten Kernbereich ableiten. Auch außerhalb der Wohnung ist dieser Kernbereich aber **absolut geschützt**, wenn andere der genannten Gesichtspunkte in der Wertung überwiegen. So lag es in dem vom 2. Strafsenat entschiedenen Fall. Der gegen die Zuordnung zum Kernbereich der Persönlichkeit sprechende Sozialbezug der Äußerungen, der in ihrem möglichen oder tatsächlichen Bezug auf eine schwere Straftat lag, trat dagegen zurück.“ (BGH aaO)*

Aus der Verletzung des von Art. 1 I und 2 I GG geschützten Kernbereichs der Persönlichkeit ergab sich danach ein absolutes Verwertungsverbot für die bei den Selbstgesprächen aufgezeichneten Äußerungen. Dieses Verwertungsverbot wirkt auch in Bezug auf die beiden Mitangeklagten.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 275 I, 326 I

völlige Zerstörung des Mietobjektes Erlöschen des Mietvertrages

BGB

(OLG Köln in NJOZ 2011, 1959; Urteil vom 16.08.2011 – 22 U 178/10 im Anschluss an Beschluss vom 10.06.2011 - 22 U 178/10 in OLG Köln BeckRS 2011, 21982)

1. Bei einer **von keiner der Vertragsparteien zu vertretenden Zerstörung des Miet- oder Pachtobjektes** nicht nur die gegenseitigen Leistungspflichten infolge der eingetretenen Unmöglichkeit gemäß §§ 275 I, 326 I BGB erlöschen, sondern auch das **Mietverhältnis automatisch endet**, ohne dass es einer besonderen Kündigung desselben nach § 542 BGB bedarf.
2. Ist die Miet- oder Pachtsache erheblich beschädigt, so ist **nach § 242 BGB abzuwägen, ob** das Mietverhältnis fortbesteht und im Rahmen der **Instandhaltungspflicht ein Wiederaufbau verlangt** werden kann.
3. **Bei völliger Zerstörung der Sache besteht auch keine Nebenpflicht zur Wiedererrichtung des Gebäudes.**

Fall: Die Kl. schloss mit dem Bekl. am 18.07.2008 einen bis Ende Juli 2013 befristeten Pachtvertrag über das bebaute Hausgrundstück U-Straße ... in E., welches mit der Gaststätte „U“ bebaut war (Gaststätte, Saalbetrieb, Außen-gastronomie, EG: ca. 700 m² nebst 1. OG Pächterwohnung ca. 140 m²). In der Nacht vom 23. auf den 24.06.2009 wurde das Pachtobjekt durch einen Großbrand fast völlig zerstört. Mit Schreiben vom 16.10.2009 teilte der Bekl. der Kl. mit, dass er an einem Wiederaufbau der Gaststätte interessiert sei und ihm zahlreiche Gutachten vorlägen, die sich mit den Wiederaufbaumöglichkeiten befassen würden. Mit Schreiben vom 26.10.2009 teilte der Bekl. mit, dass der Wiederaufbau des Gebäudes anstehe. Schließlich erklärte der Bekl. jedoch mit weiterem Schreiben, dass er an dem Wiederaufbau der Gaststätte gehindert sei. Die Kl. teilte dem Bekl. mit Schreiben vom 19.11.2009 mit, dass sie sich vertragsgetreu verhalten werde. Letztendlich teilte der Bekl. jedoch mit, dass ihm der Wiederaufbau der Gaststätte wirtschaftlich unzumutbar und deshalb eine Fortsetzung des Pachtverhältnisses nicht möglich sei. Dies begründete er damit, dass bei einer deutlichen Verteuerung nur eine wesentlich kleinere Nutzfläche des Objektes erreicht werden könne. Die Kl. begehrt die Feststellung, dass das Pachtverhältnis zu unveränderten Bedingungen fortbestehe. Zu Recht?

- I. Zwischen den Parteien wurde zunächst ein **wirksames Vertragsverhältnis** nach § 535 BGB begründet.
- II. Dieses Mietverhältnis könnte durch die völlige Zerstörung des Mietobjektes **beendet worden** sein.

1. Beendigung nach §§ 275 I, 326 I BGB

Nach § 275 I BGB ist der Anspruch auf eine Leistung ausgeschlossen, wenn diese unmöglich ist. Nach § 581 I 1 BGB ist der Bekl. zur Gebrauchsüberlassung an der Pachtsache verpflichtet. Ist die Pachtsache – wie hier – völlig zerstört, so ist diese Gebrauchsüberlassung unmöglich, so wird der Bekl. als Verpächter von seiner Leistungspflicht frei. Im Gegenzug entfällt nach § 326 I 1 BGB auch die Pflicht des Kl. als Pächter, nach § 581 I 2 BGB den Pachtzins zu entrichten. Im Übrigen finden nach § 581 II BGB die mietrechtlichen Vorschriften auf den Pachtvertrag Anwendung.

*„Die Frage, ob ein Miet- oder Pachtverhältnis bei Zerstörung des Pachtgegenstandes automatisch endet, ist nicht gesetzlich geregelt. Die §§ 275 I, 326 I BGB treffen diesbezüglich **keine Aussage**.“* (OLG Köln BeckRS 2011, 21982)

2. Beendigung wegen Unmöglichkeit

In Betracht kommt ein Erlöschen des Mietvertrages wegen Unmöglichkeit. Fraglich ist jedoch, ob durch diese neben den gesetzlichen Auswirkungen auf die Leistungspflichten auch das Vertragsverhältnis selbst aufgelöst wird.

a) gesetzliche Beendigungsgründe nicht abschließend

Zunächst ist fraglich, ob für einen Beendigungsgrund außerhalb des Mietrechts überhaupt Raum ist.

„Zwar endet ein Miet- oder Pachtverhältnis gemäß § 542 BGB in der Regel mit einer Kündigung oder - bei einer zeitlichen Begrenzung - mit dem Zeitablauf. Indes sind die **§ 542 BGB** genannten Gründe für eine Beendigung eines Miet- oder Pachtverhältnisses **nicht abschließend**. Es kommen u. a. auch eine Anfechtung, der Wegfall der Geschäftsgrundlage oder - wie hier - der **Eintritt einer nachträglichen und von keiner der Vertragsparteien zu vertretenden Unmöglichkeit** in Betracht (vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, § 542, Rn. 2-8 ff.).“ (OLG Köln BeckRS 2011, 21982)

b) Herleitung des vertragsbeendenden Wirkung der Unmöglichkeit

Die von beiden Seiten nicht zu vertretende Unmöglichkeit führt, wie gesehen, dazu, dass die gegenseitigen Leistungspflichten erlöschen. Dies wird teilweise zum Anlass genommen davon auszugehen, dass aus einem Vertrag, dessen Hauptleistungspflichten erloschen sind, nichts mehr herzuleiten ist und er daher als beendet gelten kann.

aa) Vertrag ohne Pflichten

„Dieser Gedanke ist im Hinblick auf §§ 326 III, IV BGB jedenfalls dann folgerichtig, wenn der Vertrag sich **in den beiderseitigen Leistungspflichten erschöpft**, der Schuldner kein Surrogat erhalten hat und es auch an einer rückabzuwickelnden Gläubigerleistung fehlt. Nur wenn noch Nebenpflichten zu erfüllen sind, soll das Schuldverhältnis fortbestehen (vgl. Bamberger/Roth-Grothe, BGB, 2. Aufl., 2007, § 326 Rn. 7).

Wie der vorliegende Fall zeigt, wäre ein trotz Zerstörung des Objektes fortbestehender Pachtvertrag in jedem Fall **anpassungsbedürftig**. Denn dass der Verpächter den Wiederaufbau exakt desselben Gebäudes mit derselben Nutzungsmöglichkeit betreibt, dürfte selten der Fall sein. Dass er ohne weiteres dazu verpflichtet sein könnte, ist als Eingriff in das Eigentumsrecht des Beklagten, als fernliegend zu betrachten. Auch der BGH hat darauf hingewiesen, dass der **Verpächter bei einer vollständigen Zerstörung der verpachteten Räume in der Entscheidung frei ist, auf welche Weise er das Grundstück in Zukunft verwenden und nutzen will** (vgl. BGH WM 1976, 640). Der Pächter erhält bei einem Wiederaufbau in jedem Falle aber einen Neubau, so dass - abgesehen von etwa differierenden Größen des Objektes - der **Pachtzins wirtschaftlich neu zu bewerten** wäre.

Der Senat schließt sich daher der in der Rechtsprechung und in der Literatur überwiegend vertretenen Meinung an, wonach bei einer **von keiner der Vertragsparteien zu vertretenden Zerstörung des Miet- oder Pachtobjektes** nicht nur die gegenseitigen Leistungspflichten infolge der eingetretenen Unmöglichkeit gemäß §§ 275 I, 326 I BGB erlöschen, sondern auch das **Mietverhältnis automatisch endet**, ohne dass es einer besonderen Kündigung desselben nach § 542 BGB bedarf (vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, 70. Auflage, 2011, § 543 Rn. 10; Staudinger-Emmerich, Neubearbeitung 2006, Vorbem zu § 536, Rn. 5; Bub/Treier-Kraemer, Mietrecht, III. B Rn. 1192; LG Karlsruhe NZM 2005, 221; a. A. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet- und Leasingrechtes, 9. Auflage, 2004, Rz. 329).“ OLG Köln BeckRS 2011, 21982)

bb) Anordnung eines Rücktrittsrechts in § 326 V BGB

Dem könnte aber § 326 V BGB entgegenstehen, wonach die Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht nach § 275 I BGB dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht einräumt. Der Umstand, dass der Gesetzgeber den Rücktritt vom Vertrag vorsieht, könnte dafür sprechen, dass ein solcher nach wie vor besteht.

„Vorrangig geht es bei § 326 V BGB darum, dem Gläubiger die Möglichkeit zu eröffnen, über denjenigen Umfang hinaus, in dem Abs. 1 bei beschränkten Störungen eine (ipso iure eintretende) teilweise Vertragsstornierung anordnet, zu einer Aufhebung des Vertrags im Ganzen zu kommen; im Falle einer Teilunmöglichkeit eröffnet § 326 V BGB so beispielsweise die Möglichkeit des Totalrücktritts (vgl. Ernst, in: MünchKomm-BGB, § 326 Rn 103). **§ 326 V BGB** verfolgt aber nicht nur den Zweck, zusätzliche Regelungsergebnisse zur Bewältigung der Unmöglichkeitsfälle zu schaffen, sondern ist darüber hinaus auch auf die **reibungslose Herbeiführung** der schon im Übrigen **gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen** gerichtet: So erlaubt es die Anordnung des Abs. 5 dem Gläubiger, die Frage der Unmöglichkeit im Hinblick auf die Vertragsaufhebung dahinstehen zu lassen, indem er lediglich die nach § 323 BGB erforderliche Frist erklärt und nach deren furchtlosem Ablauf den Rücktritt erklärt, ohne dass es auf die Einwendung des Schuldners ankäme, der Gläubiger habe sich zu Unrecht auf § 326 I BGB berufen oder sei, weil es an einer fälligen Forderung fehlte, zu Unrecht nach § 323 BGB vorgegangen. Schließlich soll § 326 V BGB sicherstellen, dass die **Befreiung von der Gegenleistungspflicht zu einer wirklichen Vertragsstornierung** führt, indem er dem Gläubiger in denjenigen Fällen, in denen zwischen den Parteien Uneinigkeit darüber bestehen könnte, ob mit der beiderseitigen Befreiung von den Hauptleistungspflichten auch das – nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende – weitere Pflichtenprogramm des Vertrags mit aufgehoben ist, die Möglichkeit gibt, hier durch die Erklärung des Rücktritts Klarheit zu schaffen (vgl. Ernst, in: MünchKomm-BGB, § 326 Rn. 104).“ (OLG Köln NJOZ 2011, 1959)

cc) Entgegenstehen von § 326 IV BGB

„Auch der Hinweis der Kl. auf § 326 IV BGB führt zu keiner anderen Beurteilung. § 326 IV BGB bestimmt, dass die Rückgewähr der Gegenleistung, die gem. § 326 I BGB nicht geschuldet ist, nach den Bestimmungen des Rücktrittsrechts zu erfolgen hat. Die Vorschrift setzt voraus, dass die **Gegenleistung** erbracht wurde, **bevor das Erlöschen des Anspruchs** auf Gegenleistung eingetreten ist. Leistet der Gläubiger, nachdem seine Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung bereits erloschen war, handelt es sich um eine Leistung auf eine Nichtschuld, für die § 812 I 1 BGB gilt (vgl. Ernst, in: MünchKomm-BGB, § 326 Rn 99).“ (OLG Köln NJOZ 2011, 1959)

c) Fortbestehen von Nebenpflichten

Die Beendigung des Pachtverhältnisses ist demnach anzunehmen, wenn trotz der Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung noch Nebenpflichten bestehen. In Betracht kommt hier eine Nebenpflicht zu Wiederaufbau des Gebäudes nach § 242 BGB.

aa) Nebenpflichten des Pächters

Zwar wird der Gläubiger gem. § 326 I BGB nur von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung befreit, nicht dagegen von solchen Pflichten, die zu der Leistungspflicht des Schuldners nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.

„Mit der beiderseitigen Befreiung von den Hauptleistungspflichten ist aber regelmäßig auch das – in aller Regel akzessorische – weitere Pflichtenprogramm des Vertrags mit aufgehoben (vgl. Ernst, in: MünchKomm-BGB, § 326 Rdnr. 104). So auch hier. Dass beiderseits noch nichtsynallagmatische Pflichten aus dem Pachtverhältnis erfüllt werden müssten, ist nicht ersichtlich.“ (OLG Köln NJOZ 2011, 1959)

bb) Aufbaupflicht des Verpächters als Nebenpflicht

Aus der Pflicht des Verpächters zur Gebrauchsüberlassung könnte sich bei deren Entfallen wegen Unmöglichkeit aber eine Pflicht zum Wiederaufbau als vertragliche Nebenpflicht ergeben.

(1) grundsätzlich keine Wiederaufbaupflicht

Der Verpächter ist lediglich verpflichtet, die Pachtsache in einem zur vertragsgemäßen Nutzung geeigneten Zustand zu erhalten (§ 586 I 1 BGB).

„Er hat aber keine Verpflichtung, die ohne sein Verschulden zerstörte Pachtsache wiederherzustellen, denn die **Wiederaufbaupflicht** ist **Ausfluss** der (Hauptleistungs-) **Pflicht zur Gebrauchsüberlassung**. Entfällt diese – wie hier – gem. § 275 I BGB, so besteht auch jene Pflicht zum Wiederaufbau nicht (vgl. BGHZ 116, 334 = NJW 1992, 1036; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 BGB Rn 498). Es wäre ein **Widerspruch** in sich, den Verpächter bei **unverschuldeter Zerstörung** des Pachtobjekts einerseits von seiner **Leistungspflicht frei** werden zu lassen, ihn aber andererseits aus einer **Nebenverpflichtung** aus dem Pachtverhältnis für verpflichtet zu halten, das Pachtobjekt **wieder herzustellen**, also zur Leistungserbringung.

Die Frage, ob die **Pachtsache wieder herzustellen** ist, stellt sich, nur bei **teilweiser Zerstörung** des Objekts (vgl. OLG Koblenz, OLG-Report 2001, 170 = BeckRS 2000, 30123778). Insofern ist die Abgrenzung klar:

- Ist die Miet- bzw. Pachtsache **völlig zerstört**, gelten die Regeln über die **Unmöglichkeit**, der Vermieter/Verpächter wird frei, ist die Miet- bzw. Pachtsache dagegen nur leicht beschädigt, ist der Vermieter nach den Gewährleistungsvorschriften zur Instandsetzung verpflichtet.
- In den Fällen, in denen die Miet- bzw. Pachtsache zwar **erheblich beschädigt** ist, eine gem. § 242 BGB durchzuführende Abwägung aber zu dem Ergebnis führt, dass die Sache als nicht zerstört anzusehen ist, kann die **grundsätzliche Pflicht zur Instandsetzung** entfallen, wenn dem Vermieter bzw. Verpächter die Wiederherstellung der Sache nicht zuzumuten ist (vgl. Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 BGB Rn 502 ff.). Hierauf kommt es im vorliegenden Fall aber nicht an, da das Pachtobjekt durch den Brand unstreitig fast völlig zerstört wurde, so dass ohne Zweifel die Unmöglichkeitregeln eingreifen und der Bekl. von seiner Primärleistungspflicht freigestellt ist (§ 275 I BGB).“ (OLG Köln NJOZ 2011, 1959)

(2) Vorliegen eines Ausnahmefalles

„Die Rechtsprechung hat vereinzelt erwogen, eine Verpflichtung zum Wiederaufbau des Gebäudes anzunehmen, wenn zum Beispiel eine Vertragsauslegung oder Treu und Glauben in besonderer Weise für eine solche Lösung sprechen oder der **Pächter** mit einer solchen Zwecksetzung die **Versicherungsprämie bezahlt** hat (vgl. BGH NJW 1992, 1036). **Grundsätzlich** hat der Verpächter **keine Verpflichtung**, die ohne sein Verschulden zerstörte Pachtsache wieder herzustellen, denn die Wiederaufbaupflicht ist Ausfluss der Pflicht zur Gebrauchsüberlassung. Entfällt diese gemäß § 275 I BGB, so besteht auch die Wiederaufbaupflicht nicht.

Auch aus dem Umstand, dass die Klägerin im Rahmen der vertraglich vereinbarten Betriebskosten **Beiträge zur Brandversicherung** des Eigentümers gezahlt hat, folgt nicht ohne weiteres ein Anspruch auf Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes (vgl. BGH NJW 1992, 1036). Zu Recht weist der BGH darauf hin, dass im Allgemeinen in der Zahlung dieser Beträge nicht mehr als die Entrichtung eines Teils der Miete zu sehen ist. Darüber hinaus schützt der Abschluss der Versicherung den Pächter jedenfalls im Falle einer Beschädigung des Gebäudes davor, dass der Verpächter aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage ist, die Sanierung oder Renovierung des Pachtobjektes zu betreiben.“ (OLG Köln BeckRS 2011, 21982)

„Weder ist der Vermieter bzw. Verpächter verpflichtet, empfangene **Versicherungsleistungen zum Wiederaufbau zu verwenden** noch kann der Mieter bzw. Pächter eine anteilige Herausgabe der Versicherungsleistungen verlangen; denn die Zahlung der Versicherung stellt ein **Surrogat für die Substanz** und nicht für die Nutzung des Gebäudes dar (vgl. Eissenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 BGB Rn. 499). Dass die Kl. keinen Einfluss auf die Wahl des Versicherungsanbieters sowie die Höhe der zu leistenden Versicherungsbeiträge hat, führt zu keiner anderen Beurteilung.“ (OLG Köln NJOZ 2011, 1959)

(3) Wiederaufbaupflicht aus den Pachtvertrag

„Aus dem Pachtvertrag vom 01.08.2008 lässt sich abweichend von der gesetzlichen Regelung keine Wiederherstellungspflicht herleiten. Besondere Regelung bzgl. einer Zerstörung des Objektes trifft der Vertrag nicht. Die üblichen **Erhaltungs- und Instandsetzungsverpflichtungen** des Verpächters (vgl. § 10 des Pachtvertrages vom 01.08.2008) sind insoweit **nicht einschlägig**.“ (OLG Köln NJOZ 2011, 1959)

BGB
§§ 634, 635, 637

Mehrkosten für Mängelbeseitigung gestiegene technische Anforderungen

BGB

(OLG Stuttgart in NJW-RR 2011, 1589; Beschl. v. 14.09.2011 – 10 W 9/11)

1. Ein Verfahren auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme nach § 887 ZPO wird durch die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Schuldners nicht nach § 240 ZPO unterbrochen, wenn der zu vollstreckende Anspruch eine Insolvenzforderung darstellt. Die **Zwangsvollstreckung** wird vielmehr **nach § 89 InsO unzulässig**.
2. Auch wenn das Werk grundsätzlich den **zur Zeit der Abnahme anerkannten Regeln der Technik** als vertraglichen Mindeststandard entsprechen muss, muss eine Mängelbeseitigung die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten.
3. Bei den **Mehrkosten** aufgrund nach Abnahme gesteigener gesetzlicher oder technischer Anforderungen an das Werk handelt es sich um **keine Sowiesokosten**, da diese bei ordnungsgemäßer Werkerstellung nicht angefallen wären.
4. Sofern dem Besteller gegenüber der ursprünglich vertraglich vereinbarten Werkleistung ein **Mehrwert** verbleibt, kann dieser nach den Grundsätzen der **Vorteilsausgleichung** eine Zahlungspflicht des Bestellers begründen.

A. Grundlagenwissen: Erwirkung der Vornahme einer vertretbaren Handlung, § 887 ZPO

Eine **vertretbare Handlung** liegt vor, wenn die geschuldete Handlung sowohl vom Schuldner selbst als auch von einem Dritten vorgenommen werden kann und die Vornahme durch einen Dritten für den Gläubiger gleichwertig im Hinblick auf seine Rechtsverwirklichung ist, also rechtlich und wirtschaftlich der gleiche Erfolg erzielt wird, als hätte sie der Schuldner vorgenommen. Bei der Abgrenzung ist in erster Linie darauf abzustellen, ob der Gläubiger ein rechtlich geschütztes Interesse daran hat, dass gerade der Schuldner die Handlung vornimmt, oder ob es ihm wirtschaftlich gleichgültig und vom Standpunkt des Schuldners rechtlich zulässig ist, dass ein anderer die Handlung vornimmt (vgl. Musielak-Lackmann, § 887, Rn. 8). Kommt es also auch eine besondere Begabung oder besondere Sachkenntnis des Schuldners an, liegt eine unvertretbare Handlung vor.

Kommt der Schuldner einer vertretbaren Handlung seiner Verpflichtung nicht nach, kann die Durchsetzung im Wege der Ersatzvornahme erfolgen. Dazu ist jedoch die gerichtliche Anordnung der Ersatzvornahme erforderlich, welche nach § 891 S. 1 ZPO durch Beschluss erfolgt.

I. Zuständigkeit

Zuständig für die Anordnung der Ersatzvornahme ist nach § 887 I ZPO das Prozessgericht des ersten Rechtszugs. Es entscheidet nach § 891 ZPO durch Beschluss.

II. Antrag des Gläubigers

Der Gläubiger muss betragen, dass die **Ersatzvornahme gegen den Schuldner** angeordnet wird. Ausreichend ist hierbei die Behauptung der Nichterfüllung durch den Schuldner. Den Nachweis der Nichterfüllung muss der Gläubiger nicht führen.

Die **Handlung**, zu deren Vornahme das Gericht den Gläubiger ermächtigen soll, muss hierbei **konkret bezeichnet** werden. Der Angabe der ausführenden Person bedarf es allerdings nicht. Jedoch muss der Gläubiger darlegen, dass er im Stande wäre, die Handlung vorzunehmen oder eine geeignete Person zu finden (vgl. Musielak-Lackmann, § 887 ZPO, Rn. 7).

Der Gläubiger kann nach § 887 II ZPO beantragen, dass der Schuldner verurteilt wird, die **voraussichtlich entstehenden Kosten vorauszuzahlen**. Auch diese Entscheidung ergeht nach § 891 ZPO durch Beschluss, der zugleich auch Vollstreckungstitel nach § 794 I Nr. 3 ZPO ist. Der Antrag setzt voraus, dass gleichzeitig oder zuvor die **Ersatz-**

vornahme nach § 887 I ZPO angeordnet wurde. Die Höhe der Vorauszahlung setzt das Gericht im Rahmen des vom Gläubiger beantragten Betrages nach billigem Ermessen fest, wobei die voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme als Grundlage zu schätzen sind (BGH NJW 1993, 1394). Die **Schätzungsgrundlagen** muss der Gläubiger möglichst genau darlegen, in der Regel durch Vorlage eines Kostenvoranschlages (vgl. OLG Köln JurBüro 1997, 159). Übersteigen die Kosten voraussichtlich einen gezahlten Vorschuss, kann der Gläubiger einen erneuten Antrag nach Abs. 2 stellen, so lange die Ersatzvornahme noch nicht durchgeführt ist. Anderenfalls kann der Gläubiger nur die überschießenden Kosten nach § 788 ZPO betreiben. Bei Überzahlung kann der Schuldner nicht nach § 788 II ZPO vorgehen, sondern muss auf Rückzahlung klagen (vgl. Musielak-Lackmann, § 887 ZPO, Rn. 25).

Der Gläubiger muss diesen Antrag **zwingend vor Durchführung der Ersatzvornahme** stellen. Wurde diese schon durchgeführt, so hat er jedenfalls für die Anordnung des Gerichts nach § 887 ZPO kein Rechtsschutzbedürfnis mehr. In diesem Fall muss er die entstandenen Kosten als ersatzfähigen Aufwand neu einklagen.

III. Anhörung des Schuldners

Vor Erlass eines entsprechenden Beschlusses ist nach § 891 S. 2 ZPO die Anhörung des Schuldners erforderlich. Streitig ist, ob der Schuldner in dem Verfahren noch mit dem Einwand gehört werden darf, er habe die **geschuldete Leistung bereits erbracht**, und ob darüber ggf. Beweis zu erheben ist.

Die h.M. lässt den Erfüllungseinwand unter Berufung auf den Wortlaut des § 887 I ZPO (Nichterfüllung) und aus prozessökonomischen Gründen zu (vgl. BGH NJW 2005, 367, 369 m.w.N.; a.A. Musielak-Lackmann, § 887 ZPO, Rn. 19). Die Beweislast für die fehlende Unmöglichkeit soll hierbei vor der Beweisaufnahme den Gläubiger treffen, danach den Schuldner. Nicht geltend gemacht werden kann, dass die geschuldete Handlung unzumutbar ist oder nicht zum Erfolg führt.

IV. Durchführung der Ersatzvornahme

Der Gläubiger darf Verträge zur Durchführung der Ersatzvornahme im eigenen Namen abschließen; die notwendigen Kosten hat der Schuldner zu tragen. Hierfür kann der Gläubiger zuvor über § 887 II ZPO Kostensicherheit erlangen.

Leistet der Schuldner nach Ermächtigung zur Ersatzvornahme Widerstand gegen die Durchführung, so kann nach § 892 ZPO der Gerichtsvollzieher hinzugezogen werden, der dann auch ohne richterliche Durchsuchungsanordnung die Vornahme der Ersatzvornahme nach §§ 758 III, 759 ZPO mit Gewalt erzwingen kann (vgl. Musielak-Lackmann, § 887 ZPO, Rn. 22).

B. Erledigung des Vollstreckungsverfahrens wegen Insolvenzeröffnung und Mehrkosten der Ersatzvornahme wegen erhöhter technischer Anforderungen

Fall: Die Gläubigerin beehrte nach § 887 I ZPO die Ermächtigung zur Selbstvornahme der Verpflichtung der Insolvenzschuldnerin zur Nachbesserung der mangelhaften Leistung der Schuldnerin gemäß Urteil des LG vom 11.11.2009, und verlangte einen Kostenvorschuss nach § 887 II ZPO. In den Bauvertrag zwischen den Parteien ist die VOB/B einbezogen.

Das LG hat die Gläubigerin zur Selbstvornahme ermächtigt und die begehrte Vorschusszahlung in Höhe von 134 614,93 Euro teilweise, nämlich in Höhe von 95.145,78 Euro zugesprochen. Dagegen richtete sich die sofortige Beschwerde der Schuldnerin vom 25.02.2011. Diese hat eingewendet, dass die Gläubigerin an den Kosten der Mängelbeseitigung zu beteiligen sei, weil sie nach den nunmehr aktuellen Regeln der Technik andere Materialien zu verwenden hat, die zu höheren Kosten führen. Dies könne nicht zu ihren Lasten gehen.

Am 01.04.2011 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt X zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin bestimmt. Auf eine Hinweisverfügung des Senats vom 21.04.2011 hat die Gläubigerin, nachdem der Schuldner sich zu Vergleichsüberlegungen nicht geäußert hat, das Zwangsvollstreckungsverfahren für erledigt erklärt und Kostenantrag gestellt. Auch nach Fristsetzung und Belehrung nach § 91 a I 2 ZPO durch Verfügung vom 05.08.2011 hatte sich der Schuldner hierzu nicht geäußert. Wie wird das Gericht entscheiden?

I. Vorliegen der Voraussetzungen für einen Beschluss nach § 91a ZPO

Der Beschluss nach § 91a ZPO setzt voraus, dass die Parteien einen Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben.

Allerdings ist fraglich, ob nicht der Prozess ohnehin nach § 240 ZPO wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen wurde.

*„Der BGH hat entschieden, dass die Eigenart des Zwangsvollstreckungsverfahrens und die **speziellen Regelungen der §§ 88 ff. InsO** eine Anwendung des § 240 ZPO auf das Zwangsvollstreckungsverfahren in Bezug auf Pfändungsmaßnahmen und auf das Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel verbieten (BGHZ 172, 16 = NJW 2007, 3132 = NZBau 2007, 373 = NZI 2007, 543; BGH, NJW-RR 2009, 60 = NZI 2008, 683). Eine **Überlegungsfrist** für den Insolvenzverwalter ist in diesen Verfahren **nicht erforderlich** und würde dem Zweck der Zwangsvollstreckung widersprechen, eine möglichst rasche Befriedigung zu erlangen. Vorliegend geht es um die **Vollstreckung eines Anspruchs auf Vornahme einer vertretbaren Handlung, die eine Insolvenzforderung darstellt**. Auf die Vollstreckung von anderen Ansprüchen als Geldforderungen, soweit sie Insolvenzforderungen sind, und damit auch auf die Vollstreckung nach § 887 ZPO ist **§ 89 InsO anwendbar** (vgl. Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 89 Rn 9; Jaeger-Eckardt, InsO, § 89 Rn 26, 40 m. w. Nachw.; Kayser, in: HK-InsO, 5. Aufl., § 89 Rn 24). Die Folgen des Insolvenzverfahrens für die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner sind damit hier durch §§ 88 ff. InsO speziell geregelt. Daneben ist für die Anwendung von § 240 ZPO kein Raum (BGHZ 172, 16 = NJW 2007, 3132 = NZBau 2007, 373 = NZI 2007, 543).*

*Die **Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung** nach § 89 InsO ist **von Amts wegen zu beachten** und hätte dazu führen müssen, dass im Beschwerdeverfahren der angegriffene Beschluss des LG Ulm vom 11. 2. 2011 – 3 O 111/08, BeckRS 2011, 24708, allein wegen der Wirkung des § 89 InsO ohne weitere sachliche Prüfung aufgehoben und der Antrag als derzeit unbegründet zurückgewiesen wird. Damit ist **durch die Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin das Verfahren in der Hauptsache erledigt**.“ (OLG Stuttgart aaO)*

Es müsste aber auch eine **übereinstimmende Erledigungserklärung** vorliegen. Dies ist hier nicht ohne weiteres anzunehmen, da die Schuldnerin sich zur Erledigungserklärung der Gläubigerin trotz gerichtlicher Aufforderung nicht geäußert hatte.

*„Mit Verfügung des Senats vom 05.08.2011 wurde dem Schuldner eine Frist zur Stellungnahme auf die Erledigungserklärung der Gläubigerin unter **Belehrung** über die Rechtsfolge **gem. § 91 a I 2 ZPO** gesetzt, die **ohne Reaktion des Schuldners** abgelaufen ist. Damit liegt eine übereinstimmende Erledigungserklärung vor. Der erstinstanzliche Beschluss des LG Ulm vom 11.02.2011 ist dadurch wirkungslos geworden (Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 91 a Rn 12).“ (OLG Stuttgart aaO)*

Der Rechtsstreit ist daher durch übereinstimmende Erledigungserklärung erledigt.

II. Kostentragungspflicht nach bisherigen Sach- und Streitstand

Bei einer beiderseitigen Erledigungserklärung hat das Gericht über die Kosten unter **Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes** nach billigem Ermessen durch Beschluss zu entscheiden. Fraglich ist daher, ob die Beschwerde der Schuldnerin Erfolg gehabt hätte.

Es kommt also darauf an, ob der Antrag der Gläubigerin ohne das erledigende Ereignis, nämlich die Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin, nach dem bisherigen Sach- und Streitstand in dem vom LG Ulm durch Beschluss vom 11.02.2011 festgestellten Umfang erfolgreich gewesen wäre.

1. Voraussetzungen für Anordnung der Ersatzvornahme nach § 887 I ZPO

a) Verpflichtung zur Durchführung einer vertretbaren Handlung

Die Anordnung einer Ersatzvornahme nach § 887 I ZPO setzt voraus, dass es bei der zu vollstreckenden Forderung um die **Pflicht zur Erfüllung einer vertretbaren Handlung** geht. Bei der Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten handelt es sich ohne weiteres um eine vertretbare Handlung.

b) Nichterfüllung der titulierten Pflicht

„Mit Schreiben vom 18.06. und 23.06.2010 hatte die Gläubigerin klar zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Mängelbeseitigung entsprechend der Entscheidung des LG Ulm und der ursprünglichen Planung verlange. Auf das Schreiben der Schuldnerin vom 30.06.2010 wurde mit Schreiben der Gläubigerin vom 05.07.2010 die Frist zur Fertigstellung der Nachbesserungsarbeiten bis

31.08.2010 verlängert und diese mit Schreiben der Schuldnerin vom 15.07.2010 bestätigt, wobei dort die ungerechtfertigten Zahlungsansprüche über 25.000 Euro geltend gemacht wurden. Mit Schreiben des Schuldnervertreters vom 20.07.2010 wurde die Erledigung der titulierten Ansprüche ohne Einrede eines Zurückbehaltungsrechts angekündigt, ohne dass mit der Nachbesserung so rechtzeitig begonnen worden wäre, dass deren Fertigstellung bis zum 31.08.2010 zu erwarten gewesen wäre. Dieser Geschehensablauf rechtfertigt den Schluss des LG, dass die Schuldnerin **nicht nachbesserungswillig** war, sondern die von ihr geschuldete Mängelbeseitigung lediglich verzögern wollte.“ (OLG Stuttgart aaO)

Vor diesem Hintergrund lagen die Voraussetzungen für die Anordnung der Ersatzvornahme nach § 887 I ZPO vor.

2. Bestimmung des Kostenvorschusses nach § 887 II ZPO

Die Schuldnerin ist verpflichtet, die Kosten der so angeordneten Ersatzvornahme zu tragen. Die Gläubigerin konnte jedoch nach § 887 II ZPO zudem auch verlangen, dass das Gericht die Schuldnerin zu Zahlung der voraussichtlichen Kosten verpflichtet. Die **Festsetzung des Vorschusses** der Höhe nach muss aber ordnungsgemäß erfolgt sein

a) Maßstab für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit bei Abnahme

Grundsätzlich ist ein Werk bei der Mängelbeseitigung in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Sieht der Vertrag eine Herstellung nach den anerkannten Regeln der Technik vor, so stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist.

„Das Werk muss grundsätzlich den zur **Zeit der Abnahme anerkannten Regeln der Technik** als vertraglichen Mindeststandard entsprechen (BGHZ 139, 16 = NJW 1998, 2814; OLG Nürnberg, NJW-RR 2011, 100). **Ändern sich nach einer Abnahme die technischen Regeln**, hat dies für den Unternehmer grundsätzlich **keine nachteiligen Folgen**; seine bei Abnahme mangelfrei erbrachte Bauleistung bleibt es (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rn. 1975).“ (OLG Stuttgart aaO)

b) Maßstab für die Anforderungen bei Mängelbeseitigung

Ist das Werk aber **zunächst nicht vertragsgemäß** erstellt worden und hat später eine Mängelbeseitigung zu erfolgen, so stellt sich die Frage, ob der **Kostenvorschuss** nur hinsichtlich solcher Mängelbeseitigungsarbeiten gefordert werden kann, der die Arbeiten zur Herstellung nach den **ursprünglich gültigen Regeln der Technik** abdeckt **oder** aber ob der Vorschuss daran zu bemessen ist, welche Kosten bei Berücksichtigung der **aktuell anerkannten Regeln der Technik** entstehen werden. Dies hängt davon ab ob die Mängelbeseitigungsarbeiten selbst nach dem ursprünglich geltenden Maßstab der anerkannten Regeln der Technik durchzuführen sind oder nach dem Maßstab der zur Zeit der Mängelbeseitigung geltenden Regelungen.

„Gemäß dem Urteil des LG Ulm vom 11.11.2009 hat die Schuldnerin die dort genannten Baumängel zu beseitigen. Die **Beseitigungsarbeiten** sind nach Vornahme durch die Schuldnerin von der Gläubigerin **abzunehmen**. Für den vorliegenden Bauvertrag, in den die VOB/B einbezogen wurde, ergibt sich die Notwendigkeit der Abnahme der Mängelbeseitigungsleistungen aus § 13 Nr. 5 I Nr. 3 VOB/B. Eine **Abnahmeverpflichtung** besteht dann **nicht**, wenn die Mängelbeseitigungsarbeiten **nicht den aktuellen Regeln der Baukunst** entsprechen (BGHZ 172, 16 = NJW 2007, 3132 = NZBau 2007, 373 = NZI 2007, 543; OLG Nürnberg, NJW-RR 2011, 100). Hat die Weiterentwicklung der Regeln der Technik zur Folge, dass der Gläubigerin ein **vertraglich nicht geschuldeter Vorteil** verbleibt, ist dieser **auszugleichen**. Damit sind die berechtigten Belange beider Vertragsparteien ausreichend gewahrt.“ (OLG Stuttgart aaO)

Es handelt sich bei diesem Mehrkosten auch nicht um Sowiesokosten

„Bei den Mehrkosten auf Grund nach Abnahme gestiegener Anforderungen der Regeln der Bautechnik an das Werk handelt sich um keine Sowiesokosten, weil diese Mehrkosten **bei ursprünglicher ordnungsgemäßer Ausführung** gem. den damaligen Vorschriften **nicht angefallen** wären. Die Bauleistung wäre daher bei ordnungsgemäßer Ausführung nicht von vornherein teurer geworden (vgl. BGH, NJW-RR 1994, 148 = BauR 1993, 722; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rdnr. 2089 m. w. Nachw.). Die Zusatzkosten, die durch **höhere Anforderungen** an die Bauausführung auf Grund einer Fortentwicklung der allgemein anerkannten Regeln der Technik oder der gesetzlichen Vorgaben nach Abnahme entstehen, **beruhen auf der Vertragsverletzung** des Bauunternehmers, der zum Zeitpunkt der Abnahme kein mangelfreies Werk er-

stellt hat. Er hat deshalb die dadurch **notwendig gewordenen Kosten** gem. § 635 II BGB **zu tragen**. Daneben kommt ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers aus §§ 634 IV, 280, 281 BGB gegen den Unternehmer in Höhe eventueller Zusatzkosten wegen höherer gesetzlicher Anforderungen oder wegen der Weiterentwicklung des Stands der Technik in Betracht, wenn der Unternehmer den nachzubessernden Mangel schuldhaft verursacht hat oder er schuldhaft seiner Nachbesserungspflicht nicht rechtzeitig nachgekommen ist und dadurch die Zusatzkosten entstanden sind.“ (OLG Stuttgart aaO)

c) Vorteilsausgleichung

Möglicher Weise war die Festsetzung der Kostenvorauszahlung aber um eine Vorteilsausgleichung wegen der Verwendung teurerer Materialien zu reduzieren.

„Auch die Voraussetzungen für einen Vorteilsausgleich liegen hier nicht vor, weil **nicht erkennbar** ist, dass die Gläubigerin durch die Verwendung aufwendigeren Materials einen **zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Vorteil** erlangen würde, der zum Beispiel durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entstehen könnte (vgl. BGH, NJW 2002, 141 = NZBau 2002, 31 = BauR 2002, 86).“ (OLG Stuttgart aaO)

Ergebnis: Ohne das erledigende Ereignis, nämlich die Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin, wäre deren Beschwerde nach dem bisherigen Sach- und Streitstand in dem vom LG Ulm durch Beschluss vom 11.02. 2011 festgestellten Umfang nicht erfolgreich gewesen.

Das Gericht wird der Schuldnerin durch Beschluss nach § 91a I ZPO die Kosten auferlegen.

WpHG

§§ 38 II Nr.1, 20a I Nr.2

Wertpapierhandel**verbotene Preiseinwirkung**

StrafR

(OLG Stuttgart in NJW 2011, 3667; Urteil vom 04.10.2011 – 2 Ss 65/11)

1. Eine **Straftat gem. §§ 38 II Nr. 1, 20a I 1 Nr. 2 WpHG** kann dann gegeben sein, wenn **abgestimmte Kauf- und Verkaufsangebote für Wertpapiere** erteilt werden, die wegen ihres hohen Anteils am Gesamttagesumsatz der fraglichen Aktie mit großer Wahrscheinlichkeit zum vorgegebenen Limit zur Durchführung gelangen werden.
2. Ist die **manipulative Handlung des Täters kausal für die folgende Kursfestsetzung**, handelt es sich um eine Einwirkung auf den Preis eines Finanzinstruments i. S. des §§ 38 II Nr. 1, 20a I 1 Nr. 2 WpHG.

Fall: Der Angekl. N ist als Bankkaufmann bei der Landesbank X. mit Tätigkeitsschwerpunkt Wertpapierhandel beschäftigt. Er verfügt dort über ein Depot mit Wertpapieren im Gesamtwert von etwa 275.000 €. Außerdem besitzt er die Verfügungsberechtigung über das ebenfalls bei der X.-Bank unterhaltene Wertpapierdepot seines Lebenspartners, des Angekl. S. Der Angekl. N gab am 22.05.2008, am 09.12.2008 sowie am 10.12.2008 aufeinander abgestimmte, nahezu zeitgleich erteilte Kauf- und Verkaufsaufträge für in diesen beiden Wertpapierdepots gehaltene Aktien der M-Kliniken-AG, der DB-AG sowie der W-AG an der Baden-Württembergischen Wertpapierbörse in Stuttgart, an der Frankfurter Wertpapierbörse und im elektronischen Handelssystem der Deutschen Börse-AG, Xetra, ab, die jeweils mit den vom Angekl. N angegebenen Limitpreisen zur Ausführung kamen. Die Kursfeststellungen kamen durchgehend allein auf Grund der Ausführung der spiegelbildlich deckungsgleichen Aufträge des Angekl. N, der wechselnd für das eine Depot als Käufer und das andere als Verkäufer der Aktien agierte, entsprechend seinen Limitangaben zu Stande. Ohne die Aufträge des Angekl. N wäre es nicht zu den Kursfestsetzungen gekommen und der jeweilige vorherige Kurs der Aktie hätte fortgegolten. Zwischen dem Verkauf der Aktien und dem Rückkauf lagen jeweils lediglich wenige Minuten; die Kursfeststellung erfolgte in allen Fällen entweder zeitgleich mit der Abgabe der Angebote oder maximal zwei Minuten danach. Die an den fraglichen Tagen durch den Angekl. N vorgenommenen Geschäfte hatten einen großen Anteil am Gesamttagesumsatz der jeweiligen Aktie.

Durch die bewusste Abgabe der abgestimmten Verkaufs- und Kaufaufträge nahm der Angekl. billigend in Kauf, dass bei dritten Handelsteilnehmern der unrichtige Eindruck entstehen konnte, dass für diese Aktien ein liquider Markt mit voneinander unabhängigen Angeboten und Nachfragen bestehe, sowie dass die ausgeführten Geschäfte auf Grund ihres Volumens geeignet waren, den jeweiligen Kurspreis zu beeinflussen. Dem Angekl. kam es darauf an, dass es zur jeweiligen Kursfestsetzung kommt, weil er hierdurch Verluste zur steuerlichen Geltendmachung realisieren wollte.

Am 22.05.2008 gab der Angekl. um 9.38 Uhr über das Depot des S ein Kaufangebot für 20.000 Aktien der M-Kliniken-AG an der Börse Frankfurt a. M. mit einem Limit von 0,99 € pro Aktie und zeitgleich über das eigene Depot einen Verkaufsauftrag mit identischem Limit und gleichlautender Stückzahl ab. Die Kursfeststellung erfolgte ebenfalls um 9.38 Uhr. Am selben Tag um 10.01 Uhr erfolgte der Rückkauf der 20.000 Aktien wiederum auf Grund übereinstimmenden Kauf- und Verkaufsauftrags des Angekl. N zum Limit von 0,99 €. Weitere 8169 Aktien der M-Kliniken-AG erwarb der Angekl. für das Depot des S erneut infolge Abgabe aufeinander abgestimmter Aufträge zum Limit von 1,01 € am selben Tag um 10.04 Uhr; die Kursfeststellung erfolgte ebenfalls um 10.04 Uhr. Auf entsprechende Art und Weise kaufte und verkaufte der Angekl. am 09.12.2008 5000 Aktien der DB-AG an der Börse Stuttgart mit gleichlautendem Limit von 0,85 € um 18.23 Uhr und tätigte 18.27 Uhr in gleicher Stückzahl und zum selben Preis den Rückkauf. Ebenso verfuhr er am 10.12.2008 an der Börse Xetra mit 7918 Aktien der DB-AG zum Limit von 0,77 € und mit 5.000 sowie weiteren 4.140 Aktien der W-AG zum Limit von 1,81 € bzw. 1,80 €. Eine Beeinflussung des späteren Kursverlaufs der Aktien durch die Auftragsausführungen war nicht feststellbar. Die weitere Entwicklung der Aktienpreise entsprach den marktüblichen Bewegungen.

Der Angekl. könnte sowohl den objektiven Tatbestand des § 39 I Nr. 1 WpHG als auch den des § 38 II WpHG a.F. erfüllt haben.

- I. Dies setzt zunächst das **Vorliegen einer verbotenen Marktmanipulation nach § 20a I 1 Nr. 2 WpHG** voraus. Diese Norm betrifft vor allem sog. handelsgestützte Marktmanipulationen durch Transaktionen, die **dem Markt falsche oder irreführende Signale zu geben oder ein künstliches Preisniveau herbeizuführen geeignet** sind.

Insbes. sind auch effektive Geschäfte umfasst, infolge derer es zu einem Wechsel der wirtschaftlichen Berechtigung an einem Finanzinstrument kommt (Assmann/Uwe H. Schneider, WpHG, 5. Aufl. 2009, § 20 a Rn 142, 146).

Weiter als Tathandlung geeignet sind **Kauf- oder Verkaufsaufträge**, wie Effektenorder der Kunden an ihre Bank oder Vermittlungsaufträge an den Skontoführer im Parketthandel sowie Angebote im elektronischen Handel. Da es unerheblich ist, ob die Aufträge bedingt oder befristet sind, gelten auch Limit-Orders als erteilt, sobald sie dem Adressaten zugegangen sind (Assmann/Uwe H. Schneider aaO, § 20a Rn 147).

1. Zu prüfen ist daher, ob die **Angebote** des Angekl. **zur Irreführung bzw. zur Preismanipulation geeignet** waren. Dies ist nach OLG Stuttgart aaO zu bejahen.

„Die Abgabe von gleichlautenden Kauf- und Verkaufsangeboten mit übereinstimmenden Limits können einen verständigen Marktteilnehmer über die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem jeweiligen Markt, die Marktgerechtigkeit des entsprechenden Angebots und der entsprechenden Nachfrage sowie den marktgerechten Preis und die Marktliquidität täuschen (vgl. Assmann/Uwe H. Schneider aaO, § 20 a Rn 150).

Nach den Feststellungen wusste der Angekl. N, der als Bankkaufmann bei der Landesbank X. mit Tätigkeitsschwerpunkt Wertpapierhandel tätig ist, dass die Angebote auf Grund ihres Volumens einen falschen Eindruck am Markt zu erwecken und den jeweiligen Kurspreis zu beeinflussen geeignet waren.“ (OLG Stuttgart aaO)

2. Die Auffassung, die Vorgehensweise des Angekl. sei gem. § 20 a II WpHG von den verbotenen Marktmanipulationen ausgenommen, ist nicht richtig.

„Voraussetzung hierfür wäre, dass die Handlungen des Angekl. N mit der zulässigen Marktpraxis auf dem betreffenden Markt vereinbar waren und der Handelnde hierfür legitime Gründe hatte. Es kann offen bleiben, ob die vom Angekl. N erstrebte Realisierung eines Verlustes zur Erlangung eines Steuervorteils in dieser Form einen legitimen Grund darstellt. Jedenfalls entsprachen seine Handlungen nicht der zulässigen Marktpraxis. Dies ergibt sich bereits aus der die Vorschrift des § 20a I 1 Nr. 2 WpHG konkretisierenden, eine Rechtsverordnung gem. § 20a V WpHG darstellenden Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung (MaKonV), die Hinweise auf das Vorliegen einer Marktmanipulation auflistet. Der sich auf § 20a I 1 Nr. 2 WpHG beziehende § 3 II Nr. 2 MaKonV qualifiziert ausdrücklich solche Aufträge oder Geschäfte als irreführende Signale gebend, die zu im Wesentlichen gleichen Stückzahlen und Preisen von verschiedenen Parteien, die sich abgesprochen haben, erteilt werden. Hiervon ausgenommen sind Geschäfte, die im Einklang mit den jeweiligen Marktbestimmungen rechtzeitig angeündigt werden.

Letzteres war hier nicht der Fall: Vielmehr entspricht die Vorgehensweise des Angekl., der für sich und entsprechend der Verfügungsberechtigung für das Depot des S tätig wurde, im Unrechtsgehalt der Absprache verschiedener Parteien. Daher verbietet sich die Annahme, derartige Geschäfte könnten zukünftig gem. § 20a II 2 WpHG von der Bundesanstalt als zulässige Marktpraxis anerkannt werden. Das gilt umso mehr, als die Handlungen des Angekl. nicht den Voraussetzungen in § 8 MaKonV entsprechen, der Kriterien für die Anerkennung von Gepflogenheiten als zulässige Marktpraxis – wie Transparenz und freies Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage – aufzählt.“ (OLG Stuttgart aaO)

3. Diesem Ergebnis kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass den in § 3 MaKonV genannten Anzeichen für falsche oder irreführende Signale gemeinsam sei, dass sie grds. eine **erhebliche Preisänderung** voraussetzten, was hier nicht gegeben sei. Denn diese **Einschränkung** findet sich **lediglich für die in § 3 I MaKonV aufgeführten Geschäfte und Kauf- oder Verkaufsaufträge**, nicht aber für den hier vorrangig maßgeblichen § 3 II MaKonV.

„Die in § 3 II MaKonV genannten Handlungsmodalitäten enthalten zwingende Beispiele für den objektiven Tatbestand der Marktmanipulation erfüllende Geschäfte oder Kauf- und Verkaufsangebote (Assmann/Uwe H. Schneider, § 20a Rn 164). Die Vorgehensweise des Angekl. N, der zwar nicht mit anderen Parteien nach entsprechender Absprache, aber dem gleichzusetzend für sich und gleichzeitig für den S Aufträge zu identischen Stückzahlen und Preisen erteilt hat, ist dem in § 3 II Nr. 2 MaKonV normierten Verhalten gleichzusetzen.

Ob gleichzeitig die Vorschriften des § 3 I Nr. 1a u. c MaKonV erfüllt sein könnten, bedarf keiner eingehenden Erörterung, da die europarechtlich als „improper matched orders“ bezeichneten Verfahren im deutschen Recht in § 3 II Nr. 2 MaKonV besonders geregelt sind. Daher bleibt insbes. für § 3 I Nr. 1c MaKonV nur ein beschränkter Anwendungsbereich (Assmann/Uwe H. Schneider, § 20a Rn 166). Die in § 3 I Nr. 1a MaKonV erfassten Geschäftsmodalitäten – Aufträge oder Geschäfte, die einen bedeutenden Anteil am Tagesgeschäftsvolumen ausmachen – bedeuten für die vorliegende Fallgestaltung, dass der Anteil der möglicherweise manipulativen Geschäfte oder Aufträge am Tagesgeschäftsvolumen des einzelnen Finanzinstruments ebenfalls ein gewichtiges Kriterium für die Feststellung einer Irreführungseignung darstellt.“ (OLG Stuttgart aaO)

- II. Schließlich ist auch das Vorliegen von Ordnungswidrigkeiten nach § 39 I Nr. 1 WpHG, die in einem Stufenverhältnis zum entsprechenden Straftatbestand des § 38 II WpHG a.F. stehen und – lediglich – die **Eignung der getätigten Angebote oder Geschäfte zur Einwirkung auf den Marktpreis oder eine Irreführungseignung** erfordern, zu bejahen.

1. Der Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 39 I Nr. 1 WpHG erfasst diejenigen Formen der Marktmanipulation, die in § 20a I 1 Nr. 2 WpHG als verboten eingeordnet werden, und setzt als einziges weiteres Tatbestandsmerkmal in subjektiver Hinsicht eine **vorläufige Begehungsweise** voraus.

2. **Fraglich** ist jedoch, **ob die Tatbestandsvoraussetzung** der Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis eines Finanzinstrumentes **schon deshalb nicht vorliegt, weil** diese **Einwirkung** in der hier vorliegenden Fallgestaltung der Vornahme eines Geschäftes (§ 20a I 1 Nr. 2 Alt. 1 WpHG) **denknotwendig nach der Durchführung dieses Geschäftes liegen muss**, weshalb die **bloße Kursfestsetzung nicht genügt**.

a) Über **§ 38 II WpHG a.F. (jetzt § 38 II Nr. 1 WpHG)** werden die in der Bußgeldvorschrift des § 39 I Nr. 1 WpHG bezeichneten Formen der Marktmanipulation strafrechtlich erfasst.

§ 38 II WpHG statuiert die weitere Voraussetzung, die das bußgeldbewehrte Verhalten zu einer Straftat macht, nämlich den **Eintritt des Erfolgs**, dass der **Preis eines Finanzinstruments entgegen der sonstigen Marktentwicklung tatsächlich verändert oder stabilisiert** wurde.

Das Merkmal der **Eignung zur Herbeiführung eines künstlichen Preisniveaus** aus § 20a I 1 Nr. 2 WpHG – und damit auch aus dem Ordnungswidrigkeitstatbestand – geht damit auf in dem Tatbestandsmerkmal der (tatsächlichen) Einwirkung.

b) Eine Preiseinwirkung setzt ein **künstliches**, d.h. **gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse am Markt** („Markttrend“) **erfolgendes Erhöhen, Erniedrigen oder auch nur Stabilisieren** voraus, eine **Preisänderung ist nicht zwingend erforderlich** (Assmann/Uwe H. Schneider, § 38 Rn 51). Maßgeblich ist also, dass die **manipulative Handlung des Täters kausal ist für den fraglichen Preis** eines Finanzinstruments, wobei der Erfolg der Preiseinwirkung vom Vorsatz umfasst sein muss. Einer **Manipulationsabsicht bedarf es** hingegen **nicht**.

„Das Gesetz legt nicht fest, welchen aus der Vielzahl von Börsen- oder Marktpreisen, die für ein Finanzinstrument erzielt werden, der Täter herbeiführen muss. § 38 II WpHG begnügt sich mit irgendeinem Börsen- oder Marktpreis, wenn er nur durch das Verhalten des Täters verursacht worden ist (Altenhain, Kölner Komm. z. WpHG, 2007, § 38 Rn 93). Wird ein Finanzinstrument an verschiedenen Börsen oder Märkten gehandelt, so ist jeder einzelne der dort ermittelten Preise ein tauglicher Erfolg. Insbesondere bedarf es nicht einer Einwirkung auf den Schlusskurs eines Finanzinstruments. Es genügt die Einwirkung auf irgendeinen festgestellten Preis im laufenden Handel (Altenhain, Kölner Komm. z. WpHG, § 38 Rn 94). Eine – andauernde – Beeinflussung des weiteren Kursverlaufs nach einer bereits erfolgten Einwirkung ist nicht erforderlich.“ (OLG Stuttgart aaO)

Nach dem Wortlaut der Vorschrift **bedarf es keiner erheblichen Einwirkung**.

Altenhain, Kölner Komm. z. WpHG, § 38 Rn 94; a. A. bis zur 4. Aufl. Assmann/Uwe H. Schneider, § 38 Rn 21, jetzt relativierend § 20a Rn 116, § 38 Rn 51; zum Fehlen verfassungsrechtlicher Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz bei §§ 20a I 1 Nr. 1, 38 II, 39 II Nr. 11 WpHG vgl. BGH NZG 2011, 1075

Bagatellhafte Preisbeeinflussungen, bei denen unter Umständen der Nachweis des Taterfolgs mit Schwierigkeiten behaftet ist, **liegen** allerdings **nicht schon deshalb vor, weil** es sich um **Aktien mit geringem Stückpreis** handelt, und die mögliche Preiseinwirkung in absoluten Zahlen lediglich kleinere Differenzbeträge ausmacht.

c) Die **Feststellung einer Kausalität** zwischen dem Manipulationsverhalten und der Preiseinwirkung bedarf einer **Gesamtbewertung der erlangbaren Erkenntnisse und Indiztatsachen**, wobei an die Kausalitätsfeststellung keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285 = NZG 2004, 91; Assmann/Uwe H. Schneider, § 38 Rn 54).

Folgende **Kriterien** sind geeignet, eine Preiseinwirkung hinreichend zu belegen:

- **Vergleich des Kursverlaufs und Umsatzes** vor und nach der Manipulationshandlung,
- **Analyse der Preis- und Umsatzentwicklung** an dem Börsentag, in den die Manipulationshandlung fällt,
- **Analyse des Volumens der Order**, die der Manipulator im Zusammenhang mit der Manipulation tätigt, und

- **Zeitabstand zwischen dem Manipulationsverhalten und der Preiseinwirkung:** je zeitnäher der Markt auf eine Manipulation reagiert, desto näher liegt die Feststellung der Kausalität.

BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285 = NZG 2004, 91; Assmann/Uwe H. Schneider, § 38 Rn

- d) Vorliegend erscheint es nicht völlig fern liegend, dass der Angekl. N **durch Abgabe von wechselseitig übereinstimmenden Kauf- und Verkaufsangeboten**, die sich wegen der identischen Limitangaben ausführbar gegenüberstanden und einen erheblichen Anteil am Tagesumsatz der jeweiligen Aktie hatten, **auf den Preis der Aktien eingewirkt** hat.

*„Irrig ist das AG davon ausgegangen, als Tathandlung des Angekl. komme ausschließlich die Tatbestandsvariante der Vornahme eines Geschäfts in Betracht. Bereits die Abgabe der abgestimmten Kauf- und Verkauforder, von denen der Angekl. als Bankkaufmann mit Tätigkeitsschwerpunkt im Wertpapierhandel wusste, dass sie sich ausführbar gegenüberstanden und wegen des hohen Anteils am Gesamttagesumsatz mit großer Wahrscheinlichkeit zum genannten Limit zur Durchführung gelangen würden, kann eine Tathandlung sein (§ 20a I 1 Nr. 2 Alt. 2 WpHG). Die daraus resultierende **Kursfestsetzung**, also die Bestimmung des Börsenpreises eines Wertpapiers, kann – unter Feststellung der Kausalität nach den oben genannten Kriterien – eine **Preiseinwirkung** darstellen. Darauf, ob die Kursfestsetzung der Geschäftsdurchführung vorangeht oder die Folge der Durchführung eines Wertpapiergeschäfts ist, kommt es in dieser Fallgestaltung nicht an.“* (OLG Stuttgart aaO)

- e) **Auswirkung auf den weiteren Kursverlauf müssen die Manipulationshandlungen nicht haben.**

*„Dass sich der **Kursverlauf nach der manipulativen Handlung** später im marktüblichen Bereich weiterentwickelt hat, spricht schon deshalb nicht von vornherein gegen eine tatsächliche Einwirkung, weil – wie bereits dargelegt – je nach Fallgestaltung die Einwirkung auf einen (Einzel-)Preis im Laufe des fortlaufenden Handels ausreichend sein kann.“*

*Bei Manipulationen gem. § 20a I 1 Nr. 2 WpHG [bedarf es] keiner Täuschung oder Irrtumserregung (die Ausführungen in BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285 = NZG 2004, 91 beziehen sich auf § 20a I 1 Nr. 2 WpHG in der bis zum 29.10.2004 geltenden Fassung; jetzt und zum Tatzeitpunkt § 20a I 1 Nr. 3 WpHG). Vielmehr normiert § 20a I 1 Nr. 2 WpHG die **konkrete Ausgestaltung einer Täuschungshandlung**, während § 20a I 1 Nr. 3 WpHG als Auffangtatbestand die sonstigen Täuschungshandlungen – mit entsprechenden Tatbestandsmerkmalen – abdeckt.*

Die Befürchtung, der Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 39 I Nr. 1 WpHG laufe in den Fällen der Tatbestandsvariante „ein Geschäft durchführt“ deshalb leer, weil mit dem durchgeführten Geschäft grds. eine Kursfestsetzung einhergehe, greift schon deshalb nicht, weil nicht vom vorliegenden Einzelfall mit der Besonderheit des großen Volumens der Geschäfte auf andere Fallgestaltungen geschlossen werden kann: In Fällen mit liquide gehandelten Wertpapieren oder bei Aufträgen mit geringeren Aktienvolumina [muss] eine Preiseinwirkung nicht zwingend vorliegen. Ein Anwendungsbereich bleibt auch in den Fällen, in denen der Erfolg einer (vom Täter gewünschten) Einwirkung ausbleibt oder – praktisch häufiger – nicht nachweisbar ist (Assmann/Uwe H. Schneider, § 39 Rn 6).“ (OLG Stuttgart aaO)

StGB
§ 258 I, IV

Strafvereitelung durch Pflichtverteidiger

StGB

(LG Augsburg in NJW 2012, 93; Beschluss vom 14.03.2012 – 3 KLS 400 Js 110961/10)

1. Einem **Verteidiger** ist es grds. **weder verwehrt**, ein **aussichtsloses Rechtsmittel einzulegen**, noch **wider besseren Wissens** einen **Verfahrensfehler** unter Berufung auf ein unrichtiges Hauptverhandlungsprotokoll **zu rügen**.
2. Bei der rechtlichen Bewertung von Verteidigungshandlungen im Rahmen der Tatbestandsprüfung der Strafvereitelung nach § 258 StGB sind hinsichtlich der **subjektiven Tatseite** und insbes. bei der Frage des Missbrauchs prozessualer Befugnisse **besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung** zu stellen.

Fall: Der Angekl. war in dem Ausgangsverfahren als Verteidiger des Verurteilten G tätig. In der Hauptverhandlungssitzung wurde anlässlich der Vernehmung der Zeugin E die Öffentlichkeit ausgeschlossen. Des Weiteren wurde die Entfernung der seinerzeitigen Angekl. aus dem Sitzungssaal beschlossen. Das Hauptverhandlungsprotokoll enthielt zunächst lediglich eine Begründung für den Ausschluss der Öffentlichkeit, während die Gründe für den Ausschluss der Angekl. nicht in das Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommen wurden.

Mit seinem Revisionsbegründungsschriftsatz machte der Angekl. die Verletzung formellen und materiellen Rechts zu Lasten seines damaligen Mandanten geltend. Der Angekl. rügte hierbei u. a. die fehlende Begründung des Ausschlusses des G in der Hauptverhandlung. Der Angekl. stellte zunächst den Gang der Hauptverhandlung am Nachmittag dar und bezog sich hierbei auf das Hauptverhandlungsprotokoll, in dem die Begründung für den Ausschluss seines Mandanten (Nr. II) tatsächlich nicht enthalten war. Im weiteren Fortgang der Begründung des Verfahrensfehlers führte der Angekl. sodann aus, dass ein Ausschluss seines Mandanten aus der Hauptverhandlung, der sich nicht aus dem Hauptverhandlungsprotokoll selbst ergab, tatsächlich stattgefunden hat. Im Anschluss hieran folgt folgende Formulierung:

„Das dargestellte Verfahrensgeschehen entspricht i. Ü. – soweit ich anwesend war – meinen Aufzeichnungen und meiner eigenen Erinnerung. Hinsichtlich des weiteren Verfahrensablaufs nach Wiederherstellung der Öffentlichkeit Uhr war ich selbst aus terminlichen Gründen nicht mehr anwesend. Die Kollegen haben mir im Nachgang aber dann genau den oben dargestellten und im Protokoll vermerkten Verfahrensgang berichtet.“

Sodann folgt die Darstellung des Gangs der Hauptverhandlung während des Ausschlusses des Mandanten des Angekl. und im Anschluss hieran eine Begründung, warum sich die von der Kammer im Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommene Begründung zum Ausschluss der Öffentlichkeit während der Vernehmung der Zeugin E nicht auch auf den Ausschluss des Mandanten des Angekl. bezog. Auf die Revisionsbegründungsschrift des Angekl. hin gaben die Mitglieder der 3. Strafkammer sowie die Protokollführerin dienstliche Stellungnahmen ab. Der Vorsitzende der 3. Strafkammer teilte dem Angekl. mit, dass eine Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls beabsichtigt sei. Der Angekl. trat einer beabsichtigten Protokollberichtigung entgegen und führte u. a. aus:

„Ich selbst habe keine konkrete Erinnerung mehr an die Vorkommnisse nach Fortsetzung der Hauptverhandlung nach der Mittagspause. Meine Mitschriften sind zum streitgegenständlichen Aspekt der Verkündung des Beschlusses unergiebig.“

Sodann fasste die 3. Strafkammer den Beschluss, das Hauptverhandlungsprotokoll um die Begründung des Ausschlusses der seinerzeitigen Angekl. zu ergänzen. Die Kammer ging hierbei auch auf den Widerspruch des Angekl. ein und führte diesbzgl. aus:

„Auch der Widerspruch der Verteidiger Rechtsanwalt P und Rechtsanwalt B hat auf die Protokollberichtigung keinen Einfluss, da beide Verteidiger vortragen, keine konkrete Erinnerung zur Beschlussverkündung zu haben.“

Der Angekl. könnte sich der **versuchten Strafvereitelung gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Der Angekl. ist in dem Ausgangsverfahren für seinen Mandanten als Strafverteidiger tätig gewesen. Der Tatbestand des § 258 StGB ist daher unter dem Gesichtspunkt des **sozialadäquaten Verhaltens**, hier Verteidigerhandeln, zu würdigen.
 1. **Strafverteidigung** ist, sofern sie sich im Rahmen der am Rechtsstaatsgedanken ausgeprägten Strafrechtspflege vollzieht, in ihrer prozessualen Funktion **fester Bestandteil des rechtsstaatlich geordneten Verfahrens**. Der Verteidiger als Organ der Rechtspflege (BGHSt 46, 36 = NJW 2000, 2217) wird einerseits im öffentlichen Interesse daran, dass der Strafprozess seine Ziele erreicht, tätig, andererseits **darf und soll er parteiisch zu Gunsten seines Mandanten handeln**, um diesem eine **effektive Strafverteidigung** zu ermöglichen.

Dem Verteidiger wird aus diesem Grund ein weiter Handlungsspielraum eingeräumt: Er beinhaltet die Aufgabe der Verteidigung, dem Mandanten im Strafprozess beizustehen, die Rechte allseitig zu wahren und zur Beachtung aller ihm günstigen tatsächlichen und rechtlichen Umstände beizutragen (MüKo-StGB/Cramer, § 258 Rn 10; BGHSt 12, 367 = NJW 1959, 731). Um eine effektive Verteidigung des Mandanten zu gewährleisten, hat in dem Konflikt zwischen der Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege einerseits und als Beistand für den Mandanten andererseits **im Zweifel die Beistandsfunktion den Vorrang** (OLG Düsseldorf NJW 1991, 996; OLG Frankfurt a. M. NJW 1981, 882 = NStZ 1981, 144).

2. Die h. M. in Lit. und Rspr. nimmt **für zulässiges Verteidigerhandeln einen Tatbestandsausschluss** an (sog. Tatbestandslösung, vgl. BGHSt 46, 53 = NJW 2000, 2433 = NStZ 2001, 145; OLG Düsseldorf NJW 1991, 996).

Danach ist ein Verhalten des Verteidigers, welches sich im Rahmen des prozessual Zulässigen bewegt, bereits tatbestandlich keine Strafvereitelung i. S. des § 258 StGB, weil der Tatbestand der Strafvereitelung nur eine dem Strafgesetz entsprechende und damit zugleich eine dem Strafverfahrensrecht sowie den damit verbundenen Garantien einer wirksamen Verteidigung gemäße Bestrafung schützt. Verteidigerhandlungen sind unter dem Gesichtspunkt der Strafvereitelung in erster Linie danach zu beurteilen, ob sie mit dem prozessualen Recht, auf welches die Vorschrift gem. § 258 StGB sachgedanklich verweist, vereinbar sind und darüber hinaus, ob sie den Maßgaben eines am Rechtsstaatsgedanken orientierten Verfahrens entsprechen (BGHSt 46, 53 = NJW 2000, 2433 = NStZ 2001, 145; OLG Frankfurt a. M. NJW 1981, 882 = NStZ 1981, 144; MüKo-StGB/Cramer, § 258 Rn 10).

- a) Als **Leitlinie prozessual zulässigen Verhaltens** des Strafverteidigers lässt sich festhalten, dass der Verteidiger **nicht aktiv Beweismittel verfälschen oder Dritte aktiv hierzu animieren oder dabei unterstützen darf**. Hingegen darf der Verteidiger jedes prozessuale Recht wahrnehmen, solange er dabei weder nötigt noch täuscht (Walter, LK-StGB, 12. Aufl., § 258 Rn 80).

- b) Aus diesem Grund ist es **dem Verteidiger grds. weder verwehrt, ein aussichtsloses Rechtsmittel einzulegen, noch wider besseren Wissens einen Verfahrensfehler** unter Berufung auf ein unrichtiges Hauptverhandlungsprotokoll **zu rügen**. Zwar erfolgt diese Rüge missbräuchlich (BGHSt 51, 88 = NJW 2006, 3579 = NStZ 2007, 49), ihr kann jedoch mit einer Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls die Grundlage entzogen werden (BGHSt 51, 298 = NJW 2007, 2419 = NStZ 2007, 661). Der **behauptete Missbrauch ist in § 258 StGB nicht strafbewehrt** (Walter, LK-StGB, § 258 Rn 81).

3. Bei der rechtlichen Bewertung von Verteidigungshandlungen sind hinsichtlich der subjektiven Tatseite und insbes. bei der Frage des Missbrauchs prozessualer Befugnisse **besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung** zu stellen. Dies gilt zunächst deshalb, weil **zu Gunsten der Redlichkeit des Verteidigers eine gesetzliche Vermutung spricht** (§§ 1, 3 III BRAO; MüKo-StGB/Cramer, § 258 Rn 40). Mit Rücksicht auf die Aufgabe und Verpflichtung des Strafverteidigers, die Rechte seines Mandanten umfassend wahrzunehmen, ist daher **i. d. R. davon auszugehen, dass** das Verhalten der Verteidigung der **sachgerechten Wahrnehmung der Beschuldigteninteressen** dienen soll (BGHSt 38, 345 = NJW 1993, 273 = NStZ 1993, 79).

- II. Dies vorweg geschickt, gilt hinsichtlich der vom Angekl. erhobenen Rüge, dass der Beschluss die Begründung für den Ausschluss seines Mandanten nicht enthielt, Folgendes:

Der Angekl. hat mit seiner Revision nicht nur die von der StA beanstandete Rüge erhoben, sondern auch die Verletzung materiellen Rechts gerügt. Da es ihm als Verteidiger freisteht, auch aussichtslose Rechtsmittel für seinen Mandanten einzulegen, kann der Angekl. sich vorliegend lediglich der versuchten Strafvereitelung gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Dem Angekl. war es **im Revisionsverfahren nicht verwehrt, die** zunächst im Hauptverhandlungsprotokoll **nicht vorhandene Begründung des Beschlusses** im Hinblick auf den Ausschluss seines Mandanten **zu rügen**.

*„Der Angekl. hat sich insoweit lediglich die aus der Regelung des § 274 S. 1 StPO folgende sog. **negative Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls** (vgl. Meyer-Goßner, § 274 Rn 14) **zu Nutze gemacht**. Dies gilt selbst für den Fall, dass der Angekl. positiv gewusst hat, dass Nr. II des Beschlusses tatsächlich begründet wurde, die Begründung dann aber versehentlich nicht in das Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommen wurde. Denn die **missbräuchliche Verwendung ist in § 258 StGB nicht strafbewehrt** (vgl. Walter, LK-StGB, § 258 Rn 81).*

Soweit die StA aus der im Revisionsbegründungsschriftsatz des Angekl. enthaltenen Formulierung „Das dargestellte Verfahrensgeschehen entspricht i. Ü. – soweit ich anwesend war – meinen Aufzeichnungen und meiner eigenen Erinnerung. Hinsichtlich ...“ folgert, der Angekl. habe nicht nur die Verfahrensrüge (zulässig) erhoben, sondern darüber hinaus (unzulässig) behauptet, dass der Beschluss über den Ausschluss seines Mandanten tatsächlich von der Strafkammer auch nicht begründet worden sei und damit die Grenze des zulässigen Verteidigungsverhaltens eindeutig überschritten, ist diese Schlussfolgerung nicht zwingend.

Bereits semantisch findet sich die von der StA beanstandete Formulierung nicht unmittelbar nachdem der Angekl. die fehlende Begründung von Nr. II des Beschlusses monierte. Vielmehr folgt die Formulierung auf die Darstellung, dass der Mandant des Angekl. tatsächlich aus dem Sitzungssaal entfernt wurde. Von daher ist es sprachlich naheliegend, dass sich die beanstandete Formulierung auf den tatsächlichen Ausschluss des Mandanten des Angekl. bezog.“ (LG Augsburg aaO)

2. Lässt die vom Angekl. verwendete Formulierung verschiedene Auslegungen zu, von denen eine bereits dazu führt, dass sein Verhalten nicht strafbar ist, ist dieser Auslegung der Vorrang zu geben.

„Auf diese Weise wird der **gesetzlichen Vermutung der Redlichkeit des Verteidigers**, die in den §§ 1, 3 III BRAO niedergelegt ist (MüKo-StGB/Cramer, § 258 Rn 40), **Rechnung getragen**. Mit Rücksicht auf die Aufgabe und Verpflichtung der Verteidigung, die Rechte des Besch. allseitig zu wahren und zur Beachtung aller ihm günstigen tatsächlichen und rechtlichen Umstände beizutragen (BGHSt 12, 367 = NJW 1959, 731), ist daher i. d. R. davon auszugehen, dass das Verhalten der Verteidigung der **sachgerechten Wahrnehmung der Beschuldigteninteressen** dienen soll (BGHSt 38, 345 = NJW 1993, 273 = NStZ 1993, 79).

Gleichzeitig wird auf diese Weise verhindert, dass bereits eine missverständliche Formulierung des Verteidigers zum Anlass für ein gegen ihn geführtes Strafverfahren wird.“ (LG Augsburg aaO)

3. Jedenfalls ist der Angekl. aber mit seinen Ausführungen „Ich selbst habe keine konkrete Erinnerung mehr an die Vorkommnisse nach Fortsetzung der Hauptverhandlung nach der Mittagspause ab 13.50 Uhr. Meine Mitschriften sind zum streitgegenständlichen Aspekt der Verkündung des Beschlusses unergiebig“ **strafbefreiend vom Versuch der Strafvereitelung zurückgetreten**.

- a) Der **Versuch war nicht fehlgeschlagen**, weil der Vorsitzende der Strafkammer die fehlende Begründung im Beschluss bemerkt hat.

Fehlgeschlagen ist der Versuch, wenn der Täter nach seiner letzten auf den Taterfolg gerichteten Ausführungshandlung erkennt, dass der Erfolg nicht eingetreten ist und mit nahe liegenden Mitteln ohne wesentliche Änderung des Tatplans und Begründung einer neuen Kausalkette auch nicht mehr verwirklicht werden kann. Für die Beurteilung kommt es im Ausgangspunkt auf die Sicht des Täters nach der (objektiv erfolglosen) Tathandlung an.

BGH NStZ 2010, 690; BGHSt 34, 53 = NJW 1986, 2325 = NStZ 1987, 277; BGHSt 39, 221 = NJW 1993, 2061 = NStZ 1993, 433; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 24 Rn 7 f.

- b) Nach der **neueren BGH-Rspr.** kann einer bereits **ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge** mit einer **Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls** die **Tatsachengrundlage entzogen** werden. Jedoch unterliegt die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung im Rahmen der Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht, wobei im Zweifel das Hauptverhandlungsprotokoll in der nicht berichtigten Fassung gilt (BGHSt 51, 298 = NJW 2007, 2419 = NStZ 2007, 661).

Die **Protokollberichtigung** erfolgt – nach Anhörung des Revisionsführers – durch einen von der ursprünglichen Niederschrift deutlich unterscheidbaren datierten Vermerk, der vom Vorsitzenden und der Urkundsbeamtin unterzeichnet wird (Engelhardt, KK-StPO, 6. Aufl., § 271 Rn 19; BGHSt 51, 298 = NJW 2007, 2419 = NStZ 2007, 661).

„Im vorliegenden Fall war der Versuch der Strafvereitelung durch den Angekl. daher nicht bereits mit der Entdeckung des Fehlers im Hauptverhandlungsprotokoll durch den Vorsitzenden der Strafkammer fehlgeschlagen, da der BGH auch nach der Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls weiterhin die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung überprüft. Aus der Sicht des Angekl. bestand daher auch nach der Entdeckung des Fehlers im Hauptverhandlungsprotokoll noch die Möglichkeit, dass der BGH die durchgeführte Protokollberichtigung für unbeachtlich erklären werde und der Verfahrensrüge stattgeben werde, zumal die Strafkammer mit ihrem Beschluss ein von der Rspr. und Lit. abweichendes Protokollberichtigungsverfahren gewählt hat.“ (LG Augsburg aaO)

- c) Die Ausführung des Angekl. genügen den gem. § 24 I 1 Alt. 2 StGB gestellten Anforderungen an einen Rücktritt vom beendeten Versuch.

- aa) Gem. § 24 I 1 Alt. 2 StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer **freiwillig die Vollendung der Tat verhindert** (sog. beendeter Versuch).

Für die Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch kommt es nach st. Rspr. darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont): Rechnet er zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs, so ist der Versuch unbeendet, wenn die Vollendung aus Sicht des Täters noch möglich war. In diesem Fall genügt das bloße Aufgeben weiterer Tatausführung, um die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts zu erlangen. Hält der Täter den Erfolgseintritt hingegen für möglich, so ist der Versuch beendet. In diesem Fall setzt ein strafbefreiender Rücktritt voraus, dass der Täter den Erfolgseintritt durch eigene Tätigkeit verhindert oder sich, wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausbleibt, darum bemüht (BGH NSTz 2011, 35; BGHSt 39, 221 = NJW 1993, 2061 = NSTz 1993, 433).

*„Die letzte von dem Angekl. vorgenommene **Ausführungshandlung** war im vorliegenden Fall die **Einreichung seines Revisionsbegründungsschriftsatzes** beim LG am gleichen Tage. Zu diesem Zeitpunkt ging der Angekl. davon aus, alles für eine von ihm angestrebte Aufhebung des Urteils des LG getan zu haben, so dass der Versuch der Strafvereitelung in diesem Zeitpunkt beendet gewesen ist.*

Der Vorsitzende der Strafkammer hat dem Angekl. mitgeteilt, dass eine Änderung des Hauptverhandlungsprotokolls beabsichtigt ist. Der Angekl. wusste von diesem Zeitpunkt an, dass sein Revisionsbegründungsschriftsatz möglicherweise nicht ausreichend für die angestrebte Aufhebung des Urteils sein würde, wenn nämlich der BGH die angestrebte Protokollberichtigung billigen würde.

*In der Rspr. ist anerkannt, dass eine **Korrektur des Rücktrittshorizonts** hin zum unbeendeten Versuch erfolgen kann, sofern der Täter nach der letzten Tathandlung zunächst den Eintritt des Erfolgs irrtümlich für möglich hält und nach alsbaldiger Erkenntnis dieses Irrtums von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt (vgl. Fischer, § 24 Rn 15a; BGHSt 36, 224 = NJW 1989, 3231 = NSTz 1989, 525; BGH NSTz-RR 2008, 335). Zwar spricht gegen eine Korrektur des Rücktrittshorizonts, dass zwischen der Einreichung der Revisionsbegründungsschrift und dem Hinweis des Vorsitzenden der Strafkammer eine Zeit von 24 Tagen vergangen ist, so dass die Korrektur nicht „alsbald“ erfolgte. Andererseits handelt es sich bei dem Revisionsverfahren i. d. R. um ein mehrmonatiges Verfahren zwischen der Einreichung der Revisionsbegründungsschrift und der Entscheidung des BGH.*

Ob vorliegend angesichts des zeitlich gestreckten Verfahrens eine Korrektur des Rücktrittshorizonts noch möglich war, kann dahinstehen, da die Ausführungen des Angekl. in seinem Schriftsatz jedenfalls auch den (strengeren) Anforderungen eines beendeten Versuchs genügen.“ (LG Augsburg aaO)

- bb) Nach Auffassung der StA hat der Angekl. in seinem Revisionsbegründungsschriftsatz „wider besseres Wissen behauptet, dass der Beschluss über den Ausschluss seines Mandanten tatsächlich von der Strafkammer auch nicht begründet worden sei“. Diese, die Strafbarkeit des Angekl. begründende Behauptung hat er mit seinen [späteren] Ausführungen zurückgenommen und damit die **weitere Vollendung der Tat verhindert**.

*„Entgegen der Auffassung der StA wäre für einen Rücktritt vom beendeten Versuch nicht erforderlich gewesen, dass der Angekl. im Revisionsverfahren klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hätte, dass die **Verfahrensrüge im Revisionsverfahren nicht mehr aufrechterhalten** wird. Der Angekl. durfte nämlich – wovon auch die StA ausgeht – die im Hauptverhandlungsprotokoll fehlende Begründung des Beschlusses der Strafkammer rügen, ohne dass dies gegen ihn den Vorwurf der Strafvereitelung begründet (vgl. Walter, LK-StGB, § 258 Rn 81). Gleichzeitig oblag die Entscheidung darüber, dass die von der Strafkammer vorgenommene Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls im Revisionsverfahren beachtlich ist, der Überprüfung durch den BGH, der im Zweifel das Hauptverhandlungsprotokoll in der nicht berichtigten Fassung zu Grunde legt (BGHSt 51, 298 = NJW 2007, 2419 = NSTz 2007, 661). Das gilt im Ergebnis auch, wenn das vom Großen Senat vorgegebene Verfahren der Protokollberichtigung nicht eingehalten oder nicht durchgeführt wird (BGH NSTz 2011, 168).*

In dieser Situation bestand, zumal die Kammer ein abweichendes Verfahren der Protokollberichtigung gewählt hat, die Möglichkeit, dass der BGH die erfolgte Protokollberichtigung für unbeachtlich erklärt und der Rüge des Angesch. stattgibt.

Angesichts des Umstands, dass sich die Akten noch beim LG befanden, konnte der Angekl. seine Erklärung auch gegenüber dem LG abgeben und war keinesfalls verpflichtet, seinen Rücktritt gegenüber dem BGH zu erklären.“ (LG Augsburg aaO)

VwVfG
§ 49a**öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch
Anspruchsverjährung analog §§ 195 ff. BGB**

VwVfG

(OVG Weimar in LKV 2011, 520; Urteil vom 28.07.2011 - 3 KO 1326/10)

1. Der **Erstattungsanspruch** aus § 49 a I 1 ThürVwVfG **verjährt** in entsprechender Anwendung des § 195 BGB **in drei Jahren**.
2. Bei Behörden liegt die für den Verjährungsbeginn **erforderliche Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen** i. S. d. § 199 I Nr. 2 BGB n. F. dann vor, wenn der **zuständige Bedienstete** der verfügungsberechtigten Behörde die **Tatsachen kennt**, die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllen.
3. Einer sicheren und vollständigen Kenntnis sowie einer **zutreffenden rechtlichen Würdigung** des Sachverhalts bedarf es – anders als für den Lauf der Jahresfrist des § 48 IV ThürVwVfG – nicht. Für eine „Anpassung“ der Anforderungen des § 199 I Nr. 2 BGB an § 48 IV ThürVwVfG ist kein Raum.

Fall: Die Bekl. bewilligte dem Kl. antragsgemäß für die Zeit von 2006 bis 2010 eine nicht rückzahlbare Zuwendung nach der damaligen Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen aus Mitteln des Freistaats Thüringen zur Förderung von Strukturmaßnahmen (SAM). Nach Prüfung von Verwendungsnachweise für die Jahre 2001 bis 2006 forderte die Bekl. den Kl. mit Bescheid vom 29.10.2011 zur Rückzahlung eines Betrags von 1.030,77 € zuzüglich 6% Zinsen ab dem 01.01.2006 auf. Nach erfolglosem Widerspruch erhob der Kl. Klage, zu deren Begründung er sich im Wesentlichen auf Verjährung sowie Verwirkung berief. Zu Recht?

I. Voraussetzungen des geltend gemachten Erstattungsanspruchs

Rechtsgrundlage des streitgegenständlichen Erstattungsanspruchs ist § 49 a I 1, 3. Var. ThürVwVfG.

„Danach sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. (wird ausgeführt).“ (OVG Weimar aaO)

II. Verjährung des Erstattungsanspruchs

Der Erstattungsanspruch könnte jedoch verjährt sein. Fraglich ist jedoch, wie der Lauf der Verjährungsfrist für einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zu bestimmen ist.

1. Bestimmung der Verjährungsfrist

In Betracht kommt eine entsprechende Anwendung der 3-jährigen Verjährungsfrist analog § 195 BGBG.

a) Grundsätzliche Anwendbarkeit des BGB

Zunächst ist fraglich, ob die Regelungen des BGH überhaupt auf die sich aus § 49a VwVfG ergebenden Ansprüche anwendbar sind.

„Das entspricht hinsichtlich der Zinsansprüche aus § 49 a III (Thür) VwVfG und vergleichbarer öffentlich-rechtlicher Zinsansprüche der wohl einhelligen Auffassung in der Rechtsprechung (vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 17.08.1995 – 3 C 17.94, BVerwGE 99, 109 [zu § 197 BGB a. F.]; BVerwG, Teilurt. v. 21.10.2010 – 3 C 4.10, juris, Rn. 50 [zu § 195 BGB n. F.]), der sich der Senat angeschlossen hat (vgl. Senatsurt. v. 7. 4. 2011 – 3 KO 505/09, juris; zur Verjährung des sog. Zwischenzinsanspruchs aus § 49 a IV ThürVwVfG siehe dort Rn. 32 ff. mit Hinweis auf das Urteil des BVerwG v. 27. 4. 2005 – 8 C 5.04, BVerwGE 123, 303, das hier eine Festsetzungsverjährung in analoger Anwendung der §§ 169 ff. AO für vorzugswürdig zu halten scheint).“ (OVG Weimar aaO)

b) Meinungsstand zur Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften auch öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche

Ob dies auch für öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche – insbesondere den in § 49 a I 1 ThürVwVfG geregelten Erstattungsanspruch – gilt, nachdem die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB seit dem 01.01.2002 nur noch drei (statt früher 30) Jahre beträgt, ist in der Rechtsprechung (insbesondere auch innerhalb des BVerwG) sowie in der Literatur dagegen umstritten:

aa) Auffassung des 2. und 5. Senats des BVerwG

„Nach Auffassung des 2. und 5. Senats des BVerwG gilt für öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche jetzt die auf drei Jahre verkürzte Regelverjährungsfrist des § 195 BGB entspre-

chend (vgl. BVerwG, Urt. v. 15. 6. 2006 – 2 C 10.05, NJW 2006, 3225, und Urt. v. 15. 5. 2008 – 5 C 25.07, BVerwGE 131, 153).“ (OVG Weimar aaO)

bb) Auffassung des 7. Senats des BVerwG

„Der 7. Senat des BVerwG hat **offengelassen**, ob die kurze dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB auf öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche entsprechend anzuwenden ist oder ob weiterhin eine Maximalfrist von 30 Jahren gelten soll (vgl. BVerwG NVwZ 2009, 599 mit Hinweis auf Kirchhof, FS für Selmer, 2004, S. 725, 727, der für Erstattungsansprüche nach Art. 104 a II GG eine Beibehaltung der Maximalfrist von 30 Jahren befürwortet).“ (OVG Weimar aaO)

cc) Auffassung des 3. Senats des BVerwG

Demgegenüber will der 3. Senat des BVerwG die **verkürzte Regelverjährungsfrist** des § 195 BGB **nicht angewendet** wissen. Vielmehr soll es auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hier bei einer (kenntnisunabhängigen) **30-jährigen Verjährungsfrist** bleiben.

„Die Weitergeltung dieser langen Verjährungsfrist will der 3. Senat des BVerwG aber **nicht** auf eine entsprechende Anwendung des außer Kraft getretenen **§ 195 BGB a.F.** oder der Neuregelung des **§ 197 BGB n.F.** (der für bestimmte Sonderfälle eine 30-jährige Verjährungsfrist vorsieht) stützen, sondern aus dem **allgemeinen Rechtsgedanken** herleiten, dass Rechtssicherheit und Rechtsfrieden eine Verjährung nach 30 Jahren erfordern, aber auch ausreichen lassen. Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl I, 3138), das das Verjährungsrecht des bürgerlichen Rechts grundlegend geändert habe, biete keinen Grund, von diesem allgemeinen Rechtsgedanken abzugehen. Der Gesetzgeber habe dem neuen Verjährungsrecht des BGB ausdrücklich für das öffentliche Recht keine Bedeutung beigelegt. Das schließe eine Analogie zwar nicht aus, zwingt aber zu Vorsicht und Zurückhaltung.

Eine Übertragung der neuen Verjährungsregeln für bürgerlich-rechtliche Bereicherungsansprüche auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch begegne erheblichen Bedenken. Das Rechtsinstitut der **Verjährung im öffentlichen Recht** diene vor allem der **Verwirklichung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden**. Die bisherige gefestigte Rechtsprechung des BVerwG habe angenommen, dass die objektive 30-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. eine **zutreffende Konkretisierung dieser Grundsätze** in Abwägung gegen den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung darstelle, der einer Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche widerstreite. Dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz lasse sich nichts dafür entnehmen, dass das Verhältnis von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden einerseits und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung andererseits neu bestimmt werden müsse. Die Neuregelung beabsichtige eine Vereinfachung des Verjährungsrechts und seine Angleichung an zwischenzeitlich erreichte internationale Standards im Interesse des Geschäftsverkehrs und akzentuiere dabei den Schuldnerschutz. Diese Gesichtspunkte seien **typisch bürgerlich-rechtlicher Art**; sie spielten im öffentlichen Recht allenfalls eine untergeordnete Rolle. Vor allem ließen sie die hier vorrangig wirksamen rechtsstaatlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens unberührt (vgl. BVerwG, Urt. v. 11. 12. 2008 – 3 C 37.07, BVerwGE 132, 324).“ (OVG Weimar aaO)

dd) Auffassung der Instanzgerichte

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte ist insofern uneinheitlich.

„**Überwiegend** geht die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche in entsprechender Anwendung des § 195 BGB **in drei Jahren verjähren** (für den Erstattungsanspruch nach § 49 a I VwVfG so etwa VG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2008 – 5 A 81.08, juris; für sonstige Erstattungsansprüche ebenso OVG Münster, Urt. v. 17.12.2008 – 1 A 444/07, juris, Rn. 27 ff.; VG Berlin, Urt. v. 11.02.2010 – 16 K 117.09, juris, Rn. 27, sowie OVG Magdeburg, Urt. v. 19.05.2010 – 3 L 418/08, LKV 2010, 519, und v. 20.04.2011 – 3 L 277/09, juris, Rn. 29).“ (OVG Weimar aaO)

ee) Auffassung in der Literatur

Dies entspricht dem Meinungsbild in der Literatur.

„Auch die Literatur befürwortet zumeist eine Anwendung des neuen Verjährungsrechts auf öffentlich-rechtliche Ansprüche, insb. auch auf öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche (so etwa Dötsch DÖV 2004, 277; Stumpf NVwZ 2003, 1198 ff.; Knack/Henneke, VwVfG, Komm., 9. Aufl. [2010], Rn. 1 und insb. 4 vor § 53; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. [2009], § 29 Rn. 30; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Komm., 7. Aufl. [2008], § 53 Rn. 5, 10 ff., insb. 10 und 14; einschränkend Kopp/Ramsauer, VwVfG, Komm., 11. Aufl. [2010], § 53 Rn. 10; vgl. auch Guckelberger, Die Verjährung im Öffentlichen Recht, 2004, S. 652 ff., die im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Neufassung des § 53 VwVfG davon ausgeht, dass das lückenhafte öffentlich-rechtliche Verjährungsrecht künftig von den novellierten §§ 194 ff. BGB geprägt werden solle, dies aber für nicht unbedenklich hält, siehe a. a. O., S. 655 f.).“ (OVG Weimar aaO)

c) Stellungnahme des OVG Weimar

Das OVG Weimar schließt der Auffassung an, welche davon ausgeht, dass der Erstattungsanspruch aus § 49 a I VwVfG ebenso wie der Zinsanspruch aus § 49 a III VwVfG in entsprechender Anwendung des § 195 BGB in drei Jahren verjährt.

aa) Wille des Gesetzgebers für das VwVfG

*„Zunächst entspricht die Anwendung der neuen Verjährungsbestimmungen des BGB auf die im ThürVwVfG geregelten vermögensrechtlichen Ansprüche dem **erkennbaren Willen des Thüringer Landesgesetzgebers**. Dies zeigt die Entstehungsgeschichte der Neufassung des § 53 ThürVwVfG, der (nachträglich) an die am 01.01.2002 in Kraft getretenen geänderten Verjährungsregelungen des BGB angepasst worden ist [wird ausgeführt].“ (OVG Weimar aaO)*

bb) Wille des Gesetzgebers bei Erlass der neuen Verjährungsvorschriften des BGB

Dem steht nach Auffassung des OVG Weimar nicht entgegen, dass der Bundesgesetzgeber bei Änderung der Verjährungsvorschriften das BGB bewusst ausgespart hat.

„Zum einen legt die Entstehungsgeschichte der Änderung des § 53 VwVfG die Annahme nahe, dass auch der Bundesgesetzgeber bei der Neuregelung des Verwaltungsverfahrensrechts von einer entsprechenden Anwendung des neu geregelten Verjährungsrechts des BGB ausgegangen ist. [wird ausgeführt]

*Zum anderen – und vor allem – kommt dem Willen des Bundesgesetzgebers, das Verjährungsrecht des BGB auf das öffentliche Recht zu erstrecken oder nicht zu erstrecken, für das (öffentliche) Landesrecht ohnehin keine Bedeutung zu, da es insoweit an einer **Gesetzgebungskompetenz des Bundes** fehlt. Der Thüringer Landesgesetzgeber hat aber – wie dargelegt – hinreichend deutlich gemacht, dass er auf die im ThürVwVfG geregelten vermögensrechtlichen Ansprüche die Verjährungsregelungen des BGB entsprechend angewendet wissen möchte oder jedenfalls ohne Weiteres (entsprechend der bisherigen Praxis) hier von einer Heranziehung der zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften ausgeht.“ (OVG Weimar aaO)*

cc) Teleologische Gründe

Nach Auffassung des OVG Weimar sprechen auch teleologische Gründe für die analoge Anwendung der zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften.

*„Die Verjährungsregelungen verfolgen (**auch**) im öffentlichen Recht im Wesentlichen das Ziel, **Rechtsfrieden und Rechtssicherheit** herbeizuführen (vgl. dazu aus der Rspr. BVerwG, Urt. v. 15.05.1984 – 3 C 86.82, BVerwGE 69, 227 = juris, Rn. 32; Urt. v. 04.10.1994 – 1 C 41.92, BVerwGE 97, 1 = juris, Rn. 23; OVG Magdeburg, Urt. v. 19.05.2010, aaO.; aus der Lit. siehe etwa Guckelberger, aaO, S. 78 m. w. N. aus Rspr. und Lit.). Außerdem sollen sie den Schuldner gegen **Beweisschwierigkeiten** schützen, die vor allem dann auftreten können, wenn er erst nach längerer Zeit in Anspruch genommen wird (in diesem Sinne etwa das OVG Magdeburg in der oben zitierten Entscheidung sowie Guckelberger, aaO, S. 79 m.w.N.; für das Steuerrecht vgl. in diesem Sinne auch schon BFH, Urt. v. 15. 12. 1989 – VI R 151/86, BFHE 159, 296 = juris, Rn. 25). Dies legt es nahe, die Verkürzung der Regelverjährung von 30 auf drei Jahre im Zivilrecht auch im öffentlichen Recht nachzuvollziehen. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass und weshalb Rechtssicherheit und Rechtsfrieden die Beibehaltung der bisherigen 30-jährigen Verjährungsfrist erfordern sollten. Rechtssicherheit und Rechtsfrieden streiten eher für kürzere als für längere Verjährungsfristen.“ (OVG Weimar aaO)*

2. Berechnung der Verjährungsfrist

Wendet man demgemäß die 3-jährige Verjährungsfrist analog § 195 BGB an, so stellt sich die Frage, wann diese Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Zum einen kommt hier die analoge Anwendung des § 199 BGB in Betracht, zum anderen könnte man auf die Regelung des § 48 IV VwVfG abstellen, wonach es darauf ankommt, dass die Behörde Kenntnis von allen entscheidungsrelevanten Tatsachen hat.

Nach § 199 I BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2).

a) Entstehung des Anspruchs

„Entstanden war der Erstattungsanspruch der Bekl. hier im Jahr 2006, in dem die Aufwendungen des Kl. geringer als geplant ausfielen und dementsprechend die von der Bekl. zu gewährende Zuwendung

sich (unstreitig) um den Betrag von (...) verringerte, d. h. in dieser Höhe ohne Rechtsgrund gezahlt worden war.“ (OVG Weimar)

b) Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen

Die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen i. S. d. § 199 I Nr. 2 BGB liegt dann vor, wenn der Gläubiger die Tatsachen kennt, die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllen; nicht erforderlich ist grds. die zutreffende rechtliche Würdigung des Sachverhalts.

aa) Maßstäbe für die Kenntniserlangung

„Es genügt, dass der Gläubiger den **Hergang in seinen Grundzügen kennt** und weiß, dass der Sachverhalt erhebliche Anhaltspunkte für die Entstehung eines Anspruchs bietet (so etwa der OVG Weimar, Urt. v. 29.10.2009 – 2 KO 893/07, juris, Rn. 33). **Bei Behörden** und öffentlich-rechtlichen Körperschaften kommt es nach der Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, auf die **Kenntnis des zuständigen Bediensteten** der verfügungsberechtigten Behörde an; verfügungsberechtigt in diesem Sinne sind dabei solche Behörden, denen die Entscheidungskompetenz für die Verfolgung der jeweiligen Ansprüche zukommt, wobei die behördliche Zuständigkeitsverteilung zu respektieren ist (vgl. BGH, Urt. v. 12.05.2009 – VI ZR 294/08, juris, Rn. 12 unter Hinweis auf seine frühere Rspr. zu § 852 BGB a. F.; BGH NJW 2011, 1799; ebenso BVerwG, Beschl. v. 20.08.2009 – 2 B 24.09 und v. 20.12.2010 – 2 B 34.10, juris).“ (OVG Weimar)

Die Bekl. hat hier über die Verfolgung von Erstattungsansprüchen im Zusammenhang mit den von ihr gewährten Zuwendungen zu entscheiden und ist somit verfügungsberechtigte Behörde.

„Hinsichtlich der Frage, **welcher ihrer Mitarbeiter** hier als zuständiger Bediensteter anzusehen ist, dessen Kenntnis sie sich zurechnen lassen muss, folgt der Senat gleichfalls der Rechtsprechung des BGH, der hierzu in seinem soeben zitierten Urt. v. 15.03.2011, juris, Rn. 14) für den Bereich des Schadensersatzrechts ausführt:

„Darüber hinaus ist die Kenntniserlangung durch den Beschäftigten für die Verjährung der Forderungen einer Behörde oder anderen juristischen Person nur relevant, soweit dieser für die Behörde handelt und die Behörde bei der Abwicklung des Schadensfalls vertritt. Nach den zu § 852 Abs. 1 BGB a.F. in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen darf der maßgeblichen Institution nicht die Kenntnis eines jeden Bediensteten zugerechnet werden. Es ist vielmehr jeweils zu prüfen, ob es sich bei dem Bediensteten um einen **Wissensvertreter** handelt (vgl. dazu z. B. Urt. v. 25.06.1996 – VI ZR 117/95, BGHZ 133, 129, 139; v. 19.03.1985 – VI ZR 190/83, VersR 1985, 735; v. 22.04.1986 – VI ZR 133/85 und v. 11.02.1992 – VI ZR 133/91, aaO). Das ist nach dem hier heranzuziehenden Rechtsgedanken des § 166 BGB dann der Fall, wenn der **Bedienstete vom Anspruchsinhaber mit der Erledigung der betreffenden Angelegenheit, hier also mit der Betreuung und der Verfolgung der in Frage stehenden Regressforderung, in eigener Verantwortung betraut** worden ist (vgl. Senatsurt. v. 18.01.1994 – VI ZR 190/93, VersR 1994, 491 m. w. N.). Hieran hält der Senat fest. Eine Wissenszurechnung in diesem Sinne setzt grundsätzlich voraus, dass derjenige, auf dessen Kenntnisse (allein oder im Zusammenwirken mit dem Wissensstand anderer) abgestellt werden soll, **in den betreffenden Aufgabenkreis eingebunden** war (vgl. dazu z.B. BGHZ 117, 104, 106 f., und BGH NJW 1996, 1205 f.).“

Dabei hält es der BGH allerdings für ausreichend, wenn der Bedienstete einer juristischen Person innerhalb seines Aufgabenbereichs mit der **Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen** befasst und insoweit ihr Wissensvertreter ist, auch wenn für die Geltendmachung der Ansprüche eine andere Abteilung zuständig ist (vgl. BGH NJW 1994, 1150, siehe dort den LS. – in Abgrenzung zum Urt. v. 11. 2. 1992 – VI ZR 133/97, juris, das auf den Kenntnisstand der für Regresse zuständigen Stelle innerhalb einer regressbefugten Behörde abgestellt hatte).“ (OVG Weimar aaO)

bb) Anwendung auf den Fall

Ausgehend von diesen Maßstäben muss sich die Bekl. hier das Wissen des Mitarbeiters (oder der Mitarbeiterin) zurechnen lassen, der (die) mit der Prüfung der Verwendungsnachweise befasst war.

„Die Prüfung der Verwendungsnachweise verfolgt den Zweck, die Verwendung der zur Verfügung gestellten Mittel zu überprüfen. Damit dient sie letztlich der Vorbereitung etwaiger Rückforderungsansprüche (ggf. nach vorherigem Widerruf des Zuwendungsbescheids).

Die notwendige Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen hatte der mit der Verwendungsnachweisprüfung befasste Mitarbeiter der Beklagten hier aber schon mit Eingang des Verwendungsnachweises für das Jahr 2001 am 04.03.2007 erlangt. (wird ausgeführt)“ (OVG Weimar aaO)

Ergebnis: Damit ist der Anspruch Ende 2010 verjährt und kann im Jahre 2011 nicht mehr geltend gemacht werden.

EMRK **Beschaffung von Medikamenten für Selbstmord** EMRK
 Art. 8 **Recht auf Selbstmord begründen keinen Anspruch auf Medikament**
 (EGMR in NJW 2011, 3773; Urteil vom 20.01.2011 – 31322/07)

1. Das Recht einer Person zu entscheiden, wie und zu welchem **Zeitpunkt ihr Leben beendet** sein soll, ist Teil des **Rechts auf Achtung des Privatlebens** i. S. von Art. 8 EMRK, vorausgesetzt, sie kann ihren Willen frei bilden und entsprechend handeln.
2. Art. 2 EMRK (**Recht auf Leben**) **verpflichtet Behörden**, eine Person an einer Selbsttötung zu hindern, wenn sie die Entscheidung dazu nicht frei und in Kenntnis aller Umstände getroffen hat.
3. Hinsichtlich des **Rechts auf Selbstmord** gibt es zwischen den Mitgliedsstaaten des Europarats **keinen Konsens**, so dass die Staaten einen erheblichen Ermessensspielraum haben.

Fall Der Bf., 1953 geboren, ist Schweizer und wohnt in Meltingen (Kanton Soleure). Er leidet seit etwa 20 Jahren an einer schweren manisch-depressiven Störung. In dieser Zeit hat er zwei Selbstmordversuche unternommen und wurde mehrfach stationär in einer psychiatrischen Klinik behandelt. Am 1. 7. 2004 wurde er Mitglied von Dignitas, einer Schweizer Vereinigung, die insbesondere Hilfe bei Selbsttötungen anbietet. Er war der Überzeugung, dass er wegen seiner schwer zu behandelnden Krankheit nicht mehr auf würdige Weise leben könne, und bat Dignitas, ihm bei seiner geplanten Selbsttötung zu helfen. Die dafür notwendige Substanz, 15 Gramm Natrium-Pentobarbiturat, ist verschreibungspflichtig. Mit der Bitte um Verschreibung wandte sich der Bf. vergebens an mehrere Psychiater. Am 8. 6. 2005 beantragte er bei verschiedenen Behörden die Genehmigung, die Substanz in einer Apotheke ohne Rezept unter Vermittlung von Dignitas zu erwerben. Die Ablehnung der Behörden wurde vom VG Zürich am 17.11.2005 bestätigt. Das SchweizBG wies die dagegen eingelegten Rechtsmittel am 03.11.2006 zurück. Weder aus der Schweizer Verfassung noch aus Art. 8 EMRK ergäbe sich eine Verpflichtung für den Staat, das Medikament ohne ärztliche Verschreibung einer Organisation zur Unterstützung bei Selbsttötungen oder Personen, die Selbstmord begehen wollen, zu verschaffen. Am 02.05.2007 sandte der Bf. Schreiben an 170 Psychiater und fragte jeden von ihnen, ob er bereit sei, ein psychiatrisches Gutachten zu erstellen, das nach Schweizer Recht erforderlich sei, um das umstrittene Medikament verschrieben zu bekommen. Keiner hat positiv geantwortet.

Am 18.07.2007 hat der Bf. beim Gerichtshof Beschwerde eingelegt und Verletzung seines Rechts aus Art. 8 EMRK gerügt, über den Zeitpunkt und die Art seines Todes selbst zu entscheiden. Der Präsident hat der Sterbehilfe-Organisation Dignitas Gelegenheit gegeben, schriftlich Stellung zu nehmen (Art. 36 II EMRK). Liegt eine Verletzung von Art. 8 EMRK vor?

Nach Art. 8 I EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

I. Recht auf Selbstmord aus Art. 8 I EMRK

Fraglich ist zunächst, ob der Gewährleistungsgehalt von Art. 8 I EMRK auch das Recht mit einschließt, seinem Leben selbst ein Ende zu setzen.

1. Gewährleistungsgehalt des Art. 8 I EMRK

Der Begriff „**Privatleben**“ ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs umfassend und einer **abschließenden Definition nicht zugänglich**.

„Darunter fällt die **körperliche und geistige Integrität** einer Person (s. EGMR, 1985, Serie A, Bd. 91 Nr. 22 = NJW 1985, 2075 – Xu. Y./Niederlande). Ebenso können Aspekte der **körperlichen und sozialen Identität** einer Person darunter fallen (s. EGMR, Slg. 2002-I Nr. 53 – Mikulic/Kroatien). Teilbereiche, wie etwa der Name, die **geschlechtliche Identität** und sexuelle Ausrichtung sowie das **Sexualleben** gehören zu der von Art. 8 EMRK geschützten Privatsphäre (s. EGMR, 1992, Serie A, Bd. 232 Nr. 63 = ÖJZ 1992, 625 – B/Frankreich; EGMR, 1994, Serie A, Bd. 280 Nr. 24 = ÖJZ 1994, 559 – Burghartz/Schweiz; EGMR, 1981, Serie A, Bd. 45 Nr. 41 = NJW 1984, 541 – Dudgeon/Vereinigtes Königreich; EGMR, Slg. 1997-I Nr. 36 – Laskey, Jaggard u. Brown/Vereinigtes Königreich). Die Vorschrift schützt auch das Recht auf **Entwicklung der Persönlichkeit** und dazu, Beziehungen zu anderen Personen und zur Außenwelt herzustellen und zu entwickeln (s. z. B. EGMR 1994, Serie A, Bd. 280, Meinung der EKMR Nr. 47 = ÖJZ 1994, 559 – Burghartz/Schweiz; EGMR, 1995, Serie A, Bd. 305, Meinung der EKMR, Nr. 45 S. 20 – Friedl/Österreich). In der Sache Pretty/Vereinigtes Königreich (s. EGMR, Slg. 2002-III Nr. 67 = NJW 2002, 2851) hat der Gerichtshof entschieden, dass die Entscheidung der Bf., zu **vermeiden**, was sie als **unwürdiges und qualvolles Ende ihres Lebens** ansah, in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK falle.“ (EGMR aaO)

2. Ausweitung dieses Rechts auf Recht zur Selbsttötung

Fraglich ist, ob dies auch dazu führt, dass ein Recht zur Selbsttötung anzunehmen ist.

„Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist das Recht einer Person zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben beendet werden soll – vorausgesetzt, sie kann ihren Willen frei bilden und entsprechend handeln – Teil des Rechts auf Achtung ihres Privatlebens i. S. von Art. 8 EMRK.“ (EGMR aaO)

Art. 8 I EMRK umfasst daher auch ein Recht zur Selbsttötung.

II. Gewährleistungsgehalt des Rechts auf Selbsttötung

Fraglich ist jedoch, wie der Gewährleistungsgehalt dieses Rechts zu bestimmen ist.

1. Strafflosigkeit

Das Recht auf Selbsttötung beinhaltet, den Versuch der Selbsttötung nicht zu kriminalisieren sowie eine mögliche Strafflosigkeit eines Helfers (vgl. hierzu Pretty/Vereinigtes Königreich; s. EGMR, Slg. 2002-III = NJW 2002, 2851). Darum geht es hier aber nicht.

2. Anspruch auf Bereitstellung von Mitteln zur Selbsttötung

Es geht vielmehr darum, ob ein Anspruch gegen den Staat besteht, Mittel zur Selbsttötung zugänglich zu machen. Konkret geht es darum zu entscheiden, ob der Staat nach Art. 8 EMRK dafür sorgen muss, dass der Bf. unter Abweichung von der gesetzlichen Regelung Natrium-Pento-Barbiturat ohne ärztliche Verschreibung erhält, damit er schmerzlos und ohne die Gefahr eines Fehlschlags sterben kann.

*„Anders ausgedrückt besteht der Unterschied zu der Sache Pretty/Vereinigtes Königreich darin, dass der Bf. nicht nur behauptet, sein Leben sei beschwerlich und schmerzhaft, sondern auch, dass sich eine **Selbsttötung qualvoll** gestalten würde, wenn er die **umstrittene Substanz nicht erhalte**. Im Übrigen ist der Bf., wiederum anders als in der Sache Pretty, nicht wirklich behindert, und er befindet sich nicht in einem Endstadium einer unheilbaren degenerativen Krankheit, die ihn daran hinderte, sich selbst zu töten (s. a contrario EGMR, Slg. 2002-III Nr. 9 = NJW 2002, 2851 – Pretty/Vereinigtes Königreich).“ (EGMR aaO)*

Der Wunsch des Bf., Natrium-Pento-Barbiturat ohne ärztliche Verschreibung zu erhalten, wird unter dem Gesichtspunkt einer positiven Pflicht des Staates geprüft, notwendige Maßnahmen zu treffen, die eine würdige Selbsttötung ermöglichen.

„Dabei müssen die unterschiedlichen Interessen abgewogen werden, und der Staat hat einen bestimmten Ermessensspielraum (s. EGMR, 1994, Serie A, Bd. 290 Nr. 49 = NJW 1995, 2153 = NVwZ 1995, 989 L – Keegan/Irland), der je nach der Art der Fragen und der Bedeutung der Interessen unterschiedlich groß ist (s. EGMR, Slg. 2002-III Nr. 70 = NJW 2002, 2851 – Pretty/Vereinigtes Königreich).“

*Im Übrigen muss die Konvention als Ganzes gelesen werden (s. EGMR, Slg. 2009 Nr. 83 = NJW 2010, 3699 – Verein gegen Tierfabriken Schweiz [VgT]/Schweiz Nr. 2). Deswegen muss bei der Prüfung, ob Art. 8 EMRK verletzt ist, auch **Art. 2 EMRK herangezogen** werden, der die Behörden verpflichtet, das **Leben verwundbarer Personen zu schützen**, und das sogar gegen Handlungen, mit denen sie ihr eigenes Leben bedrohen (s. EGMR, Slg. 2001-III Nr. 91 – Keenan/Vereinigtes Königreich). **Art. 2 EMRK verpflichtet die Behörden**, eine Person an einer Selbsttötung zu hindern, wenn sie die Entscheidung dazu nicht frei und in Kenntnis aller Umstände getroffen hat.“ (EGMR aaO)*

a) Auslegung der Konvention bei Konsens der Mitgliedsstaaten

Bei der so vorzunehmenden Auslegung ist auch zu berücksichtigen, ob es einen entsprechenden Konsens zwischen den Mitgliedsstaaten zu dieser Frage gibt.

*„Die Konvention und die Protokolle dazu müssen unter **Berücksichtigung der heutigen Verhältnisse** ausgelegt werden (s. EGMR, 1978, Serie A, Bd. 26 Nr. 31 = NJW 1979, 1089 – Tyrer/Vereinigtes Königreich; EGMR, 1979, Serie A, Bd. 32 Nr. 26 = EGMR-E 1, 414 – Airey/Irland; EGMR, Slg. 2004-VIII Nr. 82 = NJW 2005, 727 – Vo/Frankreich). Nachforschungen des Gerichtshofs erlauben aber den Schluss, dass die Mitgliedstaaten des Europarats **von einem Konsens** über das Recht einer Person, zu wählen, wann und wie sie ihr Leben beenden möchte, **weit entfernt sind**. In der Schweiz sind nach § 115 StGB Anstiftung und Beihilfe zur Selbsttötung nicht strafbar, sofern der Täter die Tat nicht aus egoistischen Gründen begeht. Die Beneluxstaaten haben die Beihilfe zur Selbsttötung entkriminalisiert, aber nur unter genau umschriebenen Voraussetzungen. Andere Staaten lassen nur eine „passive“ Sterbehilfe zu. Die große Mehrheit der Mitgliedsstaaten aber legt mehr Gewicht auf den Schutz des Lebens einer Person als auf ihr Recht, es zu beenden. Der Gerichtshof schließt daraus, dass der Ermessensspielraum der Staaten auf diesem Gebiet erheblich ist.“ (EGMR aaO)*

b) Interessenabwägung

Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Bf. angesichts insbesondere der erheblichen Anzahl fehlgeschlagener Selbstmordversuche, die häufig schwerwiegende Folgen für die Opfer und ihre Angehörigen haben, entschlossen war, sich würdig, schmerzlos und ohne unnötige Leiden zu töten.

*„Die von den Behörden getroffenen rechtlichen Regelungen, nämlich das zur **Vermeidung von Missbräuchen** vorgeschriebene Erfordernis einer ärztlichen Verschreibung, verfolgt aber das berechtigte Ziel, vor einer voreiligen Entscheidung zu schützen, **Missbräuche zu verhindern** und insbesondere, dass ein nicht urteilsfähiger Patient eine tödliche Dosis Natrium-Pento-Barbiturat erhält (s. mutatis mutandis für Einschränkungen der Abtreibung EGMR, Slg. 2007-IV Nr. 116 = NJOZ 2009, 3349 – Tysiac/Polen).*

*Das gilt umso mehr in einem Land wie der Schweiz, wo Gesetzgebung und Praxis eine Beihilfe zum Selbstmord ziemlich problemlos erlauben. Wenn ein Land eine **liberale Lösung** wählt, müssen geeignete Maßnahmen zur Durchführung einer solchen Gesetzgebung insbesondere zur **Verhinderung von Missbrauch** getroffen werden. Solche Maßnahmen sind auch angezeigt, um zu verhindern, dass Organisationen in diesem Bereich illegal und im Verborgenen mit erheblicher Missbrauchsgefahr tätig werden.“ (EGMR aaO)*

c) Missbrauchsgefahr

Die mit einem System, das eine Hilfe zum Selbstmord erleichtert, verbundene Missbrauchsgefahr darf nicht unterschätzt werden.

*„Der Gerichtshof stimmt der Regierung zu, dass die **Beschränkung des Zugangs** zu Natrium-Pento-Barbiturat dem **Schutz der Gesundheit**, der öffentlichen Sicherheit und der **Verhütung von Straftaten** dient. Er teilt insoweit die Auffassung des SchweizBG, dass der in Art. 2 EMRK garantierte **Schutz des Lebens** die Staaten verpflichtet, **durch ein angemessenes Verfahren sicherzustellen**, dass die Entscheidung, sein Leben zu beenden, tatsächlich dem freien Willen des Betroffenen entspricht. Das Erfordernis einer **ärztlichen Verschreibung** auf Grund eines umfassenden **psychiatrischen Gutachtens** ist ein Mittel, das diese Anforderungen erfüllt. Das stimmt im Übrigen mit dem Geist der Konvention über psychotrope Stoffe vom 21.02.1971 überein und mit der von einigen anderen Mitgliedstaaten des Europarats gewählten Lösung.“ (EGMR aaO)*

3. Anwendung auf den Fall

Es ist nicht auszuschließen, dass Psychiater zögern, wenn von ihnen die Verschreibung einer tödlichen Substanz erbeten wird.

„Es trifft auch zu, dass angesichts der delikaten Fragen der Urteilsfähigkeit die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung von Ärzten, die bereit sind, ein gründliches Gutachten zur Erleichterung eines Selbstmords zu erstatten, real ist (s. mutatis mutandis EGMR, Slg. 2007-IV Nr. 116 = NJOZ 2009, 3349 – Tysiac/Polen). (...)

*Jedenfalls aber ist der Regierung zuzustimmen, dass die **Briefe die Ärzte nicht ermutigt** haben, positiv zu antworten, weil der Bf. darin deutlich gemacht hatte, dass er jede **Therapie ablehne**, und damit jede vertiefte Prüfung über mögliche Alternativen zum Selbstmord ausschloss. Der Gerichtshof ist nach den ihm vorliegenden Informationen **nicht davon überzeugt**, dass es dem **Bf. unmöglich** war, einen **zur Hilfe bereiten Spezialisten** zu finden. Deswegen war das Recht des Bf., den Zeitpunkt und die Art, zu sterben, selbst zu wählen, nicht nur theoretisch und scheinbar (s. EGMR, 1980, Serie A, Bd. 37 Nr. 33 = EGMR-E 1, 480 – Ar-tico/Italien).“ (EGMR aaO)*

III. Ergebnis

„Aus diesen Gründen und angesichts des den Behörden in diesem Bereich zustehenden Ermessensspielraums haben die Schweizer Behörden, selbst wenn man annimmt, dass Staaten eine positive Verpflichtung haben, Maßnahmen zur Erleichterung eines Selbstmords zu treffen, um in Würde zu sterben, gegen eine solche Verpflichtung im vorliegenden Fall nicht verstoßen. Folglich ist Art. 8 EMRK nicht verletzt.“ (EGMR aaO)

Kurzauslese I

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

BGB
§ 138

sittenwidriges Rechtsgeschäft Drittschädigungsabsicht

BGB

(BGH in NJW-RR 2012, 18; Urteil vom 28.10.2011 – V ZR 212/10)

Ein **Rechtsgeschäft**, das die Parteien **in der Absicht** schließen, einen **Dritten zu schädigen**, erfüllt nicht den **Tatbestand des § 138 I BGB**, wenn es für den Dritten **objektiv nicht nachteilig** ist.

„Zwar verstößt ein Vertrag, durch den die Vertragsparteien einen Dritten bewusst schädigen, gegen die guten Sitten und ist deshalb nach § 138 I BGB nichtig (BGH NJW-RR 1996, 869). Hierzu **reicht eine gemeinsame Schädigungsabsicht** (subjektiver Tatbestand) aber nicht aus. Erforderlich ist außerdem, dass der Vertrag die **Rechtsstellung des Dritten tatsächlich verschlechtert** (objektiver Tatbestand). Ein für den Dritten **objektiv nicht nachteiliges Rechtsgeschäft** erfüllt den Tatbestand des § 138 I BGB nicht (vgl. Soergel/Hefermehl, BGB, 12. Aufl., § 138 Rn 29).“ (BGH aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§§ 138, 611 I

Sittenwidrigkeit Telefonsex-Vertrag

BGB

(AG Berlin-Lichtenberg in MMR 2012, 66; Urteil vom 26.10.2011 – 7 C 85/11)

Telefonsex-Verträge sind sittenwidrig, denn das **Prostitutionsgesetz hat lediglich die rechtliche Stellung der Prostituierten gestärkt** und setzt die Sittenwidrigkeit des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts voraus.

- I. **Sinn und Zweck des Gesetzes** zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) ist es lediglich, die **rechtliche Stellung der Prostituierten zu verbessern**. **Kunden, Zuhälter und sonstige Dritte sollten jedoch keine Ansprüche darauf begründen, dass** nach § 1 ProstG Vereinbarungen, wonach sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen werden, eine **rechtswirksame Forderung der Prostituierten begründen** (vgl. Palandt, Anh. zu § 138, § 1 ProstG Rn 2).

„Der **Gesetzgeber hat in seiner Begründung mehrfach betont, dass lediglich die Prostituierten durch das ProstG geschützt werden sollen und nicht etwaige Dritte** (BT-Drs. 14/5958, S. 4, A. Ziff. 3 Abs. 1 und 4 sowie S. 6, B. zu Art. 1 Abs. 3 und 5). Folgerichtig können nach § 2 ProstG Ansprüche aus § 1 ProstG auch nicht an Dritte abgetreten werden. Übertragen auf die Konstellation des Telefonsex ist nach der ratio legis des ProstG allein diejenige **Person schutzbedürftig, welche am Telefon selbst ihre Dienste verrichtet**. Unternehmen, die derartige Dienstleistungen vermarkten, sind „sonstige Dritte“ und sollen den Schutz des Gesetzes nicht genießen (vgl. auch Majer NJW 2008, 1926 ff.).

Aus § 1 ProstG folgt weiterhin, dass **weder der Kunde einen Anspruch auf Vornahme der sexuellen Handlung noch die Prostituierte einen Anspruch auf Entgeltzahlung vor Vornahme der sexuellen Handlung hat**. Würde man eine derartige Vereinbarung für nicht sittenwidrig gem. § 138 I BGB halten, so bestünden auch gegen diese Ansprüche keine Bedenken. Im Gegenteil folgt aus dem Wortlaut des § 1 ProstG gerade, dass der Gesetzgeber die **grds. Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung aufrechterhalten will** und lediglich die sich daraus ergebende Folge, dass die Prostituierte nach erbrachter Leistung keine Entgeltforderung hat, durch Schaffung einer speziellen Norm korrigieren wollte (so auch Palandt aaO). Insoweit wäre § 1 ProstG überflüssig, wenn **Prostitution nicht sittenwidrig wäre**. Ein Gesetzentwurf mehrerer Abgeordneter, welcher die Abschaffung des Sittenwidrigkeitsverdikts für die Prostitution vorsah (BT-Drs. 14/4456, S. 3 und S. 7, B. zu Art. 1 zu § 618a), wurde im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich abgelehnt (vgl. auch Majer NJW 2008, 1926 ff.).

Insoweit als die Prostitution auch nach Erlass des ProstG weiterhin als sittenwidrig betrachtet wird, kann aus dem ProstG nicht der Schluss gezogen werden, Telefonsex-Verträge seien sittengemäß.

Vielmehr folgt die Sittenwidrigkeit von Telefonsex-Vereinbarungen weiterhin aus der **Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Menschenwürde**. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG umfasst auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Daraus folgt wiederum, dass Rechtsgeschäfte, durch welche eine Kommerzialisierung von Höchstpersönlichem stattfindet, wie dies bei Telefonsex der Fall ist, rechtlich missbilligt sein müssen.

Zudem ist hier auch die Menschenwürde gem. Art. 1 I GG betroffen, die nicht zur Disposition der öffentlichen Meinung steht (vgl. Palandt aaO). Diese ist verletzt, wenn der Mensch zum Objekt degradiert wird (vgl. auch Majer NJW 2008, 1926 ff.).

Beim Telefonsex wird die jeweilige Mitarbeiterin des Anbieters als Person zum Objekt herabgewürdigt und zugleich der Intimbereich zur Ware gemacht (wird ausgeführt).“ (AG Berlin-Lichtenberg aaO)

- II. Da der zwischen dem Telefonsex-Anbieter und dem Bkl. geschlossene Vertrag sittenwidrig ist, besteht auch **kein Entgeltanspruch**.

„Denn entgegen der Auffassung der Kl. handelt es sich bei der vorliegenden **Vermittlung von Telefonsex-Dienstleistungen nicht um ein wertneutrales Geschäft**. Insb. ist der streitgegenständliche Auskunftsdienstleistungsvertrag entgegen der Auffassung der Kl. **nicht vergleichbar mit einem Mobilfunkvertrag**, der früher von der Rspr. als wertneutrales Geschäft bezeichnet wurde, weil der Netzbetreiber keinen Einfluss darauf hat, welche Teilnehmer zu welchen Zwecken in telefonischen Kontakt treten (vgl. BGH MMR 2002, 91).

Zum einen sind auch Mobilfunkverträge nach Einführung des § 15 III TKV nicht mehr als wertneutrale Geschäfte zu bezeichnen, weil der die Telefonrechnung erstellende Netzbetreiber gem. § 15 III TKV den Kunden darauf hinzuweisen hat, dass er begründete Einwendungen gegen einzelne in Rechnung gestellte Forderungen erheben kann (vgl. BGH MMR 2007, 179; BGH MMR 2008, 98).

Zum anderen ist der vorliegende Auskunftsdienstvertrag kein wertneutrales Geschäft, weil der Auskunftsdienstanbieter, der Telefonsex-Dienstleistungen vermittelt, dem Kunden als Bote i.S.d. § 147 I 2 BGB den Antrag auf Abschluss eines Telefonsex-Dienstleistungsvertrags mitteilt, indem er diesen mit einem Telefonsex-Dienstleistungsanbieter verbindet.“ (AG Berlin-Lichtenberg aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 475 II

Verbrauchsgüterkauf
unzulässige Verkürzung der Verjährungsfrist
(OLG Hamm in MDR 2011, 1344; Urteil vom 24.05.2011 – 19 U 162/10)

BGB

Beim Verbrauchsgüterkauf ist die geltungserhaltende Reduktion einer Vertragsklausel, mit der die Verjährungsfrist entgegen § 475 II BGB verkürzt wird, nicht zulässig.

„Das Verbot des 475 II BGB muss als Verbraucherschutzregel uneingeschränkte Geltung haben, um Rechtssicherheit zu gewähren und Missbrauch zu verhindern. Dies wäre aber nicht gewährleistet, wenn - bei zu kurzer Frist - die Jahresfrist des § 475 II BGB Geltung haben würde. Denn dann könnte der Unternehmer stets eine sehr kurze Verjährung in der Hoffnung vereinbaren, dass der Käufer sich in Unkenntnis der mangelnden Wirksamkeit an die vertragliche Regelung gebunden fühlt. Die automatische Reduktion könnte mithin zu einem Missbrauch verleiten und den Verbraucherschutz gefährden.“ (OLG Hamm aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

StVG
§ 22 I Nr. 3

Kennzeichenmissbrauch
Ausschalten der Kennzeichenbeleuchtung
(OLG Stuttgart in ZAP 2011, 1080; Beschluss vom 06.07.2011 – 2 Ss 344/11)

StrafR

Wer bei Dunkelheit die Fahrzeugbeleuchtung und damit auch die Kennzeichenbeleuchtung ausschaltet, um (auch) die Ablesbarkeit des hinteren Kennzeichens zu vereiteln, macht sich wegen Kennzeichenmissbrauchs nach § 22 I Nr. 3 StVG strafbar.

I. Das in § 22 I Nr. 3 StVG unter Strafe gestellte Verhalten und der dort verwandte Begriff des amtlichen Kennzeichens knüpfen an die einschlägigen Normen der Fahrzeug-Zulassungsverordnung (FZV) an.

Nach § 10 II FZV müssen Kennzeichenschilder reflektierend sein und dürfen nicht spiegeln, verdeckt oder verschmutzt oder zusätzlich mit Glas, Folien oder ähnlichen Abbildungen versehen sein. § 10 VI FZV trifft speziell für die hinteren Kennzeichen Regeln zu deren Anbringung und Sichtbarkeit. § 10 VI 2 FZV normiert hierbei, dass hintere Kennzeichen eine Beleuchtungseinrichtung haben müssen, welche das ganze Kennzeichen auf 20 m lesbar macht.

Die Kennzeichenbeleuchtung ist Bestandteil des hinteren Kennzeichens. Sie hat ausschließlich - anders als die übrigen Beleuchtungseinrichtungen eines Kraftfahrzeugs - den Zweck, dessen Ablesbarkeit bei Dunkelheit zu gewährleisten. Hierbei verpflichtet § 17 I StVO den Fahrer, bei Dämmerung, Dunkelheit oder schlechten Sichtverhältnissen die vorgeschriebenen Beleuchtungseinrichtungen, somit auch die Kennzeichenbeleuchtung, einzuschalten.

II. § 22 I Nr. 3 StVG nimmt die Anforderungen aus der Fahrzeug-Zulassungsverordnung auf und stellt bestimmte Verhaltensweisen, die die Erkennbarkeit des amtlichen Kennzeichens betreffen und § 10 II, VI FZV zuwiderlaufen, unter einen höheren - strafrechtlichen - Schutz.

1. Der Inhalt des Auffangtatbestandes in § 22 III 4. Alt. StGB kann über den § 22 I Nr. 3 StVG zugrunde liegenden § 10 II, VI FZV, der generell die Anforderungen an die Erkennbarkeit und Sichtbarkeit von Kennzeichen regelt, sowie aus der Vergleichbarkeit mit den übrigen tatbestandlich benannten Handlungsalternativen in § 22 I Nr. 3 StVG ermittelt und bestimmt werden:

§ 10 VI 2 FZV trifft eine spezielle Regelung für die Lesbarkeit und Erkennbarkeit des hinteren Kennzeichens bei Dunkelheit.

Da alle übrigen tatbestandlichen Handlungen des - im Hinblick auf den Schutzzweck an § 10 II, VI FZV anknüpfenden - § 22 I Nr. 3 StVG (verändern, beseitigen, verdecken) ebenfalls auf die Lesbarkeit und Erkennbarkeit des Kennzeichens bezogen sind, ist das Verhalten desjenigen, der bei Dunkelheit die Fahrzeugbeleuchtung und damit auch die Kennzeichenbeleuchtung ausschaltet, um (auch) die Ablesbarkeit und Erkennbarkeit des hinteren Kennzeichens zu vereiteln, unter den Auffangtatbestand des § 22 I Nr. 3 StVG („sonst in seiner Erkennbarkeit beeinträchtigt“) zu subsumieren. Genau wie bei den übrigen Handlungsalternativen knüpft das unter Strafe gestellte Verhalten an die in § 10 II, VI FZV getroffenen Regelungen an. Genau wie bei den übrigen Tatbestandsalternativen des § 22 I Nr. 3 StVG ist die strafbare Handlung auf das Vereiteln der Ablesbarkeit und Erkennbarkeit des Kennzeichens bezogen.

2. Eine Beschränkung auf nur „unmittelbar“ am Kennzeichen erfolgende Manipulationen, wie sie in Lit. und Rspr. teilweise vertreten wird, erfordert der Auffangtatbestand nicht.

„Zwar wird im Unterschied zu den tatbestandlich umschriebenen Verhaltensweisen (verändern, beseitigen, verdecken) durch das Ausschalten der Kennzeichenbeleuchtung die Ablesbarkeit und Erkennbarkeit nur zeitweise - bei Dunkelheit - vereitelt. Damit ist jedoch keine Beschränkung des Auffangtatbestands auf Handlungen, die ihre Wirkung in gleicher Weise bei Dunkelheit und bei Tageslicht entfalten, verbunden. Das Ausschalten der Kennzeichenbeleuchtung bei Dunkelheit entspricht dem Verdecken des Kennzeichens bei Tageslicht. Auch in anderen Fallgestaltungen

wird eine nur unter bestimmten Umständen und zu einem bestimmten Zeitpunkt wirksam werdende Kennzeichenmanipulation von § 22 I Nr. 3 StVG erfasst. So ist das Besprühen des Kennzeichens mit einer farblosen, reflektierenden Substanz, um bei Blitzlichtaufnahmen vom Fahrzeug die Ablesbarkeit und Erkennbarkeit des Kennzeichens zu vereiteln, nach § 22 I Nr. 3 StVG strafbar (BayObLG Beschluss v. 25.11.1998, 2St RR 133/98). Es ist kein Grund ersichtlich, die Regelung in § 10 VI 2 FZV aus dem Schutzbereich des - an § 10 II, VI FZV anknüpfenden - § 22 I Nr. 3 StVG auszugrenzen. § 22 I StVG wird bereits durch das Merkmal der **rechtswidrigen Absicht**, durch welches nicht strafwürdige Verhaltensweisen im notwendigen Umfang ausgeschlossen werden, ausreichend eingegrenzt.“ (OLG Stuttgart aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Fälschung beweisheblicher Daten / Datenveränderung** **StGB**
§§ 202a II, 269 **durch Entfernung eines SIM-Locks**
 (AG Göttingen in NStZ-RR 2012, 12 = MMR 2011, 626; Urteil vom 04.05.2011 – 62 Ds 51 Js 9946/10)

Die **unbefugte Aufhebung einer SIM-Lock-Sperre**, wodurch ein Handy nur mit bestimmten SIM-Karten, Providern oder Netzen benutzbar ist, ist als **Fälschung beweisheblicher Daten und Datenveränderung** strafbar.

- I. Mit dem Abschalten eines SIM-Locks werden **rechtswidrig Daten i.S.d. § 202a II StGB verändert**, mithin Daten, an denen ein **fremdes Nutzungsrecht** besteht.

„Der SIM-Lock stellt eine vom Netzbetreiber **implementierte Sperre gegen die Nutzung des subventioniert vertriebenen Handys** dar, an dessen Änderung sich der Netzbetreiber die Rechte ausdrücklich vorbehalten hat, indem er die Abschaltung des SIM-Locks während der vereinbarten Mindestvertragslaufzeit (sog. Vertragshandys) bzw. bei Prepaid-Handys von der Zahlung eines Kompensationsbetrags abhängig macht und den zur Deaktivierung erforderlichen Code auch nach dem Ablauf der Vertragslaufzeit erst nach einer im Einzelfall einzuholenden Zustimmung zur Veränderung der Daten mit dem Ziel des Abschaltens des SIM-Locks mitteilt. Mit der Abschaltung des SIM-Locks wird mithin in ein fremdes Nutzungsrecht eingegriffen, das dem jeweiligen Mobilfunkvertrag immanent ist.

Dem **steht nicht entgegen, dass der jeweilige Endkunde die Hardware erworben hat**, in die die modifizierte Software implementiert worden ist. Zwar kann der Endkunde mit der erworbenen Hardware nach eigenem Gutdünken verfahren. Er darf jedoch nicht modifizierend in die softwarebasierten Funktionen eingreifen. Der SIM-Lock stellt eine in die Steuerungssoftware implementierte Programmroutine dar, deren Ablauf für den Betrieb der Hardware erforderlich ist, ohne dass mit dem Erwerb der Hardware ein uneingeschränktes Recht zur Modifikation der Software verbunden wäre. Berechtigt hierzu ist nur derjenige, der die Verfügungsbefugnis über die Daten innehat. Die Verfügungsbefugnis über die Daten entsteht mit dem sog. „**Skripturakt**“, mithin der Erschaffung oder auch Erstabspeicherung von Daten. Nach der Erschaffung kann diese Befugnis vom Schöpfer zwar auf andere übertragen werden. Die Eigentumsverhältnisse an den Speichermedien spielen hierfür jedoch gerade keine Rolle (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 202a Rn 7). Unberechtigt handelt damit derjenige, dem die Daten nach dem Willen des Verfügungsberechtigten zum Zeitpunkt der Tathandlung nicht zur Verfügung stehen sollen (LK-Schünemann, StGB, 11. Aufl., § 202a Rn 9). Dies ist bei dem hinsichtlich seiner Deaktivierung gerade nicht frei zugänglichen SIM-Lock der Fall. Mit dem Abschalten des SIM-Lock ist es durch den Austausch der ursprünglichen gegen neue Daten zu einer **Bedeutungsverschiebung innerhalb des datenförmig Ausgedrückten** gekommen.

Beim **softwarebasierten SIM-Lock** handelt es sich um einen **urheberrechtlich geschützten Teil eines Computerprogramms**, dessen Entfernung auch keine Berichtigung i.S.d. § 69d I UrhG darstellt (vgl. bereits BGH = MMR 2005, 308 – SIM-Lock II). Jede nicht systembedingte Veränderung des Computerprogramms bedarf der Zustimmung des Rechteinhabers. Der SIM-Lock in Mobiltelefonen ist jedoch so konzipiert, dass der Benutzer über die ihm frei zugänglichen Programmroutinen nicht auf den SIM-Lock zugreifen oder diesen verändern kann, wenn er nicht über einen Entsperrcode verfügen sollte, der wiederum legal nur beim Rechteinhaber (TK-Anbieter) zu erlangen ist. Die vertragsgemäße Verwendung des Mobiltelefons setzt eine Einwirkung auf den SIM-Lock gerade nicht voraus.“ (AG Göttingen aaO)

- II. Mit dem Entfernen des SIM-Locks wird auch den Tatbestand des **Fälschens beweisheblicher Daten** erfüllt. § 269 StGB erfasst über den Geltungsbereich des § 202a II StGB hinausgehend auch **Daten im Eingabestadium bzw. Zugangsberechtigungen**.

„Der **Speicherbereich (EPROM/EEPROM)** des Mobiltelefons **enthält beweishebliche Daten** i.S.d. § 269 I StGB und nicht lediglich ein Datenverarbeitungsprogramm (vgl. Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 26. Aufl., § 269 Rn 8). Befindet sich der EPROM/EEPROM im Ausgangszustand, beinhalten die gespeicherten Daten die konkludente Erklärung des ausgebenden TK-Unternehmens, dass der Benutzer des Mobiltelefons berechtigt ist, dieses (nur) mit der zunächst ausgegebenen SIM-Card des ursprünglichen Netzbetreibers zu benutzen. Die **veränderten Daten haben den Anschein einer Gedankenerklärung erweckt**, deren Abspeicherung möglich war, womit auch das Merkmal einer (hypothetischen) dauerhaften Verkörperung vorlag (= Perpetuierungsfunktion). Durch die Manipulationen, die der Angekl. mit der Beseitigung der SIM-Lock-Sperren vorgenommen hatte, ist dem EPROM/EEPROM die konkludente Aussage verliehen worden, dass der Benutzer des Telefons dieses in jedem beliebigen Mobilfunknetz betreiben könne, da es (entweder von Beginn an oder aber nach Abschaltung in zulässiger, vom Netzbetreiber regulär vorgesehener Weise) keinen SIM-Lock (mehr) enthalte. Damit ist die Beweisrichtung der gespeicherten Erklärung geändert worden. Regulär würde diese Erklärung durch das Betriebsprogramm des Telefons – und damit mittelbar durch den Netzbetreiber, der dieses zuvor subventioniert vertrieben hat – nur dann dahin geändert werden, dass das Telefon nunmehr mit jeder beliebigen SIM-Card auch anderer Netzbetreiber bedient werden dürfte, wenn der hierfür erforderliche Entsperrcode nach Mitteilung des Netzbetreibers (und auf Grund einer Zahlung an den Netzbetreiber oder nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit) mitgeteilt worden wäre. Würde diese Aussage der menschlichen Wahrnehmung als verkörperte Gedankenerklärung zugänglich gemacht werden, läge eine verfälschte Urkunde vor, denn es würde der Anschein erweckt werden, der Aussteller der Urkunde – das Unternehmen, das das subventionierte Handy herausgegeben hatte – habe die Erklärung so bewirkt, wie sie nunmehr nach dem manipulatorischen Eingriff vorliegt.

Dem **steht nicht entgegen, dass die auf dem EPROM/EEPROM gespeicherten Daten in der Regel nicht dafür bestimmt sind**, der menschlichen Wahrnehmung eines Dritten in einer verkörperten Gedankenerklärung zugänglich gemacht zu werden. Denn da die **fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr** gem. § 270 StGB der **Täuschung im Rechtsverkehr gleichsteht**, werden von § 269 I StGB auch solche elektronisch gespeicherten Daten erfasst, die allein dazu vorgesehen sind, einen rechtlich erheblichen Datenverarbeitungsvorgang zu beeinflussen.“ (AG Göttingen aaO)

NWLVO Pol
§ 5 III 1, IV, VII

juristischer Vorbereitungsdienst
keine Anrechnung auf Probezeit

BeamtenR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2011, 947; Beschluss vom 08.08.2011 – 6 A 995/11)

Der **juristische Vorbereitungsdienst** ist regelmäßig **nicht auf die Probezeit** nach § 5 III 1 NWLVOPol **anzurechnen**.

„Gem. § 17 I der seinerzeit maßgeblichen JAO [sind] die Referendarinnen oder Referendare **im juristischen Vorbereitungsdienst nicht in der benannten Weise in die verwaltungsbehördlichen oder staatsanwaltschaftlichen Strukturen eingebunden**, sondern zur Ausbildung in der Praxis einer bestimmten Ausbilderin oder einem bestimmten Ausbilder zugewiesen, an deren oder dessen Aufgaben sie nach näherer Maßgabe des § 18 JAO mitarbeiten und die oder der ihnen Sachen zur Bearbeitung zuweist. Die **unterschiedliche Zielrichtung** und den **unterschiedlichen Gehalt des Vorbereitungsdienstes** verdeutlichen dabei, wie bereits das VG im Einzelnen ausgeführt hat, neben dem Verbot der bloßen Nutzbarmachung der Arbeitskraft der Referendare gem. § 22 V JAG a.F., § 18 V JAO u. a. die in § 18 II, III und IV JAO näher benannten Einschränkungen, wonach die Aufgabenzuweisung mit den Interessen der Ausbildung sowie einer ordnungsgemäßen Sachbehandlung vereinbar sein muss und unter dem Vorbehalt des Möglichen steht.“

Für die Ausbildung bei einer Verwaltungsbehörde gilt nichts Anderes: Die insoweit maßgeblich gewesene Vorschrift des § 22 JAO enthält wiederum Einschränkungen, die ebenfalls deutlich machen, dass die Tätigkeit einer Rechtsreferendarin auf Grund ihres **Ausbildungscharakters** derjenigen einer Polizeivollzugsbeamtin nach Art und Bedeutung nicht entspricht. So sollen die Referendarinnen oder Referendare während der Ausbildung bei einer Verwaltungsbehörde gem. § 22 I JAO in die Aufgaben, den Aufbau und die Arbeitsweise der praktischen Verwaltung (erst) eingeführt werden und lernen, selbstständig Verwaltungsentscheidungen zu treffen. Gem. § 22 II JAO sollen sie sich darin üben, Verwaltungsentscheidungen vorzubereiten und zu entwerfen. Die in § 22 III JAO vorgesehene **selbstständige Wahrnehmung eines geeigneten Aufgabenbereichs** steht wiederum **unter mehreren ausbildungsbezogenen Einschränkungen.**“ (OVG Münster aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

HmbBG
§ 41

Beurteilung der Dienstfähigkeit
zulässige Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung

BeamtenR

(OVG Hamburg in NordOeR 2011, 567; Beschluss vom 24.08.2011 – 1 Bs 114/11)

Die **dienstliche Anweisung** an einen Beamten, **sich amtsärztlich untersuchen zu lassen**, ist **rechtmäßig**, wenn zum Zeitpunkt der beabsichtigten Begutachtung ein **Sachverhalt vorliegt**, der aus objektiver Sicht **Zweifel an der Dienstfähigkeit des Beamten rechtfertigt** und für eine **willkürliche Anordnung nichts ersichtlich** ist.

„Der **Nachweis der Dienst(un-)fähigkeit** kann regelmäßig **nur durch die Einschaltung des Amtsarztes geführt** werden. Denn es **bedarf medizinischer Sachkunde, um (privat-) ärztliche Befunde zu überprüfen**. Der **Vorrang des Amtsarztes** im Konfliktfall hat seinen Grund in seiner **Neutralität und Unabhängigkeit**. Im Gegensatz zu einem Privatarzt, der womöglich bestrebt ist, das Vertrauen des Patienten zu ihm zu erhalten, nimmt der Amtsarzt seine Beurteilung von seiner Aufgabenstellung her unbefangenen und unabhängig vor. Er steht Dienstherrn und Beamten gleichermaßen fern (vgl. BVerwG DRiZ 2008, 124). Der Amtsarzt ist verpflichtet, sich mit den Beurteilungen und Gutachten der behandelnden Privatärzte auseinanderzusetzen.“

Es entspricht nicht nur der **Fürsorgepflicht des Dienstherrn**, sondern dient auch dem Beamten, wenn der Amtsarzt zur Ergänzung oder Bestätigung seiner eigenen medizinischen Einschätzung eine weitere fachliche Stellungnahme einholt, um den Gesundheitszustand des Beamten umfassend abzuklären, weil er anderenfalls keine fachlich fundierte Einschätzung der geäußerten Zweifel an der Dienstfähigkeit des Beamten vornehmen kann. Dass dieser fachärztliche Beurteilungsspielraum, aus medizinischen Gründen ggf. eine ergänzende fach(ärztliche) Stellungnahme oder Untersuchung zu veranlassen, hier überschritten wäre, wird vom Antragsteller nicht geltend gemacht und dafür ist auch sonst nichts ersichtlich. Eine ausführliche amtsärztliche Begründung dafür, eine ergänzende Untersuchung für notwendig zu halten, ist gegenüber dem Beamten nicht erforderlich.“ (OVG Hamburg aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

AGG
§§ 7 I, 11

geschlechtsneutrale Stellenausschreibung
Verwendung des Begriffs „Geschäftsführer“

AGG

(OLG Karlsruhe in DB 2011, 2256; Urteil vom 13.09.2011 – 17 U 99/10)

Der **Begriff "Geschäftsführer"** ist ohne weitere Zusätze **keine geschlechtsneutrale, sondern eine männliche Berufsbezeichnung**. Eine **Stellenausschreibung unter der Überschrift "Geschäftsführer"** verletzt daher jedenfalls dann **das Gebot zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung nach §§ 7 I, 11 AGG**, wenn nicht im weiteren Text der Anzeige auch weibliche Bewerber angesprochen werden.

- I. Grds. verstößt eine Ausschreibung gegen § 7 I AGG, wenn Personen, die ein in § 1 genanntes Merkmal aufweisen, vom Kreis der für die zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Personen ausgeschlossen werden. **Es darf etwa nicht nach „männlichen“ oder „weiblichen“ Kandidaten gesucht werden** (Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 11 Rn 6).

Geschlechtsneutral hingegen ist eine Ausschreibung **formuliert, wenn sie sich in ihrer gesamten Ausdrucksweise sowohl an Frauen als auch an Männer richtet**. Dem ist jedenfalls dann Rechnung getragen, wenn die **Berufsbezeichnung in männlicher und weiblicher Form verwendet** oder ein **geschlechtsneutraler Oberbegriff** gewählt wird (MüKo-BGB/Thüsing, 5. Aufl., § 11 AGG Rn 5; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Schlachter, 11. Aufl., § 11 AGG Rn 2).

- II. Diesen Vorgaben **genügt eine Stellenausschreibung nicht, in der allein der Begriff „Geschäftsführer“ verwendet** und der weder durch den Zusatz „in“ noch durch die Ergänzung „m/w“ erweitert wird.

„Bei dem Begriff „Geschäftsführer“ [handelt es sich] **nicht um einen geschlechtsneutralen Oberbegriff**. Ob im **allgemeinen Sprachgebrauch** häufig noch die männliche Bezeichnung als Oberbegriff verwendet wird, ist nach Auffassung des Senats im

Rahmen des § 11 AGG **nicht entscheidend** (ebenso Erfurter Kommentar/Schlachter, § 11 AGG, Rn 2; a. A. MüKo-BGB/Thüsing, § 11 AGG Rn 5). Die **Anforderungen an die Begrifflichkeiten im Alltag oder in Gesetzestexten sind andere als bei einer Stellenausschreibung**. Selbst wenn im allgemeinen Sprachgebrauch oder teilweise auch noch in der Gesetzes-sprache der männliche Begriff wie ein Oberbegriff verwendet wird, so wird er dadurch im Rahmen einer Stellenausschreibung nicht geschlechtsneutral. I. Ü. spricht etwa § 6 III AGG ausdrücklich von „Geschäftsführern und Geschäftsführerinnen.“ (OLG Karlsruhe aaO)

- III. **Zum Teil wird** allerdings die **Auffassung vertreten**, auch wenn allein die prima facie männliche Bezeichnung verwendet werde, könne jedenfalls der **Gesamtkontext** der Ausschreibung ergeben, dass eine Geschlechtsdiskriminierung nicht beabsichtigt werde (MüKo-BGB/Thüsing, § 11 AGG Rn 5).

„Der männliche Begriff „Geschäftsführer“ wird indessen im weiteren Kontext der Anzeige nicht relativiert. Weder spricht die Annonce an einer anderen Stelle explizit weibliche Bewerber an, noch werden als typischerweise „weiblich“ empfundene Fähigkeiten oder Tätigkeitsfelder genannt. Demgegenüber ist der männliche Terminus „Geschäftsführer“ als Überschrift durch die Verwendung größerer Schrifttypen und durch die Zentrierung noch optisch hervorgehoben. Darüber hinaus bezieht er sich auch auf ein typischerweise „männliches“ Betätigungsfeld, nämlich den Logistik-, Transport- und Umzugsbereich, wengleich frühere Tätigkeiten in der Branche nicht als notwendig bezeichnet werden. Insgesamt wird der **hervorgehobene männliche Begriff „Geschäftsführer“ an keiner Stelle der Anzeige relativiert oder um weibliche Aspekte ergänzt**. I. Ü. deutet auch die Tatsache, dass sich unter 85 Interessenten nur 4 Frauen auf die Anzeige beworben haben, eher darauf hin, dass sich Frauen von dieser Anzeige tatsächlich weniger angesprochen fühlten. Der Senat geht jedenfalls im Ergebnis davon aus, dass die streitgegenständliche Stellenausschreibung unter Verstoß gegen §§ 11, 7 I AGG formuliert ist.“ (OLG Karlsruhe aaO)

- IV. Die nicht geschlechtsneutrale, gegen §§ 11, 7 I AGG verstoßende Stellenausschreibung stellt ein **Indiz i. S. von § 22 AGG** dar, das eine **Benachteiligung wegen des Geschlechts** vermuten lässt mit der Folge, dass die **Beweislastumkehr des § 22 AGG** eingreift (Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 11 Rn 8, § 22 Rn 11; BAG NZA 2004, 540; LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.03.2009 - 9 Sa 5/09, juris).

„Für die Benachteiligung wegen des Geschlechts ist es nicht erforderlich, dass allein das Geschlecht des Bewerbers zu seiner Ablehnung geführt hat. Eine solche Auslegung wird insbes. dem Schutzzweck des Art. 3 II GG nicht gerecht. Liegt der Arbeitgeberentscheidung ein „Motivbündel“ zugrunde, so ist allein maßgebend, ob in diesem auch das Geschlecht des Stellenbewerbers als negatives Kriterium enthalten ist. Dementsprechend ist die Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht schon durch die bessere Eignung eines anderen Bewerbers widerlegt. Nicht allein der bestplatzierte Bewerber kann benachteiligt sein (BAG NZA 2004, 540). Vielmehr müsste die [bekl. Arbeitgeberin] nachweisen, dass das Geschlecht der [Bewerberin] bei der Auswahlentscheidung „überhaupt keine Rolle“ gespielt hat, dass also in dem Motivbündel, das die Auswahlentscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht [der Bewerberin] nicht als negatives oder das Geschlecht des erfolgreichen Bewerbers als positives Kriterium enthalten war (BAG NZA 2004, 540; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 22 Rn 13). Hierfür ist erforderlich, dass die Bekl. die maßgeblichen Erwägungen für ihre Handlung darlegt und hierfür Beweis anbieten kann (Bauer/Göpfert/Krieger, AGG § 22 Rn 13).“ (OLG Karlsruhe aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

BDSG
§1 II, 3 VII

Verbreitung von Daten in Internetforum Betreibereigenschaft

BDSG

(OLG Hamburg in NJW-RR 2011, 1611; Urteil vom 024.08.2011 – 7 U 134/10)

- I. Der **Betreiber des Internetforums** ist **nur dann** eine für die Übermittlung der Daten **verantwortliche Stelle**, wenn das **Betreiben des Internetforums** im **eigenen unternehmerischen Interesse** des Betreibers erfolgt.

„Die **Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes gelten nach dessen § 1 II grds. auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen**, soweit sie die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten. Nach § 3 VII BDSG ist die für die Datenverarbeitung verantwortliche Stelle zwar nur eine solche Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt, damit allerdings auch eine jede Stelle, auf die dieses zutrifft. Der Kreis der danach als verantwortliche Stelle anzusehenden Institutionen ist nach der Konzeption des Datenschutzrechts weit zu fassen; insbes. soll **jedes Unternehmen für Verarbeitungstätigkeiten, die in seinem Tätigkeits- und Haftungsbereich stattfinden, rechtlich verantwortlich sein** und diese Verantwortung erst dann verlieren, wenn es in tatsächlicher Hinsicht keine Möglichkeit mehr hat, auf den Verarbeitungsvorgang einzuwirken, etwa weil ein isolierter physischer Datenträger sich nicht mehr in dem Besitz von Personen befindet, auf die das Unternehmen Einfluss nehmen könnte (vgl. Dammann, in: Simitis, § 3 Rn 225). Insbes. steht es einem in dem Bereithalten zum Abruf liegenden Verarbeiten der Angaben „für sich selbst“ durch die Bekl. nicht entgegen, dass die streitigen Daten von einem außenstehenden Dritten in ein von der Bekl. betriebenes Internetforum eingestellt worden sind; denn das Betreiben des Internetforums erfolgt auch, wenn nicht sogar in erster Linie im eigenen unternehmerischen Interesse der Bekl.“ (OLG Hamburg aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtZPO
§ 514 II**Berufung gegen zweites Versäumnisurteil
Vorliegen eines Restitutionsgrundes**

ZPO

(BGH in MDR 2011, 1370; Urteil vom 06.10.2011 – IV ZB 148/11)

Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil kann **nicht auf den Restitutionsgrund** des nachträglichen Auffindens einer Urkunde (§ 580 Nr. 7b ZPO) gestützt werden.

Die Rechtsprechung des BGH zur Berücksichtigung von **Vorbringen zu Restitutionsgründen im Rahmen des Revisionsverfahrens** kann wegen des Sinn und Zwecks der Säumnisvorschriften nicht auf die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil übertragen werden.

Fall: Die Klägerin nimmt den beklagten Rechtsanwalt auf Zahlung von 1.650,63 € nebst Zinsen, hilfsweise im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Zahlung des sich aus der Auskunft ergebenden Betrages in Anspruch. Das Amtsgericht hat den Beklagten durch Versäumnisurteil vom 04.05.2010 antragsgemäß verurteilt. Den Einspruch des Beklagten hat es durch Versäumnisurteil vom 28.09.2010 verworfen. Hiergegen legt der Beklagte Berufung auf. Diese stützt er ausschließlich auf den Restitutionsgrund des § 580 Nr. 7b ZPO - nachträgliches Auffinden mehrerer Urkunden. Ist die Berufung zulässig?

Nach § 514 II 1 ZPO unterliegt ein Versäumnisurteil, gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist (§ 345 ZPO), der Berufung insoweit, als sie darauf gestützt wird, dass ein Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

I. Vorliegen eines Versäumnisurteils, gegen das ein Einspruch nicht statthaft ist

Nach § 345 ZPO ist ein Einspruch nicht statthaft gegen ein zweites Versäumnisurteil. Ist zuvor ein Vollstreckungsbescheid (§ 700 ZPO) oder ein Versäumnisurteil (§§ 330, 331 ZPO) ergangen ist und wird hiergegen den nach § 338 ZPO Einspruch, so wird ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt (sog. Einspruchstermin). Ist derjenige, welcher den Einspruch eingelegt hat, **im Einspruchstermin erneut säumig**, so ergeht ein zweites Versäumnisurteil. So lag der Fall hier. Gegen dieses zweite Versäumnisurteil ist ein Einspruch nach § 345 II ZPO nicht statthaft.

II. kein Fall schuldhafter Säumnis

Ist ein Einspruch demzufolge nicht statthaft, so kann das zweite Versäumnisurteil nur noch mit der Berufung angegriffen werden. Hierbei stehen jedoch nicht alle Berufungsgründe offen.

*„Eine zulässige Berufung setzt ... die schlüssige Darlegung voraus, dass der **Termin nicht schuldhaft versäumt** worden sei (BGH, Urteil vom 19. November 1998 - IX ZR 152/98, NJW 1999, 724; Beschluss vom 20. Dezember 2010 - VII ZB 72/09, NJW 2011, 928 Rn. 9). Wird die fehlende oder unverschuldete Säumnis nicht schlüssig dargelegt, ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.“ (BGH aaO)*

Der Beklagte trägt jedoch hinsichtlich seiner Säumnis nichts zu seiner Entlastung vor, so dass die Voraussetzungen des § 514 II ZPO für die Statthaftigkeit einer Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil nicht vorliegen.

III. Vorliegen eines Restitutionsgrundes

Möglicher Weise ist die Berufung aber deshalb zuzulassen, weil ein **Restitutionsgrund** vorliegt. Jedenfalls im Rahmen des Revisionsverfahrens ist zu § 559 ZPO anerkannt, dass der grundsätzliche Ausschluss der Prüfung tatsächlicher Feststellungen dann nicht gilt, wenn ein Restitutionsgrund nach § 580 ZPO vorliegt. Dies könnte auf die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil zu übertragen sein.

1. Vorliegen eines Restitutionsgrundes

Zunächst müsste überhaupt ein Restitutionsgrund vorliegen. Nach **§ 580 Nr. 7b) ZPO** kann mit der Restitutionsklage auch nach Rechtskraft eines Urteils eingewendet werden, dass eine **Urkunde aufgefunden** wurde, die eine günstigere Entscheidung herbei-

geführt haben würde. Hierauf beruft sich der Beklagte, so dass ein Restitutionsgrund vorliegt.

2. Berücksichtigung von Restitutionsgründen in der Revision

Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist oder auf die der Revisionskläger eine Verfahrensrüge stützt (§ 559 I ZPO).

„Trotz dieser ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung kann nach **gefestigter Rechtsprechung** des Bundesgerichtshofs darüber hinaus tatsächliches Vorbringen zu den in § 580 ZPO angeführten Restitutionsgründen zu berücksichtigen sein. Dabei ist zu unterscheiden: Soweit die Restitutionsgründe auf einer strafbaren Handlung beruhen (§ 580 Nr. 1 bis 5 ZPO), können sie in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden, wenn deswegen, wie § 581 I ZPO es verlangt, eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist (BGH, Beschluss vom 13. Januar 2000 - IX ZB 3/99, LM ÜberlG Nr. 1 unter II 4a aa). Entsprechendes gilt für den Restitutionsgrund des § 580 Nr. 6 ZPO, der ebenfalls ein rechtskräftiges Urteil voraussetzt (BGH, Urteil vom 23. November 2006 - IX ZR 141/04, ZIP 2007, 697 Rn. 14 a.E.). Beruft sich der Revisionskläger in der Revisionsinstanz dagegen auf einen der Tatbestände des **§ 580 Nr. 7b ZPO** (Wiederauffinden einer Urkunde oder Möglichkeit, diese zu gebrauchen), kann das **neue tatsächliche Vorbringen zugelassen werden**, wenn anderenfalls in dem anhängigen Verfahren noch weitere unrichtige Urteile ergehen, die **nur durch eine Restitutionsklage beseitigt** werden können. Wird der Rechtsstreit durch das Urteil des Revisionsgerichts insgesamt beendet, können dagegen neue Tatsachen und Beweismittel, die einen Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 7b ZPO darstellen, grundsätzlich nicht entgegen § 559 I ZPO (§ 561 ZPO a.F.) vom Revisionsgericht berücksichtigt werden (BGH, Beschluss vom 13. Januar 2000, aaO unter II. 4 a bb).“ (BGH aaO)

3. Übertragung auf die Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil

Vor diesem Hintergrund ist darüber nachzudenken, ob der vorweggenommene Restitutionsgrundes des § 580 Nr. 7b ZPO auch im Rahmen der Prüfung der Statthaftung einer Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil Berücksichtigung zu finden hat. Dies müsste mit dem Sinn und Zweck der Vorschriften über die Folgen der Säumnis, insbesondere der §§ 345, 514 II ZPO zu vereinbaren sein.

a) Sinn und Zweck der §§ 345, 514 II ZPO

Zunächst ist klarzustellen, vor welchem Hintergrund die betreffenden Regelungen ergangen sind.

„Das Säumnisverfahren ist **Folge des Mündlichkeitsprinzips und der Verhandlungsmaxime** (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl., vor § 330 Rn. 1). Eine Partei könnte den Fortgang des Verfahrens blockieren, wenn sie nicht zum Termin erscheint oder nicht zur Sache verhandelt. Die Zivilprozessordnung knüpft daher **nachteilige Rechtsfolgen an die Säumnis**. Ist der Kläger säumig, ist die Klage ohne Sachprüfung abzuweisen (§ 330 ZPO). Ist der Beklagte säumig, hat das Gericht neben der Säumnis die Zulässigkeit und die Schlüssigkeit der Klage zu prüfen (§ 331 I, II ZPO). Ein **erstes Versäumnisurteil** kann noch im Wege des **Einspruchs** aus der Welt geschafft werden. Ist der Einspruch zulässig, wird der Prozess in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 342 ZPO). Um zu verhindern, dass der Einspruch **„ein bequemes Mittel zur Verschleppung der Prozesse“** wird, hat der historische Gesetzgeber seine wiederholte Zulassung jedoch beschränkt (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 2, Neudruck 1983, S. 298 zu § 300). Erscheint die Partei nach rechtzeitigem Einspruch gegen das (erste) Versäumnisurteil erneut nicht zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch oder erscheint sie zwar, ist sie aber nicht ordnungsgemäß vertreten oder verhandelt sie nicht, hat das Gericht nur noch die Voraussetzungen der wiederholten Säumnis, insbesondere die ordnungsgemäße Ladung zum Termin (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2010, aaO Rn. 11), zu prüfen, bevor es den Einspruch durch (zweites) Versäumnisurteil verwirft (§ 345 ZPO). Ein weiterer Einspruch findet nicht statt. Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil kann - ebenfalls folgerichtig - nur die Zulässigkeit des Versäumnisurteils betreffen (Hahn, aaO S. 359 zu § 479).“ (BGH aaO)

Würde man die Berücksichtigung von Restitutionsgründen bei der Frage der Statthaftung der Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil zulassen, so würde dieser Prüfungsrahmen erweitert.

„Eine **Erweiterung der Prüfungskompetenz** des Berufungsgerichts hat der Bundesgerichtshof, anders als bei § 559 ZPO (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 559 Rn. 7; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, 3. Aufl., § 559 Rn. 5 ff), **wiederholt abgelehnt**.

Die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil kann **nicht** darauf gestützt werden, dass bei Erlass des **ersten Versäumnisurteils** ein Fall der **Säumnis nicht vorgelegen** habe (BGH, Beschluss vom 16. April 1986 - VIII ZB 26/85, BGHZ 97, 341). Sie kann auch **nicht** auf die **fehlende Schlüssigkeit der Klage** gestützt werden (BGH, Beschluss vom 6. Mai 1999 - V ZB 1/99, BGHZ 141, 351).

Die an die **wiederholte Säumnis** einer Partei geknüpfte Sanktion des § 514 II 2 ZPO (§ 513 II ZPO a.F.) steht in einer Reihe mit weiteren gesetzlichen Regelungen im Versäumnisverfahren (§ 708 Nr. 2 ZPO, § 340 III ZPO; § 341 I ZPO), die sämtlich darauf hinauslaufen, eine Partei, gegen die ein Versäumnisurteil erlassen ist, im Interesse der Prozessbeschleunigung zu **besonders sorgfältiger Prozessführung** zu veranlassen. Bleibt die Partei erneut schuldhaft säumig, ist es nur konsequent, an dieses Fehlverhalten die **schärfere Sanktion** des endgültigen Prozessverlustes zu knüpfen (BGH, Beschluss vom 16. April 1986, aaO S. 345 f.)“ (BGH aaO)

Hiervon wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn sich der Einspruch nicht gegen ein Versäumnisurteil, sondern gegen einen Vollstreckungsbescheid richtete, der gemäß § 700 I ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichsteht.

„Grund hierfür ist jedoch, dass ein **Vollstreckungsbescheid** anders als ein (erstes) Versäumnisurteil **nicht** auf einer richterlichen Prüfung der **Zulässigkeit und der Schlüssigkeit der Klage** beruht (BGH, Urteil vom 25. Oktober 1990 - IX ZR 62/90, BGHZ 112, 367). Das Gericht, das über den Einspruch befindet, hat bei Säumnis des Einspruchsführers gemäß § 700 VI ZPO die Voraussetzungen des § 331 I, II 1. HS ZPO zu prüfen, bevor es den Einspruch gemäß § 345 ZPO verwerfen kann. Auch hier gilt also, dass der **Prüfungsumfang des Berufungsgerichts** demjenigen des **Einspruchsgerichts entspricht**. Der Gegenstand des Rechtsstreits ändert sich nicht (vgl. hierzu Hahn, aaO; BGH, Urteil vom 25. Oktober 1990, aaO S. 371).“ (BGH aaO)

Der Grundsatz des Gleichlaufs der Prüfungskompetenz von Einspruchs- und Berufungsgericht würde durchbrochen, wollte man dem Berufungskläger gestatten, sich auf "vorweggenommene" Restitutionsgründe zu berufen. Es handelt sich ausnahmslos um Einwendungen, die das Gericht, das über den Einspruch zu befinden hatte, wegen der Säumnis der Partei nicht prüfen konnte und auch nicht zu prüfen hatte.

„**Gründe der Prozesswirtschaftlichkeit** allein vermögen ein anderes Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Soweit der Bundesgerichtshof im **Revisionsverfahren** neues Vorbringen zu den **Restitutionsgründen** des § 580 Nr. 1-6 ZPO zugelassen hat, liegt der **Grund** für die Abweichung von dem Grundsatz des § 559 I ZPO (§ 561 ZPO a.F.) gerade nicht im Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit, sondern darin, dass das in der Revisionsinstanz ohne Berücksichtigung des neuen Vorbringens ergehende Urteil sich unter Umständen mit dem Inhalt des **rechtskräftigen Urteils eines anderen Gerichts in Widerspruch** setzen oder doch dieses Urteil unbeachtet lassen würde. Daraus ergäben sich für die Einheitlichkeit und das Ansehen der Rechtsprechung in hohem Maße abträgliche Folgen (BGH, Beschluss vom 13. Januar 2000 - IX ZB 3/99, LM ÜberlG Nr. 1 unter II 4a aa; Urteil vom 23. November 2006 - IX ZR 141/04, ZIP 2007, 697 Rn. 14). Darum geht es hier nicht. Die in § 580 Nr. 7b ZPO zusammengefassten Restitutionsgründe betreffen eine **Urkunde, die noch nicht Gegenstand einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung** war.

Soweit der Bundesgerichtshof im Revisionsverfahren unter bestimmten Voraussetzungen auch **neuen Vortrag zu den Restitutionsgründen des § 580 Nr. 7b ZPO** zugelassen hat, hat er ebenfalls betont, dass Gründe der Prozesswirtschaftlichkeit nicht ausreichen, sondern **höhere Belange der Allgemeinheit** und der ihr dienenden Rechtspflege die Abweichung von der zwingenden Vorschrift des § 559 ZPO (§ 561 ZPO a.F.) rechtfertigen müssten (BGH, Beschluss vom 13. Januar 2000 - IX ZB 3/99, LM ÜberlG Nr. 1 unter II 4a bb). Im hier fraglichen Fall der Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil gilt das in noch höherem Maße, weil die Vorschriften über das Säumnisverfahren nicht nur der Konzentration des Rechtsstreits auf Rechtsfragen dienen, sondern weitergehend einer **Vererschleppung des Rechtsstreits vorbeugen** sollen. Die Zulassung der Restitutionsgründe des § 580 Nr. 7b ZPO steht diesem Ziel entgegen. Die **erstmalige Prüfung neuer Tatsachen** im Berufungsverfahren würde fast **immer zu Verfahrensverzögerungen** führen. Gründe des Allgemeinwohls, die es rechtfertigen würden, diesen Nachteil in Kauf zu nehmen, sind nicht ersichtlich. Das **zweite Versäumnisurteil**, das die säumige Partei unter Vorlage von nachträglich aufgefundenen Urkunden im Wege der Berufung angreifen will, kann durch diese Urkunden **nicht einmal "unrichtig" geworden sein**, weil es ausschließlich auf dem gemäß § 331 I 1 ZPO als zugestanden geltenden Vorbringen des Klägers beruht und den Vortrag des Beklagten nicht zu berücksichtigen hat.“ (BGH aaO)

b) Konsequenz

Vor diesem Hintergrund verbieten der Sinn und Zweck der Regeln über das Säumnisverfahren eine Zulassung der Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil wegen des nachträglichen Auffindens von Urkunden.

Ergebnis. Die Berufung ist unstatthaft und daher als unzulässig zu verwerfen.

ZPO **Rechtsbehelf gegen eidesstattliche Versicherung** ZPO
 §§ 766, 900 IV Erinnerung oder Widerspruch bei Rüge der Übersicherung
 (BGH in ZInsO 2011, 2199; Beschluss vom 17.08.2011 –I ZB 5/11)

1. Die **Vollstreckungserinnerung** nach § 766 I ZPO ist statthaft bei Einwänden gegen die Art und Weise der Vollstreckung. Somit kann auch der **Einwand der Übersicherung** im Erinnerungsverfahren geltend gemacht werden.
2. Dies gilt jedoch nur, wenn kein speziellerer Rechtsbehelf einschlägig ist.
3. Im Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung ist der **Widerspruch** gemäß § 900 IV 1 ZPO gegenüber der Erinnerung nach § 766 I 1 ZPO der speziellere und damit **vorrangige Rechtsbehelf**
4. Der Schuldner kann den **Einwand der Übersicherung** des Gläubigers (§ 803 I 2 ZPO) im Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung **nur durch Widerspruch** gemäß § 900 IV 1 ZPO und nicht mit der Erinnerung gemäß § 766 I 1 ZPO geltend machen.

A. Grundlagenwissen: Die Vollstreckungserinnerung, § 766 ZPO

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

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

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

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

I. Fallgruppen

1. Schuldner oder Dritter rügen **Art und Weise der Zwangsvollstreckung** durch den Gerichtsvollzieher, (§ 766 I ZPO)
2. Gläubiger wendet sich gegen **Weigerung des GV** in Bezug auf den Zwangsvollstreckungsauftrag, (§ 766 II, 1. Alt. ZPO) / **Kostenansatz** des Gerichtsvollziehers wird gerügt

Soweit es um Maßnahmen des Gerichtsvollzieher geht kommt auch eine **Dienstaufsichtsbeschwerde** in Betracht, allerdings führt dies nur zur Überprüfung der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers unter dienstaufsichtsrechtlichen Aspekten und kann allenfalls **Dienstaufsichts- oder Disziplinarmaßnahmen** nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften zur Folge haben. Die Dienstaufsicht darf den Gerichtsvollzieher nicht zu konkreten Tätigkeiten anweisen (vgl. Musielak-Lackmann, § 766 ZPO, Rn. 3)

3. Schuldner wendet sich gegen eine **Kontopfändung** durch das Vollstreckungsgericht

Problematisch bei Vollstreckungserinnerungen gegen Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts ist die **Abgrenzung zur sofortigen Beschwerde** nach § 793 ZPO und zur Rechtspflegererinnerung nach § 11 II RPfIG.

a) Abgrenzung zur sofortigen Beschwerde, § 793 ZPO

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

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

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

b) Abgrenzung zur Rechtspflegererinnerung, § 11 II RPflG

Die Rechtspflegererinnerung kommt nur in Betracht, wenn der Rechtspfleger eine Entscheidung getroffen hat, gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist.

Gegen Entscheidungen ohne notwendige mündliche Verhandlung im Vollstreckungsverfahren ist die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO statthaft. Liegt keine Entscheidung vor, so ist die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO gegeben.

II. Erinnerungsbefugnis

Sie ist gegeben, wenn der Erinnerungsführer nach seinem Vortrag **beschwert** ist.

Beschwert ist nur der, der – nach seinem eigenen Vortrag – durch den Vollstreckungsakt **möglicherweise in seinen Rechten beeinträchtigt** worden ist.

Der Gläubiger ist immer dann beschwert, wenn das Vollstreckungsorgan seinen Auftrag nicht, nicht dem Antrag gemäß oder verzögert durchführt. Der Schuldner ist durch jede gegen ihn gerichtete Vollstreckungsmaßnahme beschwert und so möglicherweise in seinen Rechten verletzt.

III. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht grundsätzlich vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren vollständiger Beendigung.

B. Einwand der Übersicherung im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (BGH in ZInsO 2011, 2199)

Fall: Der Gläubiger betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen. Im Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung hat der Schuldner nach § 900 IV 1 ZPO Widerspruch eingelegt. Er macht geltend, er sei zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht verpflichtet, weil der Gläubiger bereits durch andere Maßnahmen der Zwangsvollstreckung hinreichend gesichert sei.

Das Vollstreckungsgericht hat den Widerspruch des Schuldners zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde des Schuldners ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Schuldner seinen Widerspruch weiter.

Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Einwand einer Übersicherung des Gläubigers sei im Widerspruchsverfahren unstatthaft. Dem Prüfungsgegenstand sei allein das Erinnerungsverfahren angemessen. Dieses führe bereits in erster Instanz zu einer richterlichen Entscheidung und verkürze auch nicht den Rechtsschutz des Schuldners. Welcher Rechtsbehelf ist einschlägig?

I. Bewertung des Einwands der Übersicherung

Die Pfändung im Rahmen der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen darf nach § 803 I 2 ZPO nicht weiter ausgedehnt werden, als es zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist.

„Diese Bestimmung dient dem Schutz des Schuldners vor dem Verlust eines Vermögensgegenstandes (BGH, Beschluss vom 18. Juli 2002 IX ZB 26/02, BGHZ 151, 384, 387).“ (BGH aaO)

II. Geltendmachung des Einwands der Übersicherung durch Erinnerung, § 766 I ZPO

Die Erinnerung nach § 766 I ZPO ist statthaft gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, soweit es sich nicht um eine Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren handelt, für welche nach § 793 ZPO die sofortige Beschwerde vorgesehen ist.

„Der Schuldner kann den **Einwand einer Übersicherung** des Gläubigers allerdings **grundsätzlich mit der Erinnerung** gemäß § 766 I 1 ZPO geltend machen (Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 766 Rn. 15). Gemäß § 766 I 1 ZPO entscheidet das **Vollstreckungsgericht** über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die **Art und Weise der Zwangsvollstreckung** oder das vom Gerichtsvollzieher bei ihr zu beobachtende Verfahren betreffen. Diese Entscheidung ist nach § 20 Nr. 17 Satz 2 RPflG dem **Richter vorbehalten**.“ (BGH aaO)

Allerdings ist die Erinnerung nur statthaft, wenn kein speziellerer Rechtsbehelf einschlägig ist. Als solcher Rechtsbehelf kommt hier das Widerspruchsverfahren nach § 900 IV ZPO in Betracht.

III. Prüfung der Übersicherung im Widerspruchsverfahren, § 900 IV ZPO

Fraglich ist, ob die Prüfung der Übersicherung im Widerspruchsverfahren nach § 900 IV ZPO möglich ist und ob dieses Verfahren gegenüber der Erinnerung nach § 766 I ZPO Vorrang hat.

1. Vorrang des Widerspruchs gegenüber der Erinnerung

„Im Verfahren zur **Abnahme der eidesstattlichen Versicherung** ist jedoch der **Widerspruch** gemäß § 900 IV 1 ZPO gegenüber der Erinnerung nach § 766 I 1 ZPO der speziellere und damit **vorrangige Rechtsbehelf** (KG, NJW 1956, 115 f.; LG Berlin, Rpfleger 2007, 407 f.; MünchKomm.ZPO/Eickmann, 3. Aufl., § 900 Rn. 19; Musielak/Voit, ZPO, 8. Aufl., § 900 Rn. 24; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 32. Aufl., § 900 Rn. 30b; vgl. auch Zöller/Stöber aaO § 900 Rn. 22). Bestreitet der Schuldner im Termin die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, so hat nach § 900 IV 1 ZPO das **Gericht durch Beschluss** zu entscheiden. Diese Entscheidung des Vollstreckungsgerichts ist nach § 20 Nr. 17 Satz 1 RPflG dem **Rechtspfleger** übertragen.“ (BGH aaO)

2. Übersicherung als Prüfungsgegenstand

Fraglich ist jedoch, ob in dem Widerspruchsverfahren der Einwand der Übersicherung überhaupt geprüft werden kann.

„Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts kann **nicht angenommen** werden, die Aussichten des Gläubigers, aufgrund anderer Maßnahmen der Zwangsvollstreckung Befriedigung zu erlangen, könnten in der Regel **nur im Erinnerungsverfahren** hinreichend geprüft werden. Es ist auch **nicht ersichtlich**, aus welchen Gründen die Entscheidung über den Einwand der Übersicherung dem **Richter vorbehalten** bleiben müsste. Vielmehr spricht der Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie dafür, sämtliche Einwände, die der Schuldner im Termin gegen seine Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vorbringt und so auch den Einwand der Übersicherung im Widerspruchsverfahren vom Rechtspfleger überprüfen zu lassen (LG Limburg, Rpfleger 1982, 434, 435; LG Stuttgart, Rpfleger 2000, 28).

Auch den Einwand der Übersicherung kann der Schuldner im Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung **nur durch Widerspruch** gemäß § 900 IV 1 ZPO geltend machen (LG Limburg, Rpfleger 1982, 434 f.; LG Detmold, Rpfleger 1990, 432, 433; LG Stuttgart, Rpfleger 2000, 28; MünchKomm.ZPO/Schmidt aaO § 777 Rn. 19; MünchKomm.ZPO/Eickmann aaO § 900 Rn. 21; Musielak/Lackmann aaO § 777 Rn. 6; Musielak/Voit aaO § 900 Rn. 25; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 900 Rn. 47; aA LG Hannover, Rpfleger 1986, 187; Zöller/Stöber aaO § 777 Rn. 8).“ (BGH aaO)

StPO **verdeckte Telekommunikationsüberwachung** StPO
§§ 100a II, IV, 101 IV - VI, 160a **Verfassungsmäßigkeit**
(BVerfG in BeckRS 2011, 56461; Beschluss vom 12.10.2011 – 2 BvR 236/08)

Die **Vorschriften des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung** vom 21.12.2007 (§ 100a I und IV, § 101 IV - VI und § 160a StPO) sind **verfassungsgemäß**.

A. Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007

- I. Mit der Neufassung des § 100a StPO durch Art. 1 und 2 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007 wurde der in Abs. 2 enthaltene **Katalog der Anlasstaten**, die Voraussetzung für eine Telekommunikationsüberwachung sind, **systematisch neu geordnet**; 19 Straftatbestände wurden gestrichen und mehr als 30 Straftatbestände neu aufgenommen. Ferner wurden in **§ 100a IV StPO Vorkehrungen zum Schutz privater Lebensgestaltung** geschaffen. Beim Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass aus der Telekommunikationsüberwachung allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. Daraus gewonnene Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden.
- II. In **§ 101 IV - VI StPO** wird die **Benachrichtigung der von verdeckten Ermittlungsmaßnahmen Betroffenen neu geregelt**. Die Vorschriften enthalten mehrere Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen die Benachrichtigung der betroffenen Personen unterbleiben oder zurückgestellt werden darf. § 101 VI 3 StPO bestimmt, dass das Gericht dem endgültigen Absehen von der Benachrichtigung zustimmen kann, wenn die Voraussetzungen für eine Benachrichtigung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch künftig nicht eintreten werden.
- III. Die Neuregelung des **§ 160a StPO** erfasst **Ermittlungsmaßnahmen**, in die Berufsgeheimnisträger als nicht einer Straftat Verdächtige einbezogen werden, und **differenziert zwischen bestimmten Berufsgruppen**. In Abs. 1 wird ein umfassender Schutz der Vertraulichkeit der berufs- und funktionsbezogenen Kommunikation mit Geistlichen, Strafverteidigern, Abgeordneten und seit dem 01.02.2011 auch mit Rechtsanwälten gewährleistet. Hinsichtlich aller Informationen, über die diesen Berufsgeheimnisträgern nach § 53 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zustünde, gilt ein **absolutes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot**. Für alle anderen zur Zeugnisverweigerung berechtigten Berufsgeheimnisträger, wie z. B. Ärzte, Steuerberater oder Pressevertreter, sieht Abs. 2 dagegen vor, dass die Ermittlungsbehörden im Einzelfall nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen das Bestehen eines Beweiserhebungs- und -verwertungsverbots zu prüfen haben.

B. Die Verfassungsmäßigkeit verdeckter Telekommunikationsüberwachung (BVerfG in BeckRS 2011, 56461)

Fall: Die Bf. in den miteinander verbundenen Verfahren erheben im Wesentlichen folgende Rügen gegen das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung: Es sei - im Hinblick auf die Begrenzung der Benachrichtigungspflicht nach § 101 VI 3 StPO - wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot bereits formell verfassungswidrig. Durch die Erweiterung des Straftatenkataloges des § 100a II StPO werde das grundrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis ausgehöhlt. Außerdem verletze die Regelung in § 100a IV StPO das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, da sie den Kernbereich privater Lebensgestaltung nur für den Fall schütze, dass die Telekommunikationsüberwachung ausschließlich aus diesem Bereich Erkenntnisse bringe. Ferner verstoße die Ausgestaltung der Benachrichtigungspflicht und ihrer Ausnahmen in § 101 IV - VI StPO gegen das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Einige der Bf., die als Ärzte bzw. publizistisch tätig sind, halten die Differenzierung zwischen den Berufsgruppen in § 160a I u. II StPO für unvereinbar mit dem allgemeinen Gleichheitssatz. Ferner sehen sie sich dadurch, dass sie von der in Abs. 1 privilegierten Gruppe der Berufsgeheimnisträger ausgeschlossen werden, in ihrem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung sowie in ihrer verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit verletzt.

Das BVerfG aaO hat entschieden, dass das **Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung verfassungsgemäß** ist.

- I. Ein **Verstoß gegen das Zitiergebot** nach Art. 19 I 2 GG liegt nicht vor.

1. Das **Zitiergebot** fordert, dass ein Gesetz dasjenige Grundrecht unter Angabe seines Artikels benennen muss, das durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes eingeschränkt wird. Die **Verletzung des Zitiergebots führt zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes** (vgl. BVerfGE 5, 13).

Das Zitiergebot erfüllt - bei nachkonstitutionellen Gesetzen - eine **Warn- und Besinnungsfunktion** (vgl. BVerfGE 64, 72; BVerfGE 113, 348; BVerfGE 120, 274). Damit soll sichergestellt werden, dass sich der Gesetzgeber die Notwendigkeit und das Ausmaß des beabsichtigten Grundrechtseingriffs bewusst macht und greift daher nicht nur bei erstmaligen Grundrechtseinschränkungen ein, sondern wird bei jeder erheblichen Veränderung der Eingriffsvoraussetzungen bedeutsam, die zu neuen Grundrechtseinschränkungen führt.

2. Auch der durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung eingeführte **§ 101 VI 3 StPO**, wonach das Gericht einem endgültigen Absehen von der Benachrichtigung des von der Ermittlungsmaßnahme Betroffenen zustimmen kann, **verstößt nicht gegen das Zitiergebot**.

„§101 VI 3 StPO n. F. enthält gegenüber der bis zum Ablauf des 31.12.2007 gültigen Rechtslage keine erhebliche Veränderung der Benachrichtigungspflicht und verstößt daher nicht gegen das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG.“

Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung bezeichnet in seinem Art. 15 für die Änderungen der Strafprozessordnung nur das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG als eingeschränkt (BGBl I, S. 3198). Dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die Regelung des § 101 VI 3 StPO, die ein endgültiges Absehen von der Benachrichtigung bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen ermöglicht, eine Einschränkung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I GG nicht aufgeführt hat, vermag keinen Verstoß gegen das Zitiergebot zu begründen.“ (BVerfG aaO)

II. Gegen die **Erweiterung des Straftatenkatalogs** in § 100a II StPO bestehen **keine verfassungsrechtlichen Bedenken**.

1. § 100a StPO ermächtigt zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation und ermöglicht damit einen **schwerwiegenden Eingriff in das** durch Art. 10 I GG geschützte **Fernmeldegeheimnis** (vgl. BVerfGE 113, 348).

Ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis liegt vor, wenn staatliche Stellen sich ohne Zustimmung der Beteiligten Kenntnis von dem Inhalt oder den Umständen eines fernmeldetechnisch vermittelten Kommunikationsvorgangs verschaffen (vgl. BVerfGE 100, 313; BVerfGE 107, 299).

2. Der mit der Neufassung des § 100a II StPO **erweiterte Straftatenkatalog wahrt** - mit Blick auf den mit der Telekommunikationsüberwachung verbundenen schwerwiegenden Eingriff in das grundrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis - den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, denn der Gesetzgeber hat den Anlasstaten-katalog nicht in verfassungswidriger Weise in die Bereiche der leichten und mittleren Kriminalität hinein ausgedehnt, sondern in den Katalog des § 100a II StPO **nur Delikte neu aufgenommen, deren Begehung mit einer Höchststrafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist**.

a) Dem **Bestimmtheitsgebot** hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er den **Einsatz der Telekommunikationsüberwachung streng auf den Ermittlungszweck** – insbes. die Aufklärung der Straftat und die Feststellung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten - **begrenzt**. Zudem werden die **Anlass-taten**, bei denen die Telekommunikationsüberwachung als Ermittlungsmaßnahme in Betracht kommt, nicht lediglich mittels abstrakter Kriterien definiert, sondern **in einem Katalog einzeln benannt**. Ferner bedarf es einer **gesicherten Tatsachenbasis** („bestimmte Tatsachen“) sowohl für die Annahme eines Tatverdachts als auch für die Erstreckung der Maßnahme auf Dritte als Nachrichtenmittler (vgl. BVerfGE 107, 299; 109, 279; 113, 348 zu § 100c I Nr. 3 StPO). Damit hat der Gesetzgeber die **Voraussetzungen der Überwachungsmaßnahme in grds. nachvollziehbarer Weise umschrieben** (vgl. BVerfGE 110, 33).

- b) Darüber hinaus wahrt der erweiterte Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**.

„Der **Gesetzgeber** verfügt über einen **Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung des Unrechtsgehalts eines Delikts** und bei der Entscheidung darüber, welche Straftaten er zum Anlass für bestimmte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen machen will (vgl. BVerfGE 109, 279). Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis setzen jedoch die Qualifizierung einer Straftat als schwer voraus, was aber in der Strafnorm – insbes. etwa durch den Strafrahmen - einen objektivierten Ausdruck finden muss (vgl. BVerfGE 125, 260). Für diese Qualifizierung können auch das geschützte Rechtsgut und dessen Bedeutung für die Rechtsgemeinschaft von Bedeutung sein.

Der Gesetzgeber hat in den Katalog des § 100a II StPO nur Delikte neu aufgenommen, deren Begehung mit einer Höchststrafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Dies allein qualifiziert die Delikte allerdings noch nicht als schwere Straftaten, bei denen ein Eingriff in Art. 10 I GG erst verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 124, 43; BVerfGE 125, 260). Eine Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe ist im StGB der Regelfall. Mit ihr sind auch Straftaten bedroht, die angesichts des jeweils geschützten Rechtsguts und bei teilweise nicht erhöhter Mindeststrafe allenfalls dem mittleren Kriminalitätsbereich zuzuordnen sind (vgl. BVerfGE 109, 279).

Gleichwohl ist die **gesetzgeberische Einstufung** der in § 100a II StPO aufgenommenen Straftatbestände als „schwer“ bei einer Gesamtschau **vertretbar**, die insbesondere die jeweils geschützten Rechtsgüter in den Blick nimmt (wird ausgeführt).

Ferner hat der Gesetzgeber die Überwachung der Telekommunikation nicht allein an den Verdacht geknüpft, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine Katalogtat im Sinne des § 100a II StPO begangen hat. § 100a I Nr. 2 StPO verlangt vielmehr, dass die zur Überwachung der Telekommunikation Anlass gebende **Katalogtat auch im Einzelfall schwer wiegt**. Hinzu kommt das Erfordernis, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten - ohne die Überwachung der Telekommunikation - wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (§ 100a I Nr. 3 StPO). Damit hat der Gesetzgeber ein Schutzkonzept geschaffen, das dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** entspricht.“ (BVerfG aaO)

3. Schließlich genügt auch die tatbestandliche Voraussetzung des § 100a I Nr. 2 StPO, dass „die **Tat auch im Einzelfall schwer wiegt**“, dem Bestimmtheitsgebot.

„**Indizien** hierfür können, wie in der Rspr. des BVerfG bereits mehrfach angesprochen, die **Schutzwürdigkeit der verletzten Rechtsgüter** (vgl. BVerfGE 109, 279), der **Grad der Bedrohung der Allgemeinheit** (vgl. BVerfGE 107, 299; BVerfGE 113, 348), die **Art der Begehung der Straftat** (vgl. BVerfGE 107, 299; BVerfGE 109, 279), die **Anzahl der Geschädigten** (vgl. BVerfGE 107, 299) und/oder das **Ausmaß des Schadens** (vgl. BVerfGE 107, 299) sein. Da es bei dem Tatbestandsmerkmal entscheidend auf die **Würdigung der Umstände des Einzelfalls** ankommt (vgl. zur Bedeutung dieser zusätzlichen, über die abstrakte Festlegung eines Straftatenkatalogs hinausgehenden Freiheitssicherung BVerfGE 125, 260; m. w. Nachw.), bedarf es von Verfassungen wegen keiner weiteren Ausdifferenzierung auf gesetzlicher Ebene.“ (BVerfG aaO)

- III. Die **Ausgestaltung der Benachrichtigungspflichten** in § 101 IV – VI StPO hält ebenfalls einer **verfassungsrechtlichen Prüfung** stand.

Der Anspruch auf Benachrichtigung von verdeckten Ermittlungsmaßnahmen gehört zu den **wesentlichen Voraussetzungen effektiven Grundrechtsschutzes**. Ohne zumindest nachträgliche Kenntnis können die Betroffenen weder eine Unrechtmäßigkeit der durchgeführten Ermittlungsmaßnahme noch etwaige Rechte auf Löschung, Berichtigung oder Genugtuung geltend machen.

Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht kann der Gesetzgeber in **Abwägung mit verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern Dritter** vorsehen. Sie sind jedoch **auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken**.

„Bei der Strafverfolgung sind **Ausnahmen von den Benachrichtigungspflichten denkbar**, wenn bspw. die Kenntnis des Eingriffs in das Telekommunikationsgeheimnis dazu führen würde, dass dieser seinen Zweck verfehlt, wenn die Benachrichtigung nicht ohne Gefährdung von Leib und Leben einer Person geschehen kann oder wenn ihr überwiegende Belange einer betroffenen Person entgegenstehen, etwa weil durch die Benachrichtigung von einer Maßnahme, die keine weiteren Folgen gehabt hat, der Grundrechtseingriff noch vertieft würde. Darüber hinaus ist es verfassungsrechtlich nicht geboten, vergleichbar strenge Benachrichtigungspflichten gegenüber Personen zu begründen, die nur zufällig von einer Ermittlungsmaßnahme gegen einen Beschuldigten betroffen sind und somit nicht Ziel des behördlichen Handelns sind. Eine Benachrichtigung kann ihnen gegenüber im Einzelfall den Eingriff vielfach sogar vertiefen.

Die durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung geänderten Vorschriften des § 101 IV – VI StPO zur Einschränkung der Benachrichtigungspflichten werden diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben gerecht.“ (BVerfG aaO)

IV. Zudem stellt auch die Regelung über den **Schutz der Zeugnisverweigerungsberechtigten** in § 160a I u. II StPO keinen Verstoß gegen Grundrechte dar.

1. Der **Gesetzgeber** war **nicht** dazu **verpflichtet**, den **Anwendungsbereich** des in § 160a I StPO normierten **absoluten Beweiserhebungs- und Verwendungsverbots** - für Geistliche, Strafverteidiger, Abgeordnete und seit dem 1. Februar 2011 für Rechtsanwälte - auch **auf die in Abs. 2 der Vorschrift genannten Personengruppen zu erstrecken**.

„§ 160a I u. II StPO bezweckt in **Anlehnung an die in § 53 I StPO normierten Zeugnisverweigerungsrechte der Berufsheimnisträger den Schutz des zu diesen bestehenden Vertrauensverhältnisses**. Mit der Differenzierung zwischen bestimmten Gruppen von Berufsheimnisträgern trägt der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung, dass das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen **unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung** zuerkennt, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt und damit auch strafprozessualen Ermittlungen von vornherein entzogen ist: Soweit der Gesetzgeber annimmt, dass der Kontakt zwischen einem Bürger und einem Berufsheimnisträger typischerweise den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung berührt, gewährt er absoluten Schutz vor einer Erhebung, Verwendung oder Verwertung von Informationen (§ 160a I StPO). In allen anderen Fällen, in denen zwar ebenfalls eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen Bürger und Berufsheimnisträger besteht, der Kernbereich privater Lebensführung zwar berührt sein kann, aus Sicht des Gesetzgebers bei typisierender Betrachtung jedoch nicht notwendig berührt ist, wird nur ein relativer Schutz gewährt (§ 160a II StPO). Soweit bei dieser Personengruppe im Einzelfall der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung tangiert wird, ist auch im Bereich des § 160a II StPO von einer Unzulässigkeit der Ermittlungsmaßnahme auszugehen.

Indem der Gesetzgeber das absolute Beweiserhebungs- und -verwendungsverbot des § 160a I StPO auf wenige Ausnahmefälle begrenzt, trägt er dem Umstand Rechnung, dass die Verfolgung von Straftaten hohe Bedeutung hat. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.

Bei den von § 160a I StPO erfassten Berufsgruppen **rechtfertigen jeweils besondere Gründe eine Privilegierung** in Form eines absoluten Beweiserhebungs und -verwendungsverbotes: Für Geistliche in ihrer Eigenschaft als Seelsorger sowie für Strafverteidiger ergibt sich die Rechtfertigung für den absoluten Schutz daraus, dass ihre Kommunikation mit dem Beschuldigten eines Strafverfahrens typischerweise einen Bezug zu Art. 1 I GG aufweist. Die Einbeziehung der Abgeordneten in § 160a I StPO kann sich hingegen auf eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung stützen. Sie wird um der Institution des Parlaments und seiner Funktionsfähigkeit willen gewährt. Deshalb ordnet auch das Grundgesetz für Bundestagsabgeordnete ein Zeugnisverweigerungsrecht und ein Beschlagnahmeverbot an (Art. 47 GG).“ (BVerfG aaO)

2. Auch die **gesetzgeberische Entscheidung**, den **absoluten Schutz** des § 160a I StPO auf Rechtsanwälte, auf nach § 206 BRAO in eine Rechtsanwaltskammer aufgenommenen Personen sowie auf Kammerrechtsbeistände **auszudehnen, ist vor Art. 3 I GG noch zu rechtfertigen**.

„Allein die **Stellung der Rechtsanwälte als unabhängige Organe der Rechtspflege** und ihre **Teilnahme an der Verwirklichung des Rechtsstaats** heben sie zwar noch nicht in einer Weise aus dem Kreis der lediglich von dem relativen Schutz des § 160a II StPO erfassten Berufsheimnisträger heraus. Allerdings kann eine hinreichende Rechtfertigung in dem Umstand gesehen werden, dass eine Differenzierung zwischen Anwälten und Verteidigern aufgrund der Nähe der Tätigkeitsfelder faktisch kaum möglich ist. Einem anwaltlichen Beratungsverhältnis ist anders als dies etwa bei Steuerberatern der Fall ist bei generalisierender Betrachtung die Option der Strafverteidigung immanent. Daher ist es mit Blick auf den Menschenwürdebezug der Strafverteidigung vertretbar, auch die nunmehr neu von § 160a I StPO erfasste Berufsgruppe der Rechtsanwälte an dem dort normierten absoluten Schutz teilhaben zu lassen.

Von diesen privilegierten Berufsgruppen unterscheiden sich die von § 160a II StPO erfassten anderen Berufsheimnisträger in einer Weise, die einen der Abwägung zugänglichen Schutz gegenüber Ermittlungsmaßnahmen rechtfertigt.“ (BVerfG aaO)

BauGB
§ 212a**Rechtsschutz der Gemeinde gegen Baugenehmigung
Streit um Suspensiveffekt**

VwGO

(OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2011, 888; Beschluss vom 13.07.2011 – 2 B 231/11)

1. Der **Ausschluss des Suspensiveffekts** für Rechtsbehelfe gegen Baugenehmigungen durch § 212 a I BauGB erfasst auch **Rechtsbehelfe von Gemeinden**, die sich unter Geltendmachung einer Verletzung ihres gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 II 1 GG) gegen eine Baugenehmigung wenden. Dies gilt auch hinsichtlich einer im Einzelfall erfolgten **Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens** durch die Untere Bauaufsichtsbehörde.
2. Unterbleibt eine notwendige Beteiligung und erfolgt eine rechtzeitige Verweigerung des Einvernehmens, hat die Gemeinde **Anspruch auf Aufhebung** einer gleichwohl erteilten Baugenehmigung schon wegen Verletzung ihres Mitwirkungsrechts zu.
3. Auch hat die Gemeinde nach materiellem Recht bei rechtzeitiger Versagung ihres Einvernehmens einen Anspruch darauf, dass die Bauaufsichtsbehörde **kein Vorhaben** zulässt, das den **planungsrechtlichen Zulässigkeitsanforderungen nicht entspricht**.

Fall: Im August 2008 beantragte der Beigeladene die Erteilung eines positiven Vorbescheids für den „Neubau eines Fachmarktzentruns“ im unbeplanten Innenbereich der Antragstellerin. Geplant waren ein Lebensmittelmarkt mit einer Verkaufsfläche von 798 qm, ein Drogeriemarkt mit 750 qm, sowie ein Ki.- und des TE.-Marktes mit 502 qm bzw. 401 qm. Der Antragsgegner als Baugenehmigungsbehörde leitete diesen Antrag der Antragstellerin zur Stellungnahme zu. Diese hat das Einvernehmen zu dem Vorhaben in Aussicht gestellt, wenn in einem neutralen Gutachten nachgewiesen werde, dass von dem Vorhaben keine schädlichen Auswirkungen auf die zentralen Versorgungsbereiche „Innenstadt“ und im Stadtteil L. zu erwarten seien.

Daraufhin stellte der Antragsgegner dem Beigeladenen Ende Januar 2009 die Erteilung einer Baugenehmigung unter „Auflagen und Bedingungen“ in Aussicht. In dem Zusammenhang heißt es unter der Nr. 1 in dem Vorbescheid:

„Die in den am 19.11.2008 vorgelegten Planunterlagen und der diesen Unterlagen beigegebenen Projektkurzbeschreibungen bezeichneten Vorhaben ... sind bauplanungsrechtlich entsprechend der Vorschrift des § 34 I BauGB zulässig, wenn in einem von Ihnen vorzulegenden neutralen Gutachten der Nachweis erbracht wird, dass von den genannten Vorhaben keine schädlichen Aufwirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Stadt B oder anderen Gemeinden zu erwarten sind (§ 34 III BauGB).“

Der Vorbescheid wurde dem Beigeladenen am 30.01.2009 zugestellt. Diese legte dann im Juni 2009 ein entsprechendes Gutachten vor. Im August 2009 teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner mit, das Gutachten sei nach ihrer Auffassung nicht geeignet, die Bedenken gegen das Projekt auszuräumen, und bat um Stellungnahme, ob der Antragsgegner das Gutachten „anerkenne“. Im November 2009 beschloss die Antragstellerin die Aufstellung eines Bebauungsplanes, der auch das Gebiet des Vorhabens der Beigeladenen umfasste und erließ gleichzeitig eine Veränderungssperre.

Im März 2010 beantragte der Beigeladene die Erteilung der Baugenehmigung für den Neubau des „Fachmarktzentruns“. Die um Stellungnahme ersuchte Antragstellerin verweigerte im Mai 2010 ihr Einvernehmen, nunmehr unter Verweis auf die Veränderungssperre. Da das Vorhaben den mit der Bauleitplanung verfolgten Zielen widerspreche, komme auch keine Ausnahme in Betracht. Der Sperrwirkung der Veränderungssperre stehe der im Januar 2009 vom Antragsgegner erteilte Vorbescheid nicht entgegen.

Im Juli 2010 setzte der Antragsgegner die Antragstellerin in Kenntnis, dass er beabsichtige, das versagte Einvernehmen zu ersetzen und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Antragstellerin blieb bei ihrer ablehnenden Haltung. Im September 2010 wurde der Bebauungsplan dann entsprechend erlassen. Es ist ein Gewerbegebiet (§ 8 BauNVO 1990) festgesetzt mit der Maßgabe, dass Einzelhandelsbetriebe nur zulässig sind, wenn sie als Verkaufsstätten im funktionalen und räumlichen Zusammenhang mit einem im Plangebiet ansässigen produzierenden oder verarbeitenden Gewerbe- oder Handwerksbetrieb stehen und die auf maximal 300 qm begrenzte Verkaufsfläche der Betriebsfläche untergeordnet ist.

Im November 2010 erteilte der Antragsgegner dem Beigeladenen die begehrte Baugenehmigung („Neubau Fachmarktzentrum“) unter ausdrücklicher Ersetzung des Einvernehmens der Antragstellerin. Zur Begründung dieser Entscheidung wurde in dem Bauschein auf den Vorbescheid vom Januar 2009 und die Vorlage des darin geforderten Gutachtens zum Fehlen negativer städtebaulicher Auswirkungen des Vorhabens auf zentrale Versorgungsbereiche insbesondere auf dem Gebiet der Antragstellerin verwiesen.

Gegen die auch ihr förmlich zugestellte Baugenehmigung hat die Antragstellerin Anfang Dezember 2010 Widerspruch eingelegt und beantragt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Ist der Antrag begründet?

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach §§ 80a I Nr. 2, III VwGO ist begründet, wenn der Suspensiveffekt entfallen ist, Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen und ein besonderes Aufschubinteresse anzunehmen ist.

I. Wegfall des Suspensiveffekts

Der Suspensiveffekt könnte nach § 80 II 1 Nr. 3 VwGO kraft gesetzlicher Anordnung in § 212a I BauGB entfallen sein. Danach haben Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens keine aufschiebende Wirkung. Fraglich ist jedoch, ob von dieser Vorschrift nur Rechtsbehelfe von Nachbarn betroffen sind oder ob auch die um ihr Einvernehmen ersuchte Gemeinde als Dritte im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist.

„Der Ausschluss des Suspensiveffekts für Rechtsbehelfe gegen Baugenehmigungen durch § 212a I BauGB erfasst auch Widersprüche und - gegebenenfalls - Anfechtungsklagen von Gemeinden, die sich unter Geltendmachung einer Verletzung ihres gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 II 1 GG, Art. 117 Abs. 3 SVerf) gegen eine Baugenehmigung wenden (vgl. hierzu zuletzt OVG Saarlouis, Beschlüsse vom 02.09.2010 - 2 B 215/10 -, SKZ 2011, 42, Leitsatz Nr. 24, und zuletzt vom 25.03.2011 - 2 B 100/11 -, SKZ 2011, 168). Nach § 72 IV LBO 2004 gilt das auch hinsichtlich einer im Einzelfall erfolgten Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch die Untere Bauaufsichtsbehörde auf der Grundlage des § 72 I LBO 2004.“ (OVG Saarlouis aaO)

II. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Ein Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung setzt grundsätzlich voraus, dass mit den Erkenntnismöglichkeiten des Eilverfahrens prognostiziert werden kann, der Antragsteller werde in der Hauptsache obsiegen.

*„Für eine Anordnung der kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (§§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO, 212a Abs. 1 BauGB) ausgeschlossenen aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen eine Baugenehmigung ist nur Raum, wenn die überschlägige Rechtskontrolle zumindest **gewichtige Zweifel an der rechtlichen Unbedenklichkeit** der angefochtenen Genehmigung mit Blick auf die Position des jeweiligen Rechtsbehelfsführers ergibt (vgl. hierzu im Einzelnen etwa OVG des Saarlandes, Beschlüsse vom 27.10.2003 - 1 W 34/03 und 1 W 35/03 -, SKZ 2004, 85, Leitsatz Nr. 40, st. Rspr.).“ (OVG Saarlouis aaO)*

Hier wird Verfahren aber nicht von den „üblichen“ Dritten (Nachbarn) betrieben, sondern von einer Gemeinde, die nicht selbst Genehmigungsbehörde ist. In einem solchen Fall ist von Art. 28 II 1 GG erfasste Planungshoheit der Gemeinde betroffen. Vor diesem Hintergrund könnte angenommen werden, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auch dann zu erfolgen hat, wenn die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen sind.

*„Das **„erhebliche Gewicht“** der **gemeindlichen Planungshoheit** rechtfertigt vor dem Hintergrund der den Gemeinden allgemein eröffneten Möglichkeiten, die materiellen bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Bauvorhaben im Wege einer **konkreten Bauleitplanung** zu verändern und über den Einsatz des Sicherungsinstrumentariums der §§ 14 ff. BauGB gegebenenfalls auch kurzfristig zu beeinflussen, vom Maßstab her für das Aussetzungsverfahren keine andere Beurteilung.*

*Die Antragstellerin, weist zwar zutreffend darauf hin, dass das Bauvorhaben des Beigeladenen den Festsetzungen über die zulässige Art der baulichen Nutzung (§ 8 BauNVO 1990) widerspricht und von daher zu dem Zeitpunkt nicht (mehr) genehmigungsfähig gewesen wäre (§ 30 I, III BauGB). Im Zentrum der rechtlichen Auseinandersetzung zwischen den Beteiligten steht indes die Frage, ob und inwieweit es der Antragstellerin gelungen ist, durch diese Bauleitplanung und die im Dezember 2009 erlassene Veränderungssperre (§ 14 I BauGB) eine ursprüngliche Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens auf der Grundlage des § 34 BauGB gegebenenfalls „erfolgreich“ auszuschließen. Die durch den Fall insoweit aufgeworfenen **komplizierten verfahrens- und bauplanungsrechtlichen Fragen** werden sich **abschließend nur im Hauptsacheverfahren** beantworten lassen. Weshalb dieser Umstand oder allgemein eine Komplexität des Sachverhalts angesichts drohender Ausführung eines Bauwerks es rechtfertigen sollte, für die Beurteilung des Aussetzungsbegehrens (§ 80 V VwGO) trotz der Interessengewichtung durch den Bundesgesetzgeber in § 212a I BauGB für die Interessenabwägung im konkreten Fall einen abweichenden Maßstab anzulegen als in anderen Fällen der „Drittanfechtung“ einer Baugenehmigung, erschließt sich nicht.“ (OVG Saarlouis aaO)*

Die Gemeinde wird aber mit dem Widerspruch in der Hauptsache, gegen deren Zulässigkeit keine Bedenken bestehen, nur durchdringen können, wenn die Erteilung der Baugenehmigung rechtswidrig ist und die Gemeinde in ihren Rechten verletzt (§ 113 I 1 VwGO).

1. Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung

a) Verletzung der Pflicht zur Herstellung des Einvernehmens, § 36 I BauGB

Nach § 36 I BauGB ist immer dann im Einvernehmen mit der Gemeinde über einen Bauantrag zu entscheiden, wenn die Gemeinde ihre planerischen Vorstellungen noch nicht in einem Bebauungsplan niedergelegt hat (§§ 33, 34, 35 BauGB) oder von diesem abgewichen werden soll (§ 31 BauGB). Ein Verstoß gegen diese Pflicht

zur Herstellung des Einvernehmens könnte schon für sich zur Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung führen.

*„Der Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens über das Einvernehmensefordernis einzubindenden Gemeinde, die **entweder überhaupt nicht beteiligt** wurde oder die ihr Einvernehmen zu einem Bauvorhaben gegenüber der Bauaufsichtsbehörde **rechtzeitig (§ 36 I 1, 2 BauGB) verweigert** hat, steht ein Anspruch auf Aufhebung einer des ungeachtet erteilten Baugenehmigung schon wegen **Verletzung ihres Mitwirkungsrechts** zu, also insbesondere unabhängig von der bodenrechtlichen Zulässigkeit des zugelassenen Vorhabens nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB.“* (OVG Saarlouis aaO)

Die Baugenehmigung ist daher schon deshalb rechtswidrig und aufzuheben, wenn ein solcher Verstoß gegen die Einvernehmenspflicht feststellbar wäre.

*„Der Antragsgegner hat indes den **Rechten der Antragstellerin auf Beteiligung im Vorbescheidsverfahren** aus dem § 36 I 1 BauGB **Rechnung getragen**, zusätzlich anschließend im Baugenehmigungsverfahren von der ihm durch die §§ 36 II 3 BauGB, 72 I LBO 2004 eingeräumten Möglichkeit einer **Ersetzung des Einvernehmens** Gebrauch gemacht und auch dabei ersichtlich die formellen Vorgaben des § 72 LBO 2004 beachtet.“* (OVG Saarlouis aaO)

Fraglich ist allerdings, ob es in diesem Rahmen hinsichtlich der Einhaltung des Einvernehmensefordernisses schon darauf ankommt, ob die Voraussetzungen für die Ersetzung des Einvernehmens durch den Antragsgegner vorlagen.

*„Ob das Einvernehmen der Antragstellerin zu dem Vorhaben in dem Baugenehmigungsverfahren indes überhaupt **noch wirksam „versagt“** werden konnte und daher überhaupt **Anlass für eine Ersetzung** desselben bestand, beziehungsweise, ob die neuerliche Verweigerung des Einvernehmens im Mai 2010 gegebenenfalls im Sinne des § 72 I 1 LBO 2004 „rechtswidrig“ erfolgte, bedarf insoweit daher keiner Vertiefung.“* (OVG Saarlouis aaO)

b) Bauplanungswidrigkeit des Vorhabens

*„Eine Gemeinde - hier die Antragstellerin - hat allerdings über die Beteiligungsrechte hinaus auf **materiellrechtlicher Grundlage** im Falle einer rechtzeitigen Versagung ihres Einvernehmens einen **Anspruch** darauf, dass die Bauaufsichtsbehörde **kein Vorhaben** zulässt, das den im Rahmen der Entscheidung nach § 36 I 1 BauGB ihrer Beurteilung unterliegenden **planungsrechtlichen Zulässigkeitsanforderungen nicht entspricht**.“* (OVG Saarlouis aaO)

aa) bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens im Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung

Angesichts des nach Erlass des Bauvorbescheides wirksam erlassenen Bebauungsplanes sowie der Veränderungssperre entsprach das geplante „Fachmarktzentrum“ nicht (mehr) den Festsetzungen.

Dies kann die Gemeinde aber der Erteilung der Baugenehmigung nur entgegenhalten, wenn nicht die Bindungswirkung des Bauvorbescheides entgegensteht.

bb) Relevanz des Bauvorbescheides

Im vorliegenden Fall könnte aber deshalb etwas anderes gelten, weil vor Erlass der Baugenehmigung ein Bauvorbescheid ergangen ist.

(1) Allgemeine Bindungswirkung des Bauvorbescheides

*„Aufgrund der in die Kompetenz des Landesgesetzgebers fallenden Regelung des Baugenehmigungsverfahrens enthält der **Vorbescheid** nach § 76 LBO 2004 im Saarland allgemein, insbesondere auch in der Form der eine **Entscheidung über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens** betreffenden Baugenehmigung einen vorweggenommenen Teil der Baugenehmigung (Vgl. in dem Zusammenhang grundlegend BVerwG, Urteil vom 3.2.1984 - 4 C 39.82 -, BRS 42 Nr. 170.*

*Nach § 76 S. LBO 2004 „gilt“ der Vorbescheid für drei Jahre. Daraus ergibt sich eine **befristete Bindung der Bauaufsichtsbehörde** im anschließenden Baugenehmigungsverfahren **an die materielle Beurteilung des Bauvorhabens** im vom Bauherrn in der Bauvoranfrage festzulegenden Entscheidungsumfang des konkreten Vorbescheids. Diese **Bindungswirkung** besteht nach dem insoweit keine Einschränkungen enthaltenden Gesetzeswortlaut **unabhängig von nachträglichen Änderungen der Rechtslage** während dieses Zeitraums und beinhaltet daher nicht nur eine unter dem Vorbehalt gleichbleibender materieller Rechtslage stehende „Zusage“ der (späteren) Erteilung einer Baugenehmigung.“* (OVG Saarlouis aaO)

Fraglich ist jedoch, ob diese Bindungswirkung nur für die Baugenehmigungsbehörde gilt oder auch gegenüber der Gemeinde besteht, in deren Gebiet das Bauvorhaben realisiert werden soll.

*„Die **Bindung** hinsichtlich der bauplanungsrechtlichen Beurteilung besteht **auch gegenüber einer Standortgemeinde**, die im Rahmen ihrer Beteiligung das Einvernehmen zu dem Vorhaben hergestellt hat, so dass in einem anschließenden Baugenehmigungsverfahren in diesen Fällen kein Raum mehr für ihre neuerliche Beteiligung ist, weil keine inhaltliche Beurteilung im Rahmen des Beteiligungserfordernisses nach § 36 I 1 BauGB mehr erfolgt.“ (OVG Saarlouis aaO)*

(2) Rechtsfolgen der Bindungswirkung

Die dem **Vorbescheid** zugrunde liegende Bauvoranfrage vom August 2008 bezog sich ausdrücklich umfassend auf die **„Zulässigkeit des Vorhabens nach städtebaulichem Planungsrecht“**, so dass die Bindungswirkung auch grundsätzlich insofern besteht. Es ergibt sich auch nichts anderes daraus, dass die um Stellungnahme ersuchte Antragstellerin ihr Einvernehmen für den Fall eines Nachweises eines Nichteintritts schädlicher Auswirkungen auf den zentralen Versorgungsbereich ihrer „Innenstadt“ und den Stadtteil L. durch ein „neutrales“ Gutachten in Aussicht gestellt hat.

*„Es ist davon auszugehen, dass der **Nachweisvorbehalt** (Gutachter) auf den § 34 III BauGB (2004) bezog, so dass die Antragstellerin davon ausgegangen ist, dass sich das Vorhaben „ansonsten“ im Sinne des § 34 I 1 BauGB in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Wollte man diese Stellungnahme der Antragstellerin, was allerdings mit Blick auf den weiteren Gang des Verfahrens fern liegt, demgegenüber vom rechtlichen Gehalt her als eine „Versagung“ des Einvernehmens interpretieren, so wäre sie gehalten gewesen, **gegen die im Außenverhältnis zum Beigeladenen als Bauherrn verbindliche Regelung im Vorbescheid des Antragsgegners Rechtsbehelfe einzulegen.**“ (OVG Saarlouis aaO)*

Da die Gemeinde insofern ihr Einvernehmen zum Bauvorbescheid lediglich von der Vorlage eines positiven Gutachtens zur Verträglichkeit nach § 34 III BauGB abhängig gemacht, welches tatsächlich vorgelegt wurde, ist sie insofern auch bezüglich der Baugenehmigung hieran gebunden.

*„Ist daher nach gegenwärtigem Erkenntnisstand mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass aus der Planungshoheit der Antragstellerin ableitbare **Abwehrbefugnisse gegen die Baugenehmigung** bereits aufgrund der als Erklärung ihres **Einvernehmens unter einer (zulässigen) Bedingung** spätestens mit dem „Eintritt“ dieser Bedingung nicht mehr bestanden. Ob der Antragsgegner zu Recht von der Nachweistauglichkeit des Gutachtens der GMA ausgegangen ist oder nicht, entzieht sich einer weiteren Kontrolle jedenfalls durch die Antragstellerin.“ (OVG Saarlouis aaO)*

Dem steht auch die erlassene Veränderungssperre nicht entgegen.

*„Spätestens seit dem Eintritt der von der Antragstellerin ins Verfahren eingebrachten „Bedingung“ ist vom Vorliegen einer „baurechtlichen Genehmigung“ im Sinne des § 14 III 1 BauGB und damit von einem **veränderungssperrenrechtlichen Bestandsschutz** auszugehen. Das Vorhaben wird daher von einer zeitlich danach in Kraft getretenen Veränderungssperre „nicht berührt“ (Vgl. zur inzwischen weitestgehend anerkannten Qualität eines bauplanungsrechtlichen Vorbescheids (sog. Bebauungsgenehmigung“) als „baurechtliche Genehmigung“ im Sinne von § 14 Abs. 3 BauGB statt vieler Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB Loseblatt, Band II, § 14 Rn. 121 ff.)*

*Die in einem solchen Bescheid enthaltene Aussage über die **bauplanungsrechtliche Zulässigkeit** des Vorhabens ist in einem späteren Baugenehmigungsverfahren innerhalb der Bindungsfrist des § 76 S. 2 LBO 2004 **keiner erneuten Überprüfung mehr zu unterziehen**. Ein die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens feststellender Vorbescheid setzt sich daher gegenüber nachfolgenden Rechtsänderungen im Wege des Inkrafttretens einer Veränderungssperre oder eines Bebauungsplans durch (vgl. hierzu grundlegend BVerwG, Urteil vom 3.2.1984 - 4 C 39.82 -, BRS 42 Nr. 170.“ (OVG Saarlouis aaO)*

Ergebnis: Es bestehen nach summarischer Prüfung keine Erfolgsaussichten in der Hauptsache, so dass die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen ist. Die Baugenehmigung des Beigeladenen bleibt damit entsprechend der Vorgabe in § 212a I BauGB vollziehbar. Die Ausführung des Vorhabens vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens erfolgt auf „eigenes Risiko“ des Bauherrn.

Kurzauslese II

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

ZPO ZPO
 § 148 Verfahrensaussetzung
Entbehrlichkeit einer mündl. Verhandlung
 (BGH in NJW-RR 2011, 1691; Beschluss vom 28.09.2011 – I ZR 89/09)

Die **Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens** nach § 148 ZPO kann **ohne mündliche Verhandlung** ergehen.

„Ein Teil des Schrifttums steht allerdings nach wie vor auf dem Standpunkt, eine Aussetzungsentscheidung nach § 148 ZPO könne nur auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen. Sie stützt sich dabei auf den Beschluss des RGZ 40, 373, wonach eine Analogie zu § 248 II ZPO nicht in Betracht komme (MüKo-ZPO/Wagner, 3. Aufl., § 148 Rn 13; Wieczorek/Schütze/Smid, ZPO, 3. Aufl., § 148 Rn 57; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl., § 148 Rn 2).

Eine **Gegenauffassung** hält dagegen in entsprechender Anwendung von § 248 II ZPO eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung für zulässig (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 148 Rn 35; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl., § 148 Rn 2; vermittelnd Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 148 Rn 7a). Dabei wird übersehen, dass **der Streitfrage**, ob eine analoge Anwendung des § 248 II ZPO in Betracht kommt, **durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001 (BGBl I, 1887) die Grundlage entzogen** worden ist. Denn seitdem ist in § 128 IV ZPO geregelt, dass Entscheidungen, die keine Urteile sind, stets ohne mündliche Verhandlung ergehen können, soweit nichts anderes bestimmt ist (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 148 Rn 35; Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., § 148 Rn 8; Saenger/Wöstmann, ZPO, 4. Aufl., § 148 Rn 7; Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl., § 148 Rn 1).“ (BGH aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO ZPO
 §§ 331, 850f II 2 Versäumnisurteil
Erforderlichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung
 (OLG Naumburg in Rpfleger 2012, 37 = NZI 2011, 772; Urteil vom 30.06.2011 – 1 U 7/11)

Anders als ein Vollstreckungsbescheid darf ein Versäumnisurteil erst nach der von § 331 I ZPO geforderten **Schlüssigkeitsprüfung** (dazu als Voraussetzung im Rahmen von § 850f II ZPO ausdrücklich BGH NZI 2006, 536 = NJW 2006, 2922) **ergehen**.

„So entspricht es der h. M., dass auch ein sachlich entscheidendes Versäumnisurteil der **materiellen Rechtskraft** fähig ist. Da dieses – wie vorliegend – regelmäßig weder einen Tatbestand noch Entscheidungsgründe enthält, ist bei einem Versäumnisurteil gegen den Bekl. neben der Urteilsformel ergänzend auf den Klageinhalt, also **auf das Vorbringen des Kl. abzustellen** (BGH NJW-RR 1987, 831), weil dieses **Vorbringen nach § 331 I ZPO als zugestanden gilt**.“ (OLG Naumburg aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO ZPO
 §§ 888, 890 Beschwerde bei Vollstreckungserzwingung
aufschiebende Wirkung
 (BGH in MDR 2011, 1503 = NJW 2011, 3791; Beschluss vom 17.08.2011 – I ZB 20/11)

Eine **Beschwerde gegen die Festsetzung eines Zwangs- oder Ordnungsmittels** hat auch bei Zwangs- oder Ordnungsmittelbeschlüssen gem. §§ 888, 890 ZPO **aufschiebende Wirkung**.

I. Die **Frage**, ob die aufschiebende Wirkung, die eine Beschwerde gegen die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels gem. § 570 I ZPO hat, auch bei Zwangs- und Ordnungsmittelbeschlüssen gem. §§ 888, 890 ZPO eintritt, ist **in Rspr. und im Schrifttum umstritten** und **vom BGH** (vgl. BGHZ 161, 60 = NJW 2005, 509 = GRUR 2005, 269) bislang **noch nicht entschieden**.

Teilweise wird dies mit der Begründung verneint, die weite Fassung des § 570 I ZPO beruhe auf einem Redaktionsversehen, das dem Gesetzgeber bei der Neufassung der Vorschriften über die Beschwerde im Zuge der ZPO-Reform 2002 unterlaufen und durch eine einschränkende Auslegung dieser Vorschrift zu korrigieren sei.

Diese Ansicht wird außer mit der vollstreckungsrechtlichen Funktion der §§ 888, 890 ZPO und dem Umstand, dass in diesen Bestimmungen das Wort „Festsetzung“ nicht verwendet wird, vor allem damit begründet, dass der Gesetzgeber nach der Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses nichts an der bisher bestehenden Rechtslage habe ändern wollen, nach der Beschwerden gegen Beschlüsse gem. §§ 888, 890 ZPO keine aufschiebende Wirkung gehabt hätten. Sie nimmt dabei insbesondere auf die Formulierung in der Begründung zum Regierungsentwurf Bezug, wonach die an die Stelle des Enumerationsprinzips in § 572 ZPO a. F. tretende Generalklausel des § 570 I ZPO die nach dem bisherigen Recht unvollständige Aufzählung einzelner Ordnungs- und Zwangsmittel „ohne inhaltliche Änderung“ **obsolet mache**.

vgl. OLG Köln NJW-RR 2003, 716; MüKo-ZPO/Lipp, 3. Aufl., § 570 Rn 2; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 888 Rn 48 u. § 890 Rn 70; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 570 Rn 2; Zöller/Stöber, § 888 Rn 15 u. § 890 Rn 20; Prütting/Gehrlein, ZPO,

3. Aufl., § 888 Rn 33 u. § 890 Rn 29; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl., § 570 Rn 1; Thomas/Putzo/Seiler, § 888 Rn 18 u. § 890 Rn 40; Schuschke/Walker, Vollstreckung u. Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 888 Rn 51; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, ZwangsvollstreckungsR, 12. Aufl., § 38 Rn 21

- II. **BGH aaO** weist demgegenüber zur Begründung seiner gegenteiligen, in der Rspr. und im Schrifttum ebenfalls verbreiteten Ansicht (vgl. Wieczorek/Schütze/Jänich, ZPO, 3. Aufl., § 570 Rn 3; Baumbach/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 570 Rn 4 u. § 890 Rn 40; Schuschke/Walker, § 890 Rn 56; Prütting/Gehrlein, § 570 Rn 2; Kayser, Handkomm-ZPO, 4. Aufl., § 570 Rn 3; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 890 Rn 20) darauf hin, dass die Äußerung des Reformgesetzgebers an der bewussten Stelle keineswegs eindeutig, sondern im Gegenteil in sich widersprüchlich ist.

„So findet sich dort zwischen den Passagen, auf die sich die von der Rechtsbeschwerde befürwortete Ansicht stützt, die Wendung eingestreut, die Beschwerde habe „nunmehr immer dann aufschiebende Wirkung, wenn sie die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels zum Gegenstand“ habe. Bei dieser Sachlage erscheint es allenfalls möglich, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung lediglich die zu § 572 ZPO a. F. überwiegend vertretene Ansicht bestätigen wollte, dass die dort enthaltene Aufzählung einzelner Bestimmungen unvollständig und die Regelung daher auf entsprechend gelagerte andere Fälle zu erstrecken sei. Wohl näher, zumindest aber ebenso nahe liegt die Annahme, dass der Gesetzgeber mit einer generellen Regelung im reformierten Gesetz sonst absehbar erneut drohenden Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Behandlung der einzelnen Fälle entgegenwirken wollte. Bei diesen Gegebenheiten verbietet sich eine Normauslegung, die den für sich gesehen durchaus **klaren Wortlaut des § 570 I ZPO** im Hinblick auf einen möglicherweise gegenteiligen Willen des Gesetzgebers korrigiert. Dies gilt umso mehr deshalb, weil nach den in § 149 I 1 VwGO, § 131 I 1 FGO und § 201 SGG enthaltenen **Generalklauseln**, auf die sich der Reformgesetzgeber zur Begründung der in § 570 ZPO enthaltenen neuen Regelung bezogen hat, Beschwerden aufschiebende Wirkung insbes. auch bei Zwangsgeldern gem. § 172 VwGO, § 154 FGO und § 201 SGG haben, die Behörden zur Erfüllung ihnen gerichtlich auferlegter Pflichten veranlassen sollen (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 11. Lfg. [Stand: Juli 2005], § 149 Rn 3; Posser/Wolff, VwGO, § 149 Rn 1).“ (BGH aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 2314

Auskunftsanspruch

BGB

Anspruch auf ergänzende Auskunft bei vorhandenem Auskunftstitel

(OLG Schleswig in FamRZ 2011, 1979 = NJW-RR 2011, 1449; Beschluss vom 07.04.2011 – 3 W 81/10)

Bei einem schon **vorliegenden Titel auf umfassende Auskunftserteilung** kann **nicht noch einmal auf ergänzende Auskunftserteilung** (hier: über konkret benannte Nachlassbestandteile) **geklagt werden**. Der Auskunftspflichtige ist vielmehr **auf den Vollstreckungsweg zu verweisen**.

„Die Frage kann nur nach **allgemeinen Grundsätzen** beurteilt werden. Danach gilt, dass **grds. kein Rechtsschutzbedürfnis für die zusätzliche Titulierung einer bereits ausgeurteilten Verpflichtung bestehen kann**. Es gibt keinen Anlass, vorliegend davon abzuweichen. Eine **zusätzliche Titulierung der Auskunft ist weder notwendig noch sinnvoll**.

Gerade bei der Verurteilung zur Auskunftserteilung ist eine **genaue Bestimmung der Auskunftspflicht im Erkenntnisverfahren vielfach nicht möglich**. Das ist **unschädlich, weil Inhalt und Umfang des Urteilsauspruchs im Wege der Auslegung im Verfahren nach § 888 ZPO verdeutlicht werden können** (BGH NJW-RR 1993, 1154). Es muss also der Auslegung im Vollstreckungsverfahren vorbehalten bleiben, zu bestimmen, welche Einzeldarlegungen noch der ausgeurteilten Auskunftspflicht zuzuordnen sind (Bittner FamRZ 1992, 629). Enthält ein Titel auf Auskunftserteilung nach § 2314 I 1 BGB keine näheren Angaben über die Art und Weise der Auskunftserteilung, so muss der Pflichtteilsberechtigte die entsprechenden **Angaben im Vollstreckungsantrag nachholen** (OLG Hamburg FamRZ 1988, 1213; Staudinger/Haas, § 2314 Rn 82).“ (OLG Schleswig aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 100a

Telekommunikationsüberwachung Zulässigkeit bei Verdacht der Geldwäsche

StPO

(LG Ulm in StV 2011, 722; Beschluss vom 24.08.2011 – 1 Bs 114/11)

Die **Anordnung einer Telekommunikationsüberwachungsmaßnahme wegen des Verdachts der Geldwäsche** setzt auch bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte dafür voraus, dass eine der **Katalogtaten des § 261 I 2 StGB vorliegt**.

- I. Die Anordnung der TKÜ-Maßnahme nach § 100a StPO setzt voraus, dass bestimmte **Tatsachen den Verdacht begründen**, der Besch. habe als Täter oder Teilnehmer eine **Katalogtat nach dieser Vorschrift** begangen. Es ist **kein bestimmter Verdachtsgrad gefordert**; der Tatverdacht muss daher insbes. weder hinreichend i.S.d. § 203 StPO noch gar dringend i.S.d. § 112 I 1 StPO sein. § 100a StPO erfordert vielmehr nur einen **einfachen Tatverdacht**, der freilich auf bestimmten Tatsachen beruhen muss.

Wegen des Gewichts des Grundrechtseingriffs sind allerdings **Verdachtsgründe notwendig, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen** (BVerfG NJW 2007, 2749); der Verdacht muss sich auf eine **hinreichende Tatsachenbasis** gründen (BVerfG NJW 2005, 2603) und **mehr als nur unerheblich** sein (BGH NSTz 510, 511). Es müssen solche Umstände vorliegen, die nach der Lebenserfahrung, auch der kriminalistischen Erfahrung (Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 100a Rn. 9), in erheblichem Maße darauf hindeuten, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine Katalogtat begangen hat; erforderlich ist, dass der Verdacht durch schlüssiges Tatsachenmaterial bereits ein gewisses Maß an Konkretisierung und Verdichtung erreicht hat (Nack, LK, 6. Aufl., § 100a Rn 34).

Dem die Maßnahme anordnenden Ermittlungsrichter steht bei der Prüfung des Tatverdachts ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (BGH NSTz 2003, 215; BGH NSTz 499, 450). Maßstab für die auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit beschränkte Prüfung nach § 101 VII 2 StPO ist insoweit, ob der Ermittlungsrichter diesen Beurteilungs-

spielraum gewahrt oder überschritten hat. Die Tatsachengrundlage hierfür bietet der jeweilige damalige Ermittlungs- und Erkenntnisstand (vgl. zum Ganzen BGH NSTz 2010, 711).

- II. **Geldwäsche nach § 261 StGB** (vgl. § 100a II Nr. 1m StPO) setzt nicht nur voraus, dass der Besch. die Herkunft eines in seinem Besitz befindlichen Vermögensgegenstands verschleiert, sondern kumulativ, dass dieser **Vermögensgegenstand aus einer der in Abs. 1 S. 2 dieser Vorschrift genannten Delikte stammt**.

„Demzufolge erfordert der Anfangsverdacht einer Geldwäsche eben auch **tatsächliche Anhaltspunkte im oben genannten Sinn** dafür, es liege eine der Katalogtaten des § 261 I 2 StGB vor (sog. doppelter Anfangsverdacht; vgl. LG Saarbrücken wistra 1997, 235).

Letzteres lag indes hier nicht vor: Zwar stellte das AG in seinem Beschluss zutreffend dar, dass keine habhaften Erkenntnisse über die Herkunft der auf das Konto der damaligen Besch. eingezahlten Gelder gegeben seien. Den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum hatte also der Ermittlungsrichter mit einer nach Aktenanlage richtigen Überlegungen ausgefüllt, nämlich das die vorhandenen Anhaltspunkte für den Rückschluss, die Gelder stammten aus Drogengeschäften (vgl. §261 I 2 StGB), nicht tragfähig wären. Allerdings hätten dann bei konsequenter Berücksichtigung des doppelten Anfangsverdachts die Maßnahme nicht erlassen werden können.“ (LG Ulm aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 140 II

**Anspruch auf Pflichtverteidigerbeordnung
verteidigter Mitangeklagter**

StPO

(LG Magdeburg in StV 2011, 664; Beschluss vom 29.09.2010 – 21 Qs 805 Js 70914/10)

Bei einem **verteidigten Mitangekl.** ist dem Angekl. ein **Verteidiger beizuordnen**.

„Beide Angekl. sind derselben Tat angeklagt und beide haben bislang geschwiegen. Der Angekl., dem in solcher Konstellation kein Verteidiger zur Seite steht, ist gegenüber dem Angekl., der verteidigt wird, **von vornherein im Nachteil**: Während der Mitangekl. genau über den gegen sie erhobenen Vorwurf, soweit er in den Ermittlungsakten dokumentiert ist, über seinen Verteidiger, der jederzeit Akteneinsicht erhalten kann, informiert ist und seine Einlassung daran ausrichten kann, hätte der beschwerdeführende Angekl. diese Möglichkeit nicht. Aus dem **Grundsatz des fairen Verfahrens** muss daher gefolgert werden, dass auch dem Angekl. ein Verteidiger zu bestellen ist, damit er in die Lage versetzt wird, sich sachgerecht zu verteidigen.“ (LG Magdeburg aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 275 II 1

Urteil

StPO

Anforderungen an richterliche Unterschrift

(OLG Köln in NSTz-RR 2011, 348; Beschluss vom 19.07.2011 – 1 RVs 166/11)

Die **Unterschrift des Richters** unter dem Urteil **muss mindestens einzelne Buchstaben erkennen lassen** und darf **nicht** aus der **Verwendung bloß geometrischer Formen oder** – gerade oder nahezu gerader – **Linien** bestehen (hier: nach rechts geneigte Sinuskurve mit leichter Schlaufe).

„Der erkennende Richter hat das von ihm verfasste schriftliche Urteil zu unterschreiben (§ 275 II 1 StPO). Insoweit ist zur wirksamen Unterzeichnung ein die **Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender individueller Schriftzug** erforderlich, der sich nicht nur als Namenskürzel (Paraphe) darstellt, sondern charakteristische Merkmale einer Unterschrift mit vollem Namen aufweist und die Nachahmung durch einen Dritten zumindest erschwert (st. Rspr. des Senats). Dazu **bedarf es nicht der Lesbarkeit des Schriftbildes; ausreichend ist** vielmehr, dass jemand, der den Namen des Unterzeichnenden und dessen Unterschrift kennt, den **Namen aus dem Schriftbild herauslesen kann** (OLG Düsseldorf JMinBl. NW 2002, 54). Das setzt allerdings voraus, dass **mindestens einzelne Buchstaben zu erkennen sind**, weil es sonst am Merkmal einer Schrift überhaupt fehlt (BGH NJW 1985, 1227; vgl. Meyer-Goßner, Einleitung Rn 129 m. w. Nachw.). Diese Grenze **individueller Charakteristik** ist insbesondere bei der Verwendung bloßer geometrischer Formen oder einfacher (gerader oder nahezu gerader) Linien eindeutig überschritten (vgl. BayObLG VRS 105, 356 = NSTz-RR 2003, 305).

Eine diesen Anforderungen genügende Unterschrift weist das angefochtene Urteil nicht auf: Es ist handschriftlich lediglich mit Zeichen versehen, die keinerlei Ähnlichkeit mit einem einzigen Buchstaben oder mit einer Buchstabenfolge aus dem Namen „P“ aufweisen. Sie bestehen vielmehr lediglich aus einer Art nach rechts geneigter Sinuskurve mit einer kleinen Schlaufe am unteren linken Rand des Aufstrichs.“ (OLG Köln aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 67 IV 4

**Postulationsfähigkeit
beliehener Unternehmer**

VwGO

(OVG Bremen in NJW 2011, 3802 = NVwZ 2011, 1146; Beschluss vom 07.04.2011 – 1 A 200/09)

Von dem **Behördenbegriff in § 67 IV 4 VwGO** werden **nur Behörden im organisatorischen Sinne erfasst**. Ein **beliehenes Unternehmen ist deshalb keine Behörde im Sinne dieser Vorschrift**.

- I. Der **Behördenbegriff** wird in der Rechtsordnung **nicht einheitlich verwendet**. **Maßgeblich** für die Begriffsbestimmung **ist der jeweilige Reglungskontext** (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 1 Rn 4; Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn 8). Zu **unterscheiden** ist insbes. **zwischen dem organisatorischen und dem funktionalen Behördenbegriff**:

- Behörde im organisatorischen Sinn ist danach das **Organ eines öffentlichen Rechtsträgers**, das berechtigt ist, mit Außenwirkung Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Eine Behörde im organisatorischen Sinn ist, auch wenn sie als Verwaltungseinheit verselbstständigt ist, **in den jeweiligen Rechts-träger eingegliedert**. Rechtsfähig ist allein dieser, nicht die Behörde (Kastner, § 1 Rn 8, 10; Ronellenfisch/Bader, VwVfG, 2010, § 1 Rn 66).
 - Demgegenüber stellt der **funktionale Behördenbegriff** maßgeblich auf die **Rechtsnatur der Verwaltungstätigkeit** ab. **Ausschlaggebendes Kriterium** ist die **Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe**, ohne dass es dabei auf die Eingliederung in die Staatsverwaltung ankommt. Deshalb können Beliehene, d. h. Private, denen die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe übertragen worden ist, funktional Verwaltungsbehörde sein (Kopp/Ramsauer, § 1 Rn 63; Kastner, § 1 Rn 31). § 1 IV BremVwVfG, der bestimmt, dass jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, verfahrensrechtlich Behörde ist, enthält den funktionalen Behördenbegriff.
- II. Aus dem **Regelungskontext** folgt, dass **§ 67 IV 4 VwGO sich allein auf Behörden im organisatorischen Sinn bezieht**.
- „§ 67 VwGO gehört zu den Regelungen über die **personenbezogenen Sachentscheidungsvoraussetzungen** (Beteiligtenfähigkeit, Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis und Postulationsfähigkeit). Grundlegend für das Gefüge dieser Vorschriften regelt § 61 VwGO die **Beteiligtenfähigkeit** (Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 61 Rn 2). **Beteiligungsfähig sind danach natürliche und juristische Personen – Nr. 1 –, Vereinigungen soweit ihnen ein Recht zustehen kann – Nr. 2 – und Behörden, sofern das Landesrecht dies bestimmt – Nr. 3 –.** Die Regelung in § 61 Nr. 3 VwGO durchbricht das der VwGO zu Grunde liegende **Rechtsträgerprinzip**, indem sie den Ländern die Möglichkeit einräumt, den ansonsten nicht beteiligungsfähigen Behörden die **Beteiligungsfähigkeit** zu verleihen. Ihr liegt damit der **organisatorische Behördenbegriff** zu Grunde, für den das **Rechtsträgerprinzip gerade kennzeichnend ist: Als Organe handeln die Behörden jeweils für ihren Rechtsträger; sie selbst können grds. nicht Subjekt eigener Rechte und Pflichten sein.** § 61 Nr. 3 VwGO gestattet, von diesem Grundsatz **ausnahmsweise abzuweichen**, wobei die Behörden dann in **Prozessstandschaft** für ihren Rechtsträger tätig werden (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 61 Rn 5; Posser/Wolff, VwGO, 2008, § 61 Rn 15; Stelkens, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 1 Rn 242).“ (OVG Bremen aaO)
- III. Auf Grund des **Regelungszusammenhangs** kann der **Behördenbegriff in § 67 VwGO auch nicht anders verstanden werden als der in § 61 VwGO**.
- „§ 67 IV 4 VwGO stellt insofern sicher, dass sich das **Behördenprivileg** auch auf – nach § 61 Nr. 3 VwGO beteiligungsfähige – Behörden erstreckt. Diese Behörden sollen **im Hinblick auf die Postulationsfähigkeit nicht anders behandelt werden als der öffentliche Rechtsträger selbst**. Dafür, dass ungeachtet des einheitlichen Regelungskontextes zwei unterschiedliche Behördenbegriffe verwandt werden würden, ist nichts erkennbar. § 67 IV 4 VwGO liegt deshalb ebenso wie § 61 Nr. 3 VwGO der **organisatorische Behördenbegriff** zu Grunde. Ein Blick auf das **Zivilprozessrecht** unterstreicht das. Das **in § 78 II ZPO enthaltene Behördenprivileg hat in den hier maßgeblichen Punkten denselben Wortlaut wie § 67 IV 4 VwGO**. Auch diese Regelung wird allein auf Behörden im organisatorischen Sinn bezogen (vgl. Musielak/Weth, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 78 Rn 21; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 78 Rn 14; Saenger, ZPO, 3. Aufl. 2010, § 78 Rn 16).“ (OVG Bremen aaO)
- IV. Fehlt einem beliebigen Unternehmen somit die Eigenschaft einer Behörde i. S. von § 67 IV 4 VwGO, kann sie sich auch nicht darauf berufen, dass sie zumindest **einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gleichgestellt** werden müsse.
- „Zwar hat das BVerwG eine solche **analoge Anwendung des Behördenprivilegs nicht von vornherein ausgeschlossen**, hat die Annahme einer entsprechenden Regelungslücke aber auf besonders gelagerte Einzelfälle begrenzt. In dem betreffenden Fall ging es um einen **privatrechtlich organisierten Zusammenschluss von juristischen Personen des öffentlichen Rechts – konkret den Verband der gesetzlichen Ersatzkassen –, der nach Aufgabe und Organisation einer juristischen Person des öffentlichen Rechts derart nahe steht, dass eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt wäre.** Das BVerwG hat in diesem Fall neben der öffentlichen Aufgabenerfüllung ausdrücklich auf die speziellen organisationsrechtlichen Regelungen abgestellt, die prozessual eine Gleichstellung mit einem öffentlichen Rechtsträger nahe legen (BVerwG NJW 1999, 882 = NVwZ 1999, 407).“ (OVG Bremen aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 80 V

Abänderungsantrag
Verfahrensgegenstand

VwGO

(OVG Greifswald in NVwZ-RR 2011, 959; Beschluss vom 16.05.2011 – 1 M 54/11)

Gegenstand des Abänderungsantrages kann nur derjenige gerichtliche Beschluss nach § 80 V VwGO sein, der in der Vergangenheit und mit Wirkung noch im Zeitpunkt der Stellung des Antrages nach § 80 VII 2 VwGO die Frage der Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes entschieden hat und entsprechend materielle Rechtskraft entfaltet.

„Das **Verfahren nach § 80 VII VwGO ist nicht eine Art Rechtsmittelverfahren, sondern ein gegenüber dem Verfahren nach § 80 V VwGO selbstständiges neues Verfahren**, dessen Gegenstand nicht die Überprüfung der früheren Entscheidung nach § 80 V VwGO auf ihre Richtigkeit hin ist, sondern die **Neuregelung der Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes für die Zukunft** in einem von dem ergangenen Beschluss abweichenden Sinne (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 80 Rn 183). **Gegenstand des Abänderungsantrags kann folglich nur derjenige gerichtliche Beschluss nach § 80 V VwGO sein, der in der Vergangenheit und mit Wirkung noch im Zeitpunkt der Stellung des Antrags nach § 80 VII 2 VwGO die Frage der Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes entschieden hat und entsprechend materielle Rechtskraft entfaltet.** Ein Beschluss des BeschwGer., der lediglich in dem Sinne über das Rechtsmittel der Beschwerde entscheidet, dass er die Beschwerde gegen den Beschluss der Vorinstanz nach § 80 V VwGO zurückweist oder als unzulässig verwirft, kann infolge dessen nicht Gegenstand des Abänderungsantrags sein bzw. ist kein „Beschluss über Anträge nach Absatz 5“ i. S. von § 80 VII VwGO, der Rechtskraftwirkung entfalten könnte. **Für die Abänderung einer solchen Beschwerdeentscheidung besteht auch kein Bedürfnis**, da § 80 VII 2 VwGO die Möglichkeit zur Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung eröffnet. Ändert demgegenüber das BeschwGer. den Beschluss des VG gem. § 80 V VwGO ab, ist diese

Entscheidung des BeschwGer. diejenige, die in der Vergangenheit und mit Wirkung noch im Zeitpunkt der Stellung des Antrags nach § 80 VII 2 VwGO die Frage der Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes entschieden hat, und kann diese folglich Gegenstand eines Abänderungsantrags sein. Dass der Beschluss des BeschwGer. über die Zurückweisung oder Verwerfung der Beschwerde nicht Gegenstand eines Antrags nach § 80 VII 2 VwGO sein kann, folgt zudem aus der Erwägung, dass dann das BeschwGer. in seiner Funktion als RechtsmittelGer. eine erneute oder – im Falle der vorherigen Verwerfung der Beschwerde – **erstmalige Beurteilung der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung** vornehmen müsste, die aber gerade **im Abänderungsverfahren nicht erfolgt**. Der Beschwerde stattzugeben, verlangte gerade eine entsprechende Richtigkeitsprüfung.“ (OVG Greifswald aaO)

- ZA 01/12 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 124a III 4

allgem. Leistungsklage
Anspruch auf Prozesszinsen

VwGO

(VG Greifswald in NJW 2011, 3383; Urteil vom 15.06.2011 – 1 L 73/07)

Auch im Fall der **allgemeinen Leistungsklage** setzt ein **Anspruch auf Prozesszinsen** voraus, dass die **geltend gemachte Geldforderung vom Kl. beziffert** worden oder jedenfalls **bestimmt bzw. eindeutig bestimmbar** ist.

- I. **VG Greifswald** (BeckRS 2008, 32237) hat zur Frage der Entstehung von Prozesszinsen im Falle einer Feststellungsklage **folgende Grundsätze** formuliert:

„Die **Rechtshängigkeit der Geldschuld**, die § 291 BGB als **zwingende Voraussetzung für das Entstehen von Prozesszinsen** aufstellt, kann zwar bei der Feststellungsklage auch **im Verwaltungsrechtsstreit im Regelfall nur dem Grunde nach eintreten und dann eine Prozesszinsenpflicht nicht rechtfertigen**. Jedenfalls in den Fällen, in denen die Feststellungsklage als eine der Leistungsklage gleichwertige Rechtsschutzform anerkannt ist, kann ihr die Fähigkeit, **Rechtshängigkeitszinsen auszulösen, aber nicht abgesprochen werden**. Dies setzt jedoch voraus, dass nicht über die Höhe der Geldschuld, sondern (nur) über ihren Grund Streit besteht. Anders gewendet können Prozesszinsen hinsichtlich einer Feststellungsklage, die sich auf das Bestehen eines Anspruchs dem Grunde nach bezieht, nicht verlangt werden, wenn die zu verzinsende Geldschuld der Höhe nach gerade noch nicht feststeht bzw. nicht unstrittig ist (vgl. zum Ganzen BVerwGE 114, 61 = NVwZ 2001, 1057; vgl. auch OVG Münster NJOZ 2005, 3494). Maßgeblich kommt es danach jedenfalls auch auf die Umstände des Einzelfalls an.“

- II. Für den Fall einer Verpflichtungsklage hat das **BVerwG** (NJW 1998, 3368 = DVBl 1998, 1082) als Voraussetzung einer Verzinsung formuliert, dass die **in Rede stehende Verpflichtung** in der Weise **konkretisiert sein muss**, dass der Umfang der zugesprochenen Geldforderung feststeht, die Geldforderung also eindeutig bestimmt sei. Die Geldforderung muss zwar nach Klageantrag und Urteilsausspruch nicht in jedem Falle der Höhe nach beziffert sein. Ausreichend ist, dass die Geldschuld rein rechnerisch unzweifelhaft ermittelt werden kann.

- III. Auch **im Fall der allgemeinen Leistungsklage** setzt nach Ansicht des **VG Greifswald aaO** hieran anknüpfend ein **Anspruch auf Prozesszinsen** voraus, dass die geltend gemachte **Geldforderung vom Kl. beziffert** worden oder jedenfalls **bestimmt bzw. eindeutig bestimmbar** ist.

1. **BVerwGE 99, 53** = NJW 1995, 3135 hat betont, dass „im öffentlichen Recht die Rechtshängigkeit einer Geldschuld i. S. des § 291 S. 1 BGB nicht nur bei Klagen auf Verurteilung zur Zahlung einer bezifferten Geldforderung“ eintritt.

„Damit wird deutlich, dass **auch im Falle der allgemeinen Leistungsklage grds. die Bezifferung der Geldforderung erforderlich** ist, um einen Zinsanspruch auslösen zu können. Eine derartige Bezifferung wird auch regelmäßig in Verfahren, die eine allgemeine Leistungsklage zum Gegenstand haben, erfolgen und deshalb ebenso regelmäßig keine Fragen dahin aufwerfen, ob überhaupt Prozesszinsen zu zahlen sind. Darüber hinaus hat das BVerwG in der vorgenannten Entscheidung den Eintritt der Rechtshängigkeit der Geldschuld neben den genannten Fällen auch bei Klagen bejaht, „die auf Verpflichtung der Behörde zum Erlass einer die Zahlung einer bestimmten Geldsumme unmittelbar auslösenden Verwaltungsakts gerichtet sind“.

Ist damit dem Grundsatz nach eine Bezifferung oder Bestimmtheit der Geldsumme verlangt, erfordert dies jedoch auf der Grundlage der obigen Ausführungen nicht in jedem Fall, dass die Geldforderung nach Klageantrag und Urteilsausspruch der Höhe nach beziffert sein muss, vielmehr **ausreichend, aber auch notwendig** ist, dass **die Geldschuld rein rechnerisch unzweifelhaft ermittelt werden kann**.“ (VG Greifswald aaO)

2. Schließlich folgt auch aus den **allgemein anerkannten und im Verkehrsleben herrschenden Rechtsüberzeugungen**, an die die Rspr. des BVerwG angeknüpft hat, nichts Abweichendes:

„Diese Rechtsüberzeugungen halten den Schuldner, auch wenn er in redlichem Glauben, zur Zahlung nicht verpflichtet zu sein, sich auf den Prozess einlässt, nach dem **das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben für verpflichtet, dem Gläubiger für die Nutzungen Ersatz zu leisten, die er ihm während der Dauer des Prozesses vorenthalten hat** (vgl. BVerwGE 114, 61 = NVwZ 2001, 1057; vgl. auch BVerwGE 7, 95 = NJW 1958, 1744). Der Schuldner, der sich einer unbezifferten und auch nicht rechnerisch unzweifelhaft ermittelbaren Geldforderung und hierauf gerichteten Klage ausgesetzt sieht, ist gar nicht dazu in der Lage, den Gläubiger zu befriedigen: Selbst wenn er zahlen wollte, könnte er dies in einer solchen Situation nicht. Er weiß nicht, welchen Betrag er zahlen soll. Der Schuldner ist nicht verpflichtet, „ins Blaue“ irgendeinen Betrag zu zahlen. Folglich kann es ihm nach Treu und Glauben nicht zugerechnet werden, wenn er zunächst noch nicht zahlt. Dies ändert sich erst in dem Zeitpunkt, in dem die Geldforderung beziffert oder wenigstens unzweifelhaft bestimmbar wird.“ (VG Greifswald aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Einsiedler**: Die Berichtigung des Tatbestands nach § 320 ZPO (MDR 2011, 1459)

Ein **Tatbestandsberichtigungsantrag** ist insb. **dann nicht erforderlich** und muss deshalb auch erfolglos bleiben, **wenn das Gericht**, dessen Entscheidung in Rede steht, **in den Entscheidungsgründen ohne Beurkundungswillen eine Würdigung des Parteivortrags vornimmt, in den Entscheidungsgründen Tatsachenelemente lediglich zum besseren Verständnis der tragenden Erwägungen aufgreift oder** von den Parteien **schriftsätzlich vorgetragene Sachverhalte nicht erwähnt**. - Ein **Tatbestandsberichtigungsantrag** ist ferner **nicht erforderlich**, wenn sich das **Gegenteil der Tatbestandsdarstellung hinreichend eindeutig aus dem Sitzungsprotokoll ergibt**, denn in diesem Fall kann der Gegenbeweis nach § 314 S. 2 ZPO geführt werden, was auch noch in der Revisionsinstanz zu beachten ist; gleichwohl wird man in einem solchen Fall ein (auch Rechtsschutz-) Bedürfnis an einer Tatbestandsberichtigung nach dem seinem Wortlaut nach erfüllten § 320 I ZPO nicht verneinen können, weil es dem von der Unrichtigkeit Betroffene nicht zuzumuten ist, sich auf den im Vergleich zu einer Berichtigung des Tatbestands doch unsichereren Weg des § 314 S. 2 ZPO verweisen zu lassen. - Demgegenüber ist eine **Tatbestandberichtigung** aber dann **erforderlich, wenn das Gericht**, dessen (noch – etwa durch Rechtsmittel – abänderbare) Entscheidung in Rede steht, **im Tatbestand einen geltend gemachten Anspruch nicht aufnimmt, im Tatbestand oder in den Entscheidungsgründen** – dort mit erkennbarem Beurkundungswillen – **Sachvortrag der Parteien mit anderem Inhalt darstellt**, als er entweder schriftsätzlich oder aber (ohne klare Erwähnung im Sitzungsprotokoll) mündlich in der mündlichen Verhandlung von den Parteien ausdrücklich oder hinreichend konkludent vorgetragen worden ist; dies **gilt jedenfalls dann, wenn es sich um ein Berufungsurteil handelt**; auch bei einem erstinstanzlichen Urteil dürfte es aber jedenfalls sicherer sein, nicht nur Berufung einzulegen und dort eine Verfahrensrüge nach §§ 520 III Nr. 3, 529 I Nr. 1 ZPO zu erheben, sondern zusätzlich auch einen Tatbestandsberichtigungsantrag anzubringen, im Tatbestand des Urteils Vorbringen nicht wiedergibt, welches nur (ohne klare Erwähnung im Sitzungsprotokoll) in der mündlichen Verhandlung erfolgt ist.

2. **Buschbell**: Radfahrer im Straßenverkehr - Haftungs- und versicherungsrechtliche Aspekte (NJW 2011, 3605)

3. **Bork**: Wissenszurechnung im Insolvenz(anfechtungs)recht (DB 2012, 41)

Für die Wissenszurechnung in normativer Anwendung des § 166 BGB ist **grds. auf die von einem Rechtsträger geschaffene arbeitsteilige Organisation abzustellen**; nur **bei Gebietskörperschaften ist nicht an das Wissen des Rechtsträgers, sondern an das der handelnden Behörden oder Ämter anzuknüpfen**. - Mehrere relevante Organisationen können einzelfallbezogen durch Bildung einer größeren Handlungs- und Informationseinheit verknüpft werden; dies gilt nicht nur für Behörden, sondern auch für nicht nur rechtsgeschäftlich verbundene, vernetzte Wissensträger, etwa innerhalb eines Unternehmensverbundes. - Die Informationsorganisationspflicht lässt sich in Speicher-, Weiterleitungs- und Abfragepflichten untergliedern; Informationsbeschaffungspflichten sind jedoch entgegen der Rspr. grds. nicht anzuerkennen, solange das Gesetz nicht (grobe) Fahrlässigkeit genügen lässt; zuzustimmen ist dem BGH lediglich darin, dass eine Informationsaufnahmepflicht im Einzelfall bestehen kann, wenn sich das Sich-Verschließen vor der Kenntniserlangung als treuwidrig darstellt; durch den Rückgriff auf § 242 BGB darf aber die Grenze zwischen Kenntnis und (grob) fahrlässiger Unkenntnis nicht verwischt werden. - Wird von der arbeitsteiligen Organisation ein Bekanntmachungsblatt bezogen, so setzt das ein Indiz dafür, dass irgendein in die Informationsorganisation eingebundener Mitarbeiter das Blatt gelesen und dadurch die relevante Kenntnis erlangt hat; dass das Unternehmen Computer und Internetzugang hat, entfaltet aber keine entsprechende Indizwirkung.

4. **Plum**: Unterrichtung des Betriebsrats bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern (DB 2011, 2920)

In **Unternehmen mit i.d.R. mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern** muss der Arbeitgeber seinen **Betriebsrat vor jedem** beabsichtigen, noch so kurzen tatsächlichen **Einsatz des Leiharbeitnehmers** in seinem Betrieb **unterrichten**; wegen § 99 III 1 BetrVG sollte diese Unterrichtung dabei in aller Regel mindestens eine Woche vor der Übernahme des Leiharbeitnehmers erfolgen. - Der **Umfang der vom Arbeitgeber geforderten Unterrichtung** bei der Einstellung eines Leiharbeitnehmers **richtet sich nach den allgemeinen vom BAG zu § 99 I 1 u. 2 BetrVG entwickelten Grundsätzen**; die Besonderheiten der Arbeitnehmerüberlassung führen hier zu keinen Einschränkungen. - Der Entleiher muss seinen Betriebsrat über die **Personalien des Leiharbeitnehmers**, den **Beginn**, die (geplante) **Dauer**, den **Bereich**, den **Umfang** und die **Auswirkungen** von dessen Einsatz sowie die innerbetriebliche Ausschreibung seines Arbeitsplatzes informieren und ihm die schriftliche Erklärung des Verleihers nach § 12 I 2 AÜG vorlegen. - Dagegen muss der Entleiher seinem Betriebsrat **nicht die arbeitsvertraglichen oder tariflichen Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers und Versetzungsgesuche oder Aufstockungswünsche anderer Arbeitnehmer mitteilen**, denen durch die Besetzung der Stelle des Leihar-

beitnehmers abgeholfen werden könnte; ebenso wenig muss er ihm Bewerbungsunterlagen des Leiharbeitnehmers und den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorlegen. - Eine **nicht ordnungsgemäße**, also nicht richtige oder vollständige **Unterrichtung des Betriebsrats setzt die Frist des § 99 III 1 BetrVG nicht in Lauf**; infolgedessen kann weder die Zustimmungsfiktion des § 99 III 1 BetrVG eintreten noch die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 IV BetrVG gerichtlich ersetzt werden; der Arbeitgeber kann eine ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats jedoch durch Berichtigung oder Vervollständigung seiner Angaben im gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren nachholen und dadurch die Frist des § 99 III 1 BetrVG in Gang setzen.

5. **Scholl**: Leistungsverweigerung des Arbeitnehmers aus Glaubens- und Gewissensgründen (BB 2012, 59)

Verweigert ein Arbeitnehmer aufgrund eines Glaubens- oder Gewissenskonflikts die Arbeitsteilung, ist anhand von **§ 275 III BGB** zu bestimmen, ob er dazu berechtigt ist; Voraussetzung für ein **Leistungsverweigerungsrecht** ist ein **konkreter und ernsthafter Gewissenskonflikt**, für den der Arbeitnehmer beweispflichtig ist. - Im Rahmen der Prüfung der Unzumutbarkeit nach § 275 III BGB sind die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 4 GG) und das Interesse des Arbeitgebers daran, dass der Arbeitnehmer seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt, gegeneinander abzuwägen; insbesondere kann der Arbeitgeber auf der vertragsgemäßen Leistung bestehen, wenn dies aufgrund **betrieblicher Erfordernisse** notwendig ist. - Hat der Arbeitnehmer den Glaubens- oder Gewissenskonflikt vorhergesehen, kann er sich auf ihn nicht berufen; mit geringerem Gewicht ist auch das **Kriterium der Vorhersehbarkeit zu Lasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen**.

II. Strafrecht

1. **Kusnik**: Abfangen von Daten - Straftatbestand des § 202b StGB auf dem Prüfstand (MMR 2011, 720)

Der Tatbestand des § 202b StGB sanktioniert denjenigen, der unbefugt sich oder einem anderen unter Anwendung technischer Mittel nicht für ihn bestimmte Daten aus einer nicht-öffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft; die Vorschrift soll als **Ergänzung zu 202a StGB** fungieren, der sich zwar ebenfalls auf in der Übermittlung befindliche Daten bezieht, diese aber nur schützt, wenn sie besonders gesichert sind; da die Verschlüsselung von Daten nicht einheitlich als besondere Sicherung qualifiziert wird, war es bisher unklar, ob § 202a StGB solche Daten schützte; bei § 202b StGB stellt sich die Frage nach der besonderen Sicherung demgegenüber zwar nicht, dafür wirft der Tatbestand des § 202b StGB aber neue Fragen auf: Die **Bedeutung des Merkmals der Nichtöffentlichkeit** bleibt weitgehend im Dunkeln; ebenfalls unklar ist, welche Konstellationen unter das **Tatbestandsmerkmal der elektromagnetischen Abstrahlung** subsumiert werden können. - Eine **Datenübermittlung gem. § 202b StGB** liegt vor, sobald die **Daten von einem Speicherort zu einem Zielort auf den Weg gebracht werden**; es sind **auch Prozesse innerhalb eines Computersystems erfasst**; die **Daten müssen sich im Ladevorgang befinden**; sobald der Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat, ist der Übermittlungsvorgang beendet; bei Zwischenspeicherungen, auf die der Absender keinen Einfluss hat, liegt noch keine Beendigung des Übermittlungsvorgangs vor. - Bzgl. des **Merkmals „nichtöffentlich“** erscheint es nach Ansicht der Autorin am überzeugendsten, die Nichtöffentlichkeit **von den eingesetzten technischen Mitteln abhängig** zu machen, die der Täter zum Abfangen einsetzen muss; die Beurteilung kann objektiv erfolgen, weshalb diese Lösung gleichzeitig dem Erfordernis der objektiven Erkennbarkeit gerecht wird. - Das **Merkmal der elektromagnetischen Abstrahlung hat lediglich eine ergänzende Funktion**: Da bei einer drahtlosen Übermittlung zwangsläufig eine elektromagnetische Abstrahlung erfolgt, erfasst diese Alternative nur solche elektromagnetischen Wellen, die nicht der Datenübermittlung dienen, sondern unvermeidlich sind und auf die im System verarbeiteten, auch gespeicherten, Daten schließen lassen.

2. **Krell**: Keine falsche Verdächtigung bei nicht verfolgbaren Taten? (NStZ 2011, 671)

Problemstellung: Es entspricht nahezu einhelliger Meinung, dass eine Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung dort ausscheidet, wo die behauptete Tat nicht verfolgbar ist; dieses Ergebnis ist allerdings kaum vereinbar mit dem von § 164 I StGB intendierten Rechtsgüterschutz; es stellt sich daher die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine einschränkende Auslegung des § 164 I StGB in Betracht kommt. - Wegen **falscher Verdächtigung wird gem. § 164 I StGB** bestraft, wer **einen anderen bei bestimmten Stellen oder öffentlich wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat bezichtigt** und damit **beabsichtigt, ein behördliches Verfahren oder eine andere behördliche Maßnahme gegen ihn herbeizuführen**; die Eignung, ein behördliches Verfahren einzuleiten, findet sich nur in § 164 II StGB, was einen Umkehrschluss geradezu aufdrängt; auch der **Wortlaut des § 164 I StGB** spricht auf den ersten Blick gegen die h.M., scheint doch die bloße Absicht, ein Verfahren herbeizuführen, ausreichend; eine solche Sichtweise wäre indes zu kurz: Der Wortlaut des § 164 I StGB wird nämlich gemeinhin als missglückt angesehen, seit die Neufassung im Rahmen des EGStGB den Begriff der „strafbaren Handlung“ durch den der „rechtswidrigen Tat“ ersetzte: Hierdurch werde der Anwendungsbereich des Tatbestands zu weit ausgedehnt, weil nunmehr auch Fälle erfasst seien, die das geschützte Rechtsgut überhaupt nicht mehr tangieren; der Gesetzgeber habe dagegen nur klarstellen wollen, dass auch ein Verhalten tatbestandsmäßig ist, welches „nur“ zur Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung führen kann. - Problematisch und nach Ansicht des Autors deshalb zumindest präzisierungsbedürftig ist dagegen der Standpunkt, das Rechtsgut des § 164 StGB sei schon dann nicht tangiert, wenn die behauptete Tat nicht verfolgbar ist. - Die pauschale Aussonderung nicht verfolgbarer Taten aus dem Tatbestand des § 164 I StGB kann nicht richtig sein, denn auch in prima facie eindeutigen Fällen besteht mitunter das Bedürfnis, durch Ermittlungen sicherzustellen, dass die Tat wirklich nicht verfolgbar ist; außerdem kann die **falsche Verdächtigung** immer auch **Anlass zu weiteren Ermittlungen** geben, etwa im Hinblick auf Wiederholungstaten oder Anschlussdelikte: Würden solche

Fälle dem Anwendungsbereich des § 164 I StGB entzogen, wäre so der **Rechtsgüterschutz der Rechtspflege** bei besonders akribischer Ermittlungsarbeit preisgegeben; auch wäre sonst im Rahmen des § 164 I StGB letztlich zu prüfen, inwieweit weitere Ermittlungen veranlasst waren oder gewesen wären, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt; dies disqualifiziert die Frage, ob die Ermittlungsbehörde die Anzeige objektiv-richtig behandelt hat, als Abgrenzungskriterium und würde, weil eine trennscharfe begriffliche Klärung, was offensichtliche oder eindeutige Fälle unmöglicher Verfolgbarkeit sind, kaum realisierbar sein; auch darf nicht übersehen werden, dass das Bedürfnis für eine Eingrenzung des § 164 I StGB wegen dessen überschießender Innentendenz gering ist, denn wenn der Täter um das Verfolgungshindernis weiß, handelt er kaum in der Absicht, ein behördliches Verfahren herbeizuführen. - Insgesamt erscheint es daher nach Ansicht des Autors vorzugswürdig, auch die Behauptung nicht verfolgbarer Taten grds. nach § 164 I StGB zu bestrafen.

3. **Ransiek/Hüls:** Zum Eventualvorsatz bei der Steuerhinterziehung (NSTz 2011, 678)

Problemstellung: Die **Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung nach § 370 AO setzt Vorsatz voraus**; da der Tatbestand subjektiv keine weiteren, besonderen Anforderungen an die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung stellt, ist **grds. unstreitig, dass** die Vorsatzform des **dolus eventualis zur Bejahung des Tatbestands ausreicht**; lediglich für die Fälle, in denen eine Steuererklärung deshalb unrichtig ist, weil der Steuerpflichtige von einer objektiv unzutreffenden Rechtsansicht ausgegangen ist, wird geltend gemacht, dass Eventualvorsatz nicht genüge, da fast unvermeidbar sei, dass jedenfalls der selbstkritische Steuerpflichtige es für möglich halte, dass Rechtssätze auch anders ausgelegt werden können, als er das tue. – Umstritten ist auch hier, ob Vorsatz wirklich mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung zu definieren ist oder ob es ausreicht, dass lediglich eine **hinreichende Kenntnis der objektiven Tatumstände** vorliegt, auf das Wollenselement aber zu verzichten ist; es geht dabei also um den **grundlegenden Streit zwischen Vorstellungs- und Willentheorien** und darum, **welche genauen Anforderungen an das Wissenselement und ggf. an das Wollenselement zu stellen sind**, insbes. für wie wahrscheinlich oder möglich der Täter den Erfolgseintritt halten muss, um Vorsatz bejahen zu können. - Da der **Vorsatz auf sämtliche Tatumstände bezogen** sein muss, muss er **auch auf die Tatbestandsmerkmale „steuerlich erhebliche Tatsachen“ und „Steuern verkürzt“ bzw. „nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt“ gerichtet** sein; nach der Rspr. und auch nach der in der Lit. ganz h.M. wird deshalb ein **vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum** angenommen, **wenn der Täter aufgrund einer Fehlvorstellung über die Steuerrechtslage meint, die von ihm gemachten oder verschwiegenen Angaben seien steuerlich unerheblich bzw. würden keinen Hinterziehungserfolg herbeiführen**; die genannten Merkmale werden als **normative Tatbestandsmerkmale** gedeutet, und zwar selbst dann, wenn sonst der Blankettcharakter des § 370 AO betont wird: Der Täter muss es zumindest für möglich halten, dass die von ihm gemachten oder verschwiegenen Angaben steuererheblich sind, was ohne Vorstellungen von der Steuerrechtslage unmöglich ist. - Der Vorsatz muss auch auf den **Verkürzungserfolg** gerichtet sein: Nach der **Definition des § 370 IV 1 AO** liegt dieser Erfolg u.a. dann vor, wenn **Steuern nicht rechtzeitig oder nicht in voller Höhe festgesetzt werden**; bezieht man den Vorsatz auf den so definierten Erfolg, muss der Täter es also zumindest für möglich halten, dass durch seine Tathandlung eine verspätete oder zu niedrige Steuerfestsetzung hervorgerufen wird; auch dies ist ohne Wissen über die Steuerrechtslage nicht möglich; der BGH geht deshalb davon aus, dass es zum Vorsatz der Steuerhinterziehung gehöre, „dass der Täter den angegriffenen Steueranspruch kennt und dass er ihn trotz dieser Kenntnis gegenüber der Steuerbehörde verkürzen will; nimmt der Angekl. hingegen an, dass die steuerliche Behandlung der Angelegenheit korrekt gewesen sei, liegt ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum vor“; daraus folgt als Mindestanforderung für den dolus eventualis, dass der Täter es für möglich hält, dass seine Angaben falsch sind und Steuern deshalb zu niedrig oder zu spät festgesetzt werden. - **Entscheidend für das Vorliegen des dolus eventualis** ist, dass der **Täter es wenigstens ernsthaft für möglich hält, dass** die von ihm als potenziell steuererheblich erkannten **Tatsachen unrichtig sind und einen Verkürzungserfolg herbeiführen können**; die Betonung eines „Wollenselements“ ist eher irreführend. Durch die differenzierte Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale wird vielmehr deutlich, weshalb die sich eigentlich unvereinbar gegenüberstehenden Ansichten zum dolus eventualis in konkreten Einzelfällen doch zum selben Ergebnis kommen.

4. **Kertai:** Das Bild im Strafverfahren - Strafprozessuale Probleme bei der Visualisierung (MMR 2011, 716)

III. öffentliches Recht

1. **Smith:** Sachentscheidung durch Verfahrensbeschluss? (NWVBl. 2012, 6)

In den **Entscheidungs- und Konfliktlösungsverfahren nach § 73 I bzw. III GO** ist eine **Entscheidung in der Sache erforderlich**, ein bloßer **Geschäftsordnungsbeschluss reicht nicht aus**, auch wenn er mit dem Willen abgegeben sein mag, nicht zu entscheiden. - Es ist grundsätzlich zulässig, innerhalb der Verfahren die Entscheidung zu vertagen bzw. von der Tagesordnung abzusetzen; dieses **Recht des Rates darf aber nicht zur Blockade gemeindlicher Entscheidungen führen**, was eine **Verletzung der Organtreue** bedeuten kann; ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall geprüft werden; liegt ein solches treuwidriges Verhalten vor, ist die Nicht-Entscheidung des Rates als „keine Entscheidung“ i.S.v. § 73 GO zu werten, sodass die Letztentscheidungsbezugnis dem Bürgermeister zusteht.

2. **Penz:** Fotografierende Rechtsextremisten – Grenzen für das gegenseitige Fotografieren in Versammlungen (NWVBl. 2012, 14)

Erhebliche Gefahren erwachsen, wenn Teilnehmer einer rechtsradikalen Demonstration die Teilnehmer der gegnerischen Demonstration gezielt abfotografieren; diese Gefahren reichen von einfachen Diffamierungen im Inter-

net oder auf Flugblättern bis hin zu Körperverletzungen oder gar lebensbedrohlichen Übergriffen. - Unzweifelhaft liegt eine **Verletzung des Rechts am eigenen Bild** vor, **wenn Fotografien** von einzelnen Demonstrationsteilnehmern **gegen ihren Willen verbreitet oder veröffentlicht werden**; ebenso steht jedoch fest, dass die **§§ 22 ff. KUG keinen hinreichenden Schutz gewähren**, denn schon das **Anfertigen solcher Fotografien verletzt die Fotografierten in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht**, sodass sichergestellt werden muss, dass solche Aufnahmen nicht getätigt werden; dabei kommt es zwar grds. auf den Einzelfall an, doch ist bei einer Konstellation, in der Teilnehmer der einen Versammlung diejenigen der anderen Versammlung fotografieren, davon auszugehen, dass bereits die Anfertigung eine Rechtsverletzung darstellt. - Problematisch ist hingegen, dass es sich um eine **Verletzung privater Rechte** handelt, der Verletzte also grds. auf den Rechtsweg verwiesen wäre; dies aber würde die Rechtsdurchsetzung in nicht hinnehmbarer Weise erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen, sodass in diesen Fällen die Polizei auf Antrag der Verletzten tätig werden muss; dabei sind verschiedene Maßnahmen gegen den Fotografen – von der Befragung über die Personalienfeststellung bis hin zur Löschung der Bilder – denkbar; letztlich gebietet die Abwägung jedoch die Löschung von unzulässig hergestellten Fotografien, da andernfalls die durch die Fotografien erwachsenen erheblichen Gefahren nicht abgewendet werden können, denn nur so kann das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Ausübung der Versammlungsfreiheit gewahrt werden.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Bräuer**: Haftungsfallen bei der Hemmung der Verjährung (AnwBl 2012, 86)
2. **Grunewald**: Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts im Jahr 2011 (NJW 2011, 3767)
3. **Nickel**: Aktuelle Entwicklungen in der Rspr. zur Prozesskostenhilfe (MDR 2011, 1334)
4. **Eyinck**: Die aktuellen Entwicklungen in der Rspr. zum Zustellungsrecht (MDR 2011, 1389)

Aufbauschema

Prüfungsreihenfolge zur Feststellung der Kaufmannseigenschaft

I. Handelt es sich um einen Formkaufmann i.S.v. § 6 HGB?

wenn (+), Prüfung beendet, Kaufmannseigenschaft liegt vor

- § 6 I HGB: OHG, §§ 105 ff HGB, und KG, §§ 161 ff HGB
- § 6 II HGB:

Vereine, insbesondere die AG, § 3 AktG, und die GmbH, § 13 III GmbHG, die aufgrund ihrer Struktur Vereine darstellen.

wenn (-):

II. Liegt ein Handelsgewerbe vor?

1. Gewerbe?

Selbständige, nach außen erkennbare Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist, der Gewinnerzielung dient und nicht zu den sogenannten freien Berufen gehört.

- a) Nach außen erkennbar ist eine Tätigkeit dann, wenn diese für Dritte ersichtlich ist.
- b) Eine selbständige Tätigkeit liegt vor, wenn diese nach rechtlichen Gesichtspunkten gegeben ist (wirtschaftliche Selbständigkeit ist nicht erforderlich)
- c) Einer für das Gewerbe erforderlichen Dauer der Tätigkeit fehlt es, wenn die Tätigkeit nur gelegentlich ausgeübt wird.
- d) Tätigkeit muss der Gewinnerzielung dienen, d.h. es muss nur die Absicht bestehen, Gewinn zu erzielen.
- e) Kein Gewerbe liegt vor, wenn die Tätigkeit zu den sogenannten freien Berufen gehört. Hierunter fallen z.B. Ärzte, Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, aber auch Tätigkeiten mit höchstpersönlicher Leistungserbringung.

(Wenn +)

2. Handelsgewerbe nach § 1 HGB?

Gemäß § 1 II HGB ist **jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe, der nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.**

„Indizien“, ob ein Handelsgewerbe vorliegt, sind:

Art:

- Vielfalt des Geschäftsgegenstandes, Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge
- Inanspruchnahme von Kredit oder Teilzahlungen
- erhebliche Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr
- Bilanzierung
- Umfang der Geschäftskorrespondenz
- Art und Weise der betrieblichen Organisation

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Öffentl. Recht

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

Land: Rh-Pf	Prüfer (mit Titel usw.) M	Tag d. mündl. Prüfung 17.11.2011
------------------------------	--	---

Zur Person:

Ich empfand M als sehr nette Prüferin und war positiv von meiner Note überrascht, weil die Prüfung nicht so gut lief und ich 12 Punkte bekam. Sie prüfte bei uns öffentliches Recht – darüber gab es keine Protokolle. Wir konnten uns deshalb leider nicht gezielt auf die Prüfung bei ihr vorbereiten.

Zur Prüfung:

M stellte zunächst einen beamtenrechtlichen Fall:

Wir sollten uns vorstellen, Direktorin des Amtsgericht zu sein. Justizwachmeister J trug dort während des Dienstes „Thor Steinar“-Kleidung. Das verstörte die Besucher und sie wandten sich an die Direktorin. Sie wies J daraufhin an, diese Kleidung während des Dienstes nicht mehr zu tragen. Er reagierte zunächst nicht. Auf eine schriftliche Anweisung hin hielt er sich während des Dienstes an das Verbot. In der Freizeit trug er weiterhin diese Kleidung. Die Direktorin wurde deshalb von Anwohnern angesprochen. Wir sollten überlegen, was D machen kann.

Ich sprach die §§ 33 ff. BeamStG an, aber sie wollte Normen aus dem LBG hören. Zum Glück fand ich mit einem Blick ins Inhaltsverzeichnis die §§ 63 ff. LBG: Die Direktorin könnte eine Anweisung, dass J auch außerhalb des Dienstes keine „Thor Steinar“-Kleidung trägt, auf § 65 S. 2 i.V.m. § 64 I 3 LBG stützen.

Hier sollten wir den Sachverhalt unter die Normen subsumieren. Ich argumentierte, dass das Tragen von Kleidung mit rechtsradikalen Motiven nicht der Achtung gerecht wird, die der Beruf eines Justizwachmeisters erfordert. Die Bevölkerung erwartet von Beamten generell, aber insbesondere von in der Justiz tätigen Beamten, ein Verhalten, das mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung im Einklang steht. Anschließend sollten wir darauf eingehen, ob eine solche Anordnung auch mit den Grundrechten des J vereinbar wäre. Es liegt ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit vor, der aber durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 V GG gerechtfertigt werden kann.

Der nächste Fall war aus dem Gaststättenrecht:

A betreibt seit 1985 im allgemeinen Wohngebiet eine Gaststätte. 2008 möchte er eine Tanzfläche einrichten und beantragt dafür eine Baugenehmigung. Diese wird erteilt. Auch erhält er eine Gaststättenerlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft mit Tanzfläche. In der Folgezeit kommen sehr viele Gäste zum Tanzen und es gibt Beschwerden der Anwohner. Die Behörde fordert A daraufhin in einem Gespräch dazu auf, den Discobetrieb einzustellen, A hält sich jedoch nicht an diese Aufforderung. Deshalb ergeht im November 2011 folgende Verfügung:

- 1) Die Gaststättenerlaubnis wird mit sofortiger Wirkung widerrufen.
- 2) Die Betriebsschließung wird zum 17.11.2011 angeordnet.
- 3) Die sofortige Vollziehung von Ziffer 1) und 2) wird angeordnet.
- 4) Die Versiegelung wird angedroht.

A legt gegen die Verfügung per Email Widerspruch ein. Hat dieser Erfolg?

M wollte, dass wir die Zulässigkeit durchprüfen und alle Zulässigkeitsvoraussetzungen genannt werden. Bei der Statthaftigkeit sollten wir die VA-Qualität der Nr. 1) bis 4) der Verfügung prüfen. Wir waren auch nach der Prüfung der Auffassung, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung kein Verwaltungsakt ist, weil man dagegen ja mit § 80 V VwGO und gerade nicht mit der Anfechtungsklage vorgeht. Das ist auch das Argument dafür, dass im Rahmen des § 80 V

VwGO bei der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung § 28 VwVfG zumindest keine direkte Anwendung findet. M war aber ziemlich entsetzt, als mein Mitprüfling sagte, das sei kein VA. Er diskutierte aber nicht mit ihr, sondern subsumierte dann unter die Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG und bejahte schließlich die VA-Qualität.

Ein weiteres Problem war die Einlegung des Widerspruchs per Email: Hier sollte anhand von § 3a VwVfG hergeleitet werden, dass ein auf elektronischem Wege eingelegter Widerspruch nur unter Verwendung einer qualifizierten Signatur möglich ist. M fragte, ob der Widerspruch vielleicht dennoch wirksam eingelegt sein könnte, wenn die Behörde den Eingang bestätigt. Dies ist nicht der Fall. Allerdings kann in einem solchen Fall Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden, weil die Behörde durch die Bestätigung beim Bürger den Anschein gesetzt hat, dass der Widerspruch korrekt eingelegt sei. Anschließend fragte M, ob eine Behörde verpflichtet sei, darauf hinzuweisen, dass ein Widerspruch nicht formgerecht eingelegt wurde. Ich verneinte dies mit der Begründung, dass das Gesetz eine solche Verpflichtung der Behörde nicht vorsieht und der Bürger nachfragen oder anderweitig Rechtsrat einholen könne - damit war sie zufrieden.

In der Begründetheit kamen wir nur noch zur Ermächtigungsgrundlage für Nr. 1) der Verfügung. Dies war § 15 III Nr. 1 GastG; weil A die Betriebsart, für die die Erlaubnis erteilt wurde, unbefugt geändert hatte. Er betrieb nämlich tatsächlich eine Disco, hatte jedoch die Genehmigung für eine Schankwirtschaft mit Tanzfläche. Ich fand, dass das in ihrer Sachverhaltsschilderung nicht ganz deutlich geworden war, aber vielleicht habe ich das auch nicht richtig mitbekommen. Weiter kamen wir mit dem Fall nicht, weil die Prüfungszeit zu Ende war.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

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

Land: Saarland	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. K	Tag d. mündl. Prüfung 17.11.2011
--------------------------	---	--

Zur Person:

Dr. K ist kein unangenehmer Prüfer, auch wenn er während der Prüfung keine Regungen zeigt. Seine Fragen waren (entgegen meinen Befürchtungen – ich hatte ihn schon als AG-Leiter) verständlich. Er gab nicht zu erkennen, ob das, was wir sagten, richtig war. Teilweise beharrte er sehr auf seinen Fragen.

Zur Prüfung:

Dr. K stellte folgenden Fall:

Die Merkur GmbH mit Sitz in E hat ein Grundstück in B, das sie nicht mehr nutzt. Sie möchte es vermieten und beauftragt einen Makler, die K-GmbH mit Sitz in B. Die K-GmbH vermittelt die N-GmbH als Mieter. Die K-GmbH und die M-GmbH schließen einen formularmäßigen Maklervertrag. Im Maklervertrag ist als Maklerprovision eine dreifache Monatsmiete vereinbart – das sind 15.000 €. Auch findet sich in dem Maklervertrag eine Gerichtsstandsvereinbarung, wonach für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag das AG B zuständig sein soll.

Die M-GmbH und die N-GmbH schließen einen Mietvertrag. Letztere möchte das Grundstück als Lkw-Werkstatt nutzen. Dafür ist eine Baugenehmigung erforderlich, die noch nicht vorliegt. Deshalb wird im Mietvertrag vereinbart, dass die N-GmbH vom Mietvertrag zurücktreten kann, wenn die Baugenehmigung nicht erteilt wird. Da die Baugenehmigung tatsächlich nicht erteilt wird, tritt die N-GmbH schließlich vom Mietvertrag zurück.

Die K-GmbH ist der Auffassung, dass trotz Rücktritts die Maklerprovision zu zahlen ist. Sie klagt gegen die M-GmbH auf Zahlung der Provision in Höhe von 15.000 €.

Die Prüflinge sollten überlegen, was sie als Anwalt der Merkur GmbH machen würden.

Dr. K wollte zunächst, dass wir die materielle Rechtslage prüfen. In Betracht kam hier ein Anspruch der K-GmbH gegen die M-GmbH aus § 652 I 1 BGB. Problematisch war, dass der Mietvertrag zwischen der N-GmbH und der M-GmbH zunächst zustande kam, dann aber durch Ausübung der vertraglichen Rücktrittsrechts ex nunc erlosch. Es war insbes. zu diskutieren, ob § 652 I 2 BGB analog anzuwenden ist. Wir sollten aufschiebende und auflösende Bedingung definieren und überlegen, ob ein Rücktritt ggf. mit einer auflösenden Bedingung vergleichbar ist und ob der Rechtsgedanke des § 652 I 2 BGB hier passt. Wir entschieden uns dagegen und waren der Ansicht, dass der Provisionsanspruch besteht (nach Palandt, § 652 Rn 40 wäre wohl eher eine Vergleichbarkeit des Rücktrittsrechts mit § 652 I 2 BGB anzunehmen gewesen).

Nach der Prüfung des materiellrechtlichen Teils folgte die prozessuale Prüfung: Problematisch war die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung. Wir sollten §§ 38 und 40 ZPO prüfen und insbes. diskutieren, ob eine formularmäßige Gerichtsstandsvereinbarung wirksam ist. Da es sich bei den Parteien des Maklervertrags um GmbH's handelte, findet nach § 310 I 1 BGB keine Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB statt. Entscheidend war deshalb, ob eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 I u. II BGB anzunehmen war. Dr. K beharrte ziemlich lange auf dieser Problematik. Wir waren der Auffassung, dass die M-GmbH nicht unangemessen benachteiligt worden ist, weil die ZPO ja gerade eine Prorogation erlaubt und es den Parteien freisteht, sowohl die örtliche als auch die sachliche Zuständigkeit abweichend von den gesetzlichen Regelungen festzulegen. Dr. K fragte nach, ob es nicht vielleicht eine unangemessene Benachteiligung sein könne, weil nach den gesetzlichen Regelungen der §§ 23, 71 GVG das LG sachlich zuständig wäre. Auch wollte er wissen, ob der aus der Erstzuständigkeit des AG resultierende ungünstige Instanzenzug zu einer unangemessenen Benachteiligung führen würde. Wir blieben standhaft und waren der Auffassung, dass keine unangemessene Benachteiligung vorliegt.

Zum Abschluss fragte Dr. Klickermann noch, wie bei Formularverträgen zwischen zwei GmbH's die AGB Vertragsbestandteil werden. Hier wollte er hören, dass nach § 310 I 1 BGB die Regelung des § 305 II u. III BGB keine Anwendung finden. - Insgesamt eine machbare Prüfung!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das ?

Da die Abläufe der Staatsprüfungen in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich sind und daher auch der jeweilige Arbeitsaufwand voneinander abweicht, sind die anfallenden Kosten abhängig von dem Bundesland, für welches Sie Prüfungsprotokolle bestellen. Für Detailinformationen dürfen wir Sie bitten, jeweils unter der Rubrik des maßgeblichen Bundeslandes nachzuschauen.

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

- **Bearbeitungspauschale**
- **Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen**
- **Versandkosten** (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

