



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

**38. Jahrg.**

**Januar 2013**

**Heft 1**

---

**Aus dem Inhalt:**

- LG Hamburg:** Dauer des Nutzungsausfalls nach Verkehrsunfall
- LG Stuttgart:** Voraussetzungen der Produkthaftung
- OLG Celle:** Selbstgefährdung bei illegalem Autorennen
- OVG Koblenz:** Anspruch auf baubehördliches Einschreiten
- BVerfG:** Beschleunigungsgrundsatz im Zwischenverfahren
- BGH:** Bindung der StA bei Verfahrensverständigung
- EuGH:** Anhörungspflicht im Verwaltungsverfahren



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)

##### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

##### **Urheber und Verlagsrechte:**

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreis:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Die Einführung der Rechtsmittelbelehrungspflicht im Zivilprozess .....	1
--	---

### Brandaktuell

OLG Schleswig: Rücktritt nach Eigenreparatur (Mangel muss bei Rücktrittserklärung noch vorliegen) .....	2
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

LG Hamburg: Nutzungsausfallentschädigung nach Unfall (auch bis zum Abschluss des Rechtsstreits) .....	3
LG Stuttgart: Voraussetzungen der Produkthaftung (fehlerhafte Maschine) .....	6

#### Strafrecht

KG: Beleidigung / Üble Nachrede (Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung) .....	10
OLG Celle: Fahrlässige Tötung (Selbstgefährdung bei illegalem Autorennen) .....	13

#### öffentl. Recht

OVG Koblenz: Anspruch auf baubehördliches Einschreiten (bei baurechtswidriger Nutzung) .....	16
BVerfG: Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften (beamtenrechtlicher Familienzuschlag) .....	21

#### Kurzauslese I

BGH: Zahlungsverzugskündigung (Mietrückstand von weniger als 2 Monatsmieten) .....	24
OLG Brandenburg: Fälligkeit des Werklohns (ohne Abnahme bei Geltendmachung von Mängeln) .....	24
OLG München: Namensführung eines Einzelkaufmanns (Zulässigkeit der Verwendung eines Phantasienamens) .....	25
OLG Celle: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (fehlerhafte Belehrung als rechtswidrige Diensthandlung) .....	25
LG Tübingen: Beleidigung (Titulierung einer Person als „Homosexueller“) .....	25
BGH: Aussetzung (Unterlassungsdelikt) .....	26
OLG Hamm: Untreue (gravierender Pflichtenverstoß) .....	26
OVG Magdeburg: Entschädigungsanspruch (überlange Verfahrensdauer) .....	27
VGH München: Baueinstellung (Instandhaltungsmaßnahmen) .....	28
BVerwG: Rückforderung überzahlter Beträge (Billigkeitsentscheidung als Bestandteil der Rückforderungsentscheidung) .....	28

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BGH:	neues Vorbringen in der Berufungsinstanz (erstmalige Relevanz).....	29
OLG Frankfurt:	Prüfungspflicht des Grundbuchamtes (Zustimmung des Ehegatten zur Grundstücksübertragung).....	32

### Strafrecht

BVerfG:	Beschleunigungsgrundsatz (gilt auch für das Zwischenverfahren).....	35
---------	--	----

### öffentl. Recht

EuGH:	Pflicht zur Anhörung im Verwaltungsverfahren (auch bei Antrag auf subsidiären Schutz).....	38
-------	---	----

### Kurzauslese II

AG Hannover:	Gewillkürte Prozessstandschaft (WEG-Verwalter).....	41
OLG Hamm:	Berufungsverfahren (Zulässigkeit neuen Vortrags nach berufungsgerichtlichem Hinweis).....	41
BGH:	Schriftsatzeingang bei Gericht (Eingang auf Telefax eines anderen Gerichts).....	41
BGH:	Vollstreckungsverbot (gilt auch für Verfahren der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung).....	42
KG:	Rechtsmittelverzicht (Unwirksamkeit wegen nicht ordnungsgemäßer Verteidigung).....	43
OLG Celle:	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (präventiv polizeiliche Maßnahme des Erkennungsdienstes).....	43
BVerwG:	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (Informationszugangsanspruch).....	44
OVG Bremen:	Rechtsbehelfsbelehrung (fehlender Hinweis auf elektronischen Rechtsverkehr).....	45
VGH Mannheim:	Berufung (Zulassung bei offensichtlicher Unrichtigkeit).....	46
VGH München:	Erledigungserklärung (Unzulässigkeit im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren).....	47
OVG Münster:	Rechtswidrig unterbliebene Anhörung (Zulässigkeit der Heilung/Nachholung im erstinstanzlichen Klageverfahren).....	47

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	48
---	----

<b>Übersicht:</b> Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde.....	51
---	----

### Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: Zivilrecht .....	52
Assessorprüfung: Strafrecht .....	53

## Aus der Gesetzgebung

### Die Einführung der Rechtsmittelbelehrungspflicht im Zivilprozess

Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften v. 05.12.2012, In-Kraft-Treten i. W. am 01.01.2014 (BGBl. 2012, 2418)

#### I. Allgemeines

Anders als in anderen Verfahrensordnungen und im Verwaltungsverfahren waren **Rechtsbehelfsbelehrungen im Zivilprozess** einschließlich des Zwangsvollstreckungsverfahrens **bislang gesetzlich nicht vorgeschrieben**.

Um den **Rechtsschutz im Zivilprozess zu verbessern** und Bürgern die **fristgerechte Einlegung von Rechtsbehelfen zu erleichtern**, wird mit dem neuen Gesetz nunmehr die Rechtsbehelfsbelehrung auch im Zivilverfahren obligatorisch.

#### II. Die wichtigsten Neuregelung im Überblick

1. Die Parteien müssen über **Form, Frist und zuständiges Gericht** für ein Rechtsmittel unterrichtet werden. Die Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung wird grds. auf Verfahren beschränkt, in denen die Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht vorgeschrieben ist, es sei denn, aufgrund der Verfahrenssituation ist die Beratung und Belehrung durch einen Anwalt nicht sichergestellt, was Versäumnisurteile und Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz betrifft. Im Kostenrecht gilt eine generelle Belehrungspflicht, da hier die Interessen des Anwalts und seines Mandanten auseinanderfallen können. Die Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung gilt für alle anfechtbaren gerichtlichen Entscheidungen.

2. Der **neue § 232 ZPO** lautet wie folgt:

*„Rechtsmittelbelehrung*

*Jede anfechtbare gerichtliche Entscheidung hat eine Belehrung über das statthafte Rechtsmittel, den Einspruch, den Widerspruch oder die Erinnerung sowie über das Gericht, bei dem der Rechtsbehelf einzulegen ist, über den Sitz des Gerichts und über die einzuhaltende Form und Frist zu enthalten. Dies gilt nicht in Verfahren, in denen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, es sei denn, es ist über einen Einspruch oder Widerspruch zu belehren oder die Belehrung ist an einen Zeugen oder Sachverständigen zu richten. Über die Möglichkeit der Sprungrevision muss nicht belehrt werden.“*

3. Für den Fall, dass **keine oder eine fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung** erfolgen sollte, wird **zukünftig vermutet**, dass die **Partei ohne ihr Verschulden verhindert** war, bestimmte **Fristen einzuhalten**.

Damit hat der Gesetzgeber für ein Versäumnis der Belehrungspflicht entsprechend § 17 FamFG die **Wiedereinsetzungslösung** gewählt, um zu verhindern, dass der Eintritt der Rechtskraft in Zivilprozessen von der Rechtsmittelbelehrung und deren Fehlerfreiheit abhängt.

## Brandaktuell

**BGB**  
**§ 346 I**

### **Rücktritt nach Eigenreparatur** **Mangel muss bei Rücktrittserklärung noch vorliegen**

**ZivilR**

(OLG Schleswig <http://beck-aktuell.beck.de/node/1024364>; Urteil vom 21.12.2012, Az.: 3 U 22/12)

**Fall:** Der Kläger ersteigerte Anfang 2011 für 2.411 Euro einen 17 Jahre alten Mercedes Benz bei eBay. Der Verkäufer hatte den Wagen damit beworben, dass er 15 Jahre lang im Familienbesitz gewesen sei. Tatsächlich waren die beiden Vorbesitzer innerhalb der ersten 15 Jahre der Schwiegervater und der Schwiegersohn. Außerdem gab er an, dass die Vorglühanzeige defekte Glühkerzen anzeige und dass es, da es sich um einen Privatverkauf handele, keine Garantie und keine Rücknahme gebe. Der Kläger stellte nach dem Kauf fest, dass eines der Gewinde für die Glühkerzen am Zylinderkopf fachwidrig aufgebohrt war und ließ diesen Mangel im Februar 2011 für 500 Euro beseitigen. Im Oktober 2011 erklärte er dem Verkäufer, dass er vom Kaufvertrag zurücktrete. Als dieser sich weigerte, den Wagen gegen Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung der Reparaturkosten zurückzunehmen, zog der Kläger vor Gericht. Hat er einen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises?

- I. Ein Anspruch des Klägers auf Rückerstattung des Kaufpreises könnte sich aus §§ 346 I, 323 I, 437 Nr. 3, 434 BGB ergeben.

Ein Kaufvertrag wurde zwischen den Parteien geschlossen, fraglich ist jedoch, ob das Fahrzeug bei Gefahrübergang mangelhaft war.

#### **1. Angaben über die Vorbesitzer**

Wegen der Angabe, das Fahrzeug sei 15 Jahre in Familienbesitz gewesen, obwohl Schwiegervater und Schwiegersohn die Vorbesitzer waren, könnte Mangelhaftigkeit anzunehmen sein.

*„Der Verkäufer hat laut OLG auch über die Anzahl der Vorbesitzer keine falschen Angaben gemacht, indem er Familienbesitz behauptet hatte. Die beiden Vorbesitzer innerhalb der ersten 15 Jahre seien Schwiegervater und Schwiegersohn gewesen. Es sei noch vertretbar, bei Schwägerschaft in diesem Kernbereich einer Familie von Familienbesitz zu sprechen. Der Verkäufer habe nicht ausdrücklich behauptet, dass es sich um seine eigene Familie gehandelt habe. In diesem Sinne war seine Erklärung auch nicht eindeutig zu verstehen. Auch ein Vergleich des Datums der Erstzulassung März 1994 mit dem des Angebots Ende 2010 habe offenbart, dass der Pkw schon über einen längeren Zeitraum von fast 17 Jahren in Gebrauch war. Damit sei erkennbar gewesen, so das OLG, dass der 15-jährige Nutzungszeitraum des Familienbesitzes nicht den ganzen Nutzungszeitraum abdeckte. Wenn der Kläger insoweit an genauer Auskunft interessiert gewesen sei, hätte er nachfragen können.“* (OLG Schleswig aaO)

#### **2. Zustand des Glühkerzengewindes**

*„Der Käufer habe keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages, befand das OLG. Denn zum Zeitpunkt seiner Rücktrittserklärung im Oktober 2011 sei der Kaufgegenstand nicht mangelhaft gewesen. Der Zylinderkopf sei zu diesem Zeitpunkt bereits repariert gewesen. Für die Beurteilung, ob ein den Rücktritt rechtfertigender Mangel vorliege, sei auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen. Der Käufer verhielte sich widersprüchlich, wenn er den Mangel beseitige und dann den Kaufvertrag wegen desselben Mangels, der nun aber nicht mehr vorliege, rückabwickeln möchte.“* (OLG Schleswig aaO)

#### **II. Ersatz der Reparaturkosten**

Der Kläger könnte aber nach § 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz für die angefallenen Reparaturkosten verlangen. Dem könnte allerdings der vereinbarte Gewährleistungsausschluss entgegenstehen.

*„Der Käufer könne auch nicht den Ersatz der Reparaturkosten verlangen, so das OLG weiter. Denn der Verkäufer habe die Gewährleistung im Kaufvertrag wirksam ausgeschlossen und hafte auch nicht aufgrund von arglistigen Verschweigens eines Mangels. Es sei ihm nicht nachzuweisen, dass ihm der Zustand des Glühkerzengewindes bekannt gewesen war. Dieser sei ohne Ausbau nicht erkennbar gewesen. Der Verkäufer habe den Wagen von dem Vorbesitzer selbst mit dem Hinweis auf eine defekte Vorglühanlage erworben, die die Fahrbereitschaft des Fahrzeugs allerdings nicht gehindert habe.“* (OLG Schleswig aaO)

#### **III. Ergebnis**

Der Kläger hat keine Gewährleistungsansprüche.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 249

### Nutzungsausfallentschädigung nach Unfall auch bis zum Abschluss des Rechtsstreits

ZivilR

(LG Hamburg in NJW 2012, 3191; Urteil vom 30. 3. 2012 – 302 O 265/11)

1. Es ist anerkannt, dass der Eigentümer eines privat genutzten Pkw einen **Schadensersatzanspruch** hat, wenn ihm die **Nutzung des Fahrzeugs zeitweise unmöglich** gemacht wird.
2. Im Rahmen der Schadensminderungspflicht des § 254 II 1 BGB ist ein Geschädigter nur dann zu einer **Reparatur/Ersatzanschaffung** verpflichtet, wenn seine **finanziellen Verhältnisse** dies ohne weiteres zulassen.
3. Eine Pflicht zur Vorfinanzierung über ein Darlehen besteht grundsätzlich nicht. Eine solche Pflicht kommt **nur in Ausnahmefällen** in Betracht, etwa dann, wenn der Geschädigte sich den **Kredit ohne Schwierigkeiten beschaffen** kann und er durch die Rückzahlung nicht über seine wirtschaftlichen Verhältnisse hinaus belastet wird.
4. Die Höhe eines Nutzungsausfallanspruchs kann bei einer **überlangen Nutzungsausfalldauer nicht** nach der **Nutzungsausfalltabelle** von Sanden/Danner/Küppersbusch bestimmt werden, da diese nur einen kurzfristigen Nutzungsausfall zugrunde legt.
5. Bei längeren Nutzungsausfällen sind stattdessen die **Vorhaltekosten um einen angemessenen Betrag zu erhöhen**.

**Fall:** Der Kl. verlangt restlichen Schadensersatz, nämlich eine Nutzungsausfallentschädigung, auf Grund eines Verkehrsunfalls. Am 13.02.2010 wurde der erstmals im Januar 2003 zugelassene Mitsubishi-Carisma des Kl. bei einem Unfall auf der MP.-Straße in H. durch ein bei der Bekl. gegen Haftpflicht versichertes Fahrzeug beschädigt. Im Schadensgutachten des Kfz-Sachverständigenbüros vom 15.02.2010 wurde der Zustand des Mitsubishi als fahrbereit, aber nicht verkehrssicher beschrieben; die Reparaturkosten wurden unter Berücksichtigung des Nachtrags vom selben Tage auf 5653,93 Euro brutto und der Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs auf 5900 Euro brutto beziffert. Da die Bekl. den Schaden des Kl. nicht regulierte, erhob dieser unter dem 22.03.2010 Klage vor dem LG Hamburg (306 O 128/10). In jenem Prozess, in dem unter anderem auch um die Haftungsquote gestritten wurde, wurde ein Sachverständigengutachten eingeholt, um den Umfang des unfallbedingten Schadens und die Höhe desselben abzuklären. Der Sachverständige ermittelte einen Schaden in Höhe von 3.995,50 Euro. Diesen legte das Gericht seinem Urteil vom 01.04.2011 zu Grunde, in welchem es die Bekl. verurteilte, den unfallbedingten Schaden des Kl. vollen Umfangs zu ersetzen. Auf der Grundlage jenes Urteils bat der Prozessbevollmächtigte des Kl. die Bekl. mit Schreiben vom 11.04.2011 um Zahlung des vom LG zugesprochenen Geldbetrags. Dieser wurde dem Konto des Prozessbevollmächtigten des Kl. am 13.05. bzw. 16.05.2011 gutgeschrieben. Am 22. 6. 2011 erwarb der Kl. ein Ersatzfahrzeug zum Preis von 3.900 Euro. Der Kl. ist der Ansicht, die Bekl. müsse ihm für 494 Tage, nämlich für die Zeit vom 13.02.2010 bis zum 22.06.2011, eine Nutzungsausfallentschädigung von 17 290 Euro (35 Euro pro Tag) zahlen. Besteht hierauf ein Anspruch?

Die Haftung der Bekl. steht dem Grunde nach fest. Es geht um die Höhe des dem Kl. zustehenden Schadensersatzanspruchs im Hinblick auf die Nutzungsausfallentschädigung wegen Nichtnutzbarkeit eines Pkw.

#### I. Anspruch auf Nutzungsentschädigung

Grundsätzlich ist von der Schadensersatzpflicht des § 249 BGB auch der Ersatz des Nutzungsausfalles wegen Beschädigung einer Sache umfasst.

*„Es ist anerkannt, dass der Eigentümer eines privat genutzten Pkw einen Schadensersatzanspruch hat, wenn ihm die Nutzung des Fahrzeugs zeitweise unmöglich gemacht wird. So lag es hier. Bei dem Verkehrsunfall vom 13.02.2010 ist der Mitsubishi des Kl. derart beschädigt worden, dass er zwar noch fahrbereit, aber nicht mehr verkehrssicher gewesen ist.“* (LG Hamburg aaO)

#### II. Nutzungswille

Der Anspruch auf Geltendmachung einer Nutzungsentschädigung setzt einen entsprechenden Nutzungswillen voraus. Ein solcher Wille ist bei dem Besitzer bzw. Halter eines Fahrzeugs generell zu unterstellen.

„Fraglich ist aber, ob dieser Nutzungswille nicht dadurch widerlegt worden ist, dass der Kl. sich nicht nach der Möglichkeit bzw. den Kosten einer **Notreparatur** des Mitsubishi erkundigt hatte, wie er bei seiner Anhörung eingeräumt hat. Es muss nämlich berücksichtigt werden, dass der Kl. seinen Wagen – wie sich aus der Anmerkung des Sachverständigen Dipl.-Ing. ... ergibt – noch im Februar 2010, also **ganz kurz nach dem Unfall veräußert** hat. Dazu hat er angegeben, in der Mitsubishi-Werkstatt habe man ihm gesagt, es liege ein **Totalschaden** vor. Das erscheint durchaus glaubhaft. Zwar ist im Schadensgutachten vom 15.02.2010 ein Reparaturfall angenommen worden. Aber unter Berücksichtigung des **Restwerts** des Fahrzeugs, der entsprechend dem vom Kl. erzielten Verkaufserlös mit mindestens 500 Euro in Ansatz zu bringen ist, war die **Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs** letztlich doch noch **ein wenig günstiger** als eine Reparatur des beschädigten Mitsubishi. Da der Kl. bei seiner Anhörung des Weiteren plausibel bekundet hat, er sei zunächst davon ausgegangen, die **Sache sei eindeutig**, da der **Unfallgegner ihm die Vorfahrt genommen** gehabt habe, ist es nicht zu beanstanden, sondern vielmehr verständlich, dass der Kl. seinen beschädigten Wagen schon kurz nach dem Unfall verkauft hat in der Erwartung, sich nach der Schadensregulierung alsbald ein Ersatzfahrzeug anschaffen zu können. Mit der **Verzögerung der Regulierung** musste der Kl. damals **nicht rechnen**. Die Konsequenz dessen war jedoch, dass ihm das beschädigte Fahrzeug nicht mehr zur Verfügung stand, so dass eine etwaige Notreparatur nicht mehr in Betracht kam.“ (LG Hamburg aaO)

Der Umstand, dass der Kläger keine Notreparatur hat vornehmen lassen, vermag daher den grundsätzlich anzunehmenden Nutzungswillen nicht zu widerlegen.

### III. Dauer der Nutzungsentschädigung

Fraglich ist aber, ob der Kläger für die gesamte Dauer vom Tag des Unfalls am 13.02.2010 bis zum Kauf des Ersatzfahrzeugs im Juni Nutzungsentschädigung verlangen kann.

„Die Dauer der ersatzfähigen Nutzungsausfallzeit erstreckt sich vom Tage des Unfalls an, also vom 13.02.2010, bis zum 30.05.2011. Soweit der Kl. die Entschädigung bis zum Tage des Kaufs des Ersatzfahrzeugs im Juni 2011 geltend macht, ist ihm entgegenzuhalten, dass es ihm **möglich und zumutbar gewesen wäre, binnen 14 Tagen** nach der Kontogutschrift des vollen Schadensersatzbetrags am 16.05.2011 ein **Fahrzeug anzuschaffen**. Daraus folgt ein ersatzfähiger Nutzungsausfall für 472 Tage.“ (LG Hamburg aaO)

### IV. Schadensminderungspflicht, § 254 BGB

Allerdings könnte der dem Kl. zustehende Betrag wegen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht zu reduzieren sein, da der Nutzungsausfall ungewöhnlich lange andauert hat.

#### 1. Verstoß gegen Schadensminderungspflicht wegen Länge des Nutzungsausfalls

Nach § 254 II 1 BGB kann ein Mitverschulden auch darin bestehen, dass der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern

Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des § 254 II 1 BGB könnte darin bestehen, dass der Kl. nicht Maßnahmen ergriffen hat, um die Dauer des Nutzungsausfalls zu reduzieren, z.B. durch Vorleistung für die Anschaffungskosten eines neuen Fahrzeugs oder die Aufnahme eines Darlehens zu Finanzierung.

„Der Umstand, dass der Kl. sich erst nach der Zahlung des Schadensersatzbetrags ein Ersatzfahrzeug angeschafft hat, ist darauf zurückzuführen, dass seine **finanziellen Verhältnisse** im fraglichen Zeitraum **nur sehr beschränkt** gewesen sind. Ausweislich der als Anlagenkonvolut eingereichten Verdienstbescheinigungen belief sich sein Einkommen seinerzeit auf **durchschnittlich rund 1280 Euro netto pro Monat**. Davon musste er nicht nur seinen eigenen Lebensunterhalt bestreiten, sondern auch den Unterhalt für seine im Jahre 2005 geborene Tochter zahlen. Darüber hinaus bestand eine Darlehensverbindlichkeit gegenüber dem Vater. So ergibt sich aus den eingereichten Kontoauszügen denn auch nicht, dass der Kl. im fraglichen Zeitraum **jedem in der Lage gewesen wäre, einen dem bei dem Unfall vom 13.02.2010 beschädigten Mitsubishi vergleichbaren Wagen erwerben zu können**, für den er den Angaben des Schadensgutachters zufolge 5900 Euro brutto hätte zahlen müssen. Nicht einmal die letztlich tatsächlich aufgewendeten 3900 Euro hat der Kl. vor der Zahlung durch die Bekl. zum Erwerb eines Ersatzfahrzeugs zur Verfügung gehabt. Das behauptet denn auch nicht einmal die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Bekl.

Der Kl. war auch **nicht verpflichtet, einen Kredit aufzunehmen**, um ein Ersatzfahrzeug vorfinanzieren zu können. Eine solche Pflicht kommt **nur in Ausnahmefällen** in Betracht, etwa dann, wenn der Geschädigte sich den **Kredit ohne Schwierigkeiten beschaffen** kann und er durch die Rückzahlung nicht über seine wirtschaftlichen Verhältnisse hinaus belastet wird (vgl. BGH, NJW 2002, 2553 [2555]; NJW-RR 226, 394 [397]). Davon kann hier jedoch auf Grund der beschriebenen finanziellen Verhältnisse des Kl. nicht ausgegangen werden.“ (LG Hamburg aaO)

## 2. Verstoß gegen Schadensminderungspflicht wegen fehlendem Hinweis auf Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens (§ 254 II 1 BGB)

Nach § 254 II 1 BGB kann ein Mitverschulden auch darin bestehen, dass der Beschädigte es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste. Ein Nutzungsausfall über einen so langen Zeitraum wie im vorliegenden Fall kann ohne weiteres als ungewöhnlich hoher Schaden angesehen werden. Der Kl. hat die Bekl. aber auf die Gefahr eines solchen hingewiesen.

*„Schließlich hat die Beweisaufnahme ergeben, dass der Prozessbevollmächtigte des Kl. die Bekl. bereits bei einem Telefonat am 01.03.2010 darauf hingewiesen hatte, dass sein Mandant auf eine schnelle Regulierung des Schadens angewiesen sei, weil er sich ein **Ersatzfahrzeug mit eigenen Mitteln nicht leisten könne**. So hat es jener bei seiner Vernehmung als Zeuge glaubhaft ausgesagt. Der Umstand, dass sich in den Unterlagen der Bekl. offenbar keine entsprechenden Notizen finden, schränkt die Glaubhaftigkeit der Aussage nicht ein, sondern belegt lediglich, dass diese den Hinweis nicht hinreichend ernst genommen hat. Das schließt die Kammer nicht zuletzt daraus, dass derselbe Hinweis ausweislich des Schreibens des Prozessbevollmächtigten der Bekl. vom 04.11.2010 auch in der mündlichen Verhandlung vor der Zivilkammer 6 am 12.10.2010 gegeben worden ist, ohne dass die Bekl. daraufhin eine Vorschussleistung erbracht hat.“* (LG Hamburg aaO)

Es liegt somit kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des § 254 II 1 BGB vor.

## V. Höhe der Nutzungsausfallentschädigung

Hinsichtlich der Höhe des Nutzungsausfallschadens kommt es darauf an, ob der Kl. für die anerkannten 472 Tage einen Nutzungsausfall von 35 Euro pro Tag verlangen kann. Grundsätzlich entspricht dieser Betrag der Fahrzeuggruppe C der Nutzungsausfalltabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch, dem der Mitsubishi Carisma des Klägers altersbedingt zuzuordnen ist. Fraglich ist jedoch, ob auch bei einer langen Nutzungsausfalldauer diese Pauschätze angemessen erscheinen.

*„Es muss nämlich berücksichtigt werden, dass die in der genannten Tabelle ausgewiesenen Nutzungsausfallentschädigungen letztlich diejenigen Kosten wiedergeben, die bei der **kurzzeitigen Anmietung eines entsprechenden Fahrzeugs** anfallen. Geht es aber wie hier um einen außergewöhnlich langen Entzug der Gebrauchsfähigkeit eines Wagens, müssen **deutlich geringere Kosten** in Ansatz gebracht werden, um hierfür einen angemessenen Ausgleich zu finden (so auch OLG Dresden, Urt. v. 30. 6. 2010 – 7 U 313/10, BeckRS 2011, 16655; OLG Karlsruhe, NZM 1999, 668). Dabei erscheint es bei einer so ungewöhnlich langen Nutzungsausfalldauer wie der vorliegend in Frage stehenden von 472 Tagen sachgerecht, im Ausgangspunkt von den in der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch ausgewiesenen **Vorhaltekosten** auszugehen (so auch OLG Dresden, Urt. v. 30. 6. 2010 – 7 U 313/10, BeckRS 2011, 16655; OLG Karlsruhe, NZM 1999, 668). Diese beliefen sich im Jahre 2010 für ein Fahrzeug der NAE-Gruppe C auf 9,54 Euro pro Tag. Zur Ermittlung einer angemessenen Nutzungsausfallentschädigung erscheint es jedoch vorliegend angemessen, einen **Zuschlag auf die Vorhaltekosten** vorzunehmen und pro Tag einen Nutzungsausfallschaden von 14,50 Euro zu Grunde zu legen. Daraus folgt für 472 Tage ein Schadensersatzanspruch von 6844 Euro.“* (LG Hamburg aaO)

## VI. Ergebnis

Der Kl. hat gegen die Beklagten einen Anspruch in Höhe von 6844 Euro Nutzungsausfallentschädigung für 472 Tage.

ProhaftG  
§§ 1, 3, 6, 8

## Voraussetzungen der Produkthaftung fehlerhafte Maschine

ZivilR

(LG Stuttgart in NJW-RR 2012, 1169; Urteil vom 10.04.2012 – 26 O 466/10)

1. Der Hersteller von Maschinen mit großem Gefährdungspotenzial ist bereits **im Rahmen der Konstruktion** seines Produktes gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren **alle Gefahren abzuwenden**, die sich aus der Benutzung ergeben können
2. Die **Untergrenze dieses Sicherheitsniveaus** wird in der Regel von den **anerkannten Regeln der Technik** bestimmt, die den Mindeststandard darstellen, bei dessen Nichteinhaltung im allgemeinen von einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht des Herstellers auszugehen ist
3. Steht fest, dass das Produkt zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens fehlerhaft war, ist es **Sache des Herstellers, den Sachverhalt aufzuklären** und gegebenenfalls die Folgen einer Beweislosigkeit zu tragen, weil dieser die Produktionssphäre überblickt und den Konstruktionsprozess selbst durchführt. Es ist daher eine **Beweislastumkehr** anzunehmen.
4. Der Hersteller einer Maschine muss er sich auf solche Handhabungen im Umgang mit der Maschine und auf solche Gefahren einstellen, mit denen er nach der Lebenserfahrung rechnen muss. Er muss daher auch **mit Unvorsichtigkeiten** rechnen, die erfahrungsgemäß nicht selten vorkommen und muss daher die Maschine dementsprechend konstruieren und gegebenenfalls mit **Schutzvorrichtungen** versehen

**Fall:** Die Kl. macht aus übergegangenem Recht Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. geltend. Die Bekl. ist ein Maschinenbauunternehmen und stellt unter anderem Fenster- und Futterstoffeinklebemaschinen her. Eine solche Maschine, mit dem Typ F hatte die Bekl. auch im Jahr 2006 hergestellt und noch im selben Jahr an die Firma P-GmbH in G. geliefert. Für die Maschine hatte die Bekl. eine EG-Konformitätserklärung vom 16.08.2006 abgegeben, wonach die Maschine unter anderem der Maschinenrichtlinie 98/37/EG und der europäischen Norm EN 1010 entsprechen sollte. Am 12.10.2006 erlitt der Zeuge M, der bei der Firma P-GmbH beschäftigt war, einen Arbeitsunfall. Die Kl. war die für die Firma P-GmbH zuständige Berufsgenossenschaft, so dass sie als gesetzlicher Unfallversicherer für den Zeugen M Zahlungen in Höhe von 10.234,47 Euro leistete (Behandlungskosten und Verletztengeld). Die Kl. trägt vor, dass der Zeuge M den Unfall erlitten habe, als er am 12.10.2006 die Fenster- und Futterstoffeinklebemaschinen reinigen wollte. Dem Zeugen M sei bei den Reinigungsarbeiten ein Lappen auf das so genannte Mitnahmeband gefallen; als der Zeuge reflexartig nach dem Lappen gegriffen habe, sei seine rechte Hand von dem Mitnahmeband der Maschine, das in die Walze einläuft, eingezogen und dabei erheblich verletzt, gequetscht, worden.

Die Kl. macht geltend, dass der Unfall durch eine fehlerhafte Konstruktion der Fenster- und Futterstoffeinklebemaschine der Bekl. verursacht worden sei und beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an die Kl. 6.822,91 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Hat die Kl. hierauf einen Anspruch?

### A. Anspruch aus §§ 1, 8 ProdHaftG i. V. mit § 116 SGB X

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Ersatz der von dieser verauslagten Behandlungskosten und Verletztengeld in Höhe von 6.822,91 Euro nebst Zinsen gem. §§ 1, 8 ProdHaftG i. V. mit § 116 SGB X haben. Der Übergangstatbestand des § 116 SGB X liegt ohne weiteres vor, so dass sich nur die Frage stellt, ob ein übergangsfähiger Anspruch des M gegen die Bekl. vorliegt.

#### I. Maschine als Produkt, § 2 ProdHaftG

Produkt im Sinne des § 2 ProdHaftG ist jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet, sowie Elektrizität. In diesem Sinne ist die fragliche Maschine ein dem ProdHaftG unterfallende Produkt.

#### II. Hersteller des Produkts, § 4 ProdHaftG

Der Bekl. müsste auch Hersteller des Produkts im Sinne von § 4 ProdHaftG sein. Nach § 4 I 1 ProdHaftG ist Hersteller jedenfalls, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat, so dass der Bekl. nach diesem Verständnis ohne weiteres Hersteller im Sinne des ProdHaftG ist.

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

Die Maschine müsste auch fehlerhaft im Sinne des § 3 ProdHaftG sein. Ein Fehler liegt vor, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die berechtigterweise erwartet werden kann. Maßgebender Zeitpunkt ist der des Inverkehrbringens.

Der Zeuge M hat einen Unfall an der von der Bekl. hergestellten Maschine erlitten, bei dem seine Hand über das Laufband der Maschine in die Walze gezogen wurde, wodurch er die Quetschung an seiner rechten Hand erlitten hatte.

Er hat zur Reinigung des Laufrads und des Zylinders die Türe geöffnet, mit einer Hand sauber gemacht und mit der anderen Hand den Knopf (Kippschalter) gedrückt, um das Band für den Reinigungsbetrieb am Laufen zu halten. Ihm ist dann der Lappen zwischen Laufband und Walze gefallen, nach dem er dann reflexartig griff, so dass es seine Hand zusammen mit dem Lappen in die Walze gezogen habe. Fraglich ist jedoch, ob dies auf eine Fehlerhaftigkeit der Maschine zurückzuführen ist.

#### 1. Begriff des Konstruktionsfehlers

„Der Hersteller von Maschinen, zumal solchen mit großem Gefährdungspotenzial, ist bereits **im Rahmen der Konstruktion** seines Produktes gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren **alle Gefahren abzuwenden**, die sich aus der Benutzung ergeben können. Er muss mithin diejenigen Maßnahmen ergreifen, die im konkreten Fall zur Vermeidung von Gefahren erforderlich und zumutbar sind. Dabei ist für die **Produktsicherheit** in erster Linie die **durchschnittliche Erwartung derjenigen Verbraucher maßgebend**, für die das Produkt bestimmt ist, daneben aber auch das Sicherheitsniveau, das nach dem jeweiligen Erkenntnisstand von Wissenschaft und Technik möglich und zumutbar ist. Die **Untergrenze dieses Sicherheitsniveaus** wird in der Regel von den **anerkannten Regeln der Technik** bestimmt, die den Mindeststandard darstellen, bei dessen Nichteinhaltung im allgemeinen von einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht des Herstellers auszugehen ist (BGH, NJW 1994, 3349; OLG Karlsruhe, VersR 2003, 1584 = BeckRS 2001, 15356; OLG Düsseldorf, NJW 1997, 2333).“ (LG Stuttgart aaO)

#### 2. Maßstab für die anerkannten Regeln der Technik

Die anerkannten Regeln der Technik sind im vorliegenden Fall in der einschlägigen Maschinenrichtlinie 98/37/EG, die über das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (vormals ProdSG und GSG) in deutsches Recht transformiert wurde und die hierdurch unmittelbare Geltung entfalten, festgelegt. Die Bekl. hatte zudem durch eine entsprechende Konformitätserklärung zugesichert, diese Vorgaben einzuhalten. Fraglich ist, ob dies der Fall war.

„Der Sachverständige führte zunächst aus, dass für die fragliche Maschine seitens der Bekl.

- **keinerlei Gefährdungs- und Risikoanalyse durchgeführt** worden sei und
- **kein Sicherheitskonzept** erstellt worden sei. Weiter lägen
- **keine Prüfprotokolle** vor, aus denen sich die einwandfreie Funktion der Maschine bei Übergabe ergebe. Auch die
- **Betriebsanleitung** weise nur **unzureichend** auf die an der Maschine bestehenden Gefahren und die damit verbundenen erforderlichen Verhaltensweisen hin.

Er führte aus, dass bei der Maschine der Bekl. schlichtweg **keine sichere Überwachung der Bandgeschwindigkeit** vorhanden war. [wird ausgeführt]. Hinzu komme, dass die Ausgestaltung der Funktion des Türschalters, der bei offener Türe einen Betrieb der Maschine lediglich im Tipp-Betrieb gewährleisten soll, zwar für sich betrachtet ausreichend konstruiert gewesen sei, jedoch im Zusammenhang mit der unzureichenden Überwachung der Bandgeschwindigkeit wiederum den **Sicherheitsanforderungen nicht entsprochen** habe.

Weiter habe die Maschine den **einschlägigen Sicherheitsvorschriften widersprochen**. [wird ausgeführt]. Auf Grund der so festgestellten Abweichungen sei auch die Konformitätserklärung der Bekl. nicht erfüllt, da die in dieser genannten Normen von der Bekl. gerade nicht beachtet worden seien.“ (LG Stuttgart aaO)

#### 3. Fehlerhaftigkeit der Maschine

Insofern war die von der Bekl. hergestellte Maschine auf Grund der unzureichenden Überwachung der Geschwindigkeit im Einrichtebetrieb fehlerhaft i. S. des § 3 ProdHaftG.

„Denn sie **ermöglichte nach dem Stand von Wissenschaft und Technik**, der durch die einschlägige Maschinenrichtlinie und die genannten EC-Normen im Sinne eines Mindeststandards konkretisiert

wird, **keine gefahrlose Verwendung**. Es bedarf keiner näheren Ausführungen, dass es ein wesentliches Gefährdungspotenzial für den jeweiligen Bediener einer solchen Maschine darstellt, wenn nicht gewährleistet ist, dass die Bandgeschwindigkeit im Tipp-Betrieb, also dem Betriebszustand, in dem bestimmungsgemäß mit den Händen in die Maschine gegriffen wird, zuverlässig langsam ist, um gerade Gefahren wie derjenigen, der der Zeuge M begegnet ist, auszuschließen.“ (LG Stuttgart aaO)

#### 4. im Zeitpunkt des Inverkehrbringens, § 3 I c) ProdHaftG

Der Konstruktionsfehler muss auch schon im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden gewesen sein. Entwicklungen in Wissenschaft und Technik, die nach der Auslieferung dazu führen, dass Gefahren reduziert werden können, können nicht zur Begründung eines Konstruktionsfehlers herangezogen werden.

„Die so vom Sachverständigen festgestellte – grundsätzliche – Fehlerhaftigkeit der Maschine bestand auch bereits **zum Zeitpunkt der Übergabe der Maschine** seitens der Bekl. an die Firma P-GmbH, also zur Zeit des Inverkehrbringens, ohne dass es an dieser Stelle darauf ankommt, mit welcher Bandgeschwindigkeit die Maschine im Tipp-Betrieb zu diesem Zeitpunkt tatsächlich gelaufen ist.“ (LG Stuttgart aaO)

#### IV. Ausschluss der Haftung nach § 1 II ProdHaftG

Ein Haftungsausschluss nach § 1 II ProdHaftG kommt nicht in Betracht.

„Das Inverkehrbringen der mit Sicherheitsmängeln behafteten Maschine durch die Bekl. war – mindestens – fahrlässig. Der Bekl. mussten die **einschlägigen Sicherheitsnormen bekannt gewesen sein**, zumal sie diese im Einzelnen in der von ihr abgegebenen Konformitätserklärung aufgeführt hatte.“ (LG Stuttgart aaO)

#### V. Kausalität der Fehlerhaftigkeit für den eingetretenen Körperschaden, § 1 I 1 ProdHaftG

Der Schaden muss nach § 1 I 1 ProdHaftG durch den Fehler eingetreten sein. Regelmäßig hat derjenige, der einen Schadensersatzanspruch aus einem Produktfehler herleiten will, neben dem Fehler als solchem auch dessen Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden darzulegen und zu beweisen. Diesen Beweis hat M hier nicht geführt. Allerdings hat sich die aus dem Verstoß gegen die Sicherheitsvorschriften resultierende Gefährdung gerade in dem Unfallgeschehen realisiert. Dies könnte zu einer Beweislastumkehr führen.

„[Steht] fest, dass das Produkt zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens fehlerhaft war, ist es **Sache des Herstellers, den Sachverhalt aufzuklären** und gegebenenfalls die Folgen einer Beweislosigkeit zu tragen, weil dieser die Produktionssphäre überblickt und den Konstruktionsprozess selbst durchführt (LG Berlin, Urt. v. 08.11.2007 – 31 O 135/05, BeckRS 2008, 09725 m. w. Nachw.). Dies muss vorliegend **umso mehr gelten**, als dass es die Bekl. nach den Feststellungen des Sachverständigen **unterlassen hatte, jedwelche Risiko- und Gefährdungsanalyse für die Maschine durchzuführen**, deren Sicherheit mithin nicht überprüft hatte, den betriebssicheren Zustand der Maschine zudem nicht dokumentiert hatte, jedoch durch Abgabe der Konformitätserklärung vorgegeben hatte, dass sie all diese Maßnahmen vorgenommen habe.

Ein solches Verhalten ist innerhalb der Haftung für einen Konstruktionsfehler durchaus gleichzusetzen mit der Rechtsprechung des BGH zur Umkehr der Beweislast bei Verletzung der **Befundsicherungspflicht bei einem Fabrikationsfehler** (vgl. BGHZ 104, 323 = NJW 1988, 2611; BGHZ 127, 320 = NJW 1995, 528). Der BGH hatte hierzu ausgeführt, dass dem Geschädigten eine Beweiserleichterung dann zu Gute komme, wenn das **fragliche Produkt erhebliche Risiken für den Verbraucher in sich trage**, die in der Herstellung geradezu angelegt seien und deren **Beherrschung** deshalb einen **Schwerpunkt des Produktionshergangs** darstellte, und der Hersteller seiner Pflicht zur so genannten Statussicherung nicht hinreichend nachgekommen sei, wobei es um die Durchführung der Qualitätskontrolle an sich, nicht auf die Auferlegung einer Beweiserhaltungs- oder Dokumentationspflicht gehe.

Stellt, wie vorliegend, die Bekl. eine Maschine her, ohne entsprechend der einschlägigen Normen eine Gefährdungs- und Risikoanalyse durchzuführen, die gerade der Abwehr der durch die Konstruktion der Maschine bedingten Risiken und Gefahren dienen soll, liegt auf der Hand, dass eine solche Maschine erhebliche Gefahren für den Verbraucher in sich trägt und muss sich dies im Falle von Beweisschwierigkeiten betreffend die Sicherheit der Maschine zu Lasten der Bekl. auswirken.

Dies führt in vorliegendem Fall dazu, dass sich die **Beweislast** zu Gunsten der Kl. dahingehend **umkehrt**, dass die Bekl. nachzuweisen hat, dass ihr **Konstruktionsfehler** der mangelnden Überwachung der Bandgeschwindigkeit für das Unfallgeschehen **nicht ursächlich** war (LG Berlin, Urt. v. 08.11.2007 – 31 O 135/05, BeckRS 2008, 09725 m. w. Nachw.; Staudinger/Oechsler, Neubearb. 2009, § 1 ProdHaftG Rn. 163 m. w. Nachw.).“ (LG Stuttgart aaO)

Die Bekl. konnte nicht nachweisen, dass ihr Konstruktionsfehler der mangelhaften Überwachung der Bandgeschwindigkeit nicht unfallursächlich war. Daher ist von der Kausalität des Konstruktionsfehlers für den eingetretenen Schaden auszugehen.

## VI. Mitverschulden des M

Allerdings könnte sich M ein Mitverschulden nach § 6 I ProdHaftG i. V. mit § 254 BGB anrechnen lassen müssen. Dies ist jedoch in Höhe von 1/3 bereits bei Bezifferung der Klage geschehen.

*„Ein höheres Mitverschulden sieht das Gericht entgegen der Auffassung der Bekl. nicht (s. zu vergleichbaren Fällen auch LG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 1033: 1/3; OLG Bremen, VersR 2004, 207: 20%).*

*Der Hersteller einer Maschine ist zum einen dafür verantwortlich, dass sie niemanden gefährdet, der sie mit verkehrsüblicher Sorgfalt bedient oder mit ihr in Berührung tritt. Zum anderen muss er sich aber auch auf solche Handhabungen im Umgang mit der Maschine und auf solche Gefahren einstellen, mit denen er nach der Lebenserfahrung rechnen muss. Er muss daher auch mit Unvorsichtigkeiten rechnen, die erfahrungsgemäß nicht selten vorkommen und muss daher die Maschine dementsprechend konstruieren und gegebenenfalls mit Schutzvorrichtungen versehen (BGH, BB 1972, 13 = BeckRS 1971, 30378624; LG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 1033).“ (LG Stuttgart aaO)*

Dass die Maschine gereinigt werden konnte, war gerade vorgesehen; Gefahren wie derjenigen, dass jemand mit der Hand in das Laufband gerät und diese eingezogen wird, soll durch die verlangsamte Geschwindigkeit im Tipp-Betrieb gerade vorgebeugt werden. Hierbei handelt es sich um ein – durchaus nicht unübliches – Augenblicksversagen, wie es dem Zeugen M unterlaufen ist.

*„Natürlich ist es unsinnig, die eigene Gesundheit für einen wertlosen Lappen in Gefahr zu bringen. Es entspricht aber andererseits menschlicher Natur, dass, wenn etwas herunterfällt, man spontan versucht, diesen Gegenstand aufzufangen und daher danach greift, gegebenenfalls bevor klar wird, was man da eigentlich macht. Insofern ist das Verhalten des Zeugen M nicht als grobes Verschulden gegen sich selbst zu werten, sondern eben als reines Augenblicksversagen. Gerade solchen Fehlreaktionen sollen Schutzmechanismen an derartigen Maschinen aber auch entgegenwirken.“ (LG Stuttgart aaO)*

Das Mitverschulden ist daher mit 1/3 hinreichend bemessen, so dass die Kl. von der Bekl. den Ersatz des Schadens aus übergegangenem Recht nach §§ 1, 8 ProdHaftG i.V.m. § 116 SGB X verlangen kann.

## B. Anspruch aus §§ 823 I, II BGB i. V. mit § 4 GPSG, § 116 SGB X

Ein Anspruch könnte sich zudem auch aus §§ 823 I, II BGB i. V. mit § 4 GPSG, § 116 SGB X ergeben.

*„§ 4 GPSG ist Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB (Spindler, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, Stand: 1. 3. 2011, § 823 Rn. 522). Dies hat zur Folge, dass, selbst wenn bei Anwendung des Produkthaftungsgesetzes eine Umkehr der Beweislast in Bezug auf die haftungsbegründende Kausalität generell ausgeschlossen wäre, die Bekl. aus unerlaubter Handlung haftete, da eine solche Beweislastumkehr jedenfalls im Rahmen der Haftung nach §§ 823 I, II BGB anzunehmen wäre.*

*Nach höchststrichterlicher Rechtsprechung ist anerkannt, dass, wenn der vom Verletzten in Anspruch Genommene gegen ein Schutzgesetz verstoßen hat, das typischen Gefährdungsmöglichkeiten entgegenwirken soll, und im Zusammenhang mit dem Verstoß gerade derjenige Schaden eingetreten ist, der mit Hilfe des Schutzgesetzes verhindert werden sollte, der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass der Verstoß für den Schadenseintritt ursächlich war (vgl. nur BGH, NJW 1994, 945; m. zahlr. Nachw.).*

*Gleiches gilt, wenn lediglich auf § 823 I BGB abgestellt würde, für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, nachdem das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produktes einen Unterfall der Verkehrssicherungspflichtverletzung darstellt (Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 823 Rn. 169). Auch hier ist die Anwendung des Anscheinsbeweises geboten, wenn die Verkehrssicherungspflicht, genau wie Schutzgesetzte und Unfallverhütungsvorschriften, durch genaue Verhaltensanweisungen typischen Gefährdungen entgegenwirken soll und sich in dem Schadensereignis gerade diejenige Gefahr verwirklicht, der durch die Auferlegung der konkreten Verhaltenspflicht begegnet werden soll (BGH, NJW 1994, 954).*

*Die Bekl. hat bei der Konstruktion ihrer Maschine genau gegen die Sicherheitsvorschriften verstoßen, die die Entstehung von Verletzungen, wie diejenigen, die der Zeuge M erlitten hat, ausschließen oder wenigstens minimieren sollten.“ (LG Stuttgart aaO)*

Nachdem die Bekl. (siehe oben) schuldhaft handelte, ist sie auch nach deliktischen Haftungsgrundlagen zum Ersatz der von der Kl. aus übergegangenem Recht geltend gemachten Schäden verpflichtet.

## C. Ergebnis

Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Ersatz der von dieser verauslagten Behandlungskosten und Verletztengeld in Höhe von 6822,91 Euro nebst Zinsen gem. §§ 1, 8 ProdHaftG i. V. mit § 116 SGB X sowie aus §§ 823 I, II BGB i. V. mit § 4 GPSG, § 116 SGB X.

StGB

**Beleidigung / Üble Nachrede**

StGB

§§ 185, 186

**Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung**

(KG in NStZ-RR 2013, 8; Beschluss vom 30.04.2012 – (4) 161 Ss 80/12 104/12)

1. Eine **Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil** ist **erforderlich, weil** diese **unterschiedlichen Grenzen** unterliegen. Ein Werturteil liegt auch dann vor, wenn der tatsächliche Gehalt der Äußerung so substanzarm ist, dass er, mag der Tatsachenkern auch erkennbar sein, gegenüber der subjektiven Wertung völlig in den Hintergrund tritt.
2. **Maßgebend für Inhalt und Bedeutung einer Aussage** ist der **Sinn**, den sie nach dem **Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums** hat. Dabei sind alle Umstände der Äußerung in Betracht zu ziehen.

Bei mehreren Deutungsmöglichkeiten ist das Gericht gehalten, andere mögliche Deutungen, die nicht völlig fern liegen, mit schlüssigen Argumenten auszuschließen, bevor es die zur Verurteilung führende Bedeutung zu Grunde legt.

**A. Grundlagenwissen: Beleidigung und Freiheit der Meinungsäußerung**

- I. Der **Tatbestand der Beleidigung** verlangt, dass der Täter durch die gewollte **Kundgabe der Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung** einen anderen rechtswidrig in seiner Ehre angreift (BGHSt 1, BGHSt Jahr 1 Seite 288; 36, 145/148; BayObLGSt 1983, 32/33 f.).

Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung bringt eine Äußerung dann zum Ausdruck, wenn nach ihrem **objektiven Sinngehalt** der betroffenen Person der ethische, personale oder soziale Geltungswert ganz oder teilweise abgesprochen und dadurch ihr grds. uneingeschränkter **Achtungsanspruch verletzt** wird (BayObLGSt 1983, 32/33 f.; OLG Düsseldorf NJW 1992, NJW Jahr 1992 Seite 1335; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 26. Aufl., § 185 Rn2 m. w. Nachw.).

Ob eine Kundgabe solchen Inhalts vorliegt, ist nach den **Umständen des Einzelfalls** zu beurteilen (BayObLGSt 1983, 32/33 f.).

- II. Zu beachten ist, dass die Kundgabe der Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung zwar ein i.S. von § STGB § 185 StGB beleidigendes Werturteil sein kann, dieses aber gleichwohl **durch Art. 5 I GG, § 193 StGB geschützt** sein kann.

1. **Prüfungsmaßstab** ist hierfür das **Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit**: Es gewährleistet jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern: Jeder soll sagen können, was er denkt, auch wenn er keine nachprüfbaren Gründe für sein Urteil angibt oder angeben kann. Deshalb sind Werturteile von Art. 5 I GG durchweg geschützt, ohne dass es darauf ankäme, ob die Äußerung „wertvoll“ oder „wertlos“, „richtig“ oder „falsch“, emotional oder rational begründet ist.

Die Frage kann daher nur sein, ob und wie sich **aus dem Recht der persönlichen Ehre** (Art. 5 II GG) **im Einzelfall Grenzen** ergeben (vgl. BVerfG NJW 1992, 2815; BVerfG, NJW 1972, 811; BVerfG NJW 1983, 1415; BVerfG NJW 1976, 1680).

2. Werturteile werden durch Art. 5 I GG aber grds. auch dann geschützt, wenn die **Äußerung falsch, wertlos, rein emotional und rational nicht begründbar** ist.

Sogar eine in der Sache absurde und in der Form überspitzte („schreierische“, vgl. BVerfG NJW 1992, 2815 „Gestapo-Methoden“) Diffamierung unterliegt der **geschützten Selbstbestimmung des Äußernden**. Das bedeutet zwar nicht, dass jedwedes beleidigende Werturteil durch das Grundrecht aus Art. 5 I GG gerechtfertigt ist (auch wenn mit diesem vom BVerfG vorgegebenen extensiven Verständnis der Meinungsfreiheit nach allgemeiner Meinung eine sehr weitgehende Zurückdrängung des persönlichen Ehrenschatzes verbunden ist; vgl. die Darstellung und Nachw. bei Tröndle/Fischer, StGB, § 193 Rn 14b bis 14s); es muss jedoch stets ei-

ne eingehende Auseinandersetzung mit den im konkreten Fall in Betracht kommenden Bedeutungen der Äußerung, dem damit vom Äußernden verfolgten Interesse und der Intensität und Tragweite des mit der „mildesten“ Auslegung verbundenen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen stattzufinden.

Dies setzt voraus, dass sowohl die äußeren Umstände der Beleidigung als auch die subjektiven Vorstellungen des Täters über den **Sachverhalt**, der ihn zu seiner Äußerung bewog, **sorgfältig aufgeklärt und abgewogen** werden müssen.

## B. Die Erforderlichkeit der Abgrenzung von Werturteilen und Tatsachenbehauptungen bei §§ 185, 186 StGB (KG in NSTZ-RR 2013, 8)

**Fall:** Der Angekl. hat, um seinen politischen Ansichten Ausdruck zu verleihen, Anfang 2009 als Domaininhaber die Internetseite „ex-k3-berlin.de“ eingerichtet, in der er vorrangig Personen mit „rechtem Gedankengut“ angesprochen, aber auch kritische Beiträge eingestellt hat. Als administrativ und redaktionell Verantwortlicher hat er auf jener Internetseite einen Artikel folgenden Inhalts eingestellt:

„Weiter ging es dann Richtung S-Bahnhof Jannowitzbrücke, in den angeblichen roten Bezirk Friedrichshain. Richtiger Protest war an der Strecke allerdings kaum zu sehen. Der Widerstand setzte sich hauptsächlich aus Alkoholikern, Piratenpartei-Anhängern, Ausländern und Berufsantifaschisten wie z.B. T, Z, J, W, D, A und B zusammen“.

Der Angekl. könnte sich nach **§§ 186, 185 StGB** strafbar gemacht haben.

Dies setzt voraus, dass die **Verwendung der Bezeichnung „Alkoholiker“** eine **Tatsachenbehauptung i. S. des § 186 StGB** darstellt.

### I. Für nicht durch Tatsachen belegte Werturteile und allgemein gehaltene Werturteile gilt ausschließlich § 185 StGB.

Ein **Werturteil liegt** auch dann **vor**, wenn der **tatsächliche Gehalt der Äußerung** – wofür bei einer allgemein gehaltenen und wertenden Bezeichnung wie „Alkoholiker“ einiges spricht – so **substanzarm** ist, dass er, mag der **Tatsachenkern** auch erkennbar sein, gegenüber der subjektiven Wertung völlig in den Hintergrund tritt (vgl. BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; OLG Hamburg NJW 1992, 2035).

Ist eine Beurteilung nicht offenkundig, ist sie auch deswegen zu begründen, weil **Tatsachenbehauptungen und Werturteile unterschiedlichen Grenzen** unterliegen.

Legt der Tatrichter eine Äußerung als Tatsachenbehauptung aus, so hat er, wenn die Qualifizierung nicht eindeutig ist, im Hinblick auf die **unterschiedliche Reichweite des Grundrechts der freien Meinungsäußerung** bei der Verbreitung von Meinungen und Tatsachenbehauptungen die für die vorgenommene Auslegung maßgeblichen Umstände anzugeben (vgl. BayObLG, NJW 1995, 2501).

Während eine Meinungskundgabe unter dem besonderen Schutz des Art. 5 I 1 GG steht, hängt die **Zulässigkeit von Tatsachenbehauptungen** in erster Linie von ihrem **Wahrheitsgehalt** ab (vgl. BVerfGE 90, 241). Tatsachenbehauptungen, die in einem Werturteil enthalten sind, nehmen an dem Schutz der Meinungsfreiheit teil, wenn sie sich mit Wertungen verbinden oder vermischen, beide sich nicht trennen lassen und der tatsächliche Gehalt in den Hintergrund tritt (vgl. BVerfGE 90, 241; BVerfG NJW 2000, 199).

### II. Bei der **Auslegung einer Erklärung** darf nicht ausschließlich die dem Angekl. ungünstigste Variante angenommen werden, vielmehr muss auch das **Vorliegen eines alternativen Erklärungsinhalt** geprüft werden.

1. **Voraussetzung** jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen ist, dass ihr **Inhalt zutreffend erfasst** wird (vgl. BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NSTZ 1996, 26; BVerfG NJW 2005, 3274).

Maßgebend für Inhalt und Bedeutung einer Aussage ist der Sinn, den sie nach dem **Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums** hat. Dabei sind alle Umstände der Äußerung in Betracht zu ziehen, also neben ihrem Wortlaut auch ihr Anlass und der gesamte Kontext, in dem sie gefallen ist. Bei mehreren Deutungsmöglichkeiten ist das Gericht gehalten, andere mögliche Deutungen, die

nicht völlig fern liegen, mit schlüssigen Argumenten auszuschließen, bevor es die zur Verurteilung führende Bedeutung zu Grunde legt (vgl. BVerfG 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NSTz 1996, 26).

2. Vorliegend lässt die vom Angekl. gewählte Formulierung ohne weiteres die Beurteilung zu, dass die Aufzählung nicht ausnahmslos auf die genannten Personen zutreffen kann, denn um Ausländer handelt es sich – jedenfalls dem Namen nach – bei keinem von ihnen.

*„In Anbetracht der Vielschichtigkeit einer Demonstration, die Gegenstand der Veröffentlichung geworden ist, liegt weiterhin nahe, dass es sich weder im Hinblick auf die beteiligten Gruppierungen noch die teilnehmenden Personen um eine abschließende Aufzählung gehandelt hat. Darauf lässt auch der Wortlaut schließen („... wie z.B. ...“). Ein **unvoreingenommener Leser** wird überdies die unterschiedlichen Zuschreibungen politischer Gesinnungen, der Herkunft, einer Abhängigkeitserkrankung u.a., die in ihrem Bedeutungsgehalt erheblich voneinander abweichen, nicht gleichsam allen nachfolgend genannten Personen zuordnen. Auch daran zeigt sich, dass der vom Angekl. dargelegte Sinnzusammenhang, wonach sich die Aufzählung nicht auf die ersten drei Worte, sondern ausschließlich auf die Bezeichnung „Berufsantifaschisten“ bezogen habe, nicht fern liegt. Dieser lässt sich unter **Berücksichtigung der Satzstellung** auch sprachlich herleiten, denn ein ausschließlicher **Sinnzusammenhang** zwischen dem letzten Wort der ersten Aufzählung („Berufsantifaschisten“) und der nachfolgenden Personenbenennung ist jedenfalls nicht auszuschließen. Bei dieser Interpretation fehlte es hingegen an einer strafbaren Äußerung.*

*Soweit die Kammer die Angaben des Angekl. dadurch als widerlegt angesehen hat, dass er selbst es unterlassen habe, durch einen veränderten Satzbau oder eine andere Wortwahl den gewollten Bezug klarzustellen, hat sie zwar erkannt, dass der veröffentlichte Satz **mehrere Interpretationsmöglichkeiten** bietet, hat die vom Angekl. dargelegte abweichende Auslegung dann jedoch – durch einen unzulässigen Zirkelschluss (vgl. Meyer-Goßner, StPO 54. Aufl., § 337 Rn 30a) – unter Hinweis auf die dem Angekl. angelastete Mehrdeutigkeit der Äußerung verworfen.“ (KG aaO)*

**Fahrlässige Tötung**  
**Selbstgefährdung bei illegalem Autorennen**  
(OLG Celle in StV 2013, 27; Urteil vom 25.04.2012 – 31 Ss 7/12)

**Verhalten sich bei einem Überholvorgang sowohl der überholende als auch der überholte Fahrzeugführer pflichtwidrig, so wird die Zurechnung der Folgen eines hierdurch verursachten Unfalls an den mittelbaren Verursacher nicht durch das sog. „Verantwortungsprinzip“ ausgeschlossen, wenn die geschädigten Beifahrer des unmittelbaren Verursachers keinen beherrschenden Einfluss auf das Geschehen hatten.**

**Fall:** Der Angekl. befuhr mit seinem BMW Z 4 die Bundesstraße 442. Innerhalb von K. fuhr der Angekl. auf das Fahrzeug der Zeugin G. Sch. auf und blieb mit angepasster Geschwindigkeit zunächst hinter ihr. Vor der Zeugin Sch. fuhr ein weißer Golf und an der Spitze der Kolonne fuhr der Nebenkl. A. mit seinem BMW 520i, der mit seiner Ehefrau C. I. A. auf dem Beifahrersitz, seinem einjährigen Sohn H. auf dem rechten Rücksitz, seiner Schwägerin A. K. auf dem mittleren Rücksitz und seiner Tochter M. auf dem linken Rücksitz besetzt war. Alle Insassen waren angeschnallt; die Kinder befanden sich in Kindersitzen. Nach Erreichen des Ortsausgangsschildes beschleunigten der Angekl. und die vor ihm fahrenden Fahrzeuge. Die Fahrbahn vor dem Nebenkl. war vollkommen frei. Er hatte keine Eile.

Dem Angekl. war bereits etwa 100 m nach dem Ortsausgangsschild die Beschleunigung/Geschwindigkeit der vor ihm fahrenden Kolonne zu gering, so dass er hinter dem Fahrzeug der Zeugin Sch. ausscherte und weiter beschleunigte, um dieses und die vorausfahrenden Fahrzeuge zu überholen. Er brach aber seinen Überholvorgang bereits nach etwa fünf Sekunden bei einer Geschwindigkeit von ca. 125 km/h wieder ab, da ihm zwei Motorradfahrer entgegenkamen. Der Angekl. scherte vor der Zeugin G. Sch. knapp wieder ein.

Nachdem die Motorradfahrer den Angekl. auf der Gegenfahrbahn passiert hatten, setzte dieser erneut zum Überholen an, um den vor ihm mit einer Geschwindigkeit von etwa 80 km/h fahrenden weißen Golf zu überholen. Der Angekl. beschleunigte daher und passierte den weißen Golf mit einer Geschwindigkeit von etwa 124 km/h.

Als der Angekl. begann, den weißen Golf zu überholen, beschleunigte ebenfalls der Nebenkl. sein Fahrzeug, das sich zu diesem Zeitpunkt etwa 14 Meter vor dem weißen Golf befand, von etwa 80 km/h und erreichte, als der Angekl. den Überholvorgang des weißen Golfs beendet hatte, eine Geschwindigkeit von etwa 104 km/h. Der Angekl. fuhr zu diesem Zeitpunkt immer noch mit einer Geschwindigkeit von 124 km/h.

Nachdem der Angekl. den weißen Golfs überholt hatte, scherte er teilweise wieder auf seine Fahrbahn ein, verringerte aber seine Geschwindigkeit nicht, um ebenfalls den vor ihm fahrenden Pkw 520i des Nebenkl. A. zu überholen.

Als der Angekl. aus seiner Position in der Mitte der Fahrbahn wieder ausscherte, bemerkte der Nebenkl. die Absicht des Angekl. durch einen Blick in seinen Rückspiegel. Er wollte es sich aber nicht bieten lassen, vom Angekl. überholt zu werden und beschleunigte seinen Wagen ebenfalls weiter. Der Angekl. erkannte das Fahrmanöver des Nebenkl., wollte aber unbedingt auch noch diesen Überholvorgang zu Ende bringen. So beschleunigte auch der Angekl. weiter, um den Nebenkl. noch vor der Kurve zu überholen. Zu diesem Zeitpunkt hätte er noch Zeit gehabt, um seinen Überholvorgang abubrechen und gefahrlos hinter dem Angekl. einzusichern.

Ein Abbruch wäre für den Angekl. auch geboten gewesen, da sich von vorne die Zeugin Le. in ihrem Fahrzeug näherte. Weder der Angekl. noch der Nebenkl. nahmen aber die Zeugin Le. in ihrem Fahrzeug wahr, da sich beide ganz auf ihren Überholvorgang konzentrierten.

Als sich der Angekl. etwa zwei Fahrzeuglängen noch auf der Gegenfahrbahn fahrend vor dem Nebenkl. befand, lenkte dieser zu spät sein Fahrzeug nach links in die Kurve ein, um diese gefahrlos durchfahren zu können. Die Zeugin Le. kam mit ihrem Fahrzeug auf ihrer Fahrbahn den beiden Fahrzeugen entgegen, als der Angekl. versuchte, den Nebenkl. zu überholen. Sie bekam mit, dass es dem Angekl. nicht gelang, den Überholvorgang rechtzeitig zu beenden, und versuchte nun, ihr Fahrzeug auf den rechten Seitenstreifen zu lenken. Als der Angekl. die Zeugin Le. passierte, war er allerdings bereits wieder zu einem guten Stück auf seine Fahrbahn gewechselt, so dass die Fahrzeuge ganz knapp aneinander vorbeipassten, ohne dass es zu einer Kollision zwischen dem Angekl. und der Zeugin Le. kam. Hiervon bekam der Angekl. nichts mit.

Zum Ende seines Überholvorgangs erreichte der Angekl. eine Geschwindigkeit von ca. 140 km/h, als er auf die Kurve zufuhr. Diese Geschwindigkeit verlangte vom Angekl. sein gesamtes fahrerisches Können ab, da die Kurvengrenzgeschwindigkeit der sich vor ihm auftuenden und sich nach hinten verjüngenden Kurve bei ca. 146 km/h liegt und er de facto mit seinem Fahrzeug höchstens mit 140 km/h die Kurve passieren konnte. Das in dem Fahrzeug installierte ESP half dem Angekl. zudem, in der Spur zu bleiben. Dieses hatte sich automatisch zugeschaltet. Der Angekl. fuhr also nunmehr im absoluten Geschwindigkeitsgrenzbereich auf die Kurve zu, was er auch deutlich spürte.

Da der Nebenkl. nicht rechtzeitig nach links gelenkt hatte, fuhr er mit seinem Pkw BMW weiter geradeaus, so dass er mit seinen rechten Rädern auf das Bankett geriet und in eine Dreh-Schleuderbewegung kam. Zu diesem Zeitpunkt bremsste der Nebenkl. und versuchte, wieder auf die Straße zurück zu gelangen, was ihm aber unmöglich war, so dass er mit seiner rechten Fahrzeughälfte und einer Geschwindigkeit von 100-110 km/h gegen einen

Baum stieß. Die Insassen C. I. A., A. K. und H. A. starben sofort, der Nebenkl. wurde verletzt. Das Fahrzeug wurde wieder auf die Fahrbahn zurückgeschleudert und kam quer auf der Fahrbahndecke zum Liegen.

In das nunmehr quer auf der Bundesstraße 442 liegende Wrack des Nebenkl. fuhr der aus Richtung B. N. kommende Motorradfahrer D., ohne dass er eine Chance gehabt hätte, zu bremsen oder auszuweichen. Durch den Aufprall erlitt sein Motorrad einen Totalschaden. Er selbst flog über das Autowrack hinweg und blieb dahinter schwer verletzt liegen.

Der Angekl. könnte fahrlässig den Tod von C. I. A., H. A. und A. K. verursacht und sich dadurch nach **§ 222 StGB** strafbar gemacht haben.

I. **Fahrlässig** handelt ein Täter, der eine **objektive Pflichtverletzung** begeht, sofern er diese nach seinen **subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten** vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtverletzung objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg herbeigeführt hat. Die Einzelheiten des durch das pflichtwidrige Verhalten in Gang gesetzten Kausalverlaufs brauchen dagegen nicht vorhersehbar zu sein (st. Rspr.; vgl. BGHSt 49, 166 m. w. Nachw.).

1. Der **BGH** (BGHSt 53, 55 m. Anm. Puppe GA 2009, 486; Renzikowski HRRS 2009, 347; Roxin JZ 2009, 399; Duttge NSTz 2009, 690) hat in einem dem vorliegenden vergleichbaren Fall Grundsätze aufgestellt, nach denen die Strafbarkeit eines Fahrzeugführers wegen fahrlässiger Tötung zu beurteilen ist, der sich im Rahmen eines Überholvorganges pflichtwidrig verhalten, aber nicht unmittelbar den Unfall mit tödlichem Ausgang für die Beifahrer eines anderen, sich bei demselben Überholvorgang ebenfalls pflichtwidrig verhaltenden Fahrzeugführers verursacht hat.

2. Dass es sich in dem vom BGH entschiedenen Fall um ein zwischen den Fahrzeugführern vorher vereinbartes Rennen gehandelt hat, steht der **Übertragung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall** nicht entgegen.

*„Denn die Zurechnung beruhte dort nicht allein auf der Absprache des illegalen Rennens, sondern auch auf den während der Fahrt konkret begangenen Pflichtverletzungen beider Fahrer. Abgesehen davon handelte es sich im vorliegenden Fall ab dem Zeitpunkt, als der Nebenkl. beschleunigte, um den Angekl. am Überholen zu hindern, und der Angekl. dieses erkennend sein Fahrzeug umso mehr beschleunigte, um den Nebenkl. unbedingt zu überholen, faktisch um ein spontanes Rennen bzw. eine diesem gleichzustellende „Kraftprobe“.“ (OLG Celle aaO)*

II. Unter Beachtung dieser Grundsätze hat der Angekl. seine **Pflichten als Fahrzeugführer verletzt**, indem er den Überholvorgang vorschriftswidrig durchgeführt hat.

*„Er hat nämlich zum einen überholt, obwohl er nicht übersehen konnte, ob während des ganzen Überholvorganges jede Behinderung des Gegenverkehrs ausgeschlossen ist (§ 5 II 1 StVO). Zum anderen war das Überholen für ihn auch deshalb unzulässig, weil aufgrund des Beschleunigens des Nebenkl. und der Annäherung an die sich nach hinten verjüngende Kurve für den Angekl. eine unklare Verkehrslage bestand (§ 5 III Nr. 1 StVO). Des Weiteren hat er seine Pflichten als Fahrzeugführer verletzt, indem er entgegen § 1 II StVO nicht alles unternommen hat, um die mit dem Überholvorgang verbundene Gefährdung zu vermeiden, und schließlich die im Bereich des Unfallorts zulässige Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h erheblich überschritten hat.“ (OLG Celle aaO)*

III. An der **Vermeidbarkeit des Todes** von C. I. A., H. A. und A. K. bei pflichtgemäßem Verhalten des Angekl. besteht kein Zweifel.

*„Als der Angekl. erkannte, dass der Nebenkl. sein Fahrzeug auch beschleunigte, wäre ihm ein Abbrechen des Überholvorgangs noch möglich gewesen.“ (OLG Celle aaO)*

IV. Auch an der **Vorhersehbarkeit des Todes** von C. I. A., H. A. und A. K. bestehen keinerlei Zweifel.

*„Im Hinblick auf die während des Überholens von dem Angekl. und dem Nebenkl. gefahrenen Geschwindigkeiten und die nahende, sich nach hinten verjüngende Kurve war ein schwerer Verkehrsunfall und der Tod von Insassen des überholten Fahrzeugs nicht nur objektiv, sondern für ihn subjektiv vorhersehbar. Denn dies erfordert nicht, dass der Angekl. die Folgen seines Handelns in allen Einzelheiten voraussehen konnte; vielmehr genügt, dass sie in ihrem Gewicht im Wesentlichen voraussehbar waren (BGHSt 53, 55; BGHSt 39, 322 jew. m. w. Nachw.).“ (OLG Celle aaO)*

V. Schließlich ist die **Kausalität** zwischen dem pflichtwidrigen Handeln des Angekl. und dem Tod von C. I. A., H. A. und A. K. gegeben.

Für die Prüfung der Kausalität ist bei fahrlässigen Erfolgsdelikten der **Eintritt der konkreten Gefährdungslage** maßgeblich, die unmittelbar zum schädigenden Erfolg geführt hat (BGHSt 53, 55; Fischer, StGB, 59. Aufl., Vor § 13 Rn 33 m. w. Nachw.).

„Bezogen hierauf waren kausal für den Tod von C. I. A., H. A. und A. K. jedenfalls die Fortsetzung des Überholvorgangs, obwohl der Angekl. erkannt hatte, dass auch der Nebenkl. in diesem Moment sein Fahrzeug beschleunigte, und sich dadurch sein eigener Überholweg verlängern würde.“ (OLG Celle aaO)

VI. Jedoch könnte die **Zurechnung des Todes zweifelhaft** sein, wenn eine **Selbstgefährdung** oder eine dieser ausnahmsweise gleichzustellende Fremdgefährdung vorliegen würde (vgl. BGHSt 53, 55; BGHSt 39, 322 jew. m. w. Nachw.).

1. Nach der **BGH-Rspr.** bestimmt sich bei Fahrlässigkeitsdelikten die **Abgrenzung zwischen der Selbst- und der Fremdgefährdung** nach der **Herrschaft über den Geschehensablauf**, die weitgehend nach den für Vorsatzdelikte zur Tatherrschaft entwickelten objektiven Kriterien festgestellt werden kann (vgl. BGHSt 53, 55). Bei der Prüfung, wer die Gefährdungsherrschaft innehat, kommt dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu.

Ausgehend hiervon ist vorliegend ein Fall der Fremd- und nicht der Selbstgefährdung gegeben.

„Die **Herrschaft über das Geschehen** unmittelbar vor sowie ab dem Beginn des Überholvorgangs lag allein bei den **Fahrzeugführern**. Sie haben die Entscheidung getroffen und umgesetzt, jeweils den Überholvorgang vorschriftswidrig durchzuführen. Allein sie haben die Geschwindigkeit der Fahrzeuge und die Lenkbewegungen bestimmt. Die Beifahrer des Nebenkl. hatten in diesem Zeitraum dagegen nicht die Möglichkeit, ihre Gefährdung durch eigene Handlungen abzuwenden.“ (OLG Celle aaO)

2. Die Zurechnung ist hier auch nicht etwa deshalb abzulehnen, weil in der Tat des Angekl. die **straflose Mitwirkung** an einer der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gleichzustellenden Fremdgefährdung zu sehen ist.

„Der BGH hat entschieden, dass es der Zurechnung nicht entgegensteht, wenn beide an dem Überholvorgang beteiligten Fahrzeugführer ein in etwa gleiches Maß an Tatherrschaft besessen haben, weil dies **nicht im Verhältnis der Fahrzeugführer zu den Beifahrern** gilt (BGH aaO). Dass der Nebenkl. hier seinerseits gegen § 5 VI 1 StVO verstoßen und dadurch eine mindestens **gleichwertige Ursache** für den Unfall gesetzt hat, wirkt sich hinsichtlich des Angekl. nicht auf die Zurechnung des Erfolges aus, sondern ist lediglich im Rahmen der Strafzumessung von Bedeutung.“ (OLG Celle aaO)

3. Die **teilweise vertretene Ansicht**, dass der Zurechnung eines nur mittelbar verursachten Taterfolgs das „Verantwortungsprinzip“ entgegenstehe, wonach „jeder sein Verhalten grds. nur darauf auszurichten habe, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährdet, nicht aber darauf, dass andere dies nicht tun - denn dies fällt in deren eigene ‚Zuständigkeit‘“, dies gelte auch, wenn nicht nur der eigentlich verantwortliche Letztverursacher, sondern zusätzlich Dritte zu Schaden kommen (so OLG Stuttgart DAR 2011, 4152 mit krit. Anm. Puppe JR 2012, 164), weicht von der BGH-Rspr. (vgl. BGHSt 53, 55) ab und ist nach OLG Celle aaO abzulehnen.

„Der **Senat folgt der Rspr. des BGH**. Denn die Argumente, die gegen eine Zurechnung des Erfolges sprechen, wenn der Angekl. als „Hintermann“ ausschließlich zu einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des „Vordermannes“ beigetragen hat, also in erster Linie der Schluss a maiore ad minus aus der Strafflosigkeit der Teilnahme am Selbstmord (BGHSt 32, 262), aber auch der Respekt vor der **Autonomie** dessen, der über die Gefährdung seiner Rechtsgüter selbst entscheiden darf (vgl. Radtke in FS Puppe (2011), S. 6, 10), greifen nicht, wenn der Angekl. - wie hier - zugleich auch zu einer **Gefährdung Dritter** beigetragen hat, die **ihrerseits auf das Tatgeschehen keinerlei beherrschenden Einfluss hatten** (vgl. BGHSt 53, 55; Puppe aaO).“ (OLG Celle aaO)

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2012, 749; Urteil vom 12.06.2012 – 8 A 10291/12)

1. Bauordnungsbehördliche **Eingriffsbefugnisse** unterliegen **keiner Verwirkung**.
2. Ein Nachbar hat bei der Verletzung nachbarschützender Vorschriften **grundsätzlich einen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten** zum Zwecke der Beseitigung des Rechtsverstoßes.
3. Eine solche **Ermessensreduzierung** gilt jedoch **nicht uneingeschränkt**.
4. Das Gebrauchmachen von der Eingriffsermächtigung kann sich jedoch als ermessensfehlerhaft erweisen, wenn die Behörde durch ihr **vorangegangenes positives Tun** einen **Vertrauenstatbestand** beim Bauherrn geschaffen und dieser im Vertrauen darauf nicht unerhebliche und nur schwer rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen hat (so genannte „**aktive Duldung**“).
5. Die Duldung baurechtswidriger Zustände darf nicht uneingeschränkt, sondern nur für einen vorübergehenden Zeitraum erfolgen.

**Fall:** Die Kl. begehrten bauaufsichtliches Einschreiten gegen eine baugebietswidrige Wohnnutzung. Sie sind Eigentümer von Grundstücken, auf denen sie eine Spedition betreiben. Im Nordwesten grenzt das mit einem Wohnhaus bebaut Grundstück der Beigel. an. Der 1991 in Kraft getretene Bebauungsplan setzt für diese Flurstücke ein Gewerbegebiet fest. Das Wohnhaus der Beigel. wurde 1913 errichtet. 1986 wurde das Hausgrundstück vom Land Rheinland-Pfalz – Straßenverwaltung – angekauft, da es zu einem großen Teil für den Straßenbau benötigt wurde. Von Anfang 1988 bis Mitte 1991 nutzte die Straßenverwaltung das Gebäude als Büro. Nach Fertigstellung der Straßenbaumaßnahme verkaufte das Land Rheinland-Pfalz das Grundstück mit notariellem Kaufvertrag vom Dezember 1992 zum Preis von 90 000 DM an die Beigel., die das Gebäude seither zu Wohnzwecken nutzen. Seit etwa 1999 beanstandete die Bauaufsichtsbehörde den Umfang des Lkw-Betriebs auf dem Speditionsgrundstück. Ein schalltechnisches Gutachten vom April 2001 ergab, dass bei 6 Lkw-Abfahrten in der lautesten Nachtstunde am Wohngebäude der Beigel. der Immissionsrichtwert für Gewerbegebiete (50 dB [A]) nicht eingehalten werden könne. Im Juli 2003 verfügte der Bekl. ein Nachtfahrverbot für Lkw. Schließlich wurde den Kl. am 13.02.2007 eine Baugenehmigung u. a. für einen Abstellplatz mit der Maßgabe erteilt, dass in der lautesten Nachtstunde maximal 3 Pkw-Parkvorgänge und 3 Lkw-Abfahrten zulässig seien. Hinsichtlich der Wohnnutzung des Gebäudes der Beigel. stellte der Bekl. mit Bescheid vom 06.02.2004 fest, dass diese Wohnnutzung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht gegen baurechtliche Bestimmungen verstoße und ein Bestandsschutz aus einer früher zulässigerweise ausgeübten Wohnnutzung nicht mehr bestehe. In der Begründung wurde ausgeführt, dass die Kreisverwaltung aber bereit sei, auf Grund der besonderen Umstände des Falls von einem bauaufsichtlichen Einschreiten gegen die rechtswidrige Wohnnutzung abzusehen, allerdings nur dann, wenn keine strengeren Lärmschutzanforderungen als die für ein Betriebswohngebäude im Gewerbegebiet gestellt würden. Die von den Beigel. dagegen erhobene Klage blieb ohne Erfolg. Auf Bitte der Beigel. teilte der Landrat des Bekl. am 15.09.2008 mit, dass die Beigel. vorbehaltlich besonderer Umstände auch künftig mit einem Einschreiten nicht rechnen müssten. Dies gelte auch für den Fall der Übernahme des Gebäudes durch ihre Kinder. Seit November 2008 begehrten die Kl. erfolglos ein bauaufsichtliches Einschreiten gegen die Wohnnutzung der Beigel. Die anschließende Klage blieb ebenfalls ohne Erfolg: Den Kl. stehe ein Anspruch auf Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung nicht zu. Zwar sei die von den Beigel. ausgeübte Wohnnutzung formell und materiell baurechtswidrig. Jedoch liege ein Verstoß gegen den Gebietserhaltungsanspruch der Kl. nicht vor. Mit der in der Duldungsverfügung vom 06.02.2004 enthaltenen Gleichstellung des Gebäudes der Beigel. mit einem im Gewerbegebiet nach § 8 III Nr. 1 BauNVO ausnahmsweise zulässigen Betriebswohngebäude sei dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung des im Bebauungsplan festgesetzten Gebietscharakters Genüge getan. Die Kl. haben zur Begründung der vom Senat zugelassenen Berufung im Wesentlichen ausgeführt, dass sie in ihrem Gebietsbehauptungsanspruch verletzt seien. Eine reine Wohnnutzung dürfe in einem Gewerbegebiet nicht genehmigt werden. Dann sei aber eine dahingehende Duldungsentscheidung ebenfalls rechtswidrig. Nach Auffassung des Bekl. und der Beigel. stehe dem geltend gemachten Anspruch bereits die Bestandskraft des Duldungsbescheids vom 06.02.2004 entgegen. Besteht ein Anspruch auf Erlass einer bauordnungsrechtlichen Nutzungsuntersagung?

Eine **Nutzungsuntersagung** ist möglich aufgrund der **bauordnungsrechtlichen Generalklausel**, hier § 81 LBO Rhl.Pf.

Vgl. § 64 II 2 BauO LSA; § 47 I 2 LBO BW; § 54 I 2 BO Bay; § 58 I 2 BauO Bln; § 52 II 2 BO Bbg; § 61 I 2 LBO HB; § 58 I 2 BauO HH; § 53 II 2 BO Hess; § 58 I 2 LBauO MV; § 61 II 2 BauO NW, § 65 I BauO Nds; § 57 II 2 LBO Saarl; § 58 II 2 BO Sachs; § 66 I LBO SH; § 60 II 2 BO Thür.

Allerdings handelt es sich hierbei um eine Ermessenentscheidung. Wird ein Anspruch auf eine Ermessensnorm gestützt, so besteht lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, sofern die verletzte Vorschrift nachbarschützend ist (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 7. 12. 2005

– 8 A 11062/05). Ein Anspruch auf die konkret begehrte Maßnahme ist nur gegeben, wenn zum einen die Eingriffsvoraussetzungen vorliegen und zum anderen eine Ermessensreduzierung auf Null dergestalt vorliegt, dass sich einzig die begehrte Entscheidung als ermessensfehlerfrei darstellt.

## I. Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen

Verstoßen bauliche Anlagen oder andere Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 I 2 LBO Rhl.Pf. gegen baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Errichtung, die Änderung, die Instandhaltung oder die Nutzungsänderung dieser Anlagen, so kann die Bauaufsichtsbehörde nach § 81 S. 1 LBO Rhl.Pf. deren teilweise oder vollständige Beseitigung auf Kosten der nach § 54 LBO Rhl.Pf. verantwortlichen Personen anordnen oder die Benutzung der Anlagen untersagen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

Fraglich ist daher, ob die Nutzung des Gebäudes zu Wohnzwecken gegen baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.

### 1. formelle Baurechtswidrigkeit

Die Wohnnutzung könnte schon formell baurechtswidrig sein. Formelle Baurechtswidrigkeit ist anzunehmen, wenn eine genehmigungsbedürftige Nutzung ohne Genehmigung erfolgt.

„[Hier hat] sich die ursprünglich im Jahr 1913 genehmigte Wohnnutzung des Hauses infolge der Umnutzung zum Baubüro erledigt.“ (OVG Koblenz aaO)

Eine neue Genehmigung nach erneuter Aufnahme der Wohnnutzung wurde trotz bestehender Genehmigungsbedürftigkeit einer Nutzungsänderung nach § 61 LBO Rhl.Pf. nicht beantragt.

Die Wohnnutzung ist daher formell baurechtswidrig.

### 2. materielle Baurechtswidrigkeit

Die Wohnnutzung könnte zudem auch materiell baurechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn sie nicht genehmigungsfähig ist.

„In einem **Gewerbegebiet** sind **Wohngebäude grundsätzlich nicht zulässig**. Nach § 8 III Nr. 1 BauNVO können lediglich Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter, die dem Gewerbebetrieb zugeordnet und ihm gegenüber untergeordnet sind, ausnahmsweise zugelassen werden. Diese **Ausnahmevoraussetzungen liegen** für die reine Wohnnutzung der Beigel. **nicht vor**. All dies steht zwischen den Bet. durch das Urteil des VG Neustadt a. d. W. vom 26.11.2007 (3 K 724/07; bestätigt durch: OVG Koblenz, Beschl. v. 26.03.2008 – 8 A 10034/08) fest.“ (OVG Koblenz aaO)

### 3. Zwischenergebnis

Damit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde gegen die Wohnnutzung vor.

## II. Nachbarschutz

Fraglich ist jedoch, ob die Kl. sich auf die materielle Baurechtswidrigkeit der Wohnnutzung berufen können. Dies ist nur der Fall, wenn die entsprechenden Vorgaben zu in einem Baugebiet zulässigen Nutzungen auch nachbarschützend sind.

„[Die] **Festsetzung von Baugebieten** durch Bebauungspläne hat für die Nachbarn im Plangebiet kraft Bundesrechts **nachbarschützende Funktion** (vgl. BVerwGE 94, 151 = NJW 1994, 1546 = NVwZ 1994, 783 L). Soweit das VG zwischen objektiver Rechtswidrigkeit der Grundstücksnutzung und dem Umfang des Gebietsbewahrungsanspruchs des Nachbarn differenziert, gilt es klarzustellen, dass der Umfang der subjektiven Rechtsstellung des Nachbarn in vollem Umfang den objektiv-rechtlichen Anforderungen an die Gebietsverträglichkeit entspricht. So hat das BVerwG klargestellt, dass der Nachbar auch dann einen **Anspruch auf die Bewahrung der festgesetzten Gebietsart** hat, wenn das baugebietswidrige Vorhaben im jeweiligen Einzelfall noch nicht zu einer tatsächlich spürbaren und nachweisbaren Beeinträchtigung des Nachbarn führt (BVerwGE 94, 151 Rdnr. 23 = NJW 1994, 1546 = NVwZ 1994, 783 L). Dass die baugebietswidrige Wohnnutzung der Beigel. auf Grund der getroffenen Duldungsentscheidung zu keinen strengeren Lärmschutzvorkehrungen als den in einem Gewerbegebiet erforderlichen zwingt, ist deshalb für die Frage des Verstoßes gegen den Gebietsbewahrungsanspruch unerheblich.“ (OVG Koblenz aaO)

Die Kl. können sich auch auf die materielle Baurechtswidrigkeit der Wohnnutzung durch die Beigel. berufen

### III. Ermessensreduzierung auf Null

Ein Anspruch der Kl. auf Erlass einer entsprechenden Nutzungsuntersagung besteht aber nur dann, wenn sich das der Bekl. eingeräumte Ermessen auf Null reduziert sich, einzig der Erlass der begehrten Entscheidung sich also als ermessensgerecht darstellen würde.

#### 1. Verwirkung

Ein Anspruch der Kl. könnte angesichts der Zeitabläufe schon unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung ausgeschlossen sein.

*„Dass die Kl. seit Aufnahme der Wohnnutzung durch die Beigel. im Jahr 1992 lange Zeit untätig geblieben sind, dürfte deshalb keine Verwirkung ihrer nachbarlichen Ansprüche auf bauaufsichtliches Einschreiten begründen, weil in den 1990er Jahren keiner der Bet. erkannt hatte, dass die 1913 erteilte Baugenehmigung zur Wohnnutzung infolge der Umnutzung des Hauses durch die Straßenverwaltung unwirksam geworden war (vgl. allgemein zu den Voraussetzungen der Verwirkung nachbarlicher Abwehrrechte: BVerwG, NVwZ 1991, 1182).“ (OVG Koblenz aaO)*

Eine Verwirkung steht dem geltend gemachten Anspruch daher nicht entgegen.

#### 2. Unanfechtbarkeit der Duldungsentscheidung

Allerdings wurde mit Bescheid vom 06.02.2004 festgestellt, dass die Wohnnutzung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht gegen baurechtliche Bestimmungen verstoße und ein Bestandsschutz aus einer früher zulässigerweise ausgeübten Wohnnutzung nicht mehr bestehe. In der Begründung wurde ausgeführt, dass die Kreisverwaltung aber bereit sei, auf Grund der besonderen Umstände des Falls von einem bauaufsichtlichen Einschreiten gegen die rechtswidrige Wohnnutzung abzusehen, allerdings nur dann, wenn keine strengeren Lärmschutzanforderungen als die für ein Betriebswohngebäude im Gewerbegebiet gestellt würden.

*„Hinsichtlich des Bescheids vom 06.02.2004 dürfte zwar von einem **Duldungsverwaltungsakt** auszugehen sein. Hierfür sprechen die Formulierungen „Duldungsentscheidung“ und „Verschaffen einer verfestigten Rechtsposition“. Indes dürfte diese **Duldungsentscheidung gegenüber den Kl. nicht unanfechtbar** geworden sein.*

*Eine unmittelbare Anwendung der **Anfechtungsfristen** nach §§ 57, 58 und 70 VwGO scheidet **mangels förmlicher Bekanntgabe** des Verwaltungsakts den Kl. gegenüber aus. Das Berufen auf die fehlende Bekanntgabe der Duldungsentscheidung dürfte ihnen auch nicht nach Treu und Glauben versagt werden können. Zwar hat das BVerwG in dem von den Beigel. zitierten Urteil vom 25.01.1974 (BVerwGE 44, 294 = NJW 1974, 1260), ausgeführt, dass einem Nachbar dann, wenn er **sichere Kenntnis von einer Baugenehmigung** erlangt hat oder hätte erlangen müssen, **nach Treu und Glauben** die Berufung darauf versagt sein könne, dass die Baugenehmigung ihm nicht amtlich mitgeteilt wurde (vgl. BVerwGE 44, 294 = NJW 1974, 1260). Die danach erforderliche Treuwidrigkeit dürfte den Kl. hier allerdings nicht vorgehalten werden können. So haben sie in dem mit dem Bekl. geführten Rechtsstreit um das Nachtfahrverbot vom 25.07.2003 bereits im Schriftsatz ihres damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 08.11.2004 die in dem „Feststellungsbescheid“ (v. 6. 2. 2004) erklärte Duldung der Wohnnutzung der Beigel. als „evident rechtsmissbräuchlich und ermessensfehlerhaft“ kritisiert. Dass sie darüber hinaus keine weiteren Schritte eingeleitet, sondern zunächst den Rechtsstreit zwischen den Beigel. und dem Bekl. über die Baurechtswidrigkeit der Wohnnutzung abgewartet haben, erscheint legitim. Nach rechtskräftigem Abschluss dieses Rechtsstreits sind die Kl. dann alsbald aktiv geworden und haben um bauaufsichtliches Einschreiten nachgesucht.“ (OVG Koblenz aaO)*

#### 3. Ermessensausübung

Der Anspruch auf Erlass der Nutzungsuntersagung hängt daher allein davon ab, ob diesbezüglich eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt oder ob die erfolgte Ablehnung einer Überprüfung der Ermessensausübung standhält.

##### a) Grundsatz

Zwar kann ein Nachbar nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts bei der Verletzung nachbarschützender Vorschriften **grundsätzlich ein bauaufsichtliches Einschreiten** zum Zwecke der Beseitigung des Rechtsversto-

ßes beanspruchen. Eine solche **Ermessensreduzierung** gilt jedoch **nicht un- eingeschränkt**.

„So ist anerkannt, dass sie dann **nicht eintritt**, wenn eine Befreiung oder eine **Abweichung von der nachbarschützenden Vorschrift** in Betracht kommt, übergeordnete, sich aus der Sache selbst ergebende öffentliche Interessen einem Einschreiten entgegenstehen oder sich die Abweichung von der nachbarschützenden Vorschrift im Bagatellbereich hält (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 22. 10. 1987 – 1 A 108/85; v. 7. 12. 2005 – 8 A 11062/05, jew. m. w. Nachw.). Der Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten ist ferner eingeschränkt, soweit der **Einschreitenspflicht der Behörde ihrerseits rechtliche Schranken entgegenstehen**. Denn der subjektive Anspruch des Nachbarn kann nicht weitergehen als die objektive Pflicht der Bauaufsichtsbehörde.“ (OVG Koblenz aaO)

## b) Vertrauensschutz

Ein solcher, den Anspruch des Nachbarn auf ein Einschreiten gegen bau-rechtswidrige Zustände auf der Grundlage des Verstoßes gegen nachbarschüt-zende Vorschriften einschränkender Aspekt ist Vertrauensschutz.

### aa) Vertrauen auf weiteres Nichteinschreiten trotz Vorliegen der Voraussetzungen

Fraglich ist daher, ob überhaupt ein Vertrauensschutz dahingehend denk-bar ist, dass eine Behörde, die trotz Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen zunächst von Maßnahmen absieht, auch später keine Maßnahmen mehr ergreifen, sondern den Zustand dauerhaft dulden wird.

„Zwar können **polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse** nicht verwirkt werden. Denn im Unterschied zu subjektiven Rechten sind sie **nicht verzichtbar**, müssen vielmehr im öffentlichen Interesse zur Gewährleistung rechtmäßiger Zustände aufrecht-erhalten bleiben (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2008, 696; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. [2011], § 53 Rn. 44). Von dem Tatbestand der Verwirkung ist jedoch der Umstand zu unterscheiden, dass sich das **Gebrauchmachen von einer Eingriffsermächtigung im Einzelfall als ermessensfehlerhaft** erweisen kann, wenn sich eine Behörde damit in Wi-derspruch zu ihrem früheren Verhalten setzt und **schutzwürdiges Vertrauen des Betr. verletzt**. So ist in der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts anerkannt, dass eine Bauaufsichtsbehörde dann am ermessensfehlerfreien Erlass einer Beseitigungsverfügung gehindert sein kann, wenn sie **durch ihr vorangegangenes positives Tun einen Vertrau-ensstatbestand beim Bauherrn geschaffen** und dieser im Vertrauen darauf nicht unerheb-liche und nur schwer rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen hat (so genannte „aktive Duldung“, vgl.: OVG Koblenz, Urt. v. 13. 12. 1979 – 1 A 68/77, in: AS 15, 324 [326]; DVBl 2012, 250 = BeckRS 2011, 56614; ebenso: OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 364; Decker, in: Simon/Busse, BayBauO, 107. Ergänzungsfg., 2012, Art. 76 Rn. 227 m. w. Nachw.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. [2008], § 53 Rn. 27).“ (OVG Koblenz aaO)

Die Begrenzung der Einschreitenspflicht aus Gründen des Vertrauens-schutzes schränkt die Durchsetzung des objektiven Rechts und der damit korrespondierenden subjektiven Nachbaransprüche zwangsläufig ein.

„Diese **Zurücknahme der Rechtsdurchsetzung** ist aber durch die gegenläufigen, ihrer-seits ebenfalls rechtlich geschützten Interessen gerechtfertigt (vgl. zu dem im Rechtsstaats-prinzip wurzelnden Gebot des Vertrauensschutzes bei Erlass baurechtlicher Beseitigungs-verfügungen: BVerfG, NVwZ 2005, 203 – Pirmasenser Amnestie). Die **widerstreitenden Positionen** müssen in einen **angemessenen Ausgleich** gebracht werden. Hierzu dient das den Bauaufsichtsbehörden eingeräumte Ermessen. Dabei wird dem Gebot zur Herbeifüh-rung rechtmäßiger Zustände von vornherein dadurch in besonderem Maße Ausdruck ver-liehen, dass die **Hinnahme rechtswidriger Zustände** aus Gründen des Vertrauensschut-zes **nur für einen vorübergehenden Zeitraum** erlaubt sein kann. Keinesfalls darf die auf schutzwürdiges Vertrauen gestützte Duldung in ihrer Wirkung derjenigen einer Baugeneh-migung gleichkommen (vgl. VGH Kassel, BauR 1994, 229; Finkelnburg/Orloff/Otto, Öffent-liches BauR, Bd. II, 6. Aufl. [2010], S. 186 m. w.N.).“ (OVG Koblenz aaO)

### bb) Anwendung auf den Fall

Es kommt daher darauf an, ob der Bekl. sich zu Recht auf den Standpunkt stellen kann, aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht gegen die Beigel. Vorgehen zu können, da eine solche Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre.

„Der Bekl. hat zu Recht erkannt, dass durch die Baugenehmigung zur Errichtung der Eingangüberdachung mit Terrasse und Balkon im Jahr 1995 ein **Vertrauensstatbestand geschaffen** worden war. Die Beigel. mussten diese Baugenehmigung so verstehen, dass die **Berechtigung zur Wohnnutzung** in dem von ihnen erworbenen Haus **nicht infrage gestellt** wird. Die sich im Nachhinein als rechtswidrig erweisende Genehmigung ist auch von den Kl. nicht beanstandet worden; gestritten wurde im Rahmen der Bauausführung lediglich um einen geringfügigen Terrassenüberbau. Da die Beigel. im Vertrauen auf die Berechtigung ihrer Wohnnutzung auch **nicht unerhebliche Investitionen** getätigt haben, würde die Bauaufsichtsbehörde gegen Grundsätze des Vertrauensschutzes verstoßen, wenn sie hierauf im Rahmen der Entscheidung über die Durchsetzung des Gebietsbewahrungsanspruchs nicht Rücksicht nähme.“ (OVG Koblenz aaO)

Diesem Vertrauensinteresse der Beigel. ist jedoch das Schutzinteresse der Kl. entgegenzustellen. Hier hat der Bekl. bei seinen, dem Bescheid vom 11.02.2011 zu Grunde liegenden Ermessenserwägungen auch die schutzwürdigen Interessen der Kl. gewürdigt und ihnen in gebotenem Maße Rechnung getragen.

„Wie vom VG bereits zutreffend dargelegt, hat die Behörde nämlich die **Duldung des bau-rechtswidrigen Zustands** an die Bedingung geknüpft, dass die Beigel. **keine strengeren Lärmschutzanforderungen** geltend machen, als dies für eine Betriebswohnung in einem Gewerbebetrieb beansprucht werden könnte. Dies bedeutet, dass sich die Beigel. **mit den in einem Gewerbegebiet zwangsläufig entstehenden und als gebietsverträglich zu bewertenden Geräuscheinwirkungen**, einschließlich auftretender Geräuschspitzen, **abzufinden** haben. Sofern sie darüber hinaus Schutzvorkehrungen auch unterhalb des in einem Gewerbegebiet üblichen Niveaus beanspruchen und gegenüber dem Bekl. geltend machen, stellen sie damit die ihnen lediglich unter der vorgenannten Bedingung gewährte Duldung infrage. Ferner hat der Bekl. in seinem Bescheid vom 10.02.2011 den Interessen der Kl. dadurch Rechnung getragen, dass er sich die **Möglichkeit des Einschreitens in der Zukunft ausdrücklich vorbehalten** und dabei durchaus offen gelassen hat, ob nicht der – von den Kl. angesprochene – Zeitpunkt des Ablebens der Beigel. und damit die Beendigung der derzeit praktizierten baurechtswidrigen Nutzung des Hauses einen Anlass für ein Einschreiten darstellt.

Soweit darin eine **Einschränkung** gegenüber der großzügigeren, nämlich eine Anschlussnutzung durch die Kinder der Beigel. einschließende **Duldungsregelung** im Schreiben des Landrats vom 15.09.2008 zu sehen ist, ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Denn § 50 VwVfG i. V. mit § 1 RhPFVwVfG stellt **Aufhebungen bzw. Einschränkungen von Verwaltungsakten anlässlich oder gelegentlich eines Rechtsbehelfsverfahrens** – wie hier – von Vertrauensschutzerwägungen nach §§ 48 oder 49 VwVfG frei (vgl. Ziekow, VwVfG, 2. Aufl. [2010], § 50 Rn. 2).“ (OVG Koblenz aaO)

#### IV. Ergebnis

Trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen der Eingriffsermächtigung in § 81 S. 1 LBO Rhl.Pf. haben die Kl. keinen Anspruch auf ein bauaufsichtliches Einschreiten gegen die im Haus der Beigel. stattfindende Wohnnutzung, weil der Bekl. dies zum jetzigen Zeitpunkt fehlerfrei abgelehnt hat.

**GG** **Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften** **VerfR**  
**Art. 3** **keine Geltung für dynamische Verweisungen**

(BVerfG in NVwZ 2012, 1304; Beschluss vom 19.06.2012 – 2 BvR 1397/09)

1. Die Ungleichbehandlung von verheirateten und in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten beim Familienzuschlag der Stufe 1 (§ 40 I Nr. 1 BBesG) stellt eine am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu messende **mittelbare Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung** dar.
2. Geht die **Privilegierung der Ehe** mit einer Benachteiligung anderer, in vergleichbarer Weise rechtlich verbindlich verfasster Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zwecken vergleichbar sind, **rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe keine Differenzierungen**. Vielmehr bedarf es in solchen Fällen jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 I GG eines **hinreichend gewichtigen Sachgrundes**, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung dieser anderen Lebensformen rechtfertigt.

**Fall:** Der Bf., ein seit 2002 in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebender Bundesbeamter der Besoldungsgruppe A 8, begehrt unter Berufung auf Art. 3 I GG rückwirkend vom Ende des Jahres 2003 bis zum 01.01.2009 eine Gleichbehandlung mit verheirateten Beamten hinsichtlich des Familienzuschlags der Stufe 1 gem. § 40 I Nr. 1 BBesG (ehebezogener Teil im Familienzuschlag). Das BBesG sieht einen Familienzuschlag nur für verheiratete Beamte vor. Durch das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) vom 16. 2. 2001 (BGBl I, 266) führte der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. 8. 2001 das Institut der Lebenspartnerschaft ein. Die meisten Regelungen des Lebenspartnerschaftsgesetzes waren den Regelungen der Ehe nachgebildet oder verwiesen auf diese.

Mit Art. 4 des Gesetzes zur Übertragung ehebezogener Regelungen im öffentlichen Dienstrecht auf Lebenspartnerschaften vom 14. 11.2011 (BGBl I, 2219) wurde schließlich das Bundesbesoldungsgesetz novelliert und mit dem neu eingefügten § 17 b BBesG die entsprechende Geltung aller ehebezogenen Regelungen des Bundesbesoldungsgesetzes für in einer Lebenspartnerschaft lebende Beamte angeordnet. Laut Art. 10 I des Gesetzes ist dieses mit Wirkung vom 01.01.2009 in Kraft getreten.

Gegen die Ablehnung der Gewährung eines Familienzuschlags hat der Bf. durch alle Instanzen geklagt und gegen die ablehnende Entscheidung sowie die zurückweisenden Urteil Verfassungsbeschwerde mit der Begründung eingelegt, dass er seinen Grundrechten aus Art. 3 I GG verletzt sei. Trifft dies zu?

## I. Gewährleistungsgehalt des Art. 3 I GG

„Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie **wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich** zu behandeln (vgl. BVerfGE 79, 1 [17] = NJW 1992, 1303; BVerfGE 126, 400 [416] = NJW 2010, 2783; st. Rspr.). Verboten ist daher auch ein **gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss**, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfG NJW-RR 2004, 1657; BVerfG NJW 2005, 1923; BVerfG NJW 2006, 2757; BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NJW 2010, 2783; st. Rspr.).“ (BVerfG aaO)

## II. Ungleichbehandlung

Die abweichende Behandlung von verheirateten und in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten durch die Regelung des § 40 I Nr. 1 BBesG könnte eine am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu messende mittelbare Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung darstellen.

„Zwar richtet sich die Gewährung beziehungsweise Nichtgewährung des Familienzuschlags nach § 40 I Nr. 1 BBesG nicht ausdrücklich nach der sexuellen Orientierung, sondern nach dem Familienstand des jeweiligen Beamten. **Mittelbar wird damit jedoch an die sexuelle Orientierung angeknüpft**. Denn auch wenn der das Differenzierungskriterium für die Gewährung des Familienzuschlags bildende Familienstand den betroffenen Beamten unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung zugänglich ist, ist doch die **Entscheidung des Einzelnen für eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft kaum trennbar mit seiner sexuellen Orientierung verbunden** (vgl. BVerfGE 124, 199 [221] = NJW 2010, 1439; BVerfGE 126, 400 [419] = NJW 2010, 2783). Gesetzliche Bestimmungen, die die Rechte eingetragener Lebenspartner regeln, erfassen **typischerweise homosexuelle Menschen**, während solche, die die Rechte von Ehegatten regeln, typischerweise heterosexuelle Menschen erfassen (vgl. BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NJW 2010, 2783; BVerfG NJW 2008, 209).“ (BVerfG aaO)

Die Gewährung des Familienzuschlags für Beamte in der Lebensform einer Ehe gegenüber der Nichtgewährung für Beamte in der Lebensform einer eingetragenen Lebenspartnerschaft stellt eine Ungleichbehandlung dar.

### III. sachliche Rechtfertigung

Diese Ungleichbehandlung müsste sachlich gerechtfertigt sein.

#### 1. Maßstab für die sachliche Rechtfertigung

##### a) Allgemeine Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung

„Aus Art. 3 I GG ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen **unterschiedliche Grenzen**, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengeren Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfG NJW 1993, 1517; BVerfG NJW 2007, 573; BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NJW 2010, 2783; st. Rspr.). **Genauere Maßstäbe und Kriterien** dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Willkürverbot oder das Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber verletzt ist, lassen sich **nicht abstrakt und allgemein**, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen (vgl. BVerfG NJW 1987, 3115; BVerfG NJW 2000, 418; BVerfGE 103, 310 [318]; BVerfG NJW 2002, 1103; BVerfG NJW-RR 2004, 1657; BVerfG NVwZ 2008, 998; BVerfG NJW 2010, 2783).“ (BVerfG aaO)

##### b) Besonderheiten bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen

Allerdings hat das BVerfG Kriterien entwickelt, die erfüllt sein müssen, wenn es um die Ungleichbehandlung von Personengruppen geht.

„Im Fall der Ungleichbehandlung von Personengruppen besteht regelmäßig eine **strenge Bindung des Gesetzgebers an die Erfordernisse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**; dies gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten (nur) mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt (vgl. BVerfG NJW 2000, 1471; BVerfGE 103, 310 [319]; BVerfG NVwZ 2004, 846).“ (BVerfG aaO)

##### c) Ungleichbehandlung durch eine gesetzliche Regelung.

Erfolgt die Ungleichbehandlung durch eine gesetzliche Regelung, so muss auf die Normadressaten abgestellt werden.

„Eine Norm verletzt danach dann den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen **keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen**, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfG NJW 1981, 271; BVerfG NJW 1991, 2272; BVerfGE 100, 195 [205]; BVerfGE 107, 205 [213]; BVerfG NVwZ 2004, 463; BVerfG NVwZ 2004, 846; BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NJW 2010, 2783; st. Rspr.).

Die **Anforderungen** an die Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Personengruppen sind **umso strenger**, je mehr sich die zur Unterscheidung führenden personenbezogenen Merkmale **den in Art. 3 III GG genannten Merkmalen annähern**, d. h. je größer die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur **Diskriminierung einer Minderheit** führt (vgl. BVerfG NJW 1993, 1517; BVerfG NJW 1998, 1475; BVerfGE 124, 199 [220]). Dies ist etwa bei Differenzierungen nach der sexuellen Orientierung der Fall (vgl. BVerfGE 124, 199 [220]; BVerfGE 126, 400 [419]; BVerfG NJW 2008, 209; Osterloh, in: Sachs, GG, 6. Aufl. [2011], Art. 3 Rn. 92 ff.; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 11. Aufl. [2011], Art. 3 Rn. 19 a).“ (BVerfG aaO)

##### d) Keine Besonderheiten im Bereich des Beamtenbesoldungsrechts

Der Gesetzgeber besitzt im Bereich der Beamtenbesoldung **grundsätzlich einen weiten Spielraum politischen Ermessens**, innerhalb dessen er das Besoldungsrecht den tatsächlichen Notwendigkeiten und der fortschreitenden Entwicklung anpassen und verschiedenartige Gesichtspunkte berücksichtigen kann (vgl. BVerfGE 13, 356 [366 f.]; BVerfGE 26, 141 [158] = NJW 1969, 1803; BVerfGE 117, 330 [352 f.] = NVwZ 2007, 568; BVerfG, NVwZ 2012, 627 Rn. 61; BVerfG NVwZ 2012, 357; st. Rspr.). Dies betrifft sowohl die Struktur als auch die Höhe der angemessenen Besoldung (vgl. z. B. BVerfGE 81, 363 [376]).

„Das BVerfG hat grundsätzlich **nicht zu prüfen**, ob der Gesetzgeber die **gerechteste, zweckmäßigste und vernünftigste Lösung** gewählt hat. Es beanstandet nur die Überschreitung äußerster Grenzen, jenseits derer sich gesetzliche Vorschriften bei der Abgrenzung von Lebenssachverhalten als **evident sachwidrig** erweisen, solange dem Handeln des Besoldungsgesetzgebers **nicht von der Verfassung selbst getroffene Wertungen entgegenstehen** (vgl. BVerfG NVwZ 1984, 231; BVerfG NVwZ 2007, 568). Ob Letzteres der Fall ist, steht hier gerade in Frage.“ (BVerfG aaO)

#### 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob die Ungleichbehandlung von verheirateten und in eingetragenen Lebenspartnerschaften lebenden Beamten beim Anspruch auf Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1 sachlich gerechtfertigt ist.

### a) Schutz der Ehe als Grund für Ungleichbehandlung

Der in Art. 6 I GG verankerte besondere Schutz der Ehe könnte die Ungleichbehandlung rechtfertigen.

„Das Grundgesetz stellt in Art. 6 I Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Damit **garantiert die Verfassung** nicht nur das Institut der Ehe, sondern gebietet als verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts **einen besonderen Schutz durch die staatliche Ordnung** (vgl. BVerfGE 6, 55 [72]; BVerfGE 55, 114 [126]; BVerfGE 105, 313 [346]). Um diesem Schutzauftrag Genüge zu tun, ist es insbesondere Aufgabe des Staates, alles zu unterlassen, was die Ehe beschädigt oder sonst beeinträchtigt, und sie durch geeignete Maßnahmen zu fördern (vgl. BVerfG NJW 1957, 417; BVerfG NJW 1970, 1176; BVerfG NJW 1980, 689; BVerfGE 76, 1 [41]; BVerfGE 80, 81 [92 f.]; BVerfG NJW 1999, 557).“ (BVerfG aaO)

Die Wertentscheidung des Art. 6 I GG bildet einen sachlichen Differenzierungsgrund, der in erster Linie zur Rechtfertigung einer Besserstellung der Ehe gegenüber anderen, durch ein geringeres Maß an wechselseitiger Pflichtbindung geprägten Lebensgemeinschaften geeignet ist (vgl. hierzu etwa BVerfG NJW 1959, 1483; BVerfG NJW 2005, 1413; BVerfGE 115, 1 [19]; BVerfG NJW 2007, 1343; BVerfG NJW 2010, 1439).

„Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer, in vergleichbarer Weise rechtlich verbindlich verfasster Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zwecken vergleichbar sind, rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe eine solche Differenzierung indes nicht (vgl. BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfGE 126, 400 [420]). In solchen Fällen bedarf es jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 I GG **eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes**, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung dieser anderen Lebensformen rechtfertigt (vgl. BVerfG NJW 2010, 1439).“ (BVerfG aaO)

Allein der besondere Schutz der Ehe in Art. 6 I GG vermag die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft nicht zu rechtfertigen.

### b) Normzweck für Gewährung des Familienzuschlags

Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung könnte sich aber aus dem Zweck des gewährten Familienzuschlags für verheiratete Beamte ergeben.

„Dem ehedembezogenen Teil des Familienzuschlags kommt eine **„soziale, nämlich familienbezogene Ausgleichsfunktion“** zu (vgl. BVerfG NVwZ 1986, 735; BVerwG, NVwZ-RR 2006, 259; Schinkel/Seifert, in: Fürst, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht – GKÖD, Bd. 3, Lfg. 1/12, K, § 40 Rdnr. 11), mit der im Interesse der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamten- und Richtertums zur Unabhängigkeit auch des verheirateten Bediensteten beigetragen werden soll (so BVerfGE 71, 39 [62] = NVwZ 1986, 735). Soweit § 40 I Nr. 1 BBesG verheirateten Beamten einen Anspruch auf Familienzuschlag der Stufe 1 gewährt, soll er **faktische Mehrbedarfe verheirateter Beamter vor allem im Vergleich zu ledigen Beamten ausgleichen** (vgl. etwa Dawin, in: Kugele, BBesG, 2011, § 40 Rn. 4).“ (BVerfG aaO)

Dieser Gesetzeszweck kann eine Privilegierung verheirateter Beamter im Verhältnis zu in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten nicht rechtfertigen, weil nichts dafür ersichtlich ist, dass die mit § 40 I Nr. 1 BBesG auszugleichenden Mehrbedarfe nicht ebenso bei in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten bestehen.

„So sind **keine Unterschiede in den Wohnkosten** zwischen verheirateten und in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten erkennbar. Ebenso sind die **Unterhaltungspflichten** innerhalb von Ehen und eingetragenen Lebenspartnerschaften bereits seit Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes weitgehend identisch geregelt (s. BVerfG NJW 2010, 1439).

Eine etwaige, aus den Gesetzgebungsmaterialien nicht erkennbare **familienpolitische Intention des Gesetzgebers**, mit Hilfe des Familienzuschlags der Stufe 1 einen Anreiz zur Eingehung von Ehen zu bilden, um damit die Zahl der in den „behüteten“ Verhältnissen einer Ehe aufwachsenden Kinder zu erhöhen vermag die Ungleichbehandlung ebenfalls nicht zu rechtfertigen. **Auch die „behüteten“ Verhältnisse in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft können das Aufwachsen von Kindern fördern.**“ (BVerfG aaO)

## 3. Ergebnis

Die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft beim Familienzuschlag ist danach nicht gerechtfertigt. Es liegt eine Verletzung von Art. 3 I GG vor.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 543 II Nr. 3

### Zahlungsverzugskündigung Mietrückstand von weniger als 2 Monatsmieten

BGB

(BGH in MDR 2013, 24 = NJW 2013, 159; Urteil vom 10.10.2012 – VIII ZR 107/12)

Eine **ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs** ist auch **unterhalb der** für die fristlose Kündigung geltenden **Grenze des § 543 II Nr. 3 BGB möglich**. Dabei liegt jedoch keine erhebliche Pflichtverletzung des Mieters vor, wenn der Mietrückstand eine Monatsmiete nicht übersteigt und die Verzugsdauer weniger als einen Monat beträgt.

I. In der **Rspr. der Instanzgerichte** und in der **mietrechtlichen Lit.** ist streitig, wie hoch ein vom Mieter verschuldeter Zahlungsrückstand sein und wie lange er angedauert haben muss, um die ordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

1. Nach einer **teilweise vertretenen Auffassung** soll den in § 543 II Nr. 3 BGB für die fristlose Kündigung festgelegten Voraussetzungen eine allgemeingültige Bedeutung zukommen.

Deshalb setze auch eine auf Zahlungsverzug gestützte ordentliche Kündigung voraus, dass sich der Mieter mit einem Betrag in Höhe von zwei vollen Monatsmieten oder für zwei aufeinanderfolgende Monate mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete in Verzug befinde (Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 573 Rn 27; MüKo-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 573 Rn 59).

2. Nach der **Gegenauffassung** kommt auch bei einem Zahlungsverzug unterhalb der Schwelle des § 543 II Nr. 3 BGB eine ordentliche Kündigung in Betracht.

Dabei werden an die Höhe des Rückstands und die Dauer des Verzugs unterschiedliche Anforderungen gestellt. Teilweise soll jeder Zahlungsverzug zur Kündigung berechtigen, soweit es sich nicht um einen solchen handele, der auch bei jedem gutwilligen Vertragspartner einmal auftreten könne und nur zu einer kurzfristigen Störung des Vertragsverhältnisses führe (Schmid DWW 1982, 77); auch Rückstände unterhalb einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer unterhalb eines Monats werden gelegentlich als ausreichend angesehen (Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- u. Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rn 64).

3. **Überwiegend** wird jedoch eine erhebliche Pflichtverletzung erst bei einem Rückstand von einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat angenommen (LG Wiesbaden NJW-RR 2003, 1096 = NZM 2003, 713: rückständige titulierte Monatsmiete; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 573 Rn 47; Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 573 Rn 28; Schmid/Gahn, Miete, 2006, § 573 Rn 22; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 573 Rn 24; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 573 Rn 16: mindestens ein halber Monat Verzugsdauer).

II. **BGH aaO** gibt nunmehr der Auffassung den Vorzug, dass auch unterhalb der in § 543 III Nr. 2 BGB festgelegten Grenzen eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs möglich ist.

*„Die fristlose Kündigung setzt voraus, dass dem Vermieter unter **Abwägung aller Umstände des Einzelfalls** die Fortsetzung des Vertrags nicht bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist zugemutet werden kann. Demgegenüber knüpft die ordentliche Kündigung an eine **nicht unerhebliche Vertragsverletzung des Mieters** an, die dem Vermieter die Lösung vom Vertrag nur unter Beachtung gesetzlicher oder vereinbarter Kündigungsfristen erlaubt. Angesichts dieser **unterschiedlichen Anforderungen an die fristlose und die ordentliche Kündigung** besteht kein Grund, die vom Gesetzgeber für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festgelegten Grenzen auf die ordentliche Kündigung zu übertragen.“* (BGH aaO)

BGB  
§ 631

### Fälligkeit des Werklohns Ohne Abnahme bei Geltendmachung von Mängeln

BGB

(OLG Brandenburg in NJW-RR 2012, 23; Urteil vom 07.06.2012 – 12 U 234/11)

Eine **Abnahme** ist als Voraussetzung der Fälligkeit des Werklohnanspruchs dann **nicht mehr erforderlich**, wenn sich der Auftraggeber gegen die Werklohnforderung allein mit auf Geldzahlung gerichteten **Gewährleistungsansprüchen** verteidigt, aber **keine Nacherfüllung mehr verlangt**, da in diesem Fall ein **Abrechnungsverhältnis** zwischen den Parteien eingetreten ist.

Gleiches gilt, wenn Mängel, die zur Begründung einer Abnahmeverweigerung herangezogen worden sind, zwischenzeitlich anderweitig behoben worden sind (OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 1609 = NZBau 2011, 31).

*„Schließlich kann **wegen unwesentlicher Mängel die Abnahme nicht verweigert** werden, § 640 I 2 BGB. Eine **vergleichbare Situation** besteht vorliegend. Zwar ist zwischen den Parteien ein reines Abrechnungsverhältnis nicht begründet worden, weil die Bekl. teilweise weiterhin eine Mängelbeseitigung begehren. Der zu berücksichtigende Mangel betrifft jedoch nur einen unwesentlichen Teil der von der Kl. geschuldeten Gesamtleistung, so dass auf ihn eine Abnahmeverweigerung nicht gestützt werden kann und die fehlende Abnahme im Hinblick auf deren ausdrückliche Verweigerung durch die Bekl. der Fälligkeit der Werklohnforderung nicht entgegensteht (vgl. BGHZ 174, 110 = NJW 2008, 511 = NZBau 2008, 109 = NZM 2008, 94). Zugleich erscheint es unbillig, eine*

Fälligkeit des Werklohnanspruchs im Hinblick auf weitere Mängel der Leistung zu verneinen, deren Beseitigung der Auftraggeber vom Auftragnehmer nicht mehr verlangt, sei es weil die Mängel zwischenzeitlich behoben worden sind oder weil er insoweit einen Kostenvorschuss zur Selbstvornahme nach § 637 BGB verlangt.“ (OLG Brandenburg aaO)

---

HGB  
§ 18 II

**Namensführung eines Einzelkaufmanns**  
**Zulässigkeit der Verwendung eines Phantasienamens**  
(OLG München in MDR 2013, 44; Beschluss vom 08.11.2012 – 31 Wx 415/12)

HGB

Die Verwendung eines fiktiven Namens für einen Einzelkaufmann ist nicht irreführend.

„Nach § 18 II HGB kann die Eintragung einer Firma in das Handelsregister nur dann abgelehnt werden, wenn der gewählte **Firmenname über geschäftliche Verhältnisse irreführt**, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind (vgl. MüKo-HGB/Heidinger, 2. Aufl., Vor § 17 HGB Rn 22; LG Landshut MittBayNot 2000, 333; OLG Oldenburg BB 2001, 1373; LG Frankfurt/Oder GmbHR 2002, 966; LG Limburg GmbHR 2006, 261; OLG Saarbrücken Rpfleger 2006, 415; OLG Jena NZG 2010, 1354).

Eine Irreführung kommt im vorliegenden Fall durch den Namen „E. D.“ nicht in Betracht. Es ist zwar richtig, dass der gewählte Name den Anschein eines Vor- und Nachnamens erweckt. Das bedeutet aber lediglich, dass für die Bezeichnung der Firma ein nicht existenter Name verwendet wird.

Bei der Prüfung, ob hierdurch die angesprochenen Verkehrskreise irreführt werden, ist zunächst danach zu fragen, welchen **Sinn der Handelsname** nach dem seit 1998 reformierten Handelsrecht hat. Nach dem - nun - **liberalisierten Firmenrecht** sind den Unternehmern **größere Wahlmöglichkeiten bei der Bildung aussagekräftiger und werbewirksamer Firmen** eingeräumt worden. Daher sind seit dem **auch Phantasie-, Sach- und Personennamen oder Mischformen zulässig** (vgl. dazu statt aller MüKo-HGB/Heidinger aaO, Vor § 17 HGB Rn 5). Deshalb birgt die **Verwendung des Namens einer tatsächlich nicht existierenden Person** nach aktuellem Recht **keine relevante Irreführung**.

I. Ü. kann schon nach den **hergebrachten Regelungen der §§ 22, 24 HGB** über die Fortführung des Firmennamens bei Erwerb des Handelsgeschäfts bzw. Änderungen im Gesellschafterbestand **nicht erwartet** werden, **dass die Firma Aufschluss über den bürgerlichen Namen des Geschäftsinhabers gibt**. Kennt - wie hier - der durchschnittliche Angehörige der angesprochenen Verkehrskreise den Träger des verwendeten Namens nicht, kann durch ihn auch keine Verwechslung entstehen (so Staub, 5. Aufl. 2009, § 18 HGB Rn 56). Deshalb reicht es aus, wenn die Personenfirma irgendeinen Familiennamen enthält (Ensthaler/Steitz, 7. Aufl. 2007, § 18 HGB Rn 8). Es ist auch die Verwendung des Namens einer (fiktiven) Person zulässig, die keinen Bezug zum Unternehmen hat. Zu einer Täuschung kommt es nicht, weil der Verkehr nach der aktuellen Rechtslage nicht erwarten kann, durch den Firmennamen über den bürgerlichen Namen des Inhabers einer Personenfirma informiert zu werden.“ (OLG München aaO)

---

StGB  
§ 113 III 1

**Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte**  
**Fehlerhafte Belehrung als rechtswidrige Diensthandlung**  
(OLG Celle in StV 2013, 25; Beschluss vom 23.07.2012 – 31 Ss 27/12)

StGB

Eine **Diensthandlung** ist dann **rechtswidrig** i. S. des § 113 III 1 StGB, wenn ein Polizeibeamter einen **Betroffenen falsch belehrt** hat (hier: Belehrung über eine allgemeine Verkehrskontrolle nach § 35 V StVO bei Vorliegen des Verdachts einer Trunkenheitsfahrt).

„Zwar ermächtigt die Vorschrift des § 36 V StVO ihrem Wortlaut zufolge **Polizeibeamte zum Durchführen einer Verkehrskontrolle einschließlich der Verkehrstüchtigkeit von Verkehrsteilnehmern und sind nach der VwV zu dieser Norm Verkehrskontrollen sowohl solche zur Prüfung der Verkehrstüchtigkeit der Führer oder der nach den Verkehrsvorschriften mitzuführenden Papiere als auch solche zur Prüfung des Zustands der Fahrzeuge**. Allgemeine Verkehrskontrollen i. d. S. sind **allgemeinem Verständnis zufolge indessen lediglich präventive verkehrsbezogene Maßnahmen, die ergriffen werden, um vorbeugend die Ordnung und Sicherheit des Straßenverkehrs zu gewährleisten, ohne dass ein augenblickliches Bedürfnis zur Regelung des Straßenverkehrs bzw. zum Erhalten seiner Ordnung und Sicherheit vorliegt oder eine Veranlassung zum repressiven Einschreiten zum Verfolgen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit besteht** (vgl. nur BayObLG NJW 1987, 1095). Für eine allgemeine Verkehrskontrolle auf der Grundlage von § 36 V StVO ist demzufolge kein Raum, wenn das Anhalten eines Verkehrsteilnehmers wegen des konkreten Verdachts einer Verkehrsstrafat oder Verkehrsordnungswidrigkeit erfolgt (BGH NSTz 1984, 270 unter Hinweis auf die Genese der Norm; Burmann/Heß/Janke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 22. Aufl., § 36 Rn 12; Janiszewski NSTz 1983, 513).

Die gegenteilige Auffassung, die ein Eingreifen auf der Grundlage des § 36 V StVO und eine hierauf gestützte Pflicht zur Herausgabe der Papiere auch bei Vorliegen einer konkreten Verdachtslage für zulässig erachtet (OLG Düsseldorf NZV 96, 458; Hentschel NSTz 1984, 271; Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl., § 36 Rn 24; Bouska DAR 1984, 33) vermag nicht zu überzeugen. Denn ein Verstoß gegen eine im Rahmen einer Verkehrskontrolle erfolgende Weisung ist seinerseits **bußgeldbewehrt**, und es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber einen konkret Betroffenen oder Straftäter durch Sanktionen veranlassen will, an der Erforschung oder der Ahndung einer von ihm begangenen und beendeten Ordnungswidrigkeit oder Straftat aktiv mitzuwirken.

Dies schließt bei Vorliegen einer konkreten Verdachtslage ein Einschreiten der Polizeibeamten indessen nicht aus: Ihr Vorgehen stützt sich dann aber nicht auf die Vorschrift in § 36 V StVO, sondern auf die bes. Regelungen der StPO und des Polizeirechts (z. B. §§ 163b i. V. m. §§ 163a IV 1 StPO, 53 OWiG). Dies kann für die Frage nach der **formellen Rechtmäßigkeit des Handelns von Polizeibeamten**, vorliegend v. a. im Hinblick auf das **Einhalten der wesentlichen Förmlichkeiten** einschl. einer formal ordnungsgemäßen Belehrung, nicht ohne Folgen bleiben. Die fehlerhafte, weil bei Vorliegen eines konkreten Verdachts auf § 36 V StVO gestützte, Belehrung des Angekl. muss demnach zur Rechtswidrigkeit der maßgeblichen Diensthandlung führen.“ (OLG Celle aaO)

---

StGB  
§ 185

**Beleidigung**  
**Titulierung einer Person als „Homosexueller“**  
(LG Tübingen in NSTz-RR 2013, 10; Urteil vom 18.07.2012 – 24 Ns 13 Js 10523/11)

StGB

Die **Titulierung einer Person** (hier: eines Polizeibeamten) als „Homosexueller“ stellt **keine Beleidigung** dar. Anderes gilt für Äußerungen, die eine Herabwürdigung ausdrücken, wie z. B. „Schwuchtel“.

---

„Diese Bewertung folgt aus Art. 3 GG und der einfachgesetzlichen Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes durch § 1 des Antidiskriminierungsgesetzes (ADG). Demzufolge sind „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“. Niemand darf also wegen seiner sexuellen Identität diskriminiert werden.

Schon rein empirisch ist zweifelhaft, ob die Bezeichnung als „homosexuell“ eine Herabwürdigung enthält. Das mag in der Vergangenheit anders gewesen sein. Der gesellschaftliche Wandel in der Einstellung zur Homosexualität äußert sich etwa darin, dass sich führende Politiker oder Prominente als Homosexuelle offenbaren. Auch innerhalb der Polizei gibt es ein „Netzwerk für Lesben und Schwule“, das sich für mehr Toleranz einsetzt (s. www.velspol.de).

Entscheidend ist aber, dass sich das Strafrecht in einen Widerspruch zu dem verfassungsrechtlich begründeten Antidiskriminierungsansatz begeben würde, wenn die Bezeichnung als „homosexuell“ als ehrmindernd und herabsetzend bewertet würde. Darin käme gerade die Diskriminierung zum Ausdruck, die von Rechts wegen nicht mehr sein soll. Insoweit verhält es sich nicht anders wie mit sonstigen Bezeichnungen einer sexuellen Präferenz wie „bisexuell“ oder „heterosexuell“ oder mit Bezeichnungen einer religiösen Zugehörigkeit wie Katholik oder Jude – und zwar völlig unabhängig davon, ob der Erklärungsempfänger der betreffenden Personengruppe angehört. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass hier uniformierte Polizeibeamte als „homosexuell“ tituliert wurden. Ein Sonderrecht für Polizeibeamte in Uniform – schärfer: eine Ausnahme vom verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot – ist nicht anzuerkennen.

Anders beurteilen sich Äußerungen, die sich nicht auf die Bezeichnung „homosexuell“ beschränken, sondern zusätzlich eine Herabwürdigung ausdrücken wie z.B. „dreckige Schwanzlutscher“ oder „Schwuchteln.“ (LG Tübingen aaO)

StGB  
§§ 221 I Nr. 2, III, 13

**Aussetzung**  
Unterlassungsdelikt

StGB

(BGH in StV 2013, 24; Beschluss vom 19.10.2011 – 1 StR 233/11)

Bei der Aussetzung durch Im-Stich-Lassen handelt es sich um ein Unterlassungsdelikt.

I. Seit der Neufassung des § 221 StGB durch Art. 1 Nr. 37 des 6. StrRG vom 26.01.1998 (BGBl I, 164) hat der BGH die Rechtsnatur von § 221 I Nr. 2 StGB i. S. einer Abgrenzung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt noch nicht behandelt.

Die Fachlit. vertritt unterschiedliche Standpunkte:

- Etliche Autoren sprechen sich für ein sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen begehbares Delikt aus.  
z.B. Schönke/Schröder-Eser, 28. Aufl., § 221 Rn 10; Fischer, 58. Aufl., § 221 Rn 12; Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 221 Rn 4; LK-Jähne, 11. Aufl., § 221 Rn 22, 28, 29; zusammenfassend Wielant aaO, S. 114 m. w. Nachw. in Fn 194; Lautner, Systematik des Aussetzungstatbestands, S. 196 m. w. Nachw. in Fn 1039
- Andere halten § 221 I Nr. 2 StGB für ein (reines) Unterlassungsdelikt (z.B. SK-StGB-Horn/Wolters § 221 Rn 6; MüKo-StGB/Hardtung § 221 Rn 2; NK-StGB-Neumann 3. Aufl., § 221 Rn 19; Lautner aaO.).
- § 221 I Nr. 2 StGB wird auch als der (normierte) unechte Unterlassungstatbestand zu § 221 I Nr. 1 StGB angesehen (vgl. z.B. Roxin StGB, AT II § 31 Rn 18; Wielant aaO, S. 400f.; Roxin aaO, Rn 250 weist ausdrücklich auf die Anwendbarkeit von § 13 II StGB hin).
- Teilweise wird noch weiter differenziert. (z.B. Küper ZStW 111, 30, 58f.; Hohmann/Sander StGB, BT II 2. Aufl., S. 48).

II. BGH aaO ordnet § 221 I Nr. 2 StGB als Unterlassungsdelikt ein.

„Das Verlassen des Opfers ist – anders als nach der früheren Gesetzeslage (vgl. hierzu BGHSt 38, 78) – nur noch ein faktischer Anwendungsfall, aber kein gesetzlicher Unterfall des Im-Stich-Lassens. Dass der Täter die gebotene Handlung deshalb nicht vornimmt, weil er den Ort, an dem er handeln müsste, verlässt, ändert nichts an dem grundsätzlichen Rechtscharakter der Tat. Letztlich ist bei der Bewertung von Verhaltensweisen unter dem Blickwinkel, ob strafbares Tun oder strafbares Unterlassen vorliegt, darauf abzustellen, worin der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ liegt (st. Rspr., vgl. BGHSt 6, 46; BGH NStZ 2005, 446; BGH NStZ-RR 2006, 174; w. Nachw., auch für die anderen Auffassungen, bei Wielant aaO, S. 156 Fn 379). Dieser liegt darin, dass der Täter die gebotene Hilfeleistung unterlässt, ohne dass es darauf ankommt, ob er sich (zusätzlich) entfernt.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 266

**Untreue**  
Gravierender Pflichtenverstoß

StGB

(OLG Hamm in NStZ-RR 2012, 374; Urteil vom 21.08.2012 – III-4 RVs 42/12)

Der Tatbestand der Untreue setzt einen gravierenden Pflichtenverstoß voraus.

„Dies entspricht der bisherigen Rspr. des 1. und 3. Strafsenats des BGH (BGHSt 47,148 = NJW 2002, 1211 = NStZ 2002, 262; BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2448 = NStZ 2004, 559). Soweit der 3. Strafsenat auch einfache Verstöße als ausreichend für die Begründung der Strafbarkeit angesehen hat (BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214; „Mannesmannentscheidung“), lässt sich diese Ansicht nach der Entscheidung des BVerfG NJW 2010, 3209 nach Überzeugung des Senats nicht mehr aufrechterhalten. Das BVerfG hat u. a. folgendes zu dieser Frage ausgeführt.

„Auch das Merkmal der Pflichtwidrigkeit hat die höchstrichterliche Rspr. in fallgruppenspezifischen Obersätzen hinreichend in einer Weise konkretisiert, die die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall sichert. Voraussehbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung stehen in engem Zusammenhang. Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungs wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter

**des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren.** Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den StrafGer. und hier vornehmlich den RevGer.. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen.

Für eine fallgruppenspezifische Obersatzbildung finden sich in der jüngeren Rspr. des BGH verschiedene Beispiele (vgl. etwa BGHSt 47, 187= NJW 2002, 1585 = NStZ 2002, 322 zum Sponsoring; BGHSt 46, 30= NJW 2000, 2364 = NStZ 2000, 655 und BGHSt 47, 148= NJW 2002, 1211 = NStZ 2002, 262 zur Kreditvergabe; BGHSt 50, 331= NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214 zur Prämienvergütung durch Aktiengesellschaften).

**Tatbestandsbegrenzende Funktion** hat auch die jüngere Rspr., die eine Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB nur dann bejaht, wenn sie gravierend ist (vgl. BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 = NStZ 2002, 262; BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 = NStZ 2002, 322; s. aber auch BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214; BGH NJW 2006, 453]; aus dem Schrifttum vgl. zust. Kutzner NJW 2006, 3541; ablehnend Beckemper NStZ 2002, 324; Sauer wistra 2002, 465). Der gegen die Rspr. erhobene Einwand, dass sich dem Wortlaut des Tatbestands das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht entnehmen lasse (Schünemann NStZ 2005, 473), überzeugt angesichts der dargelegten **Notwendigkeit einer Beschränkung (Restriktion) des sehr weiten Wortlauts nicht.** (OLG Hamm aaO)

GVG  
§ 198 I 1

## Entschädigungsanspruch Überlange Verfahrensdauer

GVG

(OVG Magdeburg in NVwZ 2012, 16371; Urteil vom 25.07.2012 – 7 KE 1/11)

Die **Angemessenheit der Dauer eines gerichtlichen Verfahrens** richtet sich nach den **Umständen des Einzelfalls** unter **Berücksichtigung der Schwierigkeit und der Bedeutung** für den Kl. sowie des **Verhaltens der Verfahrensbeteiligten**. Eine lediglich **pauschalisierte zeitliche Würdigung** der Dauer des Gesamtverfahrens **reicht nicht aus**; vielmehr muss eine konkrete Betrachtung einzelner Verfahrensabschnitte erfolgen.

- I. Nach der **Legaldefinition des § 198 I 2 GVG**, welche wiederum auf den Vorgaben der Rspr. des EGMR und des BVerfG beruht (vgl. hierzu Althammer/Schäuble NJW 2012, 1; Schenke NVwZ 2012, 257; Guckelberger DÖV 2012, 279), gibt es **keine gesetzlich definierte Grenze für die Angemessenheit der Verfahrensdauer**; vielmehr hat der **Gesetzgeber** insoweit ausdrücklich von einer „**Fristenlösung**“ **abgesehen**, weil sie der **Vielfältigkeit prozessualer Situationen** nicht gerecht würde (vgl. Steinbeiß-Winkelmann ZRP 2010, 205).
  1. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer richtet sich gem. § 198 I 2 GVG „nach den **Umständen des Einzelfalls**“. Dabei ist insbesondere auf die Schwierigkeit und die Bedeutung des Verfahrens sowie auf das Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter abzustellen. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „unangemessenen Dauer eines Gerichtsverfahrens“ ist **inhaltlich mit dem Justizgewährungsanspruch** des Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG **bzw. dem Anspruch auf Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit** gem. Art. 6 I EMRK **auszufüllen**. Die Verfahrensdauer ist als unangemessen anzusehen, wenn eine Abwägung aller Umstände ergibt, dass die aus den genannten Normen folgende Verpflichtung des Staates, Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen, verletzt ist (vgl. hierzu etwa Althammer/Schäuble NJW 2012, 1).
  2. Im Rahmen der Prüfung der Schwierigkeit des Falls sind sowohl **rechtliche als auch tatsächliche Erschwernisse zu berücksichtigen**, mithin etwa die Wichtigkeit und Sensibilität der zu beantwortenden rechtlichen Fragen und die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Sorgfalt der gerichtlichen Prüfung und Untersuchung. Von Bedeutung sind der Umfang der gebotenen Anhörungen, das Ausmaß an erforderlicher Tatsachenaufklärung sowie das Erfordernis der Einholung von Sachverständigengutachten (EGMR BeckRS 2008, 06733).
- II. Hinsichtlich der Prüfung, ob die Dauer eines Gerichtsverfahrens dem Erfordernis der gerichtlichen Entscheidung innerhalb einer „angemessenen Frist“ i. S. Art. 6 I EMRK entsprochen hat, gibt es zwar **keine konkreten zeitlichen Vorgaben**, und zwar weder durch den deutschen Gesetzgeber (§ 198 I GVG) noch durch die Rspr. des EGMR. Als grober Anhaltspunkt kann die Rspr. des EGMR insoweit gelten, als dort in mehreren Entscheidungen eine Verfahrenslaufzeit von etwa einem Jahr pro Instanz als angemessen angesehen worden ist („one year per instance may be a rough rule of thumb in Article 6 § 1 cases“ – so etwa EGMR BeckRS 2010, 90117).

Nicht zu folgen ist nach OVG Magdeburg aaO jedoch dem Ansatz, hier sei die **statistisch erhobene durchschnittliche Bearbeitungszeit eines Zivilrechtsstreits vor den Amtsgerichten** (etwa fünf bis sechs Monate) zu Grunde zu legen und ab einer nach Verdoppelung dieses Durchschnittswertes liegenden Bearbeitungsdauer eines Verwaltungsrechtsstreits ohne Weiteres eine überlange, d. h. „unangemessene“ Dauer des Gerichtsverfahrens zu unterstellen.

„Eine solche **pauschalisierte Betrachtungsweise** ist **schon per se unzulässig** und verkennt i. Ü. den grundlegend unterschiedlichen Bearbeitungsaufwand eines durchschnittlichen Zivilrechtsstreits vor dem Einzelrichter eines AG und einer Verwaltungsrechtssache vor der Kammer eines VG.

Ebenso wenig vermag der Senat pauschal die durchschnittliche Bearbeitungsdauer eines Verwaltungsrechtsstreits in Sachsen-Anhalt (ca. zwölf Monate) zu Grunde zu legen und allein hierauf abzustellen. Dies würde der vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgegebenen Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer „nach den Umständen des Einzelfalls“ widersprechen. Vielmehr ist in jedem Fall eine **konkrete Betrachtung der Aktivitäten des Gerichts zur Förderung bzw. Erledigung des konkreten Rechtsstreits** geboten, wobei eine Verzögerung in gewissen Verfahrensstadien vertretbar ist, sofern die Gesamtverfahrensdauer nicht als überlang erachtet werden kann.“ (OVG Magdeburg aaO).

(VGH München in NVwZ-RR 2012, 956; Beschluss vom 14.08.2012 – 1 Cs 12.1489)

Die **Einstellung von Instandhaltungsmaßnahmen** an einem Gebäude kann nicht nach Art. 75 I 1 BayBauO angeordnet werden; dies gilt auch dann, wenn die bauliche Anlage **keinen Bestandsschutz** genießt.

- I. Nach Art. 75 I 1 BayBauO kann die Einstellung von Arbeiten angeordnet werden, wenn **Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder beseitigt** werden.

„Entgegen der Auffassung des VG erfüllen die **Sanierungsmaßnahmen** des Ast. nicht den Tatbestand der **Änderung einer baulichen Anlage**. Vielmehr handelt es sich um **Instandhaltungsmaßnahmen i. S. des Art. 57 VI BayBauO**, die im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nach der Verkehrsauffassung von der Änderung baulicher Anlagen (s. Art. 55 I BayBauO) abzugrenzen sind. Der Austausch der Dacheindeckung und der Fenster sowie die Giebelverschalung dienen dazu, die Gebrauchsfähigkeit und den Wert des Gebäudes zu erhalten, ohne dass die Konstruktion und die äußere Gestalt des Gebäudes wesentlich verändert werden (vgl. Koch/Molodowsky/Famers, BayBauO, Stand: Oktober 2011, Art. 3 Rn 43; Jäde/Dirnberger/Weiß, Die neue BayBauO, Stand: Dez. 2007, Art. 3 Rn 35).“ (VGH München aaO)

- II. Die Anwendbarkeit des Art. 75 BayBauO in Fällen der vorliegenden Art ist auch dann nicht gegeben, wenn das in Frage stehende **Gebäude keinen Bestandsschutz** genießt.

„Denn **fehlender Bestandsschutz spielt keine Rolle für die Beurteilung**, ob es sich bei Sanierungsmaßnahmen um eine Änderung einer baulichen Anlage i. S. von § 29 I BauGB oder Art. 55 I BayBauO handelt.

§ 29 I BauGB, der neben der Errichtung baulicher Anlagen und deren Nutzungsänderung auch die Änderung baulicher Anlagen dem Regime der §§ 30 ff. BauGB unterwirft, **knüpft mit dem Begriff des Vorhabens nicht an dessen materielle oder formelle Legalität an**, sondern stellt allein darauf ab, ob durch das Vorhaben bodenrechtliche Belange berührt werden können, was nur der Fall ist, wenn das Vorhaben geeignet ist, eine städtebaulich relevante Entwicklung einzuleiten (vgl. BVerwGE 44, 59; BVerwGE 91, 234 = NVwZ 1993, 983; BVerwG NVwZ 1999, 523). Städtebauliche Relevanz kommt aber Sanierungsmaßnahmen nicht zu, solange sie weder das Erscheinungsbild des Bauwerks verändern noch der Neuerrichtung einer baulichen Anlage gleichkommen. Von einer Änderung i. S. des § 29 I BauGB ist daher nur auszugehen, wenn das Bauvolumen erweitert oder wenn durch die Baumaßnahmen das ursprüngliche Bauwerk seine Identität verliert (vgl. BVerwG NVwZ 2000, 1048; BVerwG BauR 2006, 481).“ (VGH München aaO)

- III. **Fraglich ist, ob der Begriff der Änderung** i. S. des Art. 55 I BayBauO **weiter zu fassen ist als im Bauplanungsrecht** mit der Folge, dass jede bauliche Umgestaltung an nicht bestandsgeschützten Objekten als bauordnungsrechtliche Änderung zu verstehen wäre.

„Gegen eine **derartige Auslegung spricht allerdings die Tatsache, dass Art. 57 VI BayBauO Instandhaltungsarbeiten** ebenso wie die sonstigen nach Art. 57 BayBauO verfahrensfreien Maßnahmen einem **Erlaubnisverfahren entzieht**, ohne auf die materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme abzustellen. Darüber hinaus erweist sich eine derartige Auslegung im vereinfachten Genehmigungsverfahren mit seinem **beschränkten materiellen Prüfprogramm** (Art. 59 S. 1 BayBauO) als wenig sachgerecht, weil abgesehen von den Vorschriften der §§ 29 ff. BauGB, deren Prüfung mangels Vorliegens einer Änderung im bauplanungsrechtlichen Sinn ausscheidet, im Genehmigungsverfahren lediglich örtliche Bauvorschriften und ggf. beantragte Abweichungen zu behandeln wären.“ (VGH München aaO)

- I. Die **Billigkeitsentscheidung** nach § 12 II 3 BBesG ist **notwendiger und untrennbarer Bestandteil der Rückforderungsentscheidung** nach § 12 II 1 BBesG. Die **Rechtsfehlerhaftigkeit einer Billigkeitsentscheidung** nach § 12 II 3 BBesG **hat daher die Rechtswidrigkeit der Rückforderungsentscheidung** nach § 12 II 1 BBesG **zur Folge**.

„Ein Rückforderungsbescheid darf nicht ergehen, ohne dass eine **Billigkeitsentscheidung** getroffen worden ist. Eine **Billigkeitsentscheidung zu Gunsten des Schuldners modifiziert den Rückzahlungsanspruch** (BVerwGE 116, 74 = NVwZ 2002, 854). Die **Billigkeitsentscheidung betrifft nicht lediglich die Vollziehung oder Vollstreckung des Rückforderungsbescheids, sondern den materiellen Bestand des Rückforderungsanspruchs** und ist deshalb **zwingend vor der Rückforderung zu treffen**. Neben dem vollständigen oder teilweisen Absehen von der Rückzahlung kommen die Stundung der Rückzahlungsforderung oder die Einräumung von Ratenzahlungen in Betracht (BVerwG NVwZ-RR 1999, 387 m. w. Nachw.). Vor der Billigkeitsentscheidung nach § 12 II 3 BBesG steht lediglich die Höhe der Überzahlung fest, nicht aber, ob, in welcher Höhe und mit welchen Modalitäten diese Überzahlung auch einen Rückforderungsanspruch nach § 12 II 1 BBesG begründet. Die Billigkeitsentscheidung ist damit **notwendiger und untrennbarer Bestandteil der Rückforderungsentscheidung**.“ (BVerwG aaO)

- II. Auch wenn die Behörde die **Ermessenserwägungen für die Billigkeitsentscheidung** nach § 12 II 3 BBesG im Rahmen eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens **im Nachhinein ergänzt**, führt dies zu **keinem anderen Ergebnis**.

„[Es] handelt sich insoweit **nicht um ein nach § 114 S. 2 VwGO im gerichtlichen Verfahren zulässiges Ergänzen der Ermessenserwägungen**, sondern angesichts dessen, dass der im vorliegenden Fall allein relevante Billigkeitsaspekt des behördlichen Verschuldens an der Überzahlung zuvor keine Rolle in der Billigkeitsentscheidung der Bekl. gespielt hat, um eine von § 114 S. 2 VwGO **nicht gedeckte Auswechslung der die Billigkeitsentscheidung tragenden Gründe** (grdl. zu § 114 S. 2 VwGO: BVerwGE 106, 351 = NVwZ 1999, 425; BVerwG NVwZ-RR 2007, 784).“ (BVerwG aaO)

**Entscheidungen Verfahrensrecht**ZPO  
§ 531 II**neues Vorbringen in der Berufungsinstanz  
erstmalige Relevanz**

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 1408; Beschluss vom 10.05.2012 – IX ZR 221/09)

1. Es besteht **keine Verpflichtung, auf Vorrat** auch zu nur möglicher Weise rechtlich relevanten Fragen tatsächlich **vorzutragen**, die nach der Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts keine Rolle spielen.
2. Wird ein **Gesichtspunkt in der Berufungsinstanz erst** dadurch **rechtlich relevant**, dass das Berufungsgericht einen anderen Rechtsstandpunkt vertritt, so muss **darauf bezogenes neues tatsächliches Vorbringen** nach § 531 II Nr. 1 ZPO **zugelassen** werden, da anderenfalls eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör anzunehmen ist.

**A. Grundlagenwissen: Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz (vgl. BeckOK- Vorwerk/Wolf – Wulf zu § 531 ZPO)****I. Allgemeines**

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel (zum Begriff § 530 ZPO Rn 4) bedürfen für ihre Berücksichtigung der Zulassung durch das Berufungsgericht nach § 531 II ZPO. Das **Präklusionsrecht** und damit auch der grundsätzliche Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug findet aber keine Anwendung auf unstrittige Tatsachen. **Unstreitiges** und damit nicht beweisbedürftiges Vorbringen hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung **ohne weiteres** nach § 529 I ZPO zugrunde zu legen (BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434; BGH NJW 2009, 2532; FamRZ 2010, 636), unabhängig davon, ob bei seiner Berücksichtigung eine Beweisaufnahme erforderlich wird (BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291). Ebenfalls können erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung neu entstandene Angriffs- und Verteidigungsmittel ohne die sich aus § 531 II ZPO ergebenden Beschränkungen in das Berufungsverfahren eingeführt werden (BGH NJW-RR 2010, 1478).

„Neu“ im Sinne des § 531 II ZPO ist ein Angriffs- und Verteidigungsmittel, wenn es bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht vorgebracht worden und daher im erstinstanzlichen Urteil gem. § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (BGH NJW 2004, 2382).

**II. Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, § 531 II ZPO**

§ 531 II ZPO schließt neue Angriffs- und Verteidigungsmittel grds. aus und macht ihre ausnahmsweise Zulassung vom Vorliegen der besonderen in § 531 II 1 Nr. 1–3 ZPO aufgeführten Zulassungsgründe abhängig. Unerheblich ist, ob das Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert.

**1. § 531 II 1 Nr. 1 ZPO**

Eine Zulassung hat bei **erkennbar übersehenen oder für unerheblich gehaltenen Gesichtspunkten** zu erfolgen.

Gesichtspunkt ist dabei **jede** für die Entscheidung erhebliche **tatsächliche oder rechtliche Erwägung**. Der Zulassungsgrund trägt dem Gedanken Rechnung, dass das Berufungsgericht eine vom Erstgericht **abweichende Rechtsauffassung** vertritt und es auf dieser Grundlage an einem hinreichenden erstinstanzlichen Parteivortrag fehlt. Zudem sollen die Parteien nicht gezwungen sein, erstinstanzlich vorsorglich auch solche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen, die vom Standpunkt des Erstgerichts unerheblich sind (BGH NJW-RR 2004, 927; NJW-RR 2006, 1292).

## 2. § 531 II 1 Nr. 2 ZPO

Die Bestimmung erfasst die Fälle, in denen eine Partei aufgrund eines **objektiven Verfahrensfehlers des Erstgerichts** Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht vorgebracht hat. Darunter fällt insbesondere der Fall, dass nach § 139 ZPO gebotene Hinweise unterbleiben (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152), sei es in Gestalt eines **erforderlichen Hinweises nach § 139 I 2 ZPO** zur Ergänzung und Vervollständigung des Vorbringens (BGH NJW 2005, 2624) oder eines **Hinweises nach § 139 II ZPO**, wenn das Erstgericht seine Entscheidung auf einen von der Partei erkennbar übersehenen Gesichtspunkt stützt (BGH NJW-RR 2005, 213).

Ob ein Hinweis erforderlich ist, beurteilt sich aus der Sicht des Erstrichters, der bei einer fehlerhaften Rechtsauffassung gleichwohl seiner Hinweispflicht genügen muss. Wird ein Hinweis – verfahrensfehlerfrei – auf der Grundlage dieser unzutreffenden Rechtsauffassung erteilt, kann sich daran der Zulassungsgrund des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO anschließen. Eine Zulassung nach § 531 II 1 Nr. 2 ZPO hat auch dann zu erfolgen, wenn der Partei verfahrensfehlerhaft Vortrag abgeschnitten wird, so etwa, wenn das Erstgericht vor Ablauf einer eingeräumten Schriftsatzfrist seine Entscheidung erlässt (BGH NJW 2008, 3361).

## 3. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO

Die Bestimmung des § 531 II 1 Nr. 3 ZPO eröffnet die Möglichkeit des Vorbringens neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel auch ohne eine Ursächlichkeit durch das Erstgericht, wenn es nicht auf Nachlässigkeit der Partei beruht.

**Nachlässig** handelt eine Partei, wenn sie die **tatsächlichen Umstände nicht vorbringt**, deren **Relevanz** für den Rechtsstreit ihr bekannt sind oder bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt **hätten bekannt sein müssen** und zu deren Geltendmachung sie im ersten Rechtszug imstande ist (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152; BGH NJW 2006, 152). Für eine Nachlässigkeit reicht auch **einfache Fahrlässigkeit** aus (BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2025; BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825).

Allerdings dürfen an die Informations- und Substantiierungslast der Partei **keine zu hohen Anforderungen** gestellt werden (BGH NJW 2006, 152). Grundsätzlich müssen der Partei die Umstände bekannt sein (BGH NJW 2003, 200). Es besteht **keine Verpflichtung, unbekannte tatsächliche Umstände zu ermitteln** (BGH NJW-RR 2009, 329). Eine Partei kann davon ausgehen, dass die Gegenseite ihrer prozessualen Wahrheitspflicht nachkommt und hat ohne greifbare Anhaltspunkte keine Veranlassung, die Richtigkeit der ihr unbekannteren Angaben des Gegners in Zweifel zu ziehen oder gegenteilige Ermittlungen anzustellen (BGH VersR 2009, 1683).

Erst nach der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstandene Tatsachen oder Angriffs- und Verteidigungsmittel können vorgetragen werden (BGH NJW-RR 2005, 1687), **auch wenn die Partei sie selbst geschaffen hat**, wie etwa die Ausübung von Gestaltungsrechten oder unstreitige Fristsetzungen (BGH NJW 2009, 2532) oder wenn Einwendungen auf eine nachträgliche Abtretung gestützt werden (BGH GRUR 2011, 853). Eine Partei ist ferner **nicht verpflichtet**, Einwendungen gegen ein **gerichtliches Gutachten** mit einem Privatgutachten **zu untermauern** oder sich Sachwissen anzueignen. Ist hierfür eine besondere Sachkunde erforderlich, kann auch in der Berufungsinstanz ein Privatgutachten vorgelegt oder nach Einholung sachverständigen Rates weiter vorgetragen werden (BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825; BGH NJW 2006, 152; NJW 2007, 1531).

## B. Zulassung neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz bei erstmaliger Relevanz (bgl. BGH in NJW-RR 2012, 1408)

**Fall:** Die Kl. beauftragte die beklagte Rechtsanwältin im September 2003 damit, gegen bei ihr tatsächlich oder scheinbar beschäftigte Personen Strafanzeige zu erstatten und Kündigungen vorzubereiten. Mit Bezug auf mögliche Schadensersatzansprüche der Kl. gegen die angezeigten Personen machte die Bekl. in einem Schreiben vom 25.09.2003 die Kl. darauf aufmerksam, dass nach dem maßgebenden Rahmentarifvertrag Ansprüche aus den Arbeitsverhältnissen verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Fällig-

keit schriftlich geltend gemacht werden. Die Kl. beauftragte später Rechtsanwalt B damit, diese Ansprüche widerklagend in den anhängigen Kündigungsschutzprozessen durchzusetzen. Dies blieb wegen des eingetretenen Verfalls ohne Erfolg. Die Kl. verlangt von den Bekl. Ersatz des Verfallsschadens mit der Begründung, nicht ausreichend auf den Ablauf der Verfallfrist hingewiesen worden zu sein.

Das LG Köln (Urteil v. 30.10.2008 – 30 O 416/06, BeckRS 2012, 15184) hat die Klage abgewiesen, weil die Bekl. mit dem Schreiben vom 25.09.2003 ihre Mandatsnebenpflicht erfüllt habe. Das BerGer. hat dies wegen der „Relativierung“ des Hinweises in einem weiteren Schreiben der Bekl. vom 14.10.2003 anders beurteilt und nach den Umständen des Einzelfalls angenommen, es sei nunmehr eine weitere Klarstellung zur Eilbedürftigkeit geboten gewesen, welche die Bekl. versäumt habe. Die Behauptung der Bekl. in der Berufungsverhandlung, der Kl. einen solchen weiteren Hinweis am 11.11.2003 mit den Worten erteilt zu haben, „jetzt wird es eng“, hat es unter Berufung auf § 531 II ZPO nicht berücksichtigt (OLG Köln, Urteil v. 11.11.2009 – 13 U 190/08, BeckRS 2012, 15183). Hat die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg?

Nach **§ 531 II ZPO** können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz nur zugelassen werden, wenn sie

- einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist,
- infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden oder
- im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht.

### I. Vorliegen eines Zulassungsgrundes nach § 531 II Nr.1 ZPO

Hier geht es darum, dass die Bekl. erst in der Berufungsinstanz vorgetragen hat, den Kl. nochmals mündlich auf die besondere Eilbedürftigkeit hingewiesen zu haben.

*„Der **rechtliche Gesichtspunkt**, dass die Bekl. trotz ihres Schreibens vom 25.09.2003 verpflichtet gewesen sein konnte, wegen entstandener Unklarheiten die Kl. nochmals auf den herannahenden Ablauf der tarifvertraglichen Verfallfrist hinzuweisen, hat **erstinstanzlich** nach der landgerichtlichen Entscheidung **keine Rolle** gespielt. Diese Frage nach einer durch die anwaltliche Sorgfalt gebotenen weiteren Warnung war **erstmalig in der Berufungsinstanz** von Bedeutung. Sie stellte sich dort nur, weil die Kl. nach Ansicht des BerGer. das Schreiben der Bekl. vom 14.10.2003 im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit der schriftlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen **missdeutet** haben konnte. Diese trichterliche **Auslegung war nicht selbstverständlich**. Wäre bereits das LG zu diesem Ergebnis gekommen, hätte es die Bekl. nach § 139 II ZPO darauf hinweisen und ihr Gelegenheit zu weiterem Vortrag geben müssen.*

*Nach **gefestigter Rechtsprechung** war nach dieser Verfahrenslage der ergänzende Vortrag der Bekl. gem. § 531 II Nr. 1 ZPO in der Berufungsinstanz zuzulassen (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 927; BGHZ 158, 295 [302] = NJW 2004, 2152). Die Zurückweisung des neuen Vorbringens einer Partei in zweiter Instanz verletzt zugleich die Verfassungsgarantie des rechtlichen Gehörs, wenn sie – wie hier – auf einer offenkundig fehlerhaften Anwendung des § 531 II Nr. 1 ZPO beruht (BGH, NJW-RR 2006, 755 Rdnr. 5; NJW-RR 2009, 332 Rn. 8 = NZG 2009, 117).“ (BGH aaO)*

### II. Entscheidungserheblichkeit

Das zurückgewiesene Vorbringen müsste auch entscheidungserheblich gewesen sein.

*„Es war zwar aus sich heraus kaum geeignet, der Kl. eine richtige Vorstellung von dem drohenden Verfall ihrer Schadensersatzansprüche zu vermitteln. Der behauptete Hinweis konnte jedoch eine etwa durch das Schreiben vom 14.10.2003 ausgelöste **Fehlvorstellung über den zeitlichen Spielraum** der Rechtsverfolgung auf Seiten der Kl. **korrigieren** und in Verbindung mit dem Schreiben vom 25.09.2003 als Warnung der Kl. zur **Erfüllung einer Mandatsnebenpflicht** durch die Bekl. ausreichen. Dies wird ebenso wie den Wahrheitsgehalt der Behauptung das BerGer. trichterlich zu würdigen haben.“ (BGH aaO)*

Das zurückgewiesene Vorbringen der Bekl. war entscheidungserheblich.

### III. Ergebnis

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg; sie führt zur Zulassung der Revision sowie gem. § 544 VII ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

GBO  
§ 53  
BGB  
§ 1365

**Prüfungspflicht des Grundbuchamtes**  
**Zustimmung des Ehegatten zur Grundstücksübertragung**  
(OLG Frankfurt in FGPrax 2012, 99; Beschluss vom 03.01.2012 - 20 W 297/11)

GBO

1. Nach der **Rechtsprechung des BGH** ist bei größeren Vermögen nicht von einer Verfügung über das gesamte Vermögen i.S.d. § 1365 BGB auszugehen, wenn dem verfügenden Ehegatten 10% verbleiben.
2. Im Rahmen des **materiellen Konsensprinzips** ist das **Grundbuchamt** nach § 20 GBO auch **verpflichtet**, die **Wirksamkeit der Auflassung** und die **Zustimmungsbedürftigkeit** nach § 1365 BGB zu prüfen.
3. Die Berechtigung und Verpflichtung des Grundbuchamts, Nachweise im Hinblick auf § 1365 I BGB zu verlangen, besteht nur bei **konkreten Anhaltspunkten für das Vorliegen der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 1365 I BGB** im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung.

**Fall:** Im Grundbuch war bis zum 29.08.2010 1A, die Ehefrau des Ast. und Mutter des Bet. zu 2, als Eigentümerin eingetragen. Im Jahre 2006 protokollierte der Notar einen Erbvertrag, durch den 1A den Bet. zu 2 zu ihrem alleinigen Erben einsetzte. Weiter erklärte 1A in der Urkunde, sie beabsichtige den in Blatt ..., ... und ... eingetragenen Grundbesitz schon zu Lebzeiten auf den Bet. zu 2 zu übertragen und erteilte diesem für den Fall, dass die vorgenannte, von ihr beabsichtigte Grundstücksübertragung nicht bis zum 30.6.2010 zu notariellem Protokoll erklärt sein sollte, dem Bet. zu 2 die aufschiebend bedingte Vollmacht. Den Wert dieser Verhandlung gaben die Bet. entsprechend dem Reinvermögen der Übergeberin mit 1.200.000 EUR an. Unter Verwendung dieser Vollmacht beurkundete der gleiche Notar am ... 2010 einen Grundstücksübertragungsvertrag mit Auflassung, durch den der Grundbesitz auf den Bet. zu 2 als Alleinberechtigten übertragen und unter § 7 der Urkunde insoweit die Auflassung erklärt wurde. Unter der Überschrift „Ehegattenzustimmung“ erklärte der Bet. zu 2, dass die Übergeberin mit ihrem Ehemann im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebe. Nach Belehrung des Notars, dass der vorliegende Vertrag insoweit nach § 1365 BGB einwilligungsbedürftig sein könnte, erklärte der Bet. zu 2, dass nach seiner Auffassung und der Auffassung seiner Mutter, der Vertretenen, es keiner Zustimmung ihres Ehegatten gemäß § 1365 BGB bedürfe. Der Verkehrswert des Übertragungsgegenstandes wird in § 10 der Urkunde mit 1.000.000 EUR angegeben.

In einem am 17.06.2010 beim Grundbuchamt eingegangenen Schriftsatz hat der Ast. geltend gemacht, die Übertragung des betroffenen Grundbesitzes bedürfe seiner Zustimmung gemäß § 1365 BGB. Da der Wert des übertragenen Grundbesitzes mit ca. 2.500.000 EUR bis 4.000.000 EUR zu beziffern sei, das Restvermögen von 1A sich aber nur auf 235.000 EUR bzw. 260.000 EUR belaufe, verblieben ihr nur 8,5923% bzw. 9,40% des Gesamtvermögens vor der Übertragung. Mit am 06.08.2010 beim Grundbuchamt eingegangenen Schriftsatz hat der Urkundsnotar die Eigentumsumschreibung auf den Bet. zu 2 beantragt. Am 30.08.2010 ist die Eigentumsumschreibung in den betroffenen Grundbuchblättern vollzogen worden. Dagegen hat der Ast. Beschwerde eingelegt und geltend gemacht, es lägen die Voraussetzungen für eine Löschung, zumindest die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO vor. Mit Beschluss vom 24.03.2011 hat die Grundbuchrechtspflegerin „den Antrag des Rechtsanwalts D1 vom 06.09.2010 auf Eintragung eines Amtswiderspruchs“ mit der Begründung zurückgewiesen, da 1A bei der Übertragung des betroffenen Grundbesitzes nicht über das gesamte Vermögen verfügt habe, sei die Zustimmung des Ast. zur Wirksamkeit des Übergabevertrages nicht erforderlich. Eine Rückfrage bei dem beurkundenden Notar habe ergeben, dass dieser dies bei der Beurkundung überprüft habe und zu dem Ergebnis gekommen sei, dass kein Fall des § 1365 BGB vorliege. Also sei das Grundbuch nicht in Folge der Verletzung einer Gesetzesvorschrift unrichtig geworden und der Antrag auf Eintragung eines Amtswiderspruchs zurückzuweisen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Ast. Ist die zulässige Beschwerde begründet?

Die Beschwerde ist begründet, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 I 1 GBO gegen die Eintragung des Bet. zu 2 als Eigentümer des betroffenen Grundbesitzes vorliegen.

### I. Voraussetzungen für Amtswiderspruch nach § 53 I 1 GBO

Voraussetzung für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 I 1 GBO ist, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften die Eintragung, gegen die sich der Widerspruch richten soll, vorgenommen hat und durch diese Eintragung das Grundbuch unrichtig geworden ist.

*„Dabei muss die **Gesetzesverletzung feststehen**, die **Grundbuchunrichtigkeit** aber nur **glaubhaft** gemacht sein. Da der Zweck des Amtswiderspruchs in der **Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen** durch **gesetzeswidriges Handeln** des Grundbuchamts liegt, muss es sich des Weiteren um eine Eintragung handeln, an welche sich **gutgläubiger Erwerb anschließen** kann (Demharter, GBO, 27. Aufl., § 53 Rn. 19, 20, 25; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 14. Aufl., Rn. 394).“* (OLG Frankfurt aaO)

## II. Prüfungspflichten des Grundbuchamtes

Wenn es um die Grundstücksübertragung geht, muss das Grundbuchamt nicht nur nach dem formellen Konsensprinzip überprüfen, ob der nach § 13 GBO erforderliche Antrag und die nach § 19 GBO notwendige Bewilligung des Berechtigten vorliegen, sondern es hat nach dem materiellen Konsensprinzip des § 20 GBO zu überprüfen, ob eine wirksame Auflassung vorliegt.

„Da das Grundbuchamt im Rahmen der Überprüfung der Auflassung in der Urkunde vom ... 2010 gemäß § 20 GBO auch die die **Verfügungsbefugnis der Übergeberin zu überprüfen** hatte und diese nach § 9 der Urkunde mit ihrem Ehemann im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt, **unterlag dem Grundbuchamt auch die Überprüfung einer Zustimmungsbefugnis gemäß § 1365 I BGB**. Die dingliche Einigung wäre unwirksam, wenn die Übergeberin bei der Verfügung über den betroffenen Grundbesitz damit ihr Vermögen nahezu ausgeschöpft hätte.“ (OLG Frankfurt aaO)

## III. Umfang der Prüfungspflicht

Wenn das Grundbuchamt nach dem Vorstehenden verpflichtet ist, sich Gedanken über die Wirksamkeit der Auflassung vor dem Hintergrund einer möglichen Zustimmungsbefugnis nach § 1365 BGB zu machen, so stellt sich doch die Frage, ob das Grundbuchamt hier zu einer vollumfänglichen rechtlichen Prüfung verpflichtet ist.

### 1. Zustimmungsbefugnis nach § 1365 BGB

Nach § 1365 I 1 BGB kann ein im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebender Ehegatte sich **nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten** zur Verfügung über sein **Vermögen im Ganzen** verpflichten. Hierbei entspricht es allgemeiner Auffassung, dass zustimmungsbedürftig in diesem Sinne nicht nur Rechtsgeschäfte über die Veräußerung des Gesamtvermögens als solche sind, sondern auch Rechtsgeschäfte über einen einzelnen Vermögensgegenstand, wenn dieser das ganze oder nahezu ganze Vermögen ausmacht, wozu auch die wertausschöpfende Belastung eines einzelnen Vermögensgegenstandes zählt.

„Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber sich in § 1364 BGB grundsätzlich für die **Verfügungsfreiheit jedes Ehegatten über sein Vermögen** entschieden hat, so dass es sich bei § 1365 I BGB um eine **Ausnahmevorschrift** handelt (BGHZ 35, 135; BGHZ 106, 253 = Rpfleger 1989, 189).“ (OLG Frankfurt aaO)

Nach den Angaben der 1A und des Bet. Zu 2.) lag der Wert des Gesamtvermögens bei 1.200.000,00 € und der Wert des Grundstücks bei 1.000.000,00 €. Nach der Übertragung verblieb daher ein Vermögenswert von 200.000,00 € und somit über 16 %.

„Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach der **Rechtsprechung des BGH § 1365 BGB** auch dann nicht anwendbar und bei **größeren Vermögen** nicht von einer Verfügung über das gesamte Vermögen auszugehen ist, wenn dem verfügenden Ehegatten 10% verbleiben (BGH Rpfleger 1980, 423 (424); Rpfleger 1991, 309; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 14. Aufl., Rn. 3357).“ (OLG Frankfurt aaO)

Dies wäre nach den von der 1A und dem Bet. Zu 2.) angenommenen Werten nicht der Fall. Nach dem Vortrag des Ast. hingegen würde das Restvermögen weniger als 10 % betragen und das Geschäft damit zustimmungsbedürftig sein.

### 2. Prüfungsumfang des Grundbuchamtes

Fraglich ist jedoch, in welchem Umfang das Grundbuchamt hier zur Sachverhaltsermittlung verpflichtet ist.

„[Das] Grundbuchamt [kann] grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Gesamtvermögensgeschäft nicht vorliegt. Es entspricht deshalb **allgemeiner Auffassung**, der sich auch der Senat bereits mehrfach angeschlossen hat (vgl. FamRZ 1998, 31; Beschl. v. 25.7.2002 – 20 W 192/01, juris; Beschl. v. 9.9.2010 – 20 W 302/10), dass das Grundbuchamt **nur dann berechtigt und verpflichtet** ist, im Wege der Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO den Nachweis der Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, **wenn sich im Zeitpunkt der Entscheidung** über einen Antrag aus den Eintragungsunterlagen oder sonst bekannten bzw. nach der Lebenserfahrung naheliegenden Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots nach § 1365 I 1 BGB gegeben sind (OLG Zweibrücken Rpfleger 2004, 38; OLG Jena Rpfleger 2001, 298; OLG München Rpfleger 2007, 259; Senat Beschl. v. 24.11.2011 – 20 W 380/11; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 14. Aufl., Rn. 394; Palandt/Brudermüller, BGB, 69. Aufl., § 1365 Rn. 28 mwN).. Hinzukommen müssen ferner **konkrete Anhaltspunkte** für die nach ganz herrschender Meinung in § 1365 BGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal enthaltene **positive Kenntnis des Vertragspartners** – hier also des Bet.

zu 2 – davon, dass das betroffene Grundstück das ganze oder nahezu ganze Vermögen der Übergeberin darstellt bzw. von den Verhältnissen, aus denen sich dies ergibt (BGH Rpfleger 1989, 190; OLG Jena FamRZ 2010, 1733).“ (OLG Frankfurt aaO)

Da sich die Bewertung der Zustimmungsbedürftigkeit nach dem Angaben der 1A und des Bet. Zu 2) anders darstellt als nach den Angaben des Ast. kommt es darauf an, auf welchen Zeitpunkt für die Beantwortung der Frage abzustellen ist, ob Anhaltspunkte für eine Zustimmungsbedürftigkeit bestanden.

#### a) maßgeblicher Zeitpunkt

„Der dafür **maßgebliche Zeitpunkt** war entgegen der Meinung des Ast. der **Vertragsabschluss** am ... 2010 (BGHZ 106, 253 = Rpfleger 1989, 189; FamRZ 1990, 970; Palandt/Brudermüller, BGB, 70. Aufl., § 1365 Rn. 10) und nicht die Protokollierung der Urkunde vom ... 2006. Für die darin enthaltene **erbvertragliche Einsetzung** des Bet. zu 2 als Alleinerbe seiner Mutter bedurfte es schon deshalb **keiner Genehmigung nach § 1365 I BGB**, da diese Norm **keine Einschränkung der Testierfreiheit** zur Folge hat (BGHZ 40, 218, 224; Staudinger/Thiele, BGB, Bearb. 2007, § 1365 Rn. 11; MüKo-BGB/Koch, 5. Aufl., § 1365 Rn. 39). Zwar sind durch § 1365 BGB in ihrer Rechtsmacht beschränkt auch Dritte, die an Stelle der Ehegatten handeln, sofern sie ihre Rechtsmacht von diesen ableiten. Demzufolge bedürfen Stellvertreter nach § 164 BGB und im Sinn des § 185 BGB Ermächtigte der Zustimmung, wenn sie ein Gesamtvermögensgeschäft wahrnehmen, die Erteilung der Vollmacht und die Ermächtigung als solche sind jedoch zustimmungsfrei (Staudinger/Thiele, BGB, Bearb. 2007, § 1365 Rn. 12; MüKo-BGB/Koch, 5. Aufl., § 1365 Rn. 49). Daher scheidet die Wirksamkeit der Auflassung in dem Vertrag vom ... 2010 entgegen der Auffassung des Ast. nicht daran, dass der Bet. zu 2 mangels Zustimmung des Ast. nicht wirksam bevollmächtigt worden wäre.“ (OLG Frankfurt aaO)

#### b) sachverhaltsbezogene Bewertung

Konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1365 I BGB lagen dem Grundbuchamt jedoch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eigentumsumschreibung auf den Bet. zu 2 nicht vor.

„Bei Verfügung der Eintragung des Bet. zu 2 als Eigentümer am 30.08.2010 lag dem Grundbuchamt von Seiten des Antragstellervertreeters lediglich der Schriftsatz vom 17.06.2010 samt Anlagen vor, in dem der Wert des übertragenen Vermögens mit ca. 2.500.000 EUR bis 4.000.000 EUR und derjenige des Restvermögens auf 235.000 EUR bis 260.000 EUR beziffert wurde, ohne dass eine näherer Substantiierung und Glaubhaftmachung durch Steuerunterlagen und/oder Gutachten erfolgt wäre. Die positive Kenntnis des Bet. zu 2 von den Umständen, aus denen sich ergeben soll, dass die Übertragung des betroffenen Grundbesitzes nahezu das gesamte Vermögen der Übergeberin betraf, wird in dem Schriftsatz vom 17.06.2010 lediglich aus seiner Stellung als dem einzigen Kind der Eheleute A und dem Schreiben vom 08.05.2010 hergeleitet. Ein **genereller Erfahrungssatz** dahingehend, dass **Kinder über die Vermögenssituation ihrer Eltern informiert** sind, besteht jedoch nicht (OLG Koblenz FamRZ 2008, 1078).

Auf den ihm von der Grundbuchrechtspflegerin zur Stellungnahme übersandten Schriftsatz vom 17.06.2010 hin hatte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 19.08.2010 erklärt, ihm sei bei der Protokollierung vom ... 2010 von dem Bet. zu 2 nach Rücksprache mit der Übergeberin plausibel dargelegt worden, dass § 1365 BGB hier nicht zur Anwendung komme.“ (OLG Frankfurt aaO)

Auf dieser Tatsachengrundlage war die Grundbuchrechtspflegerin nicht verpflichtet, vor der Eigentumsumschreibung eine Zwischenverfügung zu erlassen und die Zustimmung des Ast. bzw. die Darlegung sowie Glaubhaftmachung der Vermögensverhältnisse im Einzelnen zu verlangen.

„Darauf dass der Ast. dann im Beschwerdeverfahren seinen Vortrag weiter vertieft und Beweis durch Sachverständigengutachten und Auskunft des Steuerberaters angeboten hat – ohne der Aufforderung der Grundbuchrechtspflegerin zur Vorlage allerdings Folge zu leisten –, kommt es für die vorliegende Entscheidung nicht an. Nach **ständiger Rechtsprechung des Senats** (vgl. FGPrax 2003, 197) sind maßgeblich für die Beurteilung, ob eine **Gesetzesverletzung des Grundbuchamts** vorliegt, unbeschadet des § 74 GBO im Übrigen, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht die Gegebenheiten **zur Zeit der Eintragung**, gegen die ein Widerspruch eingetragen werden soll (so auch Bauer/von Oefele/Meincke, GBO, 2. Aufl., § 53 Rn. 65; Demharter, GBO, 27. Aufl., § 53 Rn. 23; Hügel/Holzer, GBO, 2. Aufl., § 53 Rn. 23).“ (OLG Frankfurt aaO)

**Ergebnis:** Da kein Fehler des Grundbuchamtes feststellbar ist, liegen die Voraussetzungen für einen Amtswiderspruch nach § 53 GBO nicht vor und die Beschwerde ist unbegründet.

StPO  
§§ 199 ff.

**Beschleunigungsgrundsatz**  
**Gilt auch für das Zwischenverfahren**

StPO

(BVerfG in BeckRS 2012, 60181; Beschluss vom 14.11.2012 – 2 BvR 1164/12)

Der **Beschleunigungsgrundsatz** gilt auch für das **Zwischenverfahren** nach §§ 199 ff. StPO.

**Fall:** Die Staatsanwaltschaft übernahm am 9. März 2011 ein bis dahin allein von der Steuerfahndung des Finanzamtes gegen den Bf. wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung geführtes Ermittlungsverfahren. Am 10. März 2011 erließ das AG antragsgemäß erstmals einen Haftbefehl. Darin wurde dem Bf. zur Last gelegt, als faktischer Geschäftsführer diverser Dienstleistungsunternehmen veranlasst zu haben, den Unternehmen in Rechnung gestellte Fremdleistungen zu verbuchen, obwohl er gewusst habe, dass den Rechnungen kein tatsächlicher Leistungsaustausch zugrunde lag. Es soll daher in den Jahren von 2006 bis 2010 für die faktisch geführten Unternehmen in 88 Fällen zu inhaltlich unrichtigen Umsatzsteueranmeldungen mit einem Steuerschaden von nahezu 1,67 Mio. Euro gekommen sein. Als Haftgrund bejahte das AG das Vorliegen von Flucht- und Verdunkelungsgefahr.

Der Bf. wurde am 17. März 2011 festgenommen und befand sich ab dem 18. März 2011 ununterbrochen in Untersuchungshaft.

Am 30. August 2011 übergab die Steuerfahndung der Staatsanwaltschaft die bis dahin angelegten Ermittlungs- und Teilermittlungsakten; am 2. September 2011 folgte der Ermittlungsbericht vom 31. August 2011.

Unter dem 8. September 2011 übersandte die Staatsanwaltschaft für das Haftprüfungsverfahren gem. §§ 121, 122 StPO die angelegten Zweitakten mit einem Vorlagebericht an die Generalstaatsanwaltschaft. Mit Beschluss vom 28. September 2011 ordnete das OLG erstmalig die Fortdauer der Untersuchungshaft an. Die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft sei gerechtfertigt, weil der besondere Umfang der Ermittlungen ein Urteil noch nicht zugelassen habe. Es seien mehrere Durchsuchungen durchgeführt worden, bei denen zuletzt Mitte März 2011 eine Vielzahl von Dokumenten sichergestellt worden sei, es seien bis einschließlich Mai 2011 über 100 Zeugen vernommen worden, und es gebe zehn Haupt- und 20 Teilermittlungsakten. Die Beteiligung mehrerer Firmen und viele vorgeschobene Geschäfte zeigten mehr als deutlich die besondere Schwierigkeit des Verfahrens, das zeit- und aufwändige Abschlussarbeiten erfordere.

Am 16. Januar 2012 beschloss das OLG zum zweiten Mal die Fortdauer der Untersuchungshaft.

Am 23. März 2012 verkündete die Strafkammer einen Haftbefehl, der dem Bf. Steuerhinterziehung in 65 Fällen sowie eine versuchte Steuerhinterziehung zur Last legte. Als Haftgrund bejahte sie das Vorliegen von Fluchtgefahr.

Mit Beschluss vom 19. April 2012 ordnete das OLG schließlich erneut die Fortdauer der Untersuchungshaft an.

- I. Bei der **Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft** ist das **Spannungsverhältnis** zwischen dem in **Art. 2 II 2 GG** gewährleisteten Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit **und den** unabweisbaren **Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung zu beachten**.
  1. **Grds.** darf **nur einem rechtskräftig Verurteilten die Freiheit entzogen** werden. Der Entzug der Freiheit eines der Straftat lediglich Verdächtigen ist wegen der **Unschuldsvermutung**, die ihre Wurzel im **Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG** hat und auch in Art. 6 II EMRK ausdrücklich hervorgehoben ist (vgl. BVerfGE 19, 342; BVerfG 74, 358), nur ausnahmsweise zulässig. Dabei muss den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlich und zweckmäßig erscheinenden Freiheitsbeschränkungen der Freiheitsanspruch des noch nicht rechtskräftig verurteilten Beschuldigten als Korrektiv gegenübergestellt werden, wobei dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** eine maßgebliche Bedeutung zukommt (vgl. grundlegend BVerfGE 19, 342 sowie BVerfGE 20, 45; BVerfGE 36, 264; BVerfGE 53, 152; BVerfGK 15, 474).
  2. Der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ist nicht nur für die Anordnung, sondern **auch für die Dauer der Untersuchungshaft von Bedeutung**: Das Gewicht des Freiheitsanspruchs vergrößert sich gegenüber dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung regelmäßig mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft (vgl. BVerfGE 36, 264; BVerfGE 53, 152). Daraus folgt, dass die **Anforderungen an die Zügigkeit der Arbeit** in einer Haftsache **mit der Dauer der Untersuchungshaft steigen**. Zum anderen nehmen auch die Anforderungen an den die Haftfortdauer rechtfertigenden Grund zu (vgl. BVerfGK 7, 140; BVerfGE 15, 474).

3. Dieser **Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen** verlangt, dass die **Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen** und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen, denn zur Durchführung eines geordneten Strafverfahrens und zur Sicherstellung der Strafvollstreckung kann die Untersuchungshaft dann nicht mehr als notwendig anerkannt werden, wenn ihre Fortdauer durch vermeidbare Verzögerungen verursacht ist. Von dem Besch. nicht zu vertretende, **sachlich nicht gerechtfertigte und vermeidbare Verfahrensverzögerungen stehen daher regelmäßig einer weiteren Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft entgegen** (vgl. BVerfGK 15, 474 m. w. Nachw.).

- II. Der **Beschleunigungsgrundsatz beansprucht auch für das Zwischenverfahren** nach den §§ 199 ff. StPO **Geltung**.

*„Auch in diesem Stadium muss das **Verfahren mit der gebotenen Zügigkeit gefördert werden**, um im Falle der Entscheidungsreife über die Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung zu beschließen und anschließend im Regelfall innerhalb von weiteren drei Monaten mit der Hauptverhandlung zu beginnen (vgl. BVerfGK 10, 294).“ (BVerfG aaO)*

1. Im Rahmen der **Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des Betroffenen und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit** kommt es in erster Linie auf die durch objektive Kriterien bestimmte Angemessenheit der Verfahrensdauer an, die u. a. von der Komplexität der Rechtssache, der Vielzahl der beteiligten Personen oder dem Verhalten der Verteidigung abhängig sein kann.

Dies macht eine **auf den Einzelfall bezogene Prüfung des Verfahrensablaufs** erforderlich. An dessen zügigen Fortgang sind dabei umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger die Untersuchungshaft schon andauert.

*„Dieser Gedanke liegt auch der Regelung des § 121 StPO zugrunde, der bestimmt, dass der Vollzug der Untersuchungshaft vor Ergehen eines Urteils wegen derselben Tat über sechs Monate hinaus nur aufrechterhalten werden darf, wenn die **besondere Schwierigkeit** oder der **besondere Umfang der Ermittlungen** oder ein **anderer wichtiger Grund** den Erlass des Urteils noch nicht zugelassen haben und die Fortdauer der Haft rechtfertigen. Wie sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte ergibt, handelt es sich dabei um eng begrenzte Ausnahmetatbestände.“ (BVerfG aaO)*

2. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der **Grundrechtsschutz auch durch die Verfahrensgestaltung zu bewirken** ist (vgl. hierzu BVerfGE 53, 30; BVerfGE 63, 131).

Das Verfahren der Haftprüfung und Haftbeschwerde muss deshalb so ausgestaltet sein, dass **nicht die Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition** aus Art. 2 II i. V. m. Art. 104 GG **besteht**. Dem ist vor allem durch erhöhte Anforderungen an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 103, 21).

*„Die mit Haftsachen betrauten Gerichte haben sich bei der zu treffenden Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft mit deren Voraussetzungen eingehend auseinanderzusetzen und diese entsprechend zu begründen. I. d. R. sind in jedem Beschluss über die Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft aktuelle Ausführungen zu dem weiteren Vorliegen ihrer Voraussetzungen, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten, weil sich die dafür maßgeblichen **Umstände angesichts des Zeitablaufs in ihrer Gewichtigkeit verschieben** können (vgl. BVerfGK 7, 140; BVerfGE 10, 294; BVerfGE 15, 474).“*

*Die zugehörigen Ausführungen müssen in Inhalt und Umfang eine Überprüfung des Abwägungsergebnisses am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur für den Betroffenen selbst, sondern auch für das die Anordnung betreffende Fachgericht im Rahmen einer Eigenkontrolle gewährleisten und in sich schlüssig und nachvollziehbar sein (vgl. BVerfGK 7, 421; BVerfGE 8, 1; BVerfGE 15, 474).“ (BVerfG aaO)*

- III. Diesen sich aus Art. 2 II 2 GG ergebenden Anforderungen wird die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Entscheidung des OLG, welche die Fortdauer der zu diesem Zeitpunkt seit 13 Monaten andauernden Untersuchungshaft zum dritten Mal anordnete, nicht gerecht.

Der angegriffene Beschluss verkennt, dass für das Zwischenverfahren schon im April 2012 vermeidbare und der Justiz **zurechenbare Verfahrensverzögerungen** festzustellen waren.

„Diese standen der Fortdauer der Untersuchungshaft unter Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts auf Freiheit der Person aus Art. 2 II 2 GG zum Zeitpunkt der dritten Haftprüfungsentscheidung entgegen.

Auch wenn das Ausgangsverfahren angesichts der Komplexität der dem BF: zur Last gelegten Steuerstraftaten und der Vielzahl der beteiligten Personen eine **überdurchschnittliche Schwierigkeit** aufweisen mag, **rechtfertigt dies allein nicht, im Zwischenverfahren** anstehende Entscheidungen **nicht mit der gebotenen Beschleunigung** zu treffen. Hinzu kommt, dass sich die Strafkammer nicht auf eine besondere Schwierigkeit berufen hat. Sie hat auch sonst nicht dargelegt, aus welchen Gründen sie an einer rechtzeitigen Beschlussfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens gehindert gewesen ist. Von Seiten der Verteidigung sind zu keinem Zeitpunkt Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens erhoben oder nach § 202 StPO Beweisanträge gestellt worden, die auf die Förderung des Verfahrens und einen zeitnahen Eröffnungsbeschluss hätten Einfluss nehmen können.

Spätestens nach Ablauf der dem Verteidiger des Mitangekl: bis Anfang Februar 2012 gewährten Stellungnahmefrist hätte über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden werden können. Dies ist unterblieben, obwohl sich der Bf. zu diesem Zeitpunkt schon seit fast einem Jahr in Untersuchungshaft befand. Das Bestreben, den Angekl. zu einer Verständigung zu bewegen, kann offenkundig die Verzögerung einer Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht rechtfertigen.“ (BVerfG aaO)

RL 2004/83/EG  
RL 2005/85**Pflicht zur Anhörung im Verwaltungsverfahren  
auch bei Antrag auf subsidiären Schutz**

VerwaltVerfR

(EuGH in BeckRS 2012, 82467; Urteil vom 22.11.2012 - C-277/11)

- 1 Das Erfordernis der Zusammenarbeit des betreffenden Mitgliedstaats mit dem Asylbewerber im Sinne von Art. 4 I 2 der Richtlinie 2004/83/EG kann **nicht dahin ausgelegt** werden, dass die zuständige nationale Behörde, wenn ein Ausländer die **Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus** beantragt, **nachdem** ihm die **Anerkennung als Flüchtling verweigert** worden ist, und sie beabsichtigt, auch diesen zweiten Antrag abzulehnen, verpflichtet wäre, den Betroffenen **vor dem Erlass ihrer Entscheidung** von der beabsichtigten Ablehnung seines Antrags zu **unterrichten** und ihm die **Argumente mitzuteilen**, auf die sie dessen Ablehnung stützen möchte, um es diesem Antragsteller zu **ermöglichen, seinen Standpunkt dazu geltend zu machen**.
2. Werden **zwei getrennte und aufeinanderfolgende Verfahren** zur Prüfung des Antrags auf Anerkennung als Flüchtling bzw. des Antrags auf subsidiären Schutz durchgeführt, **obliegt es jedoch dem nationalen Gericht**, im Rahmen beider Verfahren für die Wahrung der Grundrechte des Antragstellers und insbesondere des **Rechts auf Anhörung** in dem Sinne Sorge zu tragen, dass er in der Lage ist, **vor dem Erlass einer Entscheidung**, mit der der beantragte Schutz nicht gewährt wird, **sachdienlich Stellung zu nehmen**. Dass der Betroffene bereits bei der Prüfung seines Antrags auf Anerkennung als Flüchtling ordnungsgemäß angehört worden ist, bedeutet in einem solchen System nicht, dass von dieser Formvorschrift im Rahmen des Verfahrens über den Antrag auf subsidiären Schutz abgesehen werden könnte.

**Fall:** Herr M. ist ein ruandischer Staatsangehöriger, der der ethnischen Gruppe der Tutsi angehört und am 01.05.2008 in Irland einen Antrag auf Asyl gestellt hat.

Zur Begründung des Antrags macht Herr M. geltend, dass er im Fall der Rückkehr in sein Herkunftsland vor einem Militärgericht dafür verfolgt werden könne, dass er die Art und Weise, wie die Untersuchungen über den Völkermord von 1994 geführt worden seien, offen kritisiert habe. Er sei von diesem Völkermord in schwerwiegender Weise betroffen, da seine Eltern, drei seiner Brüder und eine seiner Schwestern ermordet worden seien.

Zu seiner persönlichen Situation legt er dar, dass er sich nach dem erfolgreichen Abschluss seines Studiums der Rechtswissenschaften an der Nationalen Universität von Ruanda im Jahr 2003 um eine Anstellung im öffentlichen Dienst der Republik Ruanda beworben habe, ihm jedoch als einzigem seines Abschlussjahrgangs eine solche Anstellung trotz seiner Befähigung verweigert worden sei. Stattdessen sei er gezwungen worden, eine untergeordnete Anstellung im Büro des Militärstaatsanwalts anzunehmen, wobei der Umstand, dass er so dem strengen Militärrecht unterworfen worden sei, ein Mittel gewesen sei, um ihn zum Schweigen zu bringen und ihn daran zu hindern, Informationen über den Völkermord zu verbreiten, die sich als unangenehm für die Behörden hätten erweisen können. Im Übrigen sei ihm dringend angeraten worden, nicht zu widersprechen, und ein Militärbeamter sei getötet worden, weil er begonnen habe, heikle Fragen nach dem Ablauf der Untersuchungen über den Völkermord zu stellen.

Im Juni 2006 wurde Herr M. an der rechtswissenschaftlichen Fakultät einer irischen Universität zu einem LL.M.-Studium zugelassen. Zu diesem Zweck wurde ihm im September 2006 ein Studentenvisum erteilt, und nach seinem Abschluss im November 2007 beschäftigte er sich im Aufnahmemitgliedstaat mit Forschungen über Kriegsverbrechen und Völkermord. Kurz nach Ablauf seines Visums stellte Herr M. einen Antrag auf Asyl in Irland. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil seine Aussagen in Bezug auf seine Verfolgung in Ruanda als nicht glaubhaft erachtet wurden. Die Entscheidung des Ministers, mit der der Antrag von Herrn M. auf Asyl abgelehnt wurde, wurde ihm im Dezember 2008 zugestellt.

Herr M. stellte daraufhin am 31.12.2008 einen Antrag auf subsidiären Schutz, indem er einen nach der irischen Regelung hierfür vorgesehenen Fragebogen ausfüllte. Dieser Antrag wurde mit Entscheidung des Ministers vom 24.09.2010 abgelehnt. In seiner Entscheidung stützte sich der Minister weitgehend auf seine vorhergehende Entscheidung aus dem Jahr 2008 über die Ablehnung des Antrags des Betroffenen auf Asyl, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass dieser, da ernste Zweifel an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen bestünden, keine ausreichenden Gründe vorgetragen habe, um darzutun, dass er in seinem Herkunftsland Gefahr laufe, einen ernsthaften Schaden zu erleiden. Herr M. ist der Auffassung, dass hierdurch das grundlegende Erfordernis der Fairness bei der Durchführung der Verwaltungsverfahren, welches nämlich insbesondere die Beachtung der Verteidigungsrechte umfasse, verletzt worden sei, da er zu den Grundlagen der Entscheidung über den Antrag auf subsidiären Schutz nicht mehr angehört worden sei. Liegt ein Verstoß gegen die in Art. 4 I 2 der Richtlinie 2004/83 aufgestellte Pflicht zur Zusammenarbeit mit dem Asylbewerber bei der Bearbeitung seines Antrags vor?

## I. Anwendbarkeit

Art. 4 I der Richtlinie 2004/83 befasst sich mit der Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz. Fraglich ist, ob damit neben Anträgen auf Gewährung von Asyl auch Anträge auf Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus erfasst sind.

„Sowohl nach ihrem **Wortlaut** als auch nach dem **Titel des Kapitels**, dem diese Bestimmung angehört, betrifft sie ... **„Anträge auf internationalen Schutz“**. Wie sich aus Art. 2 Buchst. a und g der Richtlinie 2004/83 ergibt, sind unter „internationaler Schutz“ die Flüchtlingseigenschaft und der subsidiäre Schutzstatus und unter „Antrag auf internationalen Schutz“ das **Ersuchen um Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder um Gewährung des subsidiären Schutzstatus zu verstehen**.“ (EuGH aaO)

## II. Mitteilung der Entscheidungsgrundlagen und Gelegenheit zur Stellungnahme

Fraglich ist, ob der **Gewährleistungsgehalt** des Art. 4 I 2 der Richtlinie 2004/83 dahin geht, dass diese Bestimmung die für die Prüfung eines Antrags auf subsidiären Schutz zuständige **nationale Behörde dazu zwingt**, dem Antragsteller vor dem Erlass einer ablehnenden Entscheidung darüber und nachdem ein von derselben Person gestellter Asylantrag zuvor abgelehnt wurde, die **Umstände, auf die sie diese Entscheidung zu stützen beabsichtigt, mitzuteilen** und eine **Stellungnahme des Betroffenen dazu einzuholen**.

„Es ist ... festzustellen, dass ein **Erfordernis dieser Art nicht aus dem Wortlaut** der in Rede stehenden Bestimmung hervorgeht. Hätte der Unionsgesetzgeber beabsichtigt, den Mitgliedstaaten [solche] Verpflichtungen ... aufzuerlegen, hätte er dies sicherlich ausdrücklich getan. Zudem wäre eine so verstandene Zusammenarbeitspflicht **nicht mit dem System kohärent**, das der Unionsgesetzgeber für die Behandlung von Anträgen auf internationalen Schutz eingeführt hat.

Art. 4 der Richtlinie 2004/83 bezieht sich, wie aus seiner Überschrift hervorgeht, auf die **„Prüfung der Ereignisse und Umstände“**. Diese „Prüfung“ vollzieht sich in Wirklichkeit in **zwei getrennten Abschnitten**.

- Der **erste Abschnitt** betrifft die **Feststellung der tatsächlichen Umstände**, die Beweise zur Stützung des Antrags darstellen können,
- während der **zweite Abschnitt** die **rechtliche Würdigung dieser Umstände** betrifft, die in der Entscheidung besteht, ob die in den Art. 9 und 10 oder 15 der Richtlinie 2004/83 vorgesehenen materiellen Voraussetzungen für die Gewährung internationalen Schutzes in Anbetracht der Umstände, die einen konkreten Fall auszeichnen, erfüllt sind.“ (EuGH aaO)

Nach Art. 4 I der Richtlinie ist es zwar normalerweise Sache des Antragstellers, alle zur Begründung seines Antrags erforderlichen Anhaltspunkte darzulegen, doch obliegt es dem betreffenden Mitgliedstaat, mit dem Antragsteller im Abschnitt der Bestimmung der maßgeblichen Anhaltspunkte des Antrags zusammenzuarbeiten.

„Dieses **Erfordernis der Mitwirkung des Mitgliedstaats** bedeutet daher konkret, dass der betreffende Mitgliedstaat, wenn die von der Person, die internationalen Schutz beantragt, vorgetragene Anhaltspunkte aus irgendeinem Grund nicht vollständig, aktuell oder maßgeblich sind, in diesem Abschnitt des Verfahrens aktiv mit dem Antragsteller zusammenarbeiten muss, um ihm die **Zusammenstellung aller zur Begründung seines Antrags geeigneten Anhaltspunkte zu ermöglichen**. Ein Mitgliedstaat hat im Übrigen möglicherweise eher Zugang zu bestimmten Arten von Unterlagen als der Antragsteller.

Somit ist klar, dass sich Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2004/83 nur auf erwähnten **ersten Abschnitt** bezieht, der die Feststellung der Ereignisse und Umstände betrifft, die Beweise zur Rechtfertigung des Asylantrags darstellen können.“ (EuGH aaO)

Die Frage, ob der Mitgliedsstaat dem Antragsteller hingegen vorab die bisherige rechtliche Würdigung mitteilen muss, damit dieser noch ergänzend vortragen kann, um die Würdigung noch zu verändern, betrifft hingegen ganz offenkundig den zweiten Abschnitt, in dem es um die Würdigung der Folgen geht, die aus den zur Begründung des Antrags vorgetragene Anhaltspunkten abzuleiten sind, indem bestimmt wird, ob die für die Gewährung des beantragten internationalen Schutzes erforderlichen Voraussetzungen damit tatsächlich erfüllt werden.

„Eine solche Prüfung der Begründetheit des Asylantrags fällt in die **alleinige Verantwortung der zuständigen nationalen Behörde**, so dass ein Erfordernis der Zusammenarbeit dieser Behörde mit dem Antragsteller, wie in Art. 4 I 2 der Richtlinie 2004/83 vorgeschrieben, in diesem Abschnitt des Verfahrens keine Rolle spielt. Diese Richtlinie dient [zudem] in Anbetracht ihres **Inhalts und ihres Zwecks** nur dazu, zum einen allen Mitgliedstaaten **gemeinsame Kriterien** in Bezug auf die materiellen Voraussetzungen, die Drittstaatsangehörige erfüllen müssen, um internationalen Schutz erhalten zu können, und zum anderen den **materiellen Inhalt des zu gewährenden Schutzes festzulegen**. Dagegen sollen mit dieser Richtlinie **keine Verfahrensregeln** für die Prüfung ei-

nes Antrags auf internationalen Schutz vorgeschrieben werden und demnach auch nicht die Verfahrensgarantien festgelegt werden, die dem Asylbewerber in diesem Zusammenhang zu gewähren sind.“ (EuGH aaO)

Es gibt daher keine Pflicht, dass die zuständige nationale Behörde, wenn ein Ausländer die Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus beantragt, nachdem ihm die Anerkennung als Flüchtling verweigert worden ist, und sie beabsichtigt, auch diesen zweiten Antrag abzulehnen, verpflichtet wäre, den Betroffenen vor dem Erlass ihrer Entscheidung von der beabsichtigten Ablehnung seines Antrags zu unterrichten und ihm die Argumente mitzuteilen, auf die sie dessen Ablehnung stützen möchte, um es diesem Antragsteller zu ermöglichen, seinen Standpunkt dazu geltend zu machen.

### III. Anhörungsanspruch im zweiten Verfahren auf subsidiären Schutz

Fraglich ist jedoch, ob nicht ein Recht des Ausländers besteht, im **Verfahren über die Behandlung seines zweiten**, auf subsidiären Schutz gerichteten **Antrags** angehört zu werden, wenn dieser Antrag nach der Ablehnung eines ersten, auf die Anerkennung als Flüchtling gerichteten Antrags gestellt wurde, wie es in der beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtssache der Fall ist, in der der ursprüngliche Antrag Gegenstand eines anderen Verfahrens war, in dessen Rahmen der Betroffene seinen Standpunkt gebührend geltend machen konnte.

„Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass die **Richtlinie 2005/85** der Rechtsakt ist, in dem **Mindestnormen für die Verfahren der Prüfung von Anträgen** festgelegt und die Rechte der Asylbewerber präzisiert werden.

Allerdings findet die Richtlinie 2005/85 **keine Anwendung auf Anträge auf subsidiären Schutz**, sofern ein Mitgliedstaat nicht ein einheitliches Verfahren einführt, in dessen Rahmen er einen Antrag unter dem Aspekt der beiden Formen des internationalen Schutzes, nämlich der Anerkennung als Flüchtling und des subsidiären Schutzes, prüft. Bei einer solchen Fallgestaltung sind nämlich die Bestimmungen dieser Richtlinie während des ganzen Verfahrens, also auch dann anzuwenden, wenn die zuständige nationale Behörde den Antrag auf subsidiären Schutz prüft.“ (EuGH aaO)

Dies ist jedoch in Irland nicht der Fall, da sich dieser Mitgliedstaat dafür entschieden hat, für die Prüfung des Asylantrags und des Antrags auf subsidiären Schutz zwei getrennte Verfahren einzurichten, wobei der letztgenannte Antrag erst nach Ablehnung des erstgenannten gestellt werden kann. Gilt also die Richtlinie 2005/85 für ein getrenntes, gesondertes Verfahren auf Gewährung eines subsidiären Schutzstatus nicht, so stellt sich die Frage, woraus ein möglicher Anhörungsanspruch für das zweite Verfahren hergeleitet werden kann.

„In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die **Wahrung der Verteidigungsrechte** nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ein **tragender Grundsatz des Unionsrechts** ist (vgl. u. a. Urteile vom 28.03.2000, Krombach, C-7/98, Slg. 2000, I-1935, Rn. 42, und vom 18.12.2008, Sopropé, C-349/07, Slg. 2008, I-10369, Rn. 36).

Nach Art. 41 II der Charta umfasst das **Recht auf eine gute Verwaltung** insbesondere das **Recht jeder Person, gehört zu werden**, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird, das **Recht jeder Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des berechtigten Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses** und die **Verpflichtung der Verwaltung, ihre Entscheidungen zu begründen**. Diese **Bestimmung** ist, wie sich bereits aus ihrem Wortlaut ergibt, **allgemein anwendbar**.

Das **Recht auf Anhörung** garantiert jeder Person die **Möglichkeit, im Verwaltungsverfahren**, bevor ihr gegenüber eine für ihre Interessen nachteilige Entscheidung erlassen wird, **sachdienlich und wirksam ihren Standpunkt vorzutragen** (vgl. Urteile vom 09.06.2005, Spanien/Kommission, C-287/02, Slg. 2005, I-5093, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung, Sopropé, Rn. 37, vom 01.10.2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Rat, C-141/08 P, Slg. 2009, I-9147, Rn. 83, und vom 21.12.2011, Frankreich/People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 64 und 65).

Dieses Recht setzt auch voraus, dass die Verwaltung mit aller gebotenen Sorgfalt die entsprechenden **Erklärungen der betroffenen Person zur Kenntnis nimmt**, indem sie sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls untersucht und ihre Entscheidung eingehend begründet (vgl. Urteile vom 21. November 1991, Technische Universität München, C-269/90, Slg. 1991, I-5469, Randnr. 14, und Sopropé, Randnr. 50); die **Pflicht, eine Entscheidung so hinreichend spezifisch und konkret zu begründen**, dass es dem Betroffenen ermöglicht wird, die Gründe für die Ablehnung seines Antrags zu verstehen, ergibt sich somit aus dem Grundsatz der **Wahrung der Verteidigungsrechte**.“ (EuGH aaO)

Nach alledem ist das so verstandene Recht des Asylbewerbers auf Anhörung in vollem Umfang auf das Verfahren der Prüfung eines Antrags auf Gewährung internationalen Schutzes anzuwenden, das die zuständige nationale Behörde nach den im Rahmen des gemeinsamen europäischen Asylsystems erlassenen Bestimmungen durchführt.

## 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.

ZPO  
§ 51

### Gewillkürte Prozessstandschaft WEG-Verwalter

ZPO

(AG Hannover in ZMR 2012, 911; Urteil vom 17.04.2012 – 484 C 10745/11)

Macht der **Verwalter Ansprüche der WEG im eigenen Namen geltend**, kann das für eine gewillkürte Prozessstandschaft erforderliche **schutzwürdige Eigeninteresse** nicht mehr aus der sich aus dem Wohnungseigentumsgesetz ergebende Rechts- und Pflichtstellung des Verwalters hergeleitet werden, denn infolge der Rechts- und Parteifähigkeit der WEG ist diese ohne weiteres selbst in der Lage, Ansprüche durchzusetzen, so dass das Bedürfnis für ein Tätigwerden des Verwalters im eigenen Namen **entfallen** ist.

„Der BGH begründet überzeugend seine Rspr. mit der **Anerkennung der WEG als (teil-)rechtsfähigem Rechtsobjekt**, zunächst durch den Senatsbeschluss vom 02.05.2005 (Az.: V ZR 32/05) und nunmehr gem. § 10 VI WEG. Vor dieser Regelung konnten dem Verband weder Rechte Kraft Gesetzes zustehen noch Ansprüche der Wohnungseigentümer auf diesen zur Rechtsausübung übertragen werden. Daher bestand nicht nur im Interesse der Wohnungseigentümer, sondern vielmehr auch im Interesse des Schuldners ein erhebliches **praktisches Bedürfnis**, Ansprüche der Wohnungseigentümer über das Rechtsinstitut der gewillkürten Prozessstandschaft zu bündeln.

Diese Rechtslage hat sich geändert: Ob im Lichte der nunmehr gegebenen Parteifähigkeit der WEG an der bisherigen Rechtslage festzuhalten war, wurde nicht einheitlich beurteilt, ist nun aber vom BGH klargestellt worden. Das für eine gewillkürte Prozessstandschaft erforderliche schutzwürdige Eigeninteresse des Verwalters einer WEG kann nicht mehr aus der diesem durch das Wohnungseigentumsgesetz zugewiesenen Rechts- und Pflichtenstellung hergeleitet werden. Infolge der nunmehr bestehenden Rechts- und Parteifähigkeit der WEG ist diese nunmehr ohne weiteres selbst in der Lage, Ansprüche durchzusetzen, so dass das Bedürfnis für ein Tätigwerden des Verwalters im eigenen Namen entfallen ist. Dies gilt umso mehr, als einer der tragenden Gründe, die zur Anerkennung der WEG als Rechtsobjekts geführt haben, gerade darin bestand, die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums im Rechtsverkehr zu erleichtern. Aufgrund dessen ist der Verwalter nicht mehr gehalten, eine **effektive Anspruchsdurchsetzung** durch ein Handeln im eigenen Namen sicherzustellen. Vielmehr ist er als Organ der durch ihn repräsentierten Gemeinschaft nunmehr verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Verband seine Rechte selbst durchsetzt. Von ihm ist nur noch ein Handeln für den Verband gefordert.“ (AG Hannover aaO)

ZPO  
§§ 139, 531 II

### Berufungsverfahren

ZPO

Zulässigkeit neuen Vortrags nach berufungsgerichtlichem Hinweis

(OLG Hamm in NJW-RR 2012, 1415; Urteil vom 27.03.2012 – I-24 U 61/11)

Ein im **Berufungsverfahren neues, bereits in erster Instanz möglich gewesenes Vorbringen** ist nicht allein deshalb zuzulassen, weil das **Berufungsgericht auf die Unzulänglichkeit des bisherigen Vortrags hingewiesen** hat.

„Eine abweichende Beurteilung der Zulassungsfähigkeit ergibt sich auch nicht im Hinblick auf den Umstand, dass die Berichtstersterin auf die Unzulänglichkeit des Beklagtenvortrags hingewiesen hat. Soweit in der **Rspr. des BGH** die Zurückweisung eines neuen Verteidigungsmittels, das durch einen gerichtlichen Hinweis veranlasst worden ist, für unzulässig erachtet worden ist (BGH NJW-RR 2007, 1612 = NZBau 2007, 639), bezieht sich die Entscheidung auf die Verspätungsvorschrift des § 528 ZPO nach altem Recht. Sie ist **auf die Vorschrift des § 531 ZPO**, der Bestandteil eines grundlegend umgestalteten und verschärften Novenrechts ist, **nicht ohne Weiteres übertragbar**. I. Ü. war Gegenstand des Hinweises lediglich die Unzulänglichkeit des Beklagtenvortrags. Soweit eine Stellungnahmefrist eingeräumt wurde, bezog sich diese nur auf die rechtliche Würdigung und die rechtlichen Folgen des unzulänglichen Vortrags. Eine **Aufforderung zu ergänzendem Vortrag** in der Sache **enthielt der Hinweis demgegenüber nicht**.“ (OLG Hamm aaO)

ZPO  
§§ 517, 233

### Schriftsatzeingang bei Gericht Eingang auf Telefax eines anderen Gerichts

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 1461; Beschluss vom 23.05.2012 – IV ZB 2/12)

Auch bei einer **gemeinsamen Posteingangsstelle zweier Gerichte** geht ein Schriftsatz nicht in die Verfügungsgewalt des einen Gerichts ein, wenn er **auf der Telefaxnummer des anderen Gerichts eingeht**, es sei denn, dass **beide Faxgeräte als Geschäftsstelle beider angeschlossener Gerichte** gelten sollen.

„Nach **st. Rspr. des BGH** kommt es für den rechtzeitigen Eingang eines fristgebundenen Schriftsatzes darauf an, wann das zuständige Gericht die tatsächliche Verfügungsgewalt über das eingegangene Schriftstück erhalten hat (BGH BeckRS 2003, 02241 m. w. Nachw.; BGH NJW-RR 1997, 892). Ein beim Faxgerät eines anderen Gerichts eingegangener Schriftsatz ist zum Zeitpunkt des Empfangs noch nicht bei dem zuständigen Gericht angekommen (BGH BeckRS 2003, 02241). **Entscheidend ist, wann der Schriftsatz nach Weiterleitung durch das zunächst angegangene Gericht tatsächlich in die Verfügungsgewalt des zuständigen Gerichts gelangt** (vgl. BGH BeckRS 1989, 31083264). Dies gilt auch dann, wenn der Schriftsatz an das zuständige Gericht adressiert ist, aber versehentlich an ein anderes Gericht per Telefax übermittelt wird (vgl. BGH BeckRS 2003, 02241; BGH NJW 1994, 2300). Wird ein Schriftsatz bei einer gemeinsamen Einlaufstelle mehrerer Gerichte eingereicht, so ist er mit der Einreichung bei dem Gericht eingegangen, an das er adressiert ist. Nur dieses Gericht erlangt mit dem Eingang des Schriftstücks die tatsächliche Verfügungsgewalt.“

walt (BGH BeckRS 2010, 07496; BGH NJW-RR 2000, 1730; BGH NJW-RR 1997, 892; BGH NJW-RR 1996, 443; BGH NJW 1990, 990 jeweils m. w. Nachw.).

Die Berufungsschrift war zwar an das zuständige LG adressiert, gelangte aber in dessen Verfügungsgewalt noch nicht mit dem Eingang beim Telefaxgerät des AG. Insoweit beruft sich die Kl. ohne Erfolg auf die Einreichung bei einer gemeinsamen Posteingangsstelle. Auch wenn das AG und das LG eine gemeinsame Einlaufstelle für eingehende Schriftstücke, einen einheitlichen Telefon- und Telefaxanschluss und eine zentrale Rufnummer haben, verfügt das AG jedenfalls über eine **eigene Telefaxnummer**, die ihm nicht nur intern zugeordnet ist, sondern im Schriftverkehr nach außen angegeben wird. Mit der Übermittlung der Berufungsschrift an die Telefaxnummer des AG hat daher nur dieses, nicht aber das LG die Verfügungsmacht über das Schriftstück erlangt.

Eine abweichende Regelung dergestalt, dass die Telefaxnummern des AG und des LG einer gemeinsamen Telefax- und Eingangsstelle zugeordnet sind, bestand – anders als in dem der Entscheidung des BVerfG NJW-RR 2008, 446 zu Grunde liegenden Fall – nicht. Dort war in einer gemeinsamen Verfügung der Leiter der Justizbehörden vorgegeben, dass die Telefaxgeräte des LG und des OLG zu einer gemeinsamen Post- und Faxannahmestelle gehörten, die als Geschäftsstelle sämtlicher angeschlossener Gerichte und Behörden gelte. Eine solche Bestimmung hat zur Folge, dass ein per Telefax übermittelter und an das zuständige Gericht adressierter Schriftsatz auch dann in die Verfügungsgewalt dieses Gerichts gelangt ist, wenn für die Übermittlung versehentlich die Telefaxnummer einer anderen in den Behörden- und Gerichtsverbund einbezogenen Stelle gewählt worden ist. Dass eine entsprechende Verfügung für das hier zuständige LG und das AG getroffen wurde, ist weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.“ (BGH aaO)

InsO  
§ 89 I

## Vollstreckungsverbot

InsO

Gilt auch für Verfahren der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung

(BGH in ZIP 2012, 1311 = NJW-RR 2012, 1433; Beschluss vom 24.05.2012 – IX ZB 275/10)

Das **Verbot von Zwangsvollstreckungen** aus § 89 ZPO für einzelne Insolvenzgläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens **gilt auch für das Verfahren der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung**.

I. Diese Frage ist in **Rspr. und Lit. umstritten**.

1. Ein **Teil der instanzgerichtlichen Rspr.** hält die Anordnung einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung auch im eröffneten Insolvenzverfahren für zulässig.

AG Westerburg DGVZ 2006, 119; zu § 21 II Nr. 3 InsO: LG Würzburg NZI 1999, 504; AG Rostock NZI 2000, 142; AG Hainichen JurBüro 2002, 605; AG Güstrow JurBüro 2004, 213; offen gelassen von AG Hamburg NZI 2006, 646; vgl. auch App, in: FK-InsO, 6. Aufl., § 89 Rn 15

2. Nach Ansicht **anderer Instanzgerichte** und nach der im **Schrifttum** ganz überwiegend vertretenen Ansicht erstreckt sich das Vollstreckungsverbot des § 89 I InsO auch auf das Verfahren der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 807, 899 ff. ZPO.

OLG Zweibrücken NZI 2001, 423; OLG Jena NJW-RR 2002, 626 = ZInsO 2002, 134; AG Bonn BeckRS 2009, 19901; Jaeger, InsO, § 89 Rn 41; MüKo-InsO/Breuer, 2. Aufl., § 89 Rn 9 u. 12; HK-InsO, 6. Aufl., § 89 Rn 25; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 89 Rn 10; Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2011, § 89 Rn 9; Kuleisa, Hbg InsO, 3. Aufl., § 89 Rn 3; Biersch/v. Olshausen, BK-InsO, 2007, § 89 Rn 4; Hess, InsolvenzR, 2007, § 89 Rn 25; Nerlich/Römermann/Wittkowski, InsO, 2011, § 89 Rn 11; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsolvenzR, § 89 InsO Rn 21; Gottwald/Gerhardt, Insolvenzrechtshdb., 4. Aufl., § 33 Rn 4; Mohrbutter/Ringstmeier, Hdb. d. Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., § 6 Rn 375; Musielak, ZPO, 9. Aufl., § 900 Rn 7; Prütting/Gehrlein/Olzen, ZPO, 4. Aufl., § 900 Rn 60; Viertelshausen DGVZ 2001, 36; Schwörer DGVZ 2008, 17; zu § 21 II Nr. 3 InsO: LG Darmstadt NZI 2003, 609; LG Heilbronn Rpfleger 2008, 88; AG Wilhelmshaven NZI 2001, 436

II. Nach **BGH aaO** trifft die zuletzt genannte Ansicht zu.

Bereits unter der **Geltung der Konkursordnung** entsprach es der ganz herrschenden Meinung, dass der Schuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens gem. § 14 I KO nicht mehr zur Abgabe einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung verpflichtet war (KG OLGZ 23, 226; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 14 Rn 7; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 14 Rn 2; Hess, KO, 6. Aufl., § 14 Rn 6; Bley/Mohrbutter, VglO, 4. Aufl., §§ 47, 48 Rn 12; streitig für den Fall des § 106 I 3 KO: LG Hannover Rpfleger 1997, 490 m. w. Nachw.). **Unter der Geltung der Insolvenzordnung ist die Rechtsfrage ebenso zu beantworten.**

1. Nach § 89 I InsO sind während der Dauer des Insolvenzverfahrens **Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen** des Schuldners zulässig.

„Die Nennung der Insolvenzmasse und des sonstigen Vermögens des Schuldners in dieser Norm stellt klar, dass **wie im Konkursrecht nicht nur Vollstreckungen verboten sind, die sich auf Gegenstände der Insolvenzmasse beziehen, sondern auch Vollstreckungsmaßnahmen, die das übrige, nicht zur Masse gehörende Schuldnervermögen betreffen** (vgl. die Begründung zu § 100 RegE-InsO, BT-Dr 12/2443, S. 137). Sie beschränkt hingegen die unzulässigen Vollstreckungsmaßnahmen entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht auf solche, die unmittelbar in die genannten Vermögensmassen eingreifen. **Unzulässig sind vielmehr sämtliche auf die Insolvenzmasse und das übrige Vermögen des Schuldners gerichteten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.**“ (BGH aaO)

2. **Um eine solche Zwangsvollstreckungsmaßnahme handelt es sich bei der Abnahme der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung nach §§ 807, 899 ff. ZPO.**

„Sie ist, wie sich bereits aus der Stellung dieser Vorschriften im 8. Buch der ZPO ergibt, ein **Bestandteil der Zwangsvollstreckung**. Nach allgemeiner Ansicht darf sie nur angeordnet werden, wenn die rechtlichen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen (etwa Musielak, § 807 Rn 2). Anders als etwa bei der Erklärung eines Urteils als vorläufig vollstreckbar, der Erteilung einer Vollstreckungsklausel oder der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Vollstreckungstitels handelt es sich nicht um eine die Zwangsvollstreckung nur vorbereitende Maßnahme, sondern um ein **Hilfsmittel im Zuge der Zwangsvollstreckung selbst**. Häufig gehen der eidesstattlichen Versicherung **andere Vollstreckungsmaßnahmen voraus**, etwa eine durchgeführte oder wenigstens versuchte Pfändung (vgl. § 807 I Nr. 1, 3 und 4 ZPO).“ (BGH aaO)

3. Der Umstand, dass die Abnahme der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung die **Insolvenzmasse nicht beeinträchtigt** und das **Gebot der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger nicht verletzt**, rechtfertigt keine Beschränkung des in § 89 I InsO normierten Vollstreckungsverbots i. S. einer teleologischen Reduktion.

„Voraussetzung hierfür wäre, dass das nach dem Wortlaut bestehende Verbot auch solcher Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die – wie die Abnahme einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung – die Insolvenzmasse nicht unmittelbar beeinträchtigen, auf einer **planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes** beruhte. Dies **kann aber nicht festgestellt werden**. Insbesondere besteht **kein Bedürfnis, es Insolvenzgläubigern zu ermöglichen, den Schuldner während des Insolvenzverfahrens zur Abgabe einer Offenbarungsversicherung zu zwingen**. Der Zweck des vom Schuldner vorzulegenden Vermögensverzeichnisses, dem Gläubiger die Einzelzwangsvollstreckung in die angegebenen Vermögensgegenstände zu ermöglichen, ließe sich während des Insolvenzverfahrens wegen des Vollstreckungsverbots des § 89 I InsO ohnehin nicht erreichen. **Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens sind Einzelvollstreckungsmaßnahmen zwar wieder zulässig**. Eine Notwendigkeit, zur Vermeidung eines Zeitverlusts die Erzwingung einer Offenbarungsversicherung während des Insolvenzverfahrens zuzulassen, ergibt sich daraus aber nicht, zumal der Gläubiger vergleichbare Informationen regelmäßig aus der Vermögensübersicht beziehen kann, die vom Insolvenzverwalter nach § 153 I InsO anzufertigen ist und an welcher der Schuldner durch wahrheitsgemäße und erforderlichenfalls eidesstattlich zu versichernde Angaben mitzuwirken hat (§§ 97, 98, 153 II InsO).“ (BGH aaO)

StPO  
§§ 302, 140 II

### Rechtsmittelverzicht

StPO

Unwirksamkeit wegen nicht ordnungsgemäßer Verteidigung

(KG in StV 2013, 11; Beschluss vom 02.05.2012 – 4 Ws 41/12;

OLG Naumburg in StV 2013, 11; Beschluss vom 19.09.2011 – 2 Ws 245/11)

- I. Nach **KG aaO** ist der von einem Angekl. in der Hauptverhandlung abgegebene **Rechtsmittelverzicht** **unwirksam, wenn er entgegen § 140 StPO nicht ordnungsgemäß verteidigt** war.

„Zwar ist ein Rechtsmittelverzicht grds. **als Prozessklärung unwiderruflich und unanfechtbar**. Vorliegend fehlte es jedoch an der nach § 140 II StPO notwendigen **Mitwirkung eines Verteidigers**.

Im Rahmen des § 140 II StPO gibt schon die Straferwartung von mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe Anlass zur Beiordnung eines Verteidigers (vgl. Meyer-Goßner, StPO 54. Aufl., § 140 Rn 23 m. w. Nachw.); bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren ist eine solche zwingend geboten. Damit war der Bf. vor Abgabe der Prozessklärung des Rechtsmittelverzichts ohne den **vorgeschriebenen Beistand eines Verteidigers**; ihm fehlte folglich die **rechtsstaatlich unverzichtbare Rechtsberatung**. Infolge dieser gravierenden, gemessen an den Anforderungen an ein **faies Verfahren nicht hinnehmbaren Einschränkung der Verteidigungsrechte** des Beschwerdeführers muss sein Rechtsmittelverzicht als von Anfang an unwirksam gewertet werden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 2002 - 5 StR 617/01 -; OLG Hamm, Beschluss vom 26. März 2009 - 5 Ws 91/09 -; KG, Beschluss vom 18. Juli 2007 - 3 Ws 355/06 -) [alle bei juris]. Die Gegenmeinung (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 30. Januar 1996 - 1 Ws 29/96 -; Beschluss vom 17. Mai 2005 - 1 Ss 61/05 -; OLG Brandenburg Beschluss vom 7. Februar 2000 - 1 Ss 4/00 - [alle bei juris]), die im wesentlichen darauf abstellt, dass der eindeutig ausgesprochene Rechtsmittelverzicht nur in wenigen Ausnahmefällen angefochten werden kann und ein solcher nicht vorliegt, wenn der Angekl. sich der **Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung** bewusst war, kann aus vorrangigen rechtsstaatlichen Gründen nicht überzeugen. Angesichts der Bedeutung der Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers ist deshalb auch unerheblich, dass er ausweislich des Protokolls mit dem Urteil zufrieden war und erst, als der Widerruf der Strafaussetzung drohte, an eine Einlegung eines Rechtsmittels gedacht hat (vgl. BGH aaO).“ (KG aaO)

- II. Diese Auffassung wird auch von **OLG Naumburg aaO** geteilt.

„Zwar kann ein Rechtsmittelverzicht als Prozesshandlung grds. nicht widerrufen, angefochten oder sonst zurückgenommen werden. Indes ist die **Verzichtserklärung unwirksam**, wenn im Falle notwendiger Verteidigung kein Verteidiger mitgewirkt hat, weil sich der Angekl. **nicht mit einem Verteidiger beraten** konnte, der ihn vor übereilten Erklärungen hätte abhalten können (Meyer-Goßner aaO, § 302 Rn 25a m. w. Nachw. zur Rspr.). Der hiervon abweichenden Ansicht, in solchen Fällen setze die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts zusätzlich besondere Umstände voraus, aufgrund derer Bedenken bestehen, dass der Angekl. sich der Bedeutung und der Tragweite seiner Erklärung bewusst gewesen ist (OLG Hamburg NStZ 1997, 53; OLG Brandenburg StraFo 2001, 136), ist entgegenzuhalten, dass § 140 II StPO nicht nur vor, sondern auch nach der Urteilsverkündung Bedeutung hat (KG NStZ-RR 2007, 209; OLG Hamm StV 2010, 67; Meyer-Goßner aaO). Der in einer früheren Entscheidung vertretenen Ansicht des 1. Senats des OLG Naumburg (NJW 2001, 2190) folgt der Senat aus dem genannten Grund nicht.

Hier sind die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung gegeben: Gem. § 140 II StPO ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers erforderlich, wenn wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Angekl. nicht selbst verteidigen kann. Nach überwiegender Meinung gebietet die „Schwere der Tat“, die sich vor allem nach der zu erwartenden Rechtsfolgenentscheidung richtet, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers in der Regel dann, wenn eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu erwarten ist (vgl. Meyer-Goßner aaO, § 140 Rn 23, KK-Laufhütte, 6. Aufl., § 140 Rn 4; LR-Lüderssen/Jahn, § 140 Rn 57 jeweils m. Nachw. zur Rspr.).

In der Gesamtschau ergibt sich, dass die Beiordnung eines Verteidigers bereits im Verfahren vor dem Amtsgericht erforderlich war. Da keine Beiordnung erfolgte, ist der Rechtsmittelverzicht des Angekl. **unwirksam**.“ (OLG Naumburg aaO)

StPO  
§ 81b 2. Alt.

### Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

StPO

Präventiv polizeiliche Maßnahmen des Erkennungsdienstes

(OLG Celle in ZAP 2013, 15; Beschluss vom 16.04.2012 – 2 VAs 2/12)

**Wehrt sich ein Betroffener gegen** die auf Grundlage des § 81b 2. Alt. StPO getroffene Anordnung seiner **erkenntnisdienstlichen Behandlung**, ist hierfür der **Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO eröffnet**.

- I. Nach **§ 23 EGGVG** entscheiden die ordentlichen Gerichte über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstiger Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten in bestimmten Rechtsgebieten, darunter dem Gebiet der Strafrechtspflege getroffen werden. Die Vorschrift erfasst jedoch nur Rechtsstreitigkeiten über Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen, die zur Verfolgung einer strafbaren Handlung getroffen worden sind (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2011, 710).

„Aus dem **Regelungsbereich des § 81b StPO** gehören hierzu lediglich die nach der 1. Alt. dieser Vorschrift anzuordnenden Maßnahmen, die der Durchführung des Strafverfahrens gegen einen Besch. dienen. Die angegriffene Anordnung ist jedoch **weder in dem gegen den Ast. geführten Ermittlungsverfahren noch zur Durchführung des Ermittlungsverfahrens gegen ihn getroffen worden**, sondern als Vorsorge für die Durchführung künftiger Strafverfahren. Anordnungen nach § 81b 2. Alt. StPO erfolgen außerhalb eines konkreten Strafverfahrens, es liegt hierbei keine Maßnahme auf dem Gebiet des Strafprozesses vor, so dass der Regelungsbereich nach § 23 EGGVG nicht eröffnet ist (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2011, 710).“ (OLG Celle aaO)

- II. Ein Antrag, mit dem die Aufhebung der Entscheidung über die Anfertigung von Unterlagen für Zwecke des Erkennungsdienstes (§ 81b 2. Alt. StPO) begehrt wird, ist eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art**, für die mangels einer anderweitigen bundesgesetzlichen Regelung der **Verwaltungsrechtsweg eröffnet** ist (§ 40 I 1 VwGO).

„Nach **st. Rspr. des BVerwG** dienen die Anfertigung, Aufbewahrung und systematische Zusammenstellung erkennungsdienstlicher Unterlagen in kriminalpolizeilichen Sammlungen nach ihrer **gesetzlichen Zweckbestimmung der vorsorgenden Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln** für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben, die der Kriminalpolizei hinsichtlich der Erforschung und Aufklärung von Straftaten durch § 163 StPO zugewiesen sind (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2011, 710; BVerwGE 66, 192; BVerwGE 66, 202; so auch Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 81b Rn 3; Senge, KK-StPO, 6. Aufl., § 81b Rn 1). Wehrt sich ein Betr. gegen die auf Grundlage von § 81b 2. Alt. StPO getroffene Anordnung zu seiner erkennungsdienstlichen Behandlung, ist hierfür der **Verwaltungsrechtsweg gegeben** (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2011, 710; BVerwGE 66, 192; BGHSt 28, 206 = NJW 1979, 882; OVG Schleswig VwZ-RR 2007, 817; Meyer-Goßner, § 81b Rn 22 m. w. Nachw.).“ (OLG Celle aaO)

VwGO  
§ 40 I 1

### Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs Informationszugangsanspruch

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2012, 1563; Beschluss vom 20.09.2012 – 7 B 5/12)

Für einen **Anspruch gegen die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) auf Informationszugang** nach § 1 I IFG ist der **Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet**.

- I. Bei dem Rechtsstreit um diesen Anspruch handelt es sich um eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** i. S. von § 40 I 1 VwGO.

„Denn die **streitentscheidende Norm des § 1 I 1 IFG verpflichtet nur Behörden des Bundes als Träger hoheitlicher Gewalt**; sie ist folglich **dem öffentlichen Recht zuzuordnen** (vgl. nur Schoch, IFG, 2009, § 9 Rn 68, 71).

Für die Entscheidung über diesen Anspruch sind demnach gemäß der genannten Vorschrift die Verwaltungsgerichte zuständig; denn es fehlt an einer ausdrücklichen Zuweisung an ein anderes Gericht nach § 40 I 1 Halbs. 2 VwGO.“ (BVerwG aaO)

- II. Die **Sonderzuweisung nach § 48 I und IV WpÜG** erfasst diesen **Anspruch nicht**.

1. Nach § 48 I WpÜG ist gegen Verfügungen der Bekl. die Beschwerde statthaft; nach § 48 IV WpÜG **entscheidet über die Beschwerde ausschließlich** das für den Sitz der BaFin in Frankfurt a. M. **zuständige OLG**.

Entgegen dem weiten Wortlaut des § 48 I und IV WpÜG **erstreckt sich die Sonderzuweisung nicht umfassend auf alle Verfügungen der BaFin**.

„Vielmehr bezieht sich § 48 I und IV WpÜG nur auf solche Verfügungen der Bekl., die in dem von § 1 WpÜG umschriebenen Anwendungsbereich des Gesetzes, d. h. in Bezug auf Angebote zum Erwerb von Wertpapieren, erlassen worden sind. In erster Linie sind das – wie in § 46 S. 1 WpÜG ausdrücklich verdeutlichend formuliert – Verfügungen, die „nach diesem Gesetz“ ergangen sind (vgl. MüKo-AktG/Wackerbarth/Kresse, 3. Aufl., 2011, § 48 WpÜG Rn 4; Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Komm., 4. Aufl., 2010, § 48 WpÜG Rn 3). Dazu kommen hieran anknüpfende – akzessorische – Verfügungen, etwa in der Verwaltungsvollstreckung, sowie ggf. sonstige Hilfs- und Nebenansprüche (vgl. etwa zum Rechtsweg für Auskunftsverlangen beim Amtshaftungsanspruch BGHZ 67, 81 = NJW 1976, 1941, und BGHZ 78, 274 = NJW 1981, 675). Hiernach werden **Ansprüche nach dem Informationsfreiheitsgesetz von § 48 I und IV WpÜG nicht erfasst**. Denn sie sind insbes. **nicht als bloße Nebenansprüche zu sonstigen Ansprüchen zu verstehen**, die sich aus dem WpÜG ergeben. Vielmehr gewährt das Informationsfreiheitsgesetz einen **eigenständigen materiellrechtlichen Anspruch auf Informationszugang**, der sich insbes. **vom Akteneinsichtsrecht im Verwaltungsverfahren grundlegend unterscheidet** (BVerwGE 141, 122 = NVwZ 2012, 256; vgl. auch BSG BeckRS 2012, 69378). Der Gedanke der **prozessualen Zweckmäßigkeit** und des **Sachzusammenhangs**, der der vorgenannten Rspr. des BGH zu Grunde liegt, kann deswegen das Fehlen einer ausdrücklichen bundesgesetzlichen Sonderzuweisung nicht ersetzen (s. auch OVG Münster NWVBl 2003, 23).“ (BVerwG aaO)

2. Eine Erstreckung der Rechtswegzuweisung nach § 48 I und IV WpÜG auf Ansprüche nach § 1 IFG kommt auch nicht dann in Betracht, wenn der Kl. zugleich (s. § 1 III IFG) ein **Akteneinsichtsbegehren nach § 29 VwVfG** geltend macht.

„Es spricht zwar viel dafür, dass über dieses dem Verfahren nach dem WpÜG akzessorische Begehren nach § 48 I und IV WpÜG vom OLG zu entscheiden ist. Hieraus folgt aber nichts für den Rechtsweg hinsichtlich des Informationsanspruchs nach § 1 IFG. Das gilt auch dann, wenn beide Ansprüche demselben Streitgegenstand zuzuordnen sind. Nach dem sog. **zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff** wird der Streitgegenstand im Allgemeinen als der prozessuale Anspruch durch die erstrebte, im Klageantrag umschriebene Rechtsfolge und den Klagegrund, d. h. den Sachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll, gekennzeichnet (st. Rspr., s. etwa BVerwGE 140, 290; BVerwGE 96, 24 = NVwZ

1994, 1115). Hiervon ausgehend dürfte eine **Identität des Streitgegenstandes** jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn der Informationszugangsanspruch nach § 1 II 1 Alt. 2 IFG auf die Gewährung von Akteneinsicht gerichtet ist. Allerdings ist zu erwägen, ob bei einem Verpflichtungsbegehren der Streitgegenstand nicht allein durch die begehrte Rechtsfolge und den Klagegrund bestimmt, sondern **durch die gesetzliche Anspruchsgrundlage präzisiert und umgrenzt** wird (s. hierzu Eyermann, VwGO, 13. Aufl., 2010, § 121 Rn 28 m. Nachw.; vgl. auch BVerwGE 139, 184 = NVwZ 2011, 1520, m. Anm. Kumpf). Dies bedarf hier jedoch keiner Vertiefung. Denn auch die **Identität des Streitgegenstandes verändert nicht die Rechtswegzuweisung als solche**. Eine **einheitliche Entscheidung über den gesamten Streitgegenstand** wird vielmehr dadurch gewährleistet, dass das Gericht, bei dem ein Verfahren zuerst rechtshängig geworden ist (§ 17 I 2 GVG, § 261 III ZPO) nach § 17 II 1 GVG rechtswegüberschreitend über sämtliche Anspruchsgrundlagen entscheiden kann (vgl. Eyermann/Rennert, § 41/§§ 17–17b GVG Rn 18 m. w. Nachw.).“ (BVerwG aaO)

VwGO  
§ 58

**Rechtsbehelfsbelehrung**  
Fehlender Hinweis auf elektronischen Rechtsverkehr  
(OVG Bremen in NVwZ-RR 2012, 950; Urteil vom 08.08.2012 – 2 A 53/12)

VwGO

Eine **Rechtsbehelfsbelehrung, die nicht auf** die Möglichkeit hinweist, dass der **Rechtsbehelf auch mittels elektronischen Dokuments eingelegt** werden kann, ist **weder unrichtig noch irreführend**.

- I. In der **Rspr. des BVerwG** ist geklärt, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung nicht nur dann unrichtig i. S. von § 58 II VwGO ist, wenn sie die in § 58 I VwGO **zwingend geforderten Angaben nicht enthält**. Sie ist es vielmehr auch dann, wenn sie **geeignet ist, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des** in Betracht kommenden **Rechtsbehelfs hervorzurufen** und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen (vgl. nur: BVerwG BeckRS 2002, 21962 m. w. Nachw.).

§ 58 I VwGO schließt es nicht aus, in die Belehrung auch Hinweise aufzunehmen, die nicht zwingend erforderlich sind, um die gesetzlichen Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelfristen in Lauf zu setzen.

Der Hinweis in der Belehrung, die Klage könne schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des VG erhoben werden, gehört ebenso wenig zu dem zwingenden Inhalt einer Rechtsmittelbelehrung wie der Hinweis, dass die Klage mittels elektronischen Dokuments erhoben werden kann. § 58 I VwGO verlangt nur eine schriftliche Belehrung „über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist“. Angaben über die jeweils zu wahrende Form des Rechtsbehelfs fordert das Gesetz nicht (vgl. BVerwG NJW 1991, 508 = NVwZ 1991, 261; BVerwGE 50, 248 = NJW 1976, 1332).

Enthält die Belehrung allerdings nicht zwingende Hinweise, dann entsprechen solche Zusätze nur dann den Anforderungen des § 58 I VwGO, wenn sie **keinen unzutreffenden oder irreführenden Inhalt** haben, der generell geeignet ist, den **Betroffenen davon abzuhalten, das Rechtsmittel überhaupt, rechtzeitig oder in der rechten Weise einzulegen** (vgl. BVerwG BeckRS 2000, 30095674; BVerwG BeckRS 1989, 31283791; BVerwG NJW 1981, 300 = DÖV 1981, 635; BVerwG BeckRS 1992, 31262428).

Es kommt auch nicht darauf an, ob der zu beanstandende Zusatz der Belehrung im konkreten Fall tatsächlich einen Irrtum hervorgerufen und dazu geführt hat, dass das Rechtsmittel nicht oder nicht rechtzeitig eingelegt worden ist. Es genügt, dass der irreführende Zusatz objektiv geeignet ist, die Rechtsmitteleinlegung zu erschweren.

„Das dient der Rechtsmittelklarheit. Indem § 58 VwGO seine Rechtsfolgen allein an die objektiv feststellbare Tatsache des Fehlens oder der Unrichtigkeit der Belehrung knüpft, gibt die Vorschrift sämtlichen Verfahrensbeteiligten gleiche und zudem sichere Kriterien für das Bestimmen der formellen Rechtskraft an die Hand (vgl. BVerwGE 134, 41 = NJW 2009, 2322; BVerwGE 81, 81 [84] = NVwZ 1989, 1057).“ (OVG Bremen aaO)

- II. In der Rspr. ist **umstritten, ob der Zusatz** in einer Rechtsbehelfsbelehrung, der Rechtsbehelf könne schriftlich oder zur Niederschrift erhoben werden, **ohne den Hinweis auch auf die Möglichkeit, die Klage mittels elektronischen Dokuments zu erheben, geeignet ist, die Rechtsmitteleinlegung zu erschweren**.

1. Nach **einer Auffassung** ist das Fehlen des Hinweises generell geeignet, bei dem Adressaten einen Irrtum über die verschiedenen Möglichkeiten, den Formerfordernissen zu genügen, hervorzurufen.

Die Annahme der Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung wird damit begründet, der Hinweis auf die Klageerhebung schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten sei nach dem objektiven Empfängerhorizont geeignet, den Eindruck zu erwecken, dass die Klage trotz bestehender Möglichkeit nicht in elektronischer Form erhoben werden könne. Die Verweisung auf das Erfordernis, den Rechtsbehelf schriftlich einzureichen, erschwere dem Betroffenen die Rechtsverfolgung in einer vom Gesetz nicht gewollten Weise. Es sei durchaus denkbar, dass die **Einlegung des Rechtsbehelfs in elektronischer Form** – für den Bet. persönlich ebenso wie für dessen Bevollmächtigten – eine **erhebliche Vereinfachung gegenüber der Einreichung eines Schriftstücks durch Einwurf in den Gerichtsbriefkasten, per Post bzw. Boten oder Fax** darstelle.

OVG Koblenz NVwZ-RR 2012, 457; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2010, 48910; OVG Magdeburg BeckRS 2011, 46302; VG Magdeburg BeckRS 2012, 51383; VG Neustadt a. d. W. NJW 2011, 1530; VG Trier BeckRS 2009, 40016; für die Sozialgerichtsbarkeit: LSG Hessen BeckRS 2012, 69550; LSG Berlin-Brandenburg BeckRS 2011, 79191

Auch wird darauf hingewiesen, dass die **elektronische Kommunikation längst aus dem Status der „Exotik“ herausgewachsen** sei und nach dem Willen des Gesetzgebers einen den seit jeher bekannten Formen der Rechtsbehelfseinlegung gleichgestellten Weg darstelle. Eine entsprechende Erweiterung der Rechtsbehelfsbelehrung um diesen zusätzlichen dritten Weg stelle auch **keine Überforderung des betr. Bürgers** dar. Ihm blieben bei einer derartigen Fassung der Rechtsbehelfsbelehrung daneben die seit alters her bekannten Wege offen, den Rechtsbehelf einzulegen. Zudem richte sich die Rechtsbehelfsbelehrung an alle Verfahrensbeteiligten und es dürfe nicht nur auf diejenigen Verfahrensbeteiligten abgestellt werden, die von der elektronischen Kommunikationsmöglichkeit am wenigsten Gebrauch machen dürften.

OVG Koblenz NVwZ-RR 2012, 457; auch: VG Trier BeckRS 2009, 40016; LSG Hessen BeckRS 2012, 69550

2. Nach der **Gegenauffassung** muss dagegen nicht auf die Möglichkeit der Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage mittels elektronischer Datenübermittlung hingewiesen werden, weil diese Form bisher wenig verbreitet sei und besonderen Voraussetzungen und Umständen unterliege.

Die **elektronische Klageerhebung** unterscheide sich von herkömmlichen Formen der Klageerhebung durch **Zugangsvoraussetzungen, die gerade nicht Jedermann offen stünden**. Die dadurch eröffnete beschleunigte Übermittlung einer fristgebundenen Eingabe bei Gericht stehe nur einem Anwenderkreis offen, der in das Verfahren eingebunden sei und typischerweise nicht einem Irrtum über die Möglichkeit der elektronischen Klageerhebung unterliegen könne. Der Zweck der Rechtsbehelfsbelehrung, dem Bet. den richtigen und regelmäßigen Weg der Klageerhebung zu zeigen, dürfe nicht dadurch verwässert werden, dass die Rechtsbehelfsbelehrung auch alle anderen Möglichkeiten, die das Gesetz zur Fristwahrung genügen lasse, aufzählen müsse. Diese werde dadurch nicht übersichtlicher, sondern länger und verwirrend, sodass auf die Möglichkeit der Klageerhebung in elektronischer Form nicht gesondert hingewiesen werden müsse.

vgl. VG Neustadt a. d. W. LKRZ 2012, 18; VG Berlin BeckRS 2011, 48370; BFH in: BeckRS 2010, 25016060 - der auf den Wortlaut des § 357 I AO 1977 hinweist, nach dem der Einspruch schriftlich einzureichen oder zur Niederschrift zu erklären ist; ähnlich für die Sozialgerichtsbarkeit: LSG Hessen BeckRS 2011, 74610; SG Marburg BeckRS 2012, 72125

3. **OVG Bremen aaO schließt sich der letztgenannten Auffassung an.**

- a) Keine Bedeutung misst OVG Bremen aaO dabei dem Umstand bei, dass der **Gesetzgeber** in § 70 I 1 VwGO und in § 81 I VwGO die **elektronische Kommunikation** als mögliche zulässige Form **nicht erwähnt** hat (vgl. dazu: VG Neustadt a. d. W. LKRZ 2012, 18).

*„Denn die **Möglichkeit der elektronischen Kommunikation** hat der Gesetzgeber **eigenständig in § 55a VwGO, § 3a VwVfG geregelt**, so dass nicht allein die §§ 70 I, 81 I VwGO in den Blick zu nehmen sind (vgl. OVG Koblenz NVwZ-RR 2012, 457; LSG Hessen BeckRS 2012, 69550). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob die elektronische Form als ein Unterfall der Schriftform angesehen werden kann oder vielmehr eine Alternative zur Schriftform ist, denn es kommt auf die Sicht des Empfängers an, für den die Erstellung eines elektronischen Dokuments durchaus einen Unterschied zur Erstellung eines schriftlichen Dokumentes darstellen kann (vgl. LSG Hessen BeckRS 2011, 74610).“* (OVG Bremen aaO)

- b) Ausgehend von der Überlegung, dass die Rechtsbehelfsbelehrung zur **Gewährleistung eines möglichst effektiven Rechtsschutzes** die Betroffenen davor schützen soll, eines Rechtsbehelfs verlustig zu gehen, ist für OVG Bremen aaO maßgebend, dass sich die Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs durch besondere Zugangsvoraussetzungen auszeichnet, die sich von den Jedermann leicht zugänglichen Möglichkeiten der schriftlichen Klageerhebung oder der Klageerhebung zur Niederschrift gravierend unterscheiden.

*„Die Wirksamkeit eines elektronisch übermittelten Dokuments setzt voraus, dass das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, wofür in der Regel eine Signaturkarte eines Zertifizierungsdiensteanbieters und ein Chipkarten-Lesegerät benötigt werden, oder ein anderes sicheres Verfahren genutzt wird, das die Authentizität und die Integrität des übermittelten elektronischen Dokuments sicherstellt (§ 55a I 3 und 4 VwGO). Darüber hinaus sind **nicht ganz unbedeutende technische Voraussetzungen erforderlich**. Die umfangreichen Anleitungen und Hinweise auf der Internetseite zum elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach (e.de) belegen, dass die Erhebung einer Klage mittels elektronischen Dokuments nicht ohne einen gewissen Aufwand an Vorbereitung einfach und schnell durchführbar ist. Allein die auf der Internet-Seite e.x.de abrufbare Anwenderdokumentation, die den Nutzer in die Lage versetzen soll, mit den unterschiedlichen Funktionen des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfachs sinnvoll umzugehen, umfasst 99 Seiten.*

*Der **elektronische Rechtsverkehr ist kein leicht zugänglicher und unkomplizierter Weg zur Klageerhebung**. Er bedeutet für diejenigen, der sich mit der Anwendung des Verfahrens nicht vertraut gemacht hat, keine erhebliche Vereinfachung gegenüber der Einreichung eines Schriftstücks durch Einwurf in den Gerichtsbriefkasten, per Post oder Fax oder der Erhebung der Klage zur Niederschrift. Insbesondere auch im Verhältnis zur Klageerhebung per Fax, auf die nicht gesondert hingewiesen werden muss, stellt er keine Vereinfachung des Rechtsschutzgangs dar. Wegen der besonderen Bedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs ist das Fehlen eines Hinweises auf ihn generell nicht geeignet, die Einlegung des Rechtsmittels zu beeinträchtigen. Ohne weitere Hinweise auf Einzelheiten, insbesondere das Erfordernis einer elektronischen Signatur, kann ein entsprechender Hinweis den Rechtsschutzsuchenden womöglich sogar davon abhalten, rechtzeitig schriftlich oder zur Niederschrift Klage einzureichen.*

*Soweit Verfahrensbet. von dem elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach zur Vereinfachung von Verfahrensabläufen Gebrauch machen, geht die zitierte Rspr. zu Recht davon aus, dass sie derart in das Verfahren eingebunden und mit diesem vertraut sind, dass sie typischerweise nicht einem Irrtum über die Möglichkeit der elektronischen Klageerhebung unterliegen. Bei diesen Anwendern, die bewusst die technischen Voraussetzungen für die Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs bei sich geschaffen haben, kann vorausgesetzt werden, dass ihnen bekannt ist, dass die in §§ 70 I 1, 81 I VwGO vorgesehene Form der schriftlichen Klageerhebung oder der Klageerhebung zur Niederschrift durch die Übermittlung eines elektronischen Dokuments ersetzt werden kann.“* (OVG Bremen aaO)

VwGO  
§ 124 II Nr. 1

**Berufung**  
Zulassung bei offensichtlicher Unrichtigkeit  
(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 948; Beschluss vom 13.09.2012 – 9 S 2153/11)

VwGO

Ist eine **Entscheidung offensichtlich unrichtig**, kann die **Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit** nach § 124 II Nr. 1 VwGO **auch dann zugelassen werden, wenn der Rechtsmittelführer die Gründe hierfür nicht dargelegt hat**.

*„Der Zulassung der Berufung steht das **Darlegungsgebot des § 124a IV 4 und V 2 VwGO** nicht entgegen. Dieses beschränkt das OVG zwar grds. auf die Prüfung, ob die in Anspruch genommenen Zulassungsgründe aus den dargelegten Umständen vorliegen.*

Eine **Ausnahme** gilt jedoch dann, wenn die **angefochtene Entscheidung** zwar nicht aus dem vom Rechtsmittelführer angeführten Grund, wohl aber aus einem anderen Grunde **unrichtig** ist, sofern diese **Unrichtigkeit offensichtlich** ist.

**Zweck des Zulassungsgrundes** aus § 124 II Nr. 1 VwGO ist es, die **Überprüfung und mögliche Korrektur zweifelhafter Entscheidungen der ersten Instanz im Rechtsmittelwege zu ermöglichen**. Das gebietet, den **Zugang zur Rechtsmittelinstanz umso eher zu eröffnen, je gewichtiger die Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung wiegen**, vollends wenn deren Unrichtigkeit schon im Zulassungsverfahren offensichtlich ist. In solchen Fällen kann auch das Darlegungsgebot nicht entgegenstehen. Dessen **Sinn und Zweck** besteht darin, das **Zulassungsverfahren zu vereinfachen**, indem es das Prüfungsprogramm des OVG darauf beschränkt, zu klären, ob die dargelegten Gründe eine Zulassung des Rechtsmittels tragen. Dieser Zweck wird indes nicht berührt, wenn die Zulassung aus Gründen, die offensichtlich sind, auch ohne deren Darlegung erfolgen kann. Denn das **Offensichtliche liegt klar zutage und bedarf daher keiner aufwendigen Feststellung**. Das **Zulassungsverfahren wird daher nicht verzögert und erschwert**, sondern umgekehrt gerade vereinfacht (vgl. bereits den zu § 146 IV VwGO a. F.: VGH Mannheim NVwZ-RR 2002, 75 = VBIBW 2002, 163 m. w. Nachw.; ebenso: OVG Bautzen BeckRS 2008, 34689; Wysk [Hrsg.], VwGO, 2011, § 124a Rn 44; Eyermann/Happ [Hrsg.], VwGO, 13. Aufl., 2010, § 124a Rn 83; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., 2011, § 124a Rn 50).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO  
§ 161 II

### Erledigungserklärung Unzulässigkeit im Prozesskostenhilfverfahren

VwGO

(VGH München in BayVBl 2013, 27; Beschluss vom 25.06.2012 – 8 C 12.654)

Die (**übereinstimmende**) **Erledigungserklärung** nach § 161 II VwGO ist in **Prozesskostenhilfverfahren** (§ 166 VwGO i. V. mit §§ 114 ff. ZPO) **ausgeschlossen**. Sie kann aber in der Regel in eine **Rücknahme entsprechend § 92 VwGO umgedeutet** werden.

„Denn bei **Prozesskostenhilfeangelegenheiten** handelt es sich **nicht um ein kontradiktorisches Verfahren**, wie es § 161 II VwGO („Rechtsstreit“) verlangt, sondern um ein nicht Streitiges, seinem Charakter nach der staatlichen Daseinsfürsorge zuzurechnendes Antragsverfahren, in dem sich als Beteiligte nur der Ast. und das Gericht als Bewilligungsstelle gegenüberstehen. Für die Beschwerde gegen ein die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (teilweise) ablehnendes Verfahren gilt insoweit nichts anderes. Eine **Erledigungserklärung** mit dem Ziel, der Gegenseite die Kosten auferlegen zu lassen, ist in **Prozesskostenhilfverfahren daher ausgeschlossen** (vgl. BGH FamRZ 2009, 1663; OLG Hamm FamRZ 2006, 1855; Thüringer LAG vom 09.09.2011 - Az. 6 Ta 155/11 <juris> jeweils zu § 91a ZPO; Thomas/Putzo, ZPO, 33. Aufl. 2012, § 91a Rn 7; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 70. Aufl. 2012, § 91a Rn 14; Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2012, § 91a Rn 58 Stichwort „Prozesskostenhilfverfahren“ jeweils m. w. Nachw.).

Die Erledigungserklärung der Ast. kann aber **in eine Rücknahme der Beschwerde umgedeutet** werden. Auch im Verfahrensrecht gilt in entsprechender Anwendung des § 140 BGB der Grundsatz, dass eine fehlerhafte Prozesshandlung in eine zulässige und wirksame Prozessklärung umzudeuten ist, wenn deren Voraussetzungen eingehalten sind, die Umdeutung dem **mutmaßlichen Parteiwillen** entspricht und **kein schutzwürdiges Interesse entgegensteht** (vgl. BGH NJW 2001, 1217 u. NJW 2011, 1292).“ (VGH München aaO)

VwVfG NRW  
§ 45 II

### Rechtswidrig unterbliebene Anhörung Zulässigkeit der Heilung / Nachholung im erstinstanzlichen Klageverfahren (OVG Münster in NWVBl 2013, 37; Beschluss vom 01.06.2012 – 15 A 48/12)

VwVfG

I. Eine **rechtswidrig unterbliebene Anhörung** kann im Verlauf eines erstinstanzlichen Klageverfahrens **nachgeholt und geheilt** werden. Dabei kann die Heilung **auch in dem Austausch von Sachäußerungen im Klageverfahren** erfolgen.

„Der **Wortlaut** in § 45 II VwVfG NRW, wonach u. a. eine unterbliebene Anhörung bis zum Abschluss der ersten Instanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann, lässt sowohl eine Heilung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens als auch eine solche im Gerichtsverfahren zu. **Entscheidend** ist, dass die **nachgeholte Anhörung** die ihr zukommende **Funktion im Rahmen des behördlichen Entscheidungsprozesses erfüllen** kann. Hierzu ist es nicht notwendig, dass der Betroffene während eines anhängigen Gerichtsverfahrens die Möglichkeit zur Stellungnahme auf der Ebene eines parallel geführten Verwaltungsverfahrens erhält. Die Heilung kann vielmehr auch in einem Austausch von Sachäußerungen in einem gerichtlichen Verfahren bestehen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Behörde den Vortrag des Betroffenen zum Anlass nimmt, ihre Entscheidung noch einmal auf den Prüfstand zu stellen und zu erwägen, ob sie unter Berücksichtigung der nunmehr vorgebrachten Tatsachen und rechtlichen Erwägungen an ihrer Entscheidung mit diesem konkreten Inhalt festhalten will und das Ergebnis der Überprüfung mitteilt (vgl. Hessischer VGH NVwZ-RR 1989, 113; Bay. VGH, Beschluss vom 26.01. 2009 - 3 CS 09.46 -, juris; OVG S.-A., Beschluss vom 03.05.2005 - 4 M 37/05 -, juris; a. A.: Kopp/Schenke, VwVfG, § 45 Rn 27 und 42; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 45 Rn 86 ff.; Knack/Henneke, VwVfG, § 45 Rn 29 f.“ (OVG Münster aaO)

II. Die vom **BVerwG** demgegenüber in den **80-er Jahren** vertretene **gegenteilige Auffassung**, ein Anhörungsmangel könne nur außerhalb des gerichtlichen Verfahrens in einem Verwaltungsverfahren behoben werden (vgl. BVerwG NVwZ 1984, 577) **betrifft die Altfassung der Bestimmung des § 45 II VwVfG** des Bundes und die dieser Regelung angepassten Landesgesetze, wonach eine unterbliebene Anhörung nur bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage nachholbar war. Sie steht daher nicht im Widerspruch zu einer Heilungsmöglichkeit im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren nach § 45 II VwVfG. NRW. n. F.

„Bei der **Festlegung der zeitlichen Grenze für die Heilung** hat sich der Gesetzgeber maßgeblich davon leiten lassen, dass bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Klageverfahrens eine **unbefangene Überprüfung des nachträglichen Vorbringens** des Betroffenen grds. noch gewährleistet ist. Dass den Belangen des Betroffenen nur auf der Ebene des Verwaltungsverfahrens in ausreichendem Maß Rechnung getragen werden kann, ist nicht ersichtlich. § 28 I VwVfG. NRW. schreibt keine Form der Anhörung und auch kein irgendwie geartetes Verfahren vor. Wenn die Anhörung daher sowohl schriftlich als auch mündlich oder unter Umständen fernmündlich erfolgen kann, ist kein Grund gegeben, warum der Austausch von Sachvorbringen in einem Gerichtsverfahren, sofern er den dargestellten Voraussetzungen genügt, nicht zur Heilung eines Anhörungsmangels nach § 45 I Nr. 3 i. V. m. II VwVfG. NRW. genügen soll.“ (OVG Münster aaO)

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Lüneborg:** Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nur bei „grenzüberschreitender“ Immission? (NJW 2012, 3745)  
Die **zunehmende Ausdehnung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs** analog § 906 II 2 BGB durch die Rspr. ist namentlich in Fällen sog. „faktischen Duldungszwangs“ **mit dem zivilrechtlichen Verschuldensgrundsatz und dem gefährdungsrechtlichen Enumerationsprinzip nur schwer zu vereinbaren**; den Versuchen der Rspr., der Analogiebildung wieder „Herr zu werden“, fehlt es jedoch an der erforderlichen Stringenz; insbes. die **aktuelle Linie der Rspr.**, wonach eine **fehlende Grenzüberschreitung der Immission dem Analogieschluss** zu § 906 II 2 BGB **per se entgegen steht**, ist in sich nicht schlüssig: Folgt man nämlich den vom BGH entwickelten Prämissen und wendet sie konsequent an, muss der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch auch das Schadensverhältnis mehrerer Sondereigentümer bzw. Mieter auf demselben Grundstück erfassen; die nötige strukturelle Vergleichbarkeit zum Grundfall des § 906 BGB ist lediglich dann nicht gegeben, wenn die konkrete Schadensursache im Gemeinschaftseigentum begründet liegt.
2. **Baumert:** Reformierte Berufungszurückweisung durch Beschluss – Tendenzen aus der Praxis im Lichte eines revisiblen Anspruchs auf mündliche Verhandlung nach EMRK und GG (MDR 2013, 7)
3. **Neugebauer:** Reform der Sachaufklärung – Die Auskunftspflicht des Schuldners über sein Vermögen (MDR 2012, 1441)
4. **Pape:** Die Entwicklung des Verbraucherinsolvenzverfahrens in den Jahren 2011/2012 (NJW 2012, 3698)

### II. Strafrecht

1. **Magnus:** Sterbehilfe und Demenz (NSTZ 2012, 1)  
**Problemstellung:** Je mehr die Demenz-Erkrankung voranschreitet, umso mehr nimmt die Fähigkeit des Demenzen ab, Entscheidungen zu fällen; der Wunsch nach Sterbehilfe ist daher schon ab einem frühen Zeitpunkt der Demenzerkrankung nicht mehr zu beachten, weil dem Dementen die rechtliche Fähigkeit fehlt, eine Entscheidung mit irreversiblen Folgen zu fällen; auch bei zeitweiliger Bewusstseinsklarheit in einem sog. „lichten Moment“ kann der Demenzkranke sein Sterben nicht mehr rechtlich wirksam fordern; den Zeitpunkt der Entscheidungsunfähigkeit zu bestimmen, ist allein eine ärztliche und nicht eine juristische Aufgabe. - Sterbehilfe gegenüber einem Demenzkranken ist zulässig, wenn sie seinem **mutmaßlichen Willen entspricht**; für den mutmaßlichen Willen ist in erster Linie das **frühere Persönlichkeitsbild** des Dementen entscheidend, doch sind auch aktuelle Willensäußerungen beim mutmaßlichen Willen mit zu berücksichtigen. - Sterbehilfe ist ebenfalls zulässig, wenn der Demente noch im **entscheidungsfähigen Zustand** in einer **Patientenverfügung** den Behandlungsabbruch gefordert hat und nun die antizipierte Situation eingetreten ist. - In beiden Fällen machen sich weder Arzt noch Betreuer strafbar, wenn sie die Fortsetzung lebenserhaltender Maßnahmen abbrechen. - **Voraussetzung** für den Behandlungsabbruch ist neben dem Patientenwillen eine **lebensbedrohliche Krankheit**, die unbehandelt zum Tode führt; da **Demenz für sich keine unmittelbar tödliche Krankheit** ist, sind Behandlungsabbrüche gegenüber solchen Patienten strafbar, die nur auf die Basisversorgung angewiesen sind. - Führt der Behandlungsabbruch zum Tod, so sind Ärzte, Betreuer und Dritte ebenso wegen eines Tötungsdeliktes strafbar, wenn der entscheidungsunfähige Demente seinen Tod fordert, obwohl er in einer Patientenverfügung eine Weiterbehandlung verfügt hatte. - Anders gelagert sind die Fälle, in denen der Demente einen **kontinuierlichen Lebenswillen** zeigt, in seiner Patientenverfügung aber seinen Tod verfügt hatte; hier stellt sich die Streitfrage, ob ein Dementer wirksam seine Patientenverfügung außer Kraft setzen kann; nach Auffassung des Autors reicht es nicht aus, wenn der Betreuer den natürlichen Lebenswillen nur bei der Prüfung berücksichtigt, ob Patientenverfügung und **aktuelle Lebens- und Behandlungssituation** übereinstimmen; ein **Widerruf** ist zu bejahen, um einem möglichen Missbrauch bei der Auslegung der Patientenverfügung zu vermeiden, der bei einer faktischen Bindung an die Verfügung droht. - Ärzte, Betreuer und Dritte machen sich daher nach §§ 211, 212 StGB oder § 222 StGB strafbar, wenn sie den Lebenswunsch des Dementen missachten und entsprechend der früheren Patientenverfügung die lebenserhaltende Behandlung abbrechen. - Formen der **gezielten Lebensverkürzung** bei Sterbeverlangen und ohne Behandlungszusammenhang sind dagegen nach wie vor **als aktive Sterbehilfe gem. § 216 StGB strafbar**. - Indirekte Sterbehilfe ist bei Dementen zulässig, wenn sie dem (mutmaßlichen) Patientenwillen entspricht, etwa um unerträgliche Schmerzen zu lindern.
2. **Jannusch:** Aktuelle höchstrichterliche Rspr. zu betrugsrechtlichen Regelbeispielen (NSTZ 2012, 679)

3. **Rittig:** Welchen räumlichen Bereich umfasst der Unfallort bei § 142 StGB? (NZV 2012, 561)

Der Straftatbestand des unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 StGB beinhaltet unter anderem das Merkmal „Unfallort“ als den Ort, von dem sich der Flüchtige zur Tatbestandserfüllung entfernt haben muss. - Für die Frage der Strafbarkeit kommt es entscheidend darauf an, **welcher räumliche Bereich noch zum Unfallort zu zählen ist und welcher nicht mehr**. - Die **Ausdehnung des Unfallorts** bestimmt sich **nur nach räumlichen, nicht nach räumlich-zeitlichen Gesichtspunkten**. - Im Hinblick auf die Schutzrichtung des § 142 StGB kommt es auf die konkrete Verteilung von Spuren oder Parametern an, deren Kenntnis für die zivilrechtliche Abwicklung des Unfalls erforderlich sind.

4. **Rettenmaier:** Außerstrafrechtliche Folgen der Verfahrenseinstellung nach Erfüllung von Auflagen (NJW 2013, 123)

**§ 153 a StPO ermöglicht die Einstellung** von Strafverfahren gegen Auflagen und Weisungen **in jedem Verfahrensstadium bis zum Urteil**; Voraussetzung ist der Vorwurf eines Vergehens (§ 12 II StGB), bei dem die Erteilung von Auflagen und Weisungen geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht; Verwaltungsbehörden und Gerichte nehmen die zur Verfahrenseinstellung notwendige Zustimmung des Besch. oder den Inhalt der Einstellungsverfügung häufig zum Anlass, von dem „Erwiesensein“ des Sachverhalts und den damit verbundenen rechtlichen Wertungen zu Lasten des Betroffenen auszugehen. - In **Rspr. und Lit.** wird übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass **mit einer Einstellung gem. § 153 a StPO keine Feststellungen verbunden sind, die Verwaltungsbehörden und Gerichten als Nachweis für die Tat im strafprozessualen Sinne genügen dürfen**; im Falle des § 153 a I StPO ergibt sich dies bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip, wonach der Staatsanwaltschaft eine rechtliche Deutungshoheit der Tat nur bis zum „hinreichenden Tatverdacht“ zusteht; zudem unterwirft sich der Besch. im Rahmen einer Einstellung gem. § 153a StPO ausschließlich den gegen ihn verhängten Weisungen und Auflagen; nur mit ihnen erklärt er sich durch seine Zustimmung einverstanden; ein **Schuldeingeständnis**, geschweige denn ein Nachweis der Schuld, **ist damit aber keineswegs verbunden**; dies gilt auch in den Fällen, in denen gegen einen – prozessual urteilsgleichen – Strafbefehl Einspruch erhoben und das Verfahren anschließend gem. § 153 a II StPO eingestellt wurde. - Anders liegt der Fall nur dann, wenn ein **Gericht rechtskräftig Tatsachen festgestellt** hat, denn nur in diesem Fall können die gerichtlich festgestellten Tatsachen auf ein Verwaltungsverfahren „übertragen“ und dort zur indiziellen Grundlage einer Entscheidung gemacht werden; in allen anderen Fällen sind Verwaltungsbehörden und Gerichte gehalten, den „gesamten“ Sachverhalt, der dem Strafverfahren zu Grunde lag, zu ermitteln und eigenständig zu bewerten. - Die Anerkennung der durch die Rspr. und Lit. bestätigten (**fehlenden**) **tatsächlichen und rechtlichen Bindungswirkung der Einstellung** gegen Auflagen oder Weisungen muss daher ggf. durch geeignete Rechtsmittel „erzwungen“ werden; die (außerstrafrechtlichen) Folgen der Verfahrenseinstellung gegen Auflagen oder Weisungen sind ungeachtet dieses eindeutigen Befundes bei der anwaltlichen Beratung ebenso zu berücksichtigen wie die Tatsache, dass eine Bindungswirkung des § 153 a StPO zuweilen von einzelnen Behörden oder Zivilgerichten – wenn auch in unzulässiger Weise – angenommen wird.

5. **Niemöller:** Rechtsmittelverzicht und -zurücknahme nach Verständigung (NStZ 2013, 19)

6. **Tully/Kirchheim:** Zur Entbindung von Rechtsbeiständen juristischer Personen von der Verschwiegenheitspflicht gem. § 53 II 1 StPO (NStZ 2012, 657)

Für die Frage, wer den Rechtsbeistand einer jur. Person gem. § 53 II 1 StPO von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden muss, ist allein das **Mandatsverhältnis maßgeblich**; da ein solches in aller Regel nur mit der juristischen Person besteht, ist die juristische Person regelmäßig allein befugt, ihren Rechtsbeistand zu entbinden; die Entbindungserklärung wird von dem aktuell zuständigen Organ im Namen der juristischen Person abgegeben. – Die Annahme einer kumulativen Entbindungsbefugnis der juristischen Person und der von dem Mandatsverhältnis betroffenen aktuellen, faktischen oder ehemaligen Organwalter ist weder rechtlich noch aus praktischen Gründen geboten; insbes. lässt sich aus dem Mandatsverhältnis der juristischen Person und ihres Rechtsbeistands **kein „mandatsähnliches Vertrauensverhältnis“ zwischen dem betroffenen Organwalter und dem Rechtsbeistand der juristischen Person** ableiten, das eine Entbindungsbefugnis des Organwalters begründen könnte; gegen eine kumulative Entbindungsbefugnis des Organwalters bestehen vielmehr durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken, da die Möglichkeiten der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren hierdurch ohne gewichtige Gründe empfindlich eingeschränkt würden.

### III. Öffentliches Recht

1. **Fraenkel-Haeberle:** Unternehmerische Organisationsformen öffentlicher Verwaltungstätigkeit (DÖV 2012, 945)

Bei der **Privatisierung öffentlicher Aufgaben** werden die **Regeln und die Garantien öffentlich-rechtlicher Tätigkeit auf Privatsubjekte übertragen**; allerdings fehlt eine klare Definition des „Wesensgehalts“ öffentlicher Aufgaben, was Auslegungsschwierigkeiten nach sich zieht. - Das öffentliche Recht und das Privatrecht sind nicht mehr „ideologisch“ behaftet, sondern werden nach **variablen Gesetzgebungstechniken** je nach Art der zu schützenden Interessen definiert; bei den Schwierigkeiten, die sich aus einer „Ontologie“ des öffentlichen Rechts und des Privatrechts ergeben, stehen sowohl das Europarecht als auch das nationale Recht vor einer offenen Baustelle; insbes. ergibt sich dabei die Notwendigkeit, zu vermeiden, dass durch die **Ausdehnung öffentlicher Befugnisse auf Privatsubjekte** unionsrechtlich **unerlaubte Marktverzerrungen** eintreten; umgekehrt **darf die Tätigkeit von Privatsubjekten nicht einfach öffentlich-rechtlichen Auflagen unterworfen werden**, welche ih-

re **unternehmerische Autonomie auf unzulässige Weise einschränken** könnten. - Derzeit besteht ein Trend, die Regeln weitgehend zu vereinheitlichen und zu standardisieren und öffentlich-rechtliche Bestimmungen durch privatrechtliche zu ergänzen; dabei werden zivilrechtliche Bestimmungen durch öffentlich-rechtliche Ausnahmeregelungen korrigiert; selbst wenn die neuen unternehmerischen Organisationsformen öffentlicher Verwaltung als Osmose-Prozess angesehen werden würden, kann der Konzentrationsausgleich nie hundertprozentig erfolgen: Öffentlich-rechtliche Regulierung und Regulierung durch Wettbewerb verfolgen unterschiedliche Rationalitäten und haben einen verschiedenen Steuerungsanspruch.

2. **Széchény**: Das Verhältnis zwischen Grundverwaltungsakt, Zwangsmittellandrohung und Kostenentscheidung am Beispiel der Erledigung und des vorläufigen Rechtsschutzes (BayVBI 2013, 9)
3. **Löhnig/Preisner**: Verhältnis von Kirchenaustritt zur Kirchensteuerpflicht (NVwZ 2013, 39)  
Bespr. der Entsch. BVerwG NVwZ 2013, 64

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

1. **Mroß**: Anwälte müssen umlernen: Neue Möglichkeiten in der Zwangsvollstreckung (AnwBl 2013, 16)
2. **Mayer-Klenk/Borth**: Die Bewertung von Unternehmen, Gewerbebetrieben sowie Praxen freiberuflich Tätiger im Güterrecht nach der Rspr. des BGH (FamRZ 2012, 1923)
3. **Jungk/Chab/Grams**: Pflichten und Haftung des Anwalts – eine Rspr.-Übersicht (BRAK-Mitt. 2012, 261)

## Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

### I. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG).

Diese Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **der Bürger als dem Staat gegenüberstehend** gegen eine staatliche Maßnahme wendet.

### II. Beschwerdegegenstand (Art 93 1 Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 1 BVerfGG)

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze).

**Eingriffsqualität** kommt immer nur einem **Akt öffentlicher Gewalt** zu. Es ist ausgeschlossen, die Verletzung von Grundrechten durch Privatpersonen unmittelbar geltend zu machen. Dies ist nur mittelbar im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde möglich (sog. **mittelbare Drittwirkung der Grundrechte**).

Es sind nur **Akte der deutschen Hoheitsgewalt** beschwerdefähig, nicht aber Akte ausländischer Staaten oder der EU. Hiervon ist auch für **EU-Verordnungen** keine Ausnahme zu machen, obwohl diese unmittelbar in den Staaten Geltung erlangen. Hier ist nur der Weg zum EuGH eröffnet

### III. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG

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

#### 1. Möglichkeit einer Rechtsverletzung

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

#### 2. Unmittelbare Betroffenheit

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

##### a) Selbstbetroffenheit

Ist immer dann ohne nähere Darlegung anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich an ihn selbst richtet. Hierbei muss eine Berufung auf eigene Grundrechte erfolgen. Ansonsten ist eine ausdrückliche Prüfung der Selbstbetroffenheit notwendig.

##### b) Gegenwärtigkeit

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

Wird die **Verfassungsbeschwerde gegen Normen** erhoben, ohne dass bereits ein Umsetzungsakt erfolgt ist, besteht die Betroffenheit **in der Regel nur für die Zukunft** und die **Beschwerdebefugnis ist abzulehnen**.

##### c) unmittelbare Betroffenheit

Diese besteht bei Gesetzen nur, wenn zur Herbeiführung der Betroffenheit ein Umsetzungsakt nicht mehr erforderlich ist; ansonsten muss der Umsetzungsakt abgewartet werden, wenn dies nicht zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder nicht nachholbare Dispositionen führt. Bei anderen Hoheitsakten besteht sie immer.

### IV. Frist, § 93 BVerfGG

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von einem Monat nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Bei Gesetzen beträgt die Frist 1 Jahr nach Erlass

### V. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Auch bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde geht die inzidente Prüfung durch die Fachgerichte vor (BVerfGE 78, 350 [355], BVerfGE 84, 90 [116]; BVerfG NJW 2003, 418; BVerfG, NVwZ 2004, 977). Dies gilt allerdings nicht für die mögliche Einlegung einer Dienstaufsichtsbeschwerde (vgl. BVerfG, MJW 2004, 2891)

Ausnahme: Beschwerde ist von **allgemeiner Bedeutung** oder dem Beschwerdeführer entstünde ein **schwerer unabwendbarer Nachteil**, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> <b>Hessen</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Ri OLG Dr. W</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>21.11.2012</b>
-------------------------------	---	---

#### Zur Person:

Dr. W ist ein äußerst netter und gelassener Prüfer. Zurzeit ist er an das Justizprüfungsamt in Wiesbaden angeordnet. Aufgrund der vorherigen Protokolle rechnete ich mit Gesellschaftsrecht. Dr. W prüfte jedoch einen für eine mündliche Prüfung typischen Fall. Er war geduldig, freundlich und wohlwollend. Auch mit Punkten hat er nicht geizt.

#### Zur Prüfung:

Dr. W stellte folgenden Fall zur Prüfung:

K will umziehen und beauftragt den Kaufmann B, ihre Sachen von der alten in die neue Wohnung zu bringen. Es wird der Einsatz eines Lastenaufzugs vereinbart. Außerdem wird eine Prämie für eine Sachschadensversicherung vereinbart. Am Umzugstag kann der Aufzug wegen eines geplatzten Wasserrohrs in der Straße nicht eingesetzt werden. Auf die Frage des B, was nun zu tun sei, sagt die K nur, dass sei B's Problem. B lässt daraufhin die Möbel der K durch zusätzliche Mitarbeiter in die neue Wohnung tragen. Hierfür fällt der ortsübliche Lohn in Höhe von 150 € an. Als B das Geld verlangt, weigert sich K zu zahlen. B droht daraufhin an, Möbel im Wert von 150 € mitzunehmen. K, die sich erpresst fühlt, zahlt daraufhin. K unterschreibt außerdem ein Formular des B, in dem sie bestätigt, dass an den Möbeln keine Schäden verursacht worden sind. Allerdings haben die Mitarbeiter des B an einem Schrank einen deutlich erkennbaren Schaden verursacht, den K übersehen hatte. Als K am nächsten Tage den Schaden bemerkt, zeigt sie dies B an. Sie übersendet dem B die Rechnung für die Reparatur in Höhe von 450 €.

Einschlägige Vertragsform war der Frachtvertrag in der speziellen Form des Umzugsvertrages, §§ 407 ff., 451 ff. HGB.

Eine zunächst begonnene Diskussion über einen eventuell zusätzlich konkludent vereinbarten Vertrag wiegelte Dr. W schnell ab, ohne dies jedoch negativ zu bewerten.

Dr. W ließ viel Zeit bei der Begutachtung des Falles, wollte jedoch auch die einschlägigen Vorschriften genau hören. Hier kam es darauf an, wem die zusätzlichen Kosten von 150 € anzulasten waren. Hier war § 419 HGB die maßgebliche, zu prüfende Norm (Abs. 1, 3, 4).

Sodann prüften wir, ob die Zahlung wegen der „Drohung“ unter den Anwendungsbereich des § 823 I BGB i. V. m. § 240 StGB fällt, verneinten dies jedoch im Hinblick auf ein Werkunternehmerpfandrecht. Außerdem diskutierten wir in diesem Zusammenhang kurz die Frage, ob das Pfandgut im Zeitpunkt des Verlangens bereits erloschen war (§ 1253 BGB), lehnten dies jedoch ab.

Bzgl. des Schadens am Schrank prüften und bejahten wir einen Schadensersatzanspruch aus den speziellen Vorschriften des Frachtvertrages (§§ 451, 407, 425, 428 HGB i. V. m. §§ 280, 278 BGB).

Das von der Auftraggeberin unterschriebene Formular klassifizierten wir als negatives Schuldanerkenntnis, §§ 780, 781 BGB.

Gegen Ende der Prüfung sprachen wir aus Zeitnot nur kurz an, dass der Haftungsausschluss als Abweichung von der gesetzlichen Regelung (§§ 426, 427 HGB) unwirksam ist (§ 449 HGB, § 13 BGB).

Die Prüfung endete bei 5 Kandidaten nach knapp einer Stunde.

Viel Glück und Erfolg!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Strafrecht

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

<b>Land:</b> NRW	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> VRi OLG A	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 04.12.2012
---------------------	---	--

**Zur Person:**

A ist ein sehr freundlicher und wohlwollender Prüfer. Bereits während des Aktenvortrages nickte er stets aufmunternd. Er gab uns auch stets die Möglichkeit, wenn Normen nicht auf Anhieb genannt werden konnten, diese kurz nachzuschlagen. Er ist ein sehr erfahrener Prüfer und benotet unabhängig von den Vornoten.

**Zur Sache:**

A schilderte einen Fall, der sich in Münster anlässlich eines Fußballspieles des FC Preußen Münster ereignet hatte und über den in der Presse berichtet worden war:

P1, P2 und P3 sind Anhänger des FC Preußen Münster. Am 10.08.2011 gab es ein Spiel gegen den FC Osnabrück. Während dieses Spiels warfen P1, P2 und P3 Böller in einen überdachten Durchgang. Dadurch wurde eine erhebliche Sprengung verursacht und 20 Menschen wurden verletzt. Einige erlitten brennende Augen und bei anderen verblieb ein Tinnitus.

Es wurde zunächst das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts gegen P1, P2 und P3 geprüft.

§ 223 I StGB +

§§ 224 Nr. 2, Nr. 4 StGB +

Zudem wurde § 125 StGB geprüft: Tatbestandlich ist dieser zunächst einschlägig, jedoch tritt er im Wege der Subsidiarität hinter §§ 223, 224 StGB zurück. Diese sehen einen Strafraum von 6 Monaten bis 10 Jahren Freiheitsstrafe vor.

Der Fall wurde sodann weiterentwickelt: P1 – P3 wurden gefasst. Es sollte das prozessuale Vorgehen erläutert werden.

Eine Kandidatin schlug vor, einen Strafbefehl zu erlassen. Aufgrund dessen wurde ein kurzer Ausflug ins Strafbefehlsverfahren unternommen. Insbesondere sollte sie dann prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, im Strafbefehlsverfahren eine Freiheitsstrafe zu verhängen. Wir hatten zuvor den Strafraum von 6 Monaten bis 10 Jahren festgelegt. Dieser sollte definiert werden: Wahrscheinlichkeit einer späteren Verurteilung, § 170 I StPO

Sodann wurde die gerichtliche Zuständigkeit geprüft: Aufgrund der Straferwartung wurde vorgeschlagen, Anklage beim Schöffengericht zu erheben. Es folgte eine kurze Erläuterung der Besetzung (§ 20 GVG: 1 Richter und 2 Schöffen).

In der Hauptverhandlung wurde P1 zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 10 Monaten verurteilt.

Eine Kandidatin sollte anlässlich des Strafraumes die Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung erläutern, § 56 StGB.

Weiter wurde diskutiert, wie P1 gegen das Urteil vorgehen kann: Berufung oder Revision? Die jeweiligen Voraussetzungen wurden erläutert. A gab dann vor, dass ein handfester Revisionsgrund bestünde. Es sollte erläutert werden, wie das Revisionsgericht entscheiden wird (das Urteil wird mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Schöffengerichts verwiesen, §§ 354 II StPO). Aufgrund des Geschäftsverteilungsplanes eines jeden Gerichts kann sichergestellt werden, dass das Verfahren nicht zur gleichen Abteilung kommt.

Zum Schluss wurde noch die Frage diskutiert, wann ein Schöffe durch einen Hilfsschöffen ersetzt werden kann (§ 338 Nr. 1 StPO)

Dann war der Prüfungsabschnitt im Strafrecht auch schon beendet.

Viel Erfolg für deine mündliche 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

**Protokolle anfordern!**

**Prüfungsstoff im Mündlichen**  
1/3  
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

**ZA lesen!**

1/3  
unbekannter Stoff

**Phantasie zeigen! ■**

