



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

35. Jahrg.

Februar 2010

Heft 02

Aus dem Inhalt:

- OLG Saarbrücken:** Gewährleistung und Arglistanfechtung
- BGH:** Zulässige Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung
- BGH:** Verwendung verfassungswidriger Kennzeichen
- BVerfG:** Verfassungsmäßigkeit von § 130 IV StGB
- BGH:** Ersatzzustellung in aufgegebenen Geschäftsräumen
- Hess.VGH:** Fortsetzungsfeststellungsinteresse
- BVerwG:** Wiedereinsetzung bei mangelnder Rechtskenntnis



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Das elektronische Entgeltnachweisverfahren.....	1
---	---

Brandaktuell

EuGH: Europarechtswidrigkeit des § 622 II 2 BGB (Altersdiskriminierung von Arbeitnehmern)	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Erstattung von Ausbildungskosten (AGB-Inhaltskontrolle).....	4
OLG Saarbrücken: Gewährleistung und Arglistanfechtung (Wegfall von Schadensersatzansprüchen).....	8

Strafrecht

BGH: nachträgliche Sicherungsverwahrung (zulässige Anordnung in Altfällen).....	11
BGH: Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (in Fremdsprache übersetzte Nazi-Parole)	15

öffentl. Recht

BVerfG: Zulässigkeit von Sonderrecht bei Art. 5 GG (Verfassungsmäßigkeit von § 130 IV StGB und seiner Anwendung)	19
---	----

Kurzauslese I

BGH: Auskunftspflicht bei BGB-Gesellschaft (Namen und Anschriften der Mitgesellschafter).....	27
OLG Rostock: "doppelte" Schriftformklausel in Miet-AGB (Wirksamkeit)	27
BGH: Vermögensvorteil (Erlangung durch Mittäter).....	29
BGH: sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme sexueller Handlungen am Täter durch Dritten).....	29
BGH: Verletzung von Privatgeheimnissen (Abtretung von Darlehensforderungen).....	31
OLG Hamm: Bankrott (Verheimlichung geschäftlicher Verhältnisse).....	31
VGH Mannheim: Beurteilung von EU-Verordnungen (GG ist kein Prüfungsmaßstab).....	31
VGH München: Prüfungsunfähigkeit (unverzögerlicher Prüfungsrücktritt).....	33
OVG Bautzen: aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung (Vaterschaftsanerkennung).....	33

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH: Zustellung nach Ablauf der Fünf-Monatsfrist (kein Grund für Aufhebung im Rahmen der Berufung)	35
BGH: Voraussetzungen für Ersatzzustellung (nicht in aufgegebenen Geschäftsräumen).....	39

Strafrecht

BGH:	Anklageschrift (Umgrenzungs- und Informationsfunktion).....	43
------	--	----

öffentl. Recht

Hess VGH:	Fortsetzungsfeststellungsinteresse (bestimmter Rechtswidrigkeitsgrund und Wiederholungsgefahr).....	46
BVerwG:	Wiedereinsetzung bei mangelnder Rechtskenntnis (kein unverschuldetes Hindernis)	50

Kurzauslese II

OLG Köln:	Rechtsmittelzug (nach Inkrafttreten des FGG-RG)	55
BGH:	Amtshaftungsprozess (Parteifähigkeit der ARGE).....	55
OLG Hamm:	Rechtskrafterstreckung (Personengesellschaft).....	57
OLG Saarbrücken:	Terminladung (fremdsprachiger Angeklagter).....	57
BGH:	Rechtsmittelrücknahme (Ermächtigung kann auch fernmündlich erteilt werden).....	59
OLG Hamm:	sofortige Beschwerde (gegen Ablehnung der Bewährungsverlängerung).....	59
BVerwG:	Urteilsberichtigung (fehlende Entscheidungsgründe).....	61
VGH Mannheim:	Berufungszulassung durch Einzelrichter (Bindung des VerwG).....	61

Weitere Schriftumsnachweise	63
--	----

Übersicht: Grundzüge der Verwaltungsvollstreckung	67
--	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: Öffentliches Recht	68
Assessorprüfung: Strafrecht	70

Aus der Gesetzgebung

Das elektronische Entgeltnachweisverfahren

Gesetz über das Verfahren des elektronischen Entgeltnachweises vom 28.03.2009, In-Kraft-Treten am 02.04.2009 (BGBl I, S. 634)

I. Allgemeines

Das ELENA-Verfahren regelt die Frage, wie die beim Arbeitgeber in elektronischer Form vorliegenden Entgeltdaten der Arbeitnehmer möglichst einfach und schnell zu der jeweils berechtigten Behörde gelangen, welche diese elektronisch verarbeitet. Das Verfahren verfolgt dabei zwei Ziele. Zum einen geht es um **Bürokratieabbau** und zum anderen um die **Einführung technischer Innovationen**. Letztere sollen durch die breite Anwendung von qualifizierten Signaturkarten, welche die Rechtssicherheit im Bereich der elektronischen Kommunikation sicherstellen, erreicht werden.

So sind die **Arbeitgeber seit dem 01.01.2010 dazu verpflichtet, monatlich verschlüsselt gesetzlich festgesetzte Entgeltdatensätze ihrer Mitarbeiter an die sog. „Zentrale Speicherstelle“ (ZSS) zu übermitteln**. Die Arbeitgeber werden durch dieses Verfahren von Auskunfts-, Melde- und Bescheinigungspflichten entlastet.

Ab dem 01.01.2012 nimmt dann das ELENA-Verfahren seinen Regelbetrieb auf, und einige der bisher vom Arbeitgeber zu erstellenden Lohn- oder Gehaltsbescheinigungen entfallen. Der Arbeitnehmer kann ab diesem Zeitpunkt, wenn er einen Entgeltnachweis zur Beantragung von Arbeitslosengeld, Wohngeld oder Bundeseltern-geld benötigt, der zuständigen Behörde unter Einsatz seiner Signaturkarte – die zukünftig z. B. im Rahmen des elektronischen Personalausweises jedem Bürger zur Verfügung stehen wird – den Zugang zu den bei der ZSS gespeicherten Daten ermöglichen.

II. Der Verfahrensablauf

Der **Arbeitnehmer beantragt** bei einem Zertifizierungsdiensteanbieter (Trust Center) eine **geeignete Signaturkarte mit qualifizierter elektronischer Signatur**, die den Spezifikationen des vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik erschaffenen eCard-API-Frameworks entspricht.

Diese **Signaturkarte** ist dann **bei der sog. „Registrierung Fachverfahren“**, einer zentralen öffentlich-rechtlichen Stelle, **anzumelden**. Dies kann direkt bei der Registrierung Fachverfahren oder über eine Anmeldestelle (z. B. die Agenturen für Arbeit) erfolgen. Die Registrierung Fachverfahren verknüpft die Identifikationsnummer (ID) des Zertifikates der für das ELENA-Verfahren angemeldeten Chipkarte mit der Rentenversicherungsnummer des Arbeitnehmers.

Unabhängig davon übermittelt der Arbeitgeber regelmäßig bestimmte Daten seines Arbeitnehmers an die Zentrale Speicherstelle (ZSS). Die Übermittlung erfolgt ausschließlich in elektronischer Form.

Wird der Arbeitnehmer arbeitslos, ist die Signaturkarte bei der zuständigen Agentur für Arbeit vorzulegen; diese fordert sodann die Arbeitnehmerdaten bei der Zentralen Speicherstelle an. Die Chipkarte des Arbeitslosen und die Signaturkarte des Agenturmitarbeiters dienen dabei der Legitimation der Beteiligten. Hat die Zentrale Speicherstelle alle Informationen der anfragenden Stelle überprüft, übermittelt sie die angeforderten Arbeitnehmerdaten an die Agentur für Arbeit. Die Agentur für Arbeit verarbeitet die Daten, indem sie beispielsweise anhand der Entgelthöhe die Höhe des Arbeitslosengelds berechnet.

III. Die Signaturkarte

Für das ELENA-Verfahren soll **grds. jede Signaturkarte** verwendet werden können, **die qualifizierte Signaturen i. S. des Signaturgesetzes erstellen kann**. Eine **Liste zertifizierter Anbieter** von Signaturkarten und geeigneter Kartenlesegeräte findet sich laufend aktualisiert auf der Website der **Bundesnetzagentur**.

IV. Der Datenschutz

Für das ELENA-Verfahren gelten die Bestimmungen zum Sozialdatenschutz des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches und weitere im Gesetz festgelegte Schutzrechte. Die Daten in der Zentralen Speicherstelle werden nach der Übermittlung durch den Arbeitgeber sofort geprüft, zweifach verschlüsselt und danach gespeichert. Eine Entschlüsselung ist nur im Rahmen eines konkreten, durch den Teilnehmer (Bürger) legitimierten Abrufs möglich.

Ein direkter Zugriff auf die Datenbank ist weder für interne Mitarbeiter noch für Außenstehende möglich, da die Speicherung der Daten und deren Verschlüsselung in unterschiedlichen Verantwortlichkeiten liegt. Ein weiterer Vorteil des ELENA-Verfahrens liegt darin, dass zukünftig der Arbeitgeber keine Kenntnis darüber erlangt, ob sein Arbeitnehmer einen Antrag auf eine Sozialleistung stellt.

Brandaktuell

BGB
§ 622 II 2

Europarechtswidrigkeit von § 622 II 2 BGB
Altersdiskriminierung von Arbeitnehmern
(EuGH, NZA 2010, 85; Urteil vom 19. 1. 2010 - C-555/07)

ArbeitsR

Fall: Die Arbeitnehmerin wurde am 12.02.1978 geboren. Sie war seit dem 4.06.1996, somit seit ihrem vollendeten 18. Lebensjahr, bei Swedex beschäftigt. Mit Schreiben vom 19.12.2006 erklärte Swedex unter Berücksichtigung der gesetzlichen Frist die Kündigung zum 31.01.2007. Der Arbeitgeber berechnete die Kündigungsfrist unter Zugrundelegung einer Beschäftigungsdauer von drei Jahren, obwohl die Arbeitnehmerin seit zehn Jahren bei ihm beschäftigt war. Die Arbeitnehmerin ist der Auffassung, dass nach § 622 II Nr. 4 BGB eine viermonatige Kündigungsfrist bis zum 30.04.2007 hätte eingehalten werden müssen. Diese Frist entspreche einer zehnjährigen Betriebszugehörigkeit. § 622 II 2 BGB stelle, soweit danach vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Betriebszugehörigkeitszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfrist unberücksichtigt blieben, eine gegen das Unionsrecht verstoßende Diskriminierung wegen des Alters dar, so dass er unangewendet bleiben müsse.

Der Gerichtshof prüft diese Fragen auf der Grundlage des jede Diskriminierung wegen des Alters verbietenden allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts, wie er in der Richtlinie 2000/78 konkretisiert ist.

*„Bei **zwei Arbeitnehmern**, die beide 20 Jahre Betriebszugehörigkeit aufweisen, gilt für den einen, der mit 18 Jahren in den Betrieb eingetreten ist, eine **Kündigungsfrist von fünf Monaten**, während für den anderen, der mit 25 Jahren eingetreten ist, eine **Frist von sieben Monaten** gilt. Darüber hinaus benachteiligt die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung generell junge Arbeitnehmer gegenüber älteren Arbeitnehmern, da Erstere, wie der Fall der Klägerin des Ausgangsverfahrens zeigt, trotz einer mehrjährigen Betriebszugehörigkeit von der Vergünstigung der stufenweisen Verlängerung der Kündigungsfristen entsprechend der zunehmenden Beschäftigungsdauer ausgeschlossen werden können, während sie älteren Arbeitnehmern mit vergleichbarer Beschäftigungsdauer zugute kommt. Die **fragliche nationale Regelung** enthält folglich eine **Ungleichbehandlung**, die auf dem Kriterium des Alters beruht.“* (EuGH aaO)

Diese **Ungleichbehandlung könnte eine Diskriminierung darstellen** kann, die durch das mit der Richtlinie 2000/78/EG konkretisierte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters untersagt ist.

*„Nach Artikel 6 Absatz 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG stellt eine **Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung** dar, sofern sie **objektiv und angemessen** ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten über einen **weiten Ermessensspielraum** bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verfügen (vgl. EuGH NZA 2005, 1345– Mangold, und EuGH, NZA 2007, 1219– Palacios de la Villa).“* (EuGH aaO)

Dem vorlegenden Gericht zufolge spiegelt § 622 II Unterabs. 2 BGB die Einschätzung des Gesetzgebers wider, dass es **jüngeren Arbeitnehmern regelmäßig leichter falle und schneller** gelinge, auf den Verlust ihres Arbeitsplatzes zu reagieren, und dass ihnen größere Flexibilität zugemutet werden könne. Schließlich erleichterten kürzere Kündigungsfristen für jüngere Arbeitnehmer deren Einstellung, indem sie die personalwirtschaftliche Flexibilität erhöhten.

*„Diese Regelung ist jedoch **keine** im Hinblick auf die Erreichung dieses Ziels **angemessene Maßnahme**, weil sie für alle Arbeitnehmer, **die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs in den Betrieb** eingetreten sind, unabhängig davon gilt, wie alt sie zum Zeitpunkt ihrer Entlassung sind.“* (EuGH aaO)

Es **obliegt dem nationalen Gericht**, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten die Beachtung des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG sicherzustellen, indem es erforderlichenfalls entgegenstehende **Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet** lässt, unabhängig davon, ob es von seiner Befugnis Gebrauch macht, in den Fällen des Artikel 267 II AEUV den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege der Vorabentscheidung um Auslegung dieses Verbots zu ersuchen.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 307 I

Erstattung von Ausbildungskosten AGB-Inhaltskontrolle

SR AT

(BGH in NJW 2010, 57; Urteil vom 17.09.2009 – III ZR 207/08)

- I. Formulärmäßige **Regelungen zur Erstattung von Ausbildungskosten** in Arbeitsverträgen unterliegen nach § 310 IV BGB der **Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB.**
- II. Eine Verpflichtung zur Erstattung von Ausbildungskosten ist **nur wirksam**, wenn die Ausbildung für den Arbeitnehmer einen **geldwerten Vorteil** darstellt und die Klausel eine Rückzahlungspflicht nur für den Fall vorsieht, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in die **Sphäre des Arbeitnehmers** fällt.
- III. Eine Regelung über den **Erlas einer Rückzahlungspflicht für ein Darlehen**, mit welchen die Ausbildungskosten finanziert wurden ist einer Verpflichtung zur Erstattung von Ausbildungskosten **gleichzusetzen.**
- IV. **Nichtigkeitsfolge** ist, dass **keine Rückzahlung geschuldet** wird.

Fall: Die Kl. begehrt die Zahlung anteiliger Kosten einer von ihr durchgeführten Ausbildung des Bekl. zum Kfz-Prüfingenieur. Die Parteien streiten um Inhalt und Wirksamkeit der zu Grunde liegenden Zahlungsregelung aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Ausbildungsvertrag (kurz: AV).

Bei der Kl. handelt es sich um eine nach Anlage VIII b StVZO amtlich anerkannte Überwachungsorganisation, die mit der technischen Überwachung von Kfz befasst ist. Hierbei bedient sie sich der Dienste von Prüfingenieuren, die als selbstständige Inhaber von Ingenieurbüros mit der Kl. durch so genannte „G-Partnerschafts-Verträge“ verbunden sind, oder aber, wie im Fall des Bekl., in solchen Büros angestellt sind. Die Kl. betreibt zudem eine Akademie zur theoretischen Fortbildung von Ingenieuren zu Kfz-Prüfingenieuren. Am 23.08.2004 schloss der Bekl. als Dip.-Ing. (FH) einen „Anstellungsvertrag“ mit dem Sachverständigenbüro B in H., einem Partnerbüro der klägerischen Prüforganisation. Dieser Vertrag sah vor, dass der Bekl. sich durch Teilnahme an einem etwa acht- bis zehnmonatigen Lehrgang bei der Kl. zum Kfz-Prüfingenieur ausbilden lässt und bis zur Vollendung der Ausbildung als „auszubildender Kfz-Sachverständiger des Ingenieurbüros“ tätig ist. Des Weiteren verpflichtete sich der Bekl., mit der Kl. einen (Partnerschafts-)Vertrag abzuschließen, der ihm die Tätigkeit als Prüfingenieur erlaubt, wobei die sich aus diesem Vertrag mit der Kl. ergebenden Rechte und Pflichten zugleich auf das Büro B als Arbeitgeber übertragen wurden. Unter Nr. 13 bestimmte der Anstellungsvertrag, dass der Arbeitgeber die sich aus Anlass der Schulung bei der Kl. ergebenden Kosten übernimmt und sich die Parteien darüber einig sind, dass sich die voraussichtlichen Ausbildungs- und Nebenkosten auf circa 25.000 Euro belaufen; der Arbeitnehmer sollte zur Rückzahlung dieser Kosten verpflichtet sein, wenn das Anstellungsverhältnis auf Veranlassung des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers gekündigt wird, wobei für jeden Monat der Beschäftigung nach Aufnahme der Tätigkeit als Prüfingenieur 1/36 des gesamten Rückzahlungsbetrags erlassen wird. Nach Nr. 15 berechtigt der Widerruf der Betrauung des Ingenieurs als Prüfingenieur durch die Kl. das Ingenieurbüro zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrags.

Am 18./27.08.2004 schlossen die Parteien einen „Ausbildungsvertrag“. Hierin verpflichtete sich die Kl., den Bekl. zum Prüfingenieur auszubilden. Als Ausbildungsentgelt war unter Nr. 6 eine Vergütung von 12300 Euro zuzüglich Umsatzsteuer vorgesehen, deren erster Teil in Höhe von 4100 Euro netto mit Ausbildungsbeginn und deren zweiter Teil in Höhe von 8200 Euro netto nach Ablauf von vier Monaten seit Ausbildungsbeginn zur Zahlung fällig werden sollte. Die streitgegenständliche Hälfte der zweiten Rate, mithin netto 4100 Euro, sollte auf die Dauer von längstens drei Jahren ab dem erfolgreichen Abschluss der Ausbildung zinslos gestundet werden, sofern und solange der Ingenieur ununterbrochen bei einem Vertragspartner der Kl. zur Ausbildung zum Prüfingenieur oder als Prüfingenieur angestellt ist oder selbst als Vertragspartner der Kl. Fahrzeuguntersuchungen für diese durchführt; sofern diese Voraussetzungen nach Ablauf von drei Jahren seit erfolgreichem Bestehen der Ausbildung noch vorliegen, sollte dieser Teil der Vergütung durch die Kl. erlassen werden. Unter Nr. 13 des Vertrags verpflichtete sich das Sachverständigenbüro B gegenüber der Kl. als Gesamtschuldner neben dem Kl. zur Zahlung der Ausbildungsvergütung sowie zur Förderung der Fortbildung des Kl. zum Prüfingenieur; dementsprechend wurde der Ausbildungsvertrag von dem Inhaber des Ingenieurbüros B mit unterzeichnet.

Ist der Bekl. zur Rückzahlung verpflichtet?

Eine Rückzahlungspflicht ist nur anzunehmen, wenn eine solche wirksam vertraglich vereinbart wurde. Eine entsprechende vertragliche Regelung wurde zwischen den Parteien unstreitig geschlossen. Auch waren die entsprechenden Vertragsbedingungen vorformuliert, so dass AGB i.S.d. § 305 I BGB vorliegen. Der Anwendungsbe-

reich ist auch nicht nach § 310 BGB begrenzt. An der wirksamen Einbeziehung nach § 305 II BGB bestehen bei Formularverträgen wie dem vorliegenden keine Bedenken. Auch hat nach § 307 III BGB eine Inhaltskontrolle stattzufinden, da eine Erstattung von Ausbildungskosten in §§ 611 ff. BGB nicht vorgesehen ist, so dass eine Abweichung von dispositivem Recht vorliegt. Fraglich ist jedoch, ob die Vereinbarung einer Inhaltskontrolle standhält. Da §§ 309 und 308 BGB ersichtlich nicht einschlägig sind, hat diese nach der Generalklausel des § 307 I, II BGB zu erfolgen. Es stellt sich also die Frage, ob die betreffende Klausel den Bekl. nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

I. Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs, § 310 IV BGB

Nach § 310 IV BGB sind die Regelungen der §§ 305 ff. BGB grundsätzlich auch auf Arbeitsverträge anwendbar, jedoch sind nach § 310 IV 2 BGB die Besonderheiten des Arbeitsrechts angemessen zu berücksichtigen. Fraglich ist daher, ob derartige Klauseln über die Rückzahlung von Ausbildungskosten nach §§ 305 ff. BGB kontrollfähig sind.

„Seit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform (am 01.01.2003; Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB) und dem damit verbundenen Wegfall der ehemals in § 23 I AGBG angeordneten Bereichsausnahme für Arbeitsverträge unterzieht das BAG arbeitsvertragliche Bestimmungen über die Erstattung von Ausbildungskosten der Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB n.F. (s. dazu BAG, NJW 2006, 3083 [3084]; NJW 2007, 3018; NZA 2009, 666 [667] Rn 16).“ (BGH aaO)

Dabei sind derartige **Klauseln in Arbeitsverträgen kontrollfähig**, weil sich die Erstattungsregelungen im Kern nicht (isoliert) als Regelungen über die Gegenleistung für die erhaltenen Ausbildungsleistungen des Arbeitgebers darstellen, sondern als **arbeitsvertragliche Abreden** einzustufen sind, die die **Vertragsbeendigung durch den Arbeitnehmer faktisch erschweren** (BAG NZA 2003, 668 [669]).“ (BGH aaO)

II. Zulässigkeit einer formularmäßigen Pflicht zur Erstattung von Ausbildungskosten

1. Maßstäbe für die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen

*„Nach § 307 I 1 BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwender durch **einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners** durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st. Rspr.; vgl. nur Senat, BGH NJW 2008, 1064 Rn 19; NJW 2009, 1334 [1337] Rn 29; BAG NZA 2003, 668 [669]; BAG, NZA 2009, 435 [438] Rn 31; NZA 2009, 666 [667] Rn 14).“ (BGH aaO)*

Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Vereinbarung der Pflicht des Arbeitnehmers zur Rückzahlung oder Erstattung von Ausbildungskosten an den Arbeitgeber für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis vor dem Ablauf einer bestimmten (Bindungs-)Frist endet, allerdings **grundsätzlich zulässig** und stellt **nicht schon für sich genommen eine unangemessene Benachteiligung** des Arbeitnehmers dar (BAG, NJW 2006, 3083 [3085]; NZA 2009, 435 [438] Rn 34; NZA 2009, 666 [667] Rn 17; s. auch BAG NZA 1994, 937 [938]; BAG NJW 2004, 3059 [3060]).

*„Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass ein **billigenswertes Interesse** des Arbeitgebers anzuerkennen ist, die von ihm **finanzierte Ausbildung** des Arbeitnehmers für den eigenen Betrieb möglichst **langfristig nutzen** zu können. Dieses Interesse ist jedoch mit der in Art. 12 I 1 GG verankerten **arbeitsplatzbezogenen Berufswahlfreiheit** des Arbeitnehmers und seinem Interesse, den Arbeitsplatz ohne Belastung mit Kosten frei wählen zu können, **abzuwägen**. Im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und unter Heranziehung der Umstände des Einzelfalls ist zu prüfen, ob die **Erstattungspflicht** dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben **zumutbar** ist (BAG, NZA 1991, 178 [179]; BAG NZA 1994, 937 [938]; BAG NZA 2002, 551 [552]; BAG NJW 2004, 3059 [3060]; NJW 2006, 3083 [3085]; NZA 2009, 666 [668] Rn 17).“ (BGH aaO)*

a) Vorteilserlangung durch Arbeitnehmer

*„Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, ob und inwieweit der **Arbeitnehmer** aus der vom Arbeitgeber finanzierten Ausbildung einen Vorteil erlangt, der seine **Arbeits-***

marktchancen erhöht und sich als geldwerte Verbesserung seiner beruflichen Position darstellt (vgl. BAG, NZA 1991, 178 [179]; BAG NZA 1994, 937 [940]; BAG NZA 2002, 551 [552f.]).“ (BGH aaO)

b) Differenzierung nach Auslöser für Beendigung

Zudem darf die Erstattungspflicht des Arbeitnehmers nach der formularmäßigen Regelung nur durch ein Ereignis ausgelöst werden, das in die (Verantwortungs- und Risiko-) Sphäre des Arbeitnehmers und nicht in die Sphäre des Arbeitgebers fällt.

„Die vertragliche Formularregelung ist im Rahmen der Inhaltskontrolle anhand einer überindividuellen, typisierenden und generalisierenden Betrachtung zu würdigen (s. dazu BGH NJW 1988, 2536; BGHNJW 1990, 1601; BGH, NJW 2002, 1713 [1715]) und deshalb stets nichtig, wenn sie dem Arbeitnehmer ohne Ausnahme und ohne Differenzierung nach der Sphäre der auslösenden Umstände für jeden Fall der vorfristigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Erstattungspflicht für entstandene Ausbildungskosten auferlegt (BAG NZA 2006, 1042 Rn 27ff.; NZA 2007, 748; NJW 2009, 1532; Schmidt, NZA 2004, 1002 [1010]).

Dabei ist es unerheblich, ob die Pflicht des Arbeitnehmers zur Rückzahlung oder Erstattung der Ausbildungskosten erst mit der vorfristigen Beendigung des Arbeitsvertrags begründet wird oder ob der Arbeitnehmer diese Kosten dem Arbeitgeber, gegebenenfalls auf Grund einer gesonderten Vereinbarung, als „Darlehen“ schuldet und der Erlass dieser Darlehensforderung an die Einhaltung der Bindungsfrist geknüpft wird. Denn bei derartigen Abreden ist in Wahrheit – entgegen dem Wortlaut – kein Darlehen im Rechtsinne gewollt, sondern eine arbeitsvertragliche Vereinbarung über die Tragung der Ausbildungskosten (s. BAG, NZA 1991, 178; NJW 2007, 3018 = NZA 2007, 748 Rn 15ff.; NZA 2009, 435 [438] Rn 32; Schmidt, NZA 2004, 1002 [1006]).“ (BGH aaO)

III. Anwendung auf den Fall

1. Vereinbarung über die Erstattung von Ausbildungskosten

Fraglich ist zunächst, ob überhaupt eine Vereinbarung über die Erstattung von Ausbildungskosten vorliegt, da die betreffende Zahlungsverpflichtung zwischen dem Bekl. und der Klägerin erfolgt, die jedoch nicht zugleich Arbeitgeberin war. Der Anstellungsvertrag wurde vielmehr mit B geschlossen.

Die mit der Kl. getroffene Vereinbarung kann jedoch nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhalts einschließlich der Individualbestandteile und des Zusammenwirkens dieser Klausel mit anderen, nicht angegriffenen Vertragsbestimmungen zu würdigen ist (BGH NJW 1989, 582; BGH NJW 1992, 179; BGH, NJW 1993, 532; jew. m.w.N.).

„Die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien untereinander (Ausbildungsvertrag; Kreditvertrag; „G-Partnerschafts-Vertrag“) sowie zwischen den Parteien und dem Sachverständigenbüro B (Einbeziehung in den Ausbildungsvertrag; Anstellungsvertrag; „G-Partnerschafts-Vertrag“) stehen in einem engen, wechselbezüglichen Zusammenhang:

Der Ausbildungsvertrag, der Anstellungsvertrag und der „G-Partnerschafts-Vertrag“ sind aufeinander abgestimmt und voneinander abhängig gemacht; diese Verträge sind untrennbar miteinander verbunden. Dies gilt auch für den Kreditvertrag, der einen Ausbildungsvertrag sowie einen Partnerschaftsvertrag (bzw. einen Vorvertrag hierzu) mit der Kl. voraussetzt. Die Regelungen im Ausbildungs-, Anstellungs- und Partnerschaftsvertrag sowie im Kreditvertrag zielen bei einer Gesamtbetrachtung darauf ab, den Bekl. als (künftigen) Prüflingen dazu anzuhalten, für die Dauer von zumindest drei Jahren nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung zum Prüflingen ausschließlich für die Prüforganisation der Kl. und für das Sachverständigenbüro B tätig zu werden.

Zum (mindestens dreijährigen) Verbleib im Büro B und in der Prüforganisation der Kl. soll der Bekl. dadurch bewogen werden, dass er in diesem Falle von den Kosten seiner bei der Kl. durchgeführten Fortbildung zum Prüflingen letztlich freigehalten wird, und zwar zu einem (durch den Kreditvertrag verzinslich gestundeten) Anteil von zwei Dritteln durch seinen Arbeitgeber, das Büro B (im Wege der Kostenübernahme bzw. -erstattung), und zu einem weiteren Anteil von einem Drittel durch die Kl. (im Wege des auch zu Gunsten des Büros B wirkenden Teilerlasses).“ (BGH aaO)

Diese Gestaltung rechtfertigt die Annahme, dass die formularvertragliche Regelung in Nr. 6 III AV einer Regelung über die Erstattung von Ausbildungskosten durch den Arbeitnehmer an den Arbeitgeber gleichzustellen ist.

2. Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB

Die Vereinbarung müsste einer Kontrolle anhand der vom BAG entwickelten Maßstäbe standhalten.

„Der Kl. geht es bei der Entgeltregelung insgesamt darum, den Prüflingenieur in ihrem **eigenen Erwerbsinteresse** dauerhaft – zumindest für eine bestimmte Frist – ausschließlich in ihre Prüforganisation einzubinden und ihm den Wechsel zu einer anderen Prüforganisation zu erschweren. Der Ingenieur darf neben der G **keiner anderen Überwachungsorganisation** oder Technischen Prüfstelle **angehören** und diese auch **nicht unterstützen** (Nr. 9.3 AV; Nr. I 4 Partnerschaftsvertrag), und die Anstellung bei dem Ingenieurbüro sowie die Zugehörigkeit des Ingenieurs zur Prüforganisation der Kl. werden voneinander abhängig gemacht (Nr. 2 III und Nr. 15 AV; Nr. III 1 Partnerschaftsvertrag). Insbesondere führt der **Wechsel des Arbeitgebers** (Ingenieurbüro) zugleich auch zum **Ausscheiden aus der Prüforganisation** der Kl. (Nr. III 1 Partnerschaftsvertrag). Verbleibt der Prüflingenieur zumindest drei Jahre (ausschließlich) in der Prüforganisation der Kl. (und im Ingenieurbüro seines Arbeitgebers), so wird er von den Kosten seiner Ausbildung vollumfänglich freigehalten. Auf diese Weise wird ein Wechsel der Prüforganisation – der mit einem **Wechsel des Arbeitgebers** einhergeht – vor Ablauf der Drei-Jahres-Frist **faktisch behindert**, weil der Ingenieur solchenfalls mit Kosten belastet würde, die er sonst nicht zu tragen hätte.

Die **Fortbildung der Ingenieure** zu Prüflingenieuren dient – (weit) über die Erzielung von Einnahmen aus der Ausbildungsvergütung hinaus – dem **eigenen Erwerbsinteresse der Kl.**, da sie die von ihr ausgebildeten Prüflingenieure zur Erfüllung ihrer Aufgaben einsetzt und hierbei einen Teil der dafür vereinnahmten Vergütungen einbehält.

Die **arbeitsplatzbezogene Berufswahlfreiheit** eines bei der Kl. ausgebildeten Prüflingenieurs wird schon dadurch **erheblich eingeschränkt**, dass es ihm erschwert wird, zu einem außerhalb der Prüforganisation der Kl. stehenden Arbeitgeber zu wechseln oder sich sonst als selbstständiger Prüflingenieur zu betätigen. Darüber hinaus liegt es auf der Hand, dass in der Lebenswirklichkeit ohnehin **nur ein geringer Bruchteil** dieser 600 Betriebe als **potenzielle (neue) Arbeitgeber** in Betracht kommen (etwa diejenigen, die sich in zumutbarer Entfernung zum Lebensmittelpunkt des Ingenieurs und seiner Familie befinden). Zudem ist zu beachten, dass auf Grund der vertraglichen Regelungen mit der Anstellung im Ingenieurbüro seines Arbeitgebers auch die über den „G-Partnerschafts-Vertrag“ vermittelte **Zugehörigkeit des Prüflingenieurs** zur Prüforganisation der Kl. **mit sofortiger Wirkung endet** (Nr. III 1 Partnerschaftsvertrag), ohne dass dem Prüflingenieur zugleich ein Anspruch eingeräumt wird, bei einem anderen zur Prüforganisation der Kl. gehörenden Ingenieurbüro angestellt oder selbstständig zum „Partner“ der Kl. zu werden.“ (BGH aaO)

Da die Rückzahlungspflichtung unabhängig davon, wer das Anstellungsverhältnis beendet und warum dies erfolgt, bestehen soll und hierdurch die durch Art. 12 I 1 GG geschützte Berufswahlfreiheit des Bekl. erheblich beeinträchtigt wird, benachteiligt die Klausel ihn nach Treu und Glauben unangemessen und verstößt daher gegen § 307 I BGB.

3. Rechtsfolgen

„Die Nichtigkeitsfolge besteht nicht darin, dass der Ingenieur unabhängig von der Dauer seines Verbleibs in der Prüforganisation der Kl. verpflichtet wäre, dieser den **vollen Betrag der vereinbarten Vergütung** zu entrichten. Die Unwirksamkeit der Entgeltregelung hat gem. § 307 I 1 BGB vielmehr die Folge, dass der Kl. kein **Anspruch auf Zahlung** des von der Erlassklausel erfassten **streitgegenständlichen Drittels** des Ausbildungsentgelts zusteht.

Bei gebotener wertender Betrachtung stellt sich die betroffene (Teil-)Erlassklausel als eine (formularvertragliche) **Entgeltregelung** dar, die insgesamt auf eine befristete Bindung des Ingenieurs an die Prüforganisation der Kl. abzielt, dabei nicht nach der Sphäre der Beendigungsgründe differenziert und deshalb unzulässig ist. Die **Unwirksamkeit der Entgeltregelung** betrifft nicht den (Teil-)Erlas als solchen, sondern seine **Bedingungen**, und führt deshalb zum **Verlust des Zahlungsanspruchs**. Insoweit gilt nichts anderes als in dem Falle, dass ein Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer die von ihm finanzierten Ausbildungskosten kreditiert und den Erlass der „Darlehensschuld“ ohne gebotene Differenzierung nach der Sphäre des die Auflösung begründenden Umstands formularvertraglich davon abhängig macht, dass das Arbeitsverhältnis nicht vor dem Ablauf einer bestimmten Bindungsfrist endet.

Hierzu bedarf es entgegen der Ansicht der Vorinstanzen der Heranziehung von § 306a BGB nicht. Die Folge des Verlusts des Zahlungsanspruchs (gerichtet auf Vergütung, Erstattung oder Rückzahlung) ergibt sich direkt aus § 307 I 1 BGB, der die Beseitigung einer vertraglichen Regelung anordnet, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Es besteht kein Rückzahlungsanspruch der Kl. gegen den Bekl.

BGB

Gewährleistung und Arglistanfechtung Wegfall von Schadensersatzansprüchen

BGB

§§ 437, 123

(OLG Saarbrücken in NJW-RR 2010, 125; Urteil vom 09.06.2009 – 4 U 47/08)

- I. Das Recht zur **Anfechtung wegen arglistiger Täuschung** und die Geltendmachung von **Gewährleistungsrechten** bestehen grundsätzlich **nebeneinander**.
- II. Handelt ein Verkäufer arglistig, so haftet gilt zwar nach § 444 BGB ein Gewährleistungsausschluss nicht, nach **erklärter Anfechtung** des Käufers entfällt jedoch der Kaufvertrag ex tunc, so dass aus diesem Grund **keine Gewährleistungsansprüche** geltend gemacht werden können.
- III. Vom Vertrauensschaden nach sic wegen Fehlinformationen ist weder ein Vorauszahlungsanspruch auf noch zu tätige Aufwendungen erfasst noch ein Freistellungsanspruch bezüglich solcher Aufwendungen, die nach erklärter Anfechtung getätigt wurden.

Fall: K erwarben mit Kaufvertrag vom 03.01.2002 ein Anwesen zu einem Preis von 409.033,51 €. Der Kaufvertrag enthält den Gewährleistungsausschluss, wonach B für sichtbare und unsichtbare Sachmängel nicht haftet. Das Haus wurde etwa im Jahre 1960 erbaut. Im Jahr 1977 wurde ein Anbau, der ein Schwimmbad mit Nebenräumen enthält, errichtet und auf der Gartenseite eine Garage erstellt. Das Anwesen wurde von B bewohnt.

K hat mit anwaltlichem Schreiben vom 04.08.2003 folgendes erklärt: „Hiermit fechten wir den notariellen Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an“. Hierbei berief er sich darauf, dass er Mitte des Jahres 2003 erhebliche Feuchtigkeitsschäden festgestellt habe. Diese hätten sich durch Feuchtigkeit im Keller einschließlich Schimmelbildung sowie durch einen starken Modergeruch gezeigt; zudem sei das Dach an einigen Stellen so undicht gewesen, dass Eimer hätten untergestellt werden müssen. Ursache der Schäden seien eine fehlende Abdichtung der erdberührten Teile des Mauerwerks sowie das Fehlen einer Drainage. B habe Baupläne vorgelegt, aus denen sich das Vorhandensein einer Drainage ergebe und auf ausdrückliche Nachfrage das Vorhandensein einer Drainage bestätigt. Zudem habe B auch auf ausdrückliche Nachfrage Feuchtigkeitsschäden nur für den Wintergarten angegeben. Darüber hinaus habe sie das Vorliegen von Feuchtigkeiterscheinungen im Keller verheimlicht. Auch seien B die Undichtigkeiten des Daches im Obergeschoss mit Auswirkungen auf das darunter liegende Wohnzimmer und auf die Garage bekannt gewesen; sie habe aber nur provisorische Abdichtungen vornehmen lassen.

K will die erforderlichen Arbeiten an der Drainage durchführen lassen und verlangt hierfür einen Kostenvorschuss. Zudem hat er bereits im September 2003 die Arbeiten zur Abdichtung des Daches in Auftrag gegeben und verlangt insofern Freistellung von der eingegangenen Zahlungsverbindlichkeit. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Die zulässige Klage wird Erfolg haben, wenn sie begründet ist.

- I. **K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 440 S. 1, 280 I, III, 281 I BGB haben.**

Die gekaufte Immobilie war bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, so dass die Sachmängelgewährleistung nach § 437 BGB eingreift und ein Schadensersatzanspruch nach § 280 I, III, 281 BGB bestehen kann, der aber wegen eines vertraglichen Gewährleistungsausschlusses entfallen sein könnte.

Die Parteien haben im Kaufvertrag **rechtswirksam** einen **Haftungsausschluss** erklärt, welcher der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen mit Ausnahme der in § 444 BGB geregelten Fälle entgegen steht. Danach kann sich der Verkäufer auf einen vereinbarten Haftungsausschluss nicht berufen, soweit er den **Mangel arglistig verschwiegen** oder eine **Garantie für die Beschaffenheit** der Sache übernommen hat. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass die B für die in Rede stehenden Feuchtigkeitsschäden außerhalb des notariellen Kaufvertrages eine Garantie übernommen hätte. Mithin steht den K ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 nur zu, wenn B arglistig handelte., was von K behauptet wird.

„Träfe dieser Vorwurf zu, so hat jedoch zugleich die am 04.08.2003 erklärte Anfechtung den Kaufvertrag zunichte gemacht, weshalb es an der Grundvoraussetzung für die Geltendmachung von kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen fehlen würde.“ (OLG Saarbrücken aaO)

1. Vorliegen einer Anfechtung

Neben dem Vorliegen des von K behaupteten Anfechtungsgrundes müsste die Anfechtung auch erklärt worden sein.

„Entgegen der Auffassung des K besitzt das Schreiben vom 04.08.2003 den Erklärungsgehalt einer auf Anfechtung des Kaufvertrags gerichteten Willenserklärung. Zunächst eröffnet der Wortlaut des Fließtextes „hiermit **fechten wir den notariellen Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an**“, der durch den gleichlautenden Text der fettgedruckten Betreffzeile verstärkt wird, **keinen Auslegungsspielraum**. Zwar besitzen Erklärungen, die neben dem Ausspruch der Anfechtung die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen in Aussicht stellen, nach § 133 BGB nicht zwingend den Erklärungsgehalt einer Anfechtung (vgl. Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., § 123 Rn. 6; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., § 37 Rn 47). Dennoch ermöglicht die interessengerechte Auslegung **keine allgemeine Billigkeitskontrolle**, die es erlaubt, klare Erklärungen gewissermaßen in ihr Gegenteil zu verkehren. Im vorliegend zu beurteilenden Schreiben **fehlt ein unmittelbarer Bezug**, der aus der maßgeblichen Sicht des Erklärungsempfängers ein **Nebeneinander von Anfechtung und Gewährleistungsbegehren** herstellt. Letztlich darf bei Auslegung der Erklärung von 04.08.2003 nicht außer Betracht bleiben, dass das Schreiben von einem vielfach forensisch erfahrenen **Rechtsanwalt** verfasst wurde, der die **Begrifflichkeit des bürgerlichen Rechtes sicher beherrscht**. Der Adressat eines solchen Schreibens hat keinen Anlass daran zu zweifeln, dass die Verwendung des Terminus der Anfechtung nicht in einem untechnischen, laienhaften Sinne gebraucht worden sein könnte.“ (OLG Saarbrücken aaO)

2. Folgen einer arglistigen Täuschung

Liegt keine arglistige Täuschung und damit kein Anfechtungsgrund nach „§ 123 BGB vor, so ist der Gewährleistungsausschluss wirksam und K hat keinen Schadensersatzanspruch gem. § 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB

Ist jedoch eine arglistige Täuschung anzunehmen, kann sich B nach § 444 BGB zwar nicht auf den Gewährleistungsausschluss berufen, jedoch ist dann zugleich auch die Anfechtung wirksam, so dass der Vertrag nach § 142 I BGB ex tunc vernichtet wird. Dies könnte zugleich auch die Geltendmachung kaufvertraglicher Gewährleistungsansprüche ausschließen.

„Zwar schließt das **Bestehen eines Anfechtungsgrundes** die Möglichkeit nicht aus, kaufrechtliche Mängelgewährleistungsansprüche geltend zu machen. Es besteht kein Schutzbedürfnis des Verkäufers dafür, den arglistig getäuschten Käufer auf die Rechte aus § 437 BGB zu beschränken. Der **Käufer mag wählen**, ob er die **Ansprüche aus § 437 BGB** oder nach erfolgter **Anfechtung** diejenigen Ansprüche geltend machen will, die bei Nichtigkeit des Kaufvertrages bestehen (Saarbrücken NJW-RR 1989, 1211). Allerdings setzt die **Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen** das **Bestehen eines wirksamen Kaufvertrages** voraus. Daran fehlt es, wenn das wirksam angefochtene Rechtsgeschäft gem. § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an als nichtig anzusehen ist (Erman/Palm, aaO., § 123 Rn. 6).“ (OLG Saarbrücken, aaO)

Ist die Anfechtung wirksam, so stehen K damit ebenfalls keine Gewährleistungsansprüche zu, so dass dahinstehen kann, ob tatsächlich eine arglistige Täuschung durch B erfolgt ist.

3. K hat keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 440 S. 1, 280 I, III, 281 I BGB.

II. K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Rechtsinstitut der culpa in contrahendo haben.

Ob der Käufer im Fall der wirksamen Anfechtung ergänzend gem. §§ 311 I, 280 I BGB nach den Rechtsgrundsätzen der culpa in contrahendo Schadensersatz verlangen kann, ist umstritten:

1. keine cic wegen Fehlinformation neben Gewährleistungsrecht

„Eine beachtliche Meinung schließt zumindest dann, wenn das pflichtwidrige Verhalten des Verkäufers in einer unrichtigen Information besteht, die sich auf die Beschaffenheit der Kaufsache bezieht, konkurrierende Ansprüche aus culpa in contrahendo aus, da das **kaufvertragliche Gewährleistungsrecht eine abschließende Regelung** enthalte (Berger, JZ 2004, 282; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 311 Rn 14). Soweit die Rechtsprechung auf der Grundlage des vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geltenden Rechts dem Käufer auch bei fehlerhaften Angaben über Merkmale der Kaufsache jedenfalls dann konkurrierende Schadensersatzansprüche zubilligte, wenn der Verkäufer vorsätzlich handelte (BGH, Urt. v. 17.5.1995 – VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159, 2160; Urt. v. 3.7.1992 – V ZR 97/91, NJW 1992, 2565), sei diese **Rechtsprechung** auf der Grundlage des neuen Rechts **nicht fortzuschreiben**: Da das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz den Vorschlag der Schuldrechtskommission, dem Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung wahlweise einen **Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses** zu gewähren, **bewusst nicht übernommen** habe, sei **kein Grund** ersichtlich, der es rechtfertige, diese **Entscheidung des Gesetzgebers** durch Zuerkennung eines Anspruchs aus culpa in contrahendo zu **korrigieren** (Palandt/Grüneberg, aaO. § 311 Rn 15; ebenso: Mertens AcP 203, 830 der die kaufvertragliche Gewährleistungsregelung gegenüber Ansprüchen aus culpa in contrahendo deshalb

als abschließend verstehen will, weil dem Verkäufer nicht die Möglichkeit genommen werden dürfe, durch Ausübung der im Gewährleistungsrecht eröffneten Option zur Nacherfüllung Schadensersatzansprüche und eine Rückabwicklung zu vermeiden; i.E. ebenso: Erman/Kindl, aaO., § 311 Rn 46; zustimmend: Medicus, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 311 Rn 59; a.A. Derleder NJW 2004, 969, 975 f.).“ (OLG Saarbrücken aaO)

2. cic auch neben Gewährleistungsrecht

„Dieser Auffassung, die die Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts auch auf den arglistig bzw. vorsätzlich handelnden Verkäufer erstreckt, hat sich der **Bundesgerichtshof nicht angeschlossen** (Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08; ebenso: Erman/Grunewald, aaO., vor § 437 Rn 15 ff.; MüKo/Westermann, aaO., § 437 Rn 58; D. Schmidt, Prütting/Wegen/Weinreich, aaO., § 437 Rn 75; Lorenz, NJW 2006, 1925, 1926; 2007, 1, 4; Rösler, AcP 207, 564, 603; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., § 2 Rn. 298): Da im Fall eines arglistigen Verhaltens durch die Anerkennung eines Anspruchs aus culpa in contrahendo **keine kaufrechtlichen Sonderregelungen umgangen** würden (bei Arglist richte sich die Verjährung nach der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 438 III 1 BGB; im Regelfalle verliere der Verkäufer die Möglichkeit der Nachbesserung), sei der **arglistig handelnde Verkäufer auch nach neuem Schuldrecht nicht schutzbedürftig**.“ (OLG Saarbrücken aaO)

3. Relevanz für den vorliegenden Fall

Diese Auseinandersetzung hat jedoch für den vorliegenden Fall nur Relevanz, wenn die Rechtsfolge der Annahme einer Haftung nach cic das Klagebegehren des K überhaupt beinhalten würde.

„Der Gläubiger eines aus dem Rechtsinstitut der culpa in contrahendo herzuleitenden Schadensersatzanspruchs ist auf die Geltendmachung des **Vertrauensschadens** beschränkt (BGH, NJW 1995, 2160; 1992, 2565).

Der Ersatzberechtigte ist durch die Zuerkennung des Vertrauensschadens **so zu stellen**, wie er stünde, wenn er **nicht auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertraut** hätte (Erman/Palm, aaO., § 122 Rn 5; MüKo/Kramer, 5. Aufl., § 122 Rn 8; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 122 Rn 4; OLG Hamm, NJW 2004, 2601, 2602). Diese Definition erfasst alle **Aufwendungen**, die mit der **Durchführung des Vertrages** entstanden sind. Paradigmatisch unterfallen dieser Schadensqualität **Beurkundungs- und sonstige Vertragskosten**. Darüber hinaus können auch **ausgeschlagene Gewinnmöglichkeiten** und solche Nachteile, die durch das Nichtzustandekommen eines anderen Geschäfts entstanden sind, Teil des negativen Interesses sein (MüKo/Kramer, aaO., § 122 Rn 8; Erman/Palm, aaO., § 122 Rn 5).“ (OLG Saarbrücken aaO)

Abzugrenzen ist der Vertrauensschaden vom **Erfüllungsinteresse** des Gläubigers. Das Erfüllungsinteresse will den Zustand herstellen, der bei Gültigkeit der Erklärung und **ordnungsgemäßer Erfüllung der versprochenen Leistung** eingetreten wäre. Hierzu zählt insbesondere das Gewährleistungsbegehren, welches die gesetzliche Funktion besitzt, die fehlerhafte Leistung des Vertragsschuldners zu kompensieren. Der **Gewährleistungsanspruch** soll den Gewährleistungsgläubiger so stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde. Gewährleistungsansprüche sind demnach **funktional dem Erfüllungsinteresse zuzuordnen**.

„Ob und unter welchen Voraussetzungen **Aufwendungen**, die der Gewährleistungsgläubiger in Gemäßheit der §§ 433, 434, 437 BGB zur Mängelbeseitigung veranlasst, unter **Aufgabe ihrer funktionalen Zuordnung** mit der Erwägung dem Vertrauensschaden zuzuordnen sind, der Gewährleistungsgläubiger habe bei der Veranlassung seiner Aufwendungen nicht nur die Kompensation einer Leistungsstörung bezweckt, sondern gewissermaßen überwölbend im **Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts** gehandelt, bedarf im vorliegenden Rechtsstreit keiner Entscheidung.

K begehrt die Zahlung eines Kostenvorschusses für noch nicht veranlasste Aufwendungen. Insofern scheidet ein Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschadens von vornherein aus, da K noch keine Aufwendungen entstanden sind.

Zudem begehrt die Kläger Freistellung von Aufwendungen für die Durchführung von Reparaturen am Dach, welche im September 2003 fakturiert wurden. Auch hinsichtlich dieser Kosten scheidet ein auf Freistellung gerichteter Schadensersatzanspruch aus § 311 I, 280 I BGB aus, da diese Aufwendungen erst **nach Ausspruch der Anfechtung** getätigt wurden und mithin **gerade nicht im Vertrauen auf die Bestandskraft des Vertrages** veranlasst wurden.

Aufwendungen, die ein Käufer **nicht nur nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes, sondern sogar nach Ausspruch der Anfechtung** des Kaufvertrags bewirkt, werden ersichtlich nicht mehr von dem Vertrauen in die Gültigkeit des Vertrages getragen.“ (OLG Saarbrücken aaO)

III. **Ergebnis:** Die Klage ist unbegründet und wird keinen Erfolg haben.

StGB
§ 66b**nachträgliche Sicherungsverwahrung
zulässige Anordnung in Altfällen**

StGB

(BGH in NJW 2010, 245; Urteil vom 27.10.2009 – 5 StR 296/09)

Die **Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung** nach § 66b StGB ist **auch in sog. „Altfällen“** zulässig.

A. Grundlagenwissen: Die nachträgliche Sicherungsverwahrung

- I. Mit den **Änderungen des § 66b StGB** aus dem Jahre **2007** durch das „Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung“ (BGBl I, 513) wollte der Gesetzgeber **Schutzlücken schließen**, die seiner Meinung nach im Hinblick auf sog. „Altfälle“ zu gewärtigen waren. Dabei hatte er vornehmlich solche Konstellationen im Blick, in denen bei Aburteilung der Anlasstat die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung im Beitrittsgebiet nicht oder nur eingeschränkt anwendbar waren – **Fallgruppe 1** – oder die abgesenkten formellen Voraussetzungen nach § 66 III StGB noch nicht angewendet werden konnten – **Fallgruppe 2** –.

Die Anwendbarkeit des § 66b StGB sah er insoweit durch vereinzelte Gerichtsentscheidungen in Frage gestellt (BT-Dr 16/4740, S. 22f.; Fischer, StGB, 57. Aufl. [2010], § 66b Rn 23). Die Fallgruppen (vornehmlich die erste) wurden schon in BGHSt 52, 205 = NJW 2008, 1682) und dem Beschluss vom 25.03.2009 (BeckRS 2009, 9914) angesprochen. Jetzt ist die zweite Fallgruppe Gegenstand näherer Erörterung.

- II. Bei der **zweiten Fallgruppe** ist zu unterscheiden: Vor Einführung des § 66 III StGB zum 31.01.1998 war eine Anordnung der Sicherungsverwahrung auf Grund dieser Vorschrift nicht möglich, weil es die Vorschrift – als die Anlasstaten abgeurteilt wurden – nicht gab (das ist der Fall des 5. Strafsenats – Unterfall 1). Bei Aburteilung der Anlasstaten ab dem 31.01.1998 war wegen der „Übergangsregelung Art. 1a EGStGB bis zu ihrer Aufhebung mit Ablauf des 28.07.2004 eine Maßregelanordnung nach § 66 III StGB dann nicht möglich, wenn keine der relevanten Taten nachdem 31.01.1998 begangen wurde (Unterfall 2).

Zutreffend verweist BGH aaO nunmehr darauf, dass der Wortlaut eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auf solche Fälle, in denen die „Norm, welche die Anordnung von Sicherungsverwahrung gestattet, bei Aburteilung prinzipiell schon in Kraft war und lediglich auf Grund räumlicher und/oder zeitlicher Begrenzung auf den Verurteilten nicht anzuwenden war“, nicht gebietet und gerade auch die Fallgruppe 2 in beiden Varianten von der gesetzgeberischen Intention umfasst ist.

B. Die Zulässigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung in Altfällen (BGH in NJW 2010, 245)

Fall: Der Verurteilte ist schon mehrfach bestraft worden:

Erstmals wurde er 1978 in der DDR wegen „Rowdytums“ zu einer achtmonatigen Haftstrafe verurteilt. Drei Wochen nach vollständiger Verbüßung dieser Strafe wurde er wiederum wegen „Rowdytums“ verurteilt. Es folgte 1981 eine Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit versuchtem Betrug. Nach Erlass dieser Strafe kam es 1983 zu einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr wegen Hehlerei, die der Verurteilte bis Dezember 1984 verbüßte.

1987 wurde er dann wegen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Dem lag folgendes Geschehen zu Grunde: Der Verurteilte geriet mit einem Arbeitskollegen im Aufenthaltsraum in einen Streit, wobei er von seinem Kontrahenten geohrfeigt wurde. Hierüber wütend geworden zog er sich in den angrenzenden Heizungskeller zurück, wo er zunächst seine Tätigkeit als Heizer aufnahm. Nicht mehr konkret feststellbare Zeit später kehrte er jedoch mit einer auf 600 bis 800 Grad Celsius erhitzten Schürstange in den Aufenthaltsraum zurück und durchbohrte damit den in einem Sessel sitzenden Kollegen im linken Unterbauch. Nach Verbüßung von zwei Dritteln der erkannten Strafe ist der Verurteilte zur Bewährung entlassen worden.

1996 tötete der Verurteilte schließlich seine Ehefrau. Der Tat war eine mehrjährige äußerst spannungsreich geführte Beziehung vorausgegangen. Nach einer Trennung war der Verurteilte Anfang Dezember 1996 auf Betreiben seiner Ehefrau wieder bei dieser eingezogen. Schon nach wenigen Tagen verschlechterte sich die Stimmung zwischen beiden erneut. Am Tattag wurde der Verurteilte von seiner Ehefrau aufgefordert, aus der Wohnung zu „verschwinden“. Hierauf und auf ihre Beschimpfungen reagierte er „gereizt und verzweifelt“. Nach kurzzeitiger Versöhnung und einverständlichem Geschlechtsverkehr geriet die Ehefrau wiederum in Wut über den Verurteilten und verlangte abermals von ihm, die Wohnung zu verlassen. Nun konnte der Verurteilte den ständigen Wechsel von Zuwendung und Ablehnung nicht mehr ertragen. Er schubste seine Frau so heftig, dass sie zu Boden fiel. Dann setzte er sich auf sie und fixierte ihre Arme. Als sie lachte und ihn weiter beschimpfte, würgte er sie mit beiden Händen so kraftvoll, dass schon nach wenigen Sekunden Bewusstlosigkeit und schließlich der Tod eintraten. Der Verurteilte hielt das Opfer fünf Minuten im Würgegriff, um es „seinen Schmerz fühlen zu lassen“. Auf Grund dieser Tat ist er wegen Totschlags verurteilt worden.

Seit Mitte Dezember 1996 befand sich der Verurteilte dann ununterbrochen in Haft. Therapeutische Maßnahmen erfolgten während des Strafvollzugs im Wesentlichen nicht, weil er entsprechende Angebote nicht wahrnahm. Im Strafvollzug wurden gegen den Verurteilten disziplinarische Maßnahmen in Folge dort „üblicher Beleidigungen gegen Bedienstete der Justizvollzugsanstalt oder geringfügiger körperlicher Auseinandersetzungen mit Mitgefangenen“ getroffen. Jeweils wegen vorsätzlicher Körperverletzung zum Nachteil von Mitgefangenen wurde er im Jahr 2003 zu einer Freiheitsstrafe im Jahr 2008 zu einer Geldstrafe verurteilt.

Das LG ist sachverständig beraten zu der Überzeugung gelangt, dass der Verurteilte gefährlich sei, da er eine intensive Neigung zu Gewalttaten aufweise. Die von ihm ausgehende Gefahr sei zwar schon in dem 1997 geführten Verfahren erkennbar gewesen. Damals sei die Anordnung der Sicherungsverwahrung aber rechtlich nicht möglich gewesen, weil die Vorschrift des § STGB § 66 STGB § 66 Absatz III StGB noch nicht gegolten habe. Das LG hat die nachträgliche Unterbringung des Verurteilten in der Sicherungsverwahrung gem. § STGB § 66b STGB § 66b Absatz I 2 StGB angeordnet. Der Verurteilte hat gegen dieses Urteil Revision eingelegt,

Zu prüfen ist, ob die **Maßregelverordnung gem. § 66b I 1, 2 StGB** der sachlichrechtlichen Überprüfung stand hält.

I. Die **formellen Voraussetzungen** des § 66b I StGB i.V. mit § 66 III 1 StGB sind **zu bejahen**.

„In Übereinstimmung mit § 66b I 1 StGB n.F. ist dabei hinsichtlich der Voraussetzungen des § 66 StGB allein auf die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung geltende Rechtslage abzustellen (vgl. BGHSt 52, 207 = NJW 2008, 1682 = NSTZ 2008, 330). Der Verurteilte ist wegen Totschlags und damit wegen einer Tat i.S. des § 66b I 1 StGB zu einer zwei Jahre übersteigenden Freiheitsstrafe verurteilt. 1987 war er durch ein Gericht der DDR bereits wegen einer Katalogtat – versuchter Mord – zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt worden. Angesichts des zu Grunde liegenden Lebenssachverhalts und der hierzu mitgeteilten Verfahrenstatsachen ist diese Verurteilung ohne Weiteres berücksichtigungsfähig (vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl., § 66 Rn 22). Von der Strafe verbüßte der Verurteilte acht Jahre, ohne dass er sich im Zeitraum zwischen dieser Tat und der Anlasstat für einen Zeitraum von fünf Jahren auf freiem Fuß befand.“ (BGH aaO)

II. Es ist ein **Hang des Verurteilten zur Begehung schwerer Straftaten** sowie seine **Gefährlichkeit für die Allgemeinheit** festzustellen.

„Die Gefährlichkeitsprognose stützt sich auf eine umfassende Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Verurteilten unter besonderer Berücksichtigung seiner Vorverurteilungen (wird ausgeführt).

Auf der Grundlage der Gutachten der beiden Sachverständigen hat das LG nachvollziehbar ausgeführt, dass der Hang des Verurteilten zur Begehung schwerwiegender Taten aus seiner dissozialen Persönlichkeitsstörung erwachse. Er erlebe vermehrt Wut- und Zornausbrüche, die in Verbindung mit einem Mangel an Affektsteuerung, Selbstreflexion und Empathie sowie der fehlenden Kompetenz zum Umgang mit sozialen Konflikten auch für die Zukunft erwarten ließen, dass sich bei Auseinandersetzungen ein aggressiver Impuls ungehemmt Bahn breche. Sowohl bei der zum Nachteil seiner Ehefrau begangenen Anlasstat – die zwar auch einige Züge einer Affekttat getragen habe, aber elementar von den in seiner Persönlichkeitsstruktur wurzelnden Reaktionsmustern bestimmt gewesen sei – als auch bei dem im Jahr 1987 verübten versuchten Mord seien diese Mechanismen wirksam geworden. Die Taten seien daher symptomatisch für den festgestellten Hang. Auch die Entwicklung während des Strafvollzugs hat das LG in hinreichender Weise – keine Behandlung während des Vollzugs, aktuelle Sicht auf die eigene Delinquenz und ihre Ursachen, fehlender Veränderungswille – in die Gesamtbewertung der Gefährlichkeit einbezogen.“ (BGH aaO)

III. Die **Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung** ist auch im Übrigen durch **§ 66b I StGB** gedeckt.

1. Das LG hat freilich **neue Tatsachen i.S. des § 66b I StGB**, d.h. solche, die erst nach der Anlassverurteilung entstanden sind oder vom Richter des Ausgangsverfahrens nicht erkannt werden konnten und auf eine erhebliche Gefährlichkeit hinweisen, **nicht feststellen** können.

*„Denn das **strafrechtlich relevante Fehlverhalten während des Vollzugs** sei jedenfalls Ausfluss des schon bei der Anlassverurteilung zu Tage getretenen Gefährdungspotenzials des Verurteilten. Von den Vorgutachtern in den Verfahren wegen der beiden Kapitalverbrechen sei zwar nicht die Diagnose einer dissozialen Persönlichkeitsstörung gestellt, aber das entsprechende Persönlichkeitsbild klar beschrieben worden.“ (BGH aaO)*

2. Nach **§ 66b I 2 StGB** kann materieller Anlass für die nachträgliche Anordnung der Maßregel auch sein, dass **die vom Verurteilten ausgehende Gefahr zur Zeit der Verurteilung zwar schon erkennbar** gewesen ist, **Sicherungsverwahrung seinerzeit aber aus rechtlichen Gründen nicht angeordnet werden konnte**.

- a) Die **sachlichen Voraussetzungen** des § 66b I 2 StGB sind gegeben.

„Gegen den Verurteilten konnte bei der Verurteilung im Jahre 1997 aus rechtlichen Gründen keine Sicherungsverwahrung angeordnet werden. Denn die formellen Voraussetzungen des § 66 I 2 StGB waren nicht erfüllt.

Mit fehlerfreien Erwägungen ist das LG davon ausgegangen, dass es zur Zeit der Anlassverurteilung der nach § 66b I StGB erforderlichen zweiten Vorverurteilung mit Symptomcharakter (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 107 = StV 2007, 633; NStZ 2008, 453) ermangete. Erst der durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.01.1998 (BGBl I, 160) mit Wirkung zum 31.01.1998 – und damit nach der Anlassverurteilung – eingeführte § 66 III 1 StGB schuf die Möglichkeit der Anordnung der Maßregel bei der Begehung von nur zwei Symptomtaten (vgl. BGH NJW 2006, 3154 = NStZ-RR 2007, 108).

Die Verurteilung vom 25.08.1983 zu Freiheitsstrafe von einem Jahr wegen Hehlerei konnte zur Begründung der formellen Voraussetzungen des § 66 I StGB nicht herangezogen werden. Denn ihr wohnt kein Symptomcharakter für den Hang des Verurteilten zur Begehung schwerer Gewaltdelikte inne.

Die zweite Verurteilung wegen Rowdytums zu „17 Monaten Haft“ schied als relevante Vorverurteilung schon aus formalen Gründen aus. Denn zwischen der zu Grunde liegenden Tat und dem versuchten Mord als nächster Symptomtat war „Rückfallverjährung“ (§ 66 IV 3 u.4 StGB) eingetreten. Das erschließt sich letztlich aus dem Gesamtzusammenhang des angefochtenen Urteils, das sonst hinsichtlich der Bezeichnung maßgeblicher Fristen sehr genau abgefasst, danach auch in diesem Punkt nicht als lückenhaft anzusehen ist. Daher bedarf die Frage keiner weiteren Vertiefung, ob – was fern liegt – eine derartige Vorverurteilung mit ihrem Strafmaß – ungeachtet der Frage ihrer Verwertbarkeit gem. §§ 64a III 2, 51 BZRG – überhaupt als Symptomtat für die Anordnung von Sicherungsverwahrung herangezogen werden durfte.

Die Verurteilung erfolgte spätestens im Jahr 1979, die Verbüßung war danach, wie die Revision selbst einräumt, schon etwa Mitte 1980 erledigt. Anschließend befand sich der Verurteilte, unterbrochen nur von der einjährigen Strafvollstreckung auf Grund der Verurteilung wegen Hehlerei, bis zur ersten entscheidenden Tatbegehung in 1986 mehr als fünf Jahre auf freiem Fuß (§ 66 IV a StGB). Die zwischenzeitlich begangenen Taten der Urkundenfälschung (in Tateinheit mit versuchtem Betrug) und Hehlerei, derentwegen er in den Jahren 1981 und 1983 verurteilt worden ist, unterbrechen den Lauf der Frist nach § 66 IV 3 StGB nicht, weil es sich bei ihnen nicht um Symptomtaten handelt und hinsichtlich der Verurteilung aus dem Jahr 1981 die Strafgrenze von einem Jahr nicht erreicht ist.“ (BGH aaO)

- b) Die Regelung des **§ 66b I 2 StGB** beansprucht zunächst **Gültigkeit für solche sog. „Altfälle“**, in denen bis zum 29.07.2004 **auf Grund fehlender bzw. eingeschränkter Anwendbarkeit des Rechts der Sicherungsverwahrung** auf im Beitrittsgebiet begangene Taten Sicherungsverwahrung **nicht angeordnet werden konnte**.

Ferner erfasst sie ohne weitere Einschränkung Taten, die die Voraussetzungen des mit Wirkung zum 31.01.1998 (BGBl I, 160) in Kraft gesetzten § 66 III StGB erfüllten, aber vor dessen Inkrafttreten begangen bzw. vor der mit Wirkung zum 29.07.2004 erfolgten Streichung des Art. 1a EGStGB durch das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (BGBl I, 1838) abgeurteilt wurden.

- aa) Vorliegend wurden die **Taten vor dem Inkrafttreten des § 66 III StGB begangen und abgeurteilt**. Sie bilden damit einen Teilkomplex der letztgenannten Fallgruppe.

Es besteht **kein Anlass, § 66b I 2 StGB** in dem Sinne **einengend zu interpretieren**, dass die Vorschrift lediglich Fälle erfasst, in denen die Norm, welche die Anordnung von Sicherungsverwahrung gestattet, bei Aburteilung prinzipiell schon in Kraft war und lediglich auf Grund räumlicher und/oder zeitlicher Begrenzung auf den Verurteilten nicht anzuwenden war.

*„Eine **derartige Einschränkung ist dem Wortlaut des § 66b I 2 StGB nicht zu entnehmen**. Sie würde dem Willen des Gesetzgebers und den von ihm verfolgten **Schutzzwecken widersprechen**. Wie sich aus den Gesetzesmaterialien eindeutig ergibt (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses – BT-Dr 16/4740, S. 22f.), wollte der Gesetzgeber gerade auch diese Fallgruppe erfassen. Der auf eine engere Gesetzesfassung abzielende Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Dr 16/4740, S. 18) vermochte sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchzusetzen.*

Sachgründe für eine unterschiedliche Behandlung der in Frage stehenden Gruppen von „Altfällen“ sind nicht vorhanden: Namentlich ist eine einengende Interpretation im bezeichneten Sinn nicht unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes geboten, sondern würde im Gegenteil – auch von Verfassungs wegen – nicht zu rechtfertigende Widersprüche bewirken. Denn das Vertrauen auf den Nichtbestand einer § 66 III StGB entsprechenden Regelung verdient jedenfalls keinen höheren Schutz als das Vertrauen in den anderen „Altfällen“. So war im Einigungsvertrag für im Beitrittsgebiet begangene „Altataten“ ein Vertrauenstatbestand in Bezug auf den Ausschluss der Sicherungsverwahrung geschaffen und in der Folge durch den Gesetzgeber mehrfach bestätigt worden. Trotz des hierdurch begründeten schutzwürdigen Vertrauens „der höchsten Stufe“ (BVerfG NJW 2009, 980; Peglau NJW 2008, 1634) ist der durch § 66b I 2 StGB eingeräumte Vorrang des Schutzes der Rechtsgemeinschaft vor einzelnen besonders gefährlichen Tätern als überragendes Gemeinwohlinteresse verfassungsrechtlich anerkannt worden (BVerfG NJW 2009, 980; BGHSt 52, 205 = NJW 2008, 1682 = NStZ 2008, 330; zur Abwägung vgl. auch BVerfGE 109, 133 = NJW 2004, 739; BVerfGE 109, 190 = NJW 2004, 750; BVerfG NJW 2006, 3483 = NStZ 2007, 87). Die Abwägung kann in Fällen wie dem hier zu beurteilenden nicht abweichend ausfallen.“ (BGH aaO)

- bb) Die Anwendbarkeit des § 66b I 2 StGB auf die vorliegende Fallkonstellation lässt sich zudem bereits eindeutig aus der **Grundsatzentscheidung des BGH zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm** entnehmen (BGHSt 52, 209 = NJW 2008, 1682 = NStZ 2008, 330).

„Die Entscheidung betraf zwar einen im Beitrittsgebiet abgeurteilten „Altfall“, der indes vor Inkrafttreten der allein die Sicherungsverwahrung ermöglichenden Vorschrift des § 66 III StGB abgeurteilt worden war. Wollte man die Norm nur auf Fälle besonderer räumlicher und zeitlicher Ausnahmen von der generell gegebenen Möglichkeit der Verhängung von Sicherungsverwahrung beschränken, hätte nachträgliche Sicherungsverwahrung gegen den damals betroffenen Verurteilten genauso wenig angeordnet werden dürfen wie gegen einen zur selben Zeit in den alten Ländern Abgeurteilten.“ (BGH aaO)

- cc) Zur **Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** ist der Anwendungsbereich des § 66b I 2 StGB – noch über die für die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung generell bestehenden engen Grenzen hinaus – besonders stark einzuschränken.

*„Die **notwendige Beschränkung ist innerhalb des Kreises derjenigen Verurteilten**, die die sachlichen Voraussetzungen für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung i. V. mit § 66b I 2 StGB **erfüllen, nach Gefährlichkeitsaspekten** (zur Abgrenzung vgl. BGH StraFo 2008, 435) **vorzunehmen**. Danach kann die Regelung nur in besonderen Ausnahmefällen einiger weniger hochgefährlicher Täter angewendet werden (BVerfG NJW 2009, 982 m.w. Nachw.). Der **verfassungsrechtlich zwingend erforderlichen restriktiven Handhabung der Vorschrift des § 66b I 2 StGB ist dabei schon durch eine entsprechende Prüfung der Antragstellung durch die Staatsanwaltschaften Rechnung zu tragen**.“ (BGH aaO)*

StGB **Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen** StGB
 §§ 86, 86a

in Fremdsprache übersetzte Nazi-Parole

(BGH in NJW 2010, 163; Urteil vom 13.08.2009 – 3 StR 228/09)

1. Der **in eine andere Sprache übersetzte Leitspruch einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation ist kein Kennzeichen, das der Originalparole i.S. des § 86a II 2 StGB zum Verwechseln ähnlich ist.**
2. Der **Name einer Vereinigung oder Organisation nach § 86 I Nr. 2 u. 4 StGB ist als solcher kein Kennzeichen i.S. des § 86a II 1 StGB.**

Fall: Die rechtsextremistische Vereinigung „Blood & Honour Division Deutschland“ ist seit 2001 bestandskräftig verboten, da sich die Aktivitäten der Vereinigung gegen die verfassungsmäßige Ordnung und den Gedanken der Völkerverständigung richteten. Der Angekl., dem dieses Verbot bekannt war, transportierte in seinem Fahrzeug 100 schwarze T-Shirts in unterschiedlichen Größen, die zum Verbreiten bestimmt waren. Die T-Shirts waren wie folgt bedruckt: Die Vorderseite wies den roten Schriftzug „Blood & Honour/C18“ auf, ferner in weißer Farbe eine Hand mit Revolver und darunter wieder in roter Schrift „support your local section“. Auf der Rückseite waren die Schriftzüge „Blood & Honour is our voice Combat 18 is our choice“ aufgedruckt. Dass es sich bei den Worten „Blood & Honour“ um die englische Übersetzung der Parole „Blut und Ehre“ der Hitlerjugend handelte, war dem Angekl. bekannt. Die T-Shirts wurden anlässlich einer Polizeikontrolle sichergestellt.

I. **Fraglich ist, ob die auf den T-Shirts auf der Vorder- und Rückseite aufgebraute englische Wortkombination „Blood & Honour“ dem von der Hitlerjugend als ehemaliger nationalsozialistischer Organisation gebrauchten Leitspruch „Blut und Ehre“ zum Verwechseln ähnlich i.S. des § 86 II 2 StGB (i.V. mit § 86a I Nr. 1 u. 2 sowie § 86 I Nr.4 StGB) ist.**

1. **§ 86a StGB dient der Abwehr der symbolhaft durch die Verwendung eines Kennzeichens ausgedrückten Wiederbelebung bestimmter verfassungsfeindlicher Organisationen.** Als **abstraktes Gefährdungsdelikt** wehrt die Vorschrift Gefahren ab, die allein mit dem äußeren Erscheinungsbild solcher Kennzeichen verbunden sind, und verbannt deshalb die von diesen Organisationen verwendeten Symbole aus dem Bild des politischen Lebens.

BGHSt 52, 364 = NJW 2009, 928 = NSTZ 2009, 88; BVerfG NJW 2009, 2805

2. **An diesem Schutzzweck orientiert sich die Wortauslegung des Begriffs der „Ähnlichkeit“ i.S. des § 86a II 2 StGB.**

Danach sind **nur solche Parolen**, wie auch sonstige Kennzeichen, **„zum Verwechseln ähnlich“**, denen ein **gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit mit dem Original zukommt**. Erforderlich ist hierfür eine **objektiv vorhandene Übereinstimmung in wesentlichen Vergleichspunkten**. Es muss nach dem Gesamteindruck eines durchschnittlichen Betrachters, Hörers oder Lesers eine Verwechslung mit dem Original möglich sein. Dafür genügt nicht, dass sich lediglich einzelne Merkmale des Vorbilds in der Abwandlung wiederfinden, ohne dass dadurch einem unbefangenen Betrachter, der das Original kennt, der Eindruck des Originalkennzeichens vermittelt wird.

BGHSt 47, 354 = NJW 2002, 3186 = NSTZ 2003, 31; BGH NJW 2005, 3223 = NSTZ 2006, 335; BVerfG NJW 2009, 2805

Erforderlich ist ferner, dass **das Vorbild tatsächlich als Kennzeichen einer verbotenen Organisation existiert**. **Reine Fantasiekennzeichen**, die nur den Anschein der Zuordnung zu einer Organisation erwecken, **werden von dem Tatbestand nicht erfasst**.

BGH NJW 2005, 3223 = NStZ 2006, 335

3. **Eine diesen Maßstäben genügende Ähnlichkeit mit dem Originalleitspruch der Hitlerjugend weist die englische Wortkombination „Blood & Honour“ nicht auf.**

„Dabei kommt es – anders als beim Gebrauch der Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“ (BGH, NJW 2005, 3223 = NStZ 2006, 335) – hier nicht entscheidend darauf an, dass das Begriffspaar in einen Gesamtkontext eingebettet war. Denn selbst bei seiner isolierten Betrachtung ist die Gefahr einer Verwechslung mit der Losung der Hitlerjugend ausgeschlossen.“ (BGH aaO)

- a) Die Beantwortung der Frage, ob **Verwechslungsfähigkeit i.S. des § 86a II 2 StGB** besteht, erfordert nach den oben dargelegten Auslegungsgrundsätzen einen **Gesamtvergleich des ursprünglichen Kennzeichens mit dem neu geschaffenen.**

*„Zu berücksichtigen sind hierbei alle wesentlichen Merkmale, die das Original prägen. Ergibt dieser Vergleich, dass das Vorbild infolge der vorgenommenen Veränderungen oder Ergänzungen eine so starke Verfremdung erfahren hat, dass sein ursprüngliches Erscheinungsbild in den Hintergrund tritt oder dass es dadurch sogar seinen **Bedeutungsgehalt** verliert, besteht die Gefahr einer Verwechslung nicht (BGH NJW 2005, 3223 = NStZ 2006, 335; BVerfG NJW 2009, 2805; Reuter, Verbotene Symbole, S. 147). Dies entspricht der Intention des Gesetzgebers, der durch die Einführung des § 86a II 2 StGB lediglich die Strafbarkeit leicht abgewandelter Symbole nationalsozialistischer Organisationen sicherstellen wollte (BT-Dr 12/6853, S. 23).“ (BGH aaO)*

- b) Für die Annahme einer Verwechslungsgefahr ist es **nicht allein ausreichend, dass** das Begriffspaar „Blood & Honour“ in der **wortgetreuen Übersetzung den gleichen Sinngehalt aufweist** wie die Losung „Blut und Ehre“ der Hitlerjugend.

„Dabei verkennt der Senat nicht, dass der Gebrauch der englischen Sprache in weiten Teilen der Bevölkerung geläufig ist und die Erfassbarkeit der Bedeutung der Begriffe hier zudem dadurch begünstigt wird, dass das Wort „blood“ im Klang- und Schriftbild dem deutschen Wort „Blut“ durchaus ähnelt und das englische Wort „honour“ im deutschen Sprachgebrauch vergleichbare Anklänge findet, etwa in „honorig“ im Sinne von ehrenhaft. Der Senat sieht auch, dass die Parolen metrisch übereinstimmen und die englischen Worte in einen auch im Übrigen nationalsozialistischen Kontext eingebettet sind. Der Gebrauch der Zahlenfolge 18 ist in rechtsextremistischen Kreisen eine geläufige Verschlüsselung für die Buchstaben AH (= Adolf Hitler), die an erster und achter Stelle des Alphabets stehen.

*Durch diese Umstände wird zwar – fraglos gewollt – ein leicht erkennbarer Zusammenhang zur Losung der Hitlerjugend hergestellt. Dies reicht indes für eine Verwechslungsfähigkeit i.S. des § 86a II 2 StGB nicht aus (ebenso Reuter, S. 172): Die englische Übersetzung stellt nicht nur eine leichte und deshalb verwechselbare Abwandlung des Vorbilds dar, sondern bewirkt eine **grundlegende Umgestaltung des Symbolgehalts des Kennzeichens**, das in dieser neu geschaffenen Form von der Hitlerjugend nie benutzt wurde. Die Übereinstimmung beider Kennzeichen erschöpft sich letztlich im **identischen Sinngehalt**. Dieser **hat jedoch den Leitspruch der Hitlerjugend nicht allein geprägt**. Vielmehr ist diese **Losung, wie alle Parolen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen, untrennbar mit dem Gebrauch der deutschen Sprache verknüpft**, die sämtlichen NS-Leitsprüchen eine unverwechselbare Prägung verliehen hat. Das **typische Erscheinungsbild der Parole der Hitlerjugend wird durch die Übersetzung in die englische Sprache (oder in andere Sprachen) deshalb grundlegend verändert**. Sie verliert dadurch den sie prägenden **Symbolcharakter**. Durch die Übertragung in eine andere Sprache ist deshalb ein neues Kennzeichen entstanden, das in dem Vorbild keine Entsprechung findet.“ (BGH aaO)*

- c) **Derart umgestaltete Symbole unterfallen jedoch nicht dem Schutzzweck des § 86a StGB.**

*„Die Vorschrift dient nicht dazu, jedwedes Bekenntnis zu einer verfassungsfeindlichen oder nationalsozialistischen Organisation unter Strafe zu stellen (vgl. Reuter, S. 151), sondern tabuisiert lediglich tatsächlich existierende oder diesen zum Verwechseln ähnliche Symbole dieser Organisationen. Dafür reicht es nicht aus, dass **neue Kennzeichen lediglich einen Bezug zu dem Originalkennzeichen herstellt**, aber nicht mehr dessen typischen Symbolcharakter vermittelt. Auf der Grundlage der vom LG vertretenen Rechtsauffassung kommt deshalb eine Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen § 86a StGB nicht in Betracht.“ (BGH aaO)*

- II. Der Angekl. könnte sich jedoch deshalb wegen **Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen** strafbar gemacht haben, weil die T-Shirts, die er

zum Verbreiten vorrätig hielt, mit dem Namen der i.S. des § 86 I Nr.2 StGB in Deutschland unanfechtbar verbotenen Vereinigung „Blood & Honour“ bedruckt waren.

1. Allerdings ist **der Name einer Vereinigung als solcher**, sofern nicht weitere Umstände hinzutreten, **kein Kennzeichen i.S. des § 86a II 1 StGB**.

str.; ebenso Fischer, StGB, 56. Aufl., § 86a Rn 3a; a.A. MüKo-StGB/Steinmetz, § 86a Rn 7; Reuter, S. 140; bejahend für die Abkürzung NSDAP: OLG Hamm NSTZ-RR 2004, 12 = NJW 2004, 1339; Steinmetz NSTZ 2004, 444; Stegbauer JR 2002, 186

- a) Die **Rspr.** hat mit Blick auf den Schutzzweck der Norm einen **weiten Kennzeichenbegriff** entwickelt.

BGHSt 52, 364 = NJW 2009, 928 = NSTZ 2009, 88

Kennzeichen sind danach **alle sicht- und hörbaren Symbole, deren sich die in § 86 I Nr. 1, 2 u. 4 StGB aufgeführten Organisationen bedienen und bedient haben**, um propagandistisch auf ihre politischen Ziele und die Zusammengehörigkeit ihrer Anhänger hinzuweisen. Für die Kennzeicheneigenschaft kommt es dabei weder darauf an, ob das Symbol einen gewissen Bekanntheitsgrad als Erkennungszeichen einer bestimmten Vereinigung oder Organisation besitzt (vgl. BGHSt 47, 354 = NJW 2002, 3186 = NSTZ 2003, 31), noch ist von Bedeutung, ob das Kennzeichen mehrdeutig ist und deshalb auch in unverfänglichen Zusammenhängen Verwendung findet (vgl. zum stilisierten Keltenkreuz BGHSt 52, 364 = NJW 2009, 928 = NSTZ 2009, 88).

Maßgeblich für die Begründung der Kennzeicheneigenschaft ist allein, **dass sich die Organisation ein bestimmtes Kennzeichen durch Übung oder durch einen formalen Autorisierungsakt als Symbol zu eigen gemacht hat.**

- b) Der **Wortlaut des § 86a II 1 StGB** setzt aber mit Blick auf den verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz der Bestimmtheit der Norm (Art. GG Artikel 103 GG Artikel 103 Absatz II GG) **der Auslegung des Kennzeichenbegriffs eine äußerste Grenze**, die nicht überschritten werden darf (BVerfGE 64, 389 = NJW 1984, 225 = NSTZ 1983, 509).

„Bei der Auslegung darf deshalb nicht außer Acht gelassen werden, dass das Gesetz – wenngleich nicht abschließend, aber dennoch beispielhaft – markante Kennzeichen aufzählt, namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen, die dem Tatbestand unterfallen sollen. Durch diese Aufzählung wird jedoch gleichzeitig die Reichweite des Tatbestands bestimmt. Dies bedeutet, dass von der Vorschrift nur solche körperlichen und nichtkörperlichen Erkennungszeichen erfasst werden, die einen den beispielhaft aufgeführten Kennzeichen entsprechenden Symbolcharakter aufweisen. Erforderlich ist deshalb, dass sie einen gedanklich an das äußere Erscheinungsbild gekoppelten, jedoch über dessen unmittelbaren Informationsgehalt hinausgehenden Sinn vermitteln (Stegbauer, Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts, S. 94). Anerkannt ist dies etwa für Lieder und Kopfbilder von Personen, die sinnbildhaft für eine Organisation oder Vereinigung stehen (vgl. BGH MDR 1965, 923 – für das Horst-Wessel-Lied und das Kopfbild Hitlers; BVerfG NJW 2009, 2805 – für den Anfang des Horst-Wessel-Lieds; abl. hingegen für das Kopfbild von Rudolph Heß: OLG Rostock NSTZ 2002, 320).“ (BGH aaO)

- c) Jedenfalls **der bloßen, nicht abgekürzten Namensbezeichnung einer Vereinigung kommt ein solcher** über den Informationsgehalt hinausgehender **Symbolcharakter nicht zu**. Sie erschöpft sich vielmehr darin, die Vereinigung zu benennen, ohne darüber hinaus, vergleichbar mit den im Gesetz aufgeführten Kennzeichen, in symbolhafter Weise zu wirken (vgl. Fischer, § 86a Rn 3a).
- d) **Anders** verhält es sich freilich dann, **wenn sich eine Vereinigung zur Namensgebung einer Parole oder einer Grußformel bedient**, die ihrerseits Symbol einer anderen verbotenen Organisation ist oder einem solchen Kennzeichen im oben dargestellten Sinn jedenfalls ähnelt.

„Dadurch, dass ein verbotenes Sinnbild von einer anderen Vereinigung als Name verwendet wird, verliert es nicht seinen ursprünglichen Kennzeichencharakter. Die Tatbestandsvor-

aussetzungen des § 86a StGB sind darüber hinaus auch dann erfüllt, wenn der Name der verbotenen Vereinigung eine bestimmte Formgebung erfahren hat, etwa als Parteiabzeichen gestaltet ist oder in signifikanten Schriftzügen dargestellt wird (vgl. etwa für die Sigrunen der SS und des Jungvolks BGH NSTZ 1983, 261, und bei Schmidt MDR 1986, 177). Durch eine solche Modifikation wird dem Namen einer Vereinigung regelmäßig auch der Charakter eines Sinnbilds verliehen.

Mit der zuletzt genannten Möglichkeit hat sich das LG nicht auseinandergesetzt: Ob die Schriftzüge des Namens der verfassungswidrigen Organisation „Blood & Honour“ auf den T-Shirts gestalterisch hervorgehoben waren und hierdurch einen die Vereinigung kennzeichnenden Symbolcharakter erfahren haben, kann den Gründen des angefochtenen Urteils nicht entnommen werden. Der Senat vermag deshalb nicht zu beurteilen, ob unter dem Gesichtspunkt einer symbolhaften Namensverwendung eine Strafbarkeit des Angekl. nach § 86a StGB begründet ist.“ (BGH aaO)

- III. Auch wenn diese Ergebnisse zur Konsequenz haben, dass die Verwendung übersetzter NS-Parolen und gestalterisch nicht modifizierter Namen verfassungswidriger Vereinigungen oder ehemaliger NS-Organisationen unabhängig von den Gesamtumständen ihres Gebrauchs unter dem Aspekt des § 86a StGB straffrei bleibt und dass deshalb einschlägige Kreise diesen Umstand für ihre Zwecke missbrauchen, kann dies es jedoch nicht rechtfertigen, bei der **Auslegung des § 86a II 1 u. 2 StGB** unter **Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG** die äußerste **Wortlautgrenze der Vorschrift zu überschreiten**.

„Dessen hätte es jedoch bedurft, um für solche Fallgestaltungen eine Strafbarkeit nach § 86a StGB zu begründen.

Hinzu kommt zum einen, dass auch das **Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit** gegen eine Ausdehnung des Tatbestands auf den fremdsprachigen Gebrauch von NS-Parolen spricht. Die Tatbestandsmäßigkeit hinge bei diesen Fallgestaltungen entscheidend davon ab, ob die jeweilige Sprache, in die der Leitspruch übersetzt ist, einen ausreichenden Verbreitungsgrad in der Bevölkerung erfahren hat, um eine Verwechslungsgefahr i.S. des § 86a II 2 StGB begründen zu können. Ob und wann dies der Fall ist, wird sich jedoch nicht zuverlässig bestimmen lassen, so dass im Einzelfall die Vorhersehbarkeit strafbaren Verhaltens nicht mehr hinreichend gewährleistet wäre.

Wollte man zum anderen schon den bloßen Namen einer von § 86 I Nr. 2 oder 4 StGB erfassten Organisation dem § 86a II 1 StGB subsumieren, so hätte dies eine ausufernde, mit dem Schutzzweck des § 86a StGB kaum mehr zu rechtfertigende Ausdehnung der Strafbarkeit zur Folge. Denn damit würde beispielsweise schon jede öffentliche Nennung dieses Namens, die nicht der Sozialadäquanzklausel des § 86a III StGB i.V. mit § 86 III StGB unterfällt, vom objektiven Tatbestand des § 86a I Nr.1 StGB erfasst.“ (BGH aaO)

- IV. Gleichwohl sind **Sachverhalte wie der vorliegende nicht notwendigerweise straffrei**.

„Werden die **Namen verfassungswidriger oder ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen oder Übersetzungen von NS-Parolen** etwa in einem propagandistischen Zusammenhang gebraucht, kommt eine **Strafbarkeit nach §§ 86 I Nr. 2 u. 4, 86 II StGB** in Betracht.

Zudem können Verhaltensweisen wie die hier zu beurteilenden als **Verstoß gegen das Verbot dem Tatbestand des § 85 StGB** unterfallen.“ (BGH aaO).

GG **Zulässigkeit von Sonderrecht bei Art. 5 GG** VerfR/StGB
 Art. 5 **Verfassungsmäßigkeit von § 130 IV StGB**
 StGB § 130 IV **und Anwendungsmaßstäbe**

(BVerfG in NJW 2010, 47; Beschluss vom 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08)

1. Der **Tod eines Beschwerdeführers** hindert die Entscheidung über seine Verfassungsbeschwerde bei fortgeschrittenem Verfahren nicht.
2. Der Inhalt einer Meinungsäußerung, der **im Rahmen des Art. 5 GG nicht unterbunden werden darf**, kann **nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen** herangezogen werden, die das Grundrecht **des Art. 8 GG** beschränken.
3. Die EMRK ist insofern für eine Verfassungsbeschwerde relevant, als dass **Gewährleistungen der Konvention** in der Auslegung des EGMR die **Auslegung der Grundrechte beeinflussen** und bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts von den Fachgerichten **zu berücksichtigen** sind. Ein **Verstoß gegen diese Berücksichtigungspflicht** kann dabei grundsätzlich als **Verstoß gegen** das in seinem Schutzbereich berührte **Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip** gerügt werden.
4. Nicht schon jede Anknüpfung an den **Inhalt von Meinungen** als solche einem Gesetz den Charakter als **allgemeines Gesetz**.
5. Art. 5 I und II GG ist für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, eine **Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts** für meinungsbezogene Gesetze immanent.
6. Der **Schutz des öffentlichen Friedens** ist nur dann ein legitimer Zweck, wenn er nicht vor subjektiver Beunruhigung schützen soll, sondern der **Gewährleistung von Friedlichkeit** dient.

Fall: B meldete im Voraus bis in das Jahr 2010 jährlich wiederkehrend, darunter auch für den 20.08.2005, eine Veranstaltung unter freiem Himmel in der Stadt Wunsiedel mit dem Thema „Gedenken an Rudolf Heß“ an. Dort befindet sich das Grab von Rudolf Heß. In diesem Jahr sollte die geplante Veranstaltung zusätzlich das Motto tragen „Seine Ehre galt ihm mehr als die Freiheit.“

Mit Bescheid vom 29.06.2005 verbot das Landratsamt unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Veranstaltung unter Berufung auf § 15 I VersG i.V.m. § 130 IV StGB sowie jede Form von Ersatzveranstaltungen sowohl unter freiem Himmel als auch in geschlossenen Räumen im Bereich des Stadtgebiets Wunsiedel. Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz blieben durch alle Instanzen erfolglos. Gegen den Bescheid vom 29.06.2005 erhob der Bf. vor dem VG Klage in der Hauptsache, die mit Urteil vom 09.05.2006 abgewiesen wurde. Die hiergegen gerichtete Berufung wies der VGH München mit Urteil vom 26.03.2007 (24 B 06.1894, BeckRS 2007, 22579) gleichfalls zurück. Nachdem B auch mit seiner Revision vor dem BVerwG unterlag (BVerwG, NJW 2009, 98) erhob er Verfassungsbeschwerde sowohl gegen § 130 IV StGB selbst als auch gegen dessen Auslegung im konkreten Fall. Er stützt seine Beschwerde auf die Verletzung von Art. 3 III, 3 I, Art. 8 I i.V.m. Art. 5 I 1, Art. 4 und Art. 103 II GG. Zudem wir eine Verletzung von Art. 10 EMRK in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gerügt. Am 29.10.2009 ist der Bf. verstorben. Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG grundsätzlich **statthaft**, da B sich als Bürger gegen eine gerichtliche Entscheidung als staatliche Maßnahme wendet, welche nach §§ 90 I, 95 1 BVerfGG ein tauglicher **Beschwerdegegenstand** ist. Auch von der Einhaltung der **Monatsfrist** des § 93 BVerfGG für die Verfassungsbeschwerde ist auszugehen.

B müsste aber auch **beschwerdebefugt** sein. Dies ist der Fall, wenn die Verletzung eines Grundrechts oder eines grundrechtsgleichen Rechts i.S.d. Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint und B **selbst, unmittelbar** und **gegenwärtig** betroffen ist.

1. Tod des B

Die Beschwerdebefugnis könnte mit dem Tod des B entfallen sein.

*„Darüber, welche Folgen der Tod des B auf ein anhängiges Verfassungsbeschwerdeverfahren hat, ist **gesetzlich nichts bestimmt**. Zwar ist in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt, dass sich eine Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung **höchstpersönlicher Rechte** des B im Falle seines Todes **erledigt** (vgl. BVerfG NJW 1957, 865; BVerfGE 12, 311 [315]; BVerfG NJW 2004, 999; BVerfG NJW 2007, 351). Dieser Grundsatz gilt indes nicht ausnahmslos. Das BVerfG hat bereits früh betont, dass sich diese Frage letztlich nur für den einzelnen Fall **unter Berücksichtigung der***

Art des angegriffenen Hoheitsakts und des Standes des Verfassungsbeschwerdeverfahrens entscheiden lässt (vgl. BVerfGE 6, 389 [442] = NJW 1957, 865).

Vorliegend wurde B unter **mehrmaliger Ablehnung** seiner Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz auf den Rechtsweg in der Hauptsache verwiesen, um die sich stellenden schwierigen **Fragen zunächst von den Fachgerichten klären** zu lassen und sie dann **gegebenenfalls dem BVerfG** in aufbereiteter Form einer Prüfung zuzuführen. Er hat mit Blick auf die **grundsätzliche Bedeutung des Verfahrens** und als Versammlungsveranstalter im Interesse zahlreicher Betroffener daraufhin den Rechtsweg durch drei Instanzen erfolglos durchlaufen und Verfassungsbeschwerde erhoben. Beim Tod des B hatten die **Bundesregierung** und die **Landesanwaltschaft Bayern** unter Bezugnahme auf die grundlegende Bedeutung der Entscheidung etwa für den öffentlichen Frieden **bereits ausführlich Stellung** genommen; die **Sache war entscheidungsreif**, der Senat hatte sie beraten, und das Verfahren stand unmittelbar vor seinem Abschluss.

Zudem soll die erstrebte Entscheidung über die höchstpersönliche Betroffenheit des B hinaus **Klarheit über die Rechtslage für Meinungsäußerungen** bei einer Vielzahl zukünftiger Versammlungen und öffentlichen Auftritten schaffen und hat folglich **allgemeine verfassungsrechtliche Bedeutung**. Da die Verfassungsbeschwerde auch die Funktion hat, das objektive Verfassungsrecht zu wahren, auszulegen und fortzubilden (vgl. BVerfGE 98, 218 [242f.] = NJW 1998, 2515), kann das BVerfG unter diesen Umständen auch nach Versterben des B **über seine Verfassungsbeschwerde entscheiden.**“ (BVerfG aaO)

2. Möglichkeit der Rechtsverletzung

Die Verletzung in den geltend gemachten Rechten darf nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein.

a) Zulässigkeit wegen Art. 8 I i.V.m. Art. 5 I, II GG und Art. 3 III, I, 103 II GG

„Als **Bestätigung eines Versammlungsverbots** kann die angegriffene Entscheidung B in seinem Recht aus Art. 8 I GG verletzen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die **Versammlung in verfassungsrechtlich nicht tragfähiger Weise wegen ihres Inhalts verboten** wird. Denn der Inhalt einer Meinungsäußerung, der im Rahmen des Art. 5 GG nicht unterbunden werden darf, kann nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 GG beschränken. Dabei richtet sich die Reichweite der Versammlungsfreiheit insoweit nach dem Umfang des von Art. 5 I und II GG gewährten Schutzes (vgl. BVerfGE 90, 241 [246] = NJW 1994, 1779; BVerfGE 111, 147 [154f.] = NJW 2004, 2814).

Auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Rügen einer Verletzung von Art. 3 III, 3 I und Art. 103 II GG bestehen keine Bedenken.“ (BVerfG aaO)

c) Unzulässigkeit wegen Art. 4 I GG und Art 10 EMRK i.V.m. Rechtsstaatsprinzip

„Für eine Betroffenheit des B. in Art. 4 I GG sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Unzulässig ist die Verfassungsbeschwerde auch bezüglich Art. 10 EMRK in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Allerdings **beeinflussen die Gewährleistungen der Konvention** in der Auslegung des EGMR die **Auslegung der Grundrechte** und sind bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts von den Fachgerichten **zu berücksichtigen** (vgl. BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427; BVerfGE 83, 119 [128] = NJW 1991, 1043; BVerfGE 111, 307 [317] = NJW 2004, 3407). Ein **Verstoß gegen diese Berücksichtigungspflicht** kann dabei grundsätzlich als **Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip** gerügt werden (vgl. BVerfGE 111, 307 [316] = NJW 2004, 3407). Es **fehlt** insoweit indes vorliegend **an einem substantiierten Vorbringen**. B hat sich in keiner Weise sachlich mit den Gewährleistungen der Konvention auseinandergesetzt.“ (BVerfG aaO)

Die Verfassungsbeschwerde des B ist daher zulässig, soweit mit ihr eine Verletzung der Art. 3 III, 3 I, Art. 8 I i.V.m. Art. 5 I 1 und Art. 103 II GG geltend gemacht wird. Im Übrigen ist sie unzulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn B durch § 130 IV StGB in seinen Grundrechten verletzt wird oder diese Norm vom BVerwG in verfassungsrechtlich zu beanstandender Weise angewendet worden ist.

I. Verfassungswidrigkeit von Art. 130 IV StGB

1. Verstoß gegen Art. 5 I, II GG

§ 130 IV StGB könnte gegen die in Art. 5 I, II GG geschützte Freiheit der Meinungsäußerung verstoßen.

a) Schutzbereich des Art. 5 I GG

Die von B zu erwartenden Äußerungen müssten in den Schutzbereich des Art. 5 I GG fallen

„Art. 5 I 1 GG gewährleistet jedermann das Recht, seine **Meinung frei zu äußern und zu verbreiten**. Meinungen sind durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage geprägt (vgl. BVerfGE 7, 198 [210] = NJW 1958, 97). Für sie ist das **Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens** kennzeichnend (vgl. BVerfGE 7, 198 [210] = NJW 1958, 97; BVerfGE 61, 1 [8] = NJW 1983, 1415; BVerfGE 90, 241 [247] = NJW 1994, 1779). Insofern lassen sie sich auch nicht als wahr oder unwahr erweisen. Sie genießen den Schutz des Grundrechts, **ohne dass es darauf ankommt**, ob die Äußerung **begründet** oder **grundlos**, **emotional** oder **rational** ist, als **wertvoll** oder **wertlos**, **gefährlich** oder **harmlos** eingeschätzt wird (vgl. BVerfGE 90, 241 [247] = NJW 1994, 1779). Die Bürger sind dabei rechtlich auch nicht gehalten, die der Verfassung zu Grunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Das **Grundgesetz** baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, **erzwingt die Werteloyalität aber nicht** (vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 2001, 2069 [2070]; NJW 2009, 908 [909]).“ (BVerfG aaO)

Geschützt sind damit von Art. 5 I GG auch Meinungen, die auf eine grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und wie weit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind.

„Dementsprechend fällt selbst die **Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 I GG** heraus.“ (BVerfG aaO)

b) Eingriff in den Schutzbereich

Indem § 130 IV StGB an die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft anknüpft und diese unter weiteren Voraussetzungen unter Strafe stellt, greift die Vorschrift in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit ein.

c) Rechtfertigung

Dieser Eingriff müsste gerechtfertigt sein.

aa) Beschränkbarkeit

Art. 5 I GG steht nach Art. 5 II Alt. 1 GG unter dem qualifizierten Vorbehalt der allgemeinen Gesetze.

„Darunter sind Gesetze zu verstehen, die **nicht eine Meinung als solche** verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem **Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts** dienen (vgl. BVerfGE 7, 198 [209f.] = NJW 1958, 97; BVerfGE 28, 282 [292] = NJW 1970, 1837; BVerfGE 71, 162 [175f.] = NJW 1986, 1533; BVerfGE 93, 266 [291] = NJW 1995, 3303; st. Rspr.). Dieses Rechtsgut muss in der **Rechtsordnung allgemein** und damit unabhängig davon **geschützt** sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann (vgl. BVerfGE 111, 147 [155] = NJW 2004, 2814; BVerfGE 117, 244 [260] = NJW 2007, 1117).“ (BVerfG aaO)

(1) § 130 IV GG als allgemeines Gesetz

„Ausgangspunkt für die Prüfung, ob ein Gesetz ein allgemeines ist, ist zunächst die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft. Erfasst sie das fragliche **Verhalten völlig unabhängig von dem Inhalt einer Meinungsäußerung**, bestehen hinsichtlich der Allgemeinheit keine Zweifel. Knüpft sie demgegenüber an den **Inhalt einer Meinungsäußerung** an, kommt es darauf an, ob die Norm dem **Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts** dient. Die Allgemeinheit des Gesetzes verbürgt damit entsprechend dem Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung wegen politischer Anschauungen (Art. 3 III 1 Alt. 9 GG) für Eingriffe in die Meinungsfreiheit ein **spezifisches und striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Meinungen**.

Insoweit nimmt nicht schon jede Anknüpfung an den Inhalt von Meinungen als solche einem Gesetz den Charakter als allgemeines Gesetz. Das BVerfG hat stets betont, dass das **fragliche Rechtsgut schlechthin**, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung **geschützt** sein muss (vgl. BVerfG NJW 2004, 2814; BVerfG NJW 2007, 1117).

Ist dies der Fall, ist in der Regel zu vermuten, dass das Gesetz nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet ist, sondern meinungsneutral-allgemein auf die Abwehr von Rechtsgutverletzungen zielt.“ (BVerfG aaO)

Hiervon ausgehend ist § 130 IV StGB kein allgemeines Gesetz.

„Zwar dient die Vorschrift dem öffentlichen Frieden und damit dem Schutz eines Rechtsguts, das auch sonst in der Rechtsordnung vielfältig geschützt wird. Jedoch gestaltet § 130 IV StGB diesen Schutz nicht in inhaltsöffener, allgemeiner Art aus, sondern bezogen allein auf Meinungsäußerungen, die eine bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus ausdrücken. Die Vorschrift dient nicht dem Schutz von Gewaltopfern allgemein und stellt bewusst nicht auf die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der Gewalt- und Willkürherrschaft totalitärer Regime insgesamt ab, sondern ist auf Äußerungen allein in Bezug auf den Nationalsozialismus begrenzt.

Auch der Entstehungsgeschichte nach wurde die Vorschrift maßgeblich als Antwort auf öffentliche Versammlungen und Aufmärsche von Rechtsradikalen verstanden, die in ihren Kundgebungen an die Zeit des Nationalsozialismus anknüpfen – nicht zuletzt gerichtet gerade auch gegen die jährlichen Gedenkveranstaltungen für Rudolf Heß (vgl. Sitzungsprot. des Dt. BT 15/158 v. 18.02.2005, S. 14818, 14820; Innenausschussprot. 15/56 v. 07.03.2005, S. 11, 22ff., 44, 45, 53f., 57; BT-Dr 15/5051, S. 6; Sitzungsprot. des Dt. BT 15/164 v. 11.03.2005, S. 15352). Sie ist insoweit die Reaktion des Gesetzgebers auf konkrete politische, als besonders gefährlich beurteilte Auffassungen im öffentlichen Meinungskampf.

Damit ist sie kein allgemeines Gesetz, sondern Sonderrecht zur Abwehr von speziell solchen Rechtsgutverletzungen, die sich aus der Äußerung einer bestimmten Meinung, nämlich der Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft, ergeben.“ (BVerfG aaO)

(2) § 130 IV GG als Sonderrecht

Allerdings verletzt nicht jede Beschränkung, die sich als nicht als allgemeines Gesetz darstellt, bereits Art. 5 I GG, sondern kann als Sonderrecht verfassungsrechtlich zulässig sein.

(a) Sonderrecht nach Art. 5 II Alt. 3 GG

„§ 130 IV StGB kann als Sonderrecht auch nicht auf das Recht der persönlichen Ehre nach Art. 5 II Alt. 3 GG – hier bezogen auf die Würde der Opfer – gestützt werden. Das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gem. Art. 5 II Alt. 1 GG erstreckt sich auch auf Bestimmungen zum Ehrschutz.“ (BVerfG aaO)

(b) Sonderrecht aus historischen Gründen

„Angeht es sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 I und II GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent. Vor diesem Hintergrund entfaltet die propagandistische Gutheißung der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft mit all dem schrecklichen tatsächlich Geschehenen, das sie zu verantworten hat, Wirkungen, die über die allgemeinen Spannungslagen des öffentlichen Meinungskampfs weit hinausgehen und allein auf der Grundlage der allgemeinen Regeln zu den Grenzen der Meinungsfreiheit nicht erfasst werden können.

Die Offenheit des Art. 5 I und II GG für derartige Sonderbestimmungen, die sich auf Äußerungen zum Nationalsozialismus in den Jahren zwischen 1933 und 1945 beziehen, nimmt den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit nicht zurück. Insbesondere kennt das Grundgesetz kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip (vgl. so aber in der Sache: Battis/Grigoleit, NVwZ 2001, 121 [123ff.]; OVG Münster, NJW 2001, 2111), das ein Verbot der Verbreitung rechtsradikaler oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaubte.

Entsprechend gewährleistet Art. 5 I und II GG die Meinungsfreiheit als Geistesfreiheit unabhängig von der inhaltlichen Bewertung ihrer

Richtigkeit, rechtlichen Durchsetzbarkeit oder Gefährlichkeit (vgl. BVerfGE 90, 241 [247] = NJW 1994, 1779).“ (BVerfG aaO)

Nach alledem ist § 130 IV GG als Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts grundsätzlich zur Beschränkung von Art. 5 I GG geeignet.

bb) Einhaltung der Grenzen der Beschränkung

Ist eine Beschränkung zulässig, so muss sie ihrerseits jedoch den allgemeinen Verfassungsanforderungen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Sie muss also einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.

(1) Schutz des öffentlichen Friedens als legitimer Zweck

„Voraussetzung für einen Eingriff in Art. 5 I GG und maßgeblich für dessen Verhältnismäßigkeit ist die Bestimmung eines legitimen Zwecks (vgl. BVerfG NJW 1989, 2525; BVerfG NJW 2002, 663; BVerfG NJW 2003, 1787). Legitim ist grundsätzlich jedes öffentliche Interesse, das verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist. Welche Zwecke legitim sind, hängt dabei auch vom jeweiligen Grundrecht ab, in das eingegriffen wird.“

Nicht legitim ist insbesondere eine Aufhebung des in dem jeweiligen Grundrecht enthaltenen Freiheitsprinzips als solchen. Für die Meinungsfreiheit findet dies in der Wechselwirkungslehre seinen spezifischen Ausdruck: Zwischen Grundrechtsschutz und Grundrechtsschranken findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die allgemeinen Gesetze zwar Schranken setzen, diese aber ihrerseits wieder im Licht dieser Grundrechtsverbürgungen bestimmt werden müssen (vgl. BVerfG NJW 1958, 97; BVerfG NJW 1996, 1529; BVerfG NJW 2003, 1787). Die Schranken der Meinungsfreiheit dürfen deren substanziellen Gehalt nicht in Frage stellen. Dies gilt für die Auslegung ebenso wie für das beschränkende Gesetz und die mit ihm verfolgten Zwecke selbst (vgl. BVerfG NJW 1988, 329).“ (BVerfG aaO)

§ 130 IV StGB dient dem **Schutz des öffentlichen Friedens** (vgl. BT-Dr 15/4832, S.3; Innenausschuss-Dr 15(4)191, S.5; BT-Dr 15/5051, S.5). Der öffentliche Frieden ist aber nicht in jeder Auslegung ein legitimer Zweck im Rahmen des Art. 5 I GG.

„Nicht tragfähig für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Meinungsfreiheit ist ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor subjektiver Beunruhigung der Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideologien oder auf die Wahrung von als grundlegend angesehenen sozialen oder ethischen Anschauungen zielt. Ein legitimer Zweck, zu dessen Wahrung der Gesetzgeber öffentlich wirkende Meinungsäußerungen begrenzen darf, ist der öffentliche Friede jedoch in einem Verständnis als Gewährleistung von Friedlichkeit.“ (BVerfG aaO)

Ziel ist hier der Schutz vor Äußerungen, die ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt sind. Der Schutz des öffentlichen Friedens soll hier der Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders dienen.

„Hierin liegt ein legitimer Schutzzweck, der bei sachgerechtem, im Licht des Art. 5 I GG eingegrenztem Verständnis den Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertigen kann.“ (BVerfG aaO)

(2) Geeignetheit

§ 130 IV StGB muss in seiner konkreten Ausgestaltung auch geeignet sein, dem Schutz des öffentlichen Friedens zu dienen.

„§ 130 IV StGB definiert als unter Strafe gestellte Tathandlungen die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft. Bestraft wird damit das Gutheißen nicht von Ideen, sondern von realen Verbrechen, die in der Geschichte einmalig und an Menschenverachtung nicht zu überbieten sind. Bezogen auf die historische nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft weisen die Tatbestandsmerkmale der Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung auch eine hinreichende Intensität auf, um typischerweise die Friedlichkeit der politischen Auseinandersetzung zu gefährden. Ungeeignet ist die Ausgestaltung des § 130 IV StGB auch nicht insoweit, als die Bestrafung nicht nur auf Äußerungen in der Öffentlichkeit, sondern auch auf solche in geschlossenen Ver-

sammlungen erstreckt wird. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass das Gutheißen dieser Gewalt- und Willkürherrschaft in aller Regel auch **aus geschlossenen Versammlungen heraus nach außen Reaktionen hervorruft.**“ (BVerfG aaO)

Die Ausgestaltung des § 130 IV StGB ist daher geeignet, den öffentlichen Frieden in seinem Verständnis als Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung zu schützen.

(3) Erforderlichkeit

Ein milderer Mittel, das in Bezug auf die hier fraglichen Rechtsverletzungen den Schutz des öffentlichen Friedens in gleich wirksamer Weise gewährleisten kann, ist nicht ersichtlich.

(4) Angemessenheit

§ 130 IV GG muss auch angemessen sein. Hierbei kommt es auf die Mittel-Zweck Relation an, d.h. es ist zu prüfen, ob die Schwere des Grundrechtseingriffs in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des verfolgten Schutzzwecks steht.

*„§ 130 IV StGB ist insbesondere nicht in dem Sinne übermäßig weit gefasst, dass sie **inhaltlich** schon allein die **Verbreitung von rechtsradikalen** und auch an die **Ideologie des Nationalsozialismus** anknüpfenden **Ansichten** unter Strafe stellte. Weder verbietet sie generell eine zustimmende Bewertung von Maßnahmen des nationalsozialistischen Regimes, noch eine positive Anknüpfung an Tage, Orte oder Formen, denen ein an diese Zeit erinnernder Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt. Die **Strafandrohung** ist auf die **Gutheißen** allein der **historisch real gewordenen Gewalt- und Willkürherrschaft** unter dem Nationalsozialismus begrenzt, für die Deutschland eine fortwirkende, besondere, geschichtlich begründete Verantwortung trägt. Ergänzend verlangt der Straftatbestand, dass diese **untersagte Bekräftigung** auch tatsächlich – wie regelmäßig zu erwarten – in einer die **Würde der Opfer verletzenden Weise** erfolgt und zu einer Störung des öffentlichen Friedens führt.*

***Untypische Situationen**, in denen im Einzelfall die in dem Verbot liegende Einschränkung der Meinungsfreiheit unangemessen sein kann, können durch dieses Tatbestandsmerkmal aufgefangen werden.“* (BVerfG aaO)

Insgesamt ist § 130 IV StGB in einer Weise ausgestaltet, die auch verhältnismäßig im engeren Sinne ist.

- d) **Zwischenergebnis:** Der Eingriff in die Meinungsfreiheit ist gerechtfertigt. § 130 IV StGB ist eine gesetzliche Grundlage, die in verfassungsrechtlich zulässiger Weise einen Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertigen kann.

2. Verletzung von Art. 3 III 1 GG

*„§ 130 IV StGB verstößt auch nicht gegen Art. 3 III 1 GG (**Verbot der Benachteiligung wegen politischer Anschauungen**), der vor Eingriffen schützt, die schon an das bloße „Haben“ einer politischen Anschauung anknüpfen. Hingegen richtet sich die Verfassungsmäßigkeit von Eingriffen, die an die Äußerung und Betätigung solcher Anschauungen anknüpfen, grundsätzlich nach den jeweiligen Freiheitsgrundrechten (vgl. BVerfGE 39, 334 [368] = NJW 1975, 1641). Dies gilt jedenfalls dann, wenn den entsprechenden Freiheitsgrundrechten, wie vorliegend Art. 5 I und II GG, **spezielle Gleichheitsgewährleistungen innewohnen**. Eine Verletzung von Art. 3 III GG kommt damit nicht in Betracht. Erst recht können sich aus Art. 3 I GG keine weitergehenden Anforderungen als aus Art. 5 I und II GG ergeben.“* (BVerfG aaO)

3. Verletzung von Art. 103 II GG

*„Art. 103 II GG verpflichtet den Gesetzgeber, die **Voraussetzungen der Strafbarkeit** so **konkret** zu umschreiben, dass **Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände** zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.*

*Diese Verpflichtung dient einem **doppelten Zweck**. Einerseits geht es um den **rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten**: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Andererseits soll sichergestellt werden, dass **nur der Gesetzgeber über die Strafbarkeit entscheidet**. Insoweit enthält Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, über die Voraussetzungen einer Bestrafung selbst zu entscheiden (vgl. BVerfGE 71, 108 [114] = NJW 1986, 1671).*

Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen ist es ferner unvermeidlich, dass in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten schon oder noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Dann genügt, wenn sich deren Sinn im Regelfall mit Hilfe der **üblichen Auslegungsmethoden** ermitteln lässt und in Grenzfällen dem Adressaten zumindest das **Risiko der Bestrafung erkennbar** wird (vgl. BVerfGE 41, 314 [320] = NJW 1976, 1443; BVerfGE 71, 108 [114f.] = NJW 1986, 1671; BVerfGE 73, 206 [235] = NSTZ 1987, 222; BVerfGE 85, 69 [73] = NJW 1992, 890; BVerfGE 87, 209 [223f.] = NJW 1993, 1457; BVerfGE 92, 1 [12] = NJW 1995, 1141).

Diesen Anforderungen wird die Ausgestaltung des § 130 IV StGB gerecht. (wird ausgeführt) (BVerfG aaO)

4. § 130 IV StGB ist somit verfassungsgemäß.

II. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung der Norm auf den Sachverhalt

Die angegriffene Entscheidung könnte jedoch auf der Rechtsanwendungsebene verfassungswidrig sein, indem sie B in seinen Rechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Die vorgenommene Auslegung von § 15 I VersG i.V.m. § 130 IV StGB könnte mit Art. 8 I i.V.m. Art. 5 I GG unvereinbar sein.

1. Wechselwirkungstheorie als Prüfungsmaßstab

„Die Auslegung und Anwendung der Strafgesetze ist grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte. Gesetze, die in die Meinungsfreiheit eingreifen, müssen dabei jedoch so interpretiert werden, dass der prinzipielle Gehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich im öffentlichen Leben, führen muss, auf jeden Fall gewahrt bleibt. Es findet eine **Wechselwirkung** in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der **Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung** dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so **in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt** werden müssen (vgl. BVerfGE 7, 198 [208f.] = NJW 1958, 97; st. Rspr.).“ (BVerfG aaO)

Danach sind die Tatbestandsmerkmale so auszulegen, dass der Strafanspruch allein **Beeinträchtigungen des öffentlichen Friedens im dargelegten Verständnis der Friedlichkeit** gilt.

2. Anwendung dieses Maßstabes auf die Tatbestandsmerkmale

a) nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft

„Nach diesen Grundsätzen ist für eine **Verwirklichung des § 130 IV StGB erforderlich**, dass die mit dieser Vorschrift erfasste **Gutheißung erkennbar gerade auf den Nationalsozialismus als historisch reale Gewalt- und Willkürherrschaft bezogen** ist. Verstanden als zusammengehöriger Begriff, der die für das NS-Regime kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen (vgl. BGH, NSTZ 2006, 335 [337] = NJW 2005, 3223) und damit geschichtlich **reale Willkürakte von verbrecherischer Qualität** umschreibt, bezeichnet er Rechtsverletzungen, deren zustimmende Evozierung in der Öffentlichkeit oder einer Versammlung eine potenzielle Wiederholbarkeit real werden lässt und die **Friedlichkeit der politischen Auseinandersetzung gefährden** kann. Demgegenüber reicht für die Erfüllung dieses Tatbestands **nicht jedwede Zustimmung zu Geschehnissen dieser Zeit** oder eine **Gutheißung allgemein nationalsozialistischen Gedankenguts**. So genügt etwa eine falsche Geschichtsinterpretation oder das Bekenntnis zur nationalsozialistischen Ideologie für eine Bestrafung nach § 130 IV StGB nicht.“ (BVerfG aaO)

b) Billigung, Verherrlichung, Rechtfertigung

„**Im Lichte des Art. 5 I GG auszulegen** sind auch die Tatbestandsmerkmale der Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung. Dabei ist von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden, wenn hierunter **auch eine konkludente**, d.h. eine nicht ausdrückliche, aber **sich aus den Umständen ergebende Billigung** verstanden wird. Allerdings muss sich diese **nach außen manifestieren**. Erforderlich ist insoweit eine **erkennbar aktive Billigung**, die ihre Sinnbedeutung in sich selbst trägt (vgl. auch BGHSt 22, 282 [286] = NJW 1969, 517).

Eine Billigung kann auch in der glorifizierenden Ehrung einer historischen Person liegen, wenn sich aus den konkreten Umständen ergibt, dass diese als Symbolfigur für die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft als solche steht.“ (BVerfG aaO)

c) Verletzung der Würde der Opfer

„Liegt nach vorstehenden Maßgaben eine Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft vor, ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn hieraus die **Vermutung abgeleitet** wird, dass durch solche

Äußerungen auch die **Würde der Opfer verletzt** wird. Der Gesetzgeber hat § 130 IV StGB primär und für sich tragfähig auf den Schutz des öffentlichen Friedens gestützt und dabei das weitere Tatbestandsmerkmal „in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise“ als **modale Ergänzung eingrenzend angefügt**. Auf ein Vorliegen der besonders strengen Voraussetzungen für die Annahme einer Menschenwürdeverletzung kommt es bei der Auslegung des § 130 IV StGB folglich nicht an.“ (BVerfG aaO)

d) Störung des öffentlichen Friedens

„Entsprechend kann bei **tatbestandlicher Gutheißung** der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft grundsätzlich das Vorliegen einer **Störung des öffentlichen Friedens vermutet werden**. Das Tatbestandsmerkmal der Störung des öffentlichen Friedens dient primär der **Erfassung untypischer Situationen**, in denen die Vermutung der Friedensstörung auf Grund besonderer Umstände nicht trägt und sich deshalb die Meinungsfreiheit durchsetzen muss. In Betracht zu ziehen ist dies, wenn im konkreten Fall **gewaltanreizende und einschüchternde oder bedrohende Wirkungen ausgeschlossen** werden können, etwa weil Äußerungen im Rahmen kleiner geschlossener Versammlungen **keine Tiefen- oder Breitenwirkung** erreichen, sie beiläufig bleiben oder unter den konkreten Umständen nicht ernst genommen werden können.“ (BVerfG aaO)

3. Berücksichtigung dieser Maßstäbe in der Entscheidung

„Das BVerwG legt seiner Auslegung des § 130 IV StGB ein Verständnis zu Grunde, das mit Art. 5 I 1 GG in Einklang steht. Es versteht § 130 IV StGB im Lichte des Art. 5 I GG zutreffend dahin, dass **nicht schon die Gutheißung** von Maßnahmen unter der Herrschaft des Nationalsozialismus als solche die Erfüllung des Tatbestands begründet, sondern nur eine solche, die sich **gerade auf den Nationalsozialismus als Gewalt- und Willkürherrschaft bezieht**, wobei hierunter die systematisch begangenen, schweren Menschenrechtsverletzungen verstanden werden, wie sie historisch wirklich geworden sind. Ausdrücklich führt das BVerwG im Blick auf die Meinungsfreiheit aus, dass die **positive Bewertung nur von einzelnen Aspekten** der damaligen Staats- und Gesellschaftsordnung, bei denen sich **kein Bezug zur nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft** und den sie kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen herstellen lässt, den **Tatbestand** des § 130 IV StGB **nicht erfüllt**.

Nicht zu beanstanden ist auch, wenn das BVerwG eine **konkludente Billigung** der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft durch die **ostentative Verehrung von Verantwortungsträgern und Symbolfiguren** dieses Regimes für möglich hält. Die Entscheidung legt insoweit eine differenzierende, der Meinungsfreiheit Rechnung tragende Auffassung zu Grunde, nach der eine **solche Billigung nur dann anzunehmen ist**, wenn die geehrte Person unter den gegebenen Umständen als **Symbolfigur für die Herrschaft des Nationalsozialismus** als solche steht, nicht aber schon dann, wenn sich positive oder selbst verharmlosende Äußerungen auf – auch führende – Vertreter des Nationalsozialismus beziehen, die nur der Person gelten.

Keinen verfassungsrechtlichen Einwänden unterliegt hierbei auch die Beurteilung, dass die **uneingeschränkte Verherrlichung einer Symbolfigur**, die für die nationalsozialistische Herrschaft insgesamt steht, sich **zugleich als eine Billigung der Gewalt- und Willkürherrschaft** darstellt. Eine Billigung, die sich vorbehaltlos auf die Herrschaft des Nationalsozialismus in den Jahren zwischen 1933 und 1945 als Ganze bezieht, wird bei einem unbefangenen Betrachter unweigerlich auch und vor allem als Billigung der diese Zeit kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen verstanden werden.“

Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt die hierauf bezogene fachgerichtliche Beurteilung des konkreten Falls, nach der die vom Bf. geplante Versammlung zum „Gedenken an Rudolf Heß“ eine Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft bedeutet hätte. Das BVerwG geht zutreffend von den aus Art. 5 I GG folgenden Deutungsregeln für die Auslegung von Meinungsäußerungen aus und **kommt vertretbar zu dem Urteil**, dass die **rückhaltlose Glorifizierung von Rudolf Heß** aus Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums unter den konkreten Umständen nicht anders als eine **uneingeschränkte Billigung der nationalsozialistischen Herrschaft im Ganzen** – und damit insbesondere auch der unter ihr verübten Menschenrechtsverletzungen – hätte verstanden werden können. Angesichts der langjährigen und zeitweilig besonders engen Beziehung zwischen Adolf Hitler und Rudolf Heß, die auch in der äußerst hervorgehobenen Funktion von Rudolf Heß als „**Stellvertreter des Führers**“ in allen Parteiangelegenheiten seinen Ausdruck gefunden hatte, sowie seiner **persönlichen Verantwortung für massive Menschenrechtsverletzungen** hält sich die Einschätzung, dass sich eine solche Deutung bei der Versammlung in den Vordergrund geschoben hätte, im fachgerichtlichen Wertungsrahmen.“ (BVerfG aaO)

C. Ergebnis: § 130 IV StGB ist ebenso verfassungsgemäß wie die vom BVerwG entwickelten und angewandten Maßstäbe zu seiner Anwendung

Kurzauslese I

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

BGB **BGB**
§ 716 **§ 716**
Auskunftspflicht bei BGB-Gesellschaft
Namen und Anschriften der Mitgesellschafter
 (BGH in DStR 2010, 65; Beschluss vom 21.09.2009 – II ZR 264/08)

Die Regelung in einem Gesellschaftsvertrag, die das Recht der Gesellschafter, Auskunft über die Namen und Anschriften ihrer Mitgesellschafter zu verlangen, ausschließt, ist unwirksam. Denn ein **schützenswertes Interesse der Mitgesellschafter untereinander auf Anonymität besteht weder allgemein noch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten.**

I. **§ 716 BGB** gewährt dem einzelnen Gesellschafter das Recht, sich durch Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft „über deren Angelegenheiten“ zu unterrichten. Bei den **Namen und Anschriften der Gesellschafter** handelt es sich um eine „Angelegenheit“ der BGB-Gesellschaft.

Sind - wie hier - die erforderlichen Informationen in einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert, kann der Gesellschafter zum Zwecke der Unterrichtung einen Ausdruck über die geforderten Informationen verlangen (MüKo-BGB/Ulmer-Schäfer, 5. Aufl., § 716 Rn 8).

II. **§ 28 II 2 des Gesellschaftsvertrages steht dem Auskunftsrecht nicht entgegen.**

„Diese **Regelung ist unwirksam.** Sie hält der - auf den Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft anwendbaren (siehe bereits BGHZ 64, 238; BGH NJW 1975, 1318) - **Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB nicht stand.** Auch bei einer **Publikumsgesellschaft in Form einer BGB-Gesellschaft** handelt es sich um ein „Schuldverhältnis“, d. h. die jeweiligen Gesellschafter schließen untereinander einen Vertrag, mit dem sie sich zur Verwirklichung und Förderung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen (§ 705 BGB). Das **Recht, seinen Vertragspartner zu kennen, ist in jedem Vertragsverhältnis derart selbstverständlich, dass es nicht wirksam ausgeschlossen werden kann.**

Hier kommt hinzu, dass § 28 II 2 des Gesellschaftsvertrages u. a. ein **wesentliches Gesellschafterrecht**, nämlich dasjenige, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einzuberufen, faktisch beseitigt. Die 5 %, die gem. § 13 II des Gesellschaftsvertrages für eine solche Einberufung erforderlich sind, kann ein Gesellschafter - soweit er nicht ausnahmsweise schon allein diese Schwelle mit seiner Beteiligung überschreitet - nur erlangen, wenn er sich mit anderen Mitgesellschaftern zusammenschließt, was zwingend voraussetzt, dass er deren Namen und Anschriften kennt.“ (BGH aaO)

III. Außerdem steht den Mitgesellschaftern auch **kein berechtigtes „Geheimhaltungsinteresse“** zu.

„Ein schützenswertes **Geheimhaltungsinteresse besteht weder allgemein noch unter datenschutzrechtlichen Gründen** (MüKo-HGB/Enzinger, 2. Aufl., § 118 Rn 16). **Derjenige, der mit einem anderen einen Vertrag, wie vorliegend den Gesellschaftsvertrag, schließt, hat keinen schützenswerten Anspruch darauf, dies anonym zu tun, worauf es hinausläuft, wenn er seinem Mitgesellschafter Namen und Anschrift verschweigen dürfte.** Falls ein Gesellschafter die ihm mitgeteilten Namen der Mitgesellschafter missbräuchlich verwenden sollte, ist er diesen gegenüber aus dem Gesichtspunkt der **Verletzung der gesellschafterlichen Treuepflicht** ggf. zur Unterlassung und zum Schadensersatz verpflichtet. Eine solche **abstrakte Missbrauchsgefahr** rechtfertigt es allein nicht, dem einen gegenüber dem anderen Vertragspartner das Recht zuzugestehen, seinen Namen und seine Anschrift zu verheimlichen.“ (BGH aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB **BGB**
§§ 305, 307 **§§ 305, 307**
„doppelte“ Schriftformklausel in Miet-AGB
Wirksamkeit
 (OLG Rostock in MDR 2010, 22; Beschluss vom 19.05.2009 – 3 U 16/09)

Eine **doppelte oder qualifizierte Schriftformklausel**, mit der vorgesehen wird, dass eine Abweichung von einer Schriftformklausel ebenfalls der Schriftform bedürfe, **verstößt gegen § 307 BGB** und ist daher unwirksam.

„Eine **Schriftformklausel, die nicht nur für Vertragsänderungen die Schriftform vorschreibt, sondern auch Änderungen der Schriftformklausel ihrerseits der Schriftform unterstellt** (sog. „**doppelte Schriftformklausel**“), **erweckt den Eindruck, als könnte sie nicht durch eine die Schriftform nicht wählende Vereinbarung abbedungen werden.** Sie käme dann einer **konstitutiven Schriftformklausel gleich**, weil bei einer solchen Klausel Änderungen und Ergänzungen des Vertrags ohne Beachtung der Schriftform unwirksam wären. Dies **widerspricht dem in § 305b BGB (= § 4 ABGB a.F.) niedergelegten Grundsatz des Vorrangs der Individualvereinbarung.** Unwirksam ist deshalb eine Schriftformklausel, wenn sie dazu dient, nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine mündliche Abrede sei entgegen § 305b BGB unwirksam. Solche Klauseln sind **geeignet, den Vertragspartner von der Durchsetzung der ihm zustehenden Rechte abzuhalten.** Die Bedeutung der Schriftformklausel liegt in einer stets **unzutreffenden Belehrung über die Rechtslage.** Diese **Irreführung des Vertragspartners** benachteiligt ihn unangemessen i.S. von § 307 I BGB, weil sie intransparent ist. Der Klauselgegner wird davon abgehalten, sich auf die Rechte zu berufen, die ihm auf Grund einer wirksamen mündlichen Vereinbarung zustehen (vgl. ausf. BAG NJW 2009, 316 m.w.N.).

Das gilt auch für sog. doppelte Schriftformklauseln wie hier § 18 Nr. 2 des Mietvertrags: Sieht man es im Hinblick auf § 307 I BGB bereits als unzulässig an, Klauseln in Formularverträgen aufzunehmen, durch die ein genereller Formzwang für individuelle Vertragsänderungen begründet werden soll, so kann erst recht eine Verwendung von Klauseln nicht zulässig sein, durch die einem solchen Formzwang ein erhöhter Bestandsschutz verliehen werden soll.“ (OLG Rostock aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB §§ 73, 73a	Vermögensvorteil Erlangung durch Mittäter (BGH in StV 2010, 19; Beschluss vom 12.05.2009 – 4 StR 102/09)	StGB
--------------------	--	------

„Erlangt“ i.S. von §§ 73 I 1, 73a S. 1 StGB ist ein **Vermögensvorteil nur dann, wenn der Täter oder Teilnehmer die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erworben hat.**

Bei **mehreren Tatbeteiligten** kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft gem. § 25 II StGB mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung nur in Betracht, wenn sich die **Beteiligten darüber einig waren, dass dem jeweiligen Mittäter zumindest Mitverfügungsgewalt über die Erlöse zukommen sollte und er diese auch tatsächlich hatte.**

„Im vorliegenden Fall hat das LG die Menge der von den Angekl. im Tatzeitraum mit Gewinn veräußerten Betäubungsmittel sowie die Höhe der mit den Geschäften erzielten Erlöse unter Berücksichtigung eines Sicherheitsabschlags durch Schätzung gem. § 73 b StGB festgestellt. Ob und in welcher Höhe jeder der Tatbeteiligten für sich oder beide gemeinschaftlich Verfügungsgewalt über die Rauschgifterlöse haben sollten bzw. tatsächlich ausübten, wird damit nicht belegt. Tragfähige Anhaltspunkte für Mitverfügungsgewalt ergeben sich auch nicht aus den über Vernehmungsbeamte der Polizei eingeführten Aussagen des gesondert verfolgten Mittäters B, des Zeugen Z sowie einer Vertrauensperson der Polizei, soweit deren Angaben in den Urteilsgründen mitgeteilt werden. Diese Beweismittel rechtfertigen zwar ebenso wie die in der Hauptverhandlung verlesenen und im Urteil auszugsweise wiedergegebenen Wortprotokolle von Telefonüberwachungsmaßnahmen die Annahme von **mittäterschaftlichem Zusammenwirken** zwischen dem Angekl. und dem Mitangekl. D. beim unerlaubten Handeltreiben mit Marihuana im zweistelligen Kilogramm Bereich. Auch nur stillschweigende Absprachen über Einzelheiten einer Verteilung der Verkaufserlöse ergeben sich daraus aber nicht. Die vom LG angenommene Mitverfügungsgewalt am Gesamterlös versteht sich angesichts der in den Urteilsgründen als "überragend" bewerteten Stellung des Mitangekl. D als "Großdealer" im Verhältnis zu den übrigen Tatbeteiligten und damit auch zum Angekl. nicht von selbst, zumal D neben **gemeinsamen Beschaffungsfahrten** mit dem Angekl. solche auch allein durchführte und dabei größere Mengen Rauschgift zum gewinnbringenden Weiterverkauf erwarb.“ (BGH aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB §§ 174, 176	sexueller Missbrauch von Kindern Vornahme sexueller Handlungen am Täter durch Dritten (BGH in NStZ 2010, 32; Beschluss vom 14.07.2009 – 3 StR 239/09)	StGB
---------------------	---	------

Nach §§ 174 III Nr. 1, 176 IV Nr. 1 StGB macht sich **nicht strafbar, wer vor einem Kind sexuelle Handlungen eines Dritten passiv an sich vornehmen lässt.**

„Diese Vorschriften betreffen – wie ein **Vergleich mit den Grundtatbeständen** (§ 174 I StGB und § 176 I StGB) zeigt, nach denen sich strafbar macht, wer sexuelle Handlungen an einem Kind bzw. einem Schutzbefohlenen vornimmt oder an sich von einem Kind bzw. einem Schutzbefohlenen vornehmen lässt – **sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt zu dem Kind**, die der Täter entweder an sich selbst oder an einem Dritten vornimmt. Nicht strafbar [nach §§ 174 III Nr. 1, 176 IV Nr. 1 StGB] ist demnach, wer vor dem Kind sexuelle Handlungen eines Dritten passiv an sich vornehmen lässt (LK-Renzikowski 12. Aufl., § 176 Rn 31).“ (BGH aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB § 203	Verletzung von Privatgeheimnissen Abtretung von Darlehensforderungen (BGH in DSfR 2010, 66; Urteil vom 27.10.2009 – XI ZR 255/08)	StGB
---------------	---	------

Die **Abtretung von Darlehensforderungen** durch eine als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierte Sparkasse verstößt nicht gegen § 203 II 1 Nr. 1 StGB.

I. Durch die Abtretung einer Darlehensforderung wird bereits **kein fremdes Geheimnis i. S. des § 203 II StGB berührt**. Normzweck und Systematik des § 203 StGB gebieten insoweit eine einschränkende Auslegung dieser Vorschrift.

„Das **Bankgeheimnis besteht in der Pflicht des Kreditinstituts zur Verschwiegenheit über kundenbezogene Tatsachen und Wertungen**, die ihm aufgrund, aus Anlass oder im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden bekannt geworden sind und die der Kunde geheim zu halten wünscht. Die **Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist eine besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht der Bank, die Vermögensinteressen des Vertragspartners zu schützen und nicht zu beeinträchtigen**. Unabhängig davon, ob das Bankgeheimnis auf vertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Grundlage beruht, **steht es nicht unter dem strafrechtlichen Schutz des § 203 I StGB**, weil die Vorstandsmitglieder und Angestellten der privaten Kreditinstitute und Genossenschaftsbanken wie auch der öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen und Landesbanken nicht unter die in den Nr. 1 bis 6 dieser Strafvorschrift aufgeführten Berufsangehörigen fallen.

Mangels erkennbarer Sachgründe, wie etwa einer besonderen Schutzbedürftigkeit der Kunden einer öffentlich-rechtlich organisierten Sparkasse oder Landesbank, hat die gesetzgeberische Grundentscheidung gegen einen strafrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses in § 203 I StGB auch für dessen Abs. 2 zu gelten. Denn der Begriff des Geheimnisses wird in § 203 II 1 StGB in identischer Weise verstanden (Fischer aaO, Rn 3 ff.; Lackner/Kühl, StGB,

26. Aufl., § 203 Rn 14; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 203 Rn 44). Andernfalls würden zwei an sich gleich liegende Sachverhalte – die Abtretung von Kreditforderungen durch private Kreditinstitute, zu denen auch die privat-rechtlich organisierten Sparkassen zählen, und die Veräußerung einer Darlehensforderung durch öffentlich-rechtlich organisierte Sparkassen – ohne rechtfertigenden Grund ungleich behandelt (vgl. Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2006, § 1 Rn 22; Jaeger/Heinz BKR 2009, 275; Nobbe ZIP 2008, 97; Sester/Glos DB 2005, 379; Vollborth, S. 152 f.).“ (BGH aaO)

- II. Eine **analoge Anwendung des § 203 I StGB** auf die Mitarbeiter privater Kreditinstitute, die zur Auflösung dieses – auch im strafrechtlichen Schrifttum (vgl. Lackner/Kühl aaO, Rn 7; Schönemann aaO, Rn 71; Cierniak aaO; Lenckner aaO) beklagten – Wertungswiderspruchs theoretisch denkbar wäre, **scheidet wegen Art. 103 II GG** von vornherein aus.

„Aufgrund dessen ist es geboten, die Abtretung von Darlehensforderungen durch die Mitarbeiter öffentlich-rechtlich organisierter Sparkassen und Landesbanken und die hiermit verbundene Weitergabe der notwendigen Informationen über das Kreditverhältnis von dem Anwendungsbereich des § 203 II StGB generell auszunehmen.“ (BGH aaO)

- III. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem **Normzweck des § 203 StGB**.

„Im **Mittelpunkt des Schutzbereichs** dieser Vorschrift steht das vom BVerfG aus Art. 2 I GG hergeleitete **Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung** (BVerfGE 65, 1; BVerfG NJW 1984, 419) und dessen persönliche Geheimsphäre (vgl. BGHZ 115, 123; BGH NJW 1991, 2955; BGHZ 122, 115; BGH DStR 1993, 1158; BGH DStR 1995, 1559; Fischer aaO, Rn 2; Schönemann aaO, Rn 14; Cierniak aaO, Rn 2). Daneben **umfasst der Normzweck des § 203 StGB auch die Vermögensinteressen und** – zumindest mittelbar – **das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der Angehörigen bestimmter Berufe bzw. der Träger bestimmter Funktionen** (Fischer aaO; Cierniak aaO).

Eine **Einbeziehung der mit der Abtretung von Darlehensforderungen verbundenen Informationsweitergabe in den Schutzbereich des § 203 StGB** ist weder nach dessen Normzweck noch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten: Bei der Abtretung von Forderungen durch eine öffentlich-rechtlich organisierte Sparkasse oder Landesbank erhält der Zessionar – wie auch bei einer Forderungsveräußerung durch eine private Bank – über das nach § 402 BGB bestehende Auskunftsrecht nur solche Informationen, die für ihn erforderlich sind, um die Forderung geltend machen zu können. Dagegen erhält er keine umfassenden Informationen über Kontoinhalte und Kontobewegungen, die eine erhebliche Beeinträchtigung der Geheimhaltungsinteressen des Schuldners darstellen könnten.“ (BGH aaO)

- IV. Die Wertung des Gesetzes, wonach die Abtretung ungeachtet einer persönlichkeitsrechtlichen Relevanz der nach § 402 BGB zu erteilenden Auskünfte wirksam sein soll, begegnet auch **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**.

„Sie **dient der Verkehrsfähigkeit von Forderungen** und damit einem für die Privatrechtsordnung **wesentlichen Allgemeinbelang** (BVerfG NJW 2007, 3707). Ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis wird durch eine etwaige zivilrechtliche Schadensersatzpflicht ausreichend sanktioniert.“ (BGH aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 283

Bankrott
Verheimlichung geschäftlicher Verhältnisse
(BGH in StV 2010, 25; Beschluss vom 24.03.2009 – 5 StR 353/08)

StGB

Der **Auffangtatbestand des § 283 I Nr. 8 StGB** ist mit Blick auf die Gläubigerinteressen auszulegen: Bei der **Tathandlung des Verheimlichens** muss der Täter die **Gläubiger oder den Insolvenzverwalter** über Zugriffsmöglichkeiten auf das Schuldnervermögen **in Unkenntnis setzen oder halten**; bei der **Tathandlung des Verschleierns** geht es um die **unrichtige Darstellung insbesondere der Vermögensverhältnisse** (BGH aaO).

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 716

Beurteilung von EU-Verordnungen
GG ist kein Prüfungsmaßstab
(VGH Mannheim in VBIBW 2010, 35; Beschluss vom 05.06.2009 – 1 S 1167/08)

BGB

Das **Grundgesetz** ist nicht als **Prüfungsmaßstab für die Beurteilung von EU-Verordnungen** anzuwenden. „Denn **das Gemeinschaftsrecht ist einer Prüfung am Maßstab der Grundrechte und des Grundgesetzes entzogen**, solange die Europäischen Gemeinschaften, insbes. die Rspr. des EuGH, einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom GG als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist und insbes. den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt. Etwas anderes gilt nur, wenn im Einzelfall dargelegt wird, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rspr. des EuGH unter dem erforderlichen Grundrechtsschutz abgesunken ist (BVerfG NVwZ 2004, 1346 m.w.N.).

Der Ast. hat nicht dargetan, dass der Grundrechtsschutz, den ihm das Gemeinschaftsrecht bietet, hinter dem des Grundgesetzes zurückbleibt. Er beruft sich vielmehr ausdrücklich auf das europarechtlich durch Art. 8 EMRK gewährleistete Grundrecht auf Datenschutz. Auch soweit der nationale Gesetzgeber durch das Agrar- und Fischereifonds-Informationsgesetz (AFIG) und die Agrar- und Fischereifonds-Informationen-Verordnung (AFIVO) zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts umgesetzt hat, sind sie grds. nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte zu prüfen. Vielmehr unterliegen sie dem auf Gemeinschaftsebene gewährleisteten Grundrechtsschutz (vgl. BVerfGE 118, 79). Dass ausgehend von diesen

Grundsätzen ausnahmsweise eine Prüfung der Grundrechte des Grundgesetzes zu erfolgen hätte, hat der Antragsteller nicht dargelegt.“ (VGH Mannheim aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BayRaPo
§ 21

Prüfungsunfähigkeit
unverzögerlicher Prüfungsrücktritt

PrüfR

(VGH München in BayVBI 2010, 27; Beschluss vom 07.01.2009 – 7 ZB 08.1478)

Ein **Prüfungsrücktritt** ist nicht mehr als **unverzögerlich** anzusehen, wenn der **Prüfling die Rücktrittserklärung nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt abgegeben hat**, zu dem sie von ihm zumutbarerweise hätte erwartet werden können.

Als **i. d. Regel besonders starkes Indiz für einen Missbrauch des Rücktrittsrechts** ist es zu werten, wenn der Prüfling mit der **Geltendmachung der Prüfungsunfähigkeit wartet, bis ihm das Scheitern in der Prüfung bekannt gegeben wird**.

„Nach **st. Rspr. des BVerwG** (BVerwGE 80, 285) und des **VGH München** (BayVBI 2008, 210) ist an die **Unverzögerlichkeit des Rücktritts von der Prüfung ein strenger Maßstab anzulegen**, um Missbräuche des Rücktrittsrechts mit dem Ziel der Verbesserung der Prüfungschancen zu verhindern. Eine solche den **Grundsatz der Chancengleichheit** verletzende zusätzliche Prüfungschance verschafft sich auch derjenige, der zwar tatsächlich prüfungsunfähig war, sich aber in Kenntnis seines Zustands der Prüfung unterzogen hat, um sich im Falle des Misserfolgs durch nachträglichen Rücktritt den Rechtswirkungen der fehlgeschlagenen Prüfung zu entziehen. Deshalb ist ein Prüfungsrücktritt nicht mehr als unverzüglich anzusehen, wenn der Prüfling die Rücktrittserklärung nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt abgegeben hat, zu dem sie von ihm zumutbarer Weise hätte erwartet werden können.

Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Prüfling die **genaue krankheitsbedingte Ursache seiner Prüfungsunfähigkeit kennt** und dass er die **Krankheitssymptome richtig deuten** und alle **Auswirkungen der Krankheit zutreffend einschätzen** kann. Vielmehr muss er sich **bereits bei subjektivem Krankheitsverdacht**, also wenn ihm erhebliche Beeinträchtigungen seines Leistungsvermögens im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre nicht verborgen geblieben sind, **unverzögerlich selbst um eine Aufklärung seines Gesundheitszustandes bemühen**. Je später der Prüfling, der die materielle Beweislast für den Rücktrittsgrund trägt, die Prüfungsunfähigkeit geltend macht, desto eher ist ein Verstoß gegen seine Mitwirkungsobliegenheiten anzunehmen. Als **i. d. Regel besonders starkes Indiz für einen Missbrauch des Rücktrittsrechts** ist es zu werten, wenn der Prüfling mit der Geltendmachung der Prüfungsunfähigkeit wartet, bis ihm das Scheitern in der Prüfung bekannt gegeben wird (BVerwGE 80, 285).

Der das Prüfungsrecht beherrschende Grundsatz für Chancengleichheit (Art. 3 GG) verbietet es jedoch, einem Prüfling, der sich der Prüfung in der Hoffnung stellt, trotz einer für ihn erkennbar fehlenden oder erheblich eingeschränkten Prüfungsfähigkeit die Prüfung zu bestehen, im Fall des Misslingens eine zusätzliche Wiederholungsmöglichkeit einzuräumen.“ (VGH München aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG
Art. 6

aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung
Vaterschaftsankennung

AuslR

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2010, 78; Beschluss vom 02.10.2009 – 3 B 482/09)

Die **nichteheliche Vaterschaft eines Ausländers** hinsichtlich des ungeborenen Kindes einer deutschen Staatsangehörigen **kann einen Umstand darstellen, der** unter den Gesichtspunkten des Schutzes der Familie und der Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor den nasciturus zu stellen, **aufenthaltsrechtliche Vorwirkungen entfaltet**.

„Hinsichtlich des Schutzes der Ehe sind **Vorwirkungen aus Art. 6 I GG für den Fall des unmittelbaren Bestehens der Eheschließung allgemein anerkannt**.

Entsprechende Vorwirkungen sind im Falle der **bevorstehenden Familiengründung** regelmäßig **dann** anzunehmen, wenn der **nichteheliche Vater** durch die **vorgeburtliche Anerkennung der Vaterschaft** und des **gemeinsamen Sorgerechts zu erkennen gegeben hat, dass er die elterliche Verantwortung übernehmen wird, und zudem der Entbindungszeitpunkt so nahe bevorsteht, dass bis zur Geburt ein Familiennachzug unter Einhaltung der Einreisevorschriften nach behördlicher Erfahrung oder – in Ermangelung einer solchen – nach dem Ergebnis behördlicher Ermittlung bei der zuständigen Auslandsvertretung und ggf. der zuständigen Ausländerbehörde nicht mehr in Betracht kommt**. Dabei knüpft der vorwirkende Schutz durch Art. 6 I GG i. V. mit 6 II GG deshalb an die **Geburt als Grenze des für einen geordneten Familiennachzug** ausreichenden Zeitraums an, weil der spezifische Betreuungsbeitrag des Vaters nicht durch die Betreuung durch die Mutter entbehrt wird, der **Aufbau und die Kontinuität emotionaler Bindungen zu Vater und Mutter** in aller Regel der **Persönlichkeitsentwicklung des Kindes dient und das Kind beide Eltern braucht** (vgl. BVerfG FamRZ 2006, 187; BVerfG NVwZ 2006, 682; OVG Hamburg NVwZ-RR 2009, 133 m.w.N.).

Diese Schutzverpflichtungen aus Art. 6 I i.V. GG mit Art. 6 II GG und Art. 2 II 1 GG i.V. mit Art. 1 I 1 GG können zunächst dann in Betracht kommen, wenn eine **Risikoschwangerschaft** und der darauf beruhende Bedarf an Unterstützung der Schwangeren glaubhaft gemacht wird (vgl. OVG Bautzen NVwZ 2006, 613). Sie werden aber auch – bei fehlenden Hinweisen auf eine Risikoschwangerschaft – in Betracht kommen, wenn aus anderen Gründen eine **besondere Hilfsbedürftigkeit der schwangeren Mutter** gegeben ist. Hiervon ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der Ausländer gegenüber den zuständigen Behörden mit Zustimmung der Mutter seine Vaterschaft anerkannt hat und beide bereits in Verhältnissen leben, die die gemeinsame Erziehung und Betreuung des Kindes als sicher erwarten lassen. Zudem muss grds. auch in einer solchen Konstellation die **vorübergehende Ausreise des Kindesvaters unzumutbar** sein, wovon regelmäßig nur dann ausgegangen werden kann, wenn mit seiner rechtzeitigen Rückkehr zum Geburtstermin nicht gerechnet werden kann.“ (OVG Bautzen aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO Zustellung nach Ablauf der Fünf-Monatsfrist ZPO
§§ 547 Nr. 6, 315 II kein Grund für Aufhebung im Rahmen der Berufung
 (BGH in NZI 2010, 39, Urteil vom 09.07.2009 – IV ZR 197/08)

- I. Ein Urteil ist im Rahmen der **Berufung** aufzuheben, wenn ein wesentlicher **Verfahrensmangel analog § 547 ZPO** vorliegt.
- II. Wenn **in der mündlichen Verhandlung verkündetes Urteil** nach § 315 II 2 ZPO innerhalb von 3 Wochen mit **Tatbestand, Entscheidungsgründen** und **Unterschrift** versehen der Geschäftsstelle zugeleitet wird, muss dies **alsbald nachgeholt** werden.
- III. Als „**alsbald**“ ist die Nachholung nur noch anzusehen, wenn sie **innerhalb von 5 Monaten** nach Urteilsverkündung erfolgt.
- IV. Ein **Überschreiten** der Fünf-Monatsfrist führt dazu, dass das **Urteil als nicht mit Gründen versehen** im Sinnen von § 547 Nr. 6 ZPO anzusehen ist.
- V. Wird das Urteil innerhalb der Fünf-Monatsfrist der Geschäftsstelle übergeben, jedoch erst **später zugestellt**, so wird die **Berufungsbegründungsfrist** aufgrund der Regelungen der ZPO **nicht verkürzt**.
- VI. Die **verspätete Zustellung verkürzt** zwar die **Überlegungsfrist** hinsichtlich der Einlegung der Berufung. Die hierdurch entstehenden **Nachteile** sind jedoch **hinzu nehmen** und rechtfertigen keine Aufhebung des Urteils.

A. Grundlagenwissen: Zulässigkeit der Berufung

I. Statthaftigkeit des Berufungsverfahrens

Die Berufung ist nach § 511 ZPO statthaft gegen **erstinstanzliche Endurteile** des AG oder LG, soweit ein **Beschwerdewert von 600,00 €** erreicht ist oder die Berufung **im Urteil zugelassen** wurde.

II. ordnungsgemäße Berufungsschrift

Die Berufungsschrift muss nach § 519 II ZPO das **Urteil bezeichnen**, gegen das die Berufung gerichtet wird sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil **Berufung eingelegt** werde. Ihr soll eine Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden. Hierbei handelt es sich jedoch um eine bloße Ordnungsvorschrift. Die Berufungsschrift muss nach § 519 I ZPO beim **iudex ad quem**, also beim Berufungsgericht eingereicht werden.

III. Berufungsfrist

Die Berufung muss mit einer ordnungsgemäßen Berufungsschrift nach § 517 1. HS ZPO grundsätzlich **innerhalb eines Monats nach Zustellung** des in vollständiger Form abgefassten Urteils erhoben werden. Die **Frist beginnt** jedoch unabhängig von der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils **spätestens nach fünf Monaten** ab der Verkündung des Urteils zu laufen.

IV. Berufungsbegründung

Es muss dann nach § 520 I ZPO eine Begründung der Berufung erfolgen, wobei hierfür nach § 520 II 1 ZPO eine Frist von **zwei Monaten nach Zustellung** des in vollständiger Form abgefassten Urteils. Auch hier gilt aber unabhängig von der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils eine **Frist von fünf Monaten** ab der Verkündung des Urteils für den Lauf der Berufungsbegründungsfrist. Die Berufungsbegründung muss zudem inhaltlich den Anforderungen des § 520 III ZPO genügen. Sie muss nach § 520 III 1 ZPO beim **iudex ad quem**, also beim Berufungsgericht eingereicht werden.

B. Zustellung erstinstanzlichen Urteils nach Ablauf der Fünf-Monatsfrist (BGH, NZI 2010, 39)

Fall: K verklagte B vor dem LG auf Auskunft. Das LG hat am Schluss der mündlichen Verhandlung am 15.11.2006 das Urteil durch Verlesung der Urteilsformel verkündet. Am 11.04.2007 ist die mit Tatbestand und Entscheidungsgründen versehene, von den mitwirkenden Richtern unterschriebene vollständige Fassung des Urteils zur Geschäftsstelle gelangt. Je eine Ausfertigung des Urteils ist B am 13.04.2007 und der K am 16.04.2007 zugestellt worden. K verlangt mit seiner Berufung die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das LG mit der Begründung, das Urteil des LG leide an einem wesentlichen Verfahrensmangel i.S. von § 513 I ZPO. Es sei K fünf Monate und einen Tag nach dem Verkündungstermin zugestellt worden. Dadurch habe K weniger als einen Monat Zeit gehabt zu prüfen, ob Berufung eingelegt werden solle. Die Ursächlichkeit der Rechtsverletzung für das angefochtene Urteil werde gem. § 547 Nr. 6 ZPO unwiderleglich vermutet. Diese Vorschrift sei im Berufungsrecht entsprechend anwendbar. Nach gefestigter Rechtsprechung sei ein bei Verkündung nicht vollständig abgefasstes Urteil nicht mit Gründen versehen, wenn es nicht innerhalb von fünf Monaten ab Verkündung schriftlich niedergelegt, von den Richtern unterschrieben und der Geschäftsstelle übergeben worden sei. Gleiches gelte, wenn – wie im vorliegenden Fall – das Urteil innerhalb der Fünf-Monatsfrist vollständig zur Geschäftsstelle gelangt, aber erst nach Ablauf dieser Frist zugestellt worden sei; denn die vom Gesetz eingeräumte Überlegungsfrist von einem Monat nach Ablauf der Fünf-Monatsfrist müsse der beschwerten Partei ungeschmälert zur Verfügung stehen. Trifft diese Rechtsauffassung zu?

Die Berufung des K ist begründet, wenn die Entscheidung des LG auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen.

„Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung stellen die **in § 547 ZPO** beschriebenen **Verfahrensrechtsverletzungen** dann, wenn sie dem **erstinstanzlichen Gericht unterlaufen sind, wesentliche Verfahrensmängel** (§ 538 II 1 Nr. 1 ZPO) dar, auf welchen das **erstinstanzliche Urteil beruht** (RGZ 37, 248 [249]; BGH, NJW 1992, 2099; NJW 2000, 2508 [2509] [zu § 551 Nr. 6 ZPO a.F.]; ebenso OLG Rostock, NJOZ 2007, 2189; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., § 539 Rn 6; Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 538 Rn 11; Wöstmann, in: HandKomm-ZPO, 2. Aufl., § 538 Rn 9; Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl., § 538 Rn 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 16. Aufl., § 138 Rn. 23; Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, § 538 Rn 9; a.A. KG, NZM 2007, 85 = MDR 2007, 48; Rimmelspacher, ZJP 106 [1993], 246 [248f.]).“ (BGH aaO)

Hier könnte eine Verfahrensmangel analog § 547 Nr. 6 ZPO vorliegen. Danach liegt ein absoluter Revisionsgrund vor, wenn ein Urteil nicht mit Gründen versehen ist. Als nicht mit Gründen versehen gilt auch ein Urteil, welches zwar verkündet, aber nicht rechtzeitig mit Gründen versehen wurde (vgl. GmS-OGB (Fn. 26); BAG NZA 1993, 1150; NJW 1996, 870; 2000, 2835).

I. Fehlen von Gründen wegen Verstoßes gegen § 315 II 3 ZPO

Es ist daher zunächst festzustellen, binnen welcher Frist ein Urteil mit Gründen zu versehen ist. Erfolgt eine **Urteilsverkündung am Schluss der mündlichen Verhandlung**, so ist das Urteil nach § 315 II 1 ZPO vor Ablauf von **drei Wochen**, vom Tage der Verkündung an gerechnet, vollständig abgefasst der Geschäftsstelle zu übermitteln. Kann dies ausnahmsweise nicht geschehen, so ist innerhalb dieser Frist das von den Richtern unterschriebene Urteil ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe der Geschäftsstelle zu übermitteln. In diesem Fall sind Tatbestand und Entscheidungsgründe nach § 315 II 3 ZPO **alsbald nachträglich anzufertigen**, von den Richtern besonders zu unterschreiben und der Geschäftsstelle zu übermitteln.

Fraglich ist, wie der Begriff alsbald zu verstehen ist. Zur Konkretisierung des Begriffs „alsbald“ ist auf die in **§§ 517, 548 ZPO** zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung zurückzugreifen.

„Die äußerste Grenze für die Übergabe des vollständig abgefassten Urteils an die Geschäftsstelle, die dem Begriff „alsbald“ noch gerecht wird, beträgt nach **gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung fünf Monate** (GmS-OGB, BVerfGE 92, 367 = NJW 1993, 2603 = ZIP 1993, 1341 [1343ff.]; BGH, NJW-RR 2001, 1642 [1643]; NJW-RR 2004, 1439; NJW-RR 2005, 1151 [1152]). Diese Frist wurde BVerfG verfassungsrechtlich nicht beanstandet (vgl. BVerfG, NJW 2001, 2161 [2162]).“ (BGH aaO)

Das am 15.11.2006 durch Verlesung der Urteilsformel verkündete Urteil wurde am 11.04.2007 Tatbestand und Entscheidungsgründen versehen und von den mitwirkenden Richtern unterschrieben zur Geschäftsstelle gegeben. Dies erfolgte daher noch innerhalb der vorgesehenen Fünf-Monatsfrist, also noch rechtzeitig.

Vor diesem Hintergrund liegt kein Urteil ohne Begründung vor, so dass eine Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils im Rahmen der Berufung analog § 547 Nr. 6 ZPO nicht in Betracht kommt.

II. Fehlen von Gründen wegen Verkürzung der Rechtsmittelfristen

Möglicherweise ist aber das Urteil als nicht mit Gründen versehen anzusehen, weil zwar bei der Übergabe an die Geschäftsstelle die Fünf-Monatsfrist gewahrt wurde, die Zustellung des Urteils jedoch erst später erfolgt ist. Hierdurch standen K die **Fristen zur Einlegung (§ 517 ZPO) und Begründung (§ 520 II 1 ZPO)** der Berufung **nicht in vollem Umfang zur Verfügung** standen.

1. Fünf-Monatsfrist zur Sicherung des Erinnerungsvermögens

*„Die Rechtsprechung des BGH und des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes zur **Höchstfrist von fünf Monaten**, innerhalb derer das verkündete Urteil abgesetzt und vollständig zur Geschäftsstelle gelangt sein muss, beruht vor allem auf der Erkenntnis, dass das **richterliche Erinnerungsvermögen abnimmt**. Nach Ablauf von mehr als fünf Monaten ist nicht mehr gewährleistet, dass der Eindruck von der mündlichen Verhandlung und das Beratene **zuverlässigen Niederschlag** in den so viel später abgefassten Gründen der Entscheidung finden (GmS-OGB, BVerwGE 92, 367 = NJW 1993, 2603 = ZIP 1993, 1341 [1344]; BVerfG, NJW 2001, 2161). Es geht mithin um die Vermeidung von Fehlerinnerungen und damit um Gründe der Rechtssicherheit (GmS-OGB, BVerwGE 92, 367 = NJW 1993, 2603 = ZIP 1993, 1341; BGH, NJW-RR 2004, 1439).“* (BGH aaO)

2. Fünf-Monatsfrist zur Wahrung des Informationsinteresses der Parteien

*„Insbesondere der unterlegenen und an der Einlegung eines Rechtsmittels interessierten Partei ist **nicht zuzumuten**, nach der Verkündung eines Urteils **übermäßig lange warten** zu müssen, um – über eine etwaige mündliche Urteilsbegründung hinaus – die **näheren Gründe zu erfahren**, die zu ihrem Unterliegen geführt haben (GmS-OGB, BVerwGE 92, 367 = NJW 1993, 2603 = ZIP 1993, 1341 [1345]). Die durch das Urteil beschwerte Partei soll **nicht in die Zwangslage** versetzt werden, mit Rücksicht auf den Ablauf der Rechtsmittelfrist ein **Rechtsmittel einlegen zu müssen, ohne die Urteilsgründe zu kennen** (BGH, NJW 1986, 2958 [2959]; NJW 1987, 2446 [2447]).*

*In der **älteren Rechtsprechung des BGH** ist daraus weitergehend der Schluss gezogen worden, der Partei müsse die vom Gesetz eingeräumte **Überlegungsfrist von einem Monat nach Ablauf des Fünf-Monatszeitraums** zwingend uneingeschränkt zur Verfügung stehen (BGH, NJW 1987, 2446; NJW 1991, 1547; ebenso Stein/Jonas/Grunsky, § 551 Rn 34; Wiczorek/Schütze/Prütting, ZPO, 3. Aufl., § 547 Rn 45; Musielak/Ball, § 547 Rn 13; zweifelnd Kayser, in: HandKomm-ZPO, § 547 Rn 15; a.A. Wenzel, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 547 Rn 16).“* (BGH aaO)

a) Auswirkungen auf Berufungsbegründung und Fristeinhaltung

Die **Frist für die Berufungsbegründung beträgt zwei Monate**. Sie beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung (§ 520 II 1 ZPO).

*„Wird das erstinstanzliche Urteil **später als fünf Monate** nach der Verkündung zugestellt, **verkürzt sich die Frist** entsprechend. Die **Begründungsfrist** kann jedoch **verlängert** werden (§ 520 II 2 und 3 ZPO). Ist das anzufechtende Urteil fünf Monate nach der Verkündung noch nicht zugestellt, kann die **Berufung** außerdem zunächst **allein mit der unterbliebenen Zustellung begründet** werden. Die Berufungsbegründung muss nur erkennen lassen, dass das **Urteil**, welchen Inhalt es auch immer haben möge, **angefochten wird, soweit es die Partei beschwert**, und zugleich auf die **fehlende Zustellung hinweisen** (BGH, NJW-RR 2004, 361; NJW-RR 2005, 1086 [1087]).*

*So hat sich K im vorliegenden Fall verhalten. Wird das **Urteil danach, aber vor Ablauf der Begründungsfrist** noch zugestellt, können der **bestimmte Berufungsantrag** sowie eine **sachliche Begründung** – gegebenenfalls nach einer ohne Weiteres zu bewilligenden Fristverlängerung – **nachgereicht** werden. Auch das hat K im vorliegenden Fall getan. Erfolgt die **Zustellung des vollständigen Urteils erst nach Ablauf der Begründungsfrist**, kann auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden (§ 233 ZPO). Die verfahrensmäßigen Rechte des Berufungsführers können so ausreichend gewahrt werden.“* (BGH aaO)

Die durch eine verspätete Zustellung entstehenden Nachteile können also mit den Mitteln der ZPO ausgeglichen werden, so dass letztlich keine Rechtsverkürzung festzustellen ist.

b) Auswirkungen auf Berufungseinlegung und Fristeinhaltung

Die Frist zur Einlegung der Berufung beträgt einen Monat. Auch sie beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung (§ 517 ZPO).

*„Erfolgt die **Zustellung** des erstinstanzlichen Urteils **nach Ablauf der Fünf-Monatsfrist**, hat die beschwerte Partei folglich **weniger als einen Monat Zeit** zu überlegen, **ob Berufung eingelegt** werden soll oder nicht. Anders als bei der Berufungsbegründungsfrist bietet die ZPO auch kaum Möglichkeiten, diesen Nachteil auszugleichen. Vor allem kann die **Berufungsfrist als Notfrist nicht verlängert** werden (§§ 224 II Halbs. 2, 517 ZPO). Eine **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand (§ 233 ZPO) kommt nach dem Wortlaut des Gesetzes in Betracht, wenn eine **Frist versäumt** worden ist, nicht jedoch, wenn die **Frist nicht in ihrem vollem Umfang zur Verfügung** steht.“ (BGH aaO)*

Hinsichtlich der Berufungsfrist ist daher festzustellen, dass eine verspätete Urteilszustellung zu Nachteilen für den Betroffenen hinsichtlich seiner Überlegungsfrist führt. Fraglich ist jedoch, ob hierin zugleich ein wesentlicher Verfahrensfehler zu sehen ist oder ob dieser **Nachteil** nicht **hingenommen** werden muss.

*„Der **Nachteil**, der in der verkürzten Überlegungsfrist besteht, ist jedoch **grundsätzlich hinzunehmen**. Dafür sprechen zum einen praktische Gründe. Die Partei wird die **Entscheidung über die Einlegung der Berufung** vielfach davon abhängig machen, **ob und in welchem Umfang** das Urteil sie **beschwert**. Die Urteilsgründe spielen dann erst bei der Begründung der Berufung eine Rolle. Aber auch dann, wenn man davon ausgeht, dass die Partei die **Urteilsgründe** benötigt, um die **Frage der Einlegung der Berufung** zu prüfen, kann nicht jede Einschränkung der Monatsfrist notwendig zu einer Aufhebung des Urteils führen. Das zeigt ein **Vergleich** mit den Regelungen über die **Wiedereinsetzung nach schuldloser Versäumung einer Rechtsmittelfrist** (oder einer anderen Notfrist, §§ 233ff. ZPO). Die Wiedereinsetzung muss **innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt** (§ 234 I ZPO) und die **Einlegung des Rechtsmittels** (die Nachholung der versäumten Prozesshandlung) muss **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist erfolgen** (§ 236 II 2 ZPO). Die **ZPO hält notfalls** also eine **Frist von zwei Wochen für ausreichend**, um eine Entscheidung über die Einlegung eines Rechtsmittels zu treffen.“*

*Im vorliegenden Fall stand K eine deutlich **längere Überlegungsfrist** zur Verfügung; die Monatsfrist war nur um einen Tag nicht gewährt. Einer Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zur **Wahrung seiner Verfahrensrechte** bedurfte es damit nicht.“ (BGH aaO)*

- III. **Ergebnis:** Es liegt daher kein wesentlicher Verfahrensmangel analog § 547 Nr. 6 ZPO vor, so dass K aus diesem Grund keine Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils verlangen kann.

(BGH in Rpfleger 2010, 91; Beschluss vom 22.10.2009 – IV ZB 248/08)

1. Bei bereits **aufgegebenen Geschäftsräumen** kann eine **Ersatzzustellung** durch Einlegung in den Briefkasten nach § 180 ZPO **nicht erfolgen**.
2. Für die Annahme von **Aufgabewillen** und **Aufgabebeakt** reicht es aus, wenn die Aufgabe **für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar** ist.
3. An die **Aufgabe von Geschäftsräumen** sind dabei **keine höheren Anforderungen** zu stellen als an die Aufgabe einer Wohnung. **Zusätzliche Maßnahmen** können daher **nicht verlangt** werden.

A. Grundlagenwissen: Der Zustellungsauftrag, § 176 ZPO

Wird der Post, einem Justizbediensteten oder einem Gerichtsvollzieher ein Zustellungsauftrag erteilt oder wird eine andere Behörde um die Ausführung der Zustellung ersucht, übergibt die Geschäftsstelle nach § 176 I ZPO das zuzustellende Schriftstück in einem verschlossenen Umschlag und ein vorbereitetes Formular einer Zustellungsurkunde. Diese Art der Zustellung bietet die höchste Sicherheit, so dass die Ausführung eines Zustellungsauftrags besonders geregelt ist.

I. Aushändigung an den Zustellungsempfänger

Grundsätzlich erfolgt die Ausführung eines Zustellungsauftrags nach § 177 ZPO durch Aushändigung an den Zustellungsempfänger. Die Übergabe ist an jedem Ort möglich, an welchem der Zustellungsempfänger angetroffen wird.

II. Ersatzzustellung in der Wohnung, in Geschäftsräumen und Einrichtungen, § 178 ZPO

Wird der Zustellungsempfänger nicht angetroffen, kann die Zustellung nach § 178 ZPO auch durch die Übergabe an eine andere Person erfolgen. Allerdings reicht hierzu nicht die Übergabe an eine beliebige Person aus. § 178 I ZPO führt näher aus, an wen eine sog. Ersatzzustellung erfolgen kann.

Allerdings ist bei den **Ersatzzustellungen** zu berücksichtigen, dass diese **ausgeschlossen** sind, wenn die Ersatzperson im Rechtsstreit als Gegner beteiligt ist. Hiervon ist nicht nur der unmittelbare Prozessgegner erfasst, sondern auch dessen Familienangehöriger (vgl. BGH NJW 1984, 57) und weisungsgebundene Personen (vgl. Musielak-Wolst, § 178 ZPO, Rn. 6). Auch darf ein an den Arbeitgeber gerichteter Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nicht im Wege der Ersatzzustellung nach § 178 I Nr. 3 ZPO an den Schuldner ausgehändigt werden (vgl. BAG NJW 1981, 1399).

1. Übergabe an Zustellungsempfänger in seiner Wohnung scheitert**a) zugelassene Ersatzpersonen**

- aa) Scheitert die Übergabe an den Zustellungsempfänger selbst in seiner Wohnung, kann das Schriftstück nach § 178 I Nr. 1 ZPO auch an einen erwachsenen **Familienangehörigen** übergeben werden.

Der Familienangehörige ist nicht erst mit Volljährigkeit erwachsen. Er muss nach seinem Auftreten und äußerem Erscheinungsbild erwarten lassen, er werde das zuzustellende Schriftstück ordnungsgemäß weitergeben und seiner körperlichen Entwicklung nach einem Erwachsenen ähnlich sein (vgl. BGH NJW 1981, 1613; Musielak-Wolst, § 178 ZPO, Rn. 3a).

Dies kann dazu führen, dass die fast volljährige Person zwar **nicht selbst Zustellungsempfänger** sein kann und daher nach § 170 ZPO an den gesetzlichen Vertreter als Zustellungsempfänger zugestellt werden muss, der **Minderjährige** selbst die Sendung aber als **gesetzlich zugelassene Ersatzperson** wirksam in Empfang nehmen kann.

- bb)- Darüber hinaus ist nach § 178 I Nr. 1 ZPO auch die Übergabe an eine **in der Familie beschäftigte Person** (z.B. Haushälterin, Butler, Putzfrau, Hauslehrer) möglich.

- cc) Schließlich führt auch die Übergabe an einen **erwachsenen ständigen Mitbewohner** nach § 178 I Nr. 1 ZPO zur Zustellung.

Somit sind auch **nichteheliche Lebenspartner** und **Mitglieder einer Wohngemeinschaft** taugliche Ersatzpersonen. Allerdings ist hier die Zustellperson gehalten, den erwachsenen Mitbewohner nach der Dauer des gemeinsamen Wohnverhältnisses zu befragen, um so von zufällig oder vorübergehend anwesenden Erwachsenen abzugrenzen, an die eine wirksame Ersatzzustellung nicht erfolgen kann.

b) Wohnsitz des Zustellungsempfängers

Als Wohnsitz ist nach § 7 I BGB der Ort der ständigen Niederlassung zu verstehen, soweit der Wille vorhanden ist, diesen Ort zum ständigen Schwerpunkt der Lebensverhältnisse zu machen.

Niederlassung ist die Unterkunft der Person. Die Annahme eines Wohnsitzes setzt aber auch nicht voraus, dass man sich in einer eigenen oder selbst angemieteten Wohnung niederlässt, wobei es auf melderechtliche Fragen nicht ankommt. Der Wohnsitz kann also auch dort genommen werden, wo man nicht gemeldet ist, wohingegen der Ort der Anmeldung nicht zwingend auch der Wohnsitz ist, wenngleich dies als Indiz dienen kann (vgl. BGH, NJW 1978, 1858). Das Gefängnis niemals Wohnsitz des Inhaftierten, da er dort gegen seinen Willen festgehalten wird.

Der **Wohnsitz** wird erst **beendet**, wenn die Niederlassung mit dem Willen aufgegeben wird, sie aufzuheben. Hierzu muss der Adressat den räumlichen Mittelpunkt seines Lebens an den neuen Aufenthaltsort verlagern, wobei **Aufgabewille** und **Aufgabeakt** für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar sein müssen (vgl. BGH NJW-RR 2005, 415; BGH NJW-RR 1997, 1161; BGH NJW-RR 1994, 564; vgl. auch Fischer JuS 1994, 416, 418; Musielak-Wolst, § 178 ZPO, 3a).

Bei Freiheitsentzug von einigen Monaten geht die Wohnungseigenschaft verloren, sofern der Inhaftierte keine fortdauernden persönlichen Beziehungen zu seiner Wohnung aufrechterhalten hat, während es beim Vollzug von Untersuchungshaft es auf die tatsächliche Zeitdauer an kommt, die der Zustellungsempfänger bis zur Ersatzzustellung von dem aufrechterhaltenen Wohnsitz abwesend gewesen ist (vgl. BGH NJW 1978, 1858; OLG Hamm Rpfleger 2003, 377; zur Ersatzfreiheitsstrafe vgl. Rpfleger 2005, 269; Musielak-Wolst, § 178 ZPO, 3a).

2. Übergabe an den Zustellungsempfänger in seinen Geschäftsräumen scheidet

Soll die Zustellung durch Übergabe an den Zustellungsempfänger in seinen Geschäftsräumen erfolgen, scheidet diese jedoch, so ist nach § 178 I Nr. 2 ZPO auch die Ersatzzustellung an eine in den Geschäftsräumen beschäftigte Person möglich. Geschäftsraum ist hierbei regelmäßig der Raum, in dem sich Publikumsverkehr abspielt und zu dem der mit der Ausführung der Zustellung betraute Bedienstete Zutritt hat (vgl. Musielak-Wolst, § 178 ZPO, Rn. 4).

3. Übergabe an Zustellungsempfänger in einer Gemeinschaftseinrichtung scheidet

Hier kann die Zustellung nach § 178 I Nr. 3 ZPO auch ersatzweise an den Leiter der Einrichtung oder eine dazu ermächtigte Person erfolgen. **Gemeinschaftseinrichtungen** sind hierbei vor allem **Seniorenwohnheime, Pflegeheime, Lehrlingsheime, Krankenhäuser, psychiatrische Anstalten** sowie **Justizvollzugsanstalten** und **Kasernen**.

B. keine Ersatzzustellung in aufgegebenen Geschäftsräumen (BGH, Rpfleger 2010, 91)

Fall B, ehemaliger Steuerberater, betrieb sein Büro in einem mit der Hausnummer 5 gekennzeichneten Anbau des Wohnhauses mit der Hausnummer 3, in dem er mit seiner Ehefrau lebt. Die Büroräume hatte er bis zur Aufgabe seiner Tätigkeit am 31.10.2007 von seiner Ehefrau gemietet. Nach Einstellung der Berufstätigkeit entfernte der Beklagte sein Kanzleischild sowie die Namensschilder von Klingel und Briefkasten (Briefschlitz in der Eingangstür). Dem für das Gebiet zuständigen Briefträger teilte er mit, dass er sein Büro geschlossen habe und dass für ihn bestimmte Post in den Brief-

kasten der Hausnummer 3 eingeworfen werden möge. Die ehemaligen Büroräume blieben in der Folge unbenutzt.

B wurde von K auf Schadensersatzprozesses wegen behaupteter Verletzung seiner Pflichten aus einem Steuerberatervertrag in Anspruch genommen. Gegen ihn erging Vollstreckungsbescheid. Er macht geltend, dieser sei nicht wirksam zugestellt worden, hilfsweise beantragt er Wiedereinsetzung in die versäumte Einspruchsfrist.

Der Kläger erwirkte zunächst den Erlass eines Mahnbescheides gegen den Beklagten, der am 09.01.2008 in den Briefkasten des Anbaus mit der Hausnummer 5 eingelegt wurde. Am 05.02.2008 erging ein Vollstreckungsbescheid, der laut Aktenausdruck am 07.02.2008 in Hausnummer 5 zugestellt wurde. Auf der Zustellungsurkunde ist vermerkt: "Weil die Übergabe des Schriftstückes in der Wohnung/in dem Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt."

Am 01.06.2008 fand die Ehefrau des B das Schriftstück im Briefkasten der ehemaligen Geschäftsräume vor und übergab dies B. Am 09.06.2008 ging der mit einem Wiedereinsetzungsantrag verbundene Einspruch des Beklagten beim Amtsgericht - Mahnabteilung – ein. Nach Abgabe an das Gericht des streitigen Verfahrens wurde die Wiedereinsetzung verweigert und der Einspruch als verspätet zurückgewiesen. Zu Recht?

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Einspruchsfrist konnte von Anfang an bei verständiger Würdigung nur so verstanden werden, dass darüber erst und nur dann zu entscheiden ist, wenn nicht festgestellt werden kann, dass der Beklagte die Einspruchsfrist gewahrt hat (BGH, NJW 2003, 2460; NJW 2007, 1457, 1458 Rn 12; WuM 2007, 712 Rn 9). Diese Prüfung hat von Amts wegen zu erfolgen.

I. Berechnung der Einspruchsfrist

Der **Vollstreckungsbescheid** steht nach § 700 I ZPO einem für **vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil** gleich. Für den Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid gilt demnach die Frist dies §§ 700, 339 ZPO für den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil. Die **Einspruchsfrist** beträgt danach **2 Wochen**. Sie beginnt mit der wirksamen **Zustellung des Vollstreckungsbescheides** zu laufen. Fehlt es an einer wirksamen Zustellung, so beginnt die Frist nicht zu laufen. Ein Fristlauf kann dann allenfalls durch eine **Heilung des Zustellungsmangels** gem. § 189 ZPO in Gang gesetzt werden. Eine solche kommt erst mit der **Kenntnisnahme** des B am **01.06.2008** in Betracht, so dass bei nicht wirksamer Zustellung der Einspruch noch bis zum 15.06.2008 fristgerecht hätte eingelegt werden können. Bei wirksamer Zustellung am 07.02.008 hingegen wäre der Einspruch verfristet.

II. Wirksamkeit der Ersatzzustellung

Fraglich ist daher, ob in dem Einlegen in den Briefkasten der ehemaligen Geschäftsräume am 07.02.2008 eine **wirksame Zustellung** erfolgt ist.

Kann eine Zustellung nach § 177 ZPO nicht durch Übergabe an den Zustelladressaten erfolgen, so ist eine **Ersatzzustellung nach § 178 I ZPO** möglich. Handelt es sich bei der Zustellanschrift um Geschäftsräume, so ist nach § 178 I Nr. 2 ZPO die Ersatzzustellung durch Übergabe an eine in den Geschäftsräumen beschäftigte Person möglich. Dies konnte hier jedoch ebenfalls nicht erfolgen. Es könnte aber eine wirksame **Ersatzzustellung nach § 180 ZPO** vorliegen. Danach kann die Zustellung auch durch Einlegen in den zu den Geschäftsräumen gehörenden Briefkasten erfolgen.

1. Anforderungen an einen Geschäftsraum

Dann müsste es sich aber bei den unter Hausnummer 5 befindlichen Räumen um Geschäftsräume in Sinne dieser Vorschrift gehandelt haben.

*„Die Ersatzzustellung nach § 180 Satz 1 ZPO setzt voraus, dass die **Räume** von dem Adressaten **tatsächlich als Geschäftsraum genutzt** werden. Ein Geschäftslokal ist vorhanden, wenn ein dafür bestimmter **Raum** - und sei er auch nur zeitweilig besetzt - **geschäftlicher Tätigkeit dient** und der **Empfänger dort erreichbar** ist (BGH, ZIP 1998, 862, 863; ZIP 2008, 1747, 1748; für die vergleichbare Rechtslage bei der Wohnung vgl. etwa BGH NJW-RR 2005, 415). (BGH aaO)*

Bei den von B ursprünglich genutzten Räumen handelt es sich daher um Geschäftsräume.

2. Verlust der Eigenschaft als Geschäftsraum

Fraglich ist jedoch, wann ein Geschäftsraum seine Eigenschaft wieder verliert.

*„Ein solcher Geschäftsraum liegt nicht mehr vor, wenn der vormalige Inhaber die Räumlichkeiten **nicht mehr für seine Geschäftszwecke nutzt und Aufgabewille und Aufgabebeakt erkennbar sind**. Wann diese Voraussetzungen vorliegen, ist bislang allerdings bei Geschäftsräumen höchstrichterlich nicht geklärt.“ (BGH aaO)*

a) Anforderungen an Aufgabewille und Aufgabebeakt

Soweit bei der Aufgabe einer **Wohnung** Aufgabewille und Aufgabebeakt durch das gesamte Verhalten zum Ausdruck kommen und für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar sein müssen, weitere Maßnahmen jedoch nicht verlangt werden, stellt sich die Frage, ob an Aufgabewillen und Aufgabebeakt bei einem **Geschäftslokal strengere Anforderungen** zu stellen sind, jedenfalls wenn die Räume anschließend leer stehen.

*„Nach der Regelung der §§ 178 ff ZPO wird für die Ersatzzustellung vorausgesetzt, dass eine Wohnung oder ein **Geschäftsraum tatsächlich vorhanden** ist. In beiden Fällen kann es deshalb bei einer Aufgabe der Wohnung oder des Geschäftsraums nur darum gehen, **möglichen Manipulationen vorzubeugen**. Es muss der Wille, die Geschäftsräume aufzugeben, nach außen erkennbaren Ausdruck gefunden haben. Insoweit gilt nichts anderes als bei Wohnräumen. Aus §§ 178 ff ZPO ergibt sich auch bei Geschäftsräumen keine Verpflichtung des Inhabers, bei einer **tatsächlichen, nach außen erkennbaren Aufgabe** des Geschäftsraums zusätzliche Vorsorge dafür zu treffen, dass Sendungen nicht gleichwohl in den Briefkasten oder Briefschlitz eingeworfen werden. **Ebenso wenig besteht eine Verpflichtung, ein Schild anzubringen, auf dem ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die Geschäftsräume aufgegeben sind**. Damit würde dem Empfänger das Risiko der Wirksamkeit zweifelhafter Ersatzzustellungen auferlegt. Dies sieht § 180 ZPO nicht vor. Dem Zustellungsempfänger kann eine **ungenau oder sorglose Arbeit des Zustellers** ebenso wenig zugerechnet werden wie dessen Irrtum über das Vorliegen eines Geschäfts- oder Wohnraums.“ (BGH aaO)*

b) Anwendung auf den Fall

*„Im vorliegenden Fall hatte B **unstreitig alle Kanzlei- und Namensschilder** unmittelbar nach dem 31.10.2007 **entfernt** und den **Geschäftsraum geräumt**. Mehr konnte von ihm nicht verlangt werden. Er hat damit für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter **zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht**, dass er die Geschäftsräume aufgab. Für einen Zusteller, der mit den Gegebenheiten vor Ort nicht vertraut war, gab es danach auch keinen Anhaltspunkt mehr dafür, dass die Räume die Geschäftsräume des Beklagten sein könnten. Der üblicherweise zuständige Briefträger war über die Aufgabe der Geschäftsräume ohnehin ausdrücklich unterrichtet.*

Auf die Möglichkeit des Zustellungsempfängers, sich Kenntnis von dem Inhalt von Sendungen zu verschaffen, die ohne das Vorliegen der Voraussetzungen einer Ersatzzustellung eingeworfen wurden, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.“ (BGH aaO)

III. Ergebnis: Die Geschäftsräume waren damit wirksam aufgegeben, so dass die Ersatzzustellung nach § 180 ZPO nicht wirksam erfolgt ist. Der Zustellungsmangel ist nach § 189 ZPO erst durch die Kenntniserlangung am 01.06.2008 geheilt worden, so dass der Einspruch nicht rechtzeitig war. Da die Einspruchsfrist somit nicht versäumt war, kam es auf den nur hilfsweise gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung nicht an.

StPO
§ 200**Anklageschrift**
Umgrenzungs- und Informationsfunktion

StPO

(BGH in NJW 2010, 308; Urteil vom 28.10.2009 – 1 StR 205/09)

1. Der **Umgrenzungsfunktion** der Anklageschrift ist Genüge getan, wenn sich **aus dem Anklagesatz** zumindest **Grundlagen einer Tatbeteiligung** des Angeklagten ergeben.
2. Daran **fehlt es, wenn die Person des in Frage stehenden Angeklagten** im Zusammenhang mit dem in Frage stehenden Tatkomplex überhaupt **nicht erwähnt wird**.

Fall: Die drei Angekl. S, K und J waren in der 7. Kompanie des 7. Instandsetzungsbataillons tätig, einer reinen Ausbildungskompanie für Rekruten der Bundeswehr, die in der Coesfelder Freiherr-vom-Stein-Kaserne stationiert war. Im zweiten und/oder dritten Quartal 2004 beteiligten sich die Angekl. an „Geiselnahmeübungen“ in der allgemeinen Grundausbildung der Rekruten. Diese Übung hatten zwei mitangekl. Zugführer mit Genehmigung des ebenfalls mitangekl. Kompaniechefs eingeführt, obwohl die geltende Anweisung für die Truppenausbildung Nummer 1 (AnTrA1) dies nicht vorsah und derartige Übungen ausschließlich an drei Bundeswehrstandorten – wozu die Kaserne in Coesfeld nicht gehörte – mit speziell geschulten Ausbildern durchgeführt wurden. Bei den von den Angekl. durchgeführten „Geiselnahmeübungen“, von denen die Rekruten nichts wussten und die nicht in den Dienstplänen standen, waren die Angekl. S, K und J jeweils mit weiteren Ausbildern für das „Überfallkommando“ eingeteilt. Die in kleinere Gruppen aufgeteilten Rekruten wurden überfallen und entwaffnet, ihnen wurden die Augen verbunden und die Hände mit Kabelbindern auf den Rücken gefesselt. Dabei erlitten die Rekruten teilweise Schmerzen und Verletzungen. Einzelne Rekruten wurden geschlagen oder erhielten Tritte. Nach den einzelnen Überfällen wurden die Rekruten zu einer Sandgrube oder in den Keller eines Kasernenblocks gebracht. Dort führten dann andere Ausbilder ein „Verhör“ durch. Bei diesen Befragungen mussten die Rekruten unter anderem mit verbundenen Augen Liegestütze oder Kniebeugen machen, es wurden Scheinerschießungen durchgeführt und teilweise wurde den Soldaten mit einer Kübelspritze Wasser in den gewaltsam geöffneten Mund oder in die Nase gepumpt, so dass sie zum Teil keine Luft mehr bekamen. Ein Rekrut wurde mit einem Eimer Wasser übergossen und ihm anschließend der leere Eimer über den Kopf gestülpt. Auch andere Rekruten wurden mit Wasser durchnässt, wobei ihnen teilweise die Feldbluse geöffnet und die Hose heruntergezogen worden war. Vereinzelt wurde Rekruten auch Wasser in die zuvor geöffnete Hose gepumpt; anschließend wurden sie als „Bettnässer“ verhöhnt. Während den Befragungen wurden auch mehrere Soldaten – teilweise mit einem metallischen Gegenstand – geschlagen und getreten. Anderen Rekruten wurden gewaltsam Senf, Ketchup oder Soßenreste eingeflößt. Wieder anderen wurde mit einer Bürste über zuvor entblößte Körperteile gestrichen oder es wurden ihnen mit einem Feldfernsprecher-Prüfgerät Stromstöße versetzt.

Die Anklageschrift richtete sich insgesamt gegen 18 Angekl. und legte diesen unterschiedliche Beteiligungen an insgesamt vier rechtlich selbstständigen Taten zur Last. Der im Anklagesatz gegen den Angekl. J erhobene Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit Misshandlung und mit entwürdigender Behandlung begangen durch „zwei selbstständige Handlungen“ erschöpft sich, bezogen auf diesen Angekl., allein in der Darstellung des konkreten Lebenssachverhalts im Fall B II 1 der Urteilsgründe („zweiter Vorfall“ der Anklage). Im Fall B II 3 der Urteilsgründe („vierter Vorfall“ der Anklage) richtet sich die Anklage indes ausschließlich gegen die (früheren) Mitangekl. D, H, Sc, Bu, K, Mö, S, Z und Ja. Eine Tatbeteiligung des Angekl. J wird insoweit im Anklagesatz nicht geschildert.

- I. Zu prüfen ist zunächst, ob im **Fall B II 3** eine **ordnungsgemäße Anklageschrift** vorliegt.
 1. Die **Anklageschrift hat** die dem Angekl. **zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung** so genau **zu bezeichnen**, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs klagestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lassen (**Umgrenzungsfunktion** – st. Rspr., vgl. nur BGHSt 40, 44 = NJW 1994, 2556 = NStZ 1994, 350; BGH NJW 2008, 2131 = NStZ 2008, 351; jew. m.w.N.).

Es **darf nicht unklar bleiben, über welchen Sachverhalt das Gericht** nach dem Willen der Staatsanwaltschaft **urteilen soll**. Die begangene, konkrete Tat muss vielmehr durch bestimmte Tatumstände so genau gekennzeichnet werden, dass keine Unklarheit darüber möglich ist, welche Handlungen dem Angeklagten zur Last gelegt werden. Fehlt es hieran, so ist die Anklage unwirksam (vgl. BGHSt 40, 44 = NJW 1994, 2556 = NSTz 1994, 350; BGH NSTz 1995, 245; jew. m.w.N.).

Darüber hinaus hat die Anklage auch die **Aufgabe, den Angekl. und die übrigen Verfahrensbeteiligten über weitere Einzelheiten des Vorwurfs zu unterrichten**, um ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Prozessverhalten auf den mit der Anklage erhobenen Vorwurf einzustellen. Mängel der Anklage in dieser Hinsicht führen nicht zu ihrer Unwirksamkeit. Insoweit können Fehler auch noch in der Hauptverhandlung durch Hinweise entsprechend § 265 StPO geheilt werden (**Informationsfunktion** – vgl. BGHSt 40, 44 = NJW 1994, 2556 = NSTz 1994, 350; BGH NJW 2008, 2131 = NSTz 2008, 351; jew. m.w.N.).

2. Diesen Anforderungen wird die gegen den Angekl. J gerichtete Anklage nicht gerecht, denn die abgeurteilte rechtlich selbstständige Tat im Fall B II 3 der Urteilsgründe ist betreffend den Angekl. J weder im Anklagesatz noch im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen hinreichend konkret beschrieben.
 - a) Zwar **dürfen** bei der Prüfung, ob die Anklage die gebotene Umgrenzung leistet, die **Ausführungen im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen zur Ergänzung und Auslegung des Anklagesatzes herangezogen werden**.

BGHSt 46, 130 = NJW 2000, 3293; BGH NSTz 2001, 656; NJW 2008, 2131 = NSTz 2008, 351; Schneider, KK-StPO, 6. Aufl., § 200 Rn 30; Ritscher, BeckOK-StPO, § 200 Rn 19; jew. m.w.N.

Voraussetzung hierfür ist jedoch stets, dass sich **aus dem Anklagesatz zumindest Grundlagen einer Tatbeteiligung ergeben**. Fehlende Angaben können dann aus dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen entnommen werden, wenn sie dort eindeutig benannt sind und daraus deutlich wird, dass sich der Verfolgungswille der StA hierauf erstreckt (vgl. Stuckenberg, Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 200 Rn 81 m.w.N.).

„Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall: Im Anklagesatz wird die Person des Angekl. J im Zusammenhang mit dem Fall B II 3 der Urteilsgründe überhaupt nicht erwähnt. Im wesentlichen Ermittlungsergebnis wird demgegenüber im Rahmen der Wiedergabe der Zeugenaussagen und der Angaben des Angekl. J in seiner disziplinarischen Vernehmung nicht nur dessen behauptetes Tätigwerden im Fall B II 3 der Urteilsgründe geschildert, sondern darüber hinaus auch im Fall B II 2 der Urteilsgründe („dritter Vorfall“ der Anklage – der nach Ansicht der Kammer nicht Gegenstand der gegen den Angekl. J erhobenen Anklage ist).

Zudem sind die diesbezüglichen Ausführungen auch widersprüchlich: Während die Einlassung des Angekl. J dahingehend dargestellt wird, dass er seine Beteiligung an den Übungen im Fall B II 1 („zweiter Vorfall“ der Anklage) und B II 2 der Urteilsgründe („dritter Vorfall“ der Anklage) eingeräumt habe, lautet die abschließende Feststellung: „Der Angekl. J war, wie sich aus seiner Einlassung ergibt, im zweiten Fall als Mitglied des ‚Überfallkommandos‘ und im vierten Fall bei den ‚Vernehmungen‘ im Keller beteiligt“.

Demnach ergibt sich auch aus einer Gesamtschau des Anklagesatzes und des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen nicht hinreichend konkret, ob die StA gegen den Angekl. J über die Tat im Fall B II 1 der Urteilsgründe hinaus nun eine Beteiligung im Fall B II 2 oder im Fall B II 3 der Urteilsgründe zur Anklage bringen wollte. Damit ist die zweite dem Angekl. J vorgeworfene Tat nicht hinreichend beschrieben. Die Umgrenzungs- und Informationsfunktion der Anklage ist daher nicht gewahrt.“ (BGH aaO)

3. **Ergebnis:** Das Verfahren gegen den Angekl. J ist daher insoweit einzustellen; dies steht jedoch einer neuen, den verfahrensrechtlichen Anforderungen gerecht werdenden Anklage nicht entgegen.
- II. Es stellt sich weiter die Frage, ob eine Beteiligung des Angekl. J in **Fall B II 2 ordnungsgemäß angeklagt** worden ist.

1. Die zugelassene Anklage legt den (früheren) Mitangekl. D, H, Sc, Bu, K, Ja, Mö, S und Z im Fall B II 2 („dritter Vorfall“ der Anklage) jeweils ein Vergehen der gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit Misshandlung und entwürdigender Behandlung zur Last. Eine Beteiligung des Angekl. J an dieser Tat ist im Anklagesatz nicht erwähnt. Lediglich im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen wird eine Einlassung des Angekl. J dazu dargestellt, in der er seine Beteiligung an dieser Übung und an derjenigen im Fall B II 1 der Urteilsgründe („zweiter Vorfall“ der Anklage) einräumt. Im Widerspruch dazu heißt es in der Anklage insofern abschließend: „Der Angekl. J war, wie sich aus seiner Einlassung ergibt, im zweiten Fall als Mitglied des 'Überfallkommandos' und im vierten Fall bei den 'Vernehmungen' im Keller beteiligt“. Eine die Tat im Fall B II 2 der Urteilsgründe wirksam einbeziehende Nachtragsanklage (§ 266 StPO) ist nicht erhoben worden.

Soweit nunmehr – entgegen der Anklageschrift, in der dem Angekl. J ausdrücklich nur zwei Taten zur Last gelegt werden – auch dessen Verurteilung wegen Beteiligung an der (dritten) Tat im Fall B II 2, angestrebt wird, handelt es sich um eine andere als die wirksam angeklagte Tat.

2. **Gegenstand der Urteilsfindung ist nach § 264 I StPO „die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt“.** Dieser **verfahrensrechtliche Tatbegriff** umfasst den von der zugelassenen Anklage betroffenen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen der Angekl einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.

st. Rspr., vgl. nur BGHSt 29, 341 = NJW 1981, 180 = NSTZ 1981, 152; BGHSt 34, 215 = NJW 1987, 1033 = NSTZ 1987, 286; BGH, BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 33; jew. m.w.N.

Den **Rahmen der Untersuchung bildet** daher zunächst **das tatsächliche Geschehen, wie es die Anklage beschreibt** (BGH BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 33 m.w.N.).

*„Vorliegend schildert der Anklagesatz keine Vorgänge, aus denen sich eine Strafbarkeit des Angekl. J im Fall B II 2 der Urteilsgründe ergeben könnte. Vielmehr wird ausschließlich seine Beteiligung im Fall B II 1 wiedergegeben. Die **uneinheitlichen und teils widersprüchlichen Schilderungen im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen** vermögen eine wirksame Anklageerhebung auch insofern nicht herbeizuführen.*

Unerheblich ist insofern, dass das Tatgeschehen dieses Vorfalls im Anklagesatz enthalten ist, soweit die Anklage diesbezüglich andere Personen als Täter beschuldigt. Zur Tat i.S. des § 264 I StPO gehört zwar nicht nur der in der Anklage umschriebene Geschehensablauf, sondern das gesamte Verhalten des Täters, soweit es nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt (st.Rspr., vgl. BGHSt 32, 215 = NJW 1984, 808; BGH, BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 33; jew. m.w. Nachw.). Die Einbeziehung weiterer, von der Anklage nicht beschriebener Vorgänge in den Tatbegriff kommt allerdings nur in Betracht, falls auch der in der Anklage nicht erwähnte, mit dem geschilderten Geschehen eine Einheit ergebende Vorgang das Verhalten desselben Angeklagten betrifft. Denn Tat i.S. des § 264 I StPO kann stets **nur das dem einzelnen Angeklagten zur Last gelegte Vorkommnis** sein (BGHSt 32, 215 = NJW 1984, 808). Demgemäß kann vorliegend das Geschehen im Fall B II 2 der Urteilsgründe, das einen von der Tat B II 1 der Urteilsgründe trennbaren, sich damit nicht überschneidenden Vorgang darstellt und das mit der Anklage den (früheren) Mitangekl. des Angekl. J zur Last gelegt wird, nicht als Teil der Tat gelten, die den Gegenstand des gegen den Angekl. J erhobenen Tatvorwurfs bildet.“ (BGH aaO)

VwGO

Fortsetzungsfeststellungsinteresse

VwGO

§ 113 I 4

bestimmter Rechtswidrigkeitsgrund und Wiederholungsgefahr

(HessVGH in DÖV 2010, 49; Beschluss vom 15.09.2009– 7 A 2550/08)

1. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage, die auf die verwaltungsgerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsakts aus einem **bestimmten Rechtswidrigkeitsgrund** gerichtet ist, ist unstatthaft.
2. Eine ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse begründende **Wiederholungsgefahr**, d. h. eine hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit, dass bei im Wesentlichen unveränderter Sach- und Rechtslage ein dem erledigten Verwaltungsakt gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird, muss grundsätzlich **im Verhältnis der Beteiligten** des anhängigen Verwaltungsstreitverfahrens bestehen.

Fall: K begehrt die Feststellung, dass ein erledigter Verwaltungsakt aus einem bestimmten rechtlichen Grund rechtswidrig gewesen ist.

K war in Deutschland im Bereich der Unternehmens- und Rechtsberatung gewerblich tätig. Das Regierungspräsidium ... untersagte ihm mit Bescheid vom 17.01.2005 wegen Unzuverlässigkeit neben der Unternehmens- und Rechtsberatung jede selbstständige gewerbliche Tätigkeit sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person. Vom 01.01.1982 bis zum 20.11.2002 war K zunächst mit Nebenwohnungen, dann mit Hauptwohnungen in B-Stadt gemeldet. 2003 wurde ihm für den Aufenthalt in der Schweiz eine bis zum 07.07.2008 gültige Aufenthaltsbewilligung erteilt. Dort war er für die ... AG (Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen der Rechts- und Steuerberatung und dem Inkassowesen) tätig. Vom 28.01.2005 bis zum 16.07.2006 war K mit (s)einem Wohnsitz in ... gemeldet. Nach einer Auskunft des Schweizerischen Bundesamtes für Migration an die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland vom 25.01.2006 reiste K am 27.06.2005 ins Ausland ab. Die Auslandsadresse war dem Bundesamt unbekannt. Gegenüber der Bundespolizeiinspektion L. gab der aus der Schweiz in die Bundesrepublik Deutschland einreisende K anlässlich einer Personenkontrolle am 18.07.2006 an, seine schweizerische Aufenthaltsbewilligung vor einiger Zeit zurückgegeben zu haben und am Vortag einen Aufenthaltstitel in der Schweiz beantragt zu haben. Ferner äußerte er, nun keinen Wohnsitz mehr in der Bundesrepublik Deutschland zu haben.

Das Finanzamt F. teilte B mit Schreiben vom 29.12.2005 mit, dass K dem Land ... Steuern und steuerliche Nebenleistungen in Höhe von 2.740.930,75 € schulde. Zugleich regte die Finanzbehörde bei B pass- und personalausweisrechtliche Maßnahmen gegen K an. Zur Begründung verwies die Finanzbehörde darauf, K habe seinen Wohnsitz von ... in die Schweiz verlegt, um sich seinen steuerlichen Verpflichtungen zu entziehen.

B verfügte mit Bescheid vom 10.04.2006 die Entziehung des Reisepasses des Klägers und bestimmte unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, dass der Personalausweis des K diesen nicht berechtige, die Bundesrepublik Deutschland über eine Auslandsgrenze zu verlassen. Eine Durchsetzung der Passentziehung erfolgte nicht. Mit Bescheid vom 01.08.2006 nahm B ihren Bescheid vom 10.04.2006 zurück. Die Rücknahme erfolgte, da B aufgrund ihr im Nachhinein bekannt gewordene Umstände der Auffassung war, für die pass- und personalausweisrechtlichen Maßnahmen örtlich unzuständig gewesen zu sein.

K hat gegen den Bescheid vom 10.04.2006 am 16.04.2006 Anfechtungsklage erhoben. Nachdem ihm der Rücknahmebescheid vom 01.08.2006 bekannt gegeben worden ist, hat er beantragt, festzustellen, dass die Verfügung der B vom 10.04.2006 (auch deshalb) rechtswidrig war, weil die nach § 8 PassG zu einem Passenzug erforderliche Kausalität zwischen der Steuerschuld einerseits und dem Verlassen der Bundesrepublik Deutschland durch K andererseits nicht vorgelegen habe. Er habe ein berechtigtes Interesse an der Klage, da ihm durch die Ausreisebeschränkungen Schäden entstanden seien. Zudem bestünde eine Wiederholungsgefahr, da die Gefahr bestehe, dass bei Wiedereinreise pass- oder personalausweisrechtliche Maßnahmen anderer Behördenträger auf Initiative des Finanzamtes B-Stadt ergriffen würden.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage als Klage auf Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs-voraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher** Art vorliegt. Hier sind streitentscheidende Normen solche des Passgesetzes, die ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, so dass sie nach der **modifizierten Subjektstheorie** dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Da auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten ist die Streitigkeit nach der **Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit** auch nichtverfassungsrechtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthafte Klageart

Ursprünglich hatte K gegen den ihn belastenden Verwaltungsakt vom 10.04.2008 Anfechtungsklage erhoben. Aufgrund der erfolgten Rücknahme hat sich dieser Verwaltungsakt jedoch erledigt, so dass von ihm nach § 43 II VwVfG keine Rechtswirkungen mehr ausgehen. Eine Aufhebung im Wege der Anfechtungsklage nach § 113 I 1 VwGO kommt daher nicht mehr in Betracht.

K hat jedoch seinen Klageantrag umgestellt und begehrt nunmehr, die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes festzustellen. Eine solche Umstellung auf die sog. **Fortsetzungsfeststellungsklage** nach § 113 I 4 VwGO ist als gem. § 91 I VwGO sachdienliche Klageänderung möglich, wenn sich der angefochtene Verwaltungsakt – wie hier – nach Erhebung der Anfechtungsklage erledigt hat.

III. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

Da die Erledigung jedoch **nicht dazu führen** kann, dass ein bereits verschlossener **Rechtsweg wieder eröffnet** wird und eine ursprünglich unzulässige Anfechtungsklage nunmehr als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführt werden kann, ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nur zulässig, wenn die **ursprünglich erhobene Anfechtungsklage zulässig** war. Hiervon ist auszugehen.

IV. besonderes Feststellungsinteresse

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zudem nur zulässig, wenn K trotz des Umstandes, dass von den erledigten Verwaltungsakt keine Rechtswirkungen mehr ausgehen, ein **schutzwürdiges Interesse an der Feststellung** hat, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war. Ein solches kommt nur in Betracht, wenn ein **Rehabilitationsinteresse** besteht, **Wiederholungsgefahr** angenommen werden soll oder eine **Schadensersatzklage** beabsichtigt ist. Darüber hinaus kommt die Fortsetzungsfeststellungsklage nach **Art. 19 IV GG** auch in Betracht, wenn eine erhebliche Grundrechtsbeeinträchtigung vorlag und diese ohne die Fortsetzungsfeststellungsklage ohne jede gerichtliche Kontrolle bliebe.

K könnte schon deshalb ein berechtigtes Interesse an der Feststellungsklage fehlen, weil er die **Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes** begehrt.

Grundsätzlich kann K mit der Fortsetzungsfeststellungsklage nur die Feststellung erreichen, dass der erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig war. Fraglich ist, ob der K darüber hinaus auch begehren kann, dass der Rechtswidrigkeitsgrund festgestellt wird.

*„Die aus dem Wortlaut des § 113 I 4 VwGO folgende **Unstatthaftigkeit der Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes** entspricht auch der einfachgesetzlichen Systematik. Nach § 88 VwGO bestimmt der Kläger zwar das Klageziel und darf das Gericht über das Klagebegehren nicht hinausgehen. Eine **Begrenzung des Maßstabs**, den das Gericht bei der Prüfung der Berechtigung des Klagebegehrens anlegt, ist damit indes **prinzipiell nicht verbunden**. Der **Verfügungsgrundsatz**, der im Verwaltungsprozess ebenso wie im Zivilprozess Geltung beansprucht, **beinhaltet nämlich grundsätzlich nicht die Befugnis des Klägers, den Streitgegenstand auf bestimmte rechtliche Gesichtspunkte zu begrenzen** und damit das Gericht zu deren Prüfung zu verpflichten (vgl. Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 86 Rn 6; MüKo-ZPO 3. Aufl. 2008, Einl. Rn 306; Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, Einl. Rn 84).*

Eine **Ausnahme von diesem Grundsatz** wird im **Zivilprozess** für Leistungsklagen im Hinblick darauf zugelassen, dass Ansprüche des Klägers aus bestimmten Anspruchsgrundlagen prozessual bzw. materiell-rechtlich privilegiert sind (z.B. erweiterter Vollstreckungszugriff nach § 850 f II ZPO sowie Aufrechnungsverbot nach § 393 BGB für Forderungen aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung). Diese Ausnahme, die auf den **zwischen Privatrechtssubjekten geltenden rechtsstaatlichen Justizgewährleistungsanspruch** (Art. 20 III GG) rückführbar ist, findet bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO keine Entsprechung. Insbesondere **fordert** die gegenüber der Ausübung öffentlicher Gewalt eingreifende **Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG nicht**, § 113 Abs. I 4 VwGO erweiternd dahin auszulegen, dass die Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes mit der Fortsetzungsfeststellungsklage möglich ist. **Gegenüber belastenden Verwaltungsakten**, zu denen die Passentziehung zählt, ist **hinreichender Rechtsschutz** regelmäßig bereits durch die **aufschiebende Wirkung** nach § 80 I VwGO bzw. deren gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung nach § 80 V 1 VwGO gewährleistet. Ist ein solcher repressiver Rechtsschutz ausnahmsweise nicht zumutbar, ist ausreichender Rechtsschutz durch eine **vorbeugende Leistungs- oder Feststellungsklage** bzw. eine entsprechende gerichtliche **einstweilige Anordnung** nach § 123 I 1 sichergestellt (vgl. zur Unzulässigkeit eines Fortsetzungsfeststellungsantrags nach § 113 I 4 VwGO, der auf die gerichtliche Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes gerichtet ist: BVerwG, Beschlüsse vom 5. September 1984 - BVerwG 1 WB 131.82 - BVerwGE 76, 258 [260], vom 16.10.1989 - BVerwG 7 B 43.89 - Buchholz 11 Art. 2 GG Nr. 59 und vom 23.11.1995 - BVerwG 8 C 9.95, 8 PKH 10.95 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 280; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Oktober 2008, § 113 Rn 79).

Ein berechtigtes Interesse des K fehlt bereits deshalb, weil die **Rechtswidrigkeit** der im Bescheid der B vom 10.04.2006 getroffenen Regelungen als solche **nicht streitig** ist, sondern von B **durch Rücknahme verbindlich anerkannt** worden ist (vgl. zum Bestrittensein der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes als Voraussetzung eines berechtigten Interesses an der Rechtswidrigkeitsfeststellung: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 113 Rn 90; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 113 Rn 268; jeweils m.w.N.). (HessVGH aaO)

V. Zwischenergebnis: Die Fortsetzungsfeststellungsklage gerichtet auf die Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes ist daher unzulässig.

B. Zulässigkeit der Klage als (bloße) Fortsetzungsfeststellungsklage

Gleichwohl kann der Antrag des K nach § 88 VwGO dahingehend ausgelegt werden, dass auch die Feststellung der bloßen Rechtswidrigkeit begehrt wird.

Da die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, kommt es auch hier darauf an, ob ein berechtigtes Interesse besteht.

1. Vorbereitung eines Schadensersatzklage

Es ist anerkannt, dass ein berechtigtes Feststellungsinteresse auch dann anzunehmen ist, wenn der Kläger beabsichtigt, eine Schadensersatzklage wegen rechtswidrigen Verwaltungshandelns vor dem Zivilgericht zu erheben, soweit eine solche Anspruchsverfolgung hinreichend sicher erfolgen wird und eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat.

„Um dem Verwaltungsgericht die Prüfung der offensichtlichen Aussichtslosigkeit einer entsprechenden Schadensersatzklage zu ermöglichen, bedarf es bereits prinzipiell auch **konkreter Angaben** des Klägers der Fortsetzungsfeststellungsklage **zu dem Schaden**, der seiner Auffassung nach auf den amtspflichtwidrigen Erlass des erledigten Verwaltungsakts zurückzuführen ist (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. Januar 2003 - 13 A 4859/00 - NVwZ-RR 2003, 696; Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 12. November 2007 - 2 LA 423/07 - juris). Hier kommt hinzu, dass K als Folge der im Bescheid vom 10.04.2006 getroffenen Regelungen nur für einen **verhältnismäßig kurzen Zeitraum** vom 18.07.2006 bis zum 02.08.2006 daran gehindert war, seiner beruflichen Tätigkeit in der Schweiz nachzugehen. Ob ihm hieraus ein **wirtschaftlicher Nachteil** entstanden ist, ist für den Senat fraglich, zumal der Arbeitgeber des K der B mit Schreiben vom 28.07.2006 eine Frist zur Aufhebung bzw. Änderung der verfügten Maßnahmen bis spätestens zum 03.08.2006 gesetzt hatte, um gravierende wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden. Die Rücknahme der im Bescheid vom 10.04.2006 getroffenen Regelungen verfügte B bereits mit Bescheid vom 01.08.2006.“ (HessVGH aaO)

Ohne entsprechenden Vortrag des K kann die Erfolgsaussicht nicht geprüft werden. Da es jedoch an ihm liegt, sein berechtigtes Interesse darzulegen, kann aus der angeblich beabsichtigten Schadensersatzklage kein entsprechendes Interesse ableitet werden.

2. Wiederholungsgefahr

Auch das Bestehen einer Wiederholungsgefahr kann ein berechtigtes Interesse an der Fortsetzungsfeststellungsklage begründen. Dies setzt jedoch voraus, dass konkret zu besorgen ist, eine entsprechende Regelung werde erneut gegenüber dem K ergehen.

Die Befürchtung, das Finanzamt B-Stadt werde auch andere Behörden bei Gelegenheit zu pass- und personalausweisrechtlichen Maßnahmen bestimmen, ist hierfür unzureichend.

*„Eine ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse begründende Wiederholungsgefahr, d. h. eine **hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit**, dass bei im Wesentlichen **unveränderter Sach- und Rechtslage** ein dem erledigten Verwaltungsakt gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird, muss grundsätzlich **im Verhältnis der Beteiligten** des anhängigen Verwaltungsstreitverfahrens bestehen (vgl. Senatsbeschluss vom 15.01.2009 - 7 A 136/08.Z -; VGH BW GewArch 1991, 176; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a. a. O., § 113 Rn 93; Württemberger, Verwaltungsprozessrecht, 1998, Rn 653). Lediglich **in diesem bereits bestehenden Prozessrechtsverhältnis** ist es gerechtfertigt, dem Kläger die **Rechtsschutzoption** des § 113 I 4 VwGO zu ermöglichen, obwohl der aktuelle Rechtsschutzbedarf durch Erledigung des Verwaltungsaktes entfallen ist. Ein Interesse des K, im gegen B gerichteten Fortsetzungsfeststellungsstreit **Rechtsfragen gerichtlich klären** zu lassen, die nicht für sein **Verhältnis** zu B, sondern **zu Dritten** von Bedeutung sind, entspricht demgegenüber einem abstrakten, d.h. vom konkreten Rechtsstreit der Beteiligten losgelösten **Interesse an der Klärung der Rechtslage**. Ein solches Interesse aber ist **zur Begründung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses nach allgemeiner Meinung unzureichend** (vgl. statt aller: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 113 Rn 90). (HessVGH aaO)*

Es kommt daher nur auf eine im Verhältnis zwischen B und K bestehende konkrete Wiederholungsgefahr an. Diese ist indes von K nicht dargelegt.

3. sonstige Gründe

Von K ist weder ein Rehabilitationsinteresse dargelegt worden noch erfordert Art. 19 IV GG die Zulassung der Fortsetzungsfeststellungsklage aus verfassungsrechtlichen Gründen.

4. Zwischenergebnis: Auch die (bloße) Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist mangels berechtigten Interesses unzulässig.

C. Zulässigkeit der Klage als Feststellungsklage

Das Klagebegehren des K könnte nach § 88 VwGO auch als Feststellungsklage ausgelegt werden.

„Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes ist kein nach § 43 I VwGO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.

*Für die Zulässigkeit einer Klage nach § 43 I VwGO, mit der die Feststellung begehrt wird, dass zwischen den Beteiligten am 10.04.2006 **kein Rechtsverhältnis** bestanden hat, welches B zum Erlass der pass- und personalausweisrechtlichen Verfügungen berechtigte, **fehlt** es jedenfalls am **qualifizierten Feststellungsinteresse**, das für die **Feststellung vergangener Rechtsverhältnisse erforderlich** ist. Denn B hat **durch** die **Rücknahme** ihres Bescheids vom 10.04.2006 das **Nichtbestehen** dieses Rechtsverhältnisses **verbindlich eingeräumt**.*

*Eine Klage nach § 43 I VwGO, mit der das **Nichtbestehen** des bezeichneten Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten **aus einem bestimmten Rechtsgrund** heraus festgestellt werden soll, ist schon deshalb unstatthaft, weil eine **bloße Vorfrage** des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses - hier die von K behauptete fehlende Kausalität zwischen der Steuerschuld und dem Verlassen der Bundesrepublik Deutschland - **kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis** im Sinne des § 43 I VwGO ist.“ (Hess VGH aaO)*

Die Klage ist daher auch als Feststellungsklage nach § 43 I VwGO unzulässig.

D. Ergebnis: Die Klage des K ist unzulässig und kann keinen Erfolg haben.

VwGO **Wiedereinsetzung wegen mangelnder Rechtskenntnis** VwGO
§ 60 **kein unverschuldetes Hindernis**

(BVerwG in NVwZ-RR 2010, 36; Beschluss vom 07.10.2009 – 9 B 83/09)

1. Eine **Rechtsmittelbelehrung**, die **nicht auf den Vertretungszwang** des § 67 IV VwGO hinweist, ist **nicht fehlerhaft**, da eine Belehrung hierüber in § 58 I VwGO nicht vorgesehen ist und daher das Fehlen des Hinweises nicht zum Lauf der Jahresfrist des § 58 II VwGO führt.
2. **Mangelnde Rechtskenntnis** stellt in aller Regel **kein unverschuldetes Hindernis** i.S.d. § 60 I VwGO dar; ein juristisch nicht vorgebildeter Bürger muss bei ihm nicht geläufigen Rechtsfragen grundsätzlich juristischen Rat einholen. Der fehlende Hinweis ist auch nicht geeignet, einen betreffenden Rechtsirrtum hervorzurufen oder zu verstärken.

A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 60 VwGO

I. Zulässigkeit eines Wiedereinsetzungsantrags

Bevor das Gericht sich mit der Frage der Wiedereinsetzung inhaltlich beschäftigt, muss es zunächst die Frage klären, ob der Wiedereinsetzungsantrag überhaupt zulässig ist.

1. Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen

Ein Wiedereinsetzungsantrag setzt wie jede andere Prozesshandlung das Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen, insbesondere **Beteiligtenfähigkeit**, **Prozessfähigkeit** und **Postulationsfähigkeit**, voraus.

2. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

aa) wiedereinsetzungsfähige Frist

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nach § 60 VwGO nicht bei jedem Fristversäumnis statthaft. Er kann nur gestellt werden, wenn es um eine gesetzliche Frist geht. Nicht erfasst sind daher materielle Ausschlussfristen (z.B. Antragsfrist für Beihilfe), richterliche Fristen und vereinbarte Friste

bb) Fristversäumnung

Darüber hinaus ist der Wiedereinsetzungsantrag nur statthaft, wenn auch tatsächlich nach den obigen Maßstäben eine Fristversäumnis festgestellt werden kann.

3. ordnungsgemäße Antragstellung

Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 60 II 1 1. HS VwGO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 60 III VwGO außer in Fällen höherer Gewalt gar **nicht mehr** beantragt werden.

Geht es um die Frist zur **Begründung** der Berufung, des Berufungszulassungsantrags, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde oder der Beschwerde so ist nach § 60 II 1 2. HS VwGO eine **Frist von einem Monat** einzuhalten

4. Zuständigkeit des Gerichts

Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 60 IV VwGO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die versäumte Rechtshandlung** zuständig ist.

5. Rechtsschutzbedürfnis

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

II. Nachholung der Rechtshandlung

Die versäumte Rechtshandlung muss nach § 60 II 3 VwGO **innerhalb der Wiedereinsatzfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsatzantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsatzantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen Wiedereinsatz gewähren.

III. Begründetheit des Wiedereinsatzantrags

Der Wiedereinsatzantrag ist begründet, wenn jemand **ohne sein Verschulden gehindert** war, die **Rechtshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch nach § 60 II 2 VwGO glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsatz.

1. Hinderungsgründe des Beteiligten selbst

Zunächst kann der Beteiligte selbst an der Einhaltung der Frist gehindert gewesen sein (z.B. Ortsabwesenheit, Krankheit, Inhaftierung). Sorgfaltsmaßstab ist hierbei die im Rahmen eines Verfahrens verkehrsbliche Sorgfalt.

2. Verschulden des (Prozess-)Bevollmächtigten

Das Verschulden des **gesetzlichen Vertreters** steht nach § 173 VwGO i.V.m. § 51 II ZPO dem **Verschulden der Partei** gleich. Dies gilt nach § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO auch für das Verschulden des **Bevollmächtigten**.

Anders als beim Sorgfaltsmaßstab für den Beteiligten selbst besteht bei der Bestimmung der von einem Rechtsanwalt zu beachtenden Sorgfalt Einigkeit darüber, dass ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** anzulegen ist, der sich an der üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Rechtsanwalts in der jeweiligen Prozesssituation orientiert und **hoch zu stecken** ist

3. externe Hinderungsgründe

Das Fristversäumnis kann auch auf solchen Gründen beruhen, auf die der Beteiligte oder sein Vertreter keinen Einfluss haben (z.B. **Nichteinhaltung der üblichen Postlaufzeiten, mangelnde Funktionstüchtigkeit des Empfangsfaxgerätes des Gerichts**).

4. Kausalität

Ist ein verschuldeter Fehler feststellbar, so kommt eine Wiedereinsatz gleichwohl dann in Betracht, wenn der **Fehler nicht ursächlich für die Fristversäumnis** war. (vgl. BGH VersR 1993, 77; BGH VersR 1991, 123). Ein Fehler ist dann ursächlich, wenn ohne ihn die Frist nach dem **gewöhnlichen Verlauf nicht versäumt** worden wäre (vgl. BGH VersR 1974, 1001).

B. Grundlagenwissen: Die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde, § 133 VwGO

I. Statthaftigkeit, § 133 I VwGO

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nach § 133 I VwGO statthaft gegen Urteile und Entscheidungen des OVG nach § 47 VwGO, wenn die Revision in der betreffenden Entscheidung nicht zugelassen wurde.

II. Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nach §§ 133 II 1, 67 IV VwGO durch anwaltlichen Schriftsatz **binnen eines Monats** nach Zustellung des angefochtenen Urteils **beim OVG** einzulegen.

III. Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nach §§ 133 III 1, 67 IV VwGO durch anwaltlichen Schriftsatz **innerhalb von zwei Monaten** nach Zustellung des angefochtenen Urteils zu begründen. Die Begründung muss nach § 133 III 2 VwGO **beim OVG** eingereicht werden. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt (§ 132 II Nr. 1 VwGO) oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht (§ 132 II Nr. 2 VwGO), oder der Verfahrensmangel (§ 132 II Nr. 3 VwGO) bezeichnet werden.

Beachte: Anders als bei der Revision selbst wahrt die Einlegung oder Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde beim BVerwG die Fristen nicht. Eine § 139 I 2 VwGO entsprechende Regelung fehlt als Ausfluss aus der Abhilfebefugnis des OVG nach § 133 V 1 VwGO. Der Rechtsmittelführer trägt also das Risiko der fristgerechten Weiterleitung.

C. mangelnde Rechtskenntnis ist kein unverschuldetes Hindernis (BVerwG NVwZ-RR 2010, 36)

Fall: Nachdem K vor dem VG München mit seiner Klage unterlegen war, führte er vor dem VGH München ein Berufungsverfahren durch. Das abweisende Urteil vom 20.04.2009 wurde ihm am 22.05.2009 zugestellt. Die Revision wurde nicht zugelassen. In der Rechtsmittelbelehrung wurde er auf die Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde beim BVerwG sowie die weiteren Voraussetzungen hingewiesen. Ein Hinweis auf den Zwang, sich dort durch eine nach § 67 VwGO zugelassene Person vertreten zu lassen, war nicht enthalten.

K selbst hat dann mit einem Schreiben am 21.06.2009 beim VGH München Beschwerde eingelegt, die mit anwaltlichem Schriftsatz am 25.08.2009 nochmals beim BVerwG eingelegt und erstmals begründet wurde. Zu diesem Zeitpunkt lag dem BVerwG bereits die Nichtabhilfeentscheidung des VGH München vor. K berief sich darauf, dass die Rechtsmittelbelehrung im Berufungsurteil wegen des fehlenden Hinweises auf den Vertretungszwang fehlerhaft sei, so dass die Jahresfrist des § 58 II VwGO für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde lief. Höchstvorsorglich wurde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung beantragt, K sei nicht bekannt gewesen, dass er auch für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde anwaltlich vertreten sein musste. Ist die Nichtzulassungsbeschwerde zulässig?

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.

Der **Verwaltungsrechtsweg** ist nach § 40 I 1 VwGO **eröffnet**. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nach § 133 I VwGO statthaft, wenn die **Revision** gegen ein Urteil des Oberverwaltungsgerichts (oder Verwaltungsgerichtshofs, § 184 VwGO) von diesem **nicht** zugelassen wurde. Dies ist hier der Fall. Sie muss nach § 133 II 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des angefochtenen Urteils beim VGH München eingelegt und nach § 133 III VwGO auch mit dort einzureichendem Schriftsatz innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung des angefochtenen Urteils begründet werden. Die Frist für die Einlegung lief angesichts der Zustellung am 22.05.2009 bis zum 22.06.2009, die Frist für die Begründung bis zum 22.07.2009. Fraglich ist, ob diese Fristen eingehalten wurden.

I. Einlegung durch K am 21.06.2009

K selbst hat am 21.06.2009 die Nichtzulassungsbeschwerde beim VGH München, also innerhalb der Frist beim richtigen Gericht eingereicht. Fraglich ist jedoch, ob diese Einlegung wirksam war. Nach § 67 IV VwGO muss K sich vor dem VGH München und dem BVerwG durch einen Prozessbevollmächtigten nach § 67 II 1 VwGO vertreten lassen. Selbst ist er nicht postulotionsfähig, so dass mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde durch K die Frist nicht gewahrt wurde.

II. Einlegung durch des RA des K am 25.08.2009

Eine wirksame Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde ist erst durch anwaltlichen Schriftsatz am 25.08.2009 beim BVerwG erfolgt.

1. keine Geltung der Jahresfrist des § 58 II VwGO

Zu diesem Zeitpunkt war die reguläre Frist für die Nichtzulassungsbeschwerde jedoch schon abgelaufen. Möglicherweise lief jedoch die Jahresfrist des § 58 II VwGO. Dazu müsste die Rechtsmittelbelehrung im Berufungsurteil fehlerhaft gewesen sein.

„Die dem Urteil des VGH München vom 20.04.2009 (BeckRS 2009, 39781) beigefügte Rechtsmittelbelehrung genügt den Anforderungen des § 58 I VwGO. Entgegen der Auffassung des K muss die Rechtsmittelbelehrung nicht über einen gesetzlichen Vertretungszwang belehren (BVerwGE 52, 226 [232] = NJW 1978, 1278; st. Rspr.). Die Rechtsmittelbelehrung im angegriffenen Urteil ist auch nicht geeignet, hinsichtlich der Form des Rechtsbehelfs einen Irrtum hervorzurufen, welcher die Rechtsmitteleinlegung erschweren könnte (vgl. BVerwGE 57, 188 [190] = NJW 1979, 1670).“ (BVerwG aaO)

Da die Rechtsmittelbelehrung somit nicht fehlerhaft war, läuft auch nicht die Jahresfrist des § 58 II VwGO, sondern es verbleibt bei der Monatsfrist des § 133 II 1 VwGO.

2. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO

Bei der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde handelt es sich um eine wiedereinsatzfähige Frist, die versäumt wurde, so dass der Antrag statthaft ist. Der Antrag ist auch innerhalb von 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses gestellt und die erforderliche Prozesshandlung nachgeholt worden. Fraglich ist jedoch, ob der Antrag begründet ist.

„Die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt nach § 60 I VwGO voraus, dass die Frist ohne Verschulden versäumt wurde. K trägt insoweit vor, ursächlich für die Fristversäumnis sei ihre Unkenntnis des Vertretungszwangs nach § 67 IV VwGO gewesen. Auf dieses Erfordernis sei er im vorinstanzlichen Verfahren ‚nicht ausreichend‘ hingewiesen worden; insbesondere enthalte die Rechtsmittelbelehrung im Urteil vom 20.04.2009 keinen derartigen Hinweis.“

Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Aus dem fehlenden Hinweis auf den gesetzlichen Vertretungszwang in der Rechtsmittelbelehrung kann die K keinen Wiedereinsetzungsgrund herleiten; wie bereits ausgeführt, schreibt § 58 I VwGO einen solchen Hinweis nicht vor. Erst recht war die Vorinstanz nicht verpflichtet, K auf andere Weise auf den Vertretungszwang hinzuweisen. Auch eine Unkenntnis des K über den Vertretungszwang stellt keinen Wiedereinsetzungsgrund dar. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG entschuldigt mangelnde Rechtskenntnis eine Fristversäumnis in aller Regel nicht; vielmehr muss ein juristisch nicht vorgebildeter Bürger bei ihm nicht geläufigen Rechtsfragen grundsätzlich juristischen Rat einholen (BVerwG, Buchholz 310 § 60 VwGO Nr. 179; BVerwG, Buchholz 310 § 120 VwGO Nr. 6 = NVwZ-RR 1989, 519). Besondere Umstände, denen K entnehmen konnte, dass er ohne Beteiligung eines Rechtsanwalts sowohl die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision einlegen als diese auch selbst begründen könne, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.“ (BVerwG aaO)

III. Ergebnis: Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO liegen daher nicht vor. Die Frist für die Einlegung der Berufung wurde nicht gewahrt. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig.

Kurzauslese II

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

FamFG
§§ 70, 417

Rechtsmittelzug nach Inkrafttreten des FGG-RG

FamFG

(OLG Köln in FGPrax 2009, 241; Beschluss vom 21.09.2009 – 16 Wx 121/09)

In allen vor dem Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes am 01.09.2009 eingeleiteten Verfahren richten sich auch der Rechtsmittelzug und das Verfahren des Rechtsmittelgerichts noch nach dem bisherigen Recht.

Gegenteiliges kann auch nicht aus Art. 111 II FGG-RG hergeleitet werden, wonach jedes Verfahren, das mit einer Endentscheidung abgeschlossen wird, ein selbstständiges Verfahren ist. Diese Norm betrifft nur den Verfahrensgegenstand, nicht Entscheidungen im Rechtsmittelzug.

„Nach Art. 111 II FGG-RG ist allerdings jedes Verfahren, das mit einer Endentscheidung abgeschlossen wird, ein selbstständiges Verfahren i.S.d. Abs. 1 S. 1. Hieraus wird in der Lit. teilweise hergeleitet, dass jede Instanz als ein selbstständiges gerichtliches Verfahren i.S.d. Überleitungsvorschriften zu behandeln sei und dass auch in Verfahren, die vor dem 01.09.2009 begonnen seien, neues Recht dann anzuwenden sei, wenn das Rechtsmittel erst danach eingelegt worden sei (Prütting/Helms, FamFG, Art. 111 FGG-RG Rn 5).

Dem kann indes nicht gefolgt werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes, das nicht danach differenziert, in welchem Rechtszug eine Endentscheidung, also eine die Instanz abschließende Entscheidung (§ 38 I FamFG) ergeht, ist eine derartige Auslegung zwar möglich; der Zusammenhang mit Abs. 1 S. 1, in dem auf die Einleitung des Verfahrens abgestellt wird, die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Überleitungsvorschriften der Art. 111, 112 FGG-RG sprechen indes dagegen.

Nach der Gesetzesbegründung zu Art. 111 FGG-RG in der ursprünglichen Fassung (nunmehr Abs. 1 S. 1) soll wegen der grundlegenden verfahrensrechtlichen Neuerungen - insbesondere auch im Hinblick auf den Rechtsmittelzug - das mit der Reform in Kraft getretene Recht auf bereits eingeleitete Verfahren sowie Verfahren, deren Einleitung bereits beantragt wurde, keine Anwendung finden. Die Übergangsregelung erstreckte sich einheitlich auf die Durchführung des Verfahrens in allen Instanzen gleichermaßen. Sei das Verfahren in erster Instanz noch nach dem bisherigen Recht eingeleitet worden, so erfolge auch die Durchführung des Rechtsmittelzuges nach dem bisher geltenden Recht. Dies betreffe auch den nach bisherigem Recht geltenden Instanzenzug. Ausschließlich soweit auch bereits das erstinstanzliche Verfahren nach den Vorschriften des FGG-RG durchzuführen gewesen sei, richte sich auch die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens nach den Regelungen des FGG-RG (BT-Drucks. 16/6308, S. 358 f.). Die Ergänzung des Art. 111 FGG-RG um weitere Absätze ist sodann im Zusammenhang mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs erfolgt. Dabei beruht die Gesetz gewordene Fassung des Abs. 2 auf einer Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, die damit begründet wurde, dass in Bestandsverfahren wie Betreuung, Vormundschaft oder Beistandschaft jeder selbständige Verfahrensgegenstand, der mit einer durch Beschluss zu erlassenden Endentscheidung zu erledigen ist, ein neues selbständiges Verfahren beginnt. Hierunter falle insbesondere die gerichtliche Aufsichts- und Genehmigungstätigkeit im Rahmen einer Vormundschaft oder einer Betreuung. Werde ein solches Verfahren nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des FGG-Reformgesetzes eingeleitet, so sei darauf neues Verfahrensrecht anzuwenden, und zwar um sicherzustellen, dass es auch in Bestandsverfahren zu einer zügigen Umstellung auf das neue Verfahrensrecht komme (BT-Drucks. 16/11903, S. 127 [der elektronischen Vorab-Fassung]). Genau so, nämlich dass Abs. 2 lediglich der Klarstellung für laufende Entscheidungen im Rahmen eines Bestandsverfahrens dient, wird die Vorschrift auch in der Lit. verstanden (z.B. Keidel/Engelhardt, FamFG, 16. Aufl., Art. 111 FGG-RG Rn 3 f.; Bumiller/Harders, FamFG, Art. 111 FGG-RG Rn 2).

Art. 111 II FGG-RG betrifft daher als bloße Klarstellung zu Abs. 1 S. 1 nur einen nach dem 01.09.2009 eingeleiteten Verfahrensgegenstand, nicht den Rechtsmittelzug (im Ergebnis ebenso OLG Köln FGPrax 2009, 240; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., Vorbem. vor § 606 Rn 3).“ (OLG Köln aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 50

Amtshaftungsprozess Parteifähigkeit der ARGE

ZPO

(BGH in MDR 2010, 167; Urteil vom 22.10.2009 – III ZR 295/08)

Eine ARGE nach § 44b SGB II ist im Zivilprozess rechts- und parteifähig.

„Dies folgt zwar nicht schon daraus, dass in der sozialgerichtlichen Rspr. anerkannt ist, dass eine auf der Grundlage des § 44b SGB II errichtete Arbeitsgemeinschaft die Beteiligtenfähigkeit nach § 70 SGG besitzt. Denn an sozialgerichtlichen Streitigkeiten kann nach § 70 Nr. 2 SGG auch eine nichtrechtsfähige Personenvereinigung beteiligt sein; § 70 SGG ist insoweit also weiter gefasst als § 50 ZPO (vgl. BSGE 97, 217).

Jedoch ist die Rechts- und Parteifähigkeit der Bekl. im Zivilprozess in Anlehnung an die von der Rspr. zur Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze (BGHZ 146, 341; 154, 88; 172) zu bejahen (im Ergebnis ebenso OLG Zweibrücken OLGReport 2007, 617; offen gelassen in KG OLGReport 2009, 261). Die nach Maßgabe von § 44b SGB II durch öffentlich-rechtlichen Vertrag errichtete Bekl. ist berechtigt, zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide gem. § 44b SGB II zu erlassen. Ihre Organe sind der Lenkungsausschuss (Trägerversammlung) und die Geschäftsführung. Diese besteht aus dem Geschäftsführer, der

die ARGE gerichtlich und außergerichtlich vertritt, sowie dem stellvertretenden Geschäftsführer. Damit ist die Bekl. rechtlich und organisatorisch verselbständigt sowie eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten. **Ihre Struktur ist der einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zumindest ebenbürtig**, wobei es in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung der Frage bedarf, ob es sich bei der Bekl. um eine Gesellschaft des öffentlichen Rechts (vgl. hierzu etwa das Merkblatt des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit für Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II, Stand: 24. August 2004, S. 2 unter Ziffer 2 "Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten"; Strobel NVwZ 2004, 1195) oder um eine öffentlich-rechtliche Organisation bzw. Einrichtung sui generis handelt (vgl. zur ARGE "Jobcenter in der Region Hannover": SG Hannover NVwZ 2005, 976; siehe allgemein nur Kersten ZfPR 2005, 130; Münder, Lehr- und Praxiskommentar, SGB II, 2. Aufl., § 44b, Rn 20 ff, jew. m.w.N.)." (BGH aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 325**Rechtskrafterstreckung
Personengesellschaft**

ZPO

(OLG Hamm in OLG R 2009, 813; Urteil vom 14.09.2009 – 22 U 43/09)

Ist eine **gegen sämtliche Gesellschafter einer Personengesellschaft gerichtete Klage**, mit der ein Anspruch aus einem namens der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäft geltend gemacht worden ist, **rechtskräftig abgewiesen** worden, so ist eine **erneute, auf den identischen Sachverhalt gestützte Klage** mit demselben Begehren gegen die Gesellschaft als solche wegen entgegenstehender Rechtskraft **unzulässig**.

I. Ausdrücklich anerkannt ist eine **Rechtskrafterstreckung im Verhältnis einer Personengesellschaft zu ihren Mitgliedern** bisher nur in der Richtung, dass ein im Gesellschaftsprozess ergangenes Urteil auch für spätere Prozesse gegen die Einzelgesellschafter bindet.

vgl. BGH NJW-RR 1993, 1266; Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 325 Rn 35; Musielak, ZPO, 6. Aufl., § 325 Rn 16; MüKo-ZPO/Gottwald, 3. Aufl., § 325 Rn 69; Wieczorek/Schütze/Büscher, ZPO, 3. Aufl., § 325 Rn 96; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl., § 128 Rn 43; Staub/Habersack, HGB, 4. Aufl., § 129 Rn 10; MüKo-HGB/Schmidt, 2. Aufl., § 129 Rn 12

„Diese ihrer Rechtsnatur nach im einzelnen unterschiedlich beurteilte Bindungswirkung beruht für die Personengesellschaften des Handelsrechts auf § 129 I § 161 II HGB; seit der Anerkennung der Teilrechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR wird sie auch auf diese übertragen (vgl. Zöller/Vollkommer aaO; Wieczorek/Schütze/ Büscher aaO). Der spätere Prozess gegen den oder die Einzelgesellschafter wird dadurch, jedenfalls bei einem Passivprozess nach vorangegangener Verurteilung der Gesellschaft, nicht zwingend unzulässig, weil es möglich ist, dass die Einzelgesellschafter sich auf ihnen persönlich zustehende Einwendungen berufen. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung im Verhältnis zu der Gesellschaft steht jedoch mit Bindungswirkung für den Folgeprozess fest.“ (OLG Hamm aaO)

II. Demgegenüber findet sich in der **Kommentarlit.** überwiegend die Auffassung, dass umgekehrt die Gesellschaft sich auf ein im Verhältnis zu einem Gesellschafter ergangenes Urteil grds. nicht berufen könne, oder jedenfalls nur in der Sonderkonstellation, dass der Vorprozess zwischen den Gesellschaftern über die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses geführt worden ist.

vgl. Zöller/Vollkommer aaO, § 325 Rn 36; Musielak aaO; MüKo-ZPO/Gottwald aaO; Wieczorek/Schütze/Büscher, § 325 Rn 97; Baumbach/Hopt, § 128 Rn 44

„Diese in keiner der angeführten Zitatstellen ausdrücklich begründete Auffassung hat eine offensichtliche Berechtigung in dem Fall, dass in dem Vorprozess nur ein einzelner Gesellschafter oder ggf. auch mehrere einzelne, jedenfalls aber nicht alle Gesellschafter beteiligt waren. In diesem Fall konnte zum einen nicht die vollständige Gesamtheit der Gesellschafter Einfluss auf das Ergebnis des Vorprozesses nehmen. Zum anderen muss dieses Prozessergebnis nicht auf der rechtlichen Beurteilung des Verhältnisses zwischen Prozessgegner und Gesellschaft, sondern kann auch auf einem besonderen Rechtsverhältnis des Gegners nur gegenüber dem (den) beteiligten Gesellschafter(n), d. h. auf einer persönlichen Einwendung, beruht haben. Das ist in der hier vorliegenden Konstellation, dass sämtliche Gesellschafter auch am Vorprozess beteiligt waren, anders: Die einheitliche Abweisung der gegen alle Gesellschafter gerichteten Klage konnte hier nur darauf beruhen - und hat auch darauf beruht -, dass der Anspruch gegen die Gesellschaft insgesamt nicht als bestehend angesehen wurde. Bei dieser Sachlage ist es nicht gerechtfertigt, lediglich aufgrund der Konstruktion der Teilrechtsfähigkeit und formellen Parteifähigkeit der Gesellschaft als solcher eine erneute Inanspruchnahme der Justiz für das bereits endgültig abschlägig beschiedene Begehren zuzulassen.“ (OLG Hamm aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 216 I**Terminladung
fremdsprachiger Angekl.**

StPO

(OLG Saarbrücken in NSTz-RR 2010, 49; Beschluss vom 13.11.2009 – 1 Ws 207/09)

Ist ein **Angekl. der deutschen Sprache nicht mächtig**, muss die in der **Terminladung** enthaltene Androhung der im Falle des unentschuldigtem Ausbleibens drohenden Maßnahmen **in einer ihm verständlichen Sprache erteilt werden**.

„Der Angekl. ist französischer Staatsangehöriger und der deutschen Sprache nach Aktenlage nicht mächtig. Bei dieser Sachlage ist es erforderlich, bei der Ladung zur Hauptverhandlung die Warnung des § 216 I 1 StPO betreffend die drohenden Maßnahmen im Falle des unentschuldigtem Ausbleibens in eine ihm verständliche Sprache zu übersetzen (vgl. Gmel, KK-StPO, 6. Aufl., § 230 Rn 10).

Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem durch das Grundgesetz gem. **Art. 2 I GG i.V. mit Art. 20 III GG** gewährleisteten **Anspruch des Angekl. auf ein rechtsstaatliches faires Verfahren**. Danach muss der Angekl. in die Lage versetzt werden, die ihn betreffenden wesentlichen Verfahrensvorgänge zu verstehen und sich im Verfahren verständlich zu machen (BVerfGE 64, 135 = NJW 1983, 2762 = NSTz 1983, 466). Hierzu zählen auch mit der Ladung zu verbindende Belehrungen, die in einer dem Angekl. verständlichen Sprache erteilt werden müssen. Insbesondere fordert dies auch **Art. 6 IIIe EMRK**,

der als unmittelbar geltendes innerstaatliches Recht den Anspruch des Angekl. auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren dahingehend konkretisiert, dass alle ihm gegenüber vorgenommenen maßgeblichen schriftlichen und mündlichen Verfahrensakte in einer ihm verständlichen Sprache bekannt zu geben sind (vgl. BGH NJW 2001, 309).“ (OLG Saarbrücken aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 302 II

Rechtsmittelrücknahme Ermächtigung kann auch fernmündlich erteilt werden (BGH in NStZ 2010, 55; Beschluss vom 10.09.2009 – 4 StR 120/09)

StPO

Die **erforderliche ausdrückliche Ermächtigung des Angekl. für die von seinem Verteidiger erklärte Rechtsmittelrücknahme kann auch fernmündlich erteilt** und erst nach Abgabe der Erklärung nachgewiesen werden.

„Zwar kann ein Verteidiger die **Rücknahme des Rechtsmittels nur mit besonderer Ermächtigung des Angekl. erklären** (§ 302 II StPO). Eine **bestimmte Form** für diese Ermächtigung ist indes **nicht vorgeschrieben**; sie kann **schriftlich oder mündlich – auch fernmündlich – erteilt** werden (BGHR StPO § 302 I 1 Rechtsmittelverzicht 6; BGHR StPO § 302 II Rücknahme 6). Der Nachweis der Ermächtigung kann auch noch nach Abgabe der Erklärung geführt werden (BGHSt 36, 259 = NJW 1990, 586 = NStZ 1990, 44).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den schriftlichen Erklärungen des Pflichtverteidigers des Angekl. i.V. mit der Erklärung seiner Kanzleikraft, dass der Angekl. ihn fernmündlich mit der Rücknahme der Revision beauftragt und damit hierzu ermächtigt hat. Zweifel an der Darstellung des Verfahrensgangs durch den Verteidiger bestehen nicht. Solche Zweifel ergeben sich auch nicht daraus, dass sich der Angekl. nunmehr von der erfolgten Revisionsrücknahme überrascht zeigt und den telefonischen Auftrag an seinen Verteidiger zur Rücknahme der Revision in Abrede stellt. Ebenso hat der Senat nach der Erklärung von RA T keine Zweifel daran, dass der Angekl. in dem Telefonat zur Begründung des Rücknahmeauftrags auf seinen Wunsch nach Gewissheit über die zu verbüßende Gesamtstrafe hinwies, also einen triftigen Grund hatte, das Urteil des LG rechtskräftig werden zu lassen.“ (BGH aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 453 II 3

sofortige Beschwerde gegen Ablehnung der Bewährungsverlängerung (OLG Hamm in NStZ 2010, 105; Beschluss vom 24.02.2009 – 3 Ws 23/09)

StPO

Gegen die Ablehnung der von der Staatsanwaltschaft beantragten nachträglichen Verlängerung der Bewährungszeit ist die sofortige Beschwerde nach § 453 II 3 StPO statthaft.

- I. Entgegen der Ansicht der **OLG Oldenburg und Stuttgart** ist für die Ablehnung nicht etwa die einfache, im Prüfungsumfang nach § 453 II 1 Alt.1 StPO eingeschränkte, Beschwerde statthaft (OLG Oldenburg, Beschluss v. 16.11.2006 – 1 Ws 551/06, juris; OLG Stuttgart NStZ 2000, 500).

Nach Ansicht des OLG Stuttgart soll nur dieses Rechtsmittel statthaft sein, wenn die Staatsanwaltschaft von vornherein lediglich die Verlängerung der Bewährungszeit beantragt hat (OLG Stuttgart NStZ 2000, 500), hingegen soll das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statthaft sein, wenn die StA gegen die Ablehnung eines Widerrufsanspruches vorgehen will (OLG Stuttgart NStZ 1995, 53f.; ebenso auch OLG Düsseldorf NStZ-RR 2002, 28).

„Diese **Differenzierung überzeugt nicht**: Wird eine Sanktionierung eines Bewährungsverstoßes abgelehnt, so kommen als Rechtsmittel nur die (allerdings im Prüfungsumfang nicht beschränkte) einfache Beschwerde nach § 453 II 1 StPO oder aber die sofortige Beschwerde nach § 453 II 3 StPO in Betracht.

Für die einfache Beschwerde nach § 453 II 1 StPO könnte der **Wortlaut des Gesetzes** sprechen, dass es sich nämlich bei der Ablehnung einer solchen Sanktionierung zweifelsohne um eine „nachträgliche Entscheidung, die sich auf eine Strafaussetzung zur Bewährung bezieht“ handelt. Hingegen handelt es sich gerade nicht um eine „getroffene Anordnung“, so dass die Anwendbarkeit von § 453 II 2 StPO von vornherein ausscheidet, sofern man nicht auch hier die Kehrseitentheorie zur Anwendung gelassen will (vgl. LR-Wendisch 25. Aufl., § 453 Rn 27).

Für eine sofortige Beschwerde spricht hingegen, dass durch die Verlängerung der Bewährungszeit gleichzeitig ausdrücklich oder jedenfalls der Sache nach entschieden wird, dass diese Maßnahme ausreicht und deswegen von einem (an sich möglichen) Widerruf abgesehen wird (OLG Hamm Beschluss v. 18.12.1987 – 4 Ws 602/87, juris).“ (OLG Hamm aaO)

- II. Für den Fall der Ablehnung eines Antrages der Staatsanwaltschaft auf Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung ist nach ganz h.M. indes anerkannt, dass insoweit **nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statthaft** ist, da aus **Gründen der Rechtssicherheit** eine fristgebundene Anfechtbarkeit geboten ist.

„Anderenfalls bestünde **dauerhaft Unsicherheit** darüber, ob die StA die Ablehnungsentscheidung doch noch mit der (einfachen) Beschwerde anfecht und es doch noch zu einer Strafvollstreckung kommt (OLG Düsseldorf NStZ-RR 2002, 28; OLG Hamburg NStZ-RR 2005, 221; OLG Stuttgart NStZ 1995, 151).

Auch muss, was für die Anordnung des Widerrufs gilt, denknötwendig auch für eine entsprechende negative Entscheidung gelten. Für letztere sind hinsichtlich der **Qualität des Rechtsmittels** dieselben Gründe von Bedeutung, wie im Falle des ausgesprochenen Widerrufs (OLG Hamm aaO; LR-Wendisch aaO).

Aber auch unabhängig von der Antragstellung der StA muss dann das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statthaft sein, denn das Widerrufsgericht ist an den Antrag der StA nicht gebunden, der **Prüfungsumfang wird hierdurch nicht eingeschränkt**. Daher kann es für die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels keinen Unterschied machen, ob bzw. welchen Antrag die StA gestellt hat (i.Erg. ebenso OLG Hamm aaO). Ansonsten wäre die Wahl des statthaften Rechtsmittels von bloßen Zufälligkeiten abhängig.“ (OLG Hamm aaO)

VwGO
§ 118 I**Urteilsberichtigung**
fehlende Entscheidungsgründe

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2010, 186; Beschluss vom 09.11.2009 – 7 B 10/09)

Hat das **Oberverwaltungsgericht** sein **Urteil** i.S. des § 138 Nr.6 VwGO **nicht mit Gründen versehen**, liegt **keine offenbare Unrichtigkeit i.S. des § 118 I VwGO** vor, die im Wege der Urteilsberichtigung behoben werden könnte.

„Von § 118 I VwGO werden **nur solche Unrichtigkeiten erfasst, die sich aus dem Zusammenhang des Urteils selbst oder aus den Vorgängen bei seiner Verkündung ergeben und ohne Weiteres erkennbar sind**. Ist eine Entscheidung nicht mit Gründen versehen, handelt es sich um einen **echten Verfahrensfehler**, der durch eine Berichtigung nach § 118 I VwGO nicht behoben werden kann (vgl. zu § 319 ZPO BGH NJW 1993, 1399).

§ 118 I VwGO erfasst nur Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten. Offenbar ist hier zwar das Fehlen von Entscheidungsgründen zu dem gestellten und beschiedenen Unterlassungsantrag. Nicht offenkundig ist indes, wie diese Lücke zu schließen ist: Dem Urteil kann bei Fehlen von Entscheidungsgründen nicht entnommen werden, auf welche Gründe das Urteil gestützt sein soll. Anders als an einem Beschluss über die Berichtigung des Tatbestandes müssen an einer Entscheidung über die Berichtigung des Urteils nicht zwingend die Richter mitwirken, die an der ursprünglichen Entscheidung beteiligt waren.“ (BVerwG aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 124a I 1**Berufungszulassung durch Einzelrichter**
Bindung des VerwG

VwGO

(VGH Mannheim in MDR 2010, 90; Urteil vom 29.05.2009 – 10 U 1519/08)

Der Verwaltungsgerichtshof ist auch dann **an eine Berufungszulassung durch den Einzelrichter gebunden**, wenn dieser sie **entgegen § 124a I 1 VwGO** auf den Zulassungsgrund des **§ 124 II Nr.2 VwGO** gestützt hat.

- I. Die **Bindungswirkung nach § 124 a I 2 VwGO scheidet nicht daran**, dass der **Einzelrichter die Berufung** wegen besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten nach § 124 II Nr. 2 VwGO **zugelassen hat, obwohl ihm** in diesem Fall nach § 6 I 1 Nr. 1 VwGO **der Rechtsstreit** von der Kammer **gar nicht zur Entscheidung hätte übertragen werden dürfen**.

„Der vom 7. Senat des erkennenden Gerichtshofs vertretene Auffassung, in einem solchen Fall der **Befugnisüberschreitung** sei der Einzelrichter nicht „Verwaltungsgericht“ i. S. v. § 124 a I 1 VwGO und die von ihm zugelassene Berufung binde das Berufungsgericht nicht (VGH Mannheim VBIBW 2004, 108 ff.), ist das BVerwG nicht gefolgt (NVwZ 2005, 821 ff.): Die Bindung an die Zulassung durch Einzelrichter als „Verwaltungsgericht“ (vgl. dazu VGH Mannheim VBIBW 2005, 60 f.) entfalle nicht deswegen, weil die Übertragung des Rechtsstreits auf ihn voraussetze, dass die Sache keine grundsätzliche Bedeutung habe (§ 6 I 1 Nr. 2 VwGO), die Berufungszulassung nach § 124 II Nr. 3 VwGO hingegen die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache erfordere. Diese gegenläufigen Voraussetzungen rechtfertigen nicht die Annahme, der Gesetzgeber habe die Zulassung der Berufung durch den Einzelrichter in solchen Fällen ausschließen wollen. Denn der Einzelrichter sei an die Bewertung der Kammer im Übertragungsbeschluss, dass die Rechtssache keine grds. Bedeutung habe, nicht gebunden. Ebenso wenig sei er zur Rückübertragung des Rechtsstreits an die Kammer verpflichtet, wenn er entgegen der Bewertung durch die Kammer oder aufgrund einer wesentlichen Änderung der Prozesslage zu der Einschätzung gelange, dass die Sache grundsätzliche Bedeutung aufweise; vielmehr dürfe er in solchen Fällen im Rahmen seines Ermessens nach § 6 III 1 VwGO über den Rechtsstreit selbst entscheiden und zugleich die Berufung zulassen (ebenso Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 124 a Rn 4 und im Ergebnis auch Eyermann u. a., VwGO, 12. Aufl., § 124 a Rn 2 sowie mit eingehender Begründung auch Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 16. Lieferung, § 124 a Rn 11).

Dieser zutreffenden Auffassung schließt sich der Senat auch für den vorliegend in Rede stehenden Zulassungsgrund des § 124 II Nr. 2 VwGO an: Die **Rechtslage ist insofern nicht anders zu beurteilen als bei der Grundsatzzüge nach § 124 II Nr. 3 VwGO**. Auch bei Vorliegen des Zulassungsgrunds der besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten ist die Kammer gehindert, den Rechtsstreit auf den Einzelrichter zu übertragen. Hat sie eine Übertragung aufgrund einer anderen rechtlichen Beurteilung des Falles gleichwohl vorgenommen, ist der Einzelrichter an diese Rechtsauffassung auch insofern weder gebunden noch ist er zur Rückübertragung an die Kammer verpflichtet.“ (VGH Mannheim aaO)

- II. Die **Bindung an die Zulassung durch den Einzelrichter entfällt** auch **nicht** deswegen, **weil dieser sich auf einen Zulassungsgrund (§ 124 a I VwGO) gestützt hat, der dem Verwaltungsgericht** nach § 124 a I 1 VwGO **nicht zu Gebot steht**, sondern dem Verwaltungsgerichtshof im Zulassungsverfahren nach § 124 a IV, V 2 VwGO vorbehalten ist.

„Es handelt sich hierbei um keinen Fall, in dem das zugelassene Rechtsmittel **spezialgesetzlich überhaupt ausgeschlossen** oder in dem, wie etwa nach § 78 II 1 AsylVfG, dessen Zulassung durch das Ausgangsgericht **schlechthin nicht vorgesehen** ist (gegen die Bindungswirkung in derartigen Konstellationen vgl. Kopp/Schenke aaO, § 124 a Rn 11 und 3; a. A. [Bindung auch bei nicht-statthafter Berufung, allerdings nur an die Zulassung] Happ aaO, § 124 a Rn 5). Vielmehr hat das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner generellen Zulassungsbefugnis nach § 124 a I 1 VwGO „nur“ eine **Begründung gewählt, welche die Zulassung durch das Ausgangsgericht nicht trägt**. Dieser **Fehler liegt auf einer anderen Rechtsebene**. Er macht die Zulassung zwar evident fehlerhaft und steht nach seinem Gewicht insofern den Fallgruppen gleich, in denen entweder offensichtlich keiner der Zulassungsgründe des § 124 a I 1 VwGO vorliegt oder die Zulassung an einem sonstigen schwerwiegenden Verfahrensfehler leidet. Solcherart evident rechtswidrige, weil fehlerbehaftete oder im Einzelfall offensichtlich **gesetzwidrige Zulassungen eines Rechtsmittels** lassen nach einhelliger Auffassung die Bindungswirkung der Zulassungsentscheidung für die Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe aber unberührt, wenn das betreffende Rechtsmittel jedenfalls generell statthaft und zulassungsfähig ist. Dies gebietet das **Prinzip der Rechtsmittelklarheit und Rechtsmittelsicherheit**.“ (VGH Mannheim aaO)

- ZA 02/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Höpfner:** Nutzungsersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag (NJW 2010, 127)
Bespr. der Entsch. BGH NJW 2009, 427 - Auch im Verbrauchsgüterkauf **hat der Käufer**, der wegen eines Mangels vom Vertrag zurücktritt, **Nutzungsersatz zu leisten**; darin liegt **kein Widerspruch zur abweichenden Regelung des § 474 II BGB** für den Fall der Nacherfüllung; jedoch besteht ein Wertungswiderspruch zwischen Rücktritt und Schadensersatz: Dieser ist entgegen einer verbreiteten Auffassung zu Gunsten des Nutzungsersatzes aufzulösen.
2. **Rensen:** Die Anwendung des § 346 II 2 BGB bei der Inzahlungnahme (MDR 2010, 4)
Für die Berechnung des gem. § 346 II 1 Nr. 2 BGB zu leistenden Wertersatzes für das in Zahlung gegebene, zwischenzeitlich aber weiterveräußerte Altfahrzeug **ist der objektive Wert zum Zeitpunkt des Leistungsaustausches maßgebend**. - Entgegen der Rspr. des OLG Saarbrücken und der h.M. in der einschlägigen Lit. ist § 346 II 2 HS. 1 BGB nicht anzuwenden. - Nur unter den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 433 I 2, 434 I, 437 Nr. 3, 440, 280 I, 281 I BGB und als entgangener Gewinn gem. § 252 BGB kann sich der Neuwagenkäufer den versteckten Rabatt erhalten.
3. **Skamel:** Nacherfüllungsverlangen in der Berufungsinstanz (NJW 2010, 271)
Ebenso wie die Fristsetzung zur Nacherfüllung ist auch **der erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte Sachvortrag zum erfolglosen Fristablauf** unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 II ZPO nur dann **zuzulassen, wenn er unstreitig ist**. - Bestreitet der Bekl. die Erfolglosigkeit der zur Nacherfüllung gesetzten Frist, ist diese streitige Tatsache als neues Angriffsmittel in der Berufungsinstanz zurückzuweisen. - Wegen der Rechtskraft der Berufungsentscheidung setzt der in einem zweiten Prozess nach Rücktritt vom Kaufvertrag geltend gemachte Rückzahlungsanspruch voraus, dass der Käufer dem Verkäufer neuerlich eine Frist zur Nacherfüllung setzt und diese erfolglos verstreicht; dies gilt auch dann, wenn der Käufer den Rückzahlungsanspruch in einem zweiten Prozess auf eine Minderungserklärung stützt oder als Schadensersatz statt der ganzen Leistung regulieren will.
4. **Pfeiffer:** Gesamtschuldnerausgleich und Verjährung (NJW 2010, 23)
Bespr. der Entsch. BGH NJW 2010, 60 und BGH NJW 2010, 62
5. **Riecke/v. Rechenberg:** Aktuelle Entwicklungen in der Rspr. zum Wohnungseigentumsrecht – insbes. mit Bezug zur WEG-Novelle (MDR 2010, 121)
6. **Rummel:** Die Urlaubs-Rspr. des BAG nach der EuGH-Entscheidung Schultz-Hoff (DB 2010, 225)
7. **Deister/Degen:** Darf der Gerichtsstand noch fliegen? - § 32 ZPO und das Internet (NJOZ 2010, 1)
Früher wurde der sog. „fliegende Gerichtsstand“ der § 32 ZPO und § 14 II 1 UWG großzügig angewendet und ein **faktisches Wahlrecht für den Ast. überall begründet**. - In der **Tendenz** hat der **BGH** in einem obiter dictum sich nunmehr dahin geäußert, dass viel für eine **Begrenzung einer ansonsten bestehenden Vielzahl von Gerichtsständen auf diejenigen spricht, in deren Zuständigkeitsbereich eine Interessenkollision tatsächlich eingetreten sein kann**. - Wünschenswert wäre nach Ansicht des Autors eine Entwicklung zu einer Etablierung besonders erfahrener Gerichte, wie sie z.B. im Patentrecht existiert; ein Antrag vor einem solchen Gericht wäre insbes. nicht sachfremd, sondern würde der Einheitlichkeit der Rspr. zuträglich sein, und auch der **Konzentrationsmaxime** entsprechen. - Im Ergebnis muss der **Rechtsschutz des Antragstellers effektiv** bleiben, ihm darf nicht das Gerichtswahlrisiko aufgebürdet werden. - Die **Missbrauchsschranke nach § 8 IV UWG** bietet ausreichenden Schutz und vermischt auch nicht Fragen der örtlichen Zuständigkeit mit denen des Rechtsschutzbedürfnisses; daher ist eine örtliche Unzuständigkeit nur dort anzunehmen, wo klar ist, dass sich keinerlei Verbindung zum Sachverhalt, dem Antragsteller oder -gegner befindet; die Allgegenwärtigkeit des Internets bedingt es, dass man einerseits überall Geschäfte machen kann, andererseits daher auch überall in ein Risiko eintritt; wer dieses Medium wählt, muss sich daher seiner Risiken bewusst sein.
8. **Houben:** Gespaltener Kündigungsschutz im Kleinbetrieb - Auslegung des § 23 I KSchG bei Betriebsübergang (NJW 2010, 125)

Problemstellung: Besteht nach einem Betriebsübergang der Betrieb des Erwerbers aus mehr als fünf, aber nicht mehr als zehn Arbeitnehmern, genießen die vor dem 01.01.2004 eingestellten Arbeitnehmer (sog. „Alt-Arbeitnehmer“) nach § 23 I 2, 3 KSchG Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, sofern im Betrieb mehr als fünf Alt-Arbeitnehmer beschäftigt sind. - Bislang ungeklärt ist die Frage geblieben, ob – wenn der Erwerber bereits Inhaber eines Betriebs war und den übernommenen Betrieb mit diesem zusammengeführt hat – die Alt-Arbeitnehmer des gesamten fusionierten Betriebs zusammenzuzählen sind oder ob nur die Alt-Arbeitnehmer desjenigen ehemaligen Betriebsteils zählen, dem der jetzt gekündigte Arbeitnehmer vor der Zusammenführung angehörte. Daher erscheint es sachgerecht, **auch die beim Betriebsveräußerer zurückgelegte Betriebszugehörigkeit auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses i.S. von § KSchG § 23 I 2, 3 KSchG anzurechnen.** Diese kommt, da der Betrieb insgesamt betrachtet wird, sämtlichen Alt-Arbeitnehmern zugute. - Im Rahmen von § 23 I 2, 3 KSchG kommt es für die **Ermittlung der Beschäftigtenzahl auf die im Zeitpunkt des Zugangs der jeweiligen Kündigung im Betrieb des kündigenden Arbeitgebers insges. beschäftigten Arbeitnehmer an;** bei der Berechnung der Alt-Arbeitnehmerzahl ist im Falle eines vorangegangenen Betriebsübergangs auf die gesamte Arbeitnehmerschaft des Betriebserwerbers abzustellen, beim Betriebsveräußerer zurückgelegte Betriebszugehörigkeitszeiten übernommener Arbeitnehmer sind zu Gunsten sämtlicher Alt-Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

II. Strafrecht

1. **Brand/Petermann:** Der „Deal“ im Strafverfahren, das Negativattest und die Beweiskraft des Protokolls (NJW 2010, 268)

Die auf den ersten Blick unscheinbar anmutende Regelung des § 273 Ia 3 StPO entpuppt sich bei genauerem Hinsehen als eine Vorschrift, die auf ihrem Sektor, dem „Deal“, die negative Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls durchbricht; somit besitzt § 273 Ia 3 StPO bei richtiger Interpretation einen Anwendungsbereich, der deutlich über denjenigen hinausgeht, der ihm bislang im Schrifttum zuerkannt wird; mithin ist es in Zukunft möglich, die **Nichtberücksichtigung einer Verständigung auch dann im Revisionsverfahren zu rügen, wenn im Protokoll weder vermerkt ist, dass eine Verständigung tatsächlich stattgefunden hat, noch dass eine solche nicht stattgefunden hat.**

2. **Wörner:** Der sog. fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont (NSTZ 2010, 66)

Bespr. der Entsch. BGH, 2 StR 576/08, Urteil vom 20.05.2009 - Im Ergebnis schützt **auch die Annahme eines sog. „fehlgeschlagenen Versuchs“** das Tatgericht nicht vor der **notwendigen Beweismäßigkeit aller Tatumstände**; denn richtigerweise kann erst dann von einem solchen „fehlgeschlagenen Versuch“ ausgegangen werden, wenn jeder Zweifel zugunsten des Täters aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte ausgeschlossen ist. - Allerdings führt die Einordnung als sog. „fehlgeschlagener Versuch“ dazu, die sonst in zwei Schritten zu beantwortenden Fragen des Unbeendet- oder Beendetseins einerseits und der Frei- oder Unfreiwilligkeit andererseits in einem Schritt zu beantworten, die hierfür jeweils entscheidenden Tatumstände gemeinsam heranzuziehen und zu vermischen und so schließlich einer mit dem „fehlgeschlagenen Versuch“ einhergehenden tatplanbezogenen Bewertung zu unterziehen. - Wer gleichwohl weiter an der Rechtsfigur des sog. „fehlgeschlagenen Versuchs“ festhalten will, kann dies ohne eine Umgehung des Zweifelsgrundsatzes nur dann, wenn mit der Definition des BGH im Eifersuchts-Fall allein auf die **Einschätzung der Erreichbarkeit des Erfolges durch den Täter nach Abschluss der Ausführungshandlungen** und die hierfür maßgeblichen Tatumstände abgestellt wird; Zweifel hieran müssten dann aber „rückwärts“ zu einem im Zweifel freiwilligen Rücktritt führen (Schritt 2: Freiwilligkeit) und im Nachgang die Frage gestellt werden, ob der Täter hat aufgeben können oder hätte verhindern müssen (Schritt 1: Abgrenzung unbeendeter und beendeter Versuch). - Von der aus dem „fehlgeschlagenen Versuch“ erhofften Arbeitserleichterung und Klarheit verbleibt dann nicht viel, denn „revisionsfest“ ist auch dann nur die Entscheidung, die sowohl alle Tatumstände in die Beweismäßigkeit einstellt und die Anwendung des Zweifelssatzes, übrigens wie ehemals bei Maßgeblichkeit des Tatplans, im Hinblick auf die Möglichkeit des Erfolgesintritts und im Hinblick auf das entscheidende Rücktrittsmotiv abschließt.

3. **Bischoff:** Der Zwischenrechtsbehelf des § 238 II StPO im Spiegel von Rspr. und Lit.: Beanstandungsrecht oder Beanstandungspflicht? (NSTZ 2010, 77)

§ 238 II StPO kommt **erhebliche Bedeutung für das Strafverfahren in Hauptverhandlung und Revision** zu, sein Stellenwert hat in der jüngeren Rspr. sogar noch an Bedeutung gewonnen; dabei ist das Beanstandungsrecht tatsächlich in der Rspr. zu einer **Beanstandungspflicht** mutiert; die damit verbundene **Gefahr einer Rügepräklusion** ist so offenkundig und folgenschwer, dass sie ein mögliches Beanstandungsrecht aus § 238 II StPO klar in den Schatten stellt. - Diese Entwicklung in der Rspr. ist an sich nicht zu beanstanden: In sämtlichen Gerichts- und Verfahrensordnungen finden sich zahlreiche Beispiele, in denen durch Nichtwahrnehmung von Rechten ein Verlust dieser Rechte eintritt; §§ 140, 295 ZPO regeln z.B. in vergleichbarer Weise die Beanstandung im Zivilverfahren als Voraussetzung für ein Rechtsmittelverfahren; das ursprünglich zugestandene Recht kehrt sich für den Rechtsträger zu Gunsten des geregelten Verfahrensablaufs und der Rechtssicherheit zu einer Pflicht; zwar fehlt in der StPO eine dem § 295 ZPO vergleichbare Norm, zudem ist eine uneingeschränkte Analogie der StPO zur ZPO auch

angesichts der verschiedenen Verfahrensmaximen unzulässig; allerdings sind die **Verfahrensordnungen im Bereich der Präklusionsvorschriften** durchaus **miteinander vergleichbar**: Wollte man gegen diesen Ansatz die strafprozessuale Wahrheits- und Aufklärungspflicht aus § 244 II StPO ins Feld führen, so muss man sich in gleicher Weise die Zulässigkeit von Absprachen (Deals) im Strafverfahren entgegenhalten lassen; zudem hat die Rügepräklusion ohnehin an zahlreichen Stellen wie etwa in § 16 S. 3 StPO und § 338 Nr.1 HS 2 StPO längst Einzug in das Strafverfahrensrecht gehalten; die von der Rspr. aus § 238 II StPO entnommene Rügepräklusion ist daher der Rechtsordnung nicht fremd und zu Recht als **verfassungskonform** bestätigt.

III. öffentliches Recht

1. **Kühn**: Rauchfreier Arbeitsplatz? Zur Beschäftigung von Arbeitnehmern in Raucherräumen (BB 2010, 120)

Die **Beschäftigung von Arbeitnehmern in Raucherräumen** ist nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen **zulässig**; dem stehen weder die ArbStättenV noch das BNichtSchG oder die landesrechtlichen Nichtraucherchutzgesetze (Gesetze zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens) entgegen. - Entgegen ersten gegenteiligen Stimmen lässt sich ein Beschäftigungsverbot von Arbeitnehmern in Raucherräumen – aus verfassungsrechtlichen Gründen – vor allem nicht auf die landesrechtlichen Nichtraucherchutzgesetze stützen; dies würde einen unzulässigen Grundrechtseingriff gegen Gastronomiebetreiber bedeuten, da die gesetzlichen Bestimmungen dazu nicht hinreichend bestimmt und nicht kompetenzgemäß sind. - Auch die Einführung eines solchen (vollständigen) Beschäftigungsverbots – de lege ferenda – wäre grds. nicht zulässig: Denn gegenüber einem völligen Beschäftigungsverbot in Raucherräumen wäre es verhältnismäßiger und damit vorrangig, Serviceleistungen dort vorrangig durch selbst rauchende oder solche Arbeitnehmer erbringen zu lassen, die in diese Arbeitstätigkeit eingewilligt haben.

2. **Löwisch**: Fernmeldegeheimnis und Datenschutz bei der Mitarbeiterkontrolle (DB 2009, 2782)

Entgegen der h. M. **greift der Schutz des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer die Telekommunikationseinrichtung privat nutzen darf**; jedenfalls ist die Datennutzung zulässig, wenn sie tariflich vorgesehen ist oder die Einwilligung des Arbeitnehmers vorliegt; Bestands- und Verkehrsdaten können gem. § 100 III TKG auch zur Abwehr von Rechtsmissbrauch erhoben werden. - Das **BDSG lässt die Datennutzung zu**, soweit Rechtsvorschriften, zu denen auch Betriebsvereinbarungen gehören, dies vorsehen oder eine Einwilligung vorliegt; ansonsten ist die **Nutzung unter den Voraussetzungen des § 32 BDSG zulässig**; dieser verlangt eine **umfassende Verhältnismäßigkeitskontrolle**, in deren Rahmen aber auch die Datennutzung zur Aufdeckung von Straftaten, die zugleich Vertragsverletzungen darstellen, zulässig ist. - Der Datenabgleich ist gegenüber Arbeitnehmern, deren Daten alsbald wieder gelöscht werden, datenschutzrechtlich nicht relevant. - Zu beachten sind die **Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats** nach § 80 I Nr. 1 und § 87 I Nr. 6 BetrVG und des **Sprecherausschusses** nach § 27 II SprAuG.

3. **Röhl**: Neuer Wirbel um die „Körperwelten“ – Plastinierte Liebesakte zwischen Men- denwürde und Wissenschaftsfreiheit (BayVBl 2010, 73)
4. **Rath**: Aufrechnung und Verrechnung: Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtliche Willenserklärung? (DÖV 2010, 180)

Die in § 52 SGB I normierte **sozialrechtliche Verrechnung** – und nichts anderes gilt für die Aufrechnung (§ 51 SGB I) – **erfolgt nicht durch einseitige öffentlich-rechtliche Willenserklärung, sondern durch Verwaltungsakt**. - Die **Ermessensentscheidung des Sozialleistungsträgers**, zur Sicherung eigener Ansprüche bzw. von Ansprüchen eines anderen Sozialleistungsträgers, Auszahlungsansprüche des Beteiligten ganz oder teilweise zum Erlöschen zu bringen, „regelt“ **bereits deshalb i.S.d. § 31 SGB X**, weil sie das wechselseitig bestehende Sozialrechtsverhältnis konkretisiert und gestaltet; berührt sind insoweit die Pflicht zur möglichst weitgehenden Verwirklichung sozialer Rechte (§ 2 II HS 2 SGB I) sowie die Pflicht darauf hinzuwirken, dass jeder Berechtigte die ihm zustehenden Sozialleistungen umfassend erhält (§ 17 I Nr. 1 Alt. 2 SGB I) bzw. die spiegelbildlich bestehenden Rechte des konkret betroffenen Antragstellers bzw. Leistungsempfängers. - Auch die **äußere Erscheinungsform einer Auf- bzw. Verrechnungserklärung** lässt aus Sicht eines verständigen Adressaten keinen anderen Schluss zu, als dass sie **einseitig und hoheitlich auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften in soziale Rechte bzw. in den Auszahlungsanspruch eingreift**. - Für das Vorliegen eines Verwaltungsakts spricht nicht zuletzt auch der **Wille des Gesetzgebers**, eine vom Zivilrecht abweichende Regelung zu treffen, die für einen Verwaltungsakt typische gesetzliche Ausgestaltung (Ermessensvorschrift) sowie der Umstand, dass § 24 VII SGB X eine Anhörungspflicht für den Fall anordnet, dass eine Aufrechnung oder Verrechnung bestimmte Beträge überschreitet.

5. **Scholl**: Die Neuregelung der Verschuldungsregeln von Bund und Ländern in den Art. 109 und 115 GG (DÖV 2010, 160)

Der **neuen Schuldenbegrenzungsregel** gelingt es, die zentralen Probleme, die mit dem bisherigen Recht verbunden waren, zu beheben: Die für eine wirksame Begrenzung der Staatsverschuldung ungeeignete Anknüpfung der zulässigen Nettokreditaufnahme an die Bruttoinvestitionen wird durch ein **Verbot der strukturellen Neuverschuldung für die Länder bzw. eine 0,35 %-Defizitgrenze für den Bund** abgelöst; daher wird eine mehr oder weniger kontinuierliche Zunahme der Schuldenstandsquote, zu der es in den letzten vierzig Jahren gekommen ist, nicht länger möglich sein. - Die Möglichkeit, zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts die Defizitobergrenze zu überschreiten, die dem Gesetzgeber einen viel zu großen Freiraum eröffnete, wird abgelöst durch **detaillierte Regeln, die die Glättung konjunktureller Schwankungen ermöglichen sowie in Notsituationen Spielraum für flexibles Handeln bieten**, aber die zusätzliche Kreditaufnahme auf das wirtschaftspolitisch Notwendige beschränken; durch die **Konjunkturkomponente** wird sichergestellt, dass die automatischen Stabilisatoren wirken können, und eine prozyklische Wirkung der Haushaltspolitik vermieden.- Da höhere Defizite im Abschwung symmetrisch im Aufschwung ausgeglichen werden müssen, kommt es zu keiner dauerhaften Erhöhung der Staatsschuld; ein **Tilgungsplan** soll zudem gewährleisten, dass auch die in Notsituationen aufgenommenen Zusatzkredite konjunkturgerecht zurückgeführt werden; das **Kontrollkonto** stellt die Einhaltung der Verschuldungsregel im Haushaltsvollzug sicher.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Singer:** Die Zukunft des Fremdbesitzverbots für Anwaltssozietäten (AnwBl 2010, 79)

Die **gemeinschaftliche Berufsausübung ist Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern nur mit Angehörigen „vereinbarer“ Berufe gestattet, reine Kapitalbeteiligungen sind nicht möglich**; die Beschränkungen gelten für alle Formen der gemeinschaftlichen Berufsausübung, insbes. Sozietäten, Bürogemeinschaften sowie Partnerschafts- und Kapitalgesellschaften. - Die **Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG** enthält nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern auch ein **allgemeines Beschränkungsverbot**; dieses ist jedoch beim apothekenrechtlichen Fremdbesitzverbot durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt und hält einer Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit stand. - Der **nationale Gesetzgeber** hat ungeachtet der geplanten Harmonisierung der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der EU auch gegenwärtig noch einen **Entscheidungsspielraum**, auf welchem Niveau er die Unabhängigkeit der anwaltlichen Berufsausübung sichert; die Grenzen dieses Spielraums werden nicht überschritten, wenn der Gesetzgeber zwischen Interessenkonflikten, die durch das berufsimmanente Gewinnstreben der selbstverantwortlichen Berufsvertreter entstehen, unterscheidet.

2. **Lappe:** Die Entwicklung des Gerichts- und Notarkostenrechts im Jahr 2009 (NJW 2010, 420)

3. **Burkiczak:** Die Beschwerde gegen negative Prozesskostenhilfeentscheidungen der Sozialgerichte – Rechtspraxis seit der jüngsten SGG-Reform (NJW 2010, 407)

Grundzüge der Verwaltungsvollstreckung

Begriff: Verwaltungsvollstreckung umfasst die Durchsetzung von Geldforderungen der Verwaltung (z.B. aus einem Leistungsbescheid durch Sachpfändung) und die Durchsetzung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen. Die entsprechenden gesetzlichen Regelungen finden sich vornehmlich in dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes oder des Landes (VwVG), aber auch in den Polizeigesetzen.

Klausurrelevant ist dabei vor allem die zweite Variante, da die Durchsetzung von Forderungen weitgehend dem zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsverfahren entspricht und in der öffentlich-rechtlichen Klausur kaum eine Rolle spielt.

Zwangsmittel

Im Rahmen des Verwaltungsvollstreckungsrechts zur Durchsetzung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen sind **drei Zwangsmittel** vorgesehen (§ 9 VwVG / § 57 VwVG nw / § 51 PolG nw):

Ersatzvornahme § 10 VwVG / § 59 VwVG nw / § 52 PolG nw	Zwangsgeld § 11 VwVG / § 60 VwVG nw / § 53 PolG nw	unmittelbarer Zwang § 12 VwVG / § 62 VwVG nw / § 55 PolG nw
---	---	--

Das gestreckte Vollstreckungsverfahren

Durchsetzung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen erfolgt in einem bestimmter Verfahrensgang

Erlass eines VA

Eintritt der Bestandskraft

oder

sofortige Vollziehbarkeit (§ 80 II VwGO)

Androhung des Zwangsmittels

§ 13 VwVG / § 63 VwVG nw / § 56 PolG nw

Festsetzung des Zwangsmittels

§ 14 VwVG / § 64 VwVG nw

Anwendung des Zwangsmittels

§ 15 VwVG / § 65 VwVG nw

Sofortvollzug

§ 6 II VwVG / § 55 II VwVG nw / § 50 PolG nw

Als Sofortvollzug bezeichnet man ein Vollstreckungsverfahren, das nicht unter Einhaltung der obigen Verfahrensstufen ausgeführt wird. Beim Sofortvollzug fehlt ein zuvor erlassener VA, der zu erlassende VA wird vielmehr im Wege des Sofortvollzuges sofort umgesetzt. Zulässig ist ein solches Vorgehen, wenn es zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist (vgl. Blatt 111).

Der Sofortvollzug ist zu unterscheiden von der sofortigen Vollziehung. Bei der sofortigen Vollziehung eines VA nach § 80 II VwGO liegt begriffsnotwendig ein Grund-VA vor, gegen den Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben. Hier erfolgt die Vollstreckung daher üblicherweise im gestreckten Verfahren.

Sofortvollzug ist allerdings auch möglich, wenn ein VA noch erlassen werden konnte, dann jedoch die Einhaltung des gestreckten Vollstreckungsverfahrens (Androhung – Festsetzung – Anwendung) wegen einer gegenwärtigen Gefahr nicht mehr möglich ist

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Öffentliches Recht

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

Land: Saarland	Prüfer (mit Titel usw.) B	Tag d. mündl. Prüfung 21.09.2009
---------------------------------	--	---

Zur Person:

B ist ein ruhiger und angenehmer Prüfer, der viel Wert auf genaue Gedankenführung und Argumentationsweise legt. In seiner Notengebung ist er großzügig.

Zur Prüfung:

Fall: In einer Gaststätte in Saarbrücken treffen sich mehrere Mitglieder eines Vereins um 20:00 Uhr, um ein Dia-Abend zu einem geschichtlichen Thema zu machen. Aus diesem Grund tragen sie Dia-Projektoren, Leinwände und andere Dinge in das Gasthaus. Bei diesem Treffen waren nur Mitglieder des Vereins eingeladen und hatten Zutritt zu dem Raum. Ein Nachbar beobachtet dieses Geschehen und ruft bei der Polizei. Er teilt den Beamten mit, dass sich mehrere Neonazis mit Glatzen, Bomberjacken und Hakenkreuztätowierungen in der Kneipe treffen würden und dass die Polizei sofort kommen soll. Daraufhin rückte die Polizei mit 8 uniformierten Beamten an. Sie kontrollierten die Ausweise aller in der Gaststätte Anwesenden. Zudem fragten sie eine Frau (F), ob sie ein Tattoo habe. Als sie dies verneinte, forderten sie die F auf, sich auszuziehen und sich untersuchen zu lassen. Zudem wurde die F fotografiert. Zuletzt sprachen die Beamten gegenüber allen Mitgliedern des Vereins einen Platzverweis aus und die Anwesenden mussten die Gaststätte verlassen. F kam einige Tage später auf die Wache und forderte die Herausgabe der von ihr gemachten Fotos, was jedoch von der Polizei abgelehnt wurde.

Zu prüfen war, ob das Verhalten der Polizei rechtmäßig war.

Zunächst musste erkannt werden, dass 5 verschiedene Maßnahmen der Polizei vorlagen: die Ausweiskontrolle, die Untersuchung der F, die Anfertigung von Fotos, der Platzverweis und die Nichtrückgabe der Fotos.

Es musste die Frage beantwortet werden, auf welche Grundlage sich die Polizei stützen kann. Nach dem Gesetzesvorbehalt bedarf jede Maßnahme einer gesetzlichen Ermächtigung. Zudem musste erkannt werden, dass das polizeiliche Verhalten in die Grundrechte der Betroffenen aus Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit) eingreifen könnte. Nach Art. 8 II GG dürfen Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz eingeschränkt werden. Eine solche liegt aber laut Sachverhalt nicht vor. Man musste erläutern, wie dennoch behördliche Maßnahmen zu rechtfertigen sind (Stichwort: kollidierende Grundrechte) und welche Gesetze als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommen.

Besprochen wurde dann das Versammlungsgesetz, das aber bzgl. der Ausweiskontrolle und der Durchsuchung der F nicht einschlägig ist. B stellte noch die Frage, ob es ein saarländisches Versammlungsrecht gäbe, was natürlich nicht der Fall ist. Daraufhin musste erklärt werden, wieso es dies nicht gibt und wann der Bund bzw. die Länder die Gesetzgebungskompetenz haben (Grundsatz der Gesetzgebungskompetenz der Länder, die verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen, Vorrang des später erlassenen Gesetzes).

Ein Prüfling schlug dann als Ermachtigungsgrundlage für die in Frage stehenden polizeilichen Maßnahmen § 8 SPolG vor, aber die Generalklausel ist subsidiär zu anderen spezielleren Paragraphen, weshalb zunächst § 9 SPolG geprüft wurde.

Fraglich war, ob hier ein Verwaltungsakt der Polizei vorliegt. Laut Legaldefinition des § 35 SVwVfG ist ein Verwaltungsakt jede hoheitliche Maßnahme, die die Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes trifft und auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Hier kam es darauf an, zu erkennen, dass das saarländische VwVfG einschlägig ist. Es mussten die Form und das Wirksamwerden von Verwaltungsakten erläutert werden, vor allem war § 37 II VwVfG zu nennen, wonach Verwaltungsakte auch mündlich erlassen werden können, der Betroffene dann aber ein Recht

auf schriftliche Bestätigung hat.

B schilderte dann einen anderen **Fall**, in dem ein Passant einen Polizisten nach dem Weg fragt. Hat der Passant einen Anspruch auf Auskunft? Wie ist der Fall zu bewerten, wenn der Polizist eine falsche Auskunft gibt.

B wollte darauf hinaus, dass die Polizei zwar „Dein Freund und Helfer“ sein sollte, sie aber nicht dazu verpflichtet ist, eine solche Auskunft zu geben. Selbst wenn der Polizist hilft, liegt darin kein Verwaltungsakt, da damit keine Rechtsfolge gesetzt werden soll, vielmehr handelt es sich um eine Gefälligkeit. Der Passant hat zwar die Möglichkeit, das Verhalten des Polizisten bei dessen Dienstherrn zu rügen, aber kann nicht gerichtlich dagegen vorgehen.

Dann sollte der Begriff der Gefahr definiert werden und anhand dessen sollte entschieden werden, ob hier eine Gefahr vorlag. Vor allen war wichtig zu sehen, auf welche Betrachtungsweise es bei der Beurteilung ankommt. Ausschlaggebend ist, wie sich die Situation für die Polizei in dem konkreten Moment darstellt und nicht, wie es sich im nach hinein als richtig herausstellt. In diesem Zusammenhang musste erkannt werden, dass auch die Polizei der Nachforschungspflicht unterliegt, d. h. wenn möglich, muss sie selbst Informationen sammeln, um den Sachverhalt gründlich aufzuklären.

Weiter wurde auf § 10 SPoIG (erkennungsdienstliche Maßnahmen), § 12 SPoIG (Platzverweis) und §§ 17, 17a SPoIG (Durchsuchung und Untersuchung von Personen) eingegangen. Dabei wurde der Unterschied von Durchsuchung und Untersuchung von Personen diskutiert (bei ersterem wird sowohl am Körper als auch in der Kleidung gesucht, bei der Untersuchung wird in den Körperöffnungen gesucht).

Weiter wurde der Fall nicht besprochen, weil die Zeit um war. Zu einem endgültigen Ergebnis kamen wir also gar nicht.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Strafrecht

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

Land: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. E	Tag d. mündl. Prüfung 11.11.2009
-------------------------	--	---

Zur Person:

Dr. E prüfte in diesem Termin zum ersten Mal, was sich jedoch eher als Glücksgriff für uns Prüflinge herausstellte. Er war äußerst freundlich und motivierte die Prüflinge durch positive Bestärkung. Selbst bei Antworten, die er eigentlich nicht hören wollte, fand er fast immer eine „gute Idee“ oder einen „tollen Ansatz“.

Dr. E prüfte der Reihe nach durch und half immer weiter, wenn der Prüfling keine Antwort wusste. Falls der Prüfling dann immer noch nicht auf die Antwort kam, ging Dr. E in der Reihe nach weiter und bohrte nicht unnötig nach.

Zur Prüfung:

Fall: A und B fahren mit ihren Pkw auf der Fürther Straße in Nürnberg. Plötzlich halten beide an, steigen aus und es kommt zu einem Streit zwischen Ihnen. In diesem Streit bespuckt der A den B.

Strafbarkeit?

Da ich als erster an der Reihe war, nannte ich zunächst die Beleidigung nach § 185 StGB. Dr. E wollte jedoch nicht auf die Beleidigung hinaus, weshalb ich weitere mögliche Tatbestände herausarbeiten sollte.

Als nächstes ging ich dann auf eine eventuelle Körperverletzung nach § 223 StGB ein. Es wurden dann die Tatbestandsvoraussetzungen geprüft. Da die Gesundheitsbeschädigung auschied, gingen wir auf die körperliche Misshandlung näher ein. Letztlich war wichtig, dass es einer „körperlichen Reaktion“ des B zur Bejahung der Körperverletzung bedurft hätte. Da B sich die Spucke jedoch einfach abwischen konnte und auch nicht „traumatisiert“ war, wurde das Vorliegen einer Körperverletzung abgelehnt und es blieb bei der Beleidigung.

Dann wurde der **Fall** weiter ausgebaut: Der A holt jetzt noch eine Schere aus der Tasche und schneidet B die Haare ab.

Strafbarkeit?

Hier lag das Augenmerk auf § 24 StGB und bei der Frage, inwiefern eine Schere ein gefährliches Werkzeug sein kann, wenn es zu dem Zweck verwendet wurde, dem es auch generell dient. Die Schere war vorliegend in ihrer konkreten Verwendungsweise kein gefährliches Werkzeug, sodass § 224 StGB abzulehnen war.

Anschließend wurden die Möglichkeiten der Anklage, der Privatklage, des Strafbefehls, § 407 StPO und die Einstellung nach §§ 153 ff StPO besprochen und in diesem Zusammenhang insbesondere die Vorteile bzw. Gefahren einzelner Maßnahmen für den Angeklagten und den StA / die Öffentlichkeit diskutiert.

Im Zuge dieser Diskussion kamen wir dann auch auf das Fahrverbot (§ 44 StGB) bzw. den Entzug der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) zu sprechen. Nach Erläuterung der Unterschiede (max. 3 Monate nicht fahren dürfen vs. Führerschein neu machen müssen) erklärte Dr. E, dass wohl gerade Änderungen in diesem Bereich geplant seien. Wir sollten nun am Fahrverbot erörtern was man ändern könnte. Daraufhin sprachen wir über eine mögliche Erhöhung der Dauer des Fahrverbots auf 6 Monate (um einen Anschluss an die Entziehung der Fahrerlaubnis zu finden, § 69a StGB) sowie über die Möglichkeit, den Zusammenhang mit Kraftfahrzeugen aufzuheben.

Fazit:

Ich persönlich fand Dr. E einen äußerst angenehmen Prüfer, der auch ordentliche Punktzahlen vergibt. Die Definitionen der einzelnen Tatbestände herunterbeten zu können, war ihm nicht so wichtig, es kam ihm eher darauf an, ein grundlegendes Verständnis für die Probleme zu haben.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

- **Selbstabholer: 79,00 € (09:00 – 16:00 Uhr)**
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung: 84,00 € (inkl. Porto und Verpackungskosten)**
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung als pdf-Dateien per E-Mail: 85,00 €** (Rücksendung der Protokolle entfällt; 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
(Preise auch bzgl. Eilversand vgl. www.juridicus.de)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

