



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

36. Jahrg.

Februar 2011

Heft 02

Aus dem Inhalt:

- OLG München:** Bindung des Überlebenden an ein sog. Berliner Testament
- BGH:** Strafbarkeit der Verabreichung von BtM zu Therapiezwecken
- OLG Frankfurt:** Betrug durch Abo-Falle im Internet
- BGH:** Amtshaftung wegen Verweigerung des Einvernehmens
- BGH:** Fristlauf nach nochmaliger Zustellung eines Versäumnisurteils
- OLG Zweibrücken:** Verdeckte Ermittlungen im Wege der Cold-Case-Technik
- BVerwG:** Beweiswürdigungsfehler in der Revision



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

Neufassung der Berufsordnung der Steuerberater.....	1
Modernisierung des Gesetzes der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechteverträge.....	2

Brandaktuell

BVerfG:	Versammlungscharakter einer Zusammenkunft (non-verbale Meinungsäußerung).....	3
---------	--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

OLG München:	Bindung des Überlebenden an „Berliner Testament“ (zur Wechselbezüglichkeit der Verfügungen).....	4
BGH:	Wertersatz bei Widerruf eines Fernabsatzvertrages (Umfang des Prüfungsrechts bei Möbeln).....	8

Strafrecht

BGH:	Körperverletzung mit Todesfolge (Verabreichung von BtM zu Therapiezwecken).....	11
OLG Frankfurt:	Betrug ("Abo-Falle" im Internet).....	13

öffentl. Recht

OVG Bautzen:	Wesentlichkeitstheorie und Bestimmtheitsgrundsatz (Umfang der gesetzlichen Vorgaben für Abiturprüfung).....	19
BGH:	Amtshaftung wegen Verweigerung des Einvernehmens (nicht bei Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde).....	22

Kurzauslese I

BGH:	Haustürgeschäft (Beginn der Widerrufsfrist).....	27
BGH:	Deliktshaftung (§ 34a I WpHG ist kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB).....	29
OLG Oldenburg:	Verwendung verfassungswidriger Kennzeichen ("Hitler-Gruß" als Provokation).....	31
OLG Hamm:	Beleidigung (durch Auslachen).....	31
BGH:	Urkundenfälschung (Übersendung eines manipulierten Kaufvertrags per Fax).....	33
OLG Frankfurt a.M.:	Betrug (Täuschung über den Verwendungszweck eines Darlehens).....	33
OVG Bremen:	Meinungsfreiheit (Sachlichkeitsgebot bei Äußerungen von Pressesprechern einer Behörde).....	33
VGH München:	Prüfungswiederholung zur Notenverbesserung (kein Aufschub wegen fehlender Vorbereitungszeit).....	35
OVG Koblenz:	Gemeinderat / Fraktion (Informations-/Unterrichtungsanspruch).....	35

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

OLG Düsseldorf:	Vollstreckungsgegenklage gegen Kostenfestsetzungsbeschluss (Aufrechnung gegenseitiger Ansprüche bei beendetem Mietverhältnis).....	37
BGH:	Nochmalige Zustellung eines Versäumnisurteils (Lauf der Einspruchsfrist).....	41

Strafrecht

OLG Zweibrücken:	verdeckte Ermittlungen (Zulässigkeit der sog. „Cold-Case-Technik“).....	45
------------------	--	----

öffentl. Recht

OVG Lüneburg:	Aufschiebende Wirkung eines Nachbarwiderspruchs (nicht tatsächliches, sondern richtiges Rechtsregime maßgeblich).....	47
BVerwG:	Beweiswürdigungsfehler als Verfahrensfehler (Regelbeweismaß richterlicher Überzeugungsgewissheit).....	51

Kurzauslese II

LG Celle:	Amtshaftungsanspruch (zulässiger Gerichtsstand)	55
BGH:	wirksame Prozessvertretung einer GmbH (nach Amtsniederlegung durch GmbH-Geschäftsführer).....	55
OLG Frankfurt a.M.:	Rechtsmittel (gegen zu Unrecht erlassenes 2. Versäumnisurteil).....	55
BFH:	Klageerhebung (Schriftformerfordernis).....	57
OLG Frankfurt a.M.:	Weisungen für die Bewährungszeit (Internetverbot als zulässige Weisung).....	59
BGH:	Telekommunikationsüberwachung (Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen).....	59
BGH:	Revision (Zulässigkeit nach Verständigung).....	61
BVerwG:	nachgeschobene Ermessenserwägungen (Zulässigkeit).....	61
OVG Münster:	Verpflichtungsklage (Verfahrensfortführung nach Erledigung).....	61
VGH Mannheim:	sofortige Vollziehung eines VA (besonderes öffentliches Interesse am Sofortvollzug).....	63

Weitere Schrifttumsnachweise	65
---	----

Übersicht: Grundbegriffe des Gewerberechts.....	68
--	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Zivilrecht.....	69
Assessorprüfung:	öffentliches Recht.....	70

Aus der Gesetzgebung

A. Neufassung der Berufsordnung der Steuerberater

I. Allgemeines

Am 08.09.2010 hat die **Satzungsversammlung der BStBK** mit der **Novellierung der Berufsordnung der Steuerberater (BOST)** sowie **Änderungen der Fachberaterordnung** den Grundstein für ein einfacheres und zukunftsorientiertes Arbeiten gelegt.

Dabei wurde die BOSTB umfassend modernisiert und an die neuen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rspr. angepasst. Ziel war es, die BOST wesentlich zu straffen. Künftig beschränkt sich die BOST darauf, die Regelungen des StBerG und insbes. die den Steuerberater treffenden Berufspflichten näher zu konkretisieren.

II. Die wesentlichen Änderungen im Überblick

1. Die beschlossene Neufassung berücksichtigt vor allem die Änderungen des Steuerberatungsgesetzes, die sich aus dem **8. Steuerberatungsänderungsgesetz** aus dem Jahre 2008 ergeben.

- Gestrichen wurden Regelungen, die lediglich den Wortlaut des StBerG wiederholen ebenso wie überflüssige zivil-, handels- und wettbewerbsrechtliche Bestimmungen. Dies betrifft z. B. die Vorschriften zur Sozietät, Partnerschaftsgesellschaft und Bürogemeinschaft. Die bisherigen Bestimmungen in der Berufsordnung wiederholten die Regelungen des **§ 56 StBerG**, sodass deren Streichung nahe liegend war. Darüber hinaus wurden die Werberegulungen, die bisher 11 Paragraphen umfassten, in Anpassung an die neue Rspr. in einer einzigen Vorschrift zusammengefasst.
- Neu hinzugekommen ist z. B. eine Regelung, die die **Möglichkeit zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung vom Verbot der gewerblichen Tätigkeit konkretisiert**: So kann nach dem Beschluss der Satzungsversammlung eine Ausnahmegenehmigung u. a. bei der Wahrnehmung von Geschäftsführungsfunktionen im Rahmen der Tätigkeit als Testamentsvollstrecker bzw. Insolvenzverwalter erteilt werden. Auch bei der Auslagerung vereinbarter Tätigkeiten wie z. B. der Unternehmensberatung in ein gewerbliches Unternehmen ist eine Ausnahme möglich.
- Weiterer Änderungsbedarf ergab sich aus der mit dem 8. Steuerberatungsänderungsgesetz erfolgten **Einführung des Syndikus-Steuerberaters und der GmbH & Co. KG** als zulässige Rechtsform einer Steuerberatungsgesellschaft.
- Die von den Steuerberaterkammern verliehenen **Fachberatertitel**, z. B. für internationales Steuerrecht, **dürfen nunmehr zusammen mit der Berufsbezeichnung geführt werden**. Anders ist das bei der Führung privater Fachberatertitel, wie die jüngst ergangene Rspr. klargestellt hat. Nach dieser dürfen solche Bezeichnungen nur geführt werden, wenn sie von der Berufsbezeichnung und dem Namen des Steuerberaters deutlich abgesetzt sind.

Dementsprechend regelt der neue **§ 9 III BOSTB**, dass andere Bezeichnungen als amtlich verliehene Berufs-, Fachberater- und Fachanwaltsbezeichnungen, akademische Grade und staatliche Graduierungen von Steuerberatern nur kundgetan werden dürfen, wenn eine klare räumliche Trennung vom Namen und der Berufsbezeichnung "Steuerberater" besteht.

2. Des Weiteren wurden einige **Änderungen der Fachberaterordnung (FBO)** beschlossen:

Neu eingefügt wurde u. a. eine Regelung, nach der die zuständige Steuerberaterkammer die **Verleihung der Fachberaterbezeichnung widerrufen** kann, **wenn** die nach § 9 FBO vorgeschriebene **jährliche Fortbildung nicht nachgewiesen wird**. Ergänzt wurde die Fachberaterordnung auch um eine Vorschrift, nach der sich der Drei-Jahres-Zeitraum, innerhalb dessen der Bewerber die praktischen Fälle bearbeitet haben muss, um Zeiten des Mutterschutzes und der Inanspruchnahme von Elternzeit verlängert.

B. Modernisierung des Gesetzes der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechteverträge

Gesetz zur Modernisierung der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge (TzWohnVG) vom 17.01.2011 – In-Kraft-Treten am 23.02.2011 (BGBl. I, S. 34)

I. Gesetzgebungsgeschichte

Das Gesetz dient der **Umsetzung der Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.01.2009 über den Schutz der Verbraucher** im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen.

Teilzeit-Wohnrechte ("Timesharing") sind auch bei deutschen Urlaubern weit verbreitet. Dabei zahlt der Kunde für das Recht, eine Ferienwohnung oder ein Hotel jedes Jahr für eine gewisse Zeit zu nutzen. Die EU-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die nationalen Vorschriften anzupassen und die Verbraucher so besser vor unseriösen Angeboten zu schützen. Aus diesem Grund werden die Vorschriften der §§ 481 BGB bis § 486 BGB durch die §§ 481 BGB bis 486a BGB ersetzt.

II. Die Neuregelungen im Überblick

Die **gesetzlichen Neuregelungen gelten für alle Teilzeit-Wohnrechteverträge**, die **ab dem 23.02.2011** geschlossen werden; einbezogen in den Schutzbereich des Gesetzes sind Verträge über Teilzeitwohnrechte ab einer Mindestlaufzeit von einem Jahr statt bisher drei Jahren. Bei der Berechnung der Vertragsdauer müssen die im Vertrag vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeiten berücksichtigt werden.

Auch neue, bislang unregelte Urlaubsprodukte sollen zukünftig erfasst und der Schutz auf Produkte erstreckt werden, mit denen der Verbraucherschutz bislang unterlaufen wird. Darüber hinaus **gilt der Schutz auch für** solche langfristigen Urlaubsprodukte wie **Preisnachlässe und Vergünstigungen im Zusammenhang mit einer Unterkunft für eine Vertragslaufzeit von mehr als einem Jahr** (sog. Ferienclubmitgliedschaften und Discount-Holiday-Club-Mitgliedschaften). Außerdem sind jetzt auch **Nutzungsrechte an beweglichen Übernachtungsunterkünften wie Wohnwagen und Hausboote erfasst**.

Schließlich gelten die gesetzlichen Regelungen des TzWohnVG jetzt auch für **Vermittlungsverträge sowie Mitgliedschaften in Tauschsystemen über Teilzeit-Wohnrechteverträge**.

Künftig haben Verbraucher bei all diesen Verträgen ein **14-tägiges Widerrufsrecht**. Während der Widerrufsfrist gilt ein **Anzahlungsverbot**. Macht ein Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, sollen ihm dadurch keine Kosten entstehen, insbesondere kann er nicht dazu verpflichtet werden, einen Nutzungersatz zahlen müssen.

Vor Vertragsschluss muss der Unternehmer künftig ausführlich **über die wesentlichen Aspekte informieren**, z.B. über den Leistungsumfang und den Preis samt Nebenkosten. Dabei müssen **europaweit einheitlich vorgegebene Informationsformulare in der Sprache des jeweiligen Verbrauchers** benutzt werden, so dass dieser unterschiedliche Angebote auf einen Blick miteinander vergleichen kann; außerdem müssen diese Formulare auch Informationen über die jeweilige Vertragsart und Hinweisen zum Widerrufsrecht erhalten.

Brandaktuell

GG
Art. 8

Versammlungscharakter einer Zusammenkunft non-verbale Meinungsäußerung

GG

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 4/2011 vom 13. Januar 2011;
Beschluss vom 10. Dezember 2010 - 1 BvR 1402/06)

Fall: Am 14.08.2004 fand in der Kleinstadt F. in Brandenburg die angemeldete Demonstration unter freiem Himmel mit dem Motto „Keine schweigenden Provinzen - Linke Freiräume schaffen“ statt. Anlässlich dieser Versammlung begab sich der Beschwerdeführer zusammen mit etwa vierzig anderen Personen nach F. Die Gruppe, deren Mitglieder überwiegend kurz geschorenes Haar und für die rechte Szene typische Bekleidung trugen, postierte sich entlang der Route der angemeldeten Demonstration. Über Plakate, Flugblätter oder sonstige Hilfsmittel der Kommunikation verfügte sie nicht. Nachdem der Einsatzleiter der Polizeikräfte dreimal einen Platzverweis gegen die Gruppe ausgesprochen hatte, verließ diese den Ort.

Im Nachhinein verurteilte das Amtsgericht den Beschwerdeführer wegen fahrlässiger Teilnahme an einer unerlaubten Ansammlung gemäß § 113 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) in Verbindung mit § 16 I 1 BbgPolG zu einer Geldbuße. Das Versammlungsgesetz finde keine Anwendung, weil es sich bei der Zusammenkunft nicht um eine Versammlung im Sinne des Art. 8 I GG, sondern lediglich um eine Ansammlung nach § 113 I OWiG gehandelt habe. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Versammlungsfreiheit nach Art. 8 I 1 GG.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat das Urteil des Amtsgerichts aufgehoben, weil es den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit verletzt, und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen.

*„Das Amtsgericht hat bei der Prüfung **des Versammlungscharakters** der Zusammenkunft nicht berücksichtigt, dass diese **inhaltlich auf das Versammlungsmotto der angemeldeten Demonstration** bezogen war. Der Beschwerdeführer und die anderen Mitglieder der Gruppe wollten nach den tatsächlichen Feststellungen des Amtsgerichts mit der Zusammenkunft „Gesicht zeigen“ und sich gegen die Aussage des von der angemeldeten Demonstration ausgerufenen Mottos stellen. Die **Anwesenheit** der von auswärts angereisten Gruppe zu diesem Zeitpunkt an diesem Ort war **erkennbar geprägt von dem Willen der Auseinandersetzung mit dem politischen Gegner**. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Gruppe, die aufgrund der kurz geschorenen Haare und der szenetypischen Aufmachung vom objektiven Empfängerhorizont aus betrachtet als dem rechtsradikalen Spektrum angehörend identifizierbar war und als solche von den Polizeikräften auch identifiziert wurde, in zeitlicher und örtlicher Nähe zu der ausdrücklich linksgerichteten Versammlung postierte - der zweite Teil des Mottos lautete: „Linke Freiräume schaffen“ -, nämlich an einer Straße entlang der Demonstrationsroute kurz bevor sich die angemeldete Demonstration in Bewegung setzte.*

*Die Versagung der Versammlungseigenschaft kann das Amtsgericht verfassungsrechtlich nicht darauf stützen, dass nach dem Willen der Gruppe weder mit den Teilnehmern der angemeldeten Demonstration noch mit der Öffentlichkeit eine verbale Kommunikation stattfinden sollte. Ein **kollektiver Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung** kann auch durch **schlüssiges Verhalten** wie beispielsweise durch einen Schweigemarsch, geäußert werden. Überdies lautete der erste Teil des Mottos der angemeldeten Demonstration „Keine schweigenden Provinzen“. Angesichts dieser Umstände hätte das Amtsgericht sich damit auseinandersetzen müssen, dass der **physischen Präsenz** in einer die gegenteilige politische Ausrichtung zu erkennen gebenden Aufmachung **gepaart mit dem Schweigen** der Gruppe hier naheliegenderweise eine **eigenständige Aussage** zukommen kann.*

*Verfassungsrechtlich tragfähige Anhaltspunkte dafür, dass die - folglich auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen als **Gegendemonstration** einzustufende - Zusammenkunft des **Schutzes des Art. 8 GG** wieder **verlustig** gegangen ist, sind der Entscheidung des Amtsgerichts nicht zu entnehmen. Insbesondere lässt eine eventuell notwendige, aber **unterbliebene Anmeldung** nicht den **Grundrechtsschutz** der Zusammenkunft **entfallen**. Feststellungen zu einer kollektiven Unfriedlichkeit der Zusammenkunft hat das Amtsgericht nicht getroffen.*

*Hiervon ausgehend ist das Urteil des Amtsgerichts als Eingriff in die Versammlungsfreiheit des Beschwerdeführers zu beurteilen, der verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist, da in diesem Fall die Verurteilung nicht auf § 113 OWiG in Verbindung mit § 16 I 1 BbgPolG gestützt werden kann. **Versammlungsspezifische Maßnahmen** der Gefahrenabwehr richten sich nach den hierfür **speziell erlassenen Versammlungsgesetzen**. Die dort geregelten, im Vergleich zu dem allgemeinen Polizeirecht besonderen Voraussetzungen für beschränkende Verfügungen sind **Ausprägungen des Grundrechts der Versammlungsfreiheit**.*

Dementsprechend gehen die Versammlungsgesetze als Spezialgesetze dem allgemeinen Polizeirecht vor. Daraus folgt, dass auf das allgemeine Polizeirecht gestützte Maßnahmen gegen eine Person, insbesondere in Form eines Platzverweises, ausscheiden, solange sich diese in einer Versammlung befindet und sich auf die Versammlungsfreiheit berufen kann.“ (BVerfG aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 2270

Bindung des Überlebenden an „Berliner Testament“ zur Wechselbezüglichkeit der Verfügungen

BGB

(OLG München in FGPrax 2010, 299; Beschluss vom 13. 9. 2010 - 31 Wx 119/10)

1. Wechselbezüglichkeit ist anzunehmen, wenn **jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere** getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die **eine mit der anderen stehen oder fallen soll**.
2. Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach **den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen** und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden
3. Wenn die Ermittlung des Erblasserwillens **weder** die gegenseitige **Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit** der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 II BGB **im Zweifel Wechselbezüglichkeit** anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken.
4. Denkbar ist ein **gemeinsamer Wille der Eheleute** dahin, dass der überlebende **Ehegatte in gewissem Rahmen**, etwa unter Ausschluss familienfremder Personen, **zur Abänderung** der getroffenen Schlusserbeinsetzung **befugt** sein sollte. Eine solche **Abänderungsklausel** ist auch bei wechselbezüglichen und deshalb grundsätzlich bindenden Verfügungen **möglich**.

A. Grundlagenwissen: Das gemeinschaftliche Testament, §§ 2265 ff BGB

I. Errichtung

Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von **Ehegatten** (§ 2265 BGB) und **Lebenspartnern** (§ 10 IV LPartG) bei bestehender Ehe/Lebenspartnerschaft (§ 2268 BGB) errichtet werden.

I. Form

Das gemeinschaftliche Testament kann in notarieller Form oder eigenhändig errichtet werden.

1. notarielle Form, § 2232 BGB

Nach § 2232 BGB wird ein Testament zur Niederschrift eines Notars errichtet, indem der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen erklärt oder ihm eine Schrift mit der Erklärung übergibt, dass die Schrift seinen letzten Willen enthalte. Der Erblasser kann die Schrift offen oder verschlossen übergeben; sie braucht nicht von ihm geschrieben zu sein.

2. eigenhändig

Während ein Einzeltestament nach § 2247 BGB vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein muss, gilt für das gemeinschaftliche Testament das Formenprivileg des § 2267 BGB: **Nur einer muss eigenhändig schreiben** und unterschreiben. **Vom anderen reicht die Unterschrift**.

3. Nottestament , § 2266 BGB

Das gemeinsame Testament kann nach den §§ 2249, 2250 BGB (Nottestament vor dem Bürgermeister oder vor drei Zeugen) auch dann errichtet werden, wenn die dort vorgesehenen Voraussetzungen nur bei einem der Ehegatten vorliegen.

III, Wirkungen

Bei dem gemeinschaftlichen Testament handelt es sich um zwei (!) letztwillige Verfügungen von Todes wegen. Der Umstand, dass es von zwei Personen errichtet wird, hat jedoch nicht nur Auswirkungen auf die Form der Abfassung, sondern auch auf die Testierfreiheit der Beteiligten. Das Gemeinschaftliche Testament führt zu einer **beschränkten Bindungswirkung**:

Wechselbezügliche (korrespektive) Verfügungen - also solche, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen erfolgt ist, werden besonders geschützt:

1. Das **Widerrufsrecht erlischt grundsätzlich mit dem Tod des anderen Ehegatten** § 2271 II BGB; (Ausnahme: § 2271 II 1 a.E., 2 BGB).
2. Die getroffene Verfügung kann **zu Lebzeiten** nur durch persönliche, notariell beurkundete **Erklärung gegenüber dem anderen widerrufen** werden § 2271 I BGB.
3. Der **Widerruf oder die Nichtigkeit** der einen Verfügung hat die **Unwirksamkeit der anderen** zu Folge § 2270 I BGB.

IV. Sonderfall „ Berliner Testament“ § 2269 BGB

Ein solcher Fall liegt vor, wenn die Ehegatten setzen sich gegenseitig und einen oder mehrere Dritte als Erben des Letztversterbenden ein. Hier sind zwei Konstellationen möglich:

1. Trennungsprinzip

Der überlebende Ehegatte wird Vorerbe, der Dritte Nacherbe. Hier sind zwei Vermögensmassen zu unterscheiden:

- Nachlass des Erstversterbenden, den der Dritte beim Ableben des zweiten Gatten als Nacherbe erhält
- Nachlass des Letztversterbenden, den der Dritte als Vollerbe erhält

Hierbei unterliegt der Vorerbe den Beschränkungen der §§ 2112 ff BGB. Der Nacherbe erwirbt schon mit Anfall des Nachlasses des Erstversterbenden ein Anwartschaftsrecht. Ist die zum Nacherben bestimmte Person pflichtteilsberechtigt und mögliche sie ihren Pflichtteil auf den ersten Erbfall geltend machen, muss sie die Nacherbschaft ausschlagen, § 2306 BGB.

2. Einheitsprinzip

Hierbei wird der überlebende Ehegatte wird Vollerbe, der Dritte Schlusserbe. Das Vermögen des Erstversterbenden fließt in das Vermögen des Letztversterbenden.

Dies hat zur Folge, dass der Ehegatten in der lebzeitigen Verfügung über das Vermögen grundsätzlich frei ist. Der Schlusserbe erwirbt zunächst nichts und wird erst bei Tod des Längstlebenden Erbe. Ist er beim ersten Erbfall pflichtteilsberechtigt, so kann er den Pflichtteil ohne Ausschlagung geltend machen

Problem: Da durch das Testament die Kinder von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind, können diese den Pflichtteil nach dem Erstversterbenden gegenüber dem überlebenden Elternteil geltend machen. Dies kann zwar nicht verhindert, aber insofern sanktioniert werden, dass die Ehegatten bereits in ihrem gemeinsamen Testament bestimmen, dass die Kinder, die nach dem ersten Erbfall ihren Pflichtteil einfordern, für den zweiten Erbfall enterbt sein sollen, also dort auch noch allenfalls den Pflichtteil erhalten.

3. Auslegungsregel

Ist nicht ausdrücklich Vor- und Nacherbschaft angeordnet, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass Voll- und Schlusserbschaft geregelt werden sollten, der überlebende Ehegatten also nicht in seiner lebzeitigen Verfügungsbefugnis beschränkt ist.

B. Bindung des Überlebenden an „Berliner Testament“ – zur Wechselbezüglichkeit der Verfügungen (OLG München in FGPrax 2010, 299)

Fall: Die verwitwete Erblasserin ist im November 2009 im Alter von 87 Jahren verstorben. Die Bet. zu 1, 2 und 3 sind ihre Kinder aus der Ehe mit dem 1970 vorverstorbenen Ehemann. Ein weiteres gemeinsames Kind ist ohne Hinterlassung von Abkömmlingen 1979 vorverstorben. Es liegt ein gemeinschaftliches handschriftliches Testament der Eheleute vom Jahr 1966 vor, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und die namentlich aufgeführten gemeinschaftlichen vier Kinder zu Schlusserben einsetzen. Am 20.04.2009 errichtete die Erblasserin ein handschriftliches Testament, in dem sie den Bet. zu 3 zum Alleinerben einsetzte. Der Bet. zu 3 hat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist. Er ist der Auffassung, für die Erbfolge sei das Testament von 2009 maßgeblich. Die Schlusserbeinsetzung im gemeinschaftlichen Testament von 1966 sei nicht wechselbezüglich, so dass die Erblasserin auch nach dem Tod des Ehemanns abweichend habe testieren können. Die Bet. zu 1 ist dem Antrag entgegengetreten. Wer ist Erbe?

Nach dem Testament von 1966, bei dem sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen, wären die Kinder der Erblasserin zu jeweils 1/3 Erben. Wenn allerdings die Erblasserin die Schlusserbenbestimmung ändern konnte, so ist der Bet. zu 3. Alleinerbe geworden und die Beteiligten zu 1 und 2 können nur ihre Pflichtteilsansprüche geltend machen.

Grundsätzlich sind diejenigen, die gemeinschaftliches Testament errichtet haben, nach dem Tod des Erstversterbenden an die wechselbezügliche Verfügung gebunden. Ein Widerrufsrecht besteht nach § 2270 II 1 BGB dann nicht mehr. Fraglich ist daher, ob die Schlusserbeneinsetzung im Testament von 1966 wechselbezüglich war.

I. Voraussetzungen der Wechselbezüglichkeit

*„Nach § 2270 I BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also **jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere** getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die **eine mit der anderen stehen oder fallen soll** (BayObLG, FamRZ 2005, 1931; OLG Hamm, FamRZ 2004, 662). Maßgeblich ist der **übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung** (BGHZ 112, 222/223f.).“* (OLG München aaO)

Fraglich ist daher, ob die gemeinsamen Verfügungen der Ehegatten im Testament von 1966 dergestalt miteinander verbunden waren, dass die eine mit der anderen stehen oder fallen soll. Allerdings ist ein übereinstimmender Wille der Ehegatten nicht ohne weiteres zu ermitteln.

*„Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410). Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens **weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit** der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 II BGB **im Zweifel Wechselbezüglichkeit** anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.“* (OLG München aaO)

II. Anwendung auf den Fall

Allerdings kommt § 2270 II BGB nur zum Zuge, wenn nicht die **vorrangige individuelle Auslegung etwas anderes** ergibt.

1. Auslegung der jeweiligen Verfügung

Eine Unabhängigkeit der hier in Frage stehenden Schlusserbeinsetzung der Kinder durch die Ehefrau zu ihrer Alleinerbeinsetzung durch den Ehemann lässt sich im Wege individueller Auslegung nicht feststellen. Die individuelle Auslegung spricht im Gegenteil für eine Wechselbezüglichkeit.

*„Schon die **seinerzeitige Lebenssituation und Interessenlage** legt die wechselseitige Abhängigkeit der genannten Verfügungen nahe. Im Hinblick auf die unbestritten vorgetragene **schwere Erkrankung des Ehemannes** war davon auszugehen, dass der Ehemann **deutlich vor seiner Ehefrau sterben** würde, wie dies ja auch eingetreten ist. Wie sich die Verhältnisse entwickeln würden, wenn seine Ehefrau ihn um viele Jahre – hier tatsächlich um Jahrzehnte – überlebt, war nicht absehbar. Die **Ehefrau** war zum Zeitpunkt der Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments **erst 43 Jahre alt**, die **Kinder noch minderjährig**. Nach dem Vorbringen des Bet. zu 3 war den Eheleuten bewusst, dass die Wechselfälle des Lebens Biographien radikal verändern können. Niemand konnte zu diesem Zeitpunkt von vornherein ausschließen, dass die Ehefrau später einmal, in welcher Lebenssituation auch immer, an-*

derweitig zu Gunsten einer familienfremden Person verfügt. In diesem Fall würde nicht nur ihr eigenes Vermögen, sondern auch das zuvor vom erstverstorbenen Ehemann ererbte Vermögen nicht in der Familie an die nächste Generation weitergereicht werden.

Indem der Ehemann, wie geschehen, seine **Ehefrau zur Alleinerbin** einsetzt, **übergeht und enterbt er seine eigenen Kinder**; denn seine eigene Schlusserbeinsetzung der Kinder wird im Fall seines Vorversterbens gegenstandslos. Es liegt nahe, dass er die Enterbung seiner Kinder für den ersten Todesfall in einer Wechselwirkung dazu sieht, dass nicht nur er selbst (was im Falle seines Vorversterbens nichts nützt), sondern auch der Ehegatte im Gegenzug dafür als Schlusserben des beiderseitigen Vermögens die Kinder einsetzt. Wer sein Vermögen letztendlich an die eigenen Kinder weitergeben will, sie aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das **im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen** wird. Das Gesetz schützt dieses Vertrauen der Eheleute in den Bestand einer solchen Regelung, indem es **zu Lebzeiten** beider Ehegatten einen einseitigen **Widerruf nur in einer besonderen Form** gestattet, die sicherstellt, dass der andere Ehegatte von dem Widerruf erfährt (§§ 2271 I 1, 2296 II 2 BGB), und indem es **nach dem Tod des Erstversterbenden den Widerruf grundsätzlich ausschließt** (§ 2271 II 1 BGB). Ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der Ehegatten ist hierfür im Übrigen nicht Voraussetzung; vielmehr knüpft das Gesetz die Bindungswirkung allein an die von den Eheleuten gewollte gegenseitige Abhängigkeit der einen Verfügung von der anderen.“ (OLG München aaO)

2. Berücksichtigung eines abweichenden gemeinsamen Willens

Aber auch ein abweichender gemeinsamer Wille hinsichtlich der Bindungswirkung für den Schlusserbfall müsste berücksichtigt werden.

„Denkbar ist allenfalls ein **gemeinsamer Wille der Eheleute** dahin, dass der überlebende **Ehegatte in gewissem Rahmen**, etwa unter Ausschluss familienfremder Personen, **zur Abänderung** der getroffenen Schlusserbeinsetzung **befugt** sein sollte. Eine solche **Abänderungsklausel** ist auch bei wechselbezüglichen und deshalb grundsätzlich bindenden Verfügungen **möglich**. Eine **ausdrückliche Abänderungsklausel** enthält das gemeinschaftliche Testament aber **nicht**, und auch für einen **stillschweigend vereinbarten Änderungsvorbehalt** (vgl. hierzu Reimann/Bengel/J. Mayer, aaO, § 2271 BGB Rn. 59) sieht der Senat **weder im Testament noch in dem sonstigen Sachverhalt einen hinreichenden Anhalt**.

Auch für eine **ergänzende Testamentsauslegung wegen wesentlich veränderter Umstände** ist hier kein Raum; denn es ist schon nicht ersichtlich, was sich wesentlich verändert haben soll. Nach dem Vorbringen des Bet. zu 3 soll das Motiv der Mutter für seine Alleinerbeinsetzung gewesen sein, dass der Grundbesitz in einer Hand verbleibt und nicht durch eine Auseinandersetzung unter mehreren Erben zerschlagen wird. Vor der **Situation**, dass bei der **Einsetzung mehrerer gemeinsamer Kinder** die spätere Auseinandersetzung unter den Geschwistern zur **Aufteilung des Familienbesitzes** führen kann, stehen **alle Eltern mit mehreren Kindern** und standen auch hier die Eltern bereits im Jahr 1966, ohne dass sie das abgehalten hätte, ihre gemeinsamen Kinder gleichmäßig, ohne eines zu bevorzugen oder zu benachteiligen, als Schlusserben einzusetzen.“ (OLG München aaO)

Es ist daher nicht von einem abweichenden gemeinsamen Willen der Ehegatten bezüglich der Schlusserbeneinsetzung und der diesbezüglichen Bindungswirkung auszugehen.

3. Anwendung der Zweifelsregelung

Letztlich kommt es daher auf die Anwendung der Zweifelsregelung an und es ist von der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen auszugehen.

„Zum einen haben sich die Ehegatten **gegenseitig bedacht**; diese Verfügungen sind **im Zweifel zueinander wechselbezüglich**. Darüber hinaus hat der Ehemann seine **Ehefrau zur Alleinerbin** eingesetzt und diese hat für den (hier eingetretenen) Fall ihres Überlebens die **gemeinsamen Kinder** eingesetzt, die nicht nur mit ihr, sondern auch mit ihrem Ehemann verwandt sind. § 2270 BGB greift somit auch im Verhältnis dieser zwei Verfügungen zueinander ein, ebenso wie umgekehrt im Verhältnis der Einsetzung des Ehemannes durch die Ehefrau zur Einsetzung der gemeinsamen Kinder durch den Ehemann für den Fall seines Überlebens (vgl. Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2270 BGB Rn. 57).“ (OLG München aaO)

Ergebnis: Die Erblasserin war nicht zu einer Änderung der Schlusserbenregelung befugt. Ihr Testament ist unwirksam. Die Kinder sind zu gleichen Teilen Erben geworden.

Wertersatz bei Widerruf eines Fernabsatzvertrages
Umfang des Prüfungsrechts bei Möbeln
 (BGH in MMR 2011, 24; Urteil vom 3.11.2010 - VIII ZR 337/09)

1. Der Käufer schuldet keinen Wertersatz, wenn eine Wertminderung auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist.
2. Der Verbraucher soll grds. **Gelegenheit** haben, die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte **Ware in Augenschein zu nehmen und „auszuprobieren“**.
3. Es kommt daher **nicht** auf die produktbezogene Einzelfallbetrachtung dahingehen an, ob der Käufer **im Ladengeschäft eine vergleichbare Prüfungsmöglichkeit** hätte.
4. Das Prüfungsrecht des Verbrauchers wird nicht dadurch eingeschränkt, dass ein für Prüfzwecke erforderlicher **Aufbau schon für sich genommen zu einer erheblichen Wertminderung** führt.

Fall: Der Kl. nimmt den Bekl., der über das Internet Wasserbetten zum Verkauf anbietet, auf Rückzahlung des Kaufpreises für ein Wasserbett in Anspruch.

Am 09.08.2008 schlossen die Parteien per E-Mail einen Kaufvertrag über ein Wasserbett „Las Vegas“ zum Preis v. € 1.265,-. Das Angebot des Bekl. war dem Kl. per E-Mail als angehängte PDF-Datei übersandt worden. Der Text der E-Mail enthält eine Widerrufsbelehrung. Das Wasserbett wurde am 01.09.2008 gegen Barzahlung beim Kl. angeliefert. Der Kl. baute das Wasserbett auf, befüllte die Matratze mit Wasser und benutzte das Bett sodann drei Tage lang. Mit einer E-Mail v. 5.9.2008 übte er sein Widerrufsrecht aus. In dem Schreiben heißt es: „...leider muss ich Ihnen mitteilen, dass ich bzgl. des Wasserbettkaufs von meinem Rückgaberecht Gebrauch machen möchte. In den letzten Tagen hatten wir die Möglichkeit dieses ausgiebig zu testen.“

Nach Abholung des Wasserbetts forderte der Kl. den Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises auf. Der Bekl. erstattete lediglich einen Betrag von € 258,- und machte geltend, dass das Bett nicht mehr verkäuflich sei; lediglich die Heizung mit einem Wert von € 258,- sei wieder verwertbar. Kl. erhebt Klage auf Rückzahlung des restlichen Kaufpreises von € 1.007,-, nebst Zinsen. Ist die Klage begründet?

Der Kl. könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückzahlung des restlichen Kaufpreises von 1.007,- € aus §§ 357 I 1, 346 I BGB haben.

Der Kl. hat wirksam von seinem **Widerrufsrecht nach §§ 312d, 355 BGB** Gebrauch gemacht. Dies ist unter den Parteien unstreitig, so dass auch ohne weiteres ein Rückzahlungsanspruch des Kl. nach §§ 357 I 1, 346 I BGB besteht. Fraglich ist allein, ob der Kl. dem Bekl. wegen der Ingebrauchnahme des Bettes durch Befüllen mit Wasser Wertersatz schuldet, so dass der Bekl. gegen den Rückzahlungsanspruch **mit einem Wertersatzanspruch aufrechnen** konnte und der Rückzahlungsanspruch in dieser Höhe nach § 389 BGB untergegangen ist.

Ein Wertersatzanspruch nach §§ 357 I 1, 346 II Nr. 3 BGB kommt nicht in Betracht, da nach dieser Regelung für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme kein Wertersatz geschuldet wird. Ein Anspruch auf Wertersatz könnte sich jedoch aus **§ 357 III 1 BGB** ergeben, wonach bei dem Widerruf unterliegenden Verträgen auch **für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme Wertersatz** geschuldet wird, soweit der Verbraucher in Textform hierauf **hingewiesen** wurde und ihm eine Möglichkeit eröffnet wurde, die Wertersatzpflicht zu vermeiden. Allerdings wird auch bei Widerruf eines Vertrages nach § 357 III 2 BGB [a.F.] = § 357 III 3 BGB [n.F.] kein Wertersatz geschuldet, wenn die **Verschlechterung lediglich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen** ist.

Eine **Verschlechterung** liegt vor, da der Kl. hat Wasserbett aufgebaut, die Matratze mit Wasser befüllt und das Bett sodann drei Tage lang benutzt hat. Hierdurch ist das Bett als **gebrauchtes Wasserbett** anzusehen ist. Es kann nicht mehr verkauft werden kann und hat deshalb einen **Wertverlust in voller Höhe des Kaufpreises** (abzüglich des Betrags von € 258,- für die wieder verwertbare Heizung) erlitten. hat. Der Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser könnten aber lediglich eine Prüfung der Sache i.S.d. § 357 III 2 BGB [a.F.] = § 357 III 3 BGB [n.F.] darstellen.

I. Auslegung anhand der Gesetzesmaterialien

„Die Regelungen in § 357 III 1, 2 BGB [a.F.] = § 357 III 1, 3 BGB [n.F.] sind durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001 (BGBl. I, S. 3138) eingeführt worden. Aus den in der Gesetzesbegründung angeführten Beispielen – insb. dem Ausprobieren der Instrumente eines Pkws und der kurzen Testfahrt mit dem Pkw auf nicht-öffentlichem Gelände – ergibt sich, dass der **Verbraucher grds. Gelegenheit** haben soll, die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte **Ware in Augenschein zu nehmen und „auszuprobieren“**.

Das setzt bei Möbeln, die im zerlegten Zustand angeliefert werden, das Auspacken und den Aufbau der Möbelstücke voraus, ggf. auch das Aufblasen, Aufpumpen oder sonstige Befüllen mit einem Füllmedium, wie hier das Befüllen der Matratze mit Wasser. Denn der Verbraucher kann sich **nur dann einen ausreichenden Eindruck von dem gekauften Möbelstück machen, wenn es aufgebaut ist**. Da es im Streitfall allein auf den Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser ankommt, muss nicht entschieden werden, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dem Verbraucher auch eine darüber hinausgehende Nutzung zu Prüfungszwecken erlaubt ist (vgl. dazu Erman/Saenger, aaO, Rn 20 f.; Bamberger/Roth/Grothe, aaO, § 357 Rn. 13).“ (BGH aaO)

II. systematische Auslegung

Dass der Aufbau eines im Fernabsatz erworbenen Möbelstücks vom Begriff der Prüfung i.S.d. § 357 III 2 BGB [a.F.] = § 357 III 3 BGB [n.F.] erfasst wird, ergibt sich auch aus der Fassung der Regelungen in § 357 III 1, 2 BGB [a.F.].

„Denn die in Satz 2 [a.F.] geregelte Ausnahme setzt logisch voraus, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllt sind, die Sache also in Gebrauch genommen wurde. Demzufolge erfasst der Begriff der Prüfung in § 357 III 2 BGB [a.F.] = § 357 III 3 BGB [n.F.] auch eine Ingebrauchnahme der Sache, jedenfalls dann, wenn die Ingebrauchnahme zu Prüfungszwecken erforderlich ist (vgl. auch Erman/Saenger, aaO.; Bamberger/Roth/Grothe, aaO.). Das schließt auch den notwendigen Aufbau eines Möbelstücks zu Prüfungszwecken ein. Dafür spricht schließlich auch die Gesetzesbegr., nach der § 357 III 2 BGB [a.F.] = § 357 III 3 BGB [n.F.] vor allem **klarstellende Funktion** zukommt, weil eine **Wertminderung in der Regel nicht durch die bloße Prüfung** der Sache eintritt. Daraus ergibt sich aber im Umkehrschluss, dass der Ausnahmetatbestand des § 357 III 2 BGB [a.F.] = § 357 III 3 BGB [n.F.] **jedenfalls** auch in den Fällen **anwendbar** ist, in denen die **Prüfung notwendigerweise eine Ingebrauchnahme der Sache voraussetzt** und zu einer Verschlechterung führt.“ (BGH aaO)

III. Prüfmöglichkeit auch über den Vergleich mit Ladenkunden hinaus

Allerdings wird der Zweck der Regelung in § 357 III 2 BGB [a.F.] = § 357 III 3 BGB [n.F.] darin gesehen, eine Prüfung der Ware in dem Umfang zu ermöglichen, in dem eine Prüfung im traditionellen Handel möglich wäre (Kaestner/Tews, WRP 2005, 1335, 1346; Föhlich, aaO., S. 346 f.). Wenn aber die Regelung nach der gesetzlichen Begründung den Käufer im Fernabsatzgeschäft mit demjenigen gleichstellen soll, der in einem Ladengeschäft kauft, so stellt sich die Frage, es dann nicht ergänzend darauf ankommen muss, ob ein entsprechenden Auspacken und Ausprobieren auch im Geschäfts möglich wäre.

„Der Vergleich mit den Prüfungsmöglichkeiten beim Kauf im Ladengeschäft kann ... **nicht alleiniger Prüfungsmaßstab** sein. Denn beim Kauf von Waren durch Vertragsabschluss im Fernabsatz bleibt ggü. dem Kauf im Ladengeschäft auch dann ein Nachteil, wenn der Kunde die gekaufte Ware im Ladengeschäft nicht auspacken, aufbauen und ausprobieren kann. Für den **Kauf im Ladengeschäft** ist typisch, dass dort **zumindest Musterstücke ausgestellt** sind, die es dem Kunden ermöglichen, sich einen unmittelbaren Eindruck von der Ware zu verschaffen und diese auch auszuprobieren. Das ist bei einem Vertragsabschluss im **Fernabsatz**, bei dem der Verbraucher sich **allenfalls Fotos der Ware** anschauen kann, nicht der Fall. Die Vorschriften über den Widerruf von Vertragsabschlüssen im Fernabsatz dienen aber gerade der **Kompensation von Gefahren auf Grund der Unsichtbarkeit des Vertragspartners und des Produkts** (Föhlich, aaO, S. 347).“ (BGH aaO)

Es kommt daher nicht auf die produktbezogene Einzelfallbetrachtung dahingehen an, ob der Käufer im Ladengeschäft eine vergleichbare Prüfungsmöglichkeit hätte. Dies ist nur der Grund für die getroffene gesetzliche Regelung, nicht aber Voraussetzungen für die Annahme des Ausschlusses der Wertersatzpflicht.

IV. kein Wertersatz wegen zwingende Verschlechterung bei Möbelaufbau

Möglicher Weise muss dies Abgrenzung zwischen Ingebrauchnahme und bloßen Probieren aber dann anders vorgenommen werden, wenn das Ausprobieren zwingend mit einer Verschlechterung verbunden ist. So hinterlässt schon der Aufbau der Möbel häufig Gebrauchsspuren, die zu einer erheblichen Wertminderung führen können, unter Umständen bis zur Unverkäuflichkeit der Ware.

„Das **Prüfungsrecht** des Verbrauchers kann mit diesem Argument **nicht eingeschränkt** werden. Zwar hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegr. mit der **Erstzulassung eines Pkw ein Beispiel für ein Käuferverhalten** genannt, das zu einer erheblichen Wertminderung und einem Wertersatzanspruch führt (BT-Drs. 14/6040, S. 199: etwa 20%). Die mit der Erstzulassung einhergehende **Verschlechterung** ist aber, wie sich aus der vorstehend zitierten weiteren Gesetzesbegr. ergibt, nach der Vorstellung des Gesetzgebers **prüfungsunabhängig**, die Erstzulassung somit gerade nicht erforderlich, um das Fahrzeug zu prüfen. Wenn hingegen – wie im Streitfall – schon der **für Prüfzwecke erforderliche Aufbau** des gekauften Gegenstands eine **erhebliche Wertminderung** nach sich zieht, kann dies nicht zu einer Einschränkung des Prüfungsrechts des Verbrauchers führen.

Sonst hätte der Verbraucher in solchen Fällen allenfalls die Möglichkeit, die **Ware aus der Verpackung zu nehmen** (wobei selbst dies schon zu einer beträchtlichen Wertminderung führen kann), die **Einzelteile zu besichtigen** und auf **Vollständigkeit zu kontrollieren**. Eine Besichtigung stellt aber **regelmäßig keine Prüfung** dar (vgl. Föhlisch, aaO, S. 347), erst recht nicht eine solche, die die in der Gesetzesbegr. hervorgehobene Möglichkeit des „**Ausprobierens**“ einschließt. Ob insofern bei besonderen Produkten (z.B. Lebensmitteln) eine andere Beurteilung geboten ist und in solchen Fällen bereits das Öffnen der Verpackung über eine bloße Prüfung i.S.d. § 357 III 2 BGB [a.F.] = § 357 III 3 BGB [n.F.] hinausgeht, weil es auch im Ladengeschäft nicht möglich wäre (vgl. Föhlisch, aaO, S. 348 f.; Kaestner/Tews, aaO., S. 1348), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung.“ (BGH aaO)

Das Prüfungsrecht des Verbrauchers wird nicht dadurch eingeschränkt, dass ein für Prüfzwecke erforderlicher Aufbau schon für sich genommen zu einer erheblichen Wertminderung führt.

V. Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben

Eine solche Beurteilung steht auch im Einklang mit der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144, S. 19; im Folgenden: RL 97/7/EG).

„Nach Art. 6 I 1 RL 97/7/EG kann ein Verbraucher jeden Vertragsabschluss im Fernabsatz innerhalb einer **Frist von mindestens sieben Werktagen ohne Angabe von Gründen** und ohne Strafzahlung widerrufen. Art. 6 I 2 und Art. [n.bsp.] 6 II 2 der RL 97/7/EG bestimmen, dass die **einzigsten Kosten**, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren** sind. Diese Bestimmungen erfassen sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung des Vertrags, die im Fall des Widerrufs zu Lasten des Verbrauchers gehen können (EuGH ZIP 2010, 839 [= MMR 2010, 396] Rn 52 – Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.). Darunter fällt, anders als es im Schrifttum im Anschluss an die Gesetzesbegr. (BT-Drs. 14/6040, S. 199) teilweise vertreten wird (so z.B. Grigoleit, aaO.; Staudinger/Kaiser, aaO, Rn 31 m.w.N.; Bamberger/Roth/Grothe, aaO, Rn 12), auch die Verpflichtung des Verbrauchers, Wertersatz für die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung der Sache zu leisten.“ (BGH aaO)

Diese Auslegung entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH.

„Zu einem Anspruch auf Wertersatz für die **Nutzung der gekauften Sache während der Widerrufsfrist** (§ 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB) hat der EuGH im U. v. 3.9.2009 (NJW 2009, 3015 [= MMR 2009, 744 m. Anm. Damm] – Messner/Krüger) ausgeführt, aus dem 14. Erwägungsgrund der RL 97/7/EG ergebe sich, dass das Verbot, dem Verbraucher andere Kosten als die der unmittelbaren Rücksendung der Waren aufzuerlegen, gewährleisten solle, dass das in dieser RL festgelegte Widerrufsrecht „mehr als ein bloß formales Recht“ sei und der **Verbraucher nicht durch negative Kostenfolgen von der Ausübung des Widerrufsrechts abgehalten** werde (Rn 19). Aus dem gleichen Erwägungsgrund ergebe sich, dass das Widerrufsrecht den Verbraucher in der besonderen Situation eines Vertragsabschlusses im Fernabsatz schützen solle, in der er „keine Möglichkeit hat, **vor Abschluss des Vertrags das Erzeugnis zu sehen** oder die Eigenschaften der Dienstleistung im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen“. Das Widerrufsrecht solle also den **Nachteil ausgleichen**, der sich für einen Verbraucher bei einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag ergebe, indem ihm eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt werde, in der er die **Möglichkeit** habe, die **gekauften Ware zu prüfen und auszuprobieren** (Rn. 20). Die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf würden beeinträchtigt, wenn dem Verbraucher auferlegt würde, allein deshalb (Nutzungs-)Wertersatz zu zahlen, weil er die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware geprüft und ausprobiert habe (Rn 24).“ (BGH aaO)

VI. Anwendung auf den Fall

Der Verbraucher, der im Fernabsatz ein Wasserbett gekauft hat, schuldet im Falle des Widerrufs keinen Ersatz für die Wertminderung, die dadurch eintritt, dass er die Matratze des Betts zu Prüfzwecken mit Wasser befüllt.

StGB
§§ 222, 227

Körperverletzung mit Todesfolge
Verabreichung von BtM zu Therapiezwecken
(BGH Beschluss vom 11.01.2011 – 5 StR 491/10)

StGB

1. Nimmt ein Patient von einem Arzt zu Therapiezwecken angebotene Betäubungsmittel eigenhändig und wissentlich zu sich, liegt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vor. Dies schließt eine Strafbarkeit des Arztes wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung grds. aus.
2. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Angekl. insoweit eine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft inne gehabt hätte. Diese ist indes nur dann gegeben, wenn und soweit die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses des Patienten beeinträchtigt gewesen wäre.

Auch der Gesichtspunkt, dass der Arzt das Risiko besser erfasst hat als sein Patient, der ihm vertraut hat, begründet noch keine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft des Arztes.

Fall: Der Angekl., ein auf psychotherapeutische Behandlungen spezialisierter Arzt, führte sog. „psycholytische Sitzungen“ durch. Bei diesen Gruppensitzungen werden die Patienten – so der Ansatz der Psycholyse – durch Drogen in ein Wachtraumerleben der Objektumgebung versetzt. Ziel dieser in Deutschland wissenschaftlich nicht anerkannten Methode soll es sein, an unbewusste Inhalte der Psyche zu gelangen. Der Angekl. führte mit einer Gruppe von zwölf Personen eine Intensivsitzen durch. Nach einer „Einstimmungs- und Befindlichkeitsrunde“ stellte er die zur Einnahme bereitgehaltenen Substanzen Neocor und MDMA vor. Nachdem der Angekl. an neun der Gruppenmitglieder zunächst eine Tablette des nicht als Arzneimittel zugelassenen Neocor verabreicht hatte, fragte er, wer von den Anwesenden MDMA einnehmen wolle. Daraufhin meldeten sich sieben Mitglieder der Gruppe, darunter die später verstorbenen K und G. Von dem MDMA sollten sechs Mitglieder der Gruppe, die sich zur Einnahme entschlossen hatten, 120 mg, das Gruppenmitglied N 140 mg erhalten. Der Angekl. übernahm das Abwiegen des Rauschgifts. Dabei wunderte er sich zwar über das Volumen der abgewogenen Menge, verließ sich aber auf die Anzeige seiner Waage. Tatsächlich übergab er an die zum Drogenkonsum bereiten Gruppenmitglieder jedoch mindestens die zehnfache Menge. Etwa zehn bis 15 Minuten nach der Einnahme kam es bei diesen zu heftigen körperlichen Reaktionen. Einige erlitten Spasmen und waren unfähig, sich zu bewegen, mussten sich übergeben oder fingen an, um sich zu schlagen. Die körperlichen Ausfälle aufgrund der Vergiftung verstärkten sich zunehmend. Trotz der vom Angekl. und der herbeigerufenen Notärztin veranlassten Hilfsmaßnahmen verstarben K und G an Multiorganversagen aufgrund der Überdosis MDMA. Der N war lebensgefährlich erkrankt, konnte jedoch nach Intensivbehandlung gerettet werden; die übrigen vier Gruppenmitglieder wurden nach einigen Tagen stationärer Behandlung wegen Vergiftungserscheinungen wieder entlassen.

Der Angekl. könnte sich wegen **vorsätzlicher Körperverletzung mit Todesfolge nach §§ 222, 227 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Zu prüfen ist zunächst, ob es sich vorliegend um einen Fall der **straflosen Beteiligung an einer Selbstgefährdung** handelt, wodurch die strafbare Verwirklichung eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts ausscheiden würde.

Nach der **BGH-Rspr. unterfällt die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung grds. nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts**, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann daher nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts verurteilt werden; denn er nimmt an einem Geschehen teil, welches – soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht – **kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang** ist (BGHSt 32, 262; BGHSt 49, 34; BGHSt 53, 288).

*„Da sämtliche Mitglieder der Gruppe das Betäubungsmittel MDMA eigenhändig und wissentlich zu sich nahmen, liegt eine **eigenverantwortliche Selbstgefährdung** vor. Dies schließt eine Strafbarkeit wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung aus.“ (BGH aaO)*

- II. Eine andere Betrachtung ist jedoch dann angezeigt, wenn der Angekl. insoweit eine **strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft** inne gehabt hätte. Eine solche wäre ihm jedoch nur dann zugewachsen, wenn und soweit die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses der Gruppenteilnehmer beeinträchtigt gewesen wäre.

1. Dies ist der Fall, wenn der Täter kraft **überlegenen Fachwissens** das Risiko besser erfasst als der Selbstgefährdende, namentlich wenn das Opfer einem Irrtum unterliegt, der seine Selbstverantwortlichkeit ausschließt (vgl. BGHSt 53, 288; BGH NSTz 1985, 319), oder es infolge einer Intoxikation zu einer Risikoabwägung nicht mehr hinreichend in der Lage ist (BGH NSTz 1986, 266).

Eine solche besondere Situation war vorliegend aber nicht gegeben.

„Sämtliche Mitglieder der Gruppe nahmen das Betäubungsmittel MDMA willentlich zu sich. Ungeachtet der Tatsache, dass der Angekl. die Dosierung bestimmte und die Betäubungsmittelportionen auch selbst abwog, verblieb ihnen ohne jede Einschränkung die letzte Entscheidung über die Einnahme.“ (BGH aaO)

2. Auch der Gesichtspunkt, dass der Angekl. **als Arzt und ehemaliger Suchtberater** das **Risiko besser erfasst** habe als seine Gruppenmitglieder, die ihm vertraut hätten, begründet noch keine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft (vgl. Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 4. Aufl., § 11 Rn 111; vgl. sehr weitgehend BGH JR 1979, 429).

„Alle Gruppenmitglieder kannten die Illegalität der Droge. Bei der Psycholyse handelt es sich um eine in Deutschland wissenschaftlich nicht anerkannte Therapiemethode. Folglich mussten sie mit besonderen medizinischen Risiken rechnen. Darüber hinaus verfügten alle bereits über Erfahrungen mit der Droge; der später Verstorbene G hatte nach der Einnahme von MDMA überdies bereits früher Spasmen und Halluzinationen erlitten.“ (BGH aaO)

3. Angesichts dieser Umstände liegt eine eigenverantwortliche Selbstschädigung vor; dies **gilt selbst dann, wenn** der Angekl. die einzelnen Gruppenmitglieder **nicht über sämtliche** – auch die eher seltenen – **Risiken der MDMA-Einnahme** bei gängiger Verbrauchsdosierung, insbes. nicht über ein bestehendes Todesrisiko, **aufgeklärt** hat, zumal sich diese Risiken im vorliegenden Fall nicht realisierten.
4. Es bestehen zudem **grundlegende Bedenken** dagegen, die **Grundsätze der Aufklärungspflicht bei ärztlicher Heilbehandlung uneingeschränkt** in Fällen **anzuwenden**, in denen sich selbstverantwortliche Personen auf eine Behandlung einlassen, die offensichtlich die Grenzen auch nur ansatzweise aner kennenswerter ärztlicher Heilkunst überschreitet (vgl. auch § 13 BtMG).

- III. Ein die **Tatherrschaft** des Angekl. **begründender Umstand wäre** allerdings die **Überdosierung** mit der mindestens zehnfachen Menge des MDMA, weil hierdurch die Konsumenten der Drogen über einen ganz wesentlichen Gesichtspunkt im Unklaren gelassen wurden. Die wesentlich höhere Dosis hatte nämlich eine erhebliche Vergrößerung des Risikos zur Folge, das die Konsumenten nicht einschätzen konnten und auch tatsächlich verkannten.

Diese Fehldosierung darf dem Angekl. jedoch nicht als vorsätzliche Körperverletzung zuge-rechnet werden.

„[Insofern ist] nämlich der Einlassung des Angekl. [zu folgen], aufgrund einer Fehlfunktion seiner Waage sei es zur Überdosierung gekommen. Demnach fehlt es an einer Vermittlung der Tatherrschaft durch Irrtumsherrschaft, die bei der vorsätzlichen Körperverletzung nur durch ein vorsätzliches Handeln bewirkt werden kann. Wenn der Angekl. die maßgebliche Risikoerhöhung durch die Falschdosierung nicht erkannt hat, liegt lediglich ein durch fahrlässiges Tun herbeigeführter Irrtum der Gruppenmitglieder vor.“ (BGH aaO)

- IV. **Ergebnis:** Der Angekl. hat sich – abhängig von den Folgen der Überdosierung bei den einzelnen Gruppenmitgliedern –daher wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) und fahrlässiger Körperverletzung (§ 229StGB) strafbar gemacht.

StGB
§ 263**Betrug**
„Abo-Falle“ im Internet

StGB

(OLG Frankfurt a.M. in NJW 2011, 398; Beschluss vom 17.12.2010 – 1 Ws 29/09)

1. Für die Frage, ob die Gestaltung einer Website darauf angelegt ist, eine Täuschung des Internetnutzers über die Entgeltlichkeit des Angebots hervorzurufen, ist allein darauf abzustellen, welches Bild sich dem durchschnittlichen Internetnutzer bietet, und nicht, ob sich die Seite in einzelnen Konstellationen anders darstellt.
2. Danach ist nur dann ein hinreichend deutlicher Hinweis auf die Entgeltlichkeit des fraglichen Angebots gegeben, wenn
 - diese Information für den Nutzer bereits bei Aufruf der Seite erkennbar ist und
 - in örtlichem und inhaltlichem Zusammenhang mit den Angaben steht, die sich auf die angebotene Leistung direkt beziehen.

Fall: Der Angekl. hat im Internet kostenpflichtige Websites betrieben, deren Layout durch ihre Gestaltung die Kostenpflichtigkeit und den Umstand, dass eine Nutzung den Abschluss eines drei- bis sechsmonatigen Abonnements zu Preisen bis zu 59,95 € nach sich zieht, in den Hintergrund treten lassen. Dabei hat der Angekl. die Websites bewusst so gestaltet, dass die Kostenpflichtigkeit der Seite und der Vertragsschluss weder offensichtlich noch deutlich erkennbar waren, so dass die Nutzer der Websites zu nicht bewussten Vertragsabschlüssen verleitet worden seien.

Gegenstand der Websites waren Routenplaner, Gedichte-Archive, Vorlagen-Archive, Grafik-Archive, Grußkarten-Archive, Spieledatenbanken, Rezepte-Archive, Tattoo-Archive, Rätsel-Angebote, Hausaufgaben-Angebote, ein Gehaltsrechner und Informationsangebote. Sämtliche Websites wiesen ein nahezu identisches Layout auf: Bei Aufruf der Website erschien zunächst eine Seite mit einer Anmeldemaske, über der sich ein Button befand, in dem Hinweise auf die angebotene Leistung sowie die Gewinnmöglichkeit im Rahmen eines Gewinnspiels enthalten waren. Unter diesem Button befand sich ein Schriftzug, der den Hinweis enthielt, dass nach erfolgter Anmeldung die angebotene Leistung der Website in Anspruch genommen werden könne und die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Gewinnspiel bestehe. Darunter befand sich die sog. Anmeldemaske, die mit den Worten „Bitte füllen Sie alle Felder vollständig aus!“ überschrieben war. In die Anmeldemaske waren die persönlichen Daten – E-mail-Adresse, Vor- und Nachname, vollständige Anschrift, Land und Geburtsdatum – einzugeben. Unterhalb der Anmeldemaske befanden sich zwei Felder mit Kästchen für Akzeptanzhäkchen. Mit dem ersten Akzeptanzhäkchen bestätigte der Nutzer, die AGB-Verbraucherinformationen gelesen und akzeptiert zu haben und ab sofort Zugriff auf die angebotene Leistung der Website zu erhalten, mit dem zweiten Akzeptanzhäkchen erklärte der Nutzer, sich am Gewinnspiel beteiligen zu wollen. Unter den beiden Feldern befand sich ein Button, durch dessen Anklicken die angebotene Leistung der Website in Anspruch genommen werden konnte. Davor mussten die AGB, die unter der Rubrik „Pflichten des Nutzers“ eine Kostenangabe enthielten sowie eine Beschreibung des Zustandekommens des Vertrags (danach stellt das Anklicken des unteren Buttons das Angebot und die Antwortmail mit den Zugangsdaten die Annahme dar), aufgerufen und akzeptiert werden. Erst danach konnte der untere Button, mit dem der bei Verwendung eines 19-Zoll-Monitors mit der Standardauflösung 1280 x 1024 Pixel sichtbare Teil der Website endete, angeklickt und die angebotene Leistung der Website in Anspruch genommen werden. Am rechten Rand der Seite befand sich ein Seitenbalken, mittels dem man auf den Teil der Seite, der sich unter dem unteren Button befindet, „scrollen“ konnte. Dort befand sich ein mit einem Sternchenhinweis versehener sechszeiliger Text, der sich inhaltlich zunächst mit der Dateneingabe und Gewinnspielteilnahme befasste und am Ende in Fettdruck eine Preisangabe enthielt. Dieser auf allen Seiten – mit Ausnahme der angegebenen IP-Adresse, der Bezeichnung der angebotenen Leistung und den Betrag des Preises – gleichlautende, sechszeilige Text lautete:

„* Nur richtig eingegebene Daten nehmen am Gewinnspiel teil. Um Missbrauch und wissentliche Falscheingaben zu vermeiden, wird ihre IP-Adresse ... bei der Teilnahme gespeichert. Anhand dieser Adresse sind Sie über Ihren Provider identifizierbar. Durch Betätigung des Button „ROUTE PLANEN“ beauftrage ich x.com, mich für den Zugang zum Routenplaner freizuschalten und, soweit gewünscht, mich für das Navigationsgeräte-Gewinnspiel zu registrieren. Der einmalige Preis für einen Drei-Monats-Zugang zum Routenplaner beträgt 59,90 Euro inkl. gesetzlicher Mehrwertsteuer.“

- I. In dem Betreiben der Websites könnte sich der Angekl. wegen **Betruges nach § 263 StGB** strafbar gemacht haben.
 1. Dies setzt voraus, dass eine **Täuschung i.S. des § 263 StGB** gegeben ist.
 - a) Eine **ausdrückliche Täuschung liegt nicht vor.**

„Denn es wird auf den Websites nicht ausdrücklich erklärt, die angebotenen Leistungen seien kostenlos, vielmehr enthielten die Websites an zwei Stellen einen – versteckten – Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- b) Auf Grund des **prägenden Gesamteindrucks bzw. des Gesamterklärungswerts der Websites** könnte jedoch das Vorliegen einer konkludenten Täuschung zu bejahen sein.

- aa) Eine **Täuschungshandlung** i.S. des § 263 StGB ist **jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten**, welche **objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist**, beim Adressaten eine **Fehlvorstellung** über tatsächliche Umstände **hervorzurufen**. Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen.

BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NSTz 2001, 430; Hoyer, SK-StGB, § 263 Rn 24; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 263 Rn. 6

Als **Tatsache** i. d. S. ist **nicht nur das tatsächlich, sondern auch das angeblich Geschehene oder Bestehende** anzusehen, sofern ihm das Merkmal der objektiven Bestimmtheit und Gewissheit eigen ist. Hiernach ist die Täuschung jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt. Dabei kann die Täuschung sowohl **durch bewusst unwahre Behauptungen** als auch **konkludent durch irreführendes Verhalten**, das nach der **Verkehrsanschauung** als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist, erfolgen. Davon ist auszugehen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt.

BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NSTz 2001, 430; BGH NJW 2003, 3215; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 263 Rn 14/15

- bb) Vorliegend wird diese Voraussetzung durch das Betreiben der in Frage stehenden Websites erfüllt.

- Der Angekl. gehört zu dem Personenkreis, der Letztverbrauchern geschäftsmäßig Leistungen anbietet, so dass er nach § 1 I 1 PAngVO in der zur Tatzeit gültigen Fassung **verpflichtet** war, die **Preise anzugeben**, die einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile für die Leistungen zu zahlen sind (Endpreise).
- Nach § 1 VI 2 PAngVO bestand weiter die Pflicht, diese **Preise dem Angebot eindeutig zuzuordnen sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar zu machen**.

Dieser Verpflichtung ist der Angekl. nicht nachgekommen.

„Der **Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit** ist auf Grund der Gestaltung der Website beim Aufruf der Seite jedenfalls bei Verwendung eines handelsüblichen 19-Zoll-Monitors mit der Standardauflösung 1280 x 1024 Pixel oder eines kleineren Monitors **nicht sichtbar**. Vielmehr kann der Nutzer der Seite Kenntnis von der Kostenpflicht nur erlangen, wenn er entweder dem **Sternchenhinweis** über der Anmeldemaske nachgeht oder er die AGB liest. Damit ist das **Kriterium der leichten Erkennbarkeit der Preisangabe nicht erfüllt**.“

Soweit die Verteidiger in der Folge aufzeigen, dass es diverse technische Möglichkeiten gibt, wonach entweder der Text von Anfang an sichtbar ist oder zu Beginn auch der Anmeldbutton unsichtbar ist und erst nach Durchführung eines Scrollvorgangs, der dann auch gleichzeitig den Hinweistext sichtbar macht, zu sehen ist, ist dies nicht erheblich. Denn für die Frage, ob die Gestaltung der Seite auf eine Täuschung angelegt ist, ist einzig darauf abzustellen, welches Bild sich dem **durchschnittlichen Internetnutzer** bietet, und nicht, ob in einzelnen Konstellationen sich die Seite anders darstellt. Der durchschnittliche Internetnutzer verwendet aber **handelsübliche Monitore mit Standardauflösungen**, und bei deren Verwendung ist nach dem Ermittlungsstand der Text unter dem Anmeldebutton ohne Durchführung eines Scrollvorganges nicht zu sehen.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- Im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit der Preisangabe ist auch zu berücksichtigen, dass ein **durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher** als Nutzer der hier gegenständlichen Websi-

tes nicht erwarten muss, dass die angebotenen Leistungen kostenpflichtig sind.

„Denn die auf den von dem Angekl. betriebenen Websites angebotenen Leistungen werden im Internet in gleicher oder ähnlicher Weise auch – in den meisten Fällen sogar überwiegend – unentgeltlich angeboten. Der Durchschnittsverbraucher ist es daher gewohnt, im Internet zahlreiche kostenlose Dienstleistungs- und Downloadangebote anzutreffen, ohne den Grund für deren Unentgeltlichkeit – der im Regelfall in der Erzielung von Werbeeinnahmen oder der Verschaffung eines Anreizes, ein anderes, dann aber kostenpflichtiges, Angebot wahrzunehmen begründet ist – zu kennen.

*Insoweit kann der Nutzer, dem **problemlos der Weg zu kostenfreien Alternativangeboten eröffnet** ist, erwarten, dass ihm bereits bei Aufruf der Seite die zentrale Information der Kostenpflichtigkeit der Nutzung gleich zu Beginn der Nutzung an hervorgehobener Stelle mitgeteilt wird und er nicht erst nach dieser Information in Fußnoten oder über das Anklicken weiterer Seitenteile suchen muss.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

- Die vorstehenden Ausführungen berücksichtigend ist ein hinreichend deutlicher Hinweis auf die Entgeltlichkeit des fraglichen Angebots nur dann zu bejahen, wenn diese Information für den Nutzer bereits bei Aufruf der Seite erkennbar ist und im örtlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit den Angaben, die sich auf die angebotene Leistung direkt beziehen, steht.

*„Daran fehlt es hier: Denn bevor der Nutzer zur Anmeldemaske gelangt, gibt es in dem Internetauftritt **keinen Anhaltspunkt für eine mögliche Kostenpflichtigkeit**. Preise, Zahlungsmodalitäten und Angebotsvarianten werden nicht angesprochen.*

*Hinzu kommt, dass die Website so gestaltet ist, dass am unteren Ende des zunächst auf dem Bildschirm sichtbaren Teils der Button zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistung der Website befindet. Dieser Button stellt sich optisch als Abschluss der Seite dar. Durch diese Gestaltung wird der **Eindruck erweckt, dass sich alle für die Inanspruchnahme der Leistung maßgeblichen Informationen über dem Button befinden**. Insoweit ergibt sich der **Gesamterklärungswert der Website**, dass nach erfolgter Registrierung die Inanspruchnahme der angebotenen Leistung und eine Teilnahme am Gewinnspiel möglich sind. Die Entgeltlichkeit der angebotenen Leistung ist von diesem Erklärungswert gerade nicht umfasst.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

- Auf Grund des nicht den gesetzlichen Anforderungen genügenden, unzureichenden Hinweises auf die Entgeltlichkeit der Leistung ist daher ein **konkludentes Miterklären der Unentgeltlichkeit** zu bejahen.

*„Der sich **aus der objektiven Gestaltung der Websites ergebende Gesamteindruck** lässt die verdeckten Hinweise auf die Entgeltlichkeit völlig in den Hintergrund treten. Wer aber auf die Kostenpflicht nicht hinreichend deutlich hinweist bzw. sie nicht zum Gegenstand des offenen Erklärungswerts der Website macht, erklärt damit nach der Verkehrsanschauung konkludent, dass die Leistung kostenfrei erfolgt. Erfolgt kein deutlicher Hinweis auf die Zahlungspflicht nach § 1 VI PAngVO darf der Kunde damit rechnen, es mit einem Gratisangebot zu tun zu haben.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

- Hierbei kann nicht argumentiert werden, die Gestaltung der Websites sei deswegen nicht zur Täuschung geeignet, weil für die Benutzer bei **sorgfältiger Prüfung** ohne Weiteres **erkennbar** gewesen sei, **dass sich auch im nicht bei Aufruf sichtbaren Teil der Website noch erhebliche Informationen befinden**.

*„Denn nach der Rspr. des BGH **schließt Leichtgläubigkeit oder Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung die Schutzbedürftigkeit des potenziellen Opfers und damit eine Täuschung nicht aus** (BGH NJW 2003, 1198 = NStZ 2003, 313; BGHSt 34, 199 = NJW 1987, 388). Eine Täuschung kann grds. auch dann gegeben sein, wenn der Erklärungsempfänger bei sorgfältiger Prüfung den wahren Charakter der Erklärung hätte erkennen können (BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NStZ 2001, 430). Zur tatbestandlichen Täuschung wird das Verhalten hierbei, wenn der Täter die Eignung der – isoliert betrachtet – inhaltlich richtigen Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens **gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt** wird, wenn also die Irrtumserregung nicht nur die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist (BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NStZ 2001, 430).*

Vorliegend ist eine **planvolle Vorgehensweise** des Angekl. zu bejahen, weil die gesamten von ihm betriebenen Websites ihrer Gestaltung nach darauf angelegt sind, die Kostenpflicht und die vertragliche Bindung zu verschleiern (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

- Letztlich ist die beschriebene Gestaltung des Internetauftritts nur so zu erklären, dass die Angekl. einzig in der **Absicht** handelte, **den größten Teil der betroffenen Verbraucher über die Entgeltlichkeit ihres Angebots zu täuschen**.

„Durch die **nur über Zwischenschritte überhaupt erreichbaren Hinweistexte**, die **Platzierung der Hinweise an ungewöhnlicher Stelle**, die **versteckte Platzierung der Preisangabe innerhalb des Hinweistextes** und die **Ablenkung mittels der angebotenen Gewinnspielteilnahme** ist die gesamte Website erkennbar darauf angelegt, den Verbraucher von der Wahrnehmung der Vergütungsverpflichtung abzuhalten. Dabei ist auch zu sehen, dass ein **anderweitiges Geschäftskonzept des Angekl. nicht plausibel** ist. Denn selbst wenn ein Verbraucher die Preisangabe erkennt, wäre für den Verbraucher kein vernünftiger Grund erkennbar, in Kenntnis der Vergütungspflichtigkeit und der längeren Vertragsbindung für ein **nicht unerhebliches Entgelt** eine rein unterhaltungsbezogene Leistung in Anspruch zu nehmen, deren Werthaltigkeit er im Voraus nicht prüfen und nicht verlässlich einschätzen kann. Insoweit kann nicht angenommen werden, dass der Angekl. sich ernsthaft an Verbraucher wendete, die die Entgeltlichkeit erkennen. Das Ziel des Internetauftritts besteht vielmehr einzig darin, Verbraucher über die Vergütungspflichtigkeit in die Irre zu führen und diesen Irrtum wirtschaftlich auszunutzen.“ (BGH aaO)

3. Die Täuschung hat auch einen **Irrtum bei den Nutzern der jeweiligen Websites** zur Folge.

„Ein Irrtum definiert sich als Widerspruch zwischen der subjektiven Vorstellung des Täuschungsadressaten und der Wirklichkeit (Fischer, StGB, 57. Aufl., § 263 Rn 54; Schönke/Schröder, § 263 Rn 33; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18). Vorliegend unterlagen die Nutzer der Websites der fehlerhaften Annahme, sie würden ein kostenloses Internetangebot nutzen.“ (BGH aaO)

4. Die getäuschten Verbraucher haben zudem irrtumsbedingt eine **Vermögensverfügung** vorgenommen.

- a) Eine Verfügung ist ein **Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt** (vgl. Fischer, § 263 Rn 70; Schönke/Schröder, § 263 Rn 55; Lackner/Kühl, § 263 Rn 22).

„Dieses Erfordernis ist nicht nur in den Fällen, in denen die Verbraucher eine Zahlung an den Angekl. geleistet haben, erfüllt – in diesen Fällen liegt die Vermögensverfügung auf der Hand – sondern eine **Vermögensverfügung ist bereits darin zu sehen, dass die Verbraucher durch das Anklicken des Buttons zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistung der Websites eine auf den Abschluss eines verpflichtenden Vertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben haben**.

Dass die Nutzer hierbei **täuschungsbedingt kein Bewusstsein einer Vermögensverschiebung** hatten, ist unerheblich (vgl. Fischer, § 263 Rn 74; Schönke/Schröder, § 263 Rn 60; Lackner/Kühl, § 263 Rn 24). Auch führt das Fehlen des Erklärungsbewusstseins nicht zu einer zivilrechtlichen Unwirksamkeit der durch die Nutzer abgegebenen Willenserklärung, sofern nur eine **Zurechenbarkeit des äußeren Tatbestands** gegeben ist (vgl. BGHZ 109, 171 = NJW 1990, 454; MüKo-StGB /Kramer, 5. Aufl., Vorb. § 116 Rn 18a; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., Vorb. § 116 Rn 17), was hier zu bejahen ist.“ (BGH aaO)

- b) Letztlich ist auch die **Unmittelbarkeit** in diesen Fällen nicht deswegen zu verneinen, weil die Nutzer nach dem Inhalt der AGB durch das Anklicken des Buttons nur das Angebot zu einem Vertragsschluss abgaben, so dass es zum Zustandekommen des ihre Zahlungspflicht begründenden Vertrags noch der Annahmeerklärung der Angesch. bedurfte.

„Denn das **Unmittelbarkeitserfordernis**, wonach grds. zwischen der Handlung des Tatopfers und dem Eintritt des Verfügungserfolges keine Zwischenhandlungen Dritter liegen dürfen (Fischer, § 263 Rn 76; Lackner/Kühl, § 263 Rn 22), ist in Fällen, in denen es nicht um die Abgrenzung zwischen Sachbetrug und Diebstahl geht, **nur eingeschränkt** anwendbar (Hoyer, SK-StGB, § 263 Rn 170).

Vor allem jedoch liegt hier die **Annahmeerklärung** nicht in einer auf einer Willensbetätigung des Angekl. beruhenden Handlung, sondern sie **erfolgt auf Grund eines automatisierten Vorgangs**, nämlich der automatischen Zusendung der Bestätigungsmail. Insoweit ist ein den Unmittelbarkeitszusammenhang aufhebender Zwischenschritt in Form einer tatsächlichen Handlung eines Dritten oder des Angekl. ohnehin nicht gegeben.“ (BGH aaO)

5. Darüber hinaus ist den Betroffenen auch ein **Vermögensschaden** entstanden.
- a) Das Vermögen erleidet einen Schaden, wenn sein **wirtschaftlicher Gesamtwert durch die Verfügung des Getäuschten vermindert wird**, u. a. wenn neue Verbindlichkeiten entstehen, ohne dass dies durch einen unmittelbaren Zuwachs voll ausgeglichen wird (vgl. Fischer, § 263 Rn 113; Lackner/Kühl, § 263 Rn 36).
- b) Beim Betrug durch Abschluss eines Vertrags ist der **Vermögensvergleich** auf den **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** zu beziehen: Ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, ergibt sich aus einer **Gegenüberstellung der Vermögenslage vor und nach diesem Zeitpunkt**; zu vergleichen sind demnach die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen.

zu allem: BGHSt 45, 1 = NJW 1999, 1485 = NSTZ 1999, 302; BGHSt 30, 388 = NJW 1982, 1165 = NSTZ 1983, 72; BGHSt 16, 220 = NJW 1961, 1876.

Bleibt der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurück, ist dieser geschädigt.

vgl. BGH NSTZ 2008, 96; BGHSt 16, 220 = NJW 1961, 1876

- c) Vorliegend **wird die täuschungsbedingte Entstehung der Verbindlichkeit durch den wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung nicht ausgeglichen**, weil die entgeltliche, abonnementsweise Beziehung der angebotenen Leistungen für die Nutzer wirtschaftlich sinnlos ist.

„Es handelt sich bei den angebotenen Leistungen durchweg um solche, die entweder einmalig (Gehaltsrechner) oder allenfalls gelegentlich und dann anlassbezogen genutzt werden (z.B. Routenplaner, Grußkarten-Archiv, Gedichte-Archiv, Tattoo-Archiv). Sofern bei einzelnen Archiven oder Datenbanken auch ein häufigeres oder regelmäßiges Nutzungsbedürfnis denkbar sein kann, läge – vor dem Hintergrund, dass dieselben Leistungen auch unentgeltlich in Netz angeboten werden – der Erwerb entsprechender Software mit einmaliger Kaufpreiszahlung wirtschaftlich näher.“ (BGH aaO)

- d) Der **Betrug** ist auch in den Fällen, in denen im Ergebnis keine Zahlungen an den Angekl. geleistet wurden, bereits **vollendet, denn die schädigende Verfügung ist bereits in dem Vertragsschluss als solchem zu sehen**, wobei der Schaden darin besteht, dass der schuldrechtlichen Verpflichtung des Getäuschten ein wirtschaftlich nicht gleichwertiger Anspruch gegenübertritt.

„Zwar dürfte hier ein Anfechtungsrecht der Nutzer aus § 123 I BGB bestehen (vgl. OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 4881), indes bleibt die Frage der Anfechtbarkeit bei der Prüfung eines durch einen Vertragsabschluss begründeten Vermögensschadens außer Betracht (BGHSt 23, 300 = NJW 1970, 1932; BGHSt 22, 88 = NJW 1968, 902; BGHSt 21, 384 = NJW 1968, 261).

Selbst wenn man das Anfechtungsrecht der Nutzer in die Betrachtung einbeziehen wollte (so Schönke/Schröder, § 263 Rn 131), wäre zu beachten, dass dieses der Darlegungs- und Beweislast der Nutzer unterliegt (vgl. MüKo-StGB/Kramer, § 123 Rn 30; Palandt/Ellenberger, § 123 Rn 30). Weil die Nutzer somit das Beweisrisiko tragen, würde das bloße Bestehen der Verteidigungsmöglichkeiten nicht zu einem Ausschluss der Vermögensgefährdung führen (vgl. BGHSt 23, 300 = NJW 1970, 1932; Eisele NSTZ 2010, 193).“ (BGH aaO)

6. Der Angekl. handelte auch wissentlich und willentlich sowie in der **Absicht**, von den getäuschten Nutzern die **Abonnementsbeträge ausgezahlt zu bekommen**, mithin in der Absicht, das eigene Vermögen zu mehren.

Weil die bezweckten Auszahlungen der Erfüllung der Hauptpflicht aus den täuschungsbedingt zu Stande gekommenen Verträgen diene, korrespondiert auch die beabsichtigte Bereicherung mit dem Schaden der Nutzer.

- II. Schließlich könnte der Angekl. des Weiteren die Regelbeispiele des § 263 III Nr. 1 StGB (**Gewerbsmäßigkeit**) und § 263 III Nr. 2 Alt. 2 StGB (**Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten für große Anzahl von Personen**) erfüllt haben.

1. **Gewerbsmäßig handelt**, wer sich aus **wiederholter Tatbegehung** eine **nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle** verschaffen will (vgl. Fischer, Vorb. § 52 Rn 62).

„Der Angekl. hat über einen längeren Zeitraum mehrere Websites im Internet betrieben und Leistungen mit Abonnementspreisen zwischen 29,90 € und 59,90 € angeboten. Jedenfalls mit Blick auf die zu erwartende Zahl der Internetnutzer, die eine Inanspruchnahme der Leistungen versuchen werden, war dadurch das Erzielen nicht ganz unerheblicher Einnahmen bezweckt.“ (BGH aaO)

2. Da das **dauerhafte Betreiben mehrerer Websites im Internet** darauf ausgerichtet ist, dass diese von einer unüberschaubaren Menge von Internetnutzern aufgerufen werden und ein Teil dieser Nutzer die angebotenen Leistungen auch in Anspruch nehmen, ist auch die für die Erfüllung des Regelbeispiels des § 263 III Nr. 2 Alt. 2 StGB erforderliche **große Geschädigtenanzahl**, die **jedenfalls im zweistelligen Bereich anzusetzen** ist (vgl. Hoyer, SK-StGB, § 263 Rn 285: 10 Personen; Schönke/Schröder, § 263 Rn 188d: 20 Personen; Fischer, § 263 Rn 218: zwischen 10 und 50 Personen) von der Absicht des Angekl. umfasst gewesen.

- III. Zugunsten des Angekl. ist hier auch **kein unvermeidbarer Verbotsirrtum** anzunehmen.

*„Weil es zum Tatzeitpunkt **keinerlei obergerichtliche Rspr. zu der hier gegenständlichen Vorgehensweise** gab, musste der Angekl. die Strafbarkeit seines Verhaltens zumindest für möglich gehalten haben.“*

*Als vermeidbar wird bei **ungeklärter Rechtslage** zudem ein Verbotsirrtum nur dann angesehen, wenn es für den Angekl. nicht zumutbar wäre, ein möglicherweise verbotenes Verhalten bis zur Klärung der Rechtsfrage zu unterlassen (vgl. OLG Stuttgart NJW 2008, 243). Dies ist hier eindeutig nicht der Fall.“*

*Abgesehen davon kommt ein Verbotsirrtum nur in Betracht, wenn **dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun**. Nach st. Rspr. des BGH braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (vgl. BGHSt 52, 182 = NJW 2008, 1827 = NStZ 2008, 455 m.w. Nachw.). Der Unrechtsgehalt wird hier aber bereits durch den von dem Angekl. begangenen Verstoß gegen seine Pflichten aus § 1 VI PAngVO vermittelt, der eine Ordnungswidrigkeit nach den § 10 I Nr. 5 i.V. mit § 1 VI 2 PAngVO begründet.“ (BGH aaO)*

Wesentlichkeitstheorie und Bestimmtheitsgrundsatz

Umfang der gesetzlichen Vorgaben für Abiturprüfung

(OVG Bautzen in DÖV 2011, 120; Urteil vom 18.08.2010 - 2 A 142/09)

Die Wesentlichkeitstheorie und der Bestimmtheitsgrundsatz erfordern es nicht, dass der Verordnungsgeber die einzelnen Lerninhalte und Lernziele der einzelnen Fächer in der Verordnung selbst festlegt. Er ist von Rechts wegen nicht gehindert, hinsichtlich der einzelnen Lerninhalte und Lernziele auf Lehrpläne und (in diesen) auf die Einheitlichen Prüfungsanforderungen (EPA) für einzelne Fächer zu verweisen.

Fall: Der Kläger wendet sich gegen die Feststellung des Beklagten, die schriftliche Abiturprüfung 2003 wegen seiner Leistungen in der Mathematikprüfung nicht bestanden zu haben.

Der Kläger nahm 2003 in L. an der Abiturprüfung teil. In der schriftlichen Prüfung des Grundkursfaches Mathematik erreichte er null Punkte und in der mündlichen Prüfung in diesem Fach einen Punkt; insgesamt erreichte er im Abiturprüfungsbereich 98 von den erforderlichen 100 Punkten. Am 23.06.2003 teilte ihm die Schulleitung mit, dass er die Abiturprüfung nicht bestanden habe. Sein Widerspruch unter dem 24. und dem 25.06.2003 blieb ohne Erfolg; der Beklagte wies ihn durch Widerspruchsbescheid vom 14.08.2003 zurück. Der Kläger hatte am 11.09.2003 Klage zum Verwaltungsgericht Leipzig erhoben. Darin wandte er sich gegen die Aufgabenstellungen im Fach Mathematik Teil A Buchst. f und Teil D Aufgabe D2 Buchst. b. Die Aufgaben hätten nicht den Lehrstoff der Jahrgangsstufen 11 und 12 geprüft. § 27 Abs. 1 der Oberstufen- und Abiturprüfungsverordnung (OAVO) regle, dass Prüfungsstoff in der Abiturprüfung nur der Stoff der Jahrgangsstufen 11 und 12, nicht jedoch der ganzen Gymnasialzeit sei. Die Einheitlichen Prüfungsanforderungen in der Abiturprüfung (EPA) könnten nicht zur Bestimmung des Prüfungsstoffes herangezogen werden, da sie nicht Bestandteil der Prüfungsordnung seien. Er beantragte die Aufhebung der Prüfungsentscheidung und die Wiederholung der schriftlichen Abiturprüfung im Fach Mathematik.

Mit Urteil vom 20.09.2006 wies das Verwaltungsgericht die Klage ab. Gegen die Nichtzulassung der Berufung im Urteil des Verwaltungsgerichts erhob der Kläger am 24.01.2007 Beschwerde. Mit Beschluss vom 04.03.2009 - 4 B 42/07 - hat der zwischenzeitlich für das Abiturprüfungsrecht zuständig gewesene 4. Senat die Berufung gegen das Urteil wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zugelassen.

In der Begründung seiner Berufung führt der Kläger aus, er habe im Jahr 2008 das Abitur an einer Abendschule mit Erfolg abgelegt und kürzlich ein Studium aufgenommen. Er verfolge nunmehr das Klageziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angegriffenen Prüfungsentscheidung. Dies sei Voraussetzung für die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen. Darüber hinaus habe er ein Rehabilitationsinteresse. Er mache geltend, dass die Aufgaben Teil A Buchst. f und Teil D Aufgabe D2 Buchst. b in der schriftlichen Abiturprüfung gegen die Prüfungsordnung verstießen. Adressat dieser Norm sei der Prüfling, der durch die Lektüre der Prüfungsordnung feststellen können müsse, welcher Stoff Gegenstand der Prüfung sei und bei welchem Stoff dies nicht der Fall sei. Wird die zulässige Berufung Erfolg haben?

Durch die nachträglich bestandene Abiturprüfung ist Erledigung hinsichtlich des Begehrens des Klägers auf Aufhebung der Prüfungsentscheidung und Wiederholung der schriftlichen Abiturprüfung im Fach Mathematik eingetreten. Der Kläger hat sein Klagebegehren daraufhin auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit umgestellt.

I. Zulässigkeit

Tritt Erledigung des Klagebegehrens ein, so kann eine Klage auch noch in der Berufungsinstanz auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellt werden, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen, der Kläger also ein besonderes Feststellungsinteresse hat.

„Der Kläger hat auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung einer möglichen Rechtswidrigkeit seiner ersten Abiturprüfung. Es ist in der Rechtsprechung geklärt, dass ein negativer Prüfungsbescheid über die Erstprüfung nicht mit der bestandenen Wiederholungsprüfung hinfällig wird, sondern den Prüfling weiterhin beschwert und - im Falle der Rechtswidrigkeit - in seinen Rechten verletzt. Die fortbestehende Beschwerde liegt darin, dass die Prüfung nicht bestanden wurde, also darin, dass die später bestandene Prüfung zwangsläufig als Wiederholungsprüfung anzusehen ist und den Prüfling als „Repetenten“ ausweist (BVerwG, Ur. v. 12.4.1991, BVerwGE 88, 111 ff.).

Dagegen kann der Kläger ein Feststellungsinteresse nicht aus einem geplanten Schadensersatz- oder Amtshaftungsprozess ableiten. Ein entsprechender Prozess erscheint offenbar aussichtslos, weil das Verhalten des Beklagten von einem mit mehreren Rechtskundigen besetzten Kollegialgericht als objektiv rechtmäßig gebilligt worden ist. Dann entfällt aber nach der Kollegialgerichtsregel ein Verschulden. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass von einem Beamten keine bessere Rechtseinsicht als von einem Kollegialgericht erwartet und verlangt werden kann (vgl. BVerwG, Ur. v. 17.8.2005 - 2 C 36.04 -, juris m.w.N.; SächsOVG, Beschl. v. 5.6.2010 - 2 A 92/09 -).“ (OVG Bautzen, aaO)

II. Begründetheit

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist begründet, wenn die Entscheidung, die Abiturprüfung für nicht bestanden zu erklären, rechtswidrig war.

Diese Rechtswidrigkeit könnte sich im vorliegenden Fall allein daraus ergeben, dass eine hinreichende Rechtsgrundlage fehlte.

Nach **§ 7 I SächsSchulG** vermittelt das Gymnasium Schülern mit entsprechenden Begabungen und Bildungsabsichten eine vertiefte allgemeine Bildung, die für ein Hochschulstudium vorausgesetzt wird; es schafft auch Voraussetzungen für eine berufliche Ausbildung außerhalb der Hochschule. In **§ 7 V SächsSchulG a. F.** (**§ 7 VI SächsSchulG n. F.**) hat der Gesetzgeber das **Staatsministerium für Kultus ermächtigt, das Nähere**, unter anderem die Leistungserhebung und -bewertung, die Voraussetzungen der Zulassung zur Abiturprüfung, die Bildung der Gesamtqualifikation und die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Hochschulreife, **zu regeln**. Gem. **§ 62 I, III SächsSchulG** wird das Staatsministerium für Kultus zum Erlass von Prüfungsordnungen ermächtigt. Darin sind insbesondere zu regeln der Zweck der Prüfung, die Prüfungsgebiete, das Prüfungsverfahren einschließlich der Zusammensetzung des Prüfungsausschusses, der Zulassungsvoraussetzungen, der Bewertungsmaßstäbe und der Voraussetzungen des Bestehens der Prüfung sowie die Erteilung von Prüfungszeugnissen und die Folgen des Nichtbestehens der Prüfung. Auf dieser Rechtsgrundlage wurde die Verordnung des S. Staatsministeriums für Kultus über die gymnasiale Oberstufe und die Abiturprüfung an allgemeinbildenden Gymnasien im Freistaat S. (Oberstufen- und Abiturprüfungsverordnung - OAVO) vom 15.01.1996 (SächsGVBl. S. 26), damals zuletzt geändert durch Verordnung vom 31.5.2002 (MBI. SMK S. 209), erlassen. Nach **§ 27 Abs. 1 OAVO a. F.** sind Grundlage der Anforderungen in den Abiturprüfungsfächern die Lernziele und Lerninhalte der Lehrpläne der Jahrgangsstufen 11 und 12. **§ 27 Abs. 2 und 3** sowie **§ 7 OAVO a. F.** regelten die Abiturprüfungsfächer. Eines von ihnen ist nach **§ 7 Nr. 3 OAVO a. F.** die Mathematik.

Dieser Regelungsmechanismus zur Bestimmung der konkreten Inhalte einer Abiturprüfung könnte gegen die Wesentlichkeitstheorie verstoßen.

1. Inhalt der Wesentlichkeitstheorie

Nach der sich aus dem **Rechtsstaatsprinzip** und dem **Demokratieprinzip** ergebenden Wesentlichkeitstheorie ist der Gesetzgeber verpflichtet, **alle wesentlichen Entscheidungen im grundrechtsrelevanten Bereich selbst zu treffen**, also ein formelles Gesetz zu erlassen. Materielle Gesetze sind zur Regelung in diesen Bereichen nicht ausreichend. Bei den Vorschriften über die Ablegung der Abiturprüfung handelt es sich um eine subjektive Berufswahlregelung als Einschränkung des Schutzbereichs der von Art. 12 I GG geschützten Berufsfreiheit. Die wesentlichen Grundentscheidungen für die einschränkenden Regelungen sind daher vom Gesetzgeber selbst zu treffen.

*„Wieweit Regelungen vom Parlament selbst getroffen werden müssen, folgt aus dem Rechtsetzungsvorbehalt des Parlaments (**Parlamentsvorbehalt**). Dieser Vorbehalt ergibt sich aus den Grundrechten sowie dem rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungssystem des Grundgesetzes (Art 20 I, Art. 28 I 1) und der Sächsischen Verfassung (Art. 1 S.2). Hiernach muss das Parlament, das einen Regelungsbereich selbst nicht abschließend ordnet, jedenfalls diejenigen **Leitentscheidungen treffen**, die die **Regelungsbefugnis** des zur weiteren Rechtsetzung ermächtigten Ordnungsgebers **nach Tendenz und Programm umgrenzen und berechenbar machen** (BVerfG, Beschl. v. 27.01.1976, BVerfGE 41, 251, 265, 266 „Speyer-Kolleg“). Für **Einschränkungen der Berufsfreiheit** oder des Rechts auf Schulbildung durch prüfungsrechtlich geregelte Berufszulassungsvoraussetzungen bedeutet das: Bei der **Auswahl des Prüfungsstoffs** und der **inhaltlichen Ausgestaltung der Prüfungsbedingungen**, die selbst wieder an verfassungsmäßig zulässigen Qualitätsanforderungen an die Berufsausübung orientiert sein müssen, entscheidet sich, wie hoch die **Zugangsschwelle zum Beruf** oder zur weiterführenden Ausbildung gesetzt wird. Auswahl des Prüfungsstoffs und inhaltliche Ausgestaltung der Prüfungsanforderungen werden ihrerseits maßgeblich vorentschieden durch die **Ziele und den Inhalt der Ausbildung**, zu deren Erfolgskontrolle die Prüfung dient. Deshalb bilden Ziel und Inhalt der Ausbildung letztlich die Gegenstände, die dem **Gesetzgeber zur eigenverantwortlichen Normierung durch „statusbildende“ Regelungen anheimgegeben** sind; sie muss der parlamentarische Gesetzgeber in den Grundzügen selbst bestimmen (BVerwG, Urt. v. 1.12.1978, BVerwGE 57, 130, 137 f.).“ (OVG Bautzen aaO)*

2. Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie bei Verweisungen des Gesetzgebers

Es stellt sich daher die Frage, ob die Wesentlichkeitstheorie es erforderlich, Inhalt und Ziel des Prüfungsfachs Mathematik in der gesetzlichen Regelung konkret zu umschreiben.

*„Das Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) sowie das Grundrecht auf Schulbildung (Art. 102 I 1 SächsVerf) in Verbindung mit dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip (Art. 20 I, Art. 28 I 1 GG, Art. 1 S. 2 SächsVerf) verbieten es dem Normsetzer grundsätzlich nicht, auf staatliche oder nichtstaatliche Regelungen zu verweisen. Allerdings darf der Bürger **nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt Dritter überlassen** werden.“*

Dynamische Verweisungen, bei denen der Inhalt der in Bezug genommenen Vorschrift der Entscheidung Dritter überlassen ist, sind **nur eingeschränkt** in dem durch die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Bundesstaatlichkeit gezogenen Rahmen **zulässig**, wobei grundrechtliche Gesetzesvorbehalte diesen Rahmen zusätzlich einengen können. Dementsprechend muss bei der Verweisung des Gesetzgebers der **Inhalt der Regelungen, auf die verwiesen wird, im Wesentlichen feststehen** (vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.2.1988, BVerfGE 78, 32, 35 f.). Wird auf Verwaltungsvorschriften verwiesen, die damit Außenwirkung erlangen, sind diese bekannt zu machen (vgl. BVerwG, Urf. v. 25.11.2004, BVerwGE 122, 264).“ (OVG Bautzen aaO)

3. Einhaltung der Wesentlichkeitstheorie

Fraglich ist, ob diesen Anforderungen hier Genüge getan wurde.

*„Durch die Verweisung auf die Lerninhalte und Lernziele des vom S. Staatsministerium für Kultus aufgestellten Lehrplanes verweist der Ordnungsgeber auf eine von ihm **selbst erlassene Verwaltungsvorschrift** - den Lehrplan -, dessen Inhalt er selbst festlegt. Der Prüfling wird somit **nicht der Normsetzungsgewalt Dritter unterworfen**. Die Lehrpläne waren sowohl bei schulrechtlichen Verlagen publiziert als auch in den Schulen **einsehbar und erhältlich**.“*

*Wie der Senat bereits im Eilverfahren ausgeführt hat, verweist der Lehrplan auf Seite 9 hinsichtlich der Lernziele der Sekundarstufe II auf die „in bereits **sehr differenzierter Form** in Gestalt dreier Anforderungsbereiche wachsenden Niveaus in den „einheitlichen Prüfungsanforderungen in der Abiturprüfung Mathematik“ dargelegten Ziele, denen „sich auch das sächsische Gymnasium zu stellen“ habe. Auch sind die Einheitlichen Prüfungsanforderungen **hinreichend publiziert**.“ (OVG Bautzen aaO)*

Es müssten nicht sämtliche Lerninhalte und Lernziele vom Ordnungsgeber selbst in Form der Rechtsverordnung geregelt werden.

*„Ein solches Erfordernis ergibt sich weder aus den berührten Grundrechten noch aus dem Rechtsstaats- oder Demokratieprinzip noch aus dem Bestimmtheitsgrundsatz. Vielmehr entspricht es hergebrachter Übung, die **nicht zu beanstanden** ist, dass die **Lerninhalte und Lernziele in Lehrplänen und Einheitlichen Prüfungsanforderungen** festgelegt werden (vgl. BVerwG, Urf. 9.8.1996, DVBl. 1996, 1381 f.).“ (OVG Bautzen aaO)*

Die Abituraufgaben im Grundkurs Mathematik müssen sich **nicht** auf eine **Reproduktion und Anwendung des Gelernten und Geübten** beschränken. Neben solchen dem Anforderungsbereich I zuzuordnenden Aufgaben sind auch im Grundkurs - wenn auch im Vergleich zum Leistungskurs vom Niveau her in abgeschwächter Form - den Anforderungsbereichen II und III zuzuordnende Aufgaben zulässig.

*„Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus dem vom Gesetzgeber in § 7 I SchulG festgesetzten Ziel, den Schülern des Gymnasiums eine **vertiefte allgemeine Bildung**, die für ein Hochschulstudium vorausgesetzt wird, zu verschaffen. Angesichts dieses Ziels liegt es auf der Hand, dass in der Abiturprüfung **nicht nur unterrichtete Lerninhalte abgefragt** werden, sondern vom Prüfling die Anwendung des Erlernten und die selbstständige Kombination erlernter Fähigkeiten sowie die **eigenständige Lösung von Fragestellungen** erwartet werden kann. Die reine Reproduktion wäre mit dem Ziel der „Hochschulreife“ nicht zu vereinbaren. Das Hochschulstudium setzt die **Fähigkeit zur Abstraktion und zum selbstständigen Arbeiten** sowie zur **eigenständigen Lösung** voraus. Dies in der Schule gelernt zu haben, ist entscheidender als das in der Schule auch vermittelte Einzelwissen. Deshalb werden diese Fähigkeiten sowohl im Unterricht geübt als auch im Abitur geprüft.“ (OVG Bautzen aaO)*

Ergebnis: Die Verweisung in § 27 Abs. 1 OAVO auf die Lehrpläne der Jahrgangsstufen 11 und 12 sowie die Weiterverweisung hinsichtlich der Lernziele der Sekundarstufe II in den Lehrplänen auf die Einheitlichen Prüfungsanforderungen in der Abiturprüfung Mathematik (EPA) sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

BGB/GG Amtshaftung wegen Verweigerung des Einvernehmens VerwR
§ 839/Art. 34 nicht bei Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde

(BGH in ZfBR 2011, 39; Urteil vom 16.09.2010 –III ZR 29/10)

1. **Im Baugenehmigungsverfahren** obliegen der Gemeinde bei der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I BauGB **keine den Bauwilligen schützenden Amtspflichten**, wenn die Baugenehmigungsbehörde nach § 36 II 3 BauGB i.V.m. landesrechtlichen Vorschriften das rechtswidrig verweigerte **Einvernehmen ersetzen** kann.
2. Bei **rechtswidriger Verweigerung** des Einvernehmens ist die Baugenehmigungsbehörde **verpflichtet**, dieses **zu ersetzen**. Eine solche Pflicht ergibt sich schon aus Art. 14 GG.
3. Die Verweigerung des Einvernehmens führt auch **nicht** zu einer **schadensersatzpflichtigen Verzögerung** der Genehmigungserteilung, da diese binnen 2 Monaten entscheiden muss und die Baugenehmigungsbehörde die Rechtmäßigkeit der Verweigerung dann im **Rahmen der ohnehin anzustellenden Prüfung** der Genehmigungsvoraussetzungen prüfen und das Einvernehmen ggf. ersetzen kann.

A. Grundlagenwissen: Das gemeindliche Einvernehmen im Baugenehmigungsverfahren

Die Baugenehmigungsbehörde hat die **Gemeinde** nach § 36 BauGB am Baugenehmigungsverfahren **zu beteiligen**, wenn über die Zulässigkeit von Bauvorhaben entschieden wird, die

- im **Geltungsbereich eines Bebauungsplanes** liegen (§ 30 BauGB), aber über Ausnahmen oder Befreiungen nach § 31 BauGB entschieden werden soll,
- in einem Gebiet realisiert werden sollen, für welches die Gemeinde bereits einen **Beschluss über die Aufstellung/Änderung eines Bebauungsplanes** (§ 33 BauGB) gefasst hat,
- im **unbeplanten Innenbereich** (§ 34 BauGB) liegen oder
- im **Außenbereich** (§ 35 BauGB) realisiert werden sollen.

In all diesem Fällen ist durch die **Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde die Planungshoheit der Gemeinde als Ausfluss aus dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht** (Art. 28 II GG) tangiert. Dem soll durch die Beteiligung der Gemeinde Rechnung getragen werden. Ihr Einvernehmen muss von der Bauaufsichtsbehörde unverzüglich eingeholt werden.

Auf der anderen Seite ist jedoch die Baufreiheit Ausfluss der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, so dass die **Realisierung eines Bauvorhabens nur auch rechtlichen Gründen unterbunden** werden kann. Vor diesem Hintergrund darf die Gemeinde nach § 36 II 1 BauGB ihr Einvernehmen auch nur aus solchen Gründen versagen, die sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergeben. Ein **Ermessen** ist ihr hierbei **nicht eingeräumt**. Bleibt die Gemeinde untätig, gilt das Einvernehmen nach § 36 II 2 BauGB nach 2 Monaten als erteilt.

Wird das Einvernehmen ausgesprochen oder gilt als erteilt, hat die Bauaufsichtsbehörde den Antrag weiter zu prüfen. Wird das Einvernehmen verweigert, muss die Behörde darüber entscheiden, ob sie das **Einvernehmen nach § 36 II 3 BauGB ersetzt**. Hierzu ist sie grundsätzlich verpflichtet, wenn die Gemeinde das Einvernehmen rechtswidrig verweigert hat.

Wird die Baugenehmigung unter Berufung auf die Verweigerung des Einvernehmens versagt muss der Bauherr die **Baugenehmigungsbehörde** mit der **Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung** in Anspruch nehmen. Eine Klage gegen die Gemeinde auf Erteilung des Einvernehmens ist nicht möglich, da es sich hierbei nur um einen verwaltungsinternen Mitwirkungsakt handelt, der die Voraussetzungen für die Annahme eines Verwaltungsaktes (§ 35 VwVfG) nicht erfüllt. Im Prozess gegen die Baugenehmigungsbehörde wird die Gemeinde jedoch nach § 65 II VwGO notwendig beigeladen.

B. kein Amtshaftungsanspruch wegen Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens bei Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde (BGH in ZfBR 2011, 39)

Fall: Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche des Kl. wegen eines verweigerten Einvernehmens des beklagten Markts (Gemeinde) in einem Baugenehmigungsverfahren.

Im Sept. 2001 beantragte der Kl. beim Landratsamt die Baugenehmigung für einen im Außenbereich gelegenen Neubau eines Schweinestalles mit 1.489 Mastschweinplätzen im Gemeindeteil O. des Bekl.. Dieser verweigerte sein Einvernehmen im Sinne des § 36 BauGB, weil weder die Wasserversorgung noch die Abwasserbeseitigung gesichert seien und das zur Bebauung vorgesehene Grundstück in der Nähe eines Waldes und eines Bodendenkmals liege. Daraufhin lehnte das Landratsamt im Febr. 2002 den Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung unter Hinweis auf das Fehlen des gemeindlichen Einvernehmens ab. Dabei sah es von dessen Ersetzung ab. Daraufhin erhob der Kl. Klage auf Erteilung der Baugenehmigung beim Verwaltungsgericht Regensburg. Dieses hob den ablehnenden Bescheid durch Ur. v. 20.01.2004 auf und verpflichtete das Landratsamt, den Bauantrag nach der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Das Bauvorhaben des Kl. sei planungsrechtlich zulässig, so dass der Bekl. sein Einvernehmen rechtswidrig verweigert habe. Im März 2004 erteilte das Landratsamt die beantragte Baugenehmigung bei gleichzeitiger Ersetzung des Einvernehmens des Bekl. nach Art. 74 BayBO a. F.

Der Kl. macht geltend, dass ihm durch die verzögerte Erteilung der Genehmigung, deren Ursache das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen des Bekl. gewesen sei, ein Schaden in Höhe von 144.789,25 EUR entstanden sei. Bei rechtmäßigem Verhalten des Bekl. wäre die Baugenehmigung bereits im Februar 2002 erteilt worden. Unter Berücksichtigung der Bauzeit hätten die von ihm geplanten Ställe bereits ab Juni 2003 und nicht erst ab Juni 2005 genutzt werden können.

Hat der Kl. einen entsprechenden Schadensersatzanspruch?

I. Anspruch aus Amtshaftung

Der Kl. könnte gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz nach **§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG** haben. Dazu müsste die Bekl. in Ausübung eines öffentlichen Amtes eine drittschützende Amtspflicht schuldhaft verletzt und dadurch beim Kl. einen entsprechenden Schaden adäquat kausal verursacht haben, ohne dass die Haftung ausgeschlossen ist.

1. Ausübung eines öffentlichen Amtes

Der zuständige Sachbearbeiter hat bei der Verweigerung des Einvernehmens im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens eine Entscheidung getroffen und damit in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt.

2. Verletzung einer Amtspflicht

Hiermit sind diejenigen **Pflichten** gemeint, die dem Beamten **gegenüber** dem Staat als seinem **Dienstherrn** obliegen. Inhalt und Umfang der Amtspflichten bestimmen sich nach den Vorschriften, die den entsprechenden Aufgaben und Pflichtenkreis regeln. Grundsätzlich obliegt jeder Behörde die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten. Nach § 36 II BauGB darf als Einvernehmen der Gemeinde nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 ergebenden Gründen versagt werden. Solche Gründe lagen nach dem Urteil vom 20.01.2004 nicht vor, so dass das Einvernehmen rechtswidrig versagt und daher die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten verletzt wurde. Eine Amtspflichtverletzung liegt daher vor.

3. Drittbezogenheit

Fraglich ist jedoch, ob diese grundsätzlich nur gegenüber dem Dienstherrn bestehende Amtspflicht auch drittbezogen ist.

Die Amtspflicht muss Also (auch) gegenüber dem Betroffenen bestehen. Drittbezogenheit ist **nicht** anzunehmen, wenn lediglich die **Reflexwirkungen** rechtmäßigen Verhaltens für den Bürger vorteilhafter gewesen wären. Keinesfalls ausreichend ist es, wenn die Amtspflicht lediglich **rein öffentlichen Belangen dient**.

a) Drittbezogenheit wegen Bindungswirkung für Baugenehmigungsbehörde

*„Nach der Rechtsprechung des Senats zu § 36 BauGB in der bis zum Inkrafttreten des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 v. 18. 8. 1997 (BGBl. 1997 I S. 2081) geltenden Fassung – durch dieses Gesetz ist § 36 II 3 BauGB eingefügt worden – kommt eine **Amtspflichtverletzung** der das Einvernehmen versagenden Gemeinde in Betracht, **wenn dies Bindungswirkung für die***

Baugenehmigungsbehörde hat. Der auf der Planungshoheit beruhenden Beteiligung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren kann nämlich im Falle der Versagung des Einvernehmens **eine für den Bauwilligen ausschlaggebende Bedeutung** zukommen, wenn die Baugenehmigungsbehörde nach der Rechtslage gehindert ist, eine Baugenehmigung auszusprechen, solange die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht erklärt hat (übereinstimmende Rechtsprechung des BVerwG und des BGH; vgl. z. B. BVerwGE 22, 342, 345 ff; BVerwG UPR 1992, 234, 235; BGH, Urt. v. 29.09.1975 – III ZR 40/73, BGHZ 65, 182, 186; v. 18.12.1986 – III ZR 174/85, BGHZ 99, 262, 273; v. 21.05.1992 – III ZR 14/91, BGHZ 118, 263, 265; v. 13. 10. 2005 – III ZR 234/04, NVwZ 2006, 1177). **Vereitelt** oder verzögert die **Gemeinde** durch eine unberechtigte Versagung des Einvernehmens ein **planungsrechtlich zulässiges Bauvorhaben**, so **berührt dies** – sei es auch nur mittelbar – **notwendig und bestimmungsgemäß die Rechtsstellung des Bauwilligen**. Dies genügt, um eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem **Bauwilligen** als einem geschützten „Dritten“ i. S. d. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB zu bejahen. **Dessen Interessen werden** durch die Amtspflicht, das Einvernehmen nicht zu verweigern, wenn das Bauvorhaben nach den §§ 31, 33, 34 oder 35 BauGB zulässig ist, **in individualisierter und qualifizierter Weise geschützt** (BGHZ 65, 182, 184 ff; seither st. Rspr. aaO BGHZ 118, 263, 265 f m.w.N.).“ (BGH aaO)

Nunmehr hat der BGH sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob dies auch nach der **Einfügung des Satzes 3** in § 36 II BauGB **fortgelten** soll, wonach die Baugenehmigungsbehörde befugt ist, das Einvernehmen zu ersetzen, wenn dieses von der Gemeinde rechtswidrig verweigert wurde.

„Diese nunmehr **entscheidungserhebliche Frage ist zu verneinen** (m.w.N.). Soweit der **Baugenehmigungsbehörde** die Befugnis eingeräumt ist, das versagte gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen, wird ihre **Prüfungs- und Entscheidungskompetenz erweitert**. Sie umfasst nicht nur die Frage, ob ein gemeindliches Einvernehmen erforderlich ist, sondern auch, ob die Verweigerung der Gemeinde rechtswidrig ist. Die **Bindungswirkung der negativen Entscheidung** der Gemeinde für die Baugenehmigungsbehörde ist **aufgehoben**. Die Behörde ist mithin nicht mehr unter Umständen gezwungen, den Antrag auf Genehmigung eines an sich genehmigungsfähigen Bauvorhabens sehenden Auges allein wegen des rechtswidrig verweigerten Einvernehmens abzulehnen. Der **maßgebliche Grund** für die **Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht** seitens der Gemeinde bei der Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens und damit ihrer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit zum Bauherren – die **Bindungswirkung ihrer Versagung** für die Baugenehmigungsbehörde, obschon es sich bei dem gemeindlichen Einvernehmen nur um ein Verwaltungsinternum handelt – ist **entfallen** (vgl. Staudinger/Wurm aaO).“ (BGH aaO)

b) **Drittbezogenheit wegen Rechtsnatur der Ersetzungsbefugnis**

Ein Bedürfnis dafür, die der Gemeinde bei ihrer Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens obliegenden Amtspflichten trotz fehlender Bindungswirkung gleichwohl als drittgerichtet anzusehen und so auch weiterhin eine (Mit-)Haftung der Gemeinde für möglich zu halten, könnte sich daraus ergeben, dass § 36 II 3 BauGB als Kann-Vorschriften ausgestaltet sind.

„Insofern spricht bereits vieles dafür, dass es sich bei diesen Vorschriften um **bloße Befugnisnormen** handelt, bei denen auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessen besteht, sondern eine **gebundene Entscheidung** zu treffen ist (m.w.N.). Zudem hat der Bauwillige, dessen Vorhaben mit den materiellrechtlichen Vorschriften in Einklang steht, einen durch Art. 14 GG geschützten **Anspruch gegenüber der Baugenehmigungsbehörde** auf Erteilung der Baugenehmigung (BGHZ 65, 182, 186; BGHZ 170, 260 Rn. 33 f m. w. N.). **Hiermit wäre es nicht in Einklang zu bringen**, wenn die Baugenehmigungsbehörde unter Berufung auf ein ihr eingeräumtes Ermessen die **rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens** durch die Gemeinde **nicht ersetzen und deshalb** mit der Ablehnung des Bauantrages **rechtswidrig in das Eigentumsrecht des Bauwilligen eingreifen** dürfte (m.w.N.). Es besteht daher nicht die Gefahr, dass der durch die rechtswidrige Versagung des gemeindlichen Einvernehmens entstandene Schaden deshalb nicht zu ersetzen ist, weil die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde, das Einvernehmen nicht zu ersetzen, gleichwohl als **ermessensfehlerfrei** und damit als **nicht amtspflichtwidrig einzustufen** ist.“ (BGH aaO)

Wegen der Ersetzungspflicht der Genehmigungsbehörde bei rechtswidrig versagtem gemeindlichen Einvernehmen hat die Verweigerung des Einvernehmens keine unmittelbare Wirkung gegenüber dem Bürger und kann daher keinen Amtshaftungsanspruch gegen die Gemeinde begründen.

c) **Drittbezogenheit wegen Verzögerungsschäden**

Die Drittbezogenheit der Pflicht der Gemeinde zur rechtmäßigen Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens könnte jedoch deshalb anzunehmen

sein, weil durch die rechtswidrige Verweigerung selbst bei Ersetzung durch die Baugenehmigungsbehörde eine Verzögerung eintritt, die zu einem finanziellen Schaden führt.

„Nach § 36 II 2 BauGB gilt das Einvernehmen der Gemeinde als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde oder nach Einreichung des Bauantrags – sofern dieser nach Landesrecht bei der Gemeinde und nicht bei der Genehmigungsbehörde einzureichen ist – verweigert wird. Durch diese der Beschleunigung des Baugenehmigungsverfahrens dienende Vorschrift ist **sichergestellt**, dass die Entscheidung über die Verweigerung des Einvernehmens **zeitnah** nach Stellung des Baugesuchs getroffen wird. Verweigert die Gemeinde das Einvernehmen, kann die **Rechtmäßigkeit der Verweigerung** – und damit die Frage, ob das Einvernehmen zu ersetzen ist – **im Rahmen der ohnehin von der Bauaufsichtsbehörde anzustellenden Beurteilung** der bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen **mitgeprüft** werden.

Zu **erheblichen zeitlichen Verzögerungen** kann es eigentlich nur dann kommen, wenn die **Gemeinde** gegen die trotz der Verweigerung des Einvernehmens erteilte Baugenehmigung **mit einem Rechtsbehelf vorgeht**. Durch die Ergreifung eines solchen Rechtsbehelfs wird jedoch der Bereich des bloßen Verwaltungsinternums verlassen. Insoweit gilt der in der Rechtsprechung des Senats **anerkannte Grundsatz**, dass der **Gebrauch von Rechtsmitteln** zur Durchsetzung rechtswidriger oder zur Verhinderung rechtmäßiger behördlicher oder gerichtlicher Beschlüsse oder Entscheidungen eine **selbständige Amtspflichtverletzung** der das Rechtsmittel einlegenden Körperschaft zum Nachteil des von dem Rechtsmittel nachteilig betroffenen Bürgers darstellen kann (siehe Staudinger/Wurm aaO Rn. 607).“ (BGH aaO)

Die rechtswidrige Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB stellt hier keine Amtspflichtverletzung des Bekl. gegenüber dem Kl. dar. Dem Kl. steht gegen den Bekl. kein Anspruch auf Schadensersatz nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG zu.

II. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Die rechtswidrige Versagung des gemeindlichen Einvernehmens könnte keinen unmittelbaren Eingriff in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition des Kl. darstellen.

„Wie bereits ausgeführt, stellt sich die **Versagung des gemeindlichen Einvernehmens** wegen der gesetzlich vorgesehenen Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde als „**behördeninterner**“ **Vorgang ohne Bindungswirkung für die Baugenehmigungsbehörde** dar. Das hat zur Konsequenz, dass der Eingriffstatbestand allein im außengerichteten Handeln der Baugenehmigungsbehörde, nämlich in der Ablehnung des Bauantrags und der unterlassenen Ersetzung des Einvernehmens, zu erblicken ist und diese auch im Hinblick auf das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs alleinverantwortlich ist (Staudinger/Wurm a. a. O. § 839 Rn. 452).“ (BGH aaO)

Mangels eines unmittelbaren Eingriffs des Bekl. in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition des Kl. scheidet daher auch ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff aus.

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
§§ 312, 355

Haustürgeschäft Beginn der Widerrufsfrist

BGB

(BGH in MDR 2010, 1304 = NJW 2010, 3503; Urteil vom 23.09.2010 – VII ZR 6/10)

Der **Beginn der Widerrufsfrist** bei einem Haustürgeschäft **setzt nicht die Annahme des Angebots des Verbrauchers durch den Unternehmer voraus.**

- I. Bereits die **Systematik des Gesetzes** zeigt, dass auch dann die **Widerrufsfrist grds.** bereits mit der bei der Abgabe des Angebots erfolgten **Mitteilung der Widerrufsbelehrung beginnt.**

„Denn § 312d II BGB geht davon aus, dass die Widerrufsfrist „abweichend von § 355 II 1 BGB“ bei Fernabsatzverträgen „bei Dienstleistungen nicht vor dem Tage des Vertragsschlusses“ beginnt. Daraus, dass diese Regelung ausdrücklich als Abweichung von § 355 II 1 BGB bezeichnet wird, folgt, dass letztere Vorschrift gerade nicht den Beginn der Frist mit dem Tage des Vertragsschlusses vorsieht (ebenso MüKo-BGB/Masuch, § 355 Rn 40). Der Sonderregel in § 312d II BGB bedürfte es sonst nicht.

*Dieser **Gesetzesaufbau** zeigt auch, dass die Erwähnung eines Vertrags in § 312 BGB ebenso wie in § 312d BGB lediglich den Anwendungsbereich der Widerrufsvorschriften beschreibt, nicht jedoch den wirksamen Abschluss des jeweiligen Vertrags als Voraussetzung für ein Widerrufsrecht erfordert. Gleiches gilt für den Verweis auf die Rücktrittsvorschriften in § 357 BGB. Deren Rückgewährregeln kommen ohnehin nur zum Tragen, wenn bereits Leistungen ausgetauscht worden sind. Das ist auch im Falle eines Widerrufs binnen 14 Tagen nach Vertragsschluss weder zwingend noch regelmäßig der Fall.“ (BGH aaO)*

- II. Von diesem Verständnis ging ersichtlich auch die **BGB-Informationspflichten-Verordnung (BGB-InfoV)** in der bis zum 10.06.2010 geltenden Fassung aus.

*„Denn das **Muster für die Widerrufsbelehrung** der dortigen Anl. 2 sah vor, dass in den Fällen des § 312b I 1 BGB hinter dem Hinweis, dass die Widerrufsfrist nach Erhalt dieser Belehrung in Textform beginne, der Zusatz einzufügen sei, „jedoch nicht vor Vertragsschluss“. Daraus ergibt sich zum einen, dass die Belehrung auch vor Vertragsschluss abgegeben werden kann, und zum anderen, dass damit grds. der Lauf der Widerrufsfrist beginnt.“ (BGH aaO)*

- III. Für diese Auslegung spricht auch die seit dem 11.06.2010 geltende gesetzliche Vorschrift des **Art. 246 § 2 III 1 EGBGB** mit ihrer Anl. 1.

*„Nach diesem **Muster für die Widerrufsbelehrung beginnt das Widerrufsrecht nach Erhalt dieser Belehrung in Textform.** Nach dem Gestaltungshinweis 1 ist eine Ausnahmeregelung für den Fall vorgesehen, dass die Belehrung „nicht spätestens bei, sondern erst nach Vertragsschluss mitgeteilt“ wird. Hieraus folgt, dass sie auch vor Vertragsschluss im Zusammenhang mit der Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers erteilt werden kann. Aus dem Gestaltungshinweis 3b bb) ergibt sich, dass in Fällen des § 312b I 1 BGB bei der Erbringung von Dienstleistungen die Frist ausnahmsweise nicht vor Vertragsschluss zu laufen beginnt.*

*Im **Umkehrschluss** ergibt sich hieraus, dass sie i. Ü. auch zuvor zu laufen beginnen kann. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit Einführung dieser Musterwiderrufsbelehrung, die der BGB-InfoV nachgebildet ist, den Inhalt des § 355 BGB sachlich hat ändern wollen. Zwar ist zum gleichen Zeitpunkt auch § BGB § 355 BGB textlich geändert worden. Auch hier gibt es jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass damit eine inhaltliche Veränderung im Hinblick auf den Beginn des Laufs der Widerrufsfrist verbunden sein sollte. § 355 III BGB n.F. entspricht inhaltlich § 355 II 1, 3 u. 4 BGB in der bis zum 10.06.2010 geltenden Fassung.*

*Die **Widerrufsregelung in § 355 BGB** dient nach der amtlichen Anmerkung u. a. der **Umsetzung der RL 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz** im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Diese ist bei der Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften über das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Haustürgeschäften daher ergänzend heranzuziehen, wobei Divergenzen zu der Richtlinie so weit wie möglich zu vermeiden sind. Die nationalen Rechtsvorschriften sind so weit wie möglich unter Berücksichtigung des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen (BGH NJW 2002, 3396 = GRUR 2002, 1085 m.w. Nachw.).*

Diese Richtlinie sieht in Art. 1 IV RL 85/577/WEG ausdrücklich vor, dass ein bindendes Angebot widerrufen werden kann. Die Widerrufsbelehrung ist dem Verbraucher nach Art. 4 S. 3c RL 85/577/EWG zum Zeitpunkt der Abgabe seines Angebots auszuhandigen. Der Verbraucher besitzt das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung innerhalb von mindestens sieben Tagen nach Erteilung dieser Belehrung zurückzutreten, Art. 5 I 1 RL 85/577/EWG.

Noch deutlicher wird derselbe Mechanismus in dem Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, die u. a. die RL 85/577/EWG ersetzen soll. Dort ist in Art. 12 II RL 85/577/EWG vorgesehen, dass im Fall eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags die Widerrufsfrist an dem Tag zu laufen beginnt, an dem der Verbraucher das Bestellformular unterzeichnet. In Art. 15b RL 85/577/EWG wird als Wirkung des Widerrufs das Ende der Verpflichtungen der Vertragsparteien zum Abschluss eines Vertrags außerhalb von Geschäftsräumen, sofern der Verbraucher ein Angebot abgegeben hat, genannt. Dass hiermit eine Einschränkung der Verbraucherrechte im Vergleich zur bisherigen RL 85/577/EWG beabsichtigt wäre, ist nicht ersichtlich.

Es ist nicht erkennbar, dass der deutsche Gesetzgeber über die Vorgaben der Richtlinie 85/577/EWG hinaus den Beginn der Widerrufsfrist in diesen Fällen auf den Vertragsschluss hat hinausschieben wollen. Eine Abweichung zu Gunsten des Verbrau

chers wäre nach Art. 8 RL 85/577/EWG zwar möglich. Es gibt jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, dass bei der Umsetzung der Richtlinie in diesem Punkt hiervon Gebrauch gemacht werden sollte.“ (BGH aaO)

- IV. Durch den an die Übergabe der Widerrufsbelehrung bei der Abgabe der bindenden Willenserklärung des Verbrauchers geknüpften Beginn der Widerrufsfrist wird der mit § 312 BGB verfolgte **Zweck des Widerrufsrechts** nicht beeinträchtigt.

„§ 312 BGB soll den **Verbraucher vor der Gefahr schützen**, bei durch Anbieter initiierten **Vertragsanbahnungen außerhalb eines ständigen Geschäftslokals in seiner rechtlichen Entscheidungsfreiheit überfordert bzw. überrumpelt zu werden**. Durch das in § 312 BGB eingeräumte Widerrufsrecht soll der Verbraucher die Möglichkeit erhalten, sich von der in einem Überraschungsmoment abgegebenen, für ihn bereits bindenden Willenserklärung wieder lösen zu können. Zur Erreichung dieses Zwecks ist es gleichgültig, ob die vom Verbraucher zu widerrufende Willenserklärung bereits vom Gewerbetreibenden angenommen worden ist oder ob der Verbraucher lediglich nach § 147 II BGB an seinen Antrag gebunden ist. Hat der Verbraucher eine solche für ihn bindende, auf den Abschluss eines Vertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben und ist ihm bei der Abgabe eine Widerrufsbelehrung ausgehändigt worden, in der er ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, hat er ab diesem Zeitpunkt ausreichend Gelegenheit, ohne den Druck der Haustürsituation seine Entscheidung zu überdenken.“ (BGH aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 823 II

Deliktshaftung

BGB

§ 34a I WpHG ist kein Schutzgesetz i.S. des § 823 II BGB

(BGH in NJW 2010, 3651; Urteil vom 22.06.2010 – VI ZR 212/09)

§ 34a I 1 WpHG ist kein Schutzgesetz i.S. des § 823 II BGB.

§ 34a I 1 WpHG lautet wie folgt: „Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das über keine Erlaubnis für das Einlagengeschäft i. S. des § 1 I 2 Nr.1 KWG verfügt, hat Kundengelder, die es im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung oder einer Wertpapiernebenleistung entgegennimmt, unverzüglich getrennt von den Geldern des Unternehmens und von anderen Kundengeldern auf Treuhandkonten bei solchen Kreditinstituten, Unternehmen i. S. des § 53b I 1 KWG oder vergleichbaren Instituten mit Sitz in einem Drittstaat, welche zum Betreiben des Einlagengeschäftes befugt sind, einer Zentralbank oder einem qualifizierten Geldmarktfonds zu verwahren, bis die Gelder zum vereinbarten Zweck verwendet werden.“

- I. Die Frage der **Einordnung des § 34a I 1 WpHG ist in Rspr. und Lit. umstritten**.

- **Teilweise** wird der **Schutzgesetzcharakter** dieser Vorschrift **bejaht**.

OLG Frankfurt a.M. ZIP 2006, 2385; Fuchs, WpHG, 2009, Vor § 31 Rn 85, § 34a Rn 1; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, BankR VI Rn 286; Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl. 2009, § 34a Rn 1; Kumpan/Hellgardt DB 2006, 1714; Assmann/Schütze, Hdb. d. KapitalanlageR, 3. Aufl. 2007, § 25 Rn 130; Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 766; Staudinger/Hager, BGB, 2009, § 823 Rn 59; Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl. 2010, § 823 Rn 71

- Die **Gegenansichten lehnen den Schutzgesetzcharakter** teilweise mit der Begründung **ab**, § 34a I WpHG diene lediglich öffentlichen Interessen; andere meinen, eine Haftung nach § 823 II BGB sei im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems nicht tragbar.

Buck-Heeb, KapitalmarktR, 3. Aufl. 2009, Rn 543; Lange EWIR 2010, 131; Kümpel, Bank- und KapitalmarktR, 3. Aufl. 2004, Rn 8423ff.; Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG, 2007, § 34a Rn 94; Schwark, KapitalmarktR-Komm., 3. Aufl. 2004, § 34a WpHG Rn 1

- II. Nach **BGH aaO** können die §§ 31 ff. WpHG **Schutzgesetzcharakter** i.S. des § 823 II BGB **nur** haben, **soweit** sie nicht lediglich aufsichtsrechtlicher Natur sind, sondern ihnen auch **anlegerschützende Funktion** zukommt.

1. Nach der **Entstehungsgeschichte** der in § 34a I 1 WpHG normierten Verpflichtung zur getrennten Vermögensverwaltung dient die Norm sowohl öffentlichen Interessen als auch dem individuellen Schutz der Anleger.

„Der vom Gesetzgeber gewollte **Anlegerschutz** erfordert nicht die deliktische Haftung der gegen diese Vorschrift verstoßenden Personen. Voraussetzung für die Annahme eines Schutzgesetzes ist nach der Rspr. des BGH, dass die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint (BGHZ 66, 388 = NJW 1976, 1740; BGHZ 175, 276 = NZG 2008, 477; BGHZ 176, 281 = NJW 2008, 2245). Dabei muss in **umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs**, in den die Norm gestellt ist, geprüft werden, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstoßenden mit allen damit zu Gunsten des Geschädigten gegebenen Beweiserleichterungen zu knüpfen (BGHZ 175, 276 = NZG 2008, 477). Diese Voraussetzungen wären hier nur dann erfüllt, wenn der durch § 34a I 1 WpHG intendierte Anlegerschutz effektiv nur durch eine deliktische Haftung verwirklicht werden könnte. Dies ist nicht der Fall (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

2. Der Anlegerschutz wird indessen nicht nur durch die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Befolgung dieser Vorschrift, durch die staatlichen Aufsichtspflichten und die Sanktionsmöglichkeit als Ordnungswidrigkeit gewährleistet, sondern auch dadurch, dass § 34a WpHG **Inhalt und Umfang der vertraglichen Verpflichtungen zwischen Anleger und Wertpapierdienstleistungsunternehmen bestimmt** und mithin **im Fall der Zuwiderhandlung vertragliche Schadensersatzansprüche auslösen** kann (vgl. BGHZ 142, 345 = NJW 2000, 359; Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 757f.; speziell zu § 34a WpHG Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG, § 34a Rn 92, 94).

„Eine Anerkennung der Vorschrift als Schutzgesetz i.S. von § 823 II BGB würde dagegen eine deliktische Verantwortlichkeit auch der als Vertreter handelnden Organe oder Angestellten sowohl des Wertpapierdienstleistungsunternehmens als auch Dritter begründen. Eine solche **Ausdehnung der Haftung ist nicht erforderlich und deshalb abzulehnen**, weil nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen die Eigenhaftung des Vertreters im Rahmen vertraglicher Sonderverbindungen auf Ausnahmefälle beschränkt und an sehr hohe Voraussetzungen geknüpft ist (BGHZ 175, 276 = NZG 2008, 477).

Die **Vertreterhaftung** rechtfertigt sich wegen der **Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens** (BGH NJW-RR 2006, 109 m.w. Nachw.), sie zielt im Allgemeinen aber nicht auf den Insolvenzschutz einer Vertragspartei. Hinzu kommt, dass die mit Wirkung vom 01.11.2007 in Kraft getretene Änderung des § 34a I WpHG durch das Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz vom 16.07.2007 (BGBl I, 1330) den Anlegerschutz deutlich geschwächt hat, indem das Gesetz nunmehr auch die Einrichtung eines Sammeltreuhandkontos, wenn auch nur mit ausdrücklicher Zustimmung und nach entsprechender Belehrung des Anlegers, ausdrücklich für zulässig erklärt. Ein solcher Anlegerschutz ist von seinen Voraussetzungen her nicht mit der deliktischen Haftung gem. § 823 I BGB bzw. § 826 BGB vergleichbar (vgl. BGHZ 175, 276 = NZG 2008, 477).“ (BGH aaO)

ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB

Verwendung verfassungswidriger Kennzeichen

StGB

§ 86a I Nr. 1

„Hitler-Gruß“ als Provokation

(OLG Oldenburg in NSTZ 2010, 368; Urteil vom 26.07.2010 – 2 Ss 103/10)

- I. Der **objektive Tatbestand des § 86a I Nr. 1 StGB** ist auch dann erfüllt, wenn ein erkennbar **Angetrunkener** offensichtlich **nur zur Provokation** von Passanten und ohne **politische Relevanz oder Zielsetzung** öffentlich eine **Abart des „Hitlergrußes“** gebraucht.
„Da § 86a StGB verhindern will, dass die Verwendung von Kennzeichen verbotener verfassungsfeindlicher Organisationen – ungeachtet der damit verbundenen Absichten – sich als Form einer allgemein üblichen, selbst bei nichtigem Anlass gebräuchlichen Unmutsäußerung (vgl. BayObLG NSTZ 2003, 89) oder als allgemeine Form der Provokation derart einbürgert, dass das Ziel des Gesetzgebers, solche Kennzeichen generell aus dem öffentlichen Erscheinungsbild zu verbannen, nicht erreicht wird, ist die Ansicht, das Verhalten des Angekl. sei im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm des § 86a StGB vollkommen ohne Belang, rechtsfehlerhaft. Der Umstand, dass der Angekl. deutlich alkoholisiert war und es sich bei ihm um einen dissozialen Menschen handelt, führt zu keiner anderen Beurteilung seines Verhaltens.“ (OLG Oldenburg aaO)
- II. Für eine vorsätzliche Verwirklichung des § 86a StGB ist eine **verfassungsgefährdende Absicht nicht erforderlich**; vielmehr genügt das willentliche Gebrauchmachen eines Kennzeichens im Wissen, dass dieses ein nationalsozialistisches oder ein ihm zum Verwechseln ähnliches (§ 86a II 2 StGB) ist, wobei bedingter Vorsatz ausreicht.

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB

Beleidigung

StGB

§ 185

durch Auslachen

(OLG Hamm in NSTZ 2011, 42; Beschluss vom 06.05.2010 – 2 Ss 220/09)

Eine **Beleidigung** kann **durch ehrenrührige Tatsachenbehauptungen oder durch herabsetzende Werturteile** begangen werden; das **Auslachen stellt ein Werturteil dar**.

- I. Unter einer Beleidigung ist die **Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung** zu verstehen (vgl. BGHSt 1, 298; BGHSt 11, 67; BGHSt 16, 58). Dabei kann die Beleidigung **durch ehrenrührige Tatsachenbehauptung sowie durch herabsetzende Werturteile gegenüber dem Betroffenen** begangen werden. Bei der Tatsachenbehauptung steht die **objektive Beziehung zwischen der Äußerung** – die wörtlich, schriftlich, bildlich oder durch schlüssige Handlungen erfolgen kann (Fischer, 57. Aufl., § 185 Rn 5) – **und der Realität** im Vordergrund. Meinungen, auf die sich der grundgesetzliche Schutz der Meinungsfreiheit in erster Linie bezieht, hingegen sind durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage und durch die Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt (vgl. BVerfG StV 2000, 1779). **Zu bewerten ist die beanstandete Äußerung in ihrer Gesamtheit**; einzelne Elemente dürfen aus einer komplexen Äußerung nicht herausgelöst und einer vereinzelt Betrachtung zugeführt werden, weil dies den Charakter der Äußerung verfälscht und ihr damit den ihr zustehenden Grundrechtsschutz von vornherein versagen würde (vgl. BGH aaO).
- II. Eine Beleidigung i.S. d. § 185 StGB setzt eine **Äußerung der Missachtung oder Nichtachtung** in dem Sinne voraus, **dass dem Betroffenen der sittliche, personale oder soziale Geltungswert durch das Zuschreiben negativer Qualitäten ganz oder teilweise abgesprochen wird**, ihm also Minderwertigkeit bzw. Unzulänglichkeit unter einem dieser drei Aspekte attestiert wird (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, 27. Aufl., § 185 Rn 2).
Nicht ausreichend sind bloße Unhöflichkeiten und Taktlosigkeiten sowie unpassende Scherze und „Foppereien“, soweit nicht besondere Umstände, die die Ansicht von der Minderwertigkeit des Betroffenen ausdrücken, hinzukommen (Schönke/Schröder-Lenckner aaO). Erforderlich ist daher eine **eindeutige Abwertung des Betroffenen**. § 185 StGB schützt nur einen speziellen Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nicht aber dieses selbst, weshalb eine Missachtung der Persönlichkeit nur dann eine Beleidigung sein kann, wenn der andere damit gerade in seiner Ehre im Sinne seines personalen Geltungswertes getroffen werden soll (Schönke/Schröder-Lenckner aaO).
- III. Nach diesen Grundsätzen handelt es sich bei dem **durch „Meinen“ und „Werten“ geprägten Auslachen** um ein Werturteil.
„Ob ein Werturteil überhaupt einen abwertenden Charakter hat und damit eine strafbewehrte Persönlichkeitsverletzung darstellt, hat der Tatrichter unter umfassender Auslegung des tatsächlichen Gehalts der Äußerung, ihrer Zielsetzung und der von ihr ausgehenden Wirkungen zu bewerten. Nicht jede Verletzung von Persönlichkeitsrechten stellt eine gem. § 185 StGB strafbare Ehrverletzung dar. So liegt in der bloßen Ablehnung eines anderen für sich allein keine Beleidigung, wenn damit eine Ehrverletzung noch nicht einhergeht. Deshalb ist es eine anhand der Umstände des Einzelfalls tatrichterlich zu entscheidende Interpretationsfrage, ob mit einer Äußerung zugleich auch die Minderwertigkeit des Betroffenen zum Ausdruck gebracht wird (vgl. OLG Zweibrücken NSTZ 1994, 490).“ (OLG Hamm aaO)

StGB
§ 267

Urkundenfälschung

Übersendung eines manipulierten Kaufvertrags per Fax

StGB

(BGH in NSTZ 2010, 703; Beschluss vom 27.01.2010 – 5 StR 488/09)

Bei dem **Ausdruck eines Schriftstücks, das zuvor eingescannt und sodann manipuliert worden ist**, handelt es sich **grds. nicht um das Herstellen einer unechten oder verfälschten Urkunde** i.S.v. § 267 I StGB. Das gilt auch dann, wenn das Schriftstück per Telekopie übermittelt und auf dem Empfängergerät ausgedruckt wird.

- I. Das **ausgedruckte Exemplar des manipulierten Schriftstücks erfüllt den Urkundenbegriff** nach § 267 I StGB **nicht**.

„Urkunden i. S. des Strafrechts sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen (st. Rspr.; vgl. etwa BGHSt 4, 60; BGHSt 24, 140; Fischer aaO, § 267 Rn 2 m.w.N.). Zwar kann im Wege computertechnischer Maßnahmen wie der Veränderung eingescannter Dokumente grds. eine (unechte) Urkunde hergestellt werden (vgl. BGHR StGB § 267 I Urkunde 5). Dafür **musst die Reproduktion jedoch den Anschein einer von einem bestimmten Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermitteln**, also einer Originalurkunde so ähnlich sein, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann (BayObLG NJW 1989, 2553; Fischer aaO, § 267 Rn 12d).

Daran fehlt es hier: Der **bloße Ausdruck der Computerdatei wies nicht die typischen Authentizitätsmerkmale auf**, die einen notariellen Kaufvertrag bzw. die Ausfertigung eines solchen prägen. Er spiegelte für den Betrachter erkennbar lediglich ein Abbild eines anderen Schriftstücks wider. Damit stand er einer bloßen Fotokopie gleich, der, sofern als Reproduktion erscheinend, mangels Beweiseignung sowie Erkennbarkeit des Ausstellers ebenfalls kein Urkundencharakter beizumessen ist (vgl. BGHSt 20, 17; BGHSt 24, 140 m.w.N.; BGH wistra 1993, 225).“ (BGH aaO)

- II. **Mit der Übermittlung des Schriftstücks per Telekopie und dessen Ausdruck auf dem Empfängergerät wird auch keine Urkunde hergestellt.**

„Nicht anders als bei einer („gewöhnlichen“) Fotokopie enthält die beim Empfänger ankommende **Telekopie eines existenten Schriftstücks – für den Adressaten und jeden Außenstehenden offensichtlich – nur die bildliche Wiedergabe der in jenem Schriftstück verkörperten Erklärung** (vgl. OLG Zweibrücken NJW 1998, 2918; OLG Oldenburg NSTZ 2009, 391; MüKo-StGB/Erb § 267 Rn 89; LK-Zieschang 12. Aufl., § 267 Rn 125; Fischer aaO, § 267 Rn 12d; Beckemper JuS 2000, 123). Eine Beweisbedeutung kann ihr demgemäß **mangels Erkennbarkeit eines Ausstellers** und damit verbundener eigener Garantiefunktion für die Richtigkeit des Inhalts (vgl. BGH wistra 1993, 341) jedenfalls hier nicht beigemessen werden.

Anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn durch das Gerät des Empfängers auf der Telekopie die übliche **Kurzbezeichnung des Absenders aufgedruckt** gewesen ist. Ein solcher Aufdruck ist entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, 27. Aufl., § 267 Rn 43 m.w.N.) **nicht etwa einer Beglaubigung gleichzusetzen**. Der Rechtsverkehr misst ihm eine solche Bedeutung ersichtlich nicht zu. Ferner bestätigt der Empfängeraufdruck nicht die inhaltliche Richtigkeit des versandten Schriftstücks (zur Lage bei der Beglaubigung BGHR StGB § 267 I Gebrauchmachen 4), sondern allenfalls, dass die eingegangene Telekopie vom Absender gemäß Aufdruck in das Telekopiergerät eingelegt und versandt worden ist. Insofern gibt er aber das Geschehene zutreffend wieder.“ (BGH aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 263

Betrug

Täuschung über den Verwendungszweck eines Darlehens

StGB

(OLG Frankfurt a.M. in NSTZ-RR 2010, 13; Beschluss vom 14.09.2010 – 3 Ws 830/10)

Die **Täuschung über die Verwendung von Darlehensmitteln** vor Abschluss eines entsprechenden Vertrages **begründet keine Strafbarkeit nach § 263 StGB**.

„Die vom Ast. vorgetragene **Täuschung über den Zweck der erbetenen Darlehen begründet keinen Betrug**.

Nach der Rspr. ist allerdings in den Fällen des sog. **Spenden-, Bettel- oder Schenkungsbetruges** anerkannt, dass die Annahme einer täuschungs- und irrumsbedingten Täuschung nicht schon deshalb entfällt, weil sich der Getäuschte der nachteiligen Wirkung seiner Verfügung auf das Vermögen bewusst ist (vgl. BGH NJW 1995, 539 = NSTZ 1995, 134 m.w.N.). Für diese Fälle ist es aber kennzeichnend, dass nach den Vorstellungen des Gebenden durch Erreichen eines nicht vermögensrechtlichen Zweckes die Vermögensgeseinbuße ausgeglichen werden soll. Wenn in solchen Fällen der Zweck verfehlt wird, so wird auch das Vermögensopfer wirtschaftlich zu einer auf der Täuschung beruhenden unvernünftigen Ausgabe (BGH NJW 1992, 2167). Diesen Fällen ist es damit aber eigen, dass die Annahme eines Betrugs darauf beruht, dass die **Vermögensverschiebung in ihrem sozialen Sinn entwertet** wird (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 101), wobei dieser soziale Sinn gerade über einen rein vermögensrechtlichen Zweck hinausgehen muss. Bei wirtschaftlichen Austauschverträgen kommt einschränkend ein irrumsbedingter Schaden sogar nur in Betracht, wenn der Abschluss des Geschäfts entscheidend durch den sozialen Zweck bestimmt war, dieser jedoch verfehlt worden ist (Fischer, StGB, 57. Aufl., § 263 Rn 138).

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass **beim Darlehensvertrag der Darlehensnehmer in der Verwendung der Darlehensvaluta grds. frei** ist, solange nicht etwas anderes vereinbart wurde. Eine solche abweichende Vereinbarung wird hier aber nicht behauptet (wird ausgeführt).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG
Art. 5 I

Meinungsfreiheit

Sachlichkeitsgebot bei Äußerungen von Pressesprechern einer Behörde

(OVG Bremen in NJW 2010, 3738; Beschluss vom 24.08.2010 – 1 B 112/10)

öfFR

Äußerungen, die der Pressesprecher einer Behörde in der Öffentlichkeit über Dritte abgibt, unterliegen nicht dem Schutz der Meinungsfreiheit in Art. 5 I GG und müssen daher das **Sachlichkeitsgebot wahren**.

„**Äußerungen eines Amtsträgers, die dieser in Ausübung seines Amtes abgibt und die Rechte Dritter berühren, unterliegen besonderen rechtlichen Bindungen**. Zwar sind Amtsträgern entsprechende wertende Äußerungen nicht von vornherein verwehrt. Zu beachten

ist aber, dass die Betroffenen sich in diesem Fall nicht auf das Grundrecht auf Meinungsfreiheit in Art. 5 I GG berufen können. Amtliche Verlautbarungen und Wertungen wie überhaupt Meinungskundgaben öffentlich-rechtlicher Funktionsträger in amtlicher Eigenschaft fallen aus dem sachlichen und persönlichen Gewährleistungsbereich der Meinungsfreiheit heraus (vgl. Bethge, in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 5 Rn 39 m.w. Nachw.). Entsprechende Äußerungen sind vielmehr, wenn sie Rechte Dritter berühren, im Einzelfall rechtfertigungsbedürftig. Sie haben den **hoheitlichen Kompetenzrahmen zu wahren** und müssen dem Sachlichkeitsgebot als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips gerecht werden. Das verlangt, dass die **jeweilige Äußerung in einem konkreten Bezug zur Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe** steht, Werturteile auf einem im Wesentlichen zutreffenden oder zumindest sachgerecht und vertretbar gewürdigten Tatsachenkern fußen und weder auf sachfremden Erwägungen beruhen noch den sachlich gebotenen Rahmen überschreiten. Wo die Grenzen der zulässigen Äußerung und – bei gegen die betreffende öffentliche Einrichtung gerichteten Angriffen – das Recht zu einem angemessenen „Gegenschlag“ zu ziehen sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. VGH München BeckRS 2009, 37019 m.w. Nachw.).

Verletzen die Äußerungen eines Amtsträgers diese rechtlichen Bindungen, hat der Dritte einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch gegen die Körperschaft, bei der der Amtsträger tätig ist (vgl. BayVerfGH BayVfI 2002, 759 = BeckRS 2010, 54669).“ (OVG Bremen aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BayJAPrÜfO
§ 15

**Prüfungswiederholung zur Notenverbesserung
kein Aufschub wegen fehlender Vorbereitungszeit**

PrüfR

(VGH München in NVwZ-RR 2011, 19; Beschluss vom 08.09.2010 – 7 ZB 10.505)

Mangelnde Vorbereitungsmöglichkeiten auf Grund anderweitiger Verpflichtungen sind ebenso wie hierdurch entstehende Kollisionen von Prüfungsterminen kein ausreichender Entschuldigungsgrund für die Nichtteilnahme an der Wiederholungsprüfung zur Notenverbesserung.

„Ebenso wie sich Studenten zur Begründung eines zusätzlichen Prüfungsversuchs nicht darauf berufen können, dass sie aus finanziellen Gründen neben dem Studium arbeiten mussten und sich deshalb nicht so sorgfältig wie geboten auf die Prüfung vorbereiten konnten (Zimmerling/Brehm, Rn 67), rechtfertigt die Anfertigung einer Dissertation und die Annahme eines Stipendiums mit den damit einhergehenden Verpflichtungen keine Überschreitung des durch § 70 V BayJAPrÜfO i. V. mit § 15 I 2 BayJAPrÜfO festgelegten Zeitrahmens für die Notenverbesserungsprüfung.

Die Kl. befindet sich insoweit auch nicht in einer **Ausnahmesituation**, die es gebieten würde, das Fernbleiben als entschuldigt anzusehen und eine Verschiebung der Prüfung zu ermöglichen. Vielmehr scheiden alle Referendare nach Bestehen der Zweiten Juristischen Staatsprüfung mit der Bekanntgabe der Prüfungsgesamtnote aus dem Vorbereitungsdienst aus (§ 56 S. 1 BayJAPrÜfO) und stehen am Beginn ihrer beruflichen Laufbahn. Mit dem in diesem Zeitpunkt endenden öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis (§ 56 S. 2 BayJAPrÜfO) entfällt auch der Anspruch auf Unterhaltsbeihilfe gem. Art. 3 des Gesetzes zur Sicherung des juristischen Vorbereitungsdienstes (SiGjurVD). Die wenigsten Prüfungsteilnehmer, die eine Wiederholungsprüfung zur Notenverbesserung in Erwägung ziehen, werden in dieser Situation finanziell in der Lage sein, ihren Einstieg ins Berufsleben zu verschieben und sich ausschließlich auf die Prüfungsvorbereitung zu konzentrieren. Für den Großteil der Assessoren als Berufsanfänger wird es vielmehr so sein, dass ihre beruflichen Verpflichtungen die Vorbereitung auf eine Prüfung zur Notenverbesserung zumindest erheblich erschweren und auch zu Terminkollisionen mit der Wiederholungsprüfung führen. Hiermit ist die Situation der Kl. vergleichbar, die sich aus freien Stücken und durchaus nachvollziehbaren Gründen dazu entschlossen hat, im Rahmen ihres Promotionsstipendiums eine Zusatzqualifikation zu erwerben. Aus Gründen der Chancengleichheit kann darin jedoch kein ausreichender Grund gesehen werden, an der Prüfung, zu der sie selbst angemeldet hat, nicht teilzunehmen und den Zeitrahmen für die Prüfung zur Notenverbesserung zu überschreiten.“ (VGH München aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

RhPfGO
§ 30a

**Gemeinderat / Fraktion
Informations-/Unterrichtungsanspruch**

KomR

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2011, 31; Urteil vom 01.06.2010 – 2 A 11318/09)

Den **Mitgliedern des Gemeinderats und der Fraktionen steht gegen den Bürgermeister ein Anspruch auf angemessene Unterrichtung über die Gegenstände anstehender Ratsentscheidungen zu.**

I. Dieser **Anspruch ist in der Gemeindeordnung nicht ausdrücklich geregelt**, ergibt sich aber aus der **Stellung der Ratsmitglieder und Fraktionen im Prozess der politischen Willensbildung und Entscheidungsfindung** der Gemeinde.

„Die Ratsmitglieder werden von den Bürgern der Gemeinde in einer demokratischen Grundsätzen entsprechenden Wahl bestimmt. Sie sollen als Vertreter der Bürger die **Willensbildung und Entscheidungsfindung im Rat herbeiführen**. Sie sind daher nicht nur berechtigt, im Gemeinderat und den Ausschüssen abzustimmen. Ihnen steht auch das Recht zu, über die Gegenstände der Abstimmung zu beraten. **Zur wirksamen Ausübung dieser Rechte sind die Ratsmitglieder auf angemessene Unterrichtung über die Gegenstände anstehender Ratsentscheidungen angewiesen**. Nur auf einer hinreichenden Informationsgrundlage können die Ratsmitglieder sich wirksam in den Entscheidungsfindungsprozess im Rat einbringen. Ähnliches gilt für die Ratsfraktionen. Auch sie sind nur dann in der Lage, ihre in § 30a III RhPfGO eigens festgeschriebene Aufgabe zur Mitwirkung bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung im Gemeinderat zu erfüllen, wenn sie über die Gegenstände anstehender Ratsentscheidungen angemessen unterrichtet werden.“ (OVG Koblenz aaO)

II. **§ 33 RhPfGO steht** der Annahme eines solchen ungeschriebenen Unterrichtsanspruchs der Ratsmitglieder und Fraktionen gegen den Bürgermeister als Vorsitzenden des Rates **nicht entgegen**.

„Die dort geregelten Unterrichtsrechte sind **Ausdruck des Kontrollrechts des Gemeinderats gegenüber dem Bürgermeister als Leiter der Gemeindeverwaltung** (vgl. Gabler/Höhlein, RhPfKommVerfR, Bd. I, § 33 RhPfGO, Erl. Nr. 1). Sie betreffen also das Verhältnis zwischen Rat und Verwaltung. Im Hinblick auf die innerorganschaftlichen Unterrichtsansprüche der Ratsmitglieder und Fraktionen gegen den Bürgermeister in seiner Stellung als Vorsitzender des Rates trifft § 33 RhPfGO hingegen keine Regelung.“ (OVG Koblenz aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO § 767 II Vollstreckungsgegenklage bei Kostenfestsetzungsbeschluss ZPO
Aufrechnung gegenseitiger Ansprüche bei beendeten Mietverhältnis
(OLG Düsseldorf in NJOZ 2010, 2648; Urteil vom 08.09.009 – 24 U 2/09)

1. Der Zwangsvollstreckung des Mieters aus einem **Kostenfestsetzungsbeschluss** kann der Vermieter durch eine Vollstreckungsgegenklage mit dem Einwand, er habe mit der ihm im **Vorprozess zuerkannten Geldforderung aufgerechnet**, erfolgreich begegnen.
2. Hat es der Mieter **in dem Vorprozess versäumt**, gegen die zuerkannte Forderung des Vermieters mit seinem fälligen Anspruch auf Rückzahlung der Kautions **aufzurechnen**, so ist er nach Beendigung des Rechtsstreits **gehindert, dies nachzuholen**.

Fall: Zwischen den Parteien bestand ein bis zum 28.02.2006 befristeter Gewerbemietvertrag, der auf Grund Zahlungsverzugs des Bekl. durch fristlose Kündigung des Kl. vom 09.09.2002 vorzeitig endete. Am 24.01.2002 zahlte der Bekl. an den Kl. insgesamt 10.000 Euro, wovon der Kl. 3.527,91 Euro als die vertraglich vereinbarte Kautionszahlung anrechnete. Mit rechtskräftigem Urteil vom 06.05.2008 wurde der Bekl. verurteilt, an den Kl. 4.602,58 Euro nebst Zinsen zahlen. Hierbei handelte es sich um Schadensersatzforderungen wegen entgangener Mieten für Januar 2003 bis März 2003 und um eine Nachforderung aus der Nebenkostenabrechnung 2002/2003. Wegen der weitergehenden, für die Zeit bis Februar 2006 geltend gemachten Ansprüche wurde die Klage abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen wurden dem Kl. zu 92% und dem Bekl. zu 8% auferlegt.

Mit Schreiben vom 15.05.2008 verlangte der Bekl. eine Abrechnung der geleisteten Barkautions von 3.527,91 Euro und wies daraufhin, dass die titulierte Nebenkostennachforderung von 1.124,75 Euro tatsächlich nicht bestehe, weil Vorauszahlungen von insgesamt 1.423,36 Euro nicht berücksichtigt worden seien. Mit Schreiben vom 03.06.2008 erklärte der Bekl. „nochmals“ die Aufrechnung mit dem Kautionsrückzahlungsanspruch und einem Anspruch auf Rückzahlung der in der Nebenkostenabrechnung 2002/2003 nicht berücksichtigten Vorauszahlungen gegen den titulierten Anspruch. Unter Berücksichtigung inzwischen aufgelaufener Zinsen zahlte der Bekl. am 05.06.2008 auf das Urteil noch 1.270,33 Euro.

Nach dem auf Grund dieses Urteils am 30.06.2008 ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Duisburg hatte der Kl. dem Bekl. 6.204,65 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.05.2008 zu erstatten. Mit Schreiben vom 21.07.2008 erklärte nun der Kl. die Aufrechnung mit seiner Forderung aus dem Urteil gegen die Forderung des Bekl. aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss. Nach Verrechnung mit einer weiteren Kostenforderung des Kl. in Höhe von 691,53 Euro zahlte der Kl. auf den Kostenfestsetzungsbeschluss am 26.08.2008 unter Berücksichtigung aufgelaufener Zinsen noch 611,40 Euro.

Der Kl. begehrt nunmehr mit der Vollstreckungsgegenklage vor Gericht, dass die Vollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss für unzulässig erklärt wird. Wird die Klage Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage

Die Vollstreckungsgegenklage ist grundsätzlich statthaft **gegen jeden formell vollstreckungsfähigen Titel**. Auf die materielle Vollstreckungsfähigkeit kommt es hierbei nicht an. Das Rechtsschutzbedürfnis beginnt schon mit dem **Titelerlass**, ohne dass es auf die Erteilung einer Vollstreckungsklausel ankommt. Es **endet** erst dann, wenn die Vollstreckung aus dem Titel vollständig beendet und der Titel an den Schuldner herausgegeben worden ist oder dem Gläubiger aus anderen Gründen unzweifelhaft keine Vollstreckungsmöglichkeit mehr bietet (vgl. Musielak-Lackmann, § 767 ZPO, Rn. 18).

„Die Vollstreckungsgegenklage, mit der sich der Kl. **gegen die Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss** mit der Begründung wendet, der titulierte Kostenerstattungsanspruch sei durch Aufrechnung erloschen, ist gem. §§ 767, 794 I Nr. 2, 795 ZPO **zulässig** (vgl. BGH, NJW 1994, 3292; Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., § 767 Rn 6).“ (OLG Düsseldorf aaO)

II. Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage

Die Vollstreckungsgegenklage kann nur auf **materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch** gestützt werden, nicht jedoch auf Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels.

Der Kl. stützt seine Vollstreckungsgegenklage hier auf die von ihm erklärte Aufrechnung. Die Erklärung der Aufrechnung führt nach § 389 BGB dazu, dass die sich **aufrechenbar gegenüberstehenden Ansprüche erlöschen**. Das Erlöschen eines Anspruchs ist eine **materiell-**

le Einwendung. Es kommt daher für die Begründetheit der Klage darauf an, ob der Kl. wirksam die Aufrechnung gegen die Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss erklärt hat und ob er diesen Einwand trotz § 767 II ZPO im vorliegenden Verfahren geltend machen kann oder ob er hiermit präkludiert ist.

1. Wirksame Aufrechnung des Kl.

„Die vom Kl. mit Schreiben vom 21.07.2008 erklärte Aufrechnung mit der Gegenforderung bewirkt, dass die einander gegenüberstehenden Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind. Zinsansprüche entfallen rückwirkend auf diesen Zeitpunkt (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 389 Rn. 2). Diese Aufrechnungslage entsteht dann, wenn die Gegenforderung, mit der aufgerechnet wird, vollwirksam und fällig ist, und die Hauptforderung, gegen die aufgerechnet wird, erfüllbar ist (vgl. Palandt/Grüneberg, § 389 Rn. 11 f.)“ (OLG Düsseldorf aaO)

Die Parteien haben Zahlungsansprüche gegeneinander, so dass Gleichartigkeit gegeben ist. Fraglich ist jedoch, ob gegenseitige Ansprüche im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung des Kl. bestanden haben.

Zunächst hatte der Kl. den durch Urteil vom 06.05.2008 titulierten Zahlungsanspruch gegen den Bekl. Zudem hatte er einen weiteren Zahlungsanspruch in Höhe von 691,53 €. Der Bekl. seinerseits hatte einen Anspruch auf Rückzahlung der Kautionserstattung der Nebenkostenvorauszahlungen und den Anspruch aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss.

Der Kl. erklärte mit Schreiben vom 21.07.2008 die Aufrechnung mit seiner Restforderung aus dem Urteil vom 06.05.2008 und der weiteren Kostenforderung gegen den Anspruch des Bekl. aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss. Allerdings hatte der Bekl. seinerseits schon die Aufrechnung gegen die Forderung aus dem Urteil mit seinen Rückzahlungsansprüchen erklärt, so dass bei der Aufrechnungserklärung des Kl. möglicher Weise schon gar keine Restzahlungsansprüche mehr bestanden und daher keine Aufrechnungslage mehr bestand.

Es ist daher fraglich, ob die Aufrechnung der Bekl. vom 03.06.2008 mit seinem Kautionsrückzahlungsanspruch und dem Anspruch auf Erstattung der Nebenkostenvorauszahlungen wirksam war.

a) Aufrechnungslage für Aufrechnung des Bekl.

Es könnten sich der Kautionsrückzahlungsanspruch des Bekl. und der titulierte Anspruch des Kl. aufrechnenbar gegenübergestanden haben.

„Der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Mietsicherheit entsteht bereits mit Vertragsabschluss und ist aufschiebend bedingt durch die Beendigung des Vertrags sowie durch den Ablauf der dem Vermieter üblicherweise zusätzlich zuzubilligenden Abrechnungsfrist. Innerhalb dieser Frist hat sich der Vermieter zu entscheiden, ob und in welcher Weise er die Kautionserstattung zur Abdeckung seiner Ansprüche verwenden will. Erst mit Ablauf dieser Frist wird der Rückgewähranspruch des Mieters fällig (BGHZ 101, 244 = NJW 1987, 2372 = WuM 1987, 310; BGH, NJW 2006, 1422; Senat, BeckRS 2001, 30186001 = ZMR 2002, 37; NZM 2005, 783; BeckRS 2008, 10705 = ZMR 2008, 708; OLG Köln, WuM 1998, 154 = ZMR 1998, 345; Bub/Treier/Scheuer, Hdb. D. Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V Rn 288 ff.; Moeser, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Moeser, Geschäftsraummiete, 2. Aufl., Kap. 12 Rn 52, Pietz/Leo, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Moeser, Kap. 16 Rn 286; Blank, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 551 Rn 97; Staudinger/Emmerich, BGB, 2006, § 551 Rn 29; Wolf/Eckert/Ball, Hdb. D. gewerblichen Miet-, Pacht- und LeasingR, 9. Aufl., Rn 1144).

Dies folgt aus dem Zweck der Mietkaution, die alle – auch noch nicht fälligen – Ansprüche des Vermieters, die sich aus dem Mietverhältnis und seiner Abwicklung ergeben, sichern soll. Die Kautionserstattung erstreckt sich wegen dieses umfassenden Sicherungszwecks auch auf Nachforderungen aus einer nach Beendigung des Mietverhältnisses noch vorzunehmenden Abrechnung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten und auf Schadensersatzansprüche (vgl. BGH, NJW 1972, 721 = WM 1972, 776; NZM 2006, 343 = NJW 2006, 1422; Senat, NZM 2005, 783; BeckRS 2008, 10705 = ZMR 2008, 708; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1987, 720; OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 651; Bub/Treier, Kap. III Rn 766; Moeser, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Kap. 12 Rn 53; Blank, in: Schmidt-Futterer, § 551 Rn 101 f.; Wolf/Eckert/Ball, Rn 697).“ (OLG Düsseldorf aaO)

Wie viel Zeit dem Vermieter für die Abrechnung zuzubilligen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Regelmäßig dürften sechs Monate ausreichen (vgl. Staudinger/Emmerich, § 551 Rn 29 m.w.N.). Allerdings können bei besonderen

Umständen auch mehr als sechs Monate für den Vermieter erforderlich und dem Mieter zumutbar sein (vgl. BGH, NJW 2006, 1422 = NZM 2006, 343; Pietz/Leo, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Kap. 16 Rn 286; Blank, in: Schmidt-Futterer, § 551 Rn 102; Staudinger/Emmerich, § 551 Rn 29).

„Nach diesen Maßgaben endete die **Abrechnungsfrist** hier **spätestens** mit dem **Monat Juni 2004**. Zu diesem Zeitpunkt konnte der Kl. absehen, ob ihm Nebenkostennachzahlungsansprüche für die Jahre bis einschließlich 2002, Schadensersatzansprüche wegen vom Bekl. schuldhaft verursachter vorzeitiger Beendigung des Mietvertrags und sonstige Ansprüche, etwa auf Kostenerstattung, zustanden. Entgegen der Auffassung des Bekl., insbesondere auch im Schriftsatz vom 25.08.2009, bedarf es hierzu **nicht der gerichtlichen Feststellung dieser Ansprüche**. Ausreichend ist es, dass der Vermieter bei Ablauf der Prüfungsfrist der Auffassung ist, ihm stünden noch Ansprüche gegen den Mieter zu. Wenn dies der Fall ist, muss sich der **Vermieter nunmehr dazu erklären**, ob er **wegen dieser Ansprüche die Kautionsrückzahlung in Anspruch nehmen** wolle oder nicht.

Da der Kl. dies unterlassen hat, war der **Rückzahlungsanspruch** des Bekl. **seit Juli 2004** fällig. Wenn der Rückzahlungsanspruch des **Mieters** fällig ist, ist dieser auch **befugt**, hiermit gegenüber etwaigen Vermieterforderungen **aufzurechnen** (vgl. BGH, NJW 1972, 721 = WM 1972, 776; Moeser, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Kap. 12 Rn 53; Staudinger/Emmerich, § 551 Rn 30). Dass noch weitere Forderungen des Vermieters bestehen, nachdem der Mieter nach Ablauf der angemessenen Überlegungsfrist wirksam aufgerechnet hat, hindert den Vermieter an einer Verrechnung des dann bereits verbrauchten Kautionsguthabens (vgl. OLG Celle, OLG-Report 1994, 66). Der Bekl. hätte daher im Vorprozess die Aufrechnung, gegebenenfalls als Hilfsaufrechnung, mit dem Rückgewähranspruch gegen die Forderungen des Kl. erklären können.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Der Aufrechnung im Vorprozess könnte die Verjährung des Kautionsrückzahlungsanspruchs entgegenstehen.

„Der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautionsrückzahlung verjährt gem. § 195 BGB in drei Jahren. Die Frist beginnt gem. § 199 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden, also fällig geworden ist; auf die Beendigung des Mietvertrags kommt es nicht an (vgl. Senat, NZM 2005, 783; Moeser, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Kap. 12 Rn 60; Blank, in: Schmidt-Futterer, § 551 Rn 109). Der im Jahre 2004 fällig gewordene **Kautionsrückzahlungsanspruch** des Bekl. **verjährt** daher mit Ablauf des **31.12.2007**. Er hätte im Vorprozess sowohl vor als auch nach diesem Zeitpunkt zur Aufrechnung gestellt werden können. **Auch nach Verjährungseintritt** hätte der Bekl. gem. § 215 BGB gegen die Ansprüche des Kl. auf Schadensersatz und Betriebskostennachzahlung aus dem Jahre 2003 **aufrechnen können**, weil die gegenseitigen Ansprüche sich **zu unverjährter Zeit aufrechenbar gegenübergestanden haben**.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Eine Aufrechnungslage bestand im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung des Bekl.

b) Aufrechnungspräklusion beim Bekl.

Da der Kautionsrückzahlungsanspruch des Bekl. im Vorprozess fällig und aufrechenbar, so hätte eine gegen die Vollstreckung durch den Kl. gerichtete Klage des Bekl. aus § 767 ZPO, gestützt auf den Einwand der nachträglich erklärten Aufrechnung, keinen Erfolg gehabt. Der Bekl. wäre mit diesem Einwand gem. § 767 II ZPO präkludiert gewesen.

„Einwendungen gegen den titulierten Anspruch können danach nur insoweit mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, als die **Gründe**, auf denen sie beruhen, **nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Ausgangsprozess** entstanden sind. Sind die Gründe vor diesem Zeitpunkt entstanden, wird aber die Rechtswirkung der Einwendung erst durch eine Willenserklärung ausgelöst, so ist nach gefestigter Rspr. dennoch der Zeitpunkt maßgebend, in dem die **Willenserklärung objektiv abgegeben werden konnte** (BGH, NJW 2009, 1671; NJW-RR 2006, 229 = NZM 2006, 12; BGHZ 173, 328 = NZI 2007, 575; BGHZ 163, 339 = NJW 2005, 2926; BGHZ 125, 351 = NJW 1994, 2769; BGHZ 100, 222; BGHZ 34, 274 = NJW 1961, 1067; BGHZ 24, 97 = NJW 1957, 986). Da der Kautionsrückzahlungsanspruch des Bekl. vor Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess fällig war, hätte er bereits in diesem Prozess unbedingt oder hilfsweise zur Aufrechnung gestellt werden können und müssen. Die **spätere Geltendmachung im Wege einer Vollstreckungsgegenklage** gegen eine Vollstreckung des Kl. aus dem Urteil wäre **ausgeschlossen** gewesen (vgl. BGH, NJW 2009, 1671).“ (OLG Düsseldorf aaO)

Der Umstand, dass der Bekl. die Aufrechnung nicht in einer eigenen Vollstreckungsgegenklage geltend machen kann, könnte zugleich dazu führen, dass der diese auch nicht der Aufrechnung des Kl. im Rahmen von dessen Vollstreckungsgegenklage entgegenhalten kann.

„**Zwar** hindert die Abweisung einer Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich nicht die **Geltendmachung** der nämlichen **materiell-rechtlichen Einwendung** in einem Folgeprozess über den titulierten Anspruch selbst, wobei nach Auffassung des BGH die analoge Anwendung des § 767 II ZPO aller-

dings einer genaueren Untersuchung bedürfte (vgl. BGH, NJW 2009, 1671). Der **Aufrechnungseinwand** nimmt insoweit jedoch **eine Sonderstellung** ein. „Die prozessuale Unbeachtlichkeit der Aufrechnung führt nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB zu ihrer materiell-rechtlichen Unwirksamkeit. Nach ständiger höchstrichterlicher Rspr. (vgl. BGH, NJW 2009, 1671; BGHZ 125, 351 = NJW 1994, 2769; BGHZ 34, 274 = NJW 1961, 1076; BGHZ 24, 97 = NJW 1957, 986) hat die Präklusion der Aufrechnung **nicht nur verfahrensrechtliche Wirkung**.

Vielmehr **treten auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Aufrechnung nach § 389 BGB nicht ein**. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Titelschuldners (hier des Bekl.) werden so behandelt, als sei die Aufrechnung nie erklärt worden. Sie können folglich vom Titelschuldner selbstständig gegen den Titelgläubiger geltend gemacht und durchgesetzt werden. Dementsprechend wird auch die Forderung des Titelgläubigers (hier des Kl.) so behandelt, als sei die Aufrechnung nicht erklärt worden.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Der Kl. war daher Kl. berechtigt, seine Forderung anderweitig durchzusetzen, nämlich durch Aufrechnung gegen den Kostenerstattungsanspruch des Bekl., ohne dass dieser ihm den Aufrechnungseinwand entgegen halten kann.

„Der **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) erfordert entgegen der Auffassung des Bekl. keine andere Beurteilung, weil es dem Bekl. unbenommen war, seinen Anspruch auf Rückzahlung der Kautions im Vorprozess zur Aufrechnung oder Hilfsaufrechnung zu stellen, nachdem der Kl. seinerseits nicht mit den von ihm eingeklagten Forderungen gegen den Rückgewähranspruch des Bekl. aufrechnet. Daran ändert auch nichts der Vorwurf, der Kl. hafte für den Umgang mit der Kautions deliktsrechtlich. Insoweit gilt ebenfalls § 767 II ZPO.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Bei Erklärung der Aufrechnung durch den Kl. bestand daher eine Aufrechnungslage.

2. Präklusion beim Kl.

Der Kl. könnte jedoch seinerseits nach § 767 II ZPO mit dem Einwand der Aufrechnung **präkludiert** sein. Dies ist nach den vorstehenden Ausführungen insbesondere dann anzunehmen, wenn er die Aufrechnung bereits im Verfahren um die Schaffung des Titels, also den Kostenfestsetzungsbeschluss als materiell-rechtliche Einwendung hätte geltend machen können.

Die Gegenforderung des Kl. war seit dem Jahre 2003 vollwirksam und fällig. Fraglich ist jedoch, seit wann der **Kostenerstattungsanspruch** des Bekl. **erfüllbar** war.

„Nach h. M. **entsteht** der prozessuale Kostenerstattungsanspruch **als aufschiebend bedingter Anspruch mit Klageerhebung** (Rechtshängigkeit). Er wandelt sich mit Erlass der Kostengrundentscheidung zum **auflösend bedingten Anspruch**, der mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostengrundentscheidung fällig wird. Mit **Eintritt der Rechtskraft** wird er **unbedingt** (vgl. OLG Köln, BeckRS 2001, 30202792 = OLG-Report 2002, 36; Zöller/Vollkommer, Vorb. vor § 91 Rn. 10). Da die **Aufrechnung gegen aufschiebend bedingte Ansprüche unzulässig** ist (vgl. Palandt/Grüneberg, § 389 Rn. 12) entstand die Aufrechnungslage mit der Kostengrundentscheidung am 06.05.2008.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Die Aufrechnungslage entstand daher erst zu einem Zeitpunkt, in dem die Aufrechnung des Klägers nicht mehr als materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch hätte berücksichtigt werden können.

„Der Kl. ist mit dem Aufrechnungseinwand nicht gem. § 767 II ZPO präkludiert. Diese Vorschrift, nach der gegen einen durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellten Anspruch mit der Vollstreckungsgegenklage nur Einwendungen geltend gemacht werden können, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses entstanden sind, **greift nicht –auch nicht analog – ein**, wenn sich die **Vollstreckungsgegenklage gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss** richtet, weil im Kostenfestsetzungsverfahren keine Gelegenheit besteht, solche Einwendungen geltend zu machen (vgl. BGH, NJW 1994, 3292; Musielak, ZPO, 6. Aufl., § 767 Rn 31; Zöller/Herget, § 767 Rn 20).“ (OLG Düsseldorf aaO)

Ergebnis: Die Aufrechnung des Kl. ist wirksam, er ist mit dem Einwand der Aufrechnung nach § 767 II ZPO nicht präkludiert. Die Klage ist begründet.

ZPO
§ 338**Nochmalige Zustellung eines Versäumnisurteils**

ZPO

Lauf der Einspruchsfrist

(BGH in jurisAnwaltLetter Nr. 2, 25.01.2011; Urteil vom 15.12.2010 – XII ZR 27/09)

1. Veranlasst die Geschäftsstelle des Gerichts die **nochmalige Zustellung** eines Versäumnisurteils, weil sie **irrig davon ausgeht**, die bereits erfolgte **Zustellung** sei wegen fehlender Belehrung über den Einspruch **unwirksam**, so wird der bereits mit der ersten Zustellung ausgelöste **Lauf der Einspruchsfrist** davon **nicht berührt**.
2. Etwas anderes folgt auch nicht aus den **europarechtlichen Vorgaben** für eine Bestätigung des Versäumnisurteils als Europäischer Vollstreckungstitel.
3. Den Rechtsanwalt, der sich wegen der wiederholten Zustellung beim Gericht erkundigt und die **nicht näher erläuterte Auskunft erhält**, die erste **Zustellung sei unwirksam** und könne als gegenstandslos betrachtet werden, trifft jedenfalls dann **kein Verschulden**, wenn die **Auskunft nicht offensichtlich fehlerhaft** ist. Eine Pflicht zu einer weiteren Nachfrage nach dem konkreten Grund der Unwirksamkeit trifft ihn nicht.

A. Grundlagenwissen: Einspruch gegen ein Versäumnisurteil

Ergeht ein Versäumnisurteil, so besteht gem. § 338 ZPO die Möglichkeit, hiergegen binnen 2 Wochen (§ 339 ZPO) Einspruch beim erlassenden Gericht einzulegen. Die Berufung ist nach § 514 I ZPO ist unzulässig. Das Verfahren wird bei einem zulässigen Einspruch dann gem. § 342 ZPO in dem Stand, in welchem es sich zur Zeit des Urteils erlasses befand, fortgesetzt. Die Säumnis muss nicht entschuldigt werden. Die Einspruchsschrift ist dem Gegner nach § 340a ZPO mit der Angabe, wann das Versäumnisurteil zugestellt wurde und wann die Einspruchsschrift bei Gericht eingegangen ist, zuzustellen.

I. Zulässigkeit des Einspruchs**1. Statthaftigkeit**

Der Einspruch ist nur statthaft gegen ein erstes Versäumnisurteil. Bei einem zweiten Versäumnisurteil ist die Möglichkeit des Einspruchs nach § 345 ZPO nicht mehr gegeben.

2. Form, § 340 ZPO

Der Einspruch wird durch **Einreichung der Einspruchsschrift** bei dem Prozessgericht eingelegt. Sie muss enthalten die Bezeichnung des Urteils, gegen das der Einspruch gerichtet wird, enthalten sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt wird.

In der Einspruchsschrift hat die Partei ihre **Angriffs- und Verteidigungsmittel** vorzubringen, soweit es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Dies gilt auch für Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen.

3. Frist, § 339 ZPO

Der Einspruch ist **binnen 2 Wochen nach Zustellung** des Versäumnisurteils einzulegen. Hierbei handelt es sich um eine nicht verlängerbare Notfrist (§ 224 ZPO).

4. Entscheidung bei Unzulässigkeit

Das Gericht hat die **Voraussetzungen** für die Zulässigkeit des Einspruchs **von Amts wegen** zu prüfen. Liegen diese nicht vor, so wird der Einspruch nach § 341 I 2 ZPO **als unzulässig verworfen**. Diese Entscheidung erfolgt nach § 341 II ZPO **durch Urteil**. Dies gilt **auch**, wenn die den Einspruch einlegende Partei im Einspruchstermin **säumig** ist, da die Entscheidung hier nicht auf der Säumnis, sondern auf der Unzulässigkeit des Einspruchs beruht. Das Urteil ist dann ein sog. **unechtes Versäumnisurteil**.

II. Begründetheit des Einspruchs

Mit der zulässigen Einlegung von Einspruch wird das Verfahren nach § 342 ZPO in die **Lage zurückversetzt**, in der er sich **vor Eintritt der Säumnis** befand. Es wird also oh-

ne Berücksichtigung des zwischenzeitlich ergangenen Versäumnisurteils streitig weiterverhandelt und durch Urteil entschieden, wobei sowohl **Zulässigkeit als auch Begründetheit der Klage** geprüft werden.

Die **Prozesshandlungen** der im **Säumnistermin** erschienenen Partei **verlieren** mit dem zulässigen Einspruch ihren **Bestand**. Alle **zuvor erfolgten Prozesshandlungen** der Parteien **behalten** jedoch inhaltlich ihre **prozessuale Bedeutung**. Eine **Klagerücknahme** des Klägers **nach Erlass des Versäumnisurteils** ist daher, soweit der Säumnistermin der erste Verhandlungstermin war, nach § 269 I ZPO **ohne die Einwilligung des Beklagten** möglich.

Der **Einspruch** gegen ein Versäumnisurteil ist **begründet**, wenn sich nach streitiger mündlicher Verhandlung ergibt, dass – bei einem Versäumnisurteil gegen den Beklagten – der Klage nicht stattzugeben ist oder – bei einem Versäumnisurteil gegen den Kläger – der geltend gemachte Anspruch besteht. In diesem Fall wird das **Urteil** nach § 343 S. 2 ZPO aufgehoben. Ansonsten wird es nach § 343 S. 1 ZPO **aufrechterhalten**.

Das **Versäumnisurteil** selbst bleibt **bis zu dieser Entscheidung wirksam**, es wird nur **nicht formell rechtskräftig**. Auch bei zulässigem Einspruch ist daher die **vorläufige Vollstreckung** aus dem Versäumnisurteil noch möglich, solange noch keine instanzabschließende Entscheidung über den Einspruch vorliegt.

B. Lauf der Einspruchsfrist bei nochmaliger Zustellung des Versäumnisurteils (BGH in jurisAnwaltLetter Nr.2, 25.01.2011)

Fall: Im vorliegenden Verfahren hat das Amtsgericht - Familiengericht - am 12.10.2006 ein Versäumnisurteil erlassen, durch das der Beklagte zur Zahlung von Trennungsunterhalt in Höhe von monatlich 1.894 € ab Juli 2004 verurteilt worden ist. Das Versäumnisurteil ist dem damaligen Rechtsanwalt des Beklagten am 25.10.2006 zugestellt worden. Die Zustellungsurkunde trägt den vom 09.11.2006 datierenden Vermerk des mit der Verwaltung der Geschäftsstelle betrauten Justizamtsinspektors: "Zustellung unwirksam! Es fehlt ZP 18". Das Versäumnisurteil ist am 03.11.2006 erneut zugestellt worden, diesmal mit dem Formular ZP 18, das die in § 338 S.2 ZPO vorgeschriebene Belehrung enthält. Mit dem am 17.11.2006 eingegangenen Schriftsatz seines Rechtsanwalts hat der Beklagte Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt. Nachdem das Gericht auf seine Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der Einspruchsfrist hinwies, beantragte der Beklagte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, sein Rechtsanwalt habe seinen Bürovorsteher damit beauftragt, beim Amtsgericht in Erfahrung zu bringen, was es mit den beiden Zustellungen auf sich gehabt habe. Dieser habe daraufhin zwei Telefonate geführt und beim zweiten Gespräch die Auskunft erhalten, das erste zugestellte Versäumnisurteil sei wegen fehlerhafter Zustellung als gegenstandslos zu betrachten, maßgeblich sei das am 03.11.2006 zugestellte Versäumnisurteil. Daraufhin habe der Rechtsanwalt verfügt, den nach der ersten Zustellung notierten Fristablauf im Fristenkalender zu streichen. Ist der Einspruch zulässig?

Gegen ein Versäumnisurteil ist nach § 338 ZPO der Einspruch statthaft, der nach § 339 ZPO binnen einer Notfrist von 2 Wochen ab Zustellung des Versäumnisurteils eingelegt werden muss.

Hier sind zwei Zustellungen erfolgt. Ist die erste Zustellung vom 25.10.2006 maßgeblich, so hätte die Einspruchsfrist am 08.11.2006 geendet und der Einspruch wäre verspätet. Kommt es hingegen auf die Zustellung am 03.11.2006 an, endete die Einspruchsfrist am 17.11.2006 und der Einspruch wäre rechtzeitig.

I. Bestimmung der Einspruchsfrist

1. Begriff der Zustellung

Die Zustellung ist die **Bekanntgabe eines Dokuments an eine Person** in der nach §§ 166 ff. ZPO **vorgesehenen Form** (§ 166 I ZPO). Fraglich ist, ob die Zustellung vom 25.10.2006 dem entspricht. Dies hängt davon ab, ob für die wirksame Zustellung eines Versäumnisurteils die Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung notwendig ist.

*„Das **zuzustellende Dokument** ist das **Versäumnisurteil**, **nicht** auch die **Belehrung über den Einspruch**. Nach § 317 I ZPO werden verkündete Versäumnisurteile der unterliegenden Partei zugestellt. Sowohl aus § 339 I HS.2 ZPO als auch aus § 317 I ZPO ergibt sich somit, dass das **zuzustellende Dokument** - nur - das **Versäumnisurteil** ist. Auch aus § 338 S.2 ZPO ist zu ersehen, dass die **Rechtsbehelfsbelehrung nicht Bestandteil des Versäumnisurteils oder seiner Zustellung** ist, weil auf den Einspruch nur "zugleich mit der Zustellung" hinzuweisen ist. Abgesehen davon stünde aber auch eine als vorgeschriebener Bestandteil der Entscheidung fehlende Rechtsbehelfsbelehrung der Wirksamkeit der Zustellung nicht ohne weiteres entgegen (vgl. etwa §§ 39, 17 II FamFG).“ (BGH aaO)*

Die Zustellung vom 25.10.2006, der eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlte, ist daher ordnungsgemäß erfolgt.

2. Hemmung der Einspruchsfrist wegen fehlender Rechtsbehelfsbelehrung

Der Lauf der Einspruchsfrist könnte jedoch wegen des Fehlens der Rechtsbehelfsbelehrung gehemmt sein. Fehlt eine Belehrung über den Beginn der Einspruchsbegründungsfrist, so beginnt diese nicht zu laufen. Dies könnte auch bei fehlender Belehrung über die Einspruchsfrist für diese Frist ebenfalls gelten.

*„Die Revision vernachlässigt, dass **zwischen den beiden Fristen ein grundlegender Unterschied besteht**. Dass die Einspruchsbegründung mit dem Einspruch zu erfolgen hat und die beiden Fristen demnach im Ausgangspunkt übereinstimmen, kann deren **grundsätzliche Verschiedenheit nicht verdecken**.*

*Das zeigt sich daran, dass die **Einspruchsbegründungsfrist verlängert werden kann** (§ 340 III 2 ZPO), die **Einspruchsfrist dagegen nicht** (§ 224 II ZPO). Die **Einspruchsbegründungsfrist** betrifft die Frage, ob das **Vorbringen einer Partei noch zu berücksichtigen** oder als verspätet zurückzuweisen ist. Dagegen regelt die **Einspruchsfrist** die Frage, ob der Rechtsstreit nach Erlass eines Versäumnisurteils fortzusetzen ist und das **Gericht überhaupt noch in der Sache entscheidet** oder aber der Einspruch - bei verspäteter Einlegung - als unzulässig verworfen werden muss. Während bei **fehlender Belehrung über die Einspruchsbegründungsfrist** spätestens nach der abschließenden mündlichen Verhandlung eine **das Verfahren beendende Entscheidung** ergeht, bliebe das **Verfahren bei nicht anlaufender Einspruchsfrist in der Schwebe**, denn der Einspruch könnte jederzeit nachgeholt werden. Demgemäß besteht schon im **Interesse der Rechtssicherheit** kein Anlass für eine einschränkende Interpretation der in § 339 I ZPO getroffenen - eindeutigen - gesetzlichen Anordnung, dass die Einspruchsfrist mit der Zustellung des Versäumnisurteils beginnt.“ (BGH aaO)*

Der Lauf der Einspruchsfrist hängt daher nicht von der Rechtsbehelfsbelehrung über den Einspruch ab. Q

3. Wirkung der zweiten Zustellung

Die Wirkung der ersten Zustellung mit dem Beginn des Laufs der Einspruchsfrist könnte jedoch durch die zweite Zustellung überholt sein und diese den Lauf der Einspruchsfrist erneut ausgelöst haben.

*„Durch die Veranlassung einer nochmaligen Zustellung konnte die Geschäftsstelle die Rechtswirkungen der bereits erfolgten Zustellung nicht mehr rückgängig machen. Denn jedenfalls **nach der erfolgreichen Zustellung** liegt es **nicht mehr in der Hand der Geschäftsstelle**, die **Wirkungen der Zustellung zu beseitigen** und diese durch eine erneute Zustellung zu ersetzen.“ (BGH aaO)*

4. Hemmung des Fristlaufs aufgrund europarechtlicher Vorgaben

*„Die **gesetzliche Belehrungspflicht nach § 338 S.2 ZPO** ist durch das Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 über einen Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen (EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetz) vom 18.08.2005 (BGBl. I S. 2477) eingeführt worden. Die **Verordnung (EG) Nr. 805/2004** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 (ABl. EU L 143 S. 15 - EuVTVO) verfolgt das **Ziel**, den **Zugang zur Vollstreckung in einem anderen Mitgliedstaat** (Art. 2 Abs. 3 EuVTVO) als dem Mitgliedstaat, in dem die Entscheidung ergangen ist, **ohne erforderliche Zwischenmaßnahmen zu beschleunigen und zu vereinfachen** (Erwägungsgrund 8 der Verordnung). Zur Sicherung des fairen Verfahrens nach Art. 47 II der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EG C 364) enthalten Art. 12 - 19 EuVTVO **Mindestvorschriften für** das Verfahren, deren Einhaltung Voraussetzung für die **Erteilung einer Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel** ist (Art. 12 I EuVTVO; vgl. Erwägungsgrund 11 der Verordnung). Zu den Mindestvorschriften gehören neben der **Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks** (Art. 13 - 15 EuVTVO) die Unterrichtung des Schuldners über die Forderung (Art. 16 EuVTVO) und über die **Verfahrensschritte zum Bestreiten der Forderung** (Art. 17 EuVTVO), wozu auch der Hinweis auf die Konsequenzen des Nichterscheinens gehört (Art. 17 lit. b EuVTVO; vgl. BGH Urteil vom 22.09. 2010 - VIII ZR 182/09 - MDR 2010, 1340).*

*Die **Belehrung über den Einspruch zugleich mit der Versäumnisentscheidung** ist dagegen nach der EuVTVO **nicht als Mindestvorschrift für die Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel** vorgesehen. Denn die Belehrung führt nach Art. 18 Abs. 1 lit. b EuVTVO zur Heilung, wenn die Verfahrensvorschriften nach Art. 13 - 17 EuVTVO nicht eingehalten worden sind. Dementsprechend ist die Erfüllung der Belehrungspflicht nach § 338 S.2 ZPO zur Erteilung der Bestätigung gemäß Art. 6, 12 Abs. 1 EuVTVO **nicht erforderlich**.“ (BGH aaO)*

Die europarechtlichen Vorgaben erfordern es daher nicht, dass die Einspruchsfrist erst nach einer Belehrung über den Einspruch zu laufen beginnt. Es könnte sich jedoch aus dem Gebot des fairen Verfahrens ergeben, dass für den Fristbeginn der Zeitpunkt der zweiten Zustellung maßgeblich ist.

„Dem Gebot des fairen Verfahrens ist im Übrigen durch die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit einer **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** Genüge getan (vgl. BVerfG NJW 2000, 1633).“ (BGH aaO)

5. Zwischenergebnis

Demnach war die Zustellung am 25.10.2006 wirksam und hat die Einspruchsfrist nach § 339 I ZPO in Lauf gesetzt. Die nochmalige Zustellung am 03.11.2006 konnte den Lauf der Frist nicht mehr beeinflussen. Die Einspruchsfrist lief demzufolge mit dem 08.11.2006 ab. Durch den am 17.11.2006 beim Amtsgericht eingegangenen Einspruchsschriftsatz konnte die Frist somit nicht mehr gewahrt werden.

II. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 233 ff. ZPO

Dem Beklagte könnte antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren sein, wenn er **ohne sein Verschulden gehindert** war, die Einspruchsfrist zu wahren, wobei ihm das Verschulden seines Rechtsanwalts nach § 85 II ZPO als eigenes Verschulden zugerechnet wird. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es nicht darum geht, dass dem Rechtsanwalt der Lauf der Einspruchsfrist wegen der fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung nicht bekannt war, sondern dass die verspätete Einlegung des Einspruchs auf dessen **Irrtum über die die Frist auslösende Zustellung** zurückzuführen ist.

1. Relevanz fehlerhafter Auskünfte des Gerichts

„Richtig ist .. der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der **Rechtsanwalt** sich auf eine **unzutreffende Rechtsauskunft des Gerichts nicht ohne weiteres verlassen darf, sondern verpflichtet ist, die sich bei der Prozessführung stellenden Rechtsfragen in eigener Verantwortung zu überprüfen**. Dementsprechend **schließen selbst ursächliche Gerichtsfehler im Allgemeinen ein anwaltliches Verschulden nicht aus** (vgl. für die Anwaltshaftung BGHZ 174, 205, 209 und BGH Urteil vom 18. Dezember 2008 - IX ZR 179/07 -NJW 2009, 987). Im Fall einer **unzutreffenden Auskunft über die Zustellung** und eines **durch sie ausgelösten Rechtsirrtums** über den Lauf einer Frist hat der Bundesgerichtshof mehrfach entschieden, dass der Rechtsanwalt sich auf die Auskunft verlassen und die **Frist entsprechend der ihm erteilten Auskunft berechnen darf** (BGH Beschluss vom 07.10.1986 - VI ZB 8/86 - VersR 1987, 258; Beschluss vom 26.10.1994 - IV ZB 12/94 -VersR 1995, 680; Beschluss vom 04.05.2005 - I ZB 38/04 - NJW-RR 2005, 1658).“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Dem Rechtsanwalt des Beklagten wurde die Auskunft erteilt, das erste zugestellte Versäumnisurteil sei wegen fehlerhafter Zustellung als gegenstandslos zu betrachten. Maßgeblich sei das am 03.11.2006 zugestellte Versäumnisurteil.

„Aufgrund dieser Auskunft war für den Rechtsanwalt **nicht offenkundig**, dass die **erste Zustellung** entgegen der Meinung des zuständigen Geschäftsstellenbeamten **wirksam** war. Denn für eine Unwirksamkeit der Zustellung kamen **neben der fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung weitere Ursachen in Betracht**. So hätte das Versäumnisurteil etwa noch nicht vom Richter unterschrieben und versehentlich ein Entwurf zugestellt worden sein können. Dass die zweite Zustellung nunmehr mit der Rechtsbehelfsbelehrung verbunden war, musste den Rechtsanwalt nicht darauf schließen lassen, dass die erneute Zustellung - nur - deswegen durchgeführt worden war.“ (BGH aaO)

Der Rechtsanwalt könnte aber verpflichtet gewesen sein, die genauen Gründe für die Annahme der Geschäftsstelle, dass die erste Zustellung unwirksam sei, zu erfragen, um so die Rechtsauffassung der Geschäftsstelle zu überprüfen.

„Den Rechtsanwalt traf jedenfalls unter den Umständen des vorliegenden Falls keine Verpflichtung zu weiteren Nachfragen. Da er von der Geschäftsstelle die Auskunft erhalten hatte, die erste Zustellung sei unwirksam und gegenstandslos, konnte er sich ohne gegenteilige Anhaltspunkte darauf verlassen. Die von der Geschäftsstelle erteilte **Auskunft war jedenfalls nicht offenkundig falsch**, denn sie konnte auch auf anderen Unwirksamkeitsgründen beruhen als der unterbliebenen Rechtsbehelfsbelehrung. Den Rechtsanwalt traf überdies **keine Pflicht**, durch weitere Nachfrage **danach zu forschen**, ob die **erste Zustellung womöglich dennoch wirksam war**. Denn die Nachfrage hätte sich auf gerichtsinterne Vorgänge beziehen müssen, die der Rechtsanwalt jedenfalls in dem vorliegenden Zusammenhang von sich aus nicht aufklären muss. Das gilt umso mehr, als die Geschäftsstelle gemäß §§ 168 I, 176 I ZPO die Zustellung in eigener Verantwortung veranlasst. Bei dieser Sachlage kann sich der Rechtsanwalt auf die Richtigkeit der ihm erteilten Auskunft verlassen und würde eine Pflicht zu weiterer Nachforschung die an ihn gestellten **Sorgfaltsanforderungen überspannen**.“ (BGH aaO)

Das Fristversäumnis ist daher nicht auf ein Verschulden zurückzuführen, so dass dem Beklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren und der Einspruch daher zulässig ist.

StPO
§ 101**verdeckte Ermittlungen**
Zulässigkeit der sog. „Cold-Case-Technik“

StPO

(OLG Zweibrücken in NStZ 2011, 113; Beschluss vom 26.05.2010 – 1 Ws 241/09)

1. Bei der sog. „Cold-Case-Technik“ wird ein Vertrauensverhältnis zum Verdächtigen durch seine Einbeziehung in eine ihm vorgetäuschte verbrecherische Organisation hergestellt, wobei er gegen Entgelt zur Begehung vermeintlicher Straftaten veranlasst wird.
2. Verdeckte Ermittlungen nach der sog. „Cold-Case-Technik“ sind nicht grds. unzulässig; nach der Rspr. des BGH und des EGMR darf der Verdächtige aber nicht durch Ausübung von Druck und Zwang in einer vernehmungsfähnlichen Situation zu selbstbelastenden Sachangaben veranlasst werden.

Fall: Im Jahre 2003 kam es im Ortsbereich von K. zu einem Großbrand, bei dem 2 Menschen starben. Der Angekl., der im Kreis der Schaulustigen und aufgrund seines in der Nacht zuvor in verschiedenen Gaststätten gezeigten Verhaltens aufgefallen war, wurde noch am selben Tag kurzzeitig festgenommen unter dem Verdacht, der Brandstifter gewesen zu sein.

Der Verurteilte war zuerst unmittelbar nach dem Vorfall von der Polizei vernommen worden. Nach Belehrung machte er nähere Angaben zu seinem Verhalten in der Tatnacht, bestritt aber, den Brand gelegt zu haben. Durch ein Schreiben vom selben Tag bestellte sich Rechtsanwältin R als seine Verteidigerin und kündigte an, er werde zunächst von seinem Schweigerecht Gebrauch machen. Äußerungen zur Sach- und Rechtslage würden ausschließlich über die Verteidigerin abgegeben; es werde gebeten, von weiteren Vernehmungsversuchen Abstand zu nehmen. Danach wurde der Angekl. bei der StA und in Gegenwart seiner Verteidigerin erneut vernommen. Ihm wurden insbesondere Gutachtenergebnisse zu Brandspuren an seiner in der Tatnacht getragenen Kleidung vorgehalten. Er führte diese darauf zurück, dass er im Zeitraum Juli bis November 2003 mit verschiedenen Freunden öfter Lagerfeuer an einem Baggersee gemacht habe.

Anschließend wurden gegen ihn in der Zeit von Januar 2004 bis Juni 2006 aufgrund einer Vielzahl ermittlungsrichterlicher Beschlüsse Telekommunikationsmaßnahmen geschaltet und verdeckte Ermittlungen durchgeführt. In der Endphase dieser Ermittlungen wurden mehrere verdeckte Ermittler auf ihn angesetzt, die ihm nach Art der von der kanadischen Polizei übernommenen sog. „Cold-Case-Taktik“ vorspiegelten, er sei in eine verbrecherische Organisation einbezogen und ihn dabei gegen Entgelt zur Begehung scheinbarer strafbarer Handlungen veranlassten. Durch die richterlichen Entscheidungen war auch die Überwachung und Aufzeichnung des vom Verurteilten außerhalb seiner Wohnung nichtöffentlich gesprochenen Wortes gestattet worden.

Die **Zulässigkeit verdeckter Ermittlungen nach der sog. „Cold-Case-Technik“** ist in Rspr. und Lit. bisher nicht diskutiert worden.

- I. Nach **allg. Auffassung** darf zwar ein **verdeckter Ermittler grds. keine Straftaten begehen** (vgl. nur Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 110c Rn 4); im Umkehrschluss ist aber die **Vortäuschung der Begehung von Straftaten**, wie sie im vorliegenden Fall vorgesehen war, **grds. als zulässig** anzusehen.

„Die scheinbare Verstrickung in solche Taten und in eine verbrecherische Organisation verstieß bei diesem Verurteilten nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie durch die Urteilsfeststellungen zu seinen persönlichen Verhältnissen und Vorstrafen belegt wird. Danach hatte er schon frühzeitig mit dem Konsum von Alkohol begonnen und diesen mehr und mehr verstärkt. Im Zusammenhang damit verlor er die Fahrerlaubnis und beging verschiedene Straftaten. Eine dauerhafte berufliche Eingliederung gelang ihm nicht; durch alkoholbegleitete Aggressivität wurden persönliche Beziehungen verschiedener Art nachhaltig beeinträchtigt.“ (OLG Zweibrücken aaO)

- II. **Unzulässig ist es** aber, durch ein derartiges Vorgehen **Druck auf den Besch. auszuüben** und ihn so unter Umgehung des von ihm ausgeübten Schweigerechts **in vernehmungsfähnlichen Situationen zu selbstbelastenden Sachangaben zu bewegen**. Jedenfalls in der hier zugrunde gelegten ursprünglichen Konzeption der Maßnahmen war aber ein derartiges Vorgehen nicht vorgesehen.

1. Gem. **§ 110a I 4 StPO** dürfen verdeckte Ermittler zur Aufklärung von Verbrechen eingesetzt werden, wenn
 - die **besondere Bedeutung der Tat** den Einsatz gebietet und
 - **andere Maßnahmen aussichtslos** erscheinen.

Verdeckte Ermittlungen setzen danach insbes. voraus, dass i.S.d. § 152 II StPO ein **Anfangsverdacht** besteht, also zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Begehung eines Verbrechens bestehen (BGH NJW 1996, 2518; KK-StPO, 6. Aufl. § 110a Rn 13). Die Aufzeichnung des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes setzt nach § 100c I Nr. 2 bzw. § 100f I StPO voraus, dass bestimmte Tatsachen den Verdacht einer im Katalog des § 100a StPO erfassten Tat begründen, wobei die Ermittlungen ohne Anordnung der Maßnahme aussichtslos oder wesentlich erschwert wären.

*„Hier bestand ein für die Anordnungen **hinreichender Verdacht des gemeingefährlichen Verbrechens** der Brandstiftung mit Todesfolge nach § 306c StGB, das in § 100a II 1 Nr. 2 StPO als Katalogtat aufgeführt ist. Der Verdacht ergab sich aus den Beweisanzeichen, nämlich den Zeugenaussagen über die Ereignisse der Brandnacht, des Spurenbildes und einer durchgeführten Tatrekonstruktion. Diese wurden später verstärkt durch den Nachweis von Brandspuren auf der in der Tatnacht getragenen Kleidung des Verurteilten. Es handelte sich auch offensichtlich um eine Tat von besonderer Bedeutung.*

*Es durfte auch zum Zeitpunkt des Erlasses der Anordnungen angenommen werden, dass **andere Maßnahmen aussichtslos seien und die Ermittlungen ohne die Maßnahmen wesentlich erschwert** würden. Dies wird nicht dadurch widerlegt, dass die Kammer letztlich aufgrund einer umfangreichen Hauptverhandlung den Angekl. ohne Berücksichtigung der besonderen Ermittlungen verurteilt hat. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass dieselbe Kammer als Kollegialgericht zunächst den zur Eröffnung des Hauptverfahrens hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich der Brandlegung verneint hat und die Anklage erst im Beschwerdeverfahren uneingeschränkt zugelassen wurde.“ (OLG Zweibrücken aaO)*

2. Die **Rechtmäßigkeit der Durchführung der Maßnahmen** ist jedoch **zweifelhaft**. Zwar hat der Angekl. von seinem **Schweigerecht nach § 136 StPO** nicht uneingeschränkt Gebrauch gemacht, sich aber alsbald dafür entschieden, Angaben nur noch über seine Verteidigerin bzw. in deren Beisein zu machen.

- Es ist zwar **nicht zu beanstanden**, wenn auch der Besch., der sich bereits auf sein Schweigerecht berufen hat, **durch Anbahnung eines Vertrauensverhältnisses** dazu **veranlasst** wird, von sich aus **Informationen preiszugeben** (EGMR StV 2003, 256; BGH NStZ 2009, 343; BGH 2007, 714).
- **Nicht erlaubt sind** aber solche **Einwirkungen auf den Verdächtigen, die sich als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellen** (EGMR aaO; BGH aaO). Ob eine solche vorliegt, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wie insbes. der Art der Beziehungen zwischen verdecktem Ermittler und Beschuldigten und von Art und Ausmaß des ausgeübten Zwanges.

Es wird dabei darauf abgestellt, ob es sich um eine vernehmungähnliche Befragung handelte, durch die mit dem Ziel auf den Beschuldigten eingewirkt wurde, von ihm Angaben zu erhalten. Nicht erlaubt sind daher gezielte (BGH aaO) und beharrliche (EGMR aaO) Fragen, durch die ein Besch. massiv dazu gedrängt wird, Aussagen zu tätigen, zu denen er in einer förmlichen Vernehmung nicht bereit gewesen wäre (BGH aaO).

3. Im vorliegenden Fall handelte sich nicht im eigentlichen Sinn um **massive Befragungen**; sie beschränkten sich aber auch nicht durchweg darauf, das entgegen zu nehmen, was der Verurteilte von sich aus zu dem die Verfolgungsbehörden interessierenden Thema äußerte. Der auf ihn ausgeübte Druck bestand vielmehr in der **mehr oder weniger latenten Drohung, an der „Organisation“ nicht länger teilhaben zu dürfen** und damit auch die damit verbundenen Erwerbsmöglichkeiten zu verlieren.

*„Auch **dieser Druck ist als nicht allzu erheblich einzuschätzen**: Der Angekl. war zwar arbeitslos und in einer persönlich schwierigen Situation. Andererseits waren offenbar die Einkünfte aus der Organisation weder nach Häufigkeit noch nach Umfang im Einzelfall allzu erheblich; dies gilt auch unter Berücksichtigung sonstiger Annehmlichkeiten wie etwa einem Hotelaufenthalt mit Ausflügen ins Rotlicht-Milieu. Auch war der Angekl. zwar persönlich destabilisiert, aber nicht etwa derart vereinsamt, wie es in einem der vom BGH entschiedenen Sachverhalte der Fall war (BGH NStZ 2007, 714).“ (OLG Zweibrücken aaO)*

Insgesamt gesehen ist der Verdächtige aber nicht durch Ausübung von Druck und Zwang in einer vernehmungähnlichen Situation zu selbstbelastenden Sachangaben veranlasst worden, sodass die Anwendung der „Cold-Case-Technik“ hier nicht als unzulässig erscheint.

BauGB
§ 212a**Aufschiebende Wirkung eines Nachbarwiderspruchs**
nicht tatsächliches, sondern richtiges Rechtsregime maßgeblich

VwGO

(OVG Lüneburg in ZfBR 2011, 72; Beschluss vom 11.11.2010 - 1 ME 193/10)

Der Widerspruch eines Nachbarn gegen die baurechtliche Genehmigung eines Kleintierkrematoriums hat entgegen § 212a BauGB aufschiebende Wirkung, weil von der immissionschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit solcher Anlagen auszugehen und darauf abzustellen ist, **nach welchem Regime die Genehmigung richtigerweise hätte erteilt werden müssen.**

A. Grundlagenwissen: Einstweiliger Rechtsschutz bei Drittbeteiligung nach § 80a VwGO**I. Drittbelastung bei begünstigendem VA, § 80a I VwGO**

1. Hat der **Widerspruch des Dritten aufschiebende Wirkung**, wird hierdurch der begünstigte Adressat belastet und hat ein Interesse an der Aufhebung der aufschiebenden Wirkung, um die Begünstigung nutzen zu können.

Rechtsschutzziel: Anordnung der sofortigen Vollziehung zugunsten des Begünstigten = zu Lasten des Dritten.

Antragsteller: Adressat des VA = Begünstigter

2. Hat der **Widerspruch des Dritten keine aufschiebende Wirkung**, so liegt es im Interesse des Dritten diese herbeizuführen, um die Umsetzung der Begünstigung durch den Adressaten zu verhindern

Rechtsschutzziel: Anordnung der aufschiebenden Wirkung zugunsten des Dritten = zu Lasten des Begünstigten

Antragsteller: Nichtadressat des VA = Dritter

II. Drittbegünstigung bei belastendem VA, § 80a II VwGO

1. Hat der **Widerspruch des Adressaten** gegen einen ihn zugunsten eines Dritten belastenden VA **aufschiebende Wirkung**, so hat der Dritte ein Interesse an der Aufhebung der aufschiebenden Wirkung, damit die Belastung sofort umgesetzt werden muss.

Rechtsschutzziel: Anordnung der sofortigen Vollziehung zugunsten des Dritten = zu Lasten des Begünstigten

Antragsteller: Nichtadressat des VA = Dritter

2. Hat der **Widerspruch des Adressaten** gegen einen ihn zugunsten eines Dritten belastenden VA **keine aufschiebende Wirkung**, so hat er ein Interesse an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung, damit die Belastung nicht sofort umgesetzt werden muss.

Rechtsschutzziel: Anordnung der aufschiebenden Wirkung zugunsten des Begünstigten = zu Lasten des Dritten.

Antragsteller: Adressat des VA = Belasteter

Achtung: Verfahren nach § 80 V VwGO!

B. keine Anwendbarkeit des § 212a BauGB bei fehlerhafter Genehmigung nach BauGB statt nach BlmschG (OVG Lüneburg, ZfBR 2011, 72)

Fall: Der Antragsgegner hat für ein Dorfgebiet eine Baugenehmigung für ein Kleintierkrematorium erteilt. Hiergegen hat der Antragsteller form- und fristgerecht Widerspruch eingelegt. Nachdem gleichwohl mit dem Bau begonnen wurde, hat sich der Antragsteller an den Antragsgegner gewandt mit dem Begehren, dies zu unterbinden. Er wurde darauf verwiesen, dass sein Widerspruch nach § 212a BauGB keine aufschiebende Wirkung habe und man deshalb keine Veranlassung sehe, Maßnahmen gegen die Ausnutzung der Baugenehmigung zu ergreifen. Daraufhin hat der Antragsteller beim zuständigen Verwaltungsgericht beantragt festzustellen, dass sein Widerspruch aufschiebende Wirkung hat. Er ist der Auffassung, dass das Vorhaben

den Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und des Umweltverträglichkeitsgesetzes unterfalle; § 212a BauGB sei daher nicht anwendbar. Wird er damit Erfolg haben?

I. Zulässigkeit des Antrags

Der Antragsteller hat gegen die **einen Dritten begünstigende Baugenehmigung** Widerspruch eingelegt, weil er sich hierdurch belastet fühlt. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich in solchen Fällen nach § 80a III, I VwGO. Danach kann das Gericht, wenn der Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat, **auf Antrag des Dritte den Suspensiveffekt anordnen** oder auf Antrag des Begünstigten bei Eintritt des Suspensiveffekts die sofortige Vollziehung anordnen. Da hier der belastete Drittbetroffene Widerspruch eingelegt hat und die Behörde den Suspensiveffekt unter Berufung auf § 212a BauGB in Abrede stellt, kommt daher grundsätzlich ein Antrag nach **§ 80a III, I Nr. 2 VwGO** in Betracht. Der Antragsteller begehrt jedoch nicht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung, sondern ist der Auffassung, dass diese ohnehin besteht und will dies **festgestellt wissen**. Ein solcher Antrag ist in § 80a III, I VwGO jedoch vorgesehen.

Geht die Behörde davon aus, dass ein Suspensiveffekt nicht besteht, obwohl der Widerspruchsführer von der aufschiebenden Wirkung ausgeht, so kann ein Fall der sog. **faktischen Vollziehung** vorliegen. Im Verhältnis zwischen Behörde und Adressaten eines belastenden Verwaltungsaktes ist anerkannt, dass der Betroffene analog § 80 V VwGO vom Gericht die Feststellung begehren kann, dass sein Widerspruch aufschiebende Wirkung hat.

vgl. VGH BW NVwZ-RR 1991, 176; BayVGH NJW 1983, 835 (836); HessVGH NVwZ-RR 1988, 124; Schoch, "Vorläufiger Rechtsschutz, S. 1486 ff.; ders. "VerwArch 82 (1991), 145 (170); Kopp Rn. 10; Schenke Verwaltungsprozeßrecht, Rn. 1015, Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Schoch, VwGO, § 80a Rn 56

Im Anwendungsbereich des § 80a VwGO ist umstritten, ob dem Gericht auch hier die Befugnis zukommt, den Eintritt des Suspensiveffekts auf Antrag festzustellen. Die h.M. lässt einen solchen Antrag zu.

vgl. VGH BW NVwZ 1991, 1008; NVwZ-RR 1995, 378; BayVGH BayVBI 1993, 85; BayVBI 1994, 631 (632); OVG Hamburg NVwZ-RR 1993, 401 (402); HessVGH UPR 1993, 69 (70); OVG NW NVwZ 1992, 186; OVG SH NVwZ 1991, 898; Dürr DÖV 1994, 841 (852). Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Schoch, VwGO, § 80a Rn 56

Der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ist demnach analog § 80a III, I Nr. 2 VwGO statthaft. Sonstige Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen nicht.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn dem Widerspruch des Antragstellers aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers könnte nach § 80 I Nr. 3 VwGO i.V.m. § 212a BauGB entfallen sein. Fraglich ist jedoch, ob § 212a BauGB überhaupt anwendbar ist.

1. Genehmigungsbedürftigkeit nach BauGB

Der Suspensiveffekt würde entfallen, wenn es sich um die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens nach dem BauGB handelt. Fraglich ist jedoch, ob hier überhaupt die Genehmigungsbedürftigkeit und – fähigkeit nach dem BauGB gegeben ist oder ob nicht vielmehr – wie der Antragsteller meint – eine Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz und dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung hätte erfolgen müssen.

*„Zunächst spricht hier Überwiegendes für eine **Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz**. Der Antragsgegner kann sich zwar für die Auffassung, „Kleinstanlagen“ der hier vorliegenden Art seien von Nr. 8.1 der 4. BImSchV nicht gemeint, auf die fachliche Einschätzung des Gewerbeaufsichtsamtes und auf allgemeine Ausführungen bei Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, B 2.4, 4. BImSchV § 1 Rn 4, und Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 4. BImSchV vor § 1 Rn 6 stützen. Entsprechende Fallgruppen scheinen sich in der immissionsschutzrechtlichen Praxis aber noch nicht herausgebildet zu haben, abgesehen von dem kaum vergleichbaren Fall der von Künstlern betriebenen Kleinstanlagen zur Herstellung von Kupferstichen unter Verwendung von Fluss- oder Salpetersäure. Insbesondere spricht aber gegen eine solche einschränkende Auslegung, dass die Anlage zur 4. BImSchV in der Spalte 2 zwar zum Teil nur obere Schwellenwerte nennt, in anderen Fällen aber auch „nach unten“ abgrenzt. Das spricht dafür, dass in den erstgenannten Fällen jedenfalls*

regelmäßig auch alle Klein- und Kleinanlagen genehmigungsbedürftig sein sollen.“ (OVG Lüneburg aaO)

Nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen **summarischen** Prüfung ist daher davon auszugehen, dass die **Genehmigung** hier im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens **nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz** hätte erteilt werden müssen und nicht als Baugenehmigung nach dem BauGB. Bei richtiger Rechtsanwendung läge daher **keine bauaufsichtliche Zulassung** eines Vorhabens nach dem BauGB im Sinne des § 212a BauGB vor und die Vorschrift würde nicht zum Wegfall des Suspensiveffekts des Nachbarwiderspruchs führen.

2. Geltung des § 212a BauGB bei (wenn auch fehlerhafter) Anwendung des BauGB

§ 212a BauGB könnte jedoch gleichwohl zum Wegfall des Suspensiveffekts des Antragstellers führen, da die Genehmigung tatsächlich als Baugenehmigung erteilt wurde. Fraglich ist also, ob es für die Frage der Anwendbarkeit des § 212a BauGB lediglich darauf ankommt, ob eine baurechtliche Genehmigung erteilt wurde oder ob eine solche hätte erteilt werden dürfen. Die Anwendung des an sich nichtanwendbaren § 212a BauGB zu Lasten des Nachbarn in Fällen fehlerhafter Rechtsanwendung könnte gegen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG verstoßen.

a) kein Verstoß gegen Art. 19 IV GG wegen geringerem Schutzniveau

Die Anwendung des § 212a BauGB könnte sich deshalb verbieten, weil der Nachbar im baurechtlichen Verfahren weniger Schutz genießen könnte als im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren. Dies könnte gegen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG verstoßen.

„Die (falsche) Wahl eines baurechtlichen anstelle eines immissionsschutzrechtlichen Verfahrens hat allerdings nicht gleichsam automatisch und von Verfassungs wegen zur Folge, dass § 212a BauGB nicht anwendbar ist.

Effektiver Rechtsschutz bleibt auch dann möglich, wenn die Folgen der Verfahrenswahl im Rahmen eines Nachbarantrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gewürdigt werden. Insbesondere verhält es sich nicht so, dass Art. 19 IV GG in Verbindung mit § 80 I VwGO den Nachbarn vor einem „aufwändigen Rechtsstreit“ schützt, dessen Ergebnis von einer Abwägungsentscheidung abhängt (so die Beschwerdebegründung). Denn auch der Bauherr/Vorhabenträger kann seinerseits die Anordnung der sofortigen Vollziehung der ihm erteilten Genehmigung und insoweit auch gerichtlichen Rechtsschutz beantragen, wobei der widerspruchsführende Nachbar beizuladen ist. Abgesehen von den abweichenden Beteiligtenrollen ergeht die gerichtliche Entscheidung in beiden Fällen nach den gleichen Abwägungsmaßstäben, denn in mehrpoligen Rechtsverhältnissen dieser Art sind nach der Rechtsprechung des Senats immer die Interessen aller Verfahrensbeteiligter angemessen zu gewichten (Beschl. v. 25.01.2007 - 1 ME 177/06 -, BauR 2007, 1394). Dies steht auch im Einklang mit der jüngsten Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 01.10.2008 - 1 BvR 2466/08 -, NVwZ 2009, 240). Aus der vom Antragsteller angeführten Kammerentscheidung zum Aktenzeichen 1 BvR 2395/09 (Beschluss vom - richtig - 30.10.2009, NJW 2010, 1871) lässt sich für diese Fallgestaltungen dagegen nichts herleiten, weil sie ohne Drittbeteiligung nur das zweipolige Verhältnis Staat - Bürger betrifft.

Infolgedessen ließe sich mit guten Gründen auch argumentieren, schon aus Gründen der Rechtsklarheit müsse für § 212a BauGB darauf abgestellt werden, welche Rechtsgrundlage sich die angegriffene Genehmigung selbst beilegt.“ (OVG Lüneburg aaO)

b) Verstoß gegen Art. 19 IV GG wegen Erschwerung des Verfahrens

Es verbleibt dann allerdings als belastende Auswirkung der falschen Verfahrenswahl, dass der betroffene Nachbar in die Rolle desjenigen gedrängt wird, der über seinen Widerspruch hinaus vorläufigen behördlichen und gerichtlichen Rechtsschutz beantragen muss.

„Das wollte ihm der Gesetzgeber im Falle immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsbedürftigkeit nicht zumuten (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 19.7.2010 - 2 M 64/10 -, juris). Unabhängig davon, ob hier etwa aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis in § 80 I, II Nr. 3 VwGO hergeleitet werden kann, entspricht es jedenfalls der Intention des Gesetzgebers, den Nachbarn immissionsschutzrechtlich zu genehmigender Anlagen in einer verfahrensrechtlich vorteil-

hafteren Position zu belassen als den Baunachbarn. Dies spricht dafür, den „wahren“ Charakter des Vorhabens ausschlaggebend sein zu lassen, und zwar schon vor der Schwelle einer missbräuchlich falschen Verfahrenswahl, für welche hier keine Anhaltspunkte vorliegen.

Das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes verfolgt ... andere Zwecke als das Hauptsacheverfahren; in ihm geht es der Sache nach nur um Aufschub, bis eine „Vollprüfung“ vorgenommen werden kann. Ist - wie hier - jedenfalls thematisch der Anwendungsbereich der 4. BImSchV unmittelbar berührt, wovon auch die Antragsgegnerin ausgeht, rechtfertigt der Umstand, dass eine Anlage emittiert, grundsätzlich eher ein Hinausschieben ihrer Realisierung als bei „normalen“ Bauvorhaben, bei denen eventuelle Emissionen typischerweise nicht im Vordergrund stehen.“ (OVG Lüneburg aaO)

Es kommt daher auf den „wahren Charakter“ des Bescheides und nicht auf seine Bezeichnung („Überschrift“) an. Dies kommt in § 67 IX BImSchG zum Ausdruck.

„Darin (§ 67 IX 3 Halbs. 2 i.V.m. S.1 BImSchG) hat der Gesetzgeber angeordnet, Genehmigungen für Windenergieanlagen, welche auf Bauanträge erteilt wurden, die vor dem 01.07.2005 gestellt worden seien, gälten (nur) als Genehmigungen nach diesem Gesetz. Das hat zur Folge, dass sie materiellrechtlich zwar als immissionsschutzrechtliche Genehmigungen anzusehen sind. Im Hinblick auf ihre Vollziehbarkeit aber sind sie selbst dann mit der Folge als Baugenehmigungen anzusehen, dass der Bauherr in den Genuss des § 212a BauGB kommt, wenn diese nach dem 01.07.2005 erteilt worden sind (so zutreffend OVG Münster, B. v. 15.9.2005 - 8 B 1074/05 -, NVwZ-RR 2006, 173). Das zeigt: Der Gesetzgeber musste eigens anordnen, dass es bei der Rechtswohltat des § 212a BauGB bleibt, wenn die erteilte Genehmigung eine andere Rechtsnatur als die eines Bauscheins hat. Daraus folgt weiter: Nur dann, wenn der Gesetzgeber eine ausdrückliche Bestimmung dahin trifft, die Vollziehbarkeit solle sich - und sei es übergangsweise - nach anderen Kriterien bestimmen als sie nach der wahren Rechtsnatur des Bescheides gelten würden, ist es gerechtfertigt, sich hinsichtlich der Vollziehbarkeit allein/entscheidend von der Bezeichnung des Bescheides leiten zu lassen. Eine solche ausdrückliche Bestimmung besteht für die hier zu behandelnde Sachlage nicht.“ (OVG Lüneburg aaO)

§ 212a BauGB ist daher nicht allein deshalb anwendbar, weil die Genehmigung nach dem BauGB erteilt wurde. Der Widerspruch des Antragstellers hat aufschiebende Wirkung.

Ergebnis: Der Antrag auf Feststellung des Eintritts des Suspensiveffekts ist zulässig und begründet.

(BVerwG in NVwZ 2011, 55; Beschluss vom 14.07.2010 - 10 B 7/10)

1. Fehler in der Beweiswürdigung sind grundsätzlich dem sachlichen Recht zuzuordnen.
2. Ein **Verfahrensfehler** kann aber **ausnahmsweise** dann gegeben sein, wenn die **Beweiswürdigung**
 - **objektiv willkürlich** ist,
 - gegen die **Denkgesetze verstößt** oder
 - einen **allgemeinen Erfahrungssatz** missachtet
3. Verfehlt die Vorinstanz bei der Tatsachenfeststellung das **Regelbeweismaß richterlicher Überzeugungsgewissheit**, kann diese Verletzung des § 108 I 1 VwGO mit Erfolg als Verfahrensmangel gem. § 132 II Nr. 3 VwGO gerügt werden.

A. Grundlagenwissen: Die Nichtzulassungsbeschwerde, § 133 VwGO

Die Revision als Rechtsmittel richtet sich in der Regel **gegen zweitinstanzliche Urteile**. Allein im Falle der Sprungrevision ist das Rechtsmittel gegen ein erstinstanzliches Urteil gerichtet. Zuständig für die Entscheidung über eine Revision ist stets das BVerwG.

Die **Prüfung** in der Revisionsinstanz erfolgt **nur in rechtlicher Hinsicht**. Eine Auseinandersetzung mit tatsächlichen Fragen findet nicht mehr statt. Das BVerwG ist daher nur eine Rechtsinstanz, nicht Tatsacheninstanz. Die Revision dient weniger dem Individualrechtsschutz, da dieser durch die zwei Tatsacheninstanzen hinreichend gewährleistet ist. Die Revision dient vielmehr der Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung (BVerwG NJW 62, 218).

Daher ist die Revision nicht **ohne weiteres zulässig**, sondern von einer gesonderten **Zulassung im Urteil des OVG/VGH** abhängig. Gleiches gilt für die Sprungrevision. Diese ist im erstinstanzlichen Urteil des VG zuzulassen. Über die Zulassung der Revision hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu entscheiden. Eines gesonderten Antrags der Beteiligten bedarf es nicht. Nur im Fall der Sprungrevision ist ein gesonderter Antrag erforderlich, der bis zu 1 Monate nach Zustellung des Urteils beim VG gestellt werden kann.

Wird die Zulassung **nicht ausdrücklich ausgesprochen**, gilt die Revision als **nicht zugelassen**. Es besteht dann die Möglichkeit, **Nichtzulassungsbeschwerde** zu erheben. Wird auf diese Beschwerde hin die Revision zugelassen, wird das Verfahren als Revision weitergeführt.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nach § 133 II 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils zu erheben und nach § 133 III 1 innerhalb von 2 Monaten zu begründen. Bei Ablehnung der Zulassung wird die Entscheidung rechtskräftig (§ 133 V 3 VwGO). Gegen die Ablehnung der Zulassung auf die Nichtzulassungsbeschwerde hin ist kein weiteres Rechtsmittel gegeben.

Die Zulassung der Revision ist nur für bestimmte Fälle vorgesehen, die in § 132 II VwGO normiert sind. Diese Aufzählung ist abschließend. Eine Zulassung aus anderen Gründen kommt nicht in Betracht.

- Die Rechtssache hat grundlegende Bedeutung (§ 132 II Nr. 1 VwGO)
- Die Entscheidung
 - weicht ab von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts und
 - beruht auf dieser Abweichung (§ 132 II Nr. 2 VwGO).

- Es wird ein
 - Verfahrensmangel geltend gemacht,
 - dieser Verfahrensmangel liegt vor und
 - die Entscheidung kann auf diesem Mangel beruhen (§ 132 II Nr.3 VwGO).

B. Fehlen richterlicher Überzeugungsgewissheit als Revisionsgrund (BVerwG NVwZ 2011, 55)

Fall: Der am ... 1969 im Dorf K. in der Provinz L./Afghanistan geborene Kläger ist afghanischer Staatsangehöriger tadschikischer Volks- und schiitischer Religionszugehörigkeit und begehrt vorliegend Abschiebungsschutz.

Das VG Kassel hat die Klage abgewiesen. Die Klage sei hinsichtlich der Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 VII 1 Satz 1 AufenthG in Bezug auf Afghanistan nicht begründet. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof sei in seiner neuesten Entscheidung zu der Überzeugung gelangt, dass es jungen, männlichen, alleinstehenden Afghanen ohne nennenswertes Vermögen, ohne abgeschlossene Berufsausbildung und ohne schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen möglich sei, in Kabul zu leben. Obwohl die in diesem Urteil insbesondere in Bezug genommenen Auskünfte und Berichte nahezu ein Jahr und älter seien und sich die Situation in den letzten Monaten immer weiter verschlimmert habe, schließe sich das Gericht aus prozessökonomischen Gründen dieser Entscheidung an.

Das VGH Kassel hingegen gab der Berufung statt. Es geht bei der Prüfung des § 60 VII 2 AufenthG davon aus, dass der Kl. nicht auf internen Schutz in einem anderen Teil seines Herkunftslandes Afghanistan gem. § 60 XI AufenthG i.V.m. Art. 8 der Richtlinie 2004/83/EG verwiesen werden könne. Im Bereich der Hauptstadt Kabul könnten auch jungen ledigen Männern im Falle ihrer zwangsweisen Rückführung so genannte Extremgefahren drohen, wenn mangels ausreichender Schul- oder Berufsausbildung, Vermögens oder Grundbesitzes und insbesondere eines funktionierenden Netzwerks durch Familie oder Bekannte nicht sichergestellt sei, dass sie dort eine menschenwürdige Existenzgrundlage finden könnten. Davon müsse auch im Falle des nunmehr vierzigjährigen Kl. ausgegangen werden, der aus der ländlichen Region südlich Kabuls stamme. Der Kl. halte sich inzwischen fast acht Jahre in Deutschland auf, sei mit den Verhältnissen in der Hauptstadt Kabul nicht vertraut, habe keine Berufsausbildung erhalten, sondern lediglich in seinem ländlichen Bereich einen Lebensmittelladen geführt. Dort habe er „möglicherweise“ noch Grundbesitz, den er für ein Überleben in Kabul aber „kaum“ werde nutzen können.

Mit der Nichtzulassungsbeschwerde macht der Beklagte einen Verfahrensmangel nach § 132 II Nr. 3 VwGO mit der Begründung geltend, das Berufungsgericht habe § 108 I 1 VwGO verletzt. Es habe sich nicht die notwendige Überzeugungsgewissheit davon gebildet, dass der Kl. keine Vermögenswerte in Afghanistan besitze, die er außerhalb seines Herkunftsortes nutzen könne. Auf dieser verfahrensfehlerhaft getroffenen Feststellung beruhe die angefochtene Entscheidung. Liegt ein die Zulassung der Revision rechtfertigender Verfahrensmangel vor?

I. Fehler der Beweiswürdigung als Verfahrensmangel

Fraglich ist, ob Fehler in der Beweiswürdigung überhaupt als Verfahrensmangel anzusehen sind.

„Die Grundsätze der Beweiswürdigung sind revisionsrechtlich nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG grundsätzlich dem sachlichen Recht zuzuordnen (vgl. nur BVerwG, Buchholz 406. 12 § 22 BauNVO Nr. 4, S. 4 = NVwZ-RR 1995, 310 = NVwZ 1995, 787 L.; BVerwG, Buchholz 310 § 108 VwGO Nr. 266, S. 18 f. = NVwZ-RR 1996, 359, und BVerwG, ZOV 2008, 168 = BeckRS 2008, 34950, jew. m.w.N.).

Ein **Verfahrensfehler** kann aber **ausnahmsweise** dann gegeben sein, wenn die **Beweiswürdigung**

- **objektiv willkürlich** ist,
- gegen die **Denkgesetze verstößt** oder
- einen **allgemeinen Erfahrungssatz** missachtet.

*(BVerwG, Buchholz 402. 25 § 1 AsylVfG Nr. 284 = BeckRS 2004, 23888, und BVerwG, NVwZ 2003, 1132 [1135], jew. m.w.N.). So kann z.B. ein **Verstoß gegen die Denkgesetze als Verfahrensmangel** gem. § 132 II Nr. 3 VwGO gerügt werden, wenn er nicht die Anwendung des materiellen Rechts betrifft, sondern – dieser gleichsam vorgelagert – sich ausschließlich auf die tatsächliche Würdigung beschränkt und damit **dem Tatsachenbereich zuzuordnen** ist (BVerwG, Buchholz 310 § 108 VwGO Nr. 269 = NVwZ 1997, 389 = NJW 1997, 2192 L.; BVerwGE 84, 271 [272 ff.] = NJW 1990, 1681 = NVwZ 1990, 754 L.). Diese Verfahrensrüge greift aber nur durch, wenn das Gericht einen **Schluss gezogen hat, der schlechterdings nicht gezogen werden kann**. Ein Tatsachengericht hat nicht schon dann gegen Denkgesetze verstoßen, wenn es nach Meinung des Bf. unrichtige oder fernliegende Schlüsse gezogen hat; ebenso wenig genügen objektiv nicht überzeugende oder sogar unwahrscheinliche Schlussfolgerungen. Es muss sich vielmehr um einen **aus Gründen der Logik schlechthin unmöglichen Schluss** handeln (BVerwG, Buchholz 310 § 96 VwGO Nr. 34 = NVwZ-RR 1990, 166, und BVerwG, NVwZ 1997, 998 = NJW 1997, 3328 L.).*

Auch das Vorbringen, das Gericht habe den **Sachverhalt „aktenwidrig“ festgestellt**, kann einen Verfahrensmangel gem. § 132 II Nr. 3 VwGO betreffen. Eine derartige Verfahrensrüge, die den Grundsatz der freien Beweiswürdigung und das **Gebot sachgerechter Ausschöpfung des vorhandenen Prozessstoffs** betrifft, kann nur Erfolg haben, wenn zwischen den in der angegriffenen Entscheidung getroffenen tatsächlichen Annahmen und dem insoweit unumstrittenen Akteninhalt ein **offensichtlicher, keiner weiteren Beweiserhebung bedürftiger „zweifelsfreier“ Widerspruch** vorliegt (BVerwG, Buchholz 406. 11 § 153 BauGB Nr. 1, und BVerwG, Buchholz 310 § 108 II VwGO Nr. 7).“ (BVerwG aaO)

Fehler bei der Beweiswürdigung können daher bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen als Verfahrensmangel im Rahmen des § 132 II Nr. 3 VwGO geltend gemacht werden.

II. Verstoß gegen § 108 I VwGO als Verfahrensmangel

„Diese Fallvarianten aus der Rechtsprechung des BVerwG zeigen, dass die Rüge eines Verstoßes gegen § 108 I 1 VwGO **im Rahmen der Sachverhalts- und Beweiswürdigung ausnahmsweise** dann als **Verfahrensmangel** i. S. des § 132 II Nr. 3 VwGO angesprochen werden kann, wenn der gerügte Fehler sich **hinreichend eindeutig von der materiell-rechtlichen Subsumtion**, d. h. der korrekten Anwendung des sachlichen Rechts **abgrenzen** lässt. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Sachverhalts- und Beweiswürdigung dem Tatrichter obliegt. Daher liegt ein Verfahrensmangel bei der Beweiswürdigung nur dann vor, wenn der Tatrichter **den ihm bei der Tatsachenfeststellung durch den Grundsatz freier Beweiswürdigung gem. § 108 I 1 VwGO eröffneten Wertungsrahmen verlassen** hat. Das ist u. a. dann der Fall, wenn er eine **schlechthin unmögliche Schlussfolgerung** gezogen hat oder von einer Annahme ausgegangen ist, die in zweifelsfreiem Widerspruch zum eindeutigen Akteninhalt steht, der keine unterschiedliche Würdigung zulässt.

Das BerGer. ist **nicht etwa davon ausgegangen**, dass § 60 XI AufenthG i. V. mit Art. 8 der Richtlinie 2004/83/EG hinsichtlich der Sicherung des Existenzminimums nur ein **abgesenktes Beweismaß** verlangt. Vielmehr hat es seiner Prognose im Ansatz – unausgesprochen – den **Maßstab der Überzeugungsgewissheit gem. § 108 I 1 VwGO zu Grunde gelegt**. Greift die Beschwerde darauf aufbauend die konkrete Beweiswürdigung bei Stellung der **Prognose als Element der Tatsachenfeststellung** an, lässt sich dieser Mangel von der korrekten Anwendung der materiell-rechtlichen Vorschrift des § 60 XI AufenthG i. V. mit Art. 8 der Richtlinie 2004/83/EG abschichten und kann daher **Gegenstand einer Verfahrensrüge** sein.“ (BVerwG aaO)

III. Vorliegen eines Verstoßes gegen § 108 I VwGO

Die Entscheidung des Berufungsgerichts könnte gegen das Regelbeweismaß des § 108 I VwGO verstoßen.

„Die Würdigung des BerGer. zu der Frage, ob am **Ort des internen Schutzes** zumindest das **Existenzminimum** des Kl. gesichert ist, bringt hinsichtlich des Besitzes bzw. der Verwertbarkeit von Grundbesitz nur die **Möglichkeit** zum Ausdruck, dass es sich so wie von ihm beschrieben verhalten könnte. Es handelt sich auch **nicht nur um missverständliche Formulierungen** des BerGer., denn möglich ist nach seinen „Feststellungen“ auch der gegenteilige Sachverhalt. Für die gem. § 108 I 1 VwGO erforderliche richterliche **Überzeugungsgewissheit von der Richtigkeit der tatsächlichen Grundlagen** sowie der darauf aufbauenden Prognose reicht das nicht aus (BVerwGE 85, 139 [147 f.] = NVwZ 1990, 1175 = NJW 1991, 649 L; und BVerwGE 87, 141 [151] = NVwZ 1991, 384 = NJW 1991, 1432 L). **Verfehlt** der **Tatrichter** das durch § 108 I 1 VwGO **vorgegebene Beweismaß**, hat er den ihm durch das Prozessrecht eröffneten **Spielraum bei der Tatsachenwürdigung verlassen**.

Auf diesem Mangel beruht die angefochtene Entscheidung, da nach der eigenen Annahme des BerGer. die Frage mangelnden Vermögens oder Grundbesitzes bzw. der Verwertbarkeit des Grundbesitzes für das Bestehen oder Fehlen internen Schutzes entscheidungserheblich ist.“ (BVerwG aaO)

IV. Ergebnis

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 132 II Nr. 3 VwGO liegen daher vor. Allerdings hat das BVerwG bei diesem Revisionsgrund neben der Durchführung des Revisionsverfahrens im Anschluss an die positive Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 133 VI VwGO auch die Möglichkeit, in dem Beschluss das angefochtene **Urteil aufzuheben** und den **Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurück zu verweisen**. Dies ist hier geschehen.

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 32

Amtshaftungsanspruch zulässiger Gerichtsstand

ZPO

(LG Celle in MDR 2010, 1485; Beschluss vom 08.06.2010 – 16 W 43/10)

Der **Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei Amtshaftungsansprüchen** nach § 839 BGB ist (auch) **dort gegeben, wo in das geschützte Rechtsgut (Vermögen) des Klägers eingegriffen wird**. Das ist regelmäßig der **klägerische Wohnsitz**.

„Als **Erfolgsort** wird allgemein der **Ort** verstanden, **wo die Verletzung des geschützten Rechtsguts eintritt** (BGHZ 124, 237; BGHZ 132, 105). In Abgrenzung dazu soll dagegen der Ort des Schadenseintritts für die Bestimmung des Gerichtsstands nicht maßgebend sein. Auf § 839 BGB angewendet ist folglich darauf abzustellen, wo ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der unerlaubten Handlung - hier der behaupteten Amtspflichtverletzung - verwirklicht wird. I. S. des soeben dargelegten Erfolgsortes der Amtspflichtverletzung kommt es damit darauf an, wo der mit der Pflichtverletzung verursachte Eingriff in das durch § 839 BGB geschützte Rechtsgut eingetreten ist. Diese **Norm schützt allgemein das Vermögen des Geschädigten** (und das auch hier in Rede stehende allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kl. durch das gegen ihn geführte Strafverfahren). Ist somit das Vermögen als solches - wie bei der Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB - das geschützte Rechtsgut, so liegt auch dort (**Erfolgsort der Pflichtverletzung**) ein Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO. Dies entspricht auch der herrschenden Lehre, in der ausgeführt wird, dass bei reinen Vermögensschäden neben dem Handlungsort auch der **Ort des Schadenseintritts als Begehungsort** i. S. des § 32 ZPO anzusehen ist (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 2003, § 32 Rn 30; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 32 Rn 16; MüKo-ZPO/Patzina, § 32 Rn 20). So hat auch der BGH (BGHZ 132, 105) für den Fall des § 823 II i. V. m. § 263 StGB einen Gerichtsstand auch dort angenommen, wo in das geschützte Rechtsgut des Kl. (Vermögen) eingegriffen wurde. Für § 839 BGB kann nichts anderes gelten, weil auch dort das Vermögen geschütztes Rechtsgut ist, in das durch die (behauptete) Amtspflichtverletzung eingegriffen wird. Insoweit gehört der Eingriff in das Vermögen (oder das ebenfalls geschützte Persönlichkeitsrecht) bereits zum Tatbestand der unerlaubten Handlung i. S. des § 839 BGB, so dass Erfolgsort auch der Ort des Vermögens des Klägers und mithin sein Wohnsitz ist.

Die - soweit ersichtlich - veröffentlichte Rspr. zu dieser Problematik (OLG Frankfurt OLGR 2008, 4; LG Mainz NJW-RR 2000, 588) sieht dies ebenso. Der Senat schließt sich der Begründung des OLG Frankfurt auch für diesen Fall an (ebenso auch Stein/Jonas aaO sowie Zöller/Vollkommer aaO). Die Kritik bei Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 32 Rn 23 zur Entscheidung des LG Mainz („in sich widersprüchlich“) ist dort nicht weiter begründet und überzeugt i. Ü. auch nicht. Soweit bei Ansprüchen aus § 826 BGB der Erfolgsort (auch) dort angenommen wird, wo der Schaden eingetreten ist (BGH NJW 1995, 1225), vermag der Senat keinen entscheidenden Unterschied zu einer Haftung aus § 839 BGB zu sehen. In beiden Vorschriften ist das Vermögen geschützt und der Eingriff darin (Erfolgsort) gehört hier wie da zum Tatbestand, denn auch der Verletzungserfolg einer Amtspflichtverletzung tritt erst ein, wenn sie auch zu einem Schaden führt.“ (LG Celle aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§ 52

wirksame Prozessvertretung einer GmbH nach Amtsniederlegung durch GmbH-Geschäftsführer

ZPO

(BGH in DB 2010, 2719 = DStR 2010, 2643; Urteil vom 25.10.2010 – II ZR 115/09)

Legt der einzige **Geschäftsführer einer GmbH sein Amt nieder**, ist die **Gesellschaft nicht mehr prozessfähig** i.S. des § 52 ZPO und damit ist eine **gegen die Gesellschaft gerichtete Klage** mangels gesetzlicher Vertretung **unzulässig**.

„Daran **ändert § 35 I 2 GmbHG nichts**. Nach dieser Vorschrift wird die Gesellschaft bei einer **Führungslosigkeit**, also beim Fehlen eines Geschäftsführers, **von ihren Gesellschaftern gesetzlich vertreten**, wenn ihr gegenüber Willenserklärungen abzugeben oder Schriftstücke zuzustellen sind. Das betrifft etwa die Zustellung der Klageschrift. Darin erschöpft sich die Prozessführung aber nicht. **Einen Prozess kann die GmbH nur führen, wenn ihre Vertreter nicht nur zur Passivvertretung, sondern auch zur Aktivvertretung befugt sind**, also auch Willenserklärungen mit Wirkung für die Gesellschaft abgeben können. Eine solche Rechtsmacht haben die Gesellschafter in den Fällen des § 35 I 2 GmbHG nicht.

Aus der **Gesetzesbegründung** [ergibt sich] nichts anderes: Danach soll durch § 35 I 2 GmbHG ermöglicht werden, dass der Gesellschaft auch dann Schriftstücke zugestellt werden können, wenn ihr Geschäftsführer sein Amt niedergelegt und die Gesellschaft damit keinen gesetzlichen Vertreter mehr hat (BT-Drs. 16/6140, S. 42). Nur diesen Zustellungsmangel wollte der Gesetzgeber heilen, nicht aber die Grundsätze der Prozessfähigkeit ändern. Dafür besteht auch kein Bedürfnis, weil – etwa im weiteren Verlauf eines durch Klagezustellung eingeleiteten Prozesses – der Mangel der Prozessfähigkeit durch Bestellung eines Notgeschäftsführers oder eines Prozesspflegers geheilt werden kann.“ (BGH aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§§ 345, 514 II 1

Rechtsmittel gegen zu Unrecht erlassenes 2. Versäumnisurteil

FGO

(OLG Frankfurt a.M. in NJW-RR 2011, 216; Urteil vom 10.08.2010 – 9 U 61/08)

Gegen ein zu Unrecht vom Landgericht erlassenes II. Versäumnisurteil (statt I. Versäumnisurteil) **ist nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz Einspruch und/oder Berufung möglich**.

„Wäre – wie geboten – ein (I.) Versäumnisurteil ergangen, hätte den Bekl. wieder der Einspruch zugestanden. Gegen die tatsächlich erlassene Entscheidung war dagegen nach §§ 345, 514 II 1 ZPO nur noch die Berufung möglich. Auf Grund des sog. **Meistbegünstigungsgrundsatzes** können die Bekl. in einem solchen Fall das Versäumnisurteil mit dem Einspruch und/oder der Berufung angreifen (BGH NJW 1997, 1448).

Die Berufung ist auch nicht deshalb unstatthaft, weil sie nach § 514 II 1 ZPO nur darauf gestützt werden könnte, dass kein Fall der schuldhaften Versäumung vorgelegen habe. Auf das Vorbringen der Bekl. hierzu kommt es nicht an, denn der – ebenfalls statthafte – Einspruch hätte der Beschränkung des § 514 II 1 ZPO nicht unterlegen. Zwar entbindet auch der Meistbegünstigungsgrundsatz nicht von der Einhaltung der für ein Rechtsmittel vorgesehenen Formen und Fristen. Geht es hingegen – wie hier – um eine Voraussetzung der Statthaftigkeit des Rechtsmittels überhaupt, würde es keine „Meist“-Begünstigung mehr darstellen, wenn bereits der **Zugang zur nächsten Instanz durch Voraussetzungen behindert** würde, die bei dem wahlweise statthaften Rechtsmittel oder Rechtsbehelf nicht eingreifen (in diesem Sinne OLG Düsseldorf BeckRS 2001, 30167853; LAG Sachsen BeckRS 2004, 30474242).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

FGO
§ 64 I

**Klageerhebung
Schriftformerfordernis**

FGO

(BFH in DB 2010, 2034; Urteil vom 22.06.2010 – VIII R 38/08)

Eine mit der **eingescannten Unterschrift des Prozessbevollmächtigten durch Telefax eingelegte Klage entspricht** jedenfalls dann den **Schriftformerfordernissen des § 64 I FGO**, wenn sie von dem Bevollmächtigten an einen Dritten mit der tatsächlich ausgeführten Weisung gemailt wird, sie auszudrucken und per Telefax an das Gericht zu senden.

- I. Nach **st. Rspr.** soll die Schriftform gewährleisten, dass der Inhalt der Erklärung und die erklärende Person hinreichend zuverlässig festgestellt werden können. Des Weiteren soll das aus dem Schriftformerfordernis abgeleitete Gebot einer Unterschrift des Erklärenden sicherstellen, dass das Schriftstück keinen Entwurf betrifft, sondern mit Wissen und Willen des Erklärenden an das Gericht gesandt wurde.

vgl. GmS-OGB NJW 1980, 172; BFHE 97, 226; BFHE 111, 278; BFH/NV 1999, 967; BFH/NV 2002, 1597

Dieses **Unterschriftserfordernis ist gewahrt, wenn** ein Rechtsbehelf oder ein anderer sog. bestimmender **Schriftsatz nach Maßgabe des § 126 I BGB** von dem Rechtsbehelfsführer bzw. Verfasser oder seinem jeweiligen Verfahrensbevollmächtigten (BFHE 106, 7) **eigenhändig – handschriftlich - unterschrieben** (vgl. BFHE 97, 226; BFHE 113, 490; BFH/NV 1995, 312; BFH/NV 2002, 669) **und** mit einer solchen Unterschrift **vor Ablauf der Klagefrist bei Gericht vorgelegt** wurde (vgl. §§ 47 I, 116 II, 120 I, 129 I FGO; BFH/NV 2002, 1597).

- II. Diese **Anforderungen** - auch hinsichtlich der eigenhändigen Unterschrift - **gelten grds. gleichermaßen für bestimmende Schriftsätze, die dem Gericht per Telefax übermittelt** werden.

1. Dem **Unterschriftserfordernis** genügt allerdings bei Schriftsätzen von Behörden, Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts eine **maschinenschriftliche Unterzeichnung mit handschriftlichem Beglaubigungsvermerk auch ohne Dienstsiegel** (vgl. GmS-OGB NJW 1980, 172).
2. Darüber hinaus **bedarf es** nach st. Rspr. **keiner eigenhändigen Unterschrift, wenn** der jeweilige bestimmende **Schriftsatz durch Telegramm, Fernschreiber, Telebrief, Telekopie oder Bildschirmtextmitteilung übermittelt wird** (vgl. § 130 Nr. 6 ZPO; BFHE 92, 438; BFHE 138, 403; BFHE 148, 205).
3. Auch die **Übermittlung der Klageschrift per Computerfax ist ohne Unterschrift wirksam**, weil bei dieser Form auf der Seite des Absenders kein körperliches Schriftstück existiert. Infolgedessen genügt es für die Wirksamkeit einer derart erhobenen Klage, dass sich aus dem Schriftsatz selbst oder den Begleitumständen die Urheberschaft und der Wille, das Schriftstück in den Verkehr zu bringen, hinreichend sicher ergeben.

Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, eine Klage durch ein elektronisches Dokument i.S. des § 52a FGO mit den dort spezialgesetzlich geregelten besonderen Anforderungen, nämlich unter Angabe des Namens des Klägers sowie einer **qualifizierten elektronischen Signatur nach § 2 Nr. 3 SignaturG** zu erheben (s. § 52a I 3 FGO; BFHE 215, 47; FG Münster EFG 2006, 994; zur Notwendigkeit einer solchen qualifizierten Signatur als Wirksamkeitsvoraussetzung elektronischer bestimmender Schriftsätze nach - dem § 52a FGO entsprechenden - § 130a ZPO s. BGH MDR 2010, 460).

4. Wird die **Klage per Telefax** erhoben, **muss sie** allerdings **grds. eigenhändig unterschrieben sein**.

Das **Fehlen der Unterschrift ist** indessen **unschädlich, wenn das Telefaxformblatt unterschrieben ist**, mit der Klageschrift eine Einheit bildet, die Person des Absenders vollständig bezeichnet und kein Zweifel daran besteht, dass die Kopiervorlage ordnungsgemäß eigenhändig unterzeichnet wurde (BFH/NV 2000, 1224).

5. Ob das danach für bestimmende Schriftsätze **grds. bestehende Gebot "eigenhändiger Unterschrift" auch durch eine eingescannte Unterschrift gewahrt wird, wird nicht einheitlich beurteilt:**
 - a) Für die vergleichbare Form der Unterschrift durch Verwendung eines Faksimilestempels hat die **ältere BFH-Rspr.** grds. die Wirksamkeit der Erklärungen verneint (BFHE 97, 226; BFHE 113, 490; ebenso BAG NJW 2009, 3596; vgl. aber BFHE 113, 416 zur Wirksamkeit einer Klageschrift in Form eines Matrizenabzugs und damit nur auf der Matrize im Original enthaltenen Unterschrift).

- b) Nach der zu einer Klageerhebung durch Computerfax ergangenen Entscheidung des **GmS-OGB** erfüllt eine eingescannte Unterschrift dagegen das Schriftformerfordernis (vgl. GmS-OGB MDR 2000, 1089). Sie erfüllt nämlich gleichermaßen den schon in der früheren RSPR: des GmS-OGB bezeichneten ausschließlichen Zweck des Schriftlichkeitsgebots, zuverlässig den Erklärungsinhalt sowie die erklärende Person und ihren unbedingten Willen zur Absendung feststellen zu können (GmS-OGB, NJW 1980, 172; vgl. hierzu auch die Entscheidungen BFHE 138, 403 und BFHE 143, 198).
- c) Auf der Grundlage dieser Rspr. des GmS-OGB, deren Grundlage durch die Regelungen in den §§ 52a FGO, 130a ZPO nicht berührt wird, weil die damit geschaffenen Sondervorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr unabhängig neben die Vorschriften zur Schriftform getreten sind (vgl. BAG NJW 2009, 3596; BGH NJW 2008, 2649), hat die **Rspr.**
- die Einlegung eines Rechtsbehelfs per E-Mail mit eingescannter Unterschrift oder
 - den Widerruf eines gerichtlichen Vergleichs in derselben Form sowie
 - die Einlegung eines Rechtsbehelfs
- für formwirksam erachtet

III. Die Auffassung, das Schriftformerfordernis nach § 64 FGO sei durch einen per Telefax übersandten Schriftsatz mit eingescannter Unterschrift nicht gewahrt, teilt **BFH aaO** nicht.

„Es muss nämlich nach dem ausschließlichen Zweck des Schriftlichkeitsgebots, zuverlässig den Erklärungsinhalt sowie die erklärende Person und ihren unbedingten Willen zur Absendung feststellen zu können (GmS-OGB NJW 1980, 172), schon dann als die Schriftform wahrend angesehen werden, wenn der abgegebenen Prozessurkunde nach den Gesamtumständen aus der maßgeblichen Sicht des Gerichts deren Inhalt sowie der Erklärende und dessen unbedingter Erklärungswille zu entnehmen sind. Ein darüber hinausgehender Zweck kommt dem Schriftformerfordernis ebenso wie anderen Verfahrensvorschriften nämlich nicht zu. Insbes. soll es ebenso wie andere Verfahrensvorschriften nur die einwandfreie Durchführung des Rechtsstreits unter Wahrung der Rechte aller Beteiligten sicherstellen und nicht behindern (GmS-OGB MDR 2000, 1089).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die erforderliche Feststellung, ob und wann eine Klage mit welchem Inhalt und von wem – unbedingt - eingelegt worden ist, ist ebenso wie für andere Sachurteilsvoraussetzungen der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, im Streitfall mithin der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung (vgl. BFH/NV 1987, 304: „... in jeder Lage des Verfahrens – auch vom Revisionsgericht – zu überprüfen“; BFH/NV 1988, 96; BFHE 162, 534). In diesem Zeitpunkt ist ggf. zur Feststellung der Sachurteilsvoraussetzungen –auch hinsichtlich der „Schriftlichkeit einer Klageerhebung“– im Zweifelsfall durch das erkennende Gericht Beweis zu erheben (vgl. BFHE 171, 1).

*Danach kann dem Zweck des § 64 I FGO auch auf andere Weise entsprochen werden als durch eigenhändige Unterzeichnung des maßgebenden Schriftstückes durch den Verfasser (s. hierzu auch BFHE 106, 4 und BFHE 123, 286). So kann sich selbst aus einem nicht unterschriebenen bestimmenden Schriftsatz in Verbindung mit weiteren Unterlagen oder Umständen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen, hinreichend sicher ergeben (st. Rspr. des BVerwG, vgl. BVerwGE 30, 274). Dementsprechend hat auch der BFH eine nur maschinenschriftlich unterschriebene Klageschrift wegen der auf den Streitfall bezogenen Klagebegründung und beigefügter **Vorkorrespondenz** in Verbindung mit dem Briefkopf des Einsenders nach den Gesamtumständen als formwirksam i.S. des § 64 I FGO angesehen (BFHE 148, 205). Danach kann gleichermaßen in finanzgerichtlichen Verfahren dem Zweck des § 64 I FGO in anderer Weise als mit der eigenhändigen Unterzeichnung bestimmender Schriftsätze durch den Verfasser entsprochen werden, wenn feststeht, dass das Schriftstück keinen Entwurf betrifft, sondern dem Gericht mit Wissen und Willen des Berechtigten zugeleitet worden ist (BFH/NV 2009, 2000 unter Bezugnahme auf BFH/NV 2000, 1224 m.w.N.)“ (BFH aaO)*

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 56c

Weisungen für die Bewährungszeit Internetverbot als zulässige Weisung

StPO

(OLG Frankfurt a.M. in NStZ-RR 2010, 389; Beschluss vom 07.09.2010 – 3 Ws 839/10)

Die **Weisung**, jede **Nutzung des Internets zu unterlassen**, ist **zulässig**.

„Zwar wird dem Verurteilten der Zugang zu einem wichtigen Informationsmedium untersagt, auf der anderen Seite bleiben ihm die klassischen Informationsmedien (Zeitungen, Rundfunk, Fernsehen usw.) erhalten, so dass nicht von einer unzumutbaren Einschränkung gesprochen werden kann oder aber der Kernbereich des Art. 5 I GG tangiert wäre. Auch geht die Eingriffsintensität nicht über solche Eingriffe hinaus, die über § 56c StGB gerechtfertigt wären, so erlaubt etwa § 56c II Nr. 4 StGB den Verurteilten anzuweisen, bestimmte Gegenstände, die ihm Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können, nicht zu besitzen. Da der Verurteilte, der in den letzten Jahren vornehmlich durch Besitz kinderpornographischer Schriften aufgefallen ist, einen Computer für die Begehung seiner Straftaten verwendet hat, könnte ihm etwa auch aufgegeben werden, keinen Computer zu besitzen.“ (OLG Frankfurt a.M.)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 100a

Telekommunikationsüberwachung Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

StPO

(BGH in NStZ 2010, 711; Beschluss vom 11.03.2010 – StB 16/09)

Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation setzen Tatsachen voraus, die nach der Lebenserfahrung in erheblichem Maße darauf hindeuten, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine Katalogtat begangen hat.

„Die Maßnahmen setzten nach § 100a StPO voraus, dass bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, der Besch. habe als Täter oder Teilnehmer eine Straftat nach §§ 129, 129a StGB oder eine sonstige Katalogtat begangen. Die **Norm verlangt danach keinen bestimmten Verdachtsgrad**; der **Tatverdacht muss daher insbesondere weder hinreichend i.S.d. § 203 StPO noch gar dringend i.S.d. § 112 I 1 StPO sein**. § 100a StPO **erfordert vielmehr nur einen einfachen Tatverdacht**, der allerdings auf bestimmten Tatsachen beruhen muss. Dabei sind mit Blick auf das Gewicht des in Rede stehenden Grundrechtseingriffs **Verdachtsgründe notwendig, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen** (BVerfG NJW 2007, 2749); der Verdacht muss sich **auf eine hinreichende Tatsachenbasis gründen** (BVerfG NJW 2005, 2603) und **mehr als nur unerheblich sein** (BGHSt 41, 30). Es müssen solche Umstände vorliegen, die nach der Lebenserfahrung, auch der kriminalistischen Erfahrung (Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 100a Rn 9), in erheblichem Maße darauf hindeuten, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine Katalogtat begangen hat; erforderlich ist, dass der Verdacht durch schlüssiges Tatsachenmaterial bereits ein gewisses Maß an Konkretisierung und Verdichtung erreicht hat (KK-Nack, StPO, 6. Aufl., § 100a Rn 34; noch enger SK-StPO/Wolter, § 100a Rn 43, § 100c Rn 41).“ (BGH aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 333, 338

Revision

StPO

Zulässigkeit nach Verständigung

(BGH in NSTz 2010, 711; Beschluss vom 11.03.2010 – StB 16/09)

Die **Befugnis der Verfahrensbeteiligten, nach einer vorausgegangenen Verständigung das Rechtsmittel der Revision einzulegen, unterliegt keinen Einschränkungen**. Dies gilt nicht nur für die Rechtsmittelbefugnis des Angekl., sondern uneingeschränkt auch für diejenige anderer Verfahrensbeteiligter.

„Nach der Rspr. des BGH unterliegt die Befugnis der Verfahrensbeteiligten, nach einer vorausgegangenen Verständigung das Rechtsmittel der Revision einzulegen, **keinen Einschränkungen** (BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86 = NSTz 1998, 31; BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440 = NSTz 2005, 389). Dies gilt nicht nur für die Rechtsmittelbefugnis des Angekl., sondern uneingeschränkt auch für diejenige anderer Verfahrensbeteiligter (Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., vor § 213 Rn 23). Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2353) hat an dieser Rechtslage nichts geändert.“ (BGH aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwVfG
§ 45 I Nr. 2

nachgeschobene Ermessenerwägungen

VwVfG

Zulässigkeit

(BVerwG in BayVBl 2010, 672; Beschluss vom 30.04.2010 – 9 B 42/10)

I. Das **Nachschieben von ergänzenden Ermessungserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach § 45 I Nr. 2 VwVfG ist verfassungsrechtlich unbedenklich**.

„Damit ist kein „**uneingeschränktes**“ Nachschieben von Ermessenserwägungen eröffnet, insbes. nicht deren vollständige Nachholung oder Auswechslung, sondern nur die **Ergänzung einer zumindest ansatzweise bereits vorhandenen Ermessensentscheidung** (BVerwGE 106, 351 = NVwZ 1999, 425; BVerwGE 107, 164 = NVwZ-RR 1999, 124).“ (BVerwG aaO)

II. Dieses Ergebnis ist auch unter **kostenrechtlichen Gesichtspunkten** unbedenklich, weil das Gericht, wenn das Verfahren mit Blick auf die nachgeschobenen Erwägungen in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt wird, im Rahmen der Kostenentscheidung gem. § 161 II 1 VwGO berücksichtigen kann, ob die Klage bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses begründet gewesen wäre. I. Ü. kann für das Gericht in besonders gelagerten Einzelfällen Anlass zur Anwendung von § 155 IV VwGO bestehen.

„Denn ein Kl. hat die Möglichkeit, wenn er die ergänzenden Ermessenserwägungen als tragfähig anerkennt, auf diese geänderte Prozesssituation dadurch zu reagieren, dass er das Verfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt mit der Folge, dass – sofern die Behörde sich dem anschließt – im Rahmen der dann gem. § 161 II 1 VwGO nach billigem Ermessen zu treffenden Kostenentscheidung berücksichtigt werden kann, ob das Klagebegehren bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses begründet gewesen wäre, und dementsprechend die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise dem Bekl. auferlegt werden können (vgl. BVerwGE 106, 351; BVerwGE 50, 2 = NJW 1976, 115; sowie Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 19 Rn 34 – jew. zur nachträglichen Heilung von Beitragsbescheiden nach ursprünglich vorhandenen Satzungsmängeln).

I. Ü. ist in der Rspr. des BVerwG geklärt, dass eine **unzureichende Begründung eines Verwaltungsaktes nur „in besonders gelagerten Einzelfällen“ für das Gericht Anlass zur Anwendung von § 155 IV VwGO geben kann** (BVerwGE 60, 245; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 155 Rn 98ff.; Eyermann/Rennert, § 155 Rn 13). Es ist regelmäßig Sache des Kl., vor Klageerhebung seine Erfolgsaussichten einzuschätzen. Er muss insbes. einkalkulieren, dass Verfahrensfehler noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (u.a.) nach Maßgabe von § 45 I und II VwVfG geheilt werden bzw. nach § 46 VwVfG unbeachtlich bleiben können und seine Klage deshalb ggf. nicht erfolgreich sein wird. Dazu gehört auch, dass Ermessenserwägungen noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzt werden mit der prozessualen Konsequenz, dass dadurch einer zunächst begründeten Klage die Grundlage entzogen wird (Neumann, § 155 Rn 100).“ (BVerwG aaO)

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 42 I

Verpflichtungsklage

VwGO

Verfahrensfortführung nach Erledigung

(OVG Münster in NWVBl 2011, 14; Urteil vom 03.05.2010 – 12 S 1184/10)

Wenn sich eine **Verpflichtungsklage erledigt** hat, ist die **Weiterführung des Verfahrens im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage grds. nur dann zulässig, wenn sich das Feststellungsbegehren auf den Zeitpunkt des**

erledigenden Ereignisses bezieht. Unter den **Voraussetzungen einer zulässigen Klageänderung** kann der Kl. jedoch mit der allgemeinen Feststellungsklage die Feststellung begehren, dass ihm der geltend gemachte materiell-rechtliche Anspruch schon zu bestimmten, vor dem erledigenden Ereignis liegenden Zeiten zugestanden habe.

„Nach § 113 I 4 VwGO spricht das Gericht für den Fall, dass sich der angegriffene VA erledigt hat, auf Antrag durch Urteil aus, dass der VA rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kl. ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat. Diese Vorschrift gilt für Verpflichtungsklagen entsprechend, so dass grds. auch bei solchen Klagen das Verfahren trotz Erledigung mit dem Ziel fortgesetzt werden kann, die Rechtswidrigkeit der Weigerung, den beantragten VA zu erlassen, feststellen zu lassen.“

*Ein als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässiges Begehren liegt jedoch auch bei einer erledigten Verpflichtungsklage grds. nur dann vor, wenn mit der beantragten Feststellung der **Streitgegenstand nicht ausgewechselt oder erweitert** wird. Das ergibt sich aus dem Zweck, dem diese Klage dient. Sie soll verhindern, dass ein Kl., der infolge eines erledigenden Ereignisses seinen ursprünglichen, den Streitgegenstand kennzeichnenden Antrag nicht weiterverfolgen kann, um die „Früchte“ der bisherigen Prozessführung gebracht wird. Um eine ohne weiteres statthafte Fortsetzungsfeststellungsklage handelt es sich mithin nur dann, wenn der Streitgegenstand von dem bisherigen Antrag umfasst war, denn nur dann gebietet es der § 113 I 4 VwGO zugrunde liegende Gedanke der Prozessökonomie, die Weiterführung des Verfahrens zuzulassen, ohne dass die Voraussetzungen für eine Klageänderung erfüllt sein müssen.“ (OVG Münster aaO)*

- ZA 02/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 80 II

sofortige Vollziehung eines VA
besonderes öffentliches Interesse am Sofortvollzug
(VGH Mannheim in DÖV 2011, 84; Beschluss vom 12.10.2010 – 9 S 1937/10)

VwGO

Die im Einzelfall durch die Behörde angeordnete **sofortige Vollziehbarkeit setzt ein besonderes öffentliches Interesse gerade am sofortigen**, also dringenden **Vollzug des Verwaltungsakts voraus**. Die **offensichtliche Rechtmäßigkeit der Grundverfügung allein kann die Anordnung der sofortigen Vollziehung dagegen nicht tragen**.

*„Für die im Einzelfall mögliche Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist eine **eigenständige Verfügung erforderlich**, die gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO ein **besonderes öffentliches Interesse gerade an der sofortigen Vollziehung** erfordert. Inhaltlich ist dieses Vollziehungsinteresse **nicht nur ein gesteigertes Erlassinteresse, sondern von qualitativ anderer Art**. Denn in deutlicher Unterscheidung zu dem öffentlichen Interesse, das den Erlass des Verwaltungsakts rechtfertigt, muss sich das besondere Vollziehungsinteresse gem. § 80 III 1 VwGO gerade auf den sofortigen, also dringenden Vollzug des Verwaltungsakts beziehen. Bezugspunkt ist insofern die Dimension „Zeit“ und es werden besondere Gründe für die alsbaldige, vor der Entscheidung über das Rechtsmittel erfolgende Verwirklichung des Verwaltungsakts gefordert. Nur diese **Eilbedürftigkeit** ist in der Lage, die Durchbrechung des vom Gesetzgeber als Regelfall vorgesehenen Suspensiveffekts zu rechtfertigen. Die offensichtliche Rechtmäßigkeit der Grundverfügung allein kann die Anordnung der sofortigen Vollziehung dagegen nicht tragen.“ (VGH Mannheim aaO)*

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. Siemon: Der Vertragsschluss beim Beschlussvergleich (NJW 2011, 426)

Haben sich die Parteien schon geeinigt und teilen sie dies dem Gericht lediglich mit, indem sie ihren (von § 278 VI Alt.1 ZPO so bezeichneten) „Vergleichsvorschlag“ einreichen, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob in dem „Vergleichsvorschlag“ schon ein fertiger Vertrag steckt oder ob der Vorschlag erst mit dem Beschluss nach § 278 VI 2 ZPO zum Vertrag erstarkt; die Entscheidung hängt davon ab, ob ein Fall des § 154 II BGB vorliegt. - Nehmen die Parteien einen Vorschlag des Gerichts an (§ 278 VI 1. Alt. 2 ZPO), sind ihre **Willenserklärungen amtsempfangsbedürftig** (§ 130 III BGB); inhaltlich handelt es sich bei den Willenserklärungen der Parteien um janusköpfige Erklärungen; die **in Kenntnis des gerichtlichen Vorschlags abgegebene Erklärung jeder Partei enthält zugleich sowohl ein Angebot als auch eine Annahme** i.S. der §§ 145 ff. BGB; mit Eingang der so gearteten Erklärungen bei Gericht werden diese für und gegen die Parteien wirksam (§ 130 III, I 1 BGB), ohne dass das Gericht als Empfangsvertreter (§ 164 III BGB) anzusehen ist; da bei Annahme eines gerichtlichen Vorschlags stets klar ist, dass am Ende ein Beschluss nach § 278 VI 2 ZPO ergehen soll, liegen die **Voraussetzungen des § 154 II BGB** in dieser Fallvariante immer vor, so dass der den Vergleich feststellende Beschluss nicht nur zur Titulierung, sondern überhaupt erst zum Vertragsschluss führt.

2. Schall: Nochmals: Die Anwendbarkeit des Sachmangelrechts im Falle unbehebbarer Mängel der Kaufsache (NJW 2011, 343)

Das **reformierte Sachmangelrecht** des Kaufs **erfasst sowohl den Stück- als auch den Gattungskauf und sowohl behebbare als auch unbehebbarer Mängel**. - Auch bei einer **Unmöglichkeit der Primärpflicht aus § 433 I 2 BGB** zur Lieferung einer mangelfreien Sache wegen unbehebbarer Mangel gem. § 275 I BGB ergibt sich nichts anderes: Denn erstens setzt der Begriff des Sachmangels nach § 434 BGB keine fortbestehende Pflicht aus § 433 I 2 BGB, sondern nur einen wirksamen Vertragsschluss voraus, zweitens erfordern weder Rücktritt und Minderung nach § 437 Nr. 2 BGB noch der Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB die Verletzung einer fortbestehenden Pflicht aus § 433 I 2 BGB, weil es sich insoweit um eingeschränkte Teilrechtsgrundverweise handelt, welche den haftungsauslösenden Tatbestand nicht anzusteuern brauchen, da jener mit dem Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang speziell und abschließend umschrieben ist; drittens ist die Pflichtverletzung bereits in der objektiven Abweichung vom Pflichtenprogramm zu erblicken, und zwar sowohl im besonderen als auch im allgemeinen Leistungsstörungsrecht; i.Ü. **folgt das Sachmangelrecht nicht unmittelbar aus dem Vertragsversprechen der Parteien, sondern stellt eine gesetzliche Sanktion für dessen Bruch dar**, weshalb das Verschuldenserfordernis ein nachvollziehbares Gebot der Gerechtigkeit markiert und dem angelsächsischen Erfolgshaftungskonzept vorzuziehen ist.

3. Wolf/Lecking: Auswirkungen der Beendigung der gesetzlichen Prozessstandschaft auf die Zwangsvollstreckung (MDR 2011, 1)

Der **Prozessstandschafter** ist **berechtig, aus dem Titel gegen den Elternteil zu vollstrecken**, ihm ist die Vollstreckungsklausel zu erteilen; beides gilt formal auch dann, noch wenn die Prozessstandschaft nicht mehr vorliegt. - Das **volljährige Kind kann den Titel** gem. § 727 ZPO auf sich **umschreiben lassen**, soweit nicht die Gefahr einer Doppelvollstreckung besteht. - **Vollstreckt der Prozessstandschafter**, obwohl die Voraussetzungen der Prozessstandschaft nicht mehr vorliegen, **kann sich der Unterhaltsverpflichtete dagegen mit der Vollstreckungsabwehrklage analog § 767 ZPO wehren**.

4. Bub: Zurückweisung der Berufung nach § 522 II ZPO bei Klageerweiterung und Widerklage (MDR 2011, 84)

Eine vom in erster Instanz unterlegenen Kl. mit den Berufungsanträgen vorgenommene **Erweiterung der Klage** oder eine vom unterlegenen Bekl. **erstmalig erhobene Widerklage müssen vom BerG auch bei einer Entscheidung** über die Berufung **nach § 522 II ZPO beschieden werden**. - Der Berufungskl., der mit einer solchen Änderung des Streitgegenstandes die Hoffnung auf einen weitergehenden Erfolg verbindet, muss deshalb auch damit rechnen, dass die neuen Ansprüche oder die Widerklage durch einen Beschluss nach § 522 II ZPO als in diesem Verfahren nicht zugelassen zurückgewiesen oder gar mit Rechtskraftwirkung als unbegründet abgewiesen werden.

5. Wroblewski: „Recht auf Arbeit“ in der Insolvenz - Freistellung, Beschäftigung und die Folgen (NJW 2011, 347)

Der **Insolvenzverwalter hat kein originäres „insolvenzspezifisches“ Freistellungsrecht zur Beseitigung des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsanspruchs**; Neumasseverbindlichkeiten kann er dennoch vermeiden, indem er bei Masseunzulänglichkeit Freistellung per Erlassvertrag anbietet und auf das Risiko des Entgeltausfalls hinweist; lehnt der Arbeitnehmer ein solches Angebot ab, obwohl die Voraussetzungen vorliegen, gilt die fakti-

sche Beschäftigung nicht als Inanspruchnahme der Gegenleistung i.S. der §§ 90 II Nr. 3, 209 II Nr. 3 InsO; es entstehen dann trotz Beschäftigung nur **Altmassverbindlichkeiten**. - Bei einvernehmlicher oder einseitiger Freistellung haben Arbeitnehmer regelmäßig Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw. Krankengeld; sozialrechtlicher Versicherungsschutz und Beitragspflicht bleiben während der Freistellung erhalten, solange das Arbeitsverhältnis besteht; dafür genügt Freistellung mit Entgeltanspruch, die tatsächliche Zahlung des Entgelts ist nicht erforderlich. - Schadensersatzansprüche gem. §§ 60, 61 InsO gegen den Verwalter persönlich können bei Freistellung oder Beschäftigung in der Insolvenz vor allem im Zusammenhang mit Masseunzulänglichkeit entstehen; sie sind regelmäßig auf das negative Interesse, nicht auf das Erfüllungsinteresse gerichtet.

6. **Schiefer**: Betriebsübergang: Das Merkmal «Betrieb oder Betriebsteil» nach der Rspr. des EuGH (FD-ArbR 2011, 313546)
7. **Zundel**: Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 2010NJOZ 2011, 97

II. Strafrecht

1. **Krause**: Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates (NSTZ 2011, 57)

Das **AktG statuiert für Aufsichtsratsmitglieder komplexe und vielschichtige Rechte und Pflichten**; damit einher geht für Aufsichtsratsmitglieder das nicht unerhebliche Risiko, wegen eines vermeintlichen oder tatsächlichen Fehlverhaltens nicht nur zivilrechtlich persönlich zu haften, sondern auch strafrechtlich verfolgt zu werden. - Dieses Risiko ist in der allgemeinen Wahrnehmung in der jüngeren Vergangenheit, zumal vor dem Hintergrund der anhaltenden Finanz- und Wirtschaftskrise und damit einhergehenden wirtschaftlichen Schiefen bei zahlreichen Unternehmen, gestiegen; mit wachsender Intensität wird in Rspr. und Lit. erörtert, unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG für Verluste aus riskanten Geschäften sowie für sonstige Schädigungen der Gesellschaft oder Dritter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. - Der Aufsichtsrat hat die **Geschäftsführung zu überwachen und für einen leistungsfähigen Vorstand zu sorgen**. - Neben der Überwachungsfunktion kommen dem Aufsichtsrat in bestimmtem Umfang auch echte **Geschäftsleitungs-pflichten** zu, die denen des Vorstandes verwandt sind: Der wichtigste Fall ist die **Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern bei allen Rechtsgeschäften sowie Rechtsstreitigkeiten jeder Art** (§§ 112, 87 I, 89 I AktG). - Ein weiterer bedeutender Pflichtenkreis des Aufsichtsrats betrifft die **Pflicht zur Prüfung von Jahresabschluss, Lagebericht, Konzernabschluss, Konzernlagebericht und Gewinnverwendungs-vorschlag** (§ 171 AktG) sowie die **Pflicht zur Mitwirkung an der Feststellung des Jahresabschlusses** (§ 172 AktG) und der Billigung des Konzernabschlusses (§ 171 II 5 AktG). - Schließlich treffen die Aufsichtsratsmitglieder **allgemeine Verhaltenspflichten**, namentlich **Loyalitäts-, Verschwiegenheits- und Wahrheitspflichten**, die sich aus ihrer Organstellung ableiten. - In den einzelnen Pflichtenkreisen bestehen **verschiedene strafrechtliche Haftungsrisiken**, die in ihren Voraussetzungen unterschiedlich scharf konturiert sind: Während in einigen Bereichen – z.B. bei Verstößen gegen die Verschwiegenheits- oder die Wahrheitspflicht – auf Grund gesetzl. Spezialregelungen für die strafrechtliche Haftung klare Konturen bestehen, fehlt es in anderen Bereichen – insbes. bei den bedeutsamen Überwachungs- und Geschäftsführungspflichten – an vergleichbaren gesetzlichen Vorgaben; dies gilt insbesondere für die Voraussetzungen, unter denen sich Aufsichtsratsmitglieder wegen Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen können; insoweit ist bislang nicht abschließend geklärt, ob jede zivil- oder gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung stets zugleich eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB begründet.

2. **Trüg**: Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess (FD-StrafR 2011, 314208)
3. **Kreuzer**: Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze (StV 2011, 122)

III. öffentliches Recht

1. **Frevert/Wagner**: Rechtliche Rahmenbedingungen behördlicher Internetauftritte (NVwZ 2011, 76)

Das Internet spielt als Sprachrohr politischer Institutionen und als Instrument der Verwaltung eine immer wichtigere Rolle. So bieten Bürgerämter einen wachsenden Teil ihrer Leistungen auch online an, Städte richten umfangreiche Internetportale ein, auf deren Inhalte die Nutzer – ganz im Geiste des sog: Web 2.0 – selbst Einfluss nehmen können, und die Bundesregierung informiert die Bürger auf ihrer Nachrichtenseite mit eigenem Podcast über das aktuelle politische Geschehen. - Webseiten und andere im Internet verfügbare Angebote unterliegen als Telemedien den Regelungen des Telemediengesetzes (TMG) sowie den §§ 54 – 61 des Rundfunkstaatsvertrags (RStV). - Dass eine **öffentliche Stelle dabei grds: nicht anders zu behandeln ist als ein privater Anbieter von Telemedien**, regelt § 1 I TMG ausdrücklich: Danach gilt das Telemediengesetz für „alle Anbieter, einschließlich der öffentlichen Stellen unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird“; auch die einschlägigen Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags unterscheiden nicht danach, ob das Telemedium von einem Privaten oder einer staatlichen Stelle betrieben wird; vielmehr kommt es für die Anwendbarkeit der jeweiligen Norm darauf an, wie das zu bewertende Angebot im Einzelnen ausgestaltet ist. - Wie jeder Anbieter eines Telemediums, das nicht allein persönlichen oder familiären Zwecken dient, sind auch **Behörden gem. § 55 I RStV dazu verpflichtet, den Namen und die Anschrift des Vertretungsberechtigten ihres Rechtsträgers auf der Webseite für den Benutzer leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten**. - Die öffentliche Stelle ist

als Diensteanbieter gem. § 7 I TMG für eigene Informationen, die sie auf der Internetseite veröffentlicht, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich; somit haftet sie für den Inhalt ihrer Homepage beispielsweise nach Urheberrecht oder den Regeln über die Amtshaftung. - Für **rechtswidrige Informationen**, die nicht als eigene i. S. des § 7 I TMG anzusehen sind, **schränken die §§ 8 – 10 TMG die Verantwortlichkeit der Dienstbetreiber ein**; für öffentliche Stellen kommt dabei insbes. eine **Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG** in Betracht. - Im Umgang mit personenbezogenen Daten der Internet-Nutzer gelten für die Verwaltung in gleicher Weise wie für private Diensteanbieter die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der §§ 11 – 15a TMG, wonach eine Verwendung personenbezogener Daten grds. verboten ist; nur ausnahmsweise ist eine Verwendung dann zulässig, wenn der Nutzer eingewilligt hat oder soweit eine auf Telemedien ausgerichtete gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorliegt (§ 12 II TMG); zusätzlich zu beachten sind die Vorgaben des Datenschutzrechts nach dem Rundfunkstaatsvertrag (§ 57 RStV) bei journalistisch-redaktionellen Angeboten sowie die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes bzw. des jeweiligen **Landesdatenschutzgesetzes**. - § 11 BGG verpflichtet die Bundesbehörden zur **barrierefreien Gestaltung ihres öffentlichen Internetangebots**. - Neben dem speziell für den Bereich der Telemedien geltenden Recht hat die öffentliche Hand bei der inhaltlichen Ausgestaltung ihres Online-Angebots auch das allgemeine, nicht-internetspezifische Recht zu beachten; dazu gehört z.B. das **Lauterkeitsrecht** (UWG), soweit es auf das Marktverhalten der öffentlichen Hand anwendbar ist; im Bereich des hoheitlichen Handelns (Leistungs- oder Eingriffsverwaltung) kommt eine Anwendung des UWG hingegen nur dann in Betracht, wenn die Verwaltung ohne ausdrückliche gesetzliche Befugnis tätig wird und die Wettbewerbsförderung nicht als völlig nebensächlich hinter anderen Beweggründen zurücktritt; darüber hinaus haben die Behörden bei der Gestaltung ihres Internetangebots insbes. auf die **Einhaltung fremder Urheberrechte** zu achten. - Auch Bundes- und Landesregierungen nutzen heute umfassend die Möglichkeiten des Internets, um die Öffentlichkeit über ihr politisches Handeln zu informieren; im Internet gelten dabei ebenfalls die Grenzen, die das *BVerfG* in st. Rspr. für die regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit formuliert hat: So hat sich die Öffentlichkeitsarbeit an die **Kompetenzaufteilung** zu halten, die den Regierungen von der Landesverfassung oder dem Grundgesetz vorgegeben wird; darüber hinaus findet sie ihre Grenzen dort, wo unzulässige Wahlwerbung beginnt und kann in Vorwahlzeiten noch weitergehenden quantitativen und qualitativen Beschränkungen unterliegen.

2. **Morlock/Merten**: Partei genannt Wählergemeinschaft (DÖV 2011, 125)

Kommunale Wählergemeinschaften wie auch individual-mitgliedschaftlich organisierte Wählergemeinschaften auf Landes- und Bundesebene **unterliegen dem verfassungsrechtlichen Parteienbegriff und haben alle Rechte und Pflichten einer politischen Partei**; den Wählergemeinschaften ist über ihren Status als politische Partei die **Möglichkeit der Wahlteilnahme grds. eröffnet**; gegenteilige Aussagen spielen für die Einordnung in die Parteienlandschaft keine Rolle, denn das in der Wahlteilnahme manifestierte Selbstverständnis, Politik auch auf Landes- bzw. Bundesebene betreiben zu wollen, führt zur Parteieigenschaft. - Wählervereinigungen i. e. S. sind hingegen wegen der Nichterfüllung des Kriteriums „Vereinigung von Bürgern“ keine politischen Parteien; die sieben Bundesländer, die Wählergemeinschaften die Wahlteilnahme über ihre Landeswahlgesetze zugesprochen haben, entfalten bzgl. individual-mitgliedschaftlich organisierten Wählervereinigungen rein deklaratorische Wirkung, da diese als politische Parteien bereits teilnahmebefugt sind; soweit diese Länder reinen Dachverbänden die Wahlteilnahme ermöglichen, erscheint dies fragwürdig, denn derartigen Funktionärsvereinigungen ein Wahlvorschlagsrecht zuzubilligen, widerspricht der **Volkssouveränität**; in allen Landeswahlgesetzen sind jedoch gewisse Sicherungen eingebaut, um nicht gänzlich undemokratischen Organisationen Sonderrechte einzuräumen; inakzeptabel ist allerdings die landesrechtliche Gewährung von Wahlkampfkostenerstattung für Wählervereinigungen i. e. S.

3. **Luch**: Das neue „IT-Grundrecht“ - Grundbedingung einer „Online-Handlungsfreiheit“ (MMR 2011, 75)

Nach dem *BVerfG* **umfasst der Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität**; dieses Recht ist **nicht nur gegenüber dem Staat**, der getrieben von präventiven und repressiven Aufklärungsanliegen ein Interesse an Manipulation oder Infiltration solcher Systeme haben kann, **sondern auch und gerade für den Einzelnen gegenüber den Anbietern unterschiedlicher Onlinedienste** oder sonstiger komplex ausdifferenzierter Soft- und Hardware-Angebote zu schützen; daher kommt einerseits der Tatsache Bedeutung zu, dass hier gerade die Vertraulichkeitserwartung und damit ein dem unmittelbaren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vorgelagerter Bereich unmittelbar grundrechtlich geschützt wird; andererseits kommt dem objektiv-rechtlichen Gehalt dieses **„IT-Grundrechts“** eine besondere Bedeutung zu; letzterer ist nämlich stets aktiviert, ohne dass ein Einzelner eine individuell unmittelbare Betroffenheit geltend zu machen bräuchte. - Der **Staat steht in der Gewährleistungsverantwortung**, ein **sicheres Umfeld für die Ausübung der digitalen Handlungsfreiheit zu schaffen**, um letztlich insbesondere sämtliche Persönlichkeitsrechte der Betroffenen effektiv zu schützen, bevor es zu Verletzungen des Schutzgehalts kommt. - Je mehr Gefährdungslagen und -potenziale sich im informationstechnisch-medialen Bereich herausbilden, desto eher wird die staatliche Pflicht aktiviert, Vorsorge, Aufklärung und aktiven Schutz über rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen zu schaffen; vermehrte unberechtigte Zugriffe auf Onlinedienste wie Social Networking-Plattformen oder Online-Banking etc. mögen die öffentliche Hand dazu veranlassen, abgesehen von etwaigen gesetzlichen Reaktionen z.B. im Bildungssektor Aufklärungsunterricht in Schulen oder im Verbraucherbereich allgemein zu etablieren und entsprechende Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben. - Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte – insbes. der datenschutzrechtlich relevanten – darf hierbei keinesfalls verkannt oder „stiefmütterlich“ behandelt werden; der **Gesetzgeber muss den Rechtsbereich des TK-, Datenschutzrechts und im Allgemeinen des Identitätsmanagements im Hinblick auf sichere Authentifizierung und Zugriffsrechte sowie effektive Sanktionen weiter ausbauen**, um jedem Einzelnen Datenhoheit zu garantieren und insbes. das allgemeine Vertrauen in das Funktionieren der Schutzinstrumente zu schaffen und zu stärken.

Grundbegriffe des Gewerberechts

Was ist ein Gewerbe?

Gewerbe ist eine	selbständige Tätigkeit, die
	- auf Dauer angelegt ist
	- und der Gewinnerzielung dient.
Nicht hierzu zählen:	- freie Berufe (Ärzte, Rechtsanwälte)
	- Urproduktion (Landwirtschaft, Forstwirtschaft, Bergbau).

Ist die Ausübung eines Gewerbes von einer Erlaubnis abhängig?

Grundsatz Es besteht Gewerbefreiheit, d.h. jeder darf ein Gewerbe ermöglichen. Um eine Kontrolle zum Schutz des Geschäftsverkehrs und der Allgemeinheit zu ermöglichen, ist die Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit jedoch anzuzeigen (Eintragung ins Gewereregister).	Ausnahmen Erlaubnispflicht nach GewO oder gewerberechtlichen Nebengesetzen §§ 30 ff. GewO, §§ 1,2 ApothG, § 2 GaststättenG, §§ 2 ff PBefG, §§ 3 ff. GüKG, §§ 7 ff. HandwO
--	--

Maßnahmen zur Unterbindung der Gewerbeausübung

Erlaubnisfreie Gewerbe	Erlaubnispflichtige Gewerbe
Da die Ausübung von einer Erlaubnis nicht abhängig ist, kann die Ausübung nach § 35 GewO untersagt werden.	Der Betrieb eines erlaubnispflichtigen Gewerbes ohne Erlaubnis kann nach § 15 GewO stillgelegt werden.
Voraussetzungen des § 35 GewO 1. Ausübung eines Gewerbes 2. Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden 3. Untersagung erforderlich <ul style="list-style-type: none"> - zum Schutz der Allgemeinheit - zum Schutz der im Betrieb Beschäftigten Einschränkung Gewerbeuntersagung ist ultima ratio. Zunächst ist zu prüfen, ob der ordnungsgemäße Betrieb des Gewerbes nicht durch Auflagen oder eine Teiluntersagung sichergestellt werden kann.	Voraussetzungen des § 15 GewO 1. Ausübung eines Gewerbes 2. Erlaubnispflichtigkeit der Gewerbeausübung 3. Betriebsbeginn ohne erforderliche Erlaubnis
Rechtsfolge: gebundene Entscheidung	Rechtsfolge: Ermessen
	Einschränkung des Ermessens: Eine Betriebsstilllegung allein wegen formeller Illegalität (Erlaubnis fehlt, Erlaubnisvoraussetzungen liegen aber vor) ist i.d.R. ermessensfehlerhaft. § 15 GewO ist auch im Bereich der gewerberechtlichen Nebengesetze anwendbar (s.o., insbesondere GaststättenG, HandwO).
	Gesamtzusammenhang Das Nichtvorliegen einer erforderlichen Erlaubnis kann nicht nur darin begründet sein, dass eine solche nicht beantragt bzw. abgelehnt wurde, sondern auch darin, dass eine erteilte Erlaubnis widerrufen oder zurückgenommen wurde. Auch in diesem Zusammenhang kommt es dann häufig auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden an. Für die Gewerbeuntersagung nach § 15 GewO selbst ist diese Unzuverlässigkeit keine Tatbestandsvoraussetzung. Sie ist allein in dem Betrieb des Gewerbes ohne die erforderliche Erlaubnis zu sehen und daher nicht als gesondertes Merkmal in den Tatbestand aufgenommen.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Zivilrecht

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. K	Tag d. mündl. Prüfung 03.12.2010
------------------------	---	--

Zur Person:

Dr. K ist Richter am BayOLG. Sein Habitus ist desinteressiert und mürrisch, sein Auftreten unsympathisch. Anders als in Vorprotokollen beschrieben, verzichtete K in unserer Prüfung darauf, falsche Antworten mit Kopfschütteln und Augenverdrehen zu quittieren. Während der anderen Teilprüfungen studierte er ausführlich die Personalakten. Dr. K war in keiner Weise protokollfest, was per se kein Nachteil sein muss. Er prüfte blockweise in zwei Durchgängen meist in der Sitzreihenfolge der Prüflinge. Gelegentlich gab er Fragen frei. Seine Fragen sind teilweise unpräzise.

Im Hinblick auf die überdurchschnittlich guten Vornoten in unserer Prüfungsgruppe (vier von fünf Kandidaten hatten als schriftliche Note ein Prädikatsexamen) war Dr. K's Notenvergabe am unteren Rand des Vertretbaren. In der Bewertung der Leistungen zueinander war K äußerst vornotenorientiert, um nicht zu sagen willkürlich. Dabei sei ausdrücklich erwähnt, dass die hier getroffenen Wertungen nicht auf der verengten Sicht des Protokollanten beruhen, sondern den Konsens aller Prüflinge wiedergeben.

Zur Prüfung:

Dr. K schilderte folgenden Fall: Eine Wasserleitung der Stadtwerke S unter einer Straße platzt. Durch hervortretendes Wasser wurde der Betrieb der F auf dem an die Straße angrenzenden Grundstück ihres Mannes M stillgelegt. Es entstand ein Betriebsausfallschaden von mehreren 100 Mio. €. F tritt alle Ansprüche an M ab. M erhebt Klage.

Vorab fragte Dr. K nach dem altbekannten Problem, ob diese Abtretung wirksam sei und zu Zweck sie erfolgt (Zeugenstellung der F).

Als Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche kommen in Betracht:

- § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Nachbarschaftsverhältnis (wurde von Dr. K nicht weiterverfolgt)
- § 823 BGB (eingereichter und ausgeübter Gewerbebetrieb): scheidet am hier nicht möglichen Nachweis des Verschuldens (S kann für einen Wasserrohrbruch i. d. R. kein Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung gemacht werden, Stichwort: „allgemeines Lebensrisiko“).

Es kommt somit auf eine verschuldensabhängige Haftung an. Dazu wollte Dr. K Beispiele aus dem Bereich der Gefährdungshaftung (z. B. UmweltHG!) und des Schadensersatzrechts (z. B. Schmerzensgeld auch bei Gefährdungshaftung) hören.

Einschlägig ist § 2 Haftpflichtgesetz (Schönf. 33), was zum Unmut von Dr. K nicht sofort erkannt wurde. Gefordert war hier eine genaue Subsumtion der Anspruchsvoraussetzungen; Nachteil ist hier die Haftungsgrenze des § 10 HPfIG.

- § 906 II 2 BGB direkt scheidet, da F Besitzerin und nicht Eigentümerin ist. Gefragt war auch hier eine genaue Subsumtion, insbes. der ortsüblichen Benutzung, § 906 II 1 i. V. m. I BGB.

In Betracht kommt jedoch § 906 II 2 BGB analog für die Besitzstörung (sog. zivilrechtliches Aufopferungsgewohnheitsrecht – „dulde und liquidiere“). Diese Anspruchsgrundlage ist der Schlüssel zur Lösung des Falls. Voraussetzungen einer Analogie sind systemwidrige Regelungslücke und Ähnlichkeitsvergleich. Problematisch ist das Kriterium der Systemwidrigkeit. Es waren lange Erörterungen bzgl. der Unterschiede zwischen Besitz und Eigentum vorzunehmen. Die Lösung blieb aufgrund Zeitablaufs offen, wobei die Analogie von den Prüflingen allgemein bejaht wurde.

Die naheliegende Problematik einer Drittschadensliquidation wurde nicht behandelt.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

öffentliches Recht

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

Land: Rh-Pf	Prüfer (mit Titel usw.) Ri K	Tag d. mündl. Prüfung 16.11.2010
----------------	---------------------------------	-------------------------------------

Zur Person:

Ri K ist einfreundlicher Prüfer, der vorwiegend im allgemeinen Verwaltungsrecht prüft und meist auch gute Hilfestellungen gibt, wenn man `mal nicht weiter weiß.

Zur Prüfung:

Zu Beginn stellte K folgenden Fall:

Die kreisfreie Stadt T erlässt eine Satzung, die sich mit den Gebühren bei der Abfallentsorgung befasst. B erhält aufgrund dieser Satzung einen Abgabenbescheid. Was kann B gegen diesen Bescheid tun?

B kann Widerspruch einlegen. Dazu müsste der Bescheid ein Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG sein. Die einzelnen Voraussetzungen wollte K gar nicht erläutert haben. Die Widerspruchsfrist von einem Monat stellte den nächsten Prüfungspunkt dar. Hier sollte die Bekanntgabe nach § 41 VwVfG (schriftlich, mündlich, in sonstiger Weise) von der Zustellung abgegrenzt werden. Eine Zustellung ist immer dann erforderlich, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht.

Weiter ging es dann damit, dass der Widerspruch entweder bei der Ausgangs- oder bei der Widerspruchsbehörde eingereicht werden kann. Widerspruchsbehörde war hier der Stadtrechtsausschuss. K fragte nach, was die einzelnen Behörden denn machen würden, wenn der Widerspruch bei ihnen einginge. Die Ausgangsbehörde prüft, ob sie dem Widerspruch abhelfen kann und übermittelt den Widerspruch, wenn keine Abhilfe möglich ist, an die Widerspruchsbehörde. Geht der Widerspruch direkt bei der Widerspruchsbehörde ein, schickt diese ihn erst einmal zurück zur Ausgangsbehörde, damit diese die Möglichkeit der Abhilfe prüfen kann.

K ergänzte den Fall dann dahingehend, dass der Stadtrechtsausschuss dem Widerspruch des B stattgegeben hat mit der Begründung, die Satzung sei rechtswidrig. Was können B oder die Stadt hiergegen tun?

B kann nichts hiergegen unternehmen, da er nicht beschwert ist. Der Oberbürgermeister darf weder selbst den Widerspruchsbescheid aufheben oder zurücknehmen noch den Stadtrechtsausschuss anweisen, dies zu tun, da der Stadtrechtsausschuss weisungsgebunden ist. Kurz sollte hier erklärt werden, dass eine Rücknahme oder ein Widerruf eines Verwaltungsaktes grds. nach §§ 48, 49 VwVfG unter Beachtung der dort genannten Voraussetzungen möglich ist. Eine Klage des Oberbürgermeisters gegen den Stadtrechtsausschuss wäre außerdem als In-Sich-Prozess wegen des Rechtsträgerprinzips unzulässig.

Als nächstes sollten wir erörtern, welche Möglichkeiten es gäbe, gegen den Bescheid selbst vorzugehen. Ein Normenkontrollverfahren gegen die Satzung schlossen wir gleich aus, da der Bescheid dennoch bestandskräftig werden würde. Möglich wäre aber ein Vorgehen der Aufsichtsbehörde. Hier wurde die ADD als Rechts- oder Kommunalaufsicht genannt. Die Fachaufsicht liegt bei der Struktur-genehmigungsdirektion (und ggf. auch der ADD). Nun sollten wir eine Klage nach § 17 AGVwGO prüfen. Wegen § 17 AGVwGO ist eine Klagebefugnis i. S. des § 42 VwGO nicht notwendig. Problematisch war hier aber das öffentliche Interesse. Die Fachaufsicht hat in diesem Fall die ADD, da es sich um Abgabenrecht (nicht etwa Abfallrecht) und somit um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handelte. Klagegegner ist die Stadt T (nicht der Stadtrechtsausschuss). I. Ü. ist auch die ADD nicht weisungsbefugt gegenüber dem Stadtrechtsausschuss. Die Zulässigkeit beendeten wir damit, dass der B notwendiger Beigeladener im Prozess wäre.

Zur Prüfung der Begründetheit kamen wir im Wesentlichen nicht mehr. Hier konnten wir nur herausstellen, dass die Normverwerfungskompetenz bzgl. der Satzung problematisch war und nach § 47 VwGO die Verwerfungskompetenz beim OVG liegt.

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

