



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

35. Jahrg.

Mai 2010

Heft 05

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Keine Urheberrechtsverletzung durch Google
- BGH:** AGB bei privatem Gebrauchtwagenkauf
- BGH:** Stalking
- EuGH:** Völlige Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten
- EuGH:** Leistungsort bei Versandkauf
- OLG Düsseldorf:** Beweisverwertungsverbot bei Videoabstandsmessung
- BVerwG:** Entscheidungsbefugnis bei Drittwiderspruch



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

Änderungen im Vereinsrecht.....	1
Änderung des Rundfunkstaatsvertrags.....	1

Brandaktuell

BGH: Bildersuche bei Google (keine Urheberrechtsverletzung)	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Begriff des Stellens von AGB (Mustervertrag bei privatem Gebrauchtwagenkauf).....	4
BGH: Bereicherungsausgleich bei Anweisungsfällen (Nichtigkeit der Anweisung).....	7

Strafrecht

BGH: Stalking (beharrliches Täterhandeln).....	10
BGH: Betrug / Geldwäsche („Umsatzsteuerkarussell“)	15

öffentl. Recht

OVG Lüneburg: Obdachloseneinweisung (Anspruch auf Einweisung in bisherige Wohnung)	18
EuGH: Datenschutzbeauftragter (Verurteilung der BRD zu völliger Unabhängigkeit).....	22

Kurzauslese I

BGH: Verjährung (Anspruch auf Rückzahlung des Mängelbeseitigungsvorschusses).....	27
OLG Celle: Schadensersatzanspruch (Umsatzsteuererstattung bei fiktiv berechneten Mängelbeseitigungskosten).....	27
OLG Celle: Nacherfüllungsort (Wohnsitz des Käufers).....	27
BGH: Abrechnungsfrist für Nebenkosten (Ausschlussfrist des § 556 III BGB nicht auf Geschäftsraummiete anwendbar).....	29
BGH: Waffendelikt (nicht bei gerechtfertigter Notwehr).....	29
BGH: Zuhälterei (durch Bestimmen zur Prostitution).....	31
AG Ehingen: Beleidigung (durch „Goetz-Zitat“).....	31
BGH: Ausspähen von Daten (Auslesen des Magnetstreifens).....	33
BVerwG: Dienstanfall (psychische Erkrankung als Körperschaden).....	33
OVG Münster: Bestattungspflicht des Ehegatten (endet mit Rechtskraft des Scheidungsurteil).....	33
OVG Münster: Bestattungspflicht (nicht identisch mit der Kostentragungspflicht).....	33

Inhaltsverzeichnis

OLG Dresden:	Amtspflichtverletzung (verzögerte Verfahrensbehandlung durch Richter).....	35
Entscheidungen Verfahrensrecht		
Zivilrecht		
EuGH:	Leistungsort bei Versendungskauf (Internationale Zuständigkeit).....	37
BGH:	Verjährungseinrede als erledigendes Ereignis (auch bei Verjährung vor Rechtshängigkeit).....	41
Strafrecht		
OLG Düsseldorf:	Beweisverwertungsverbot (Verkehrsüberwachung durch Videoabstandsmessung).....	45
öffentl. Recht		
BVerwG :	verfristeter Widerspruch (keine Entscheidungsbefugnis bei Drittwiderspruch)	49
OVG Magdeburg:	Abänderungsverfahren nach § 80 VII VwGO (Verfahrensgegenstand)	52
Kurzauslese II		
OLG Frankfurt a.M.:	Klageerweiterung (Einleitung eines neuen Verfahrens)	55
BGH:	prozessunfähige Partei (Einlegung eines Rechtsmittels).....	55
LG Saarbrücken:	Zwangsversteigerungsverfahren (Prüfung der Prozessfähigkeit einer Partei von Amts wegen).....	55
OLG Jena:	Beweiserhebungsbeschluss (keine isolierte Anfechtungsmöglichkeit).....	57
BGH:	Auskunftsverweigerungsrecht (Organisationsdelikte).....	57
OLG Celle:	Körperzellenentnahme (unzulässige Anordnung bei Verdacht der Hehlerei).....	57
LG Essen:	Beschlagnahme (Buchungsunterlagen beim Steuerberater).....	59
BGH:	Akteneinsichtsrecht (Computerdateien).....	59
OVG Magdeburg:	Bekanntgabe eines Gewerbesteuerbescheids (an eine GbR)	61
VG Wiesbaden:	Gerichtsöffentlichkeit (Videoüberwachung eines Gerichtsgebäudes).....	61
OVG Bautzen:	Sperrwirkung (Einleitung weiterer Verwaltungsverfahren)	61
Weitere Schrifttumsnachweise		63
Übersicht:	Das Anfechtungsgesetz.....	67
Aus der mdl. Prüfung		
Referendarprüfung:	öffentl. Recht.....	68
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	69

Aus der Gesetzgebung

A. Änderungen im Vereinsrecht

Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen (Gesetz v. 28.09.2009, In-Kraft-Treten am 01.04.2010 (BGBl I, S. 3161))

I. Allgemeines

Mit den Neuregelungen werden die **rechtlichen Rahmenbedingungen für das Ehrenamt verbessert**. Es wird für eine **angemessene Begrenzung der zivilrechtlichen Haftung für ehrenamtliche Vereins- und Stiftungsvorstände** gesorgt, da diese künftig nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit eintreten müssen. Zudem wird die Möglichkeit geschaffen, Anmeldungen zum Vereinsregister auf elektronischem Weg zu erledigen. Zu den Vorhaben im Einzelnen:

II. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

- Das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen beinhaltet **angemessene Haftungserleichterungen für Vereins- und Stiftungsvorstände**, die **unentgeltlich tätig sind oder** für ihre Tätigkeit ein **geringfügiges Honorar in Höhe von max. 500 € im Jahr erhalten**. Diese Wertgrenze orientiert sich an dem Steuerfreibetrag für Vereinsvorstände. So wird gewährleistet, dass Vereine und Vorstandsmitglieder die vorgesehenen steuerrechtlichen Vergünstigungen ohne negative haftungsrechtliche Folgen ausschöpfen können.

Die Reform sieht vor, dass Vorstandsmitglieder, die unentgeltlich tätig sind oder lediglich eine Vergütung von höchstens 500 € im Jahr erhalten, für ihre Vorstandstätigkeit nur noch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haften.

- Schädigt das Vorstandsmitglied nicht den Verein oder dessen Mitglieder, sondern Dritte, wird die **Haftung gegenüber dem Dritten nicht beschränkt**. Allerdings hat der Verein das Vorstandsmitglied von der Haftung gegenüber dem Dritten freizustellen, sofern das Vorstandsmitglied nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat.

B. Änderung des Rundfunkstaatsvertrags – Zulässigkeit sog. „Schleichwerbung“

I. Allgemeines

Am 30.10. 2009 unterzeichneten die Ministerpräsidenten der Länder den 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (RÄStV), der seit dem 01.04.2010 Geltung hat.

Mit dem 13. RÄStV soll primär die **Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste 2007/65/EG in deutsches Recht umgesetzt** werden; insbesondere wird erstmals die **Produktplatzierung in bestimmten Fällen gestattet** (siehe IRIS 2009-6:9).

II. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

„Product Placement“ heißt zukünftig „Produktplatzierung“ und ist ab dem 01.04.2010 unter folgenden Voraussetzungen als Ausnahme zulässig:

1. Sofern Geld gezahlt wird, ist die **Produktplatzierung** gem. §§ 15 Nr. 1, 44 Nr. 1 RStV in „Kinofilmen, Filmen und Serien, Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung“ **erlaubt**. Dies **gilt für den öffentlichen Rundfunk nur, sofern die betreffende Sendung nicht vom Veranstalter**

selbst oder in dessen Auftrag produziert wurde, also faktisch so gut wie nie. Diese **Einschränkung gilt für den privaten Rundfunk nicht**.

Produktplatzierung in Kindersendungen ist auch künftig unzulässig, denn Kinder sind wegen ihres noch nicht vollständig ausgeprägten Beurteilungsvermögens schutzbedürftig gegenüber Werbeeinflüssen.

2. Auch sofern kein Entgelt geleistet wird, sondern nur bestimmte Waren oder Dienstleistungen wie Produktionshilfen und Preise im Hinblick auf ihre Einbeziehung in einer Sendung kostenlos bereitgestellt werden, ist das Product Placement gem. §§ 15 Nr. 2, 44 Nr. 2 RStV zulässig.

Die **kostenlose Bereitstellung ist jedoch in „Nachrichten, Sendungen zum politischen Zeitgeschehen, Ratgeber- und Verbrauchersendungen, Sendungen für Kinder oder Übertragungen von Gottesdiensten“ nicht erlaubt**. Meinungsbildende Sendungen, Sendungen für Kinder und Gottesdienste sind daher von der Ausnahme für Produktionsbeihilfen ausgenommen.

3. Die vorgenannten **Ausnahmen sind jeweils nur unter Einhaltung** der in § 7 VII RStV genannten **formalen Voraussetzungen zulässig**:

- Die **Produktplatzierung muss ausreichend gekennzeichnet** werden, und zwar bei Sendebeginn und -ende sowie bei Fortsetzung einer Sendung nach einer Werbeunterbrechung.

Die mangelnde Kennzeichnung unterscheidet daher unzulässige Schleichwerbung und zulässige Produktplatzierung. Ob die künftig notwendige Kennzeichnung jedoch geeignet ist, Irreführung über den Werbecharakter einer Sendung zu vermeiden, darf bezweifelt werden. Die Fernsehgewohnheiten sind anders als der Gesetzgeber glaubt. Kaum ein Zuschauer nimmt eine Sendung noch komplett - also am Stück - wahr. Stattdessen wird gezappt. Um aufgeklärt zu werden, muss der Zuschauer aber die Sendung zumindest am Anfang oder am Ende vollständig sehen. Konsequenter wäre es gewesen, eine situative Anpassung der Kennzeichnungspflicht an die jeweilige Produktplatzierung zu fordern, z.B. ein mitlaufender Hinweis oder periodische Einblendungen.

- Das **Produkt darf unter keinen Umständen „zu stark [herausgestellt]“ werden** und „die **redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit** hinsichtlich Inhalt und Sendeplatz [müssen] **unbeeinträchtigt bleiben**“.

Daraus könnte sich ein Rückgriff auf das bewährte (!), vom BGH entwickelte Kriterium der redaktionellen Notwendigkeit ergeben, das dem Trennungsgrundsatz vollständig Rechnung trägt. Denn wenn etwas redaktionell oder dramaturgisch geboten und deshalb notwendig ist, ist es realistisch. Dies bietet sachfremden Einflussmöglichkeiten weniger Raum.

Abstufungen könnten anhand der verschiedenen Genres vorgenommen werden. So nehmen z.B. Kinofilme weniger Vertrauen hinsichtlich der Objektivität und Sachlichkeit der Inhalte in Anspruch als Nachrichtensendungen. Entsprechend geringer ist die Regulierungsbedürftigkeit und entsprechend großzügiger wären die Maßstäbe der inhaltlich dramaturgischen Notwendigkeit zu handhaben. Umgekehrt gilt: Je sachlicher und objektiver die Sendung ist, desto schneller ist eine werbliche Einwirkung unangemessen platziert, das Produkt „zu stark“ herausgestellt.

BrandaktuellUrhG
§ 19a**Bildersuche bei Google
keine Urheberrechtsverletzung**

ZR

(BGH, Pressemitteilung Nr. 93/2010 vom 29.04.2010 - I ZR 69/08)

Fall: Die von Google betriebene Internetsuchmaschine verfügt über eine textgesteuerte Bildsuchfunktion, mit der man durch Eingabe von Suchbegriffen nach Abbildungen suchen kann, die Dritte im Zusammenhang mit dem eingegebenen Suchwort ins Internet gestellt haben. Die von der Suchmaschine aufgefundenen Bilder werden in der Trefferliste als verkleinerte und in ihrer Pixelanzahl gegenüber den auf den Originalseiten vorgehaltenen Abbildungen reduzierte Vorschaubilder gezeigt (sog. Thumbnails). Die Vorschaubilder enthalten einen elektronischen Verweis (Link), über den man zu der Internetseite gelangen kann, die die entsprechende Abbildung enthält. Zur Verkürzung des Suchvorgangs durchsucht Google das Internet in regelmäßigen Intervallen nach Abbildungen und hält diese als Vorschaubilder auf ihren Servern vor, so dass kurze Zeit nach Eingabe eines Suchworts die Trefferliste mit den entsprechenden Vorschaubildern angezeigt werden kann.

Die Klägerin ist bildende Künstlerin und unterhält eine eigene Internetseite, auf der Abbildungen ihrer Kunstwerke eingestellt sind. Im Februar 2005 wurden bei Eingabe ihres Namens als Suchwort in die Suchmaschine der Beklagten Abbildungen ihrer Kunstwerke als Vorschaubilder angezeigt. Sie hat gegen Google Unterlassungsklage erhoben.

Nach § 15 II Nr. 2 UrhG hat der Urheber das ausschließliche Recht der öffentlichen Wiedergabe seines Werkes. Das ist nach § 19a UrhG das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Wird dieses Recht widerrechtlich verletzt, so kann der Inhaber des Urheberrechts nach § 97 I 1 UrhG, das Recht, die Unterlassung zu verlangen.

I. Verletzung von §§ 15 II Nr. 2, 19a UrhG

Der Bundesgerichtshof ist davon ausgegangen, dass die Klägerin zwar nicht durch eine **ausdrückliche** oder **stillschweigende rechtsgeschäftliche Erklärung** Google ein Recht zur Nutzung ihrer Werke als Vorschaubilder im Rahmen der Bildersuche eingeräumt hat. Die Wiedergabe in Vorschaubildern stellt damit einen **Eingriff** in das **Recht der Klägerin, ihre Werke öffentlich zugänglich zu machen** (§ 19a UrhG), dar.

II. Widerrechtlichkeit

Der Bundesgerichtshof erachtet diesen Eingriff jedoch nicht als widerrechtlich.

*„Der Eingriff ist jedoch gleichwohl **nicht rechtswidrig**, weil die Beklagte dem **Verhalten der Klägerin** (auch ohne rechtsgeschäftliche Erklärung) entnehmen durfte, diese sei mit der **Anzeige ihrer Werke** im Rahmen der Bildersuche der Suchmaschine **einverstanden**. Denn die Klägerin hat den **Inhalt ihrer Internetseite** für den **Zugriff durch Suchmaschinen zugänglich gemacht**, ohne von technischen Möglichkeiten Gebrauch zu machen, um die Abbildungen ihrer Werke von der Suche und der Anzeige durch Bildersuchmaschinen in Form von Vorschaubildern auszunehmen.*

*Für Fälle, in denen – anders als im jetzt entschiedenen Fall – die von der Suchmaschine aufgefundenen und als Vorschaubilder angezeigten Abbildungen von dazu nicht berechtigten Personen in das Internet eingestellt worden sind, hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass **Suchmaschinenbetreiber** nach der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter bestimmten Voraussetzungen für ihre Dienstleistungen die **Haftungsbeschränkungen für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft** nach der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr in Anspruch nehmen können (EuGH, Urt. v. 23.3.2010 – C-236/08 bis C-238/08 Tz. 106 ff. – Google France/Louis Vuitton). Danach käme eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers erst dann in Betracht, wenn er von der Rechtswidrigkeit der von ihm gespeicherten Information Kenntnis erlangt hat.“*

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Begriff des „Stellens“ von AGB

SchuldR

§§ 305 ff.

Mustervertrag bei privaten Gebrauchswagenkauf

(BGH in WM 2010, 725; Urteil vom 17.02.2010 – VIII ZR 67/09)

1. Ein Stellen von Vertragsbedingungen liegt nicht vor, wenn die **Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen** in einen Vertrag **auf einer freien Entscheidung** desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. Dazu ist es erforderlich, dass er in der **Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei** ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.
2. Sind Vertragsbedingungen bei **einvernehmlicher Verwendung eines bestimmten** Formulartextes nicht i.S. von § 305 I BGB gestellt, finden die **§§ 305 ff. BGB** auf die Vertragsbeziehung **keine Anwendung**.

Fall: Die Bekl. verkaufte im Mai 2007 einen gebrauchten Pkw Volvo V 40, den sie zwei Jahre zuvor selbst von einem Gebrauchtwagenhändler erworben hatte, für Euro 4600 an den Kl. Die Parteien hatten zuvor telefonisch darüber gesprochen, welches Vertragsformular Verwendung finden soll. Dem Kl. stand ein Formular des ADAC zur Verfügung, dem Bekl. eines der V-Versicherung. Man einigte sich darauf, dass Formular der V-Versicherung zu verwenden, das als „Kaufvertrag Gebrauchtwagen – nur für den Verkauf zwischen Privatpersonen“ gekennzeichnet ist und von der Bekl. zur Verfügung gestellt wurde. In diesem Formular findet sich folgende Klausel:

„Der Käufer hat das Fahrzeug überprüft und Probe gefahren. Die Rechte des Käufers bei Mängeln sind ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer hat einen Mangel arglistig verschwiegen und/oder der Verkäufer hat eine Garantie für die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes abgegeben, die den Mangel betrifft.“

Ferner ist im Vertragsformular angekreuzt: „Der Verkäufer erklärt, dass nach seiner Kenntnis das Fahrzeug in dem Zeitraum, in dem es sein Eigentum war, sowie in davor liegenden Zeiten unfallfrei ... ist.“

Mit der Behauptung, das Fahrzeug habe vor Übergabe an ihn einen erheblichen Unfallschaden gehabt, beansprucht der Kl. eine Minderung des von ihm gezahlten Kaufpreises um 1000 Euro.

Der Kl. Könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf **Minderung des Kaufpreises** gem. **§§ 434, 437 Nr. 2 Alt. 2, 441 BGB** haben.

Die grundlegenden Voraussetzungen der Sachmängelhaftung liegen vor. Allerdings wurde ein Gewährleistungsausschluss zwischen den Parteien vereinbart. Dies könnte jedoch unwirksam sein.

I. Unwirksamkeit nach § 475 I 1 BGB

„§ 475 I 1 BGB steht einer Berufung der Bekl. auf den Gewährleistungsausschluss nicht entgegen, weil beide Parteien als Verbraucher (§ 13 BGB) gehandelt haben, so dass kein Verbrauchsgüterkauf i.S. von § 474 I 1 BGB vorgelegen hat.“ (BGH aaO)

II. Unwirksamkeit nach § 444 BGB

*„Auch § 444 BGB steht nicht entgegen, wonach sich der Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen kann, soweit er den **Mangel arglistig verschwiegen** oder eine **Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen** hat. Das BerGer. hat vielmehr im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (WM 1981, 323 [unter II 2b aa]; NJW 2008, 1517 Rn 12ff.) angenommen, dass in der abgegebenen Erklärung zur Unfallfreiheit lediglich eine **Wissensmitteilung der Bekl.**, nicht aber eine Beschaffenheitsvereinbarung zumindest für die Zeit vor ihrer Besitzzeit gelegen habe.“* (BGH aaO)

III. Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 7 BGB

Es könnte sich bei der in dem verwendeten Mustervertrag enthaltene Vereinbarung um eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** handeln, die dann **nach § 309 Nr. 7 BGB unwirksam** wäre (vgl. BGHZ 170, 67 = NJW 2007, 759, Rn. 10; BGHZ 174, 1 = NJW 2007, 3774 Rn. 10; BGH WM 2010, 725).

Dann muss es sich bei der betreffenden Vereinbarung um eine Allgemeine Geschäftsbedingung nach §§ 305 ff. BGB handeln. Allgemeine Geschäftsbedingungen

sind nach § 305 I 1 BGB alle **für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen**, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei **bei Abschluss eines Vertrags stellt**.

1. Musterverträge als Allgemeine Geschäftsbedingungen

Für eine Vielzahl von Verträgen sind derartige Musterverträge stets vorformuliert, es stellt sich jedoch die Frage, ob bei derartigen Musterverträgen, die zwischen Privatpersonen verwendet werden, davon ausgegangen werden kann, dass die Bekl. dem Kl. diese Bedingungen gestellt hat.

*„Für die Frage, ob die Bekl. dem Kl. mit der **Zurverfügungstellung des Vertragsformulars** AGB gestellt hat und damit Verwender ist, kommt es nicht entscheidend darauf an, **wer die Geschäftsbedingungen entworfen hat**.*

*AGB liegen auch dann vor, wenn sie **von einem Dritten** für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die **Vertragspartei**, die die Klauseln stellt, sie **nur in einem einzigen Vertrag** verwenden will (BGH, NJW 2000, 2989 = ZIP 1535 [unter II 1b], insoweit in BGHZ 144, 242 n. abgedr.; NZBau 2005, 590 L = ZfIR 2005, 633 = ZIP 2005, 1604 [unter II 1]; jew. m.w.N.). Sind die Bedingungen wie hier von einem Dritten formuliert, ist für die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB maßgebend, ob eine der **Vertragsparteien** sich die **Bedingungen als von ihr gestellt zurechnen lassen muss** (BGHZ 126, 326 [332] = NJW 1994, 2825 m.w.N.).“ (BGH aaO)*

2. Stellen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Maßgeblich ist hierbei nicht allein wer das Vertragsformular eingebracht hat, sondern **auf wessen Initiative der verwendete Formularvertrag** in die Verhandlungen der Parteien eingebracht worden ist und wer seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt hat.

*„Zwar gelten bei einem hier nicht gegebenen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher AGB nach § 310 III Nr. 1 BGB als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden, weil er selbst auf der Verwendung eines bestimmten Vertragsformulars, wie z.B. beim Autokauf des ADAC-Formulars bestanden hat (so zum unverändert übernommenen § 24a Nr. 1 AGBG bereits BT-Dr 13/2713, S. 7). Dagegen gibt es bei **Verträgen zwischen Verbrauchern keine gesetzliche Vermutung** dafür, dass die Geschäftsbedingungen von einer der Parteien gestellt worden sind und welche der Parteien sie gestellt hat. Dies beurteilt sich vielmehr **nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls**, wobei die **Verwendereigenschaft grundsätzlich von demjenigen darzulegen und zu beweisen** ist, der sich im Individualprozess **auf den Schutz** der §§ 305 ff. BGB beruft (BGHZ 118, 229 [238] = NJW 1992, 2160; BGHZ 130, 50 [58] = NJW 1995, 2034).“ (BGH aaO)*

a) Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien nicht erforderlich

Ein Stellen von Vertragsbedingungen zwischen Privatleuten setzt jedenfalls **nicht voraus**, dass ein **Ungleichgewicht zwischen den Vertragsbeteiligten** hinsichtlich der vertraglichen Durchsetzungsmacht besteht.

*„**Verwender** i.S. von § 305 I 1 BGB kann vielmehr **auch eine Vertragspartei** sein, die der anderen **weder wirtschaftlich noch sonst überlegen** ist (Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 305 Rn. 26 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 305 Rn. 10; Lapp, in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 305 Rn. 17). Denn die im Stellen einer Vertragsbedingung zum Ausdruck kommende **Einseitigkeit der Auferlegung**, in der der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB den inneren Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von AGB gegenüber Individualabreden gesehen hat (BT-Dr 7/3919, S. 15) und woran bei Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes inhaltlich nichts geändert werden sollte (BT-Dr 14/6040, S. 150, 160), beruht nicht zwingend auf einer solchen Überlegenheit. Als **wesentliches Charakteristikum** von AGB hat der Gesetzgeber vielmehr die **Einseitigkeit ihrer Auferlegung** und den Umstand gesehen, dass der **andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert** wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann (BT-Dr 7/3919, S. 15f.). Dagegen hat der Gesetzgeber der Frage, worauf dies beruht, ersichtlich keine Bedeutung beigemessen.“ (BGH aaO)*

b) Vorteilhaftigkeit für eine Partei nicht maßgeblich

Keine für sich allein entscheidende Bedeutung für eine Zurechnung kommt dagegen dem Umstand zu, dass die **Bekl.** durch den formularmäßig vorgesehenen Gewährleistungsausschluss **begünstigt** wird.

*„**Verschiedentlich** wird allerdings die **Auffassung vertreten**, dass die Rolle des Verwenders **unabhängig von der Herkunft des Vertragsformulars** (zumindest im Zweifel) **derjenigen Partei** zuzuweisen sei, auf **deren Veranlassung die für sie günstige Einbeziehung** der vorformulierten Regelungen in den Vertrag zurückgeht (OLG Düsseldorf, WuM 1994, 467 = JR 1995,*

245 = BB 1994, 1521; vgl. auch Basedow, in: MüKo 5. Aufl., § 305 Rn. 27). **Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.**

Denn die **Sichtweise**, wonach aus dem Inhalt von AGB auf die Verwendereigenschaft zu schließen und jeweils derjenige Vertragspartner zumindest im Zweifel als Verwender anzusehen sein soll, den die einzelne Klausel – hier der Gewährleistungsausschluss – begünstigt, ist **mit der Systematik und dem Regelungszweck des Gesetzes unvereinbar**. Vielmehr knüpfen die Schutzbestimmungen der §§ 305b ff. BGB mit ihren bis zur Unwirksamkeit reichenden Korrekturen des vertraglich Vereinbarten entscheidend daran an, dass eine Vertragspartei der anderen **unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht** vorformulierte Bedingungen gestellt hat. Ob das der Fall ist, lässt sich aus dem Inhalt und der Formulierung einer Vertragsklausel als solcher noch nicht erschließen, so dass **Inhalt und Formulierung einer Klausel zur Beurteilung der Verwendereigenschaft für sich allein jedenfalls in der Regel nicht aussagekräftig** sind (vgl. BGHZ 130, 50 [57] = NJW 1995, 2034; BGH, NJW 1997, 2034 = WM 1997, 1586 [unter I 2c]). **Allenfalls kann im Einzelfall** aus dem Inhalt benachteiligender Formularverträge oder Formulklauseln auf eine bestimmte Marktstärke einer der Vertragsparteien geschlossen werden, welche dann **zusammen mit anderen Anhaltspunkten** den weiteren Schluss auf die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch ein Stellen vorformulierter Bedingungen gegenüber der benachteiligten Partei zulässt (vgl. BGHZ 118, 229 [239] = NJW 1992, 2160; BGH, NJW 1997, 2034 = WM 1997, 1586).“ (BGH aaO)

c) keine generelle Unanwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB bei Musterverträgen zwischen Privaten

Verschiedentlich wird im **Schrifttum** die Auffassung vertreten, dass bei **Vertragsmustern**, die für eine Vielzahl von (Kauf-)Verträgen konzipiert und **auf dem Markt erhältlich** sind, ein Einbeziehungsvorschlag auch dann, wenn er nicht von beiden Vertragspartnern, sondern nur von der einen Seite ausgeht, nicht selten inhaltlich dem übereinstimmenden Willen beider Seiten entspreche, so dass es **weder sinnvoll noch geboten** sei, einer Partei die Verantwortung für diesen Mustervertrag zuzuweisen (Ulmer/Brandner/Hensen, § 305 Rn 29; Lapp, jurisPK-BGB, § 305 Rn 23; vgl. ferner Reinking/Egert, Autokauf, 10. Aufl., Rn 1979; Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158 [162]).

Der BGH hat sich ausdrücklich gegen diesen Ansatz ausgesprochen.

d) Maßgeblichkeit der einseitigen Auferlegung

„**Charakteristisch** für AGB sind, die **Einseitigkeit ihrer Auferlegung** sowie der Umstand, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen **Regelung konfrontiert** wird, auf ihre Ausgestaltung **gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann** (BT-Dr 7/3919, S. 15f.). An dem hierin durch **einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit** einer Vertragspartei zum Ausdruck kommenden Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen fehlt es jedoch, wenn deren **Einbeziehung** sich als das **Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen** darstellt, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird (vgl. BGH, NJW 1997, 2034 = WM 1997, 1586). Dazu genügt es zwar nicht, dass der andere Vertragsteil lediglich die Wahl zwischen bestimmten, von der anderen Seite vorgegebenen Formularalternativen hat. **Erforderlich** ist vielmehr, dass er – wenn er schon auf die inhaltliche Gestaltung des vorgeschlagenen Formulartextes keinen Einfluss nehmen konnte (vgl. BGHZ 126, 326 [333]) – in der **Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei** ist und insbesondere Gelegenheit erhält, **alternativ eigene Textvorschläge** mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (vgl. BGH, NJW 1992, 503 = WM 1992, 50 [unter II 3a]; NJW 1996, 1676 = WM 1996, 483 [unter I 2a]; ferner BGHZ 141, 108 [110] = NJW 1999, 2180).“ (BGH aaO)

Eine solche Freiheit in der Auswahl der in Betracht kommenden Formulartexte bestand im vorliegenden Fall. Die Parteien haben telefonisch darüber gesprochen hätten, wer ein Vertragsformular mitbringen solle, und man hat sich schließlich auf das der Bekl. bereits vorliegende Vertragsformular geeinigt.

„Hiernach ist davon auszugehen, dass sich die Parteien auf die Verwendung des Vertragsformulars der V Versicherung geeinigt hatten, ohne dass die Bekl. dies im rechtlichen Sinne verlangt hatte. Bei diesen Gegebenheiten, die zusätzlich dadurch gekennzeichnet waren, dass es den Parteien **weniger um die Durchsetzung eines bestimmten Vertragstextes als um die Benutzung eines rechtlich einwandfreien Vertragsmusters** gegangen ist, ist dem Kl. die Möglichkeit eingeräumt worden, ein **Vertragsformular eigener Wahl mitzubringen** und es an Stelle des bei der Bekl. vorhandenen Formulars dem Vertragsschluss zu Grunde zu legen.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis: Der Gewährleistungsausschluss ist wirksam. Dem Kl. steht kein Minderungsrecht zu.

Bereicherungsausgleich bei Anweisungsfällen
Nichtigkeit der Anweisung
(BGH in WM 2010, 725; Urteil vom 17.02.2010 – VIII ZR 67/09)

1. Bei **Fehlern im Deckungsverhältnis** zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen ist der **Bereicherungsausgleich im Deckungsverhältnis** vorzunehmen;
2. Weist dagegen das **Valutaverhältnis** zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger **Fehler** auf, ist der Ausgleich der **Bereicherung in diesem Verhältnis** abzuwickeln.
3. **Fehlen** dagegen von vornherein eine **wirksame Anweisung** sowie eine **wirksame Zweckbestimmung** wegen Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden, so kommt es nicht zu einer „Leistung“ des Anweisenden, da ihm die Zahlung des Angewiesenen nicht zugerechnet werden kann. Er ist weder wegen Erfüllung einer im Valutaverhältnis etwa bestehenden Verbindlichkeit bereichert, noch erwirbt er einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Dritten. Der **bereicherungsrechtliche Ausgleich** ist hier vielmehr im Verhältnis **zwischen Angewiesenen und Zahlungsempfänger** zu suchen.

Fall: Der Kl. ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der L-GmbH (fortan: Schuldnerin), das am 29.11.2005 eröffnet worden ist. Die Eltern der Bekl. sind Gesellschafter der Schuldnerin; ihre Mutter war zugleich Geschäftsführerin. Am 23.06.2003 kam es zum Abschluss eines schriftlichen „Darlehensvertrags“ zwischen den durch ihre Eltern vertretenen, damals sieben, sechs und vier Jahre alten Bekl. einerseits, der durch die Mutter der Bekl. sowie einen weiteren Geschäftsführer vertretenen Schuldnerin andererseits. Danach gewährten die Bekl. der Schuldnerin ein Darlehen in Höhe von 55000 Euro, das „in unregelmäßigen Raten zurückgeführt“ werden sollte, spätestens aber „zum 31.01.2004 inklusive aller Kosten und Zinsen zur Rückzahlung fällig“ war. Das Darlehen sollte mit einer Grundschuld am Hausgrundstück I. der Schuldnerin in L. gesichert werden. Am 23.06.2003 überwies die Mutter der Bekl. unter Hinweis auf den Darlehensvertrag von ihrem eigenen Girokonto bei der L 55000 Euro an die Schuldnerin. Die Bekl. hatten von ihrem Großvater Geld geerbt, das in Wertpapieren angelegt war. Am 23.06.2003 wurden die Depots aufgelöst. Die Erlöse aus den Verkäufen, Beträge von 18000 Euro, 18000 Euro und 26722,84 Euro (von denen 8722,84 Euro zurück überwiesen wurden) gingen am 24.06.2003 auf dem Konto der Mutter der Bekl. ein. Nach Darstellung der Bekl. war der gesamte Vorgang mit der L abgesprochen, die sich geweigert hatte, das Geld aus dem Verkauf der Depots unmittelbar an die Schuldnerin zu überweisen. Mit notarieller Urkunde vom 25.06.2003 bestellte die Schuldnerin, vertreten durch den Vater der Bekl., am Hausgrundstück I. zu Gunsten der Bekl. eine Grundschuld über 55000 Euro. Mit notarieller Urkunde vom 05.12.2003 bestellte die Schuldnerin, vertreten durch den Vater der Bekl., zu Gunsten der Bekl. eine weitere Grundschuld über 55000 Euro an den mit Reihenhäusern bebauten und mittlerweile in Parzellen aufgeteilten Grundstücken in L., A 70 und 72. Im Hinblick auf diese Absicherung bewilligten die nunmehr durch einen Ergänzungspfleger vertretenen Beklagten die Löschung der Grundschuld am Grundstück I. Im vorliegenden Rechtsstreit nahm der Kl. die Bekl. auf Bewilligung der Löschung der Grundschuld auf den Grundstücken A in Anspruch. Die Bekl. beriefen sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihrer Darlehensforderung.

Hat L einen Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Grundschuld?

L könnte einen Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Grundschuld gem. § 812 I 1 Alt. 1, 818 I BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Der Insolvenzverwalter ist vor Gericht Partei kraft Amtes und führt die Prozesse im eigenen Namen, da er nach § 80 InsO allein über das Insolvenzvermögen verwaltungs- und verfügungsbefugt ist. Es kommt also darauf an, ob ein entsprechender Anspruch für die Schuldnerin entstanden ist.

1. etwas erlangt

Die Bekl. müssten etwas erlangt haben. Sie könnten die **Grundschuld erlangt** haben. Allerdings haben die Bekl., die seinerzeit nach § 104 Nr. 1 BGB nicht bzw. nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig waren, nicht selbst handeln. Für sie haben deren Eltern gehandelt. Da diese auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts der Grundschuldbestellung tätig waren, könnte diese nach **§§ 1629 I 1, II 1, 1795 II, 181 BGB** nichtig sein. Allerdings gilt § 181 BGB **im Wege der teleo-**

logischen Reduktion nicht für solche Geschäfte, die **lediglich rechtlich vorteilhaft** sind. Die Erlangung einer Grundsuld ist für die Bekl. mit keinem Rechtsnachteil verbunden gewesen, so dass sie bei der Grundsuldbestellung auch ohne Ergänzungspfleger wirksam vertreten werden konnten. Die Grundsuldbestellung ist damit wirksam erfolgt, so dass die Bekl. die Grundsuld erlangt haben.

2. durch Leistung der Schuldnerin

Mit der Bestellung der Grundsuld hat die Schuldnerin das Vermögen der Bekl. **bewusst und zweckgerichtet vermehrt**, so dass die Leistungskondition einschlägig ist.

3. ohne Rechtsgrund

Dies müsste auch ohne Rechtsgrund gesehen sein. Die Grundsuld wurde aufgrund der vermeintlichen Sicherungsabrede bestellt, um eine Darlehensverbindlichkeit abzusichern. Die **Sicherungsabrede sollte Rechtsgrund für die Bestellung** der Grundsuld sein. Allerdings ist der Darlehensvertrag nach §§ 1629 I 1, II 1, 1795 II, 181 BGB nichtig. Eine Ausnahme vom Verbot des § 181 BGB greift für den rechtlichen nachteiligen Darlehensvertrag und die Sicherungsabrede nicht ein. Die Bekl. haben die Grundsuld daher ohne Rechtsgrund erlangt.

Der Anspruch der Schuldnerin gegen die Bekl. auf Herausgabe des Erlangten nach §§ 812 I 1 Alt. 1, 818 BGB ist damit entstanden. Die **Herausgabe der Grundsuld** erfolgt durch **Löschung der Eintragung**, zu der die eingeklagte **Löschungsbewilligung** erforderlich ist. Dieser Anspruch besteht mangels Vorliegens eines Rechtsuntergrundes auch noch fort.

II. Anspruch durchsetzbar

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch der Schuldnerin durchsetzbar ist. Die Bekl. könnten dem Anspruch nach § 273 BGB entgegenhalten, dass sie ihrerseits einen **bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen die Schuldnerin** wegen der Darlehensgewährung in Höhe von 54000 aufgrund des nichtigen Darlehensvertrages haben. Allerdings müsste die Schuldnerin diesen Betrag entweder nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB durch die Leistung der Bekl. oder nach § 812 I 1 Alt. 2 BGB in sonstiger Weise unmittelbar auf deren Kosten erlangt haben.

1. durch Leistung der Bekl.

Die Annahme einer Leistung der Bekl. setzt die **unmittelbare und zweckgerichtete Vermögensmehrung** bei der Schuldnerin durch die Bekl. voraus.

„Die Überweisung diente zwar – auch aus Sicht der Schuldnerin als der Empfängerin der Leistung – dazu, der Schuldnerin das im Vertrag vom 23.06.2003 zugesagte Darlehen zur Verfügung zu stellen. Die Initiative hierzu ging jedoch von der Mutter der Bekl. aus, die – im Hinblick auf die zu erwartenden Erstattungen aus dem Verkauf der Depots der Bekl. – den Betrag von ihrem eigenen Konto überwies. Dieser Vorgang könnte zwar auch so verstanden werden, dass sie als Vertreterin ihrer Kinder sich selbst mit der Überweisung beauftragte (§ 667 BGB). Die Erstattungsleistungen aus den Depots der Bekl. hätten dann der Erfüllung des Erstattungsanspruchs der Mutter der Bekl. aus § 670 BGB gedient. Wie beim Abschluss des Darlehensvertrags war die Mutter der Bekl. jedoch gem. §§ 1629 II, 1795 II, 181 BGB an einer Vertretung ihrer Kinder gehindert. Ein Auftrag (eine Weisung, eine Anweisung) der Bekl. kommt deshalb nicht in Betracht.

Es fehlte auch eine wirksame Zweckbestimmung, weil diese wegen ihres rechtsgeschäftsähnlichen Charakters ebenfalls Geschäftsfähigkeit oder eine wirksame Vertretung voraussetzt (vgl. BGHZ 111, 382 [386] = NJW 1990, 3194). Ob die Schuldnerin als Empfängerin der Zahlung von einer Leistung der Bekl. ausging oder ausgehen musste, ist entgegen der Ansicht des BerGer. unerheblich. Kann die Leistung dem scheinbar Leistenden nicht zugerechnet werden, weil dieser keine wirksame Zweckbestimmung treffen konnte und auch jeder zurechenbar veranlasste Rechtsschein fehlt, kommt es auf den Empfängerhorizont nicht an.“ (BGH aaO)

Die von der Mutter der Bekl. am 23.06.2003 veranlasste Überweisung von 54000 Euro von ihrem Konto auf dasjenige der Schuldnerin stellte **keine Leistung der Bekl.** dar.

2. in sonstiger Weise unmittelbar auf Kosten der Bekl.

Der Erhalt der 54000 Euro könnte jedoch eine Vermögensmehrung in sonstiger Weise darstellen, die **unmittelbar auf Kosten der Bekl.** erfolgt ist.

*„Das F, wie dargelegt, von einem Konto der Mutter der Bekl. Diese hat zwar nur einen Tag später 54000 Euro erhalten, die aus dem Verkauf der Depots der Bekl. stammten, und sich damit „refinanziert“. Die Überweisung am 23.06.2003 soll die L sogar nur im Hinblick auf den durch den Verkauf der Wertpapiere der Bekl. erzielten Erlös vorgenommen haben. Das erscheint nachvollziehbar, weil das Konto der Mutter am 23.06.2003 keine ausreichende Deckung aufwies. Wegen der von der kontoführenden L – wenngleich nur für einen Tag – **geduldeten Überziehung** stammt der an die Schuldnerin überwiesene Betrag jedoch **aus dem Vermögen der Mutter der Bekl.** An diese, nicht an die Schuldnerin, wurde das **Geld der Bekl.** überwiesen. Dass das Konto der Mutter nicht nur eine notwendige Zwischenstation darstellte, zeigt sich insbesondere, wenn man sich die Rechtslage nach der Überweisung an die Schuldnerin, aber vor Eingang des Geldes der Bekl. auf dem Konto der Mutter vergegenwärtigt. Einen **Rechtsgrund für die Überweisung an die Schuldnerin gab es nicht**. Die Mutter der Bekl. hätte folglich das Geld gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB von der Schuldnerin zurückverlangen können. Ein **Anspruch der Bekl.**, deren **Vermögen durch die Überweisung unberührt** geblieben war, gegen die Schuldnerin **bestand dagegen nicht**. Anspruch darauf, dass die Bekl. (ihre Kinder) ihr die „verauslagten“ 54000 Euro erstatteten, hatte sie nicht. Ein Anspruch aus § 670 BGB kommt – wie bereits ausgeführt – nicht in Betracht, weil die Mutter der Bekl. diese bei Erteilung des Auftrags nicht vertreten konnte (§§ 1629 II, 1795 II, 181 BGB). An dieser Rechtslage änderte sich nichts, nachdem das Geld der Bekl. auf dem Konto ihrer Mutter eingegangen war. Die Mutter der Bekl. war diesen gegenüber zur Rückgewähr des Geldes verpflichtet, weil ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung fehlte (§ 812 I 1 Alt. 2 BGB). Ebenso bestand ihr Anspruch gegen die Schuldnerin auf Rückgewähr der überwiesenen 54000 Euro fort.“ (BGH aaO)*

Die Schuldnerin hat die 54000 Euro daher auch nicht in sonstiger Weise unmittelbar auf Kosten der Bekl. erlangt.

*„Diese Lösung entspricht der **Rechtsprechung des BGH zum Bereicherungsausgleich in Fällen der Leistung kraft Anweisung**. Grundsätzlich vollzieht sich der Bereicherungsausgleich innerhalb der jeweiligen Leistungsverhältnisse.*

- *Bei Fehlern im Deckungsverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen ist der Bereicherungsausgleich im Deckungsverhältnis vorzunehmen;*
- *weist dagegen das Valutaverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger Fehler auf, ist der Ausgleich der Bereicherung in diesem Verhältnis abzuwickeln.*
- *Fehlen dagegen von vornherein eine wirksame Anweisung sowie eine wirksame Zweckbestimmung wegen Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden, so kommt es nicht zu einer „Leistung“ des Anweisenden, da ihm die Zahlung des Angewiesenen nicht zugerechnet werden kann. Er ist weder wegen Erfüllung einer im Valutaverhältnis etwa bestehenden Verbindlichkeit bereichert, noch erwirbt er einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Dritten. Der bereicherungsrechtliche Ausgleich ist hier vielmehr im Verhältnis zwischen Angewiesenem und Zahlungsempfänger zu suchen (BGHZ 111, 382 [386] = NJW 1990, 3194).“ (BGH aaO)*

Deshalb kann der Mutter der Bekl. eine Insolvenzforderung gegen die Schuldnerin zustehen, nicht jedoch diesen selbst.

III. Ergebnis: Vor diesem Hintergrund scheidet ein Zurückbehaltungsrecht aus, so dass der Anspruch des Kl. auch durchsetzbar ist und die Klage begründet ist.

(BGH in NSTZ 2010, 277; Beschluss vom 19.11.2009 – 3 StR 244/09)

1. **Beharrliches Handeln** i.S.d. § 238 StGB **setzt ein wiederholtes Tätigwerden voraus**. Darüber hinaus ist erforderlich, dass der **Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers** in der Absicht **handelt**, sich auch in Zukunft entsprechend zu verhalten. Eine zur Begründung der Beharrlichkeit **erforderliche (Mindest-)Anzahl von Angriffen** des Täters kann **nicht festgelegt** werden.
2. Die **Lebensgestaltung des Opfers** wird dann **schwerwiegend beeinträchtigt**, wenn es zu einem Verhalten veranlasst wird, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte und das zu gravierenden, ernst zu nehmenden **Folgen** führt, **die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen**.
3. **§ 238 StGB ist kein Dauerdelikt**. Einzelne Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, werden jedoch zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind.

Fall: Der Angekl. lernte im April 2006 die Zeugin L kennen und führte mit dieser bis Ende 2007 eine Beziehung. Nach der Trennung kam es wiederholt zu Auseinandersetzungen, da der Angekl. die Trennung nicht akzeptieren wollte. Die Zeugin erwirkte deshalb eine einstweilige Verfügung nach dem Gewaltschutzgesetz gegen den Angekl.; danach wurde diesem untersagt, Kontakt zu der Zeugin aufzunehmen und sich ihr in einem Umkreis von 100 m zu nähern. Am 16.07.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem AG über einen Antrag der Zeugin auf Verhängung von Ordnungsmitteln gegen den Angekl. statt; bei dieser Gelegenheit schlossen der Angekl. und die Zeugin einen Vergleich, der inhaltlich der einstweiligen Verfügung entsprach. Zuvor belästigte der Angekl. die Zeugin in Kenntnis der einstweiligen Verfügung und ihres Willens, keinen Kontakt mehr zu ihm zu halten, wobei es zu folgenden einzelnen Vorfällen kam:

Am 29.03.2008 klingelte er an der Tür des Mehrfamilienhauses, in dem sich die Wohnung der Zeugin befand. Die Zeugin öffnete das Badezimmerfenster und forderte den Angekl. auf zu verschwinden. Dieser kündigte jedoch an, bis zum nächsten Morgen zu warten, um zu sehen, wer aus dem Haus komme; außerdem bedrohte er die Zeugin mit dem Tode und beschimpfte sie als „Nutte“ und „Hure“.

Am Mittag des 24.04.2008 rief der Angekl. die Zeugin mehrfach an und erklärte, er werde sie nicht in Ruhe lassen. Am Nachmittag desselben Tages fing er sie auf dem Rückweg von ihrer Arbeit ab, beobachtete in der Folgezeit ihre Wohnung mit einem Fernglas und drohte der Zeugin telefonisch und durch lautes Rufen, er werde ihr ein Messer in den Hals stecken, sie abstechen und umbringen; außerdem bezeichnete er sie als Schlampe.

Am 13.05.2008 rief der Angekl. die Zeugin erneut mehrfach an, klingelte an ihrer Haustür und rief, er wolle wissen, was in der Wohnung vor sich gehe. Nachdem die Zeugin ihn aufgefordert hatte zu gehen, drohte er, er könne die Wohnungstür schneller einschlagen und die Zeugin abstechen, als die Polizei erscheinen werde.

Am 20.05.2008 rief der Angekl. die Zeugin an und sagte, er werde an diesem Tage ihre Wohnungstür einschlagen und sie umbringen; wenn er sie auf der Straße sehen sollte, haue er ihr „die Backen blau“.

Am 03.07.2008 gegen 4 Uhr morgens erhielt die Zeugin einen Anruf von dem Angekl., in dem dieser ihr mitteilte, dass der Gerichtstermin am 16.07.2008 kein schöner Tag für sie werde; alle wüssten, dass er sie kaputtschlagen und umbringen werde.

Die Zeugin nahm die Drohungen des Angekl. ernst und hatte Angst um ihr Leben. Auf Grund des Verhaltens des Angekl. gab sie erhebliche Teile ihrer Freizeitaktivitäten auf. So verließ sie etwa aus Angst vor diesem abends wenn möglich nicht mehr ihre Wohnung und öffnete aus Furcht die Haustür nicht mehr. In der Wohnung schaltete sie abends kein Licht mehr an, um dem Angekl. vorzutäuschen, nicht zu Hause zu sein. Sie verließ auch tagsüber ihre Wohnung und ihre Arbeitsstätte nur nach besonderen Sicherheitsvorkehrungen und bemühte sich, sich nicht allein auf der Straße aufzuhalten. Auf Grund ihrer Angst und der damit verbundenen Einschränkungen verlor sie erheblich an Gewicht.

Der Angekl. könnte sich wegen **Nachstellung nach § 238 I StGB** strafbar gemacht haben.

I. **Tathandlung** des § 238 I StGB ist das **unbefugte Nachstellen durch beharrliche unmittelbare und mittelbare Annäherungshandlungen** an das Opfer und näher bestimmte Drohungen i.S.d. § 238 I Nr. 1 – 5 StGB.

- **§ 238 I Nr. 1 StGB** soll **physische Annäherungen an das Opfer** wie das Auf-lauern, Verfolgen, Vor-dem-Haus-Stehen und sonstige häufige Präsenz in der Nähe der Wohnung oder Arbeitsstelle des Opfers erfassen. Erforderlich ist ein **gezieltes Aufsuchen der räumlichen Nähe zum Opfer** (BT-Dr 16/575, S. 7; Lackner/Kühl, 26. Aufl., § 238 Rn 4 ; SK-StGB-Wolters, § 238 Rn 10; Mitsch NJW 2007, 1237; Valerius JuS 2007, 319).
- **§ 238 I Nr. 2 StGB** erfasst **Nachstellungen durch unerwünschte Anrufe, E-Mails, SMS, Briefe, schriftliche Botschaften** an der Windschutzscheibe oder Ähnliches und mittelbare Kontaktaufnahmen über Dritte.

II. Hiervon ausgehend erfüllen die Handlungen des Angekl. die Voraussetzungen des Nachstellens in den **Tatvarianten des § 238 I Nr. 1 u. 2 StGB**.

1. Zunächst ist festzustellen, dass das tatbestandlich vorausgesetzte **beharrliche Handeln des Täters** hier zu bejahen ist.
 - a) Der **Begriff „beharrlich“** wird **auch an anderer Stelle im StGB verwendet** (§§ 56f I Nr. 2 u. 3, 67g I Nr. 2 u.3, 70b I Nr. 2 u. 3, § 184e StGB) und dort regelmäßig als **wiederholtes Handeln oder andauerndes Verhalten** interpretiert, das eine Missachtung des Verbots oder Gleichgültigkeit des Täters erkennen lässt (Fischer, StGB, 56. Aufl., § 184e Rn 5; Valerius JuS 2007, 322; vgl. auch BGHSt 23, 172).
 - b) In § 238 I StGB dient das Merkmal einerseits dazu, den Tatbestand einzuschränken; andererseits soll es die **Deliktstypik des „Stalking“ zum Ausdruck bringen** und einzelne, für sich genommen vom Gesetzgeber als **sozialadäquat angesehene Handlungen** (BT-Dr 16/575, S. 7) **von unerwünschtem „Stalking“ abgrenzen** (Kinzig/Zander JA 2007, 481; insoweit krit. Mitsch NJW 2007, 1240).
 - c) Dem Begriff der Beharrlichkeit i.S.d. § 238 StGB wohnen **objektive Momente der Zeit** sowie **subjektive und normative Elemente der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit** inne (Fischer aaO § 238 Rn 19; SK-StGB-Wolters aaO, Rn 15); er ist **nicht bereits bei bloßer Wiederholung erfüllt**. Vielmehr bezeichnet das Tatbestandsmerkmal eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziert.
 - d) Eine **wiederholte Begehung** ist danach zwar immer Voraussetzung, **genügt aber für sich allein nicht** (Lackner/Kühl aaO, Rn 3; Gazeas JR 2007, 497). Erforderlich ist vielmehr, dass aus **Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers** mit der **Absicht** gehandelt wird, **sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten**. Der Beharrlichkeit ist immanent, dass der Täter uneinsichtig auf seinem Standpunkt besteht und zäh an seinem Entschluss festhält, obwohl ihm die entgegenstehenden Interessen des Opfers bekannt sind. Die erforderliche ablehnende Haltung und gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot manifestieren sich darin, dass der Täter den vom Opfer ausdrücklich oder schlüssig geäußerten entgegenstehenden Willen bewusst übergeht (vgl. SK-StGB-Wolters aaO).

Die Beharrlichkeit ergibt sich aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen, bei der insbesondere auch der zeitliche Abstand zwischen den Angriffen und deren innerer Zusammenhang von Bedeutung sind (BT-Dr 16/575, S. 7; Valerius JuS 2007, 322; krit. Mosbacher NSTz 2007, 665; Neubacher/Sehr JZ 2007, 1029).

2. Die danach erforderliche **Gesamtwürdigung** des Verhaltens des Angekl. ergibt, dass dieser in dem dargelegten Sinne beharrlich handelte.

„Das LG hat Vorfälle an insgesamt 5 Tagen festgestellt, wobei es an einzelnen Tagen zu mehreren gesonderten Nachstellungshandlungen des Angekl. kam. Zwar liegen zwischen einzelnen Übergriffen des Angekl. teilweise auch größere zeitliche Abstände von bis zu etwa 6 Wochen. Jedoch belästigte der Angekl. die Zeugin über einen langen Zeitraum von insgesamt mehr als 3 Monaten und an manchen Tagen mit besonderer Nachdrücklichkeit. Dabei war ihm jederzeit bewusst, dass die Zeugin, die u.a. eine einstweilige Verfügung gegen ihn erwirkt hatte, keinen Kontakt mehr zu ihm wünschte. Sein Verhalten war gleichwohl von dem fortwährenden, harthäckigen Bestreben gekennzeichnet, die Zeugin zu drangsalieren.

*Auch die **Intensität der Beeinträchtigungen** der Zeugin durch das Vorgehen des Angekl. ist als erheblich anzusehen; so belästigte der Angekl. etwa sein Opfer auch während der Nacht und verwirklichte durch die ausgesprochenen **massiven Drohungen und Beleidigungen** jeweils mindestens einen weiteren Straftatbestand. Unerheblich ist, dass die Handlungen des Angekl. zwar im Wesentlichen gleichartig abliefen, sich jedoch im Detail unterschieden und verschiedene Alternativen des § 238 I StGB erfüllten. Denn die potentiell bedrohlichen Handlungen sind in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen, ohne dass es erforderlich ist, dass dieselbe Handlung wiederholt vorgenommen wird.“* (BGH aaO)

- III. Der Tatbestand des § 238 StGB ist vom Gesetzgeber als **Erfolgdelikt** ausgestaltet worden (vgl. BT-Dr 16/3641, S. 14); die Tathandlung muss daher zu einer **schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers** führen.

1. Der **Begriff der Lebensgestaltung** umfasst ganz allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen (BT-Dr 16/575, S. 7; SK-StGB-Wolters aaO, Rn 4). Sie wird beeinträchtigt, wenn das Opfer durch die Handlung des Täters veranlasst wird, ein Verhalten an den Tag zu legen, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte; stets festzustellen, ist demnach eine erzwungene Veränderung der Lebensumstände (BT-Dr 16/575, S. 8; SK-StGB-Wolters aaO, Rn 5).

- a) Dieses **weite Tatbestandsmerkmal** erfährt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine **Einschränkung** dahin, dass die **Beeinträchtigung schwerwiegend** sein muss. Erfasst werden damit im konkreten Kontext ins Gewicht fallende, gravierende und ernst zu nehmende Folgen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikationen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen (BT-Dr 16/3641, S. 14; OLG Hamm NSTz-RR 2009, 175; SK-StGB-Wolters aaO, Rn 3; Mosbacher aaO, krit. Mitsch aaO, 1240).

Nicht ausreichend sind daher weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge, wie z.B. die Benutzung eines Anrufbeantworters und die Einrichtung einer so genannten Fangschaltung zum Zwecke der Beweissicherung. Weitergehende Schutzvorkehrungen des Opfers, wie etwa das Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter, ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Wohnung und das Verdunkeln der Fenster der Wohnung sind dagegen als schwerwiegend anzusehen (BT-Dr 16/575, S. 8; OLG Hamm aaO; Lackner/Kühl Rn 2; SK-StGB-Wolters Rn 6 – alle aaO). Danach schützt der Tatbestand weder Überängstliche noch besonders Hartgesottene, die sich durch das Nachstellen nicht beeindrucken lassen (vgl. Wolters Rn 2; Mitsch; Mosbacher – alle aaO).

- b) Nach diesen Maßstäben ist mit Blick auf die **objektivierbaren Einschränkungen der Lebensführung**, welche die Belästigungen des Angekl. bei der Zeugin hervorriefen, der erforderliche Taterfolg gegeben.
2. Da erst das **Zusammenwirken aller Angriffe zu Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung der Zeugin führte**, ist das Verhalten des Angekl. als **einheitliche Nachstellung** zu bewerten. § 238 I StGB stellt zwar **kein Dauerdelikt** dar; die verschiedenen Angriffe des Angekl. mit denen der zur Vollendung des Delikts

erforderliche Erfolg nur einmal herbeigeführt wurde, bilden jedoch eine tatbestandliche Handlungseinheit.

„Bereits der Umstand, dass die Tathandlung des § 238 I StGB ein beharrliches Nachstellen voraussetzt, **spricht dagegen, die einzelnen Angriffe** des Angekl. **als materiellrechtlich selbstständige Taten i.S.d. § 53 StGB zu werten**; denn dem Begriff des Nachstellens ist ein gewisses Maß an Dauerhaftigkeit immanent (Fischer aaO, Rn 9). Mit dem zusätzlichen Erfordernis der Beharrlichkeit wollte der Gesetzgeber den spezifischen Unrechtsgehalt der fortwährend stattfindenden Verfolgung erfassen, deren Strafbarkeit das Regelungsziel des § 238 StGB war (BT-Dr 16/575, S. 6). Wenn damit auch eine Anknüpfung an eine bloße Wiederholung der das Opfer beeinträchtigenden Handlung nicht beabsichtigt war, so vermag doch ein einmaliger Angriff des Täters das Merkmal der Beharrlichkeit von vorneherein nicht zu erfüllen. Objektive Voraussetzung ist vielmehr ein wiederholtes, d.h. **mindestens zweifaches Nachstellen** i.S.d. § 238 I StGB, das indes gemäß den obigen Darlegungen zusätzlich subjektive und normative Kriterien aufweisen muss.

Diese **komplexe Struktur des Tatbestandsmerkmals** bringt es mit sich, dass eine in jedem Einzelfall Gültigkeit beanspruchende, absolute (Mindest-) Anzahl von notwendigen Angriffen des Täters nicht festgelegt werden kann; denn die Beurteilung der Beharrlichkeit eines Verhaltens kann nur auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller Elemente des Tatbestandsmerkmals erfolgen. Diese stehen nicht isoliert nebeneinander; vielmehr bestehen **Wechselwirkungen**, die jeweils Rückschlüsse auf das Vorliegen der anderen Kriterien erlauben. So hängt etwa die erforderliche Anzahl der notwendigen Angriffe u.a. von dem konkreten Gewicht der sonstigen Elemente ab. Greift der Täter mit seinen Handlungen besonders intensiv in die Rechte des Opfers ein, so mögen grds. bereits wenige Vorfälle, unter Umständen auch eine einzige Wiederholung, das erforderliche Maß an rechtsfeindlicher Gesinnung und Hartnäckigkeit zu belegen. Die in dem Gesetzentwurf des Bundesrats enthaltene Regelvorgabe von mindestens 5 Handlungen (BT-Dr 16/1030, S. 7) erweist sich somit als für die Anwendungspraxis wenig hilfreich (für ein notwendiges Minimum von 5 Handlungen auch Kinzig/Zander aaO, 484; gegen die pauschale Festlegung einer Mindestzahl Gazeas aaO, 502; vgl. auch SK-StGB-Wolter aaO, Rn 15; Mitsch aaO, 1240).

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Taterfolg nicht durch eine isolierte einzelne Handlung des Angekl. sondern durch die insgesamt 5 Angriffe herbeigeführt wurde.“ (BGH aaO)

3. Das aus diesem Umstand ersichtlich werdende – geradezu typische – **Verhältnis zwischen Tathandlung und Taterfolg** im Rahmen des § 238 I StGB belegt zunächst, dass die mehreren Angriffe des Angekl. nicht deshalb zur Tateinheit im materiellrechtlichen Sinn zusammengefasst werden können, weil sie Teile einer Dauerstraftat sind; denn § 238 I StGB stellt trotz insoweit mehrdeutiger Passagen in den Gesetzesmaterialien **kein Dauerdelikt im rechtstechnischen Sinne** dar.

Die Tatbestandsstruktur des § 238 I StGB weist jedoch Elemente auf, die denen eines Dauerdelikts durchaus ähnlich sind.

- Die Vorschrift umfasst objektiv nach ihrem Wortlaut und ihrem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn typischerweise **ein über den Einzelfall hinausreichendes, auf gleichartige Wiederholung gerichtetes Verhalten** und soll somit typischerweise ganze Handlungskomplexe treffen (BGHSt 43, 1). Es liegt deshalb auf der Hand, in Fallgestaltungen wie der vorliegenden von einer sukzessiven Tatbegehung auszugehen (Gazeas KritJ 2006, 247; ders. JR 2007, 504; iterative, d.h. wiederholte Tatbestandsverwirklichung), die eine **ununterbrochene deliktische Tätigkeit** oder einen in deliktischer Weise geschaffenen Zustand nicht voraussetzt (LK-Rissing-van Saan, 12. Aufl., Vor § 52 Rn 24).
- Die **sukzessive Tatbegehung** ist vielmehr **dadurch gekennzeichnet, dass sich der Täter dem tatbestandlichen Erfolg nach und nach nähert**; dabei werden diejenigen einzelnen Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, unter rechtlichen Gesichtspunkten im Wege einer tatbestandlichen Handlungseinheit zu einer Tat im materiellen Sinne zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind (LK-Rissing-van Saan aaO, Rn 36). Anders als bei der natürlichen Handlungseinheit ist dabei **kein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang des strafbaren Verhaltens zu fordern**, vielmehr können zwischen

den einzelnen tatbestandsausfüllenden Teilakten erhebliche Zeiträume liegen (BGHSt 43, 1).

*„Danach liegt hier nur eine Handlung im Rechtssinne vor: Die **Angriffe** des Angekl. bewirkten erst in ihrer Gesamtheit den tatbestandlichen Erfolg i. S. einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers. Sie waren von einer durchgehenden, einheitlichen Motivationslage des Angekl. bestimmt und wiesen trotz der teilweise mehrwöchigen Unterbrechungen eine genügende räumliche und zeitliche Nähe auf.*

*Die **Nachstellung** nach § 238 I StGB verklammert die von dem Angekl. ebenfalls verwirklichten **Delikte der Bedrohung und Beleidigung**, so dass insgesamt Tateinheit gegeben ist (a.A. Valerius aaO, 324). Zwischen an sich selbstständigen Delikten kann durch ein weiteres Delikt – auch einer anderen Handlungseinheit (LK-Rissing-van Saan aaO, § 52 Rn 28) – Tateinheit hergestellt werden, wenn dieses weitere Delikt – bzw. die Handlungseinheit – mit den anderen Straftatbeständen jeweils ideell konkurriert und zumindest mit einem der verbundenen Delikte eine annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (Fischer aaO, vor § 52 Rn 30; LK-Rissing-van Saan aaO, Rn 30).*

*Dies ist hier der Fall: Die Ausführungshandlungen der an sich getrennt verwirklichten Bedrohungen bzw. Beleidigungen sind zwar nicht miteinander, wohl aber mit den Ausführungshandlungen der Nachstellung (teil-) identisch; die zu einer **tatbestandlichen Handlungseinheit** verbundenen einzelnen Teilakte der Nachstellung bilden deshalb jeweils mit den daneben verwirklichten Tatbeständen der Bedrohung und Beleidigung eine Tat im materiellrechtlichen Sinn.“ (BGH aaO)*

StGB
§§ 261, 263**Betrug / Geldwäsche**
„Umsatzsteuerkarussell“

StGB

(BGH in NSTz-RR 2010, 109; Beschluss vom 26.11.2009 – 5 StR 91/09)

1. Ein **Gegenstand rührt** dann i.S. des § 261 I StGB **aus der Vortat her, wenn er sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise** i.S. eines Kausalzusammenhangs **auf die Vortat zurückführen lässt**.
2. **Kausalität** zwischen Vortat und einem im Rahmen von Verwertungshandlungen an die Stelle des Ursprungsgegenstandes getretenen Surrogats ist jedenfalls **dann gegeben, wenn der Ersatzgegenstand einer unmittelbaren Beziehung zum Vortäter entstammt**.

Fall: M hatte zu Anfang des Jahres 2002 die Fa. N mit dem Ziel gegründet, durch einen fingierten Handel mit Computerprozessoren Umsatzsteuer (USt.) zu hinterziehen. Zu diesem Zweck benutzte er fingierte Rechnungen der Fa. H mit Vorsteuerausweis, die den (wiederholten) Erwerb hochwertiger Mikroprozessoren belegen sollten. Tatsächlich wurden aber keine Mikroprozessoren, sondern lediglich wertlose Computerteile geliefert. Die N verkaufte die Ware über die in München ansässige A (später zugleich auch über die W) an die in Malaysia residierende EM-Online, von wo aus die Ware an die N zurückgeschickt wurde, um sie erneut in den Verkaufskreislauf einzuspeisen. Die beiden Zwischenhändler erlangten allerdings nie Besitz an den „Mikroprozessoren“, sondern veräußerten – im Wege des Geheißerwerbs – diese nur an die EM-Online, wobei die Versendung der Ware durch die N erfolgte.

Da die gutgläubigen Mitarbeiter der A und der W darauf bestanden, dass EM-Online als Endabnehmer der vermeintlichen Hochleistungsprozessoren in Vorkasse treten und die Ware erst nach Eingang des Kaufpreises an diese verschifft werden solle, benötigte S Startkapital. Zu diesem Zweck trat er Anfang 2002 an den Angekl. heran und stellte ihm dieses Konzept vor, verschwieg ihm indes den wahren Hintergrund eines Umsatzsteuerkarussellgeschäfts. Der Angekl. hielt das Konzept für schlüssig und ging davon aus, dass es sich um ein legales Geschäft mit „relativ hoher Rendite“ handelte. Da er die benötigten 250.000 € selbst nicht vollständig zur Verfügung hatte, berichtete er seinen Bekannten, den anderweitig verfolgten K und N, von der Geschäftsidee. Alle drei schlossen mit N gleichlautende schriftliche Darlehensverträge über jeweils 86.666,66 € zu einem monatlichen Darlehenszins von mindestens 8%.

Von einem gemeinsam durch K und N allein für dieses Darlehensgeschäft eingerichteten Konto bei der H, für das dem Angekl. eine Kontovollmacht eingeräumt war (im Folgenden: Oder-Konto), wurde im März 2002 erstmals die vermeintliche Vorkasse an A geleistet. Auf Grund des angegebenen Zahlungszwecks nahmen deren Mitarbeiter an, es handele sich um die vereinbarte Vorkasse der EM-Online. Sie wiesen daraufhin die Bruttorechnungsbeträge der N zu Gunsten des dafür bestimmten und eigens dafür eingerichteten weiteren Kontos bei der H an (im Folgenden: Und-Konto). Für dieses Und-Konto waren der Angekl. bzw. die K und N einerseits und andererseits der Geschäftsführer der N als Vertrauter des S nur gemeinsam verfügungsberechtigt.

Das durch Überweisung von der A entstandene Guthaben wurde anschließend durch den Angekl., der sich insoweit mit K und N abwechselte, bei gemeinsamen Besuchen mit S bei der H – formal durch Barabhebung und sofortige Bareinzahlung – auf das Oder-Konto transferiert, um von dort wieder zu Gunsten A als erneute vorgebliche Vorkasse von EM-Online angewiesen zu werden. Dabei wurden jeweils etwa 258.000 € an die A geleistet. In Ausführung des Tatplans stellte N in der Zeit vom 21. 3. 2002 und 12. 7. 2002 A insgesamt 83 Lieferungen über jeweils angeblich 500 Mikroprozessoren zu einem Nettobetrag von jeweils 251.045 €, zzgl. 40.167,20 € USt in Rechnung, wobei der Zahlungs- und Warenkreislauf stets nach demselben Muster ablief.

Der aus jedem Geschäft entstandene Überschuss in Höhe von jeweils etwa 32000 € aus der von A an N gezahlten Vorsteuer abzgl. der festgestellten Gewinnmarge wurde im Wege eines zweiten Bargeschäfts vom Und-Konto abgehoben und sodann auf ein ebenfalls bei der H geführtes Konto der N eingezahlt. Von dort hob S das Geld zu einem späteren Zeitpunkt ab und übergab es dem S. Gleichartige Geschäfte wickelte S (anstelle der A) mit der W und später über die 8 A ab, die der N nachfolgte und deren Finanzgeschäfte in gleicher Weise über den Angekl. und K und N durchgeführt wurden. Der von S erwirtschaftete Überschuss, der sich daraus ergab, dass er für die gelieferten „Waren“ keine Umsatzsteuer anmeldete, belief sich auf 3,7 Mio. €. Der Angekl. erzielte „Zinsgewinne“ in Höhe von ca. 35.000 €; er verlor jedoch sein gesamtes eingebrachtes Kapital.

Zu prüfen ist, ob ein **banden- und gewerbsmäßiger Betrug nach § 263 I StGB** zum Nachteil der Zwischenhändler A und W gegeben ist.

I. Ein solcher Betrug würde voraussetzen, dass beiden Unternehmen **durch betrügerisches Handeln** jeweils ein **Vermögensschaden entstanden** ist.

1. Hier käme ein **Eingehungsbetrug** in Betracht, wenn der Zwischenhändler über wesentliche Umstände des Verkaufsgegenstandes getäuscht wurde und hierdurch eine wertmäßig nicht mehr angemessene Gegenleistung versprochen wurde.

Wird betrügerisch eine Vereinbarung herbeigeführt, die den Vertragspartner am Vermögen schädigt, liegt ein Eingehungsbetrug vor.

„Eine Schädigung kann hier darin erblickt werden, dass die Vereinbarung sich tatsächlich auf relativ wertlose Elektrobauteile bezog und nicht – wovon die Zwischenhändler A und W ausgingen – auf hochwertige Mikroprozessoren. Dieses krasse Wertgefälle ist grds. geeignet, einen Vermögensschaden zu begründen.“ (BGH aaO)

2. Für die Feststellung eines **Vermögensschadens** ist allerdings eine **Gesamtsaldierung** dahingehend vorzunehmen, dass sämtliche durch die täuschungsbedingte Verfügung bewirkten Vermögensveränderungen zu vergleichen sind (BGHSt 45, 1 = NJW 1999, 1485 = NStZ 1999, 302; BGHR StGB § 263 I Vermögensschaden 70). Maßgeblich kommt es dabei auf den **Vermögensstand des Opfers vor und nach dem Vertragsschluss** an, wobei insbes. auch die aus der Vereinbarung erwachsenen Sicherungen miteinzubeziehen sind (vgl. BGHR StGB § 263 I Vermögensschaden 67, 71).

*„Im hier zu beurteilenden Fall besteht die Besonderheit, dass der im **Preisgefälle** zwischen Elektrobauteilen und Mikroprozessoren begründete Vermögensverlust durch besondere Umstände kompensiert wird. Die Mitarbeiter der A – was den eigentlichen Grund für die Einbeziehung des Angekl. und der anderweitig Verfolgten K und N darstellte – bestanden auf Vorkasse durch EM-Online. Die Kaufpreiszahlungen wurden daher durch A erst bewirkt, nachdem die Gelder aus der vorgeblichen Weiterveräußerung an EM-Online bei der A eingegangen waren. Deshalb konnte für sie (wie auch für die W) insoweit letztlich kein Schaden entstehen, weil der tatsächliche Wert der gekauften Bauteile auf Grund dieser Vertragskonstruktion keine Rolle mehr spielte.“*

*Eine **Vergütungsdifferenz** besteht jedoch zwischen den jeweils vom Oder-Konto gezahlten Summen, die von der A und W als Zwischenhändler vereinnahmt wurden, und den von ihnen selbst geleisteten Zahlungen auf das Und-Konto, die an die N gerichtet waren. Insofern haben beide Zwischenhändler jeweils mehr geleistet, als sie andererseits als Vorkasse erhielten. Dieser Unterschiedsbetrag ergibt sich daraus, dass die A und die W gegenüber der EM-Online, weil es sich um steuerfreie Ausfuhrlieferungen nach § 4 Nr.1 UStG i.V. m. § 6 UStG handelte, in Nettopreisen abrechneten, während sie umgekehrt als Einkäufer einer innerstaatlichen Lieferung gegenüber der N mit freilich vorgespiegelten Bruttopreisen belastet waren. Auch hinsichtlich dieser Mehrzahlung ergibt sich aber nicht ohne weiteres ein ansatzfähiger Vermögensschaden. Insofern stand der A und der W nämlich ein Vorsteuererstattungsanspruch nach § 15 UStG zu, der diese Mehraufwendungen kompensierte.“* (BGH aaO)

3. Die **Höhe der zu entrichtenden Umsatzsteuer bemisst sich** ebenfalls nicht nach dem tatsächlichen Wert des Vertragsgegenstandes, sondern **danach, welchen Preis die Vertragspartner vereinbart haben** (§ 10 I UStG).

*„Da schon wegen ihrer **Gewinnspanne** der Preis für die Zwischenhändler geringer war als deren Vertragspreis gegenüber EM-Online, kommt ein Schaden nur in Betracht, wenn die Zwischenhändler keine Vorsteuererstattung für die von ihnen erbrachte Umsatzsteuer geltend machen können. Ausschlussgründe für einen Vorsteuererstattungsanspruch sind jedoch nicht ersichtlich. Nach den Urteilsfeststellungen waren die für die Zwischenhändler handelnden Personen gutgläubig. Aus ihrer Sicht als erwerbende Zwischenhändler stellte sich die Leistung der N daher als die Lieferung eines Unternehmens dar (vgl. BGH wistra 2003, 344), die sie ihrerseits nach Bruttopreisen bezahlten, wie bereits vorher – jedenfalls aus ihrer Sicht – die N ihren Lieferanten nach Bruttopreisen bezahlt hatte. Dementsprechend waren sie auch zum Vorsteuerabzug im Hinblick auf die in den ihnen gestellten Rechnungen offen ausgewiesene Umsatzsteuer berechtigt. Die Vorsteuererstattung zzgl. der in Vorkasse vereinnahmten und gegenüber EM-Online weiterberechneten Preise lassen bei den Zwischenhändlern keinen **Vermögensschaden** erkennen, und zwar ungeachtet des wesentlich geringeren Werts der verkauften Teile.“* (BGH aaO)

II. Fraglich ist weiter, ob überhaupt ein **Steuerdelikt** gem. § 261 I 2 Nr. 3 StGB als **taugliche Vortat** gegeben ist.

„Die nach dem maßgeblichen damaligen Rechtszustand in Betracht kommenden steuerstrafrechtlichen Tatbestände sind nicht gegeben. Nichts anderes gilt für die zur Tatzeit geltende Fassung des § 261 I 3

StGB; insbes. bezog sich die Vortat auf Steuererstattungen. Schließlich bieten die Feststellungen auch keinen Anhalt für eine leichtfertige Steuerverkürzung durch den Angekl. selbst.“ (BGH aaO)

- III. Die Auffassung, der Vortäter einer Katalogtat nach § 261 I 1 StGB könne Dritter i.S. des sog. **Isolierungstatbestandes** nach § 261 II Nr. 1 StGB sein, erscheint von vornherein rechtlich bedenklich.

„Indes käme es hier nicht darauf an. Denn der Angekl. hat nicht nur dem anderweitig verfolgten S, sondern ebenso Unbeteiligten aus der Vortat stammende Gegenstände verschafft. Das jeweils zwischen den verwendeten Konten auch durch den Angekl. transferierte Bargeld entstammte dem Kontokorrent des Und-Kontos, auf das die Gutschriften der A und W eingegangen waren. Durch die **formal vorgenommenen Barabhebungen und sogleich erfolgenden Bareinzahlungen** hat der Angekl. durch die zur Vorbereitung jedes (Betrugs-)Geschäfts notwendige Einzahlung von Bargeld auf das Oder-Konto der H die **tatsächliche Herrschaft** über das zuvor formal vom Und-Konto abgehobene Bargeld übertragen. Die gutgläubige Bank war fortan frei, über diese Gegenstände zu verfügen (§ 261 II Nr.1 StGB).“ (BGH aaO)

- IV. Zu prüfen ist weiter, ob die jeweils eingezahlten **Bargeldsummen aus Betrugshandlungen als rechtswidrigen Vortaten herrühren**.

„Der Gesetzgeber hat weder im **Wortlaut der Vorschrift des § 261 StGB** noch in den Gesetzesmaterialien klare Konturen für Inhalt und Grenzen des Tatbestandsmerkmals „herrühren“ geschaffen, sondern die **Ausfüllung dieses Merkmals der Rechtsprechungspraxis überlassen** (vgl. BGHSt 53, 205 = NJW 2009, 1617 = NSTZ 2009, 328).

Unter Berücksichtigung der mit dem Tatbestand verfolgten gesetzgeberischen Ziele, **Schutz der staatlichen Rechtspflege und Gewährleistung staatlichen Zugriffs auf illegale und in den Finanz- und Wirtschaftskreislauf zugeleitete Vermögenswerte**, ist der 1. Strafsenat von einem **weiten Begriffsverständnis** ausgegangen (BGHSt 53, 205 = NJW 2009, 1617 = NSTZ 2009, 328). Gegenstände sind demnach als bemakelt i.S. des § 261 I StGB anzusehen, wenn sie sich bei **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** i.S. eines Kausalzusammenhangs auf die Vortat zurückführen lassen (BGHSt 53, 205 = NJW 2009, 1617 = NSTZ 2009, 328; MüKo-StGB/Neuheuser, § 261 Rn 43; Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 261 Rn 8).

Der 1. Strafsenat hat die in der Lit. kontrovers diskutierte Frage nicht entschieden, welche Anforderungen im Einzelnen an die dadurch eröffnete Kette von Verwertungshandlungen zu stellen sind, bei welcher der Ursprungsgegenstand unter Beibehaltung seines Wertes – möglicherweise sogar in einer Vielzahl von Zwischentransaktionen – durch einen anderen ersetzt wird, um in dem durch den Täter der Geldwäsche erlangten Gegenstand gleichwohl noch **ein durch die Katalogtat kontaminiertes Surrogat** zu erkennen (vgl. die Nachweise bei Fischer, StGB, 56. Aufl. § 261 Rn 7; Voß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, 2007, S. 33ff.).

Eine Auseinandersetzung damit ist auch hier nicht veranlasst. Der **Kausalzusammenhang zwischen Vortat und Ersatzgegenstand** im vorgenannten Sinne **stellt jedenfalls dann die erforderliche Verbindung für das Fortwirken der Kontamination dar, wenn das Surrogat einer unmittelbaren Beziehung zum Vortäter entstammt.**“ (BGH aaO)

NdsSOG
§§ 8, 11

Obdachloseneinweisung
Anspruch auf Einweisung in bisherige Wohnung

VerfR

(OVG Lüneburg in NJW 2010, 1094; Beschluss vom 14.12.2009 – 11 ME 316/09)

1. Drohende **Obdachlosigkeit** stellt eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** dar.
2. Trotz Kündigung und Räumung ist der **Vermieter** für die Gefahr nicht verantwortlich, sondern kann nur in engen Voraussetzungen **im Rahmen des polizeilichen Notstandes** in Anspruch genommen werden.
3. Eine Einweisung ist grundsätzlich **nur verhältnismäßig**, wenn eine **andere Abwehr** der Gefahr **nicht möglich** ist und sie **zeitlich begrenzt** wird.
4. Bei **Ermessensreduzierung auf Null** kann ein **Anspruch** gegen die Gefahrenabwehrbehörde **auf Wiedereinweisung** in die bisherige Wohnung bestehen.

Fall: Der 1967 geborene Ast. ist Mieter einer Wohnung im Haus der Beigel. In diesem Haus wohnt auch die fast 78-jährige Mutter des Ast. Der Ast. leidet unter einer zwanghaften Persönlichkeitsstörung – einer chronischen psychischen Erkrankung – und befindet sich deswegen seit 1997 in ambulanter Behandlung im Asklepios Fachklinikum in B. Die Beigel. kündigte das Mietverhältnis und erstritt ein obsiegendes Räumungsurteil. Nachdem der zuständige Gerichtsvollzieher im Auftrag der Beigel. die Räumung der Wohnung des Ast. zum 17.12.2009 angekündigt hatte, hat der Ast. am 20.03.2009 bei der Ag. beantragt, ihn für den Fall einer Zwangsräumung in seine bisherige Wohnung zur Vermeidung von Obdachlosigkeit wieder einzuweisen. Daraufhin teilte ihm die Ag. am 26.03.2009 mit, dass diesem Wunsch nicht entsprochen werden könne, da der Stadt B. (Fachdienst Wohnraumfragen) Unterkünfte in ausreichender Größe und Ausstattung zur Verfügung stünden. Als Alternative zu einer Zuweisung in eine solche Unterkunft stehe es dem Ast. aber auch frei, sich auf dem privaten Wohnungsmarkt nach einer Mietwohnung umzusehen. Der Ast. hat sodann neben einer Verpflichtungsklage beim VG den Erlass einer einstweiligen Anordnung unter anderem mit dem Ziel der Wiedereinweisung in die bisherige Wohnung im Fall der Obdachlosigkeit beantragt. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Wiedereinweisung in die bisherige Wohnung im Fall der Obdachlosigkeit hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Der Ast. strebt die Einweisung in die bisherige Wohnung an, also den Erlass einer Gefahrenabwehrverfügung nach § 11 NdsSOG. Da insofern um öffentliches Recht gestritten wird, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthaftigkeit des Anordnungsverfahrens

Der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung kommt nach § 123 V VwGO kommt nur in Betracht, wenn in der Hauptsache keine Anfechtungsklage einschlägig ist. Der Ast. erstrebt den Erlass einer Gefahrenabwehrverfügung, also eines Verwaltungsaktes nach § 35 S. 1 VwVfG., der den Beigel. belasten, ihn jedoch begünstigen würde. Ein solches Begehren kann er – wie erfolgt – in der Hauptsache nur mit einer Verpflichtungsklage nach § 42 I Alt. 2 VwGO verfolgen, so dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statthaft ist.

III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Der Ast. ist gem. § 42 II VwGO analog antragsbefugt, wenn die Möglichkeit der Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten bestehen. Anspruchsgrundlage kann nur die gefahrenabwehrrechtliche Generalklausel (hier: § 11 NdsSOG) sein.

vgl. §§ 1, 3 BWPoIG; § 7 II BayLStVG Bay., § 11 BayPAG, § 17 I BlnASOG; § 13 I BbgOBG; § 10 BremPoIG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOG; § 14 NwOBG; § 9 RhPfPOG; § 8 I Saarl-PoIG; § 3 I SächsPoIG; §§ 1, 13 SachsAnhSOG; § 174 SchlHVwG; § 5 I ThürOBG

Allerdings handelt es sich bei § 11 NdsSOG (ebenso bei den Parallelvorschriften in den anderen Bundesländern) um eine Ermessensnorm. Es besteht daher grundsätzlich keinen Anspruch auf eine bestimmte Maßnahme, sondern nur auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Eine Verletzung dieses Rechts erscheint jedoch nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen, so nach der Möglichkeitstheorie analog § 42 II VwGO Antragsbefugnis besteht.

Der Antrag ist somit zulässig.

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn der Ast. **Anordnungsanspruch** (den zu regelnden bzw. sichernden Anspruch) und **Anordnungsgrund** (Gefährdung des Anspruchs) gem. § 123 I, III VwGO i.V.m. §§ 920 II, 294 ZPO glaubhaft gemacht hat.

Der Ast. begehrt die Zwangseinweisung in die Wohnung des Beigel., die mit einer öffentlichen Beschlagnahme der Wohnung verbunden ist und ihn mittelbar begünstigen soll. Eine solche Rechtsposition hatte er bislang noch nicht inne. Auf das zuvor bestehende Mietverhältnis kommt es insofern nicht an. Es handelt sich daher um den Antrag auf Erlass einer **Regelungsanordnung**.

I. Anordnungsanspruch

1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 NdsSOG

Eine Gefahrenabwehrverfügung kann ergehen bei Vorliegen einer **Gefahr für die öffentliche Sicherheit**.

„Es ist allgemein anerkannt, dass eine drohende (unfreiwillige) Obdachlosigkeit eine Störung der öffentlichen Sicherheit darstellt (vgl. etwa Senat, NVwZ-RR 2004, 777 = DÖV 2004, 963; Pjeroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und OrdnungsR, 4. Aufl., S. 177 Rn. 84). Geht es – wie hier – darum, dass der Mieter zur Abwendung der Obdachlosigkeit wieder in seine bisherige Wohnung eingewiesen werden will, kommt als Anspruchsgrundlage die polizeiliche Generalklausel des § 11 i.V.m. § 2 Nr. 1a NdsSOG in Betracht. An die Zulässigkeit der Wiedereinweisung sind aber wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Eigentumsrecht des Hauseigentümers hohe Anforderungen zu stellen (vgl. VGH Mannheim, NJW 1997, 2832; OVG Koblenz, Urt. v. 08.12.1992 – Az.: 6 A 10998/92; VGH München, NVwZ-RR 1991, 196; Götz, Allgemeines Polizei- und OrdnungsR, 14. Aufl., S. 87ff.; Ruder, Polizei- und ordnungsrechtliche Unterbringung von Obdachlosen, 1999, S. 117ff.).“ (OVG Lüneburg aaO)

2. richtiger Adressat

Fraglich ist, ob der Beigel. als Vermieter zur Beseitigung dieser Gefahr in Anspruch genommen werden darf.

a) Inanspruchnahme als Verhaltensverantwortlicher, § 6 I NdsSOG

Der Vermieter könnte durch Kündigung und Räumungsauftrag die Gefahr gesetzt haben. Allerdings reicht für den **Verantwortlichkeit im Gefahrenabwehrrecht** die schlicht kausale Verursachung nicht aus. Nach dem **Prinzip der Unmittelbarkeit** ist nur derjenige verantwortlich, der durch sein Verhalten die Gefahr unmittelbar verursacht.

„Sofern – wie hier – die Obdachlosigkeit durch die Kündigung des Vermieters und eine bevorstehende Räumung droht, ist der Vermieter nicht im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne für die Obdachlosigkeit verantwortlich.“

Unmittelbare Ursache der Obdachlosigkeit kann in solchen Fällen etwa der Mangel einer geeigneten anderen Unterkunft oder die subjektive Unmöglichkeit des Mieters sein, eine solche zu finden. Bei der Wiedereinweisung in die bisherige Wohnung handelt es sich um einen Fall der Inanspruchnahme des so genannten Nichtstörers. Die Beigel. kann deshalb nur unter den engen Voraussetzungen des so genannten polizeilichen Notstands in Anspruch genommen werden (vgl. § 8 NdsSOG. Ihm dürfen keine Aufgaben überbürdet werden, die auf Grund des Sozialstaatsprinzips dem Staat und damit der Allgemeinheit obliegen (vgl. BGH, NJW 2008, 1000).“ (OVG Lüneburg aaO)

b) Inanspruchnahme als Nichtverantwortlicher (§ 8 NdsSOG)

Es müssten die Voraussetzungen des § 8 NdsSOG vorliegen.

aa) gegenwärtige, erhebliche Gefahr

Der **Anspruch auf Schutz von Leib, Leben und Gesundheit aus Art. 2 II GG** stellt ein gewichtiges Rechtsgut dar, so dass eine erhebliche Gefahr besteht, die zudem wegen der bevorstehenden Räumung aus gegenwärtig ist.

bb) Inanspruchnahme einer anderen Person

„Eine gegen den Ast. gerichtete Verfügung, sich selbst anderweitig Obdach zu verschaffen, dürfte jedoch nicht erfolgsversprechend i.S.d. § 8 I Nr. 2 NdsSOG sein. Denn der Senat hat nach dem bisherigen Akteninhalt den Eindruck, dass der Ast. aus psychischen Gründen nicht in der Lage ist, sich rechtzeitig um eine neue Wohnung zu kümmern und eine solche auch zu finden.“ (OVG Lüneburg aaO)

cc) Ergreifen eigener Maßnahmen

Es ist daher grundsätzlich Aufgabe der Ag., dieser Gefahr **mit eigenen Mitteln** entgegenzuwirken (vgl. § 8 I Nr. 3 NdsSOG).

*„Sie muss sich deshalb zunächst um eine **anderweitige Unterbringung** des Ast. **bemühen**, bevor sie die Beigel. in Anspruch nimmt. Dies hat die Ag. **in zureichender Weise** getan. Sie hat den Ast. mit Schreiben vom 26.03.2009 darauf hingewiesen, dass im Einzelnen bezeichnete Unterkünfte für ihn in ausreichender Größe und Ausstattung in B. zur Verfügung stünden. Der 42-jährige Ast. ist aber **nicht bereit**, auf dieses Angebot der Ag. einzugehen, da er wegen seiner psychischen Erkrankung **außer Stande** sei, seine **jetzige Wohnung** und sein vertrautes Umfeld **zu verlassen**. Es sei ihm **in keiner Weise zumutbar**, in ein Obdachlosenquartier eingewiesen zu werden oder in eine andere im Schreiben vom 26.03.2009 angeführte Wohnung zu ziehen. Diese Befürchtungen des Ast. sind nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen. (wird ausgeführt).“ (OVG Lüneburg aaO)*

Die dem Ag. zur Verfügung stehenden eigenen Mittel sind daher zur Beseitigung der Gefahr nicht geeignet.

dd) Eigengefährdung des Beigel. oder Pflichtverletzung

Dafür, dass eine Zwangseinweisung des Ast. in die Wohnung des Beigel. diesen selbst erheblich gefährden würde oder er höherwertigere Pflichten verletzen müsste, liegen keine Anhaltspunkte vor.

ee) Ermessensgerechtheit einer Zwangseinweisung nach §§ 11, 8 NdsSOG

Die Wiedereinweisung dessen, der obdachlos zu werden droht, in die bisherige Wohnung legt dem Vermieter ein **Sonderopfer** auf. Das **Prinzip der Verhältnismäßigkeit** fordert daher regelmäßig ihre zeitliche und sachliche Begrenzung.

*„Insbesondere die Dauer der **Wiedereinweisung** hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Die Praxis der Verwaltungsgerichte ist insoweit uneinheitlich und schwankt zwischen **zwei und sechs Monaten** (vgl. Götz, S. 88, und Ruder, S. 124ff., jew. m. Nachw.). Nach den Vorgaben des BVerfG (NZM 2005, 657 FamRZ 2005, 1972) und des BGH (NJW 2008, 1000) zum Prüfungsumfang beim Räumungsvollstreckungsschutz nach § 765a ZPO verpflichtet das **Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG** zwar die Vollstreckungsgerichte, auch die Wertentscheidungen des Grundgesetzes und die dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte zu berücksichtigen und mit den **Interessen des Vollstreckungsgläubigers aus Art. 14 I GG** abzuwägen. Diese Abwägung könne aber nur in besonders gelagerten Einzelfällen dazu führen, dass die Vollstreckung für einen längeren Zeitraum und – in absoluten Ausnahmefällen – auf unbestimmte Zeit einzustellen sei.*

*Das **Vorliegen eines vollstreckbaren Räumungstitels** des Vermieters gegen den Mieter stellt **grundsätzlich keinen Hinderungsgrund** für die Wiedereinweisung dar, so dass die zuständige Ordnungsbehörde nicht an das entsprechende zivilrechtliche Urteil gebunden ist (vgl. dazu näher Ruder, S. 124 u. 138f.; Ewer/v. Detten, NJW 1995, 353 [357ff.]; krit. Pieroth/Schlink/Kniesel, S. 177f. Rn 85).*

*Hiervon ausgehend besteht nach der vorliegend nur möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage die **Gefahr**, dass der **Ast. im Falle eines Verlusts seiner bisherigen Wohnung Schaden an seiner Gesundheit** nehmen könnte. Eine endgültige Entscheidung darüber muss aber, gegebenenfalls nach Einholung eines Sachverständigengutachtens, dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Da eine derartige **Zwangsbelegung einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsrecht** der Beigel. darstellt, hat der Senat die Wiedereinweisung **auf zwei Monate befristet**“ (OVG Lüneburg aaO)*

Der Ag. hat daher im Rahmen pflichtgemäßer Ermessenausübung die Möglichkeit, eine Zwangseinweisung des Ast. gegenüber dem Beigel. in die bisher bewohnte Wohnung vorzunehmen.

3. Pflicht der Behörde zur Inanspruchnahme des Beigel.

Diese Möglichkeit begründet aber noch keinen Anspruch des Ast. auf eine solche Maßnahme. Da er seinen Anspruch auf eine Ermessensnorm stützt, kommt eine Pflicht der Behörde zum Erlass der begehrten Maßnahme nur

bei einer **Ermessenreduzierung auf Null** in Betracht, also nur dann, wenn sie der Erlass der Zwangseinweisungsverfügung im Rahmen ordnungsgemäßer Ermessenausübung als die **einzig rechtmäßige Entscheidung** darstellt.

*„Eine Ermessensreduzierung auf Null ist im Fall der **Inanspruchnahme eines so genannten Nichtstörers nur ausnahmsweise** möglich. Gründe für eine derartige Ermessensreduzierung können sich aus der **Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter**, der **Intensität der Gefahr**, ihrer **zeitlichen Nähe** und aus den **persönlichen Verhältnissen** des Betroffenen ergeben. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Wertentscheidungen des Grundgesetzes, vor allem das **Grundrecht des Obdachlosen auf Leben und körperliche Unversehrtheit** (Art. 2 II 1 GG), zu berücksichtigen (vgl. etwa OVG Koblenz, Urt. v. 08.12.1992 – Az.: 6 A 10998/92; VGH München, Beschl. v. 24.09.1999 – 4 ZS 99.2753; Ruder, S. 125ff).*

*Nach derzeitigem Erkenntnisstand hat er auf Grund der besonderen Umstände des gegebenen Einzelfalls auch einen Anspruch auf vorläufige Wiedereinweisung für den Zeitraum vom 17.12.2009 bis zum 16. 2. 2010, weil **anderenfalls sein Grundrecht** aus Art. 2 II 1 GG in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip **verletzt werden würde**. Dahinter müssen die aus dem **Eigentumsgrundrecht** des Art. 14 I 1 GG folgenden Interessen der Beigel. als Vermieterin der Wohnung jedenfalls **vorübergehend zurücktreten**. Ob der in diesen ärztlichen Stellungnahmen deutlich gewordene psychische Zustand des Ast. tatsächlich dem Umzug in eine andere Wohnung zwingend entgegensteht, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilt werden. Der Senat würde es aber im Hinblick auf das mit einer Zwangsräumung **verbundene Risiko für die Gesundheit** des Ast. für unverhältnismäßig halten, wenn er im jetzigen Zeitpunkt seine Wohnung verlassen müsste und damit auch sein Lebensumfeld, in dem er seit etwa 40 Jahren verwurzelt ist, verlieren würde.*

*Die **Beigel.** wird durch die vom Senat angeordnete vorläufige Wiedereinweisung des Ast. **nicht übermäßig belastet**. Dem dient bereits die Befristung auf zwei Monate. Außerdem handelt es sich bei der Beigel. um ein **gemeinnütziges Wohnungsbauunternehmen**, welches in B. über eine Vielzahl von Wohnungen verfügt. Ihre Situation unterscheidet sich deshalb grundlegend von derjenigen eines privaten Vermieters, der etwa auf die betreffende Wohnung dringend angewiesen ist (vgl. OVG Berlin, NJW 1980, 2484).“ (OVG Lüneburg aaO)*

II. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund für den Erlass einer Regelungsanordnung besteht nach § 123 I 2 VwGO, wenn die Regelung ,vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

„Ein Anordnungsgrund (...) ergibt sich daraus, dass dem Ast. am 17.12.2009 die Zwangsräumung seiner bisherigen Wohnung droht.“ (OVG Lüneburg aaO)

III. Vorwegnahme der Hauptsache

Beachte: Es ist umstritten, ob es sich hierbei um eine **Frage der Zulässigkeit oder der Begründetheit** handelt. In einer Klausur ist es - wie bei allen Aufbaufragen - nicht angebracht, auf diesen Streit einzugehen. Es reicht aus, dass das Problem entweder im Rahmen der Zulässigkeit oder der Begründetheit angesprochen wird.

Der Ast. könnte jedoch auch mit der Verpflichtungsklage nicht erreichen. Die Vorwegnahme der Hauptsache widerspricht aber dem Sicherungszweck der einstweiligen Anordnung und ist deshalb grundsätzlich unzulässig.

Im Hinblick auf Art. 19 IV GG (**Gebot des effektiven Rechtsschutzes**) gilt aber dann anderes, wenn es wegen der damit verbundenen **schweren Nachteile** unzumutbar ist, die Entscheidung in der **Hauptsache abzuwarten**.

BVerwGE 63, 110 (111); Wassermann, in: AK-GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 6 zum Gebot des effektiven Rechtsschutzes; Finkelnburg-Jank, vorläufiger Rechtsschutz Rn. 236 m.w.N.

Eine Entscheidung in der Hauptsache ist kurzfristig nicht zu erlangen. Aufgrund der angenommenen Gesundheitsgefahr für den Ast. könnte ein schwerer Nachteil eintreten, der sich auch durch eine spätere, für den Ast. günstige Entscheidung in der Hauptsache **nicht mehr beseitigen** ließe, so dass die Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise zulässig ist.

C. Ergebnis: Der Antrag ist zulässig und begründet.

(EuGH in EuZW 2010, 296; Urteil vom 09.03.2010 – C-518/07)

Die BRD hat gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum **Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten** und zum freien Datenverkehr verstoßen, indem sie die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten durch nichtöffentliche Stellen und öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen zuständigen **Kontrollstellen** in den Bundesländern **staatlicher Aufsicht unterstellt** und damit das Erfordernis, dass diese Stellen ihre Aufgaben „in **völliger Unabhängigkeit**“ wahrnehmen, falsch umgesetzt hat.

Fall: Mit ihrer Klage beantragt die Kommission, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABIEG Nr. L 281, S. 31) verstoßen hat, indem sie die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich zuständigen Kontrollstellen in den Bundesländern staatlicher Aufsicht unterworfen und damit das Erfordernis der „völligen Unabhängigkeit“ der mit dem Schutz dieser Daten beauftragten Stellen falsch umgesetzt hat.

Nach Auffassung der Kommission und des EDSB, die von einer weiten Auslegung der Wendung „in völliger Unabhängigkeit“ ausgehen, ist das Erfordernis, dass die Kontrollstellen ihre Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen, dahin auszulegen, dass eine Kontrollstelle jeglicher Einflussnahme, sei es durch sonstige Behörden, sei es von außerhalb der Staatsverwaltung, entzogen sein müsse. Die staatliche Aufsicht, der die mit der Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich beauftragten Stellen in Deutschland unterworfen seien, verstoße daher gegen dieses Erfordernis.

Die Bundesrepublik Deutschland vertritt dagegen eine engere Auslegung der Wendung „in völliger Unabhängigkeit“. Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG verlange eine funktionale Unabhängigkeit der Kontrollstellen in dem Sinne, dass sie von dem ihrer Kontrolle unterstellten nichtöffentlichen Bereich unabhängig sein müssten und keinen sachfremden Einflüssen unterliegen dürften. Die staatliche Aufsicht in den Bundesländern stelle keinen sachfremden Einfluss dar, sondern einen verwaltungsinternen Mechanismus der Kontrolle durch Stellen innerhalb desselben Verwaltungsapparats, die in derselben Weise wie die Kontrollstellen den Zielvorgaben der Richtlinie 95/46/EG verpflichtet seien.

I. zur Tragweite des Erfordernisses der Unabhängigkeit der Kontrollstellen

Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG sieht eine völlige Unabhängigkeit vor. Da eine Definition dieses Begriffes fehlt, ist eine Auslegung erforderlich.

1. Wortlautauslegung

*„In Bezug auf öffentliche Stellen bezeichnet der Begriff „Unabhängigkeit“ in der Regel eine Stellung, in der gewährleistet ist, dass die betreffende Stelle **völlig frei von Weisungen und Druck** handeln kann.“* (EuGH aaO)

Die Bundesrepublik Deutschland ist der Auffassung, dass das Unabhängigkeitserfordernis allein das **Verhältnis zwischen den Kontrollstellen und den ihrer Kontrolle unterstellten Einrichtungen** betreffe.

*„Im Gegenteil wird der Begriff „Unabhängigkeit“ durch das Adjektiv „völlig“ verstärkt, was eine Entscheidungsgewalt impliziert, die **jeglicher Einflussnahme von außerhalb der Kontrollstelle**, sei sie unmittelbar oder mittelbar, **entzogen** ist.“* (EuGH aaO)

2. teleologische Auslegung

Dieser Ansatz wird durch die **Erwägungsgründe zu den Zielen der Richtlinie 95/46/EG** gestützt.

*„Sie soll durch die Harmonisierung der nationalen Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in **erster Linie den freien Verkehr dieser Daten zwischen Mitgliedstaaten gewährleisten** (vgl. in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 20.05.2003 – C-65/00 u.a., Slg. 2003, I-4989, Rn 39 u. 70 – Österreichischer Rundfunk u.a.), der für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts nach Art. 14 II EG erforderlich ist.*

*Der freie Verkehr personenbezogener Daten kann jedoch das **Recht auf Privatsphäre beeinträchtigen**, wie es unter anderem in Art. 8 der EMRK (vgl. in diesem Sinne EGMR, Urt. v.*

16.02.2000, Amann/Schweiz, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, §§ 69 u. 80, u.v. 04.05.2000, Rotaru/Rumänien, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, §§ 43 u. 46) und durch die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts anerkannt ist.

Deshalb hat die Richtlinie 95/46/EG außerdem zum **Ziel**, den durch die bestehenden nationalen Rechtsvorschriften garantierten Schutz nicht zu verringern, sondern vielmehr in der Gemeinschaft bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ein **hohes Niveau des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten** (vgl. in diesem Sinne Ur. Österreichischer Rundfunk u.a., Rn 70, sowie EuGH, Ur. v. 16. 12. 2008 – C-73/07, Slg. 2008, I-9831 = EuZW 2009, 108 Rn 52 – Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia). “ (EuGH aaO)

Die vorgesehenen Kontrollstellen sind somit die **Hüter dieser Grundrechte und Grundfreiheiten**, und ihre Einrichtung in den Mitgliedstaaten gilt als ein wesentliches Element des Schutzes der Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.

„Um diesen Schutz zu gewährleisten, müssen die Kontrollstellen zum einen die Achtung des **Grundrechts auf Privatsphäre** und zum anderen die **Interessen**, die den **freien Verkehr personenbezogener Daten** verlangen, miteinander **ins Gleichgewicht bringen**.

Die Gewährleistung der **Unabhängigkeit der nationalen Kontrollstellen** soll die wirksame und zuverlässige Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sicherstellen und ist **im Licht dieses Zwecks auszulegen**. Sie wurde eingeführt, um die **von ihren Entscheidungen betroffenen Personen und Einrichtungen stärker zu schützen**, und nicht, um diesen Kontrollstellen selbst oder ihren Bevollmächtigten eine besondere Stellung zu verleihen. Folglich müssen die **Kontrollstellen** bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben **objektiv und unparteiisch** vorgehen. Hierzu müssen sie vor **jeglicher Einflussnahme von außen einschließlich der unmittelbaren oder mittelbaren Einflussnahme des Bundes oder der Länder** sicher sein und nicht nur vor der Einflussnahme seitens der kontrollierten Einrichtungen. “ (EuGH aaO)

3. systematische Auslegung

Die Richtlinie 95/46/EG ist hinsichtlich ihrer Systematik als Gegenstück zu Art. 286 EG und der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 zu sehen. Diese betreffen die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft sowie den freien Verkehr dieser Daten.

„Die Richtlinie verfolgt diese Ziele ebenfalls, aber in Bezug auf die Verarbeitung solcher Daten in den Mitgliedstaaten. So wie Kontrollstellen auf nationaler Ebene bestehen, ist auch auf der Ebene der Union eine Kontrollstelle damit beauftragt, die Anwendung der Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu überwachen, nämlich der **EDSB**. Nach Art. 44 I der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 übt dieser sein Amt in **völliger Unabhängigkeit** aus. In Abs. 2 desselben Artikels wird zur Erläuterung dieses Begriffs der Unabhängigkeit hinzugefügt, dass der EDSB in Ausübung seines Amtes niemanden um Weisung ersucht und keine Weisungen entgegennimmt. Angesichts dessen, dass Art. 44 der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und Art. 28 der Richtlinie 95/46/EG dasselbe allgemeine Konzept zu Grunde liegt, sind beide Bestimmungen homogen auszulegen, so dass nicht nur die Unabhängigkeit des EDSB, sondern auch die der nationalen Stellen impliziert, dass sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben keinerlei Weisungen unterliegen.“ (EuGH aaO)

4. historische Auslegung

„Ausgehend vom Wortlaut von Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG sowie von den Zielen und der Systematik dieser Richtlinie ist eine klare Auslegung der genannten Bestimmung möglich. Folglich ist es nicht erforderlich, die Entstehungsgeschichte dieser Richtlinie heranzuziehen.“ (EuGH aaO)

Nach alledem ist Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG dahin auszulegen, dass die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich zuständigen Kontrollstellen mit einer Unabhängigkeit ausgestattet sein müssen, die es ihnen ermöglicht, ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme wahrzunehmen.

„Diese Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der kontrollierten Stellen aus, sondern auch jede Anordnung und jede sonstige äußere Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar, durch die in Frage gestellt werden könnte, dass die genannten Kontrollstellen ihre Aufgabe, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre und den freien Verkehr personenbezogener Daten ins Gleichgewicht zu bringen, erfüllen.“ (EuGH aaO)

II. zur staatlichen Aufsicht

Grundsätzlich soll die staatliche Aufsicht sicherstellen, dass das Handeln der Kontrollstellen den geltenden nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen entspricht.

*„Hierzu ist festzustellen, dass die **staatliche Aufsicht gleich welcher Art** es der Regierung des betroffenen Landes oder einer Stelle der ihr untergeordneten Verwaltung **grundsätzlich ermöglicht**, auf Entscheidungen der Kontrollstellen **unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen** bzw. diese Entscheidungen aufzuheben und zu ersetzen.*

Die Regierung des betroffenen Landes hat nämlich möglicherweise ein Interesse an der Nichteinhaltung der Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn es um die Verarbeitung solcher Daten im nichtöffentlichen Bereich geht.

*Hinzu kommt, dass bereits die **bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme** der Aufsichtsbehörden auf die Entscheidungen der Kontrollstellen ausreicht, um deren unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen. Zum einen könnte es, wie die Kommission ausführt, einen „**voraussetzenden Gehorsam**“ der Kontrollstellen im Hinblick auf die Entscheidungspraxis der Aufsichtsstellen geben. Zum anderen erfordert die Rolle der Kontrollstellen als Hüter des Rechts auf Privatsphäre, dass ihre Entscheidungen, also sie selbst, **über jeglichen Verdacht der Parteilichkeit erhaben** sind.“ (EuGH aaO)*

Nach alledem ist festzustellen, dass die staatliche Aufsicht, der die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich zuständigen Kontrollstellen in Deutschland unterworfen sind, nicht mit dem Unabhängigkeitserfordernis vereinbar ist.

III. zu den von der Bundesrepublik Deutschland angeführten Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts

Nach Auffassung der Bundesrepublik Deutschland würde es **gegen mehrere Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstoßen**, das Unabhängigkeitserfordernis des Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG so auszulegen, dass der Mitgliedstaat gezwungen wäre, sein **bewährtes und effektives System der Aufsicht über die Kontrollstellen** hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich aufzugeben.

1. Berufung auf Demokratieprinzip, Art. 6 I EU

Nach Auffassung der Bundesrepublik Deutschland steht das Demokratieprinzip einer weiten Auslegung dieses Unabhängigkeitserfordernisses entgegen. Dieses Prinzip, das nicht nur in der deutschen Verfassung, sondern auch in Art. 6 I EU verankert sei, verlange eine **Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung**, die ihrerseits dem Parlament verantwortlich sei. So müssten Eingriffe in die Rechte der Bürger und Unternehmen der **Rechtsaufsicht des zuständigen Ministers** unterliegen. Da die Kontrollstellen für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gem. Art. 28 III der Richtlinie 95/46/EG über bestimmte **Eingriffsbefugnisse gegenüber Bürgern** und dem nichtöffentlichen Bereich verfügten, sei eine **erweiterte Rechtmäßigkeitskontrolle** ihres Handelns **über Rechts- oder Fachaufsichtsinstrumente dringend geboten**.

„Hierzu ist festzustellen, dass der Grundsatz der Demokratie zur Gemeinschaftsrechtsordnung gehört und in Art. 6 I EU ausdrücklich als Grundlage der Europäischen Union niedergelegt ist. Als den Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz ist er daher bei der Auslegung eines sekundärrechtlichen Aktes wie Art. 28 der Richtlinie 95/46/EG zu berücksichtigen.

*Dieser Grundsatz **bedeutet nicht**, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus **keine öffentlichen Stellen geben** kann, die von der Regierung **mehr oder weniger unabhängig** sind. Das Bestehen und die Bedingungen für das Funktionieren solcher Stellen sind in den Mitgliedstaaten durch Gesetz und in einigen Mitgliedstaaten sogar in der Verfassung geregelt, und diese Stellen sind an das Gesetz gebunden und **unterliegen der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte**.*

*Gewiss kommt ein **Fehlen jeglichen parlamentarischen Einflusses** auf diese Stellen **nicht in Betracht**. Die Richtlinie 95/46/EG schreibt jedoch den Mitgliedstaaten keineswegs vor, dem Parlament jede Einflussmöglichkeit vorzuenthalten.*

*So kann zum einen das Leitungspersonal der Kontrollstellen vom Parlament oder der Regierung bestellt werden. Zum anderen kann der **Gesetzgeber die Kompetenzen der Kontrollstellen fest-***

legen. Außerdem kann der Gesetzgeber die Kontrollstellen verpflichten, dem Parlament Rechenschaft über ihre Tätigkeiten abzulegen. Insoweit lässt sich eine Parallele zu Art. 28 V der Richtlinie 95/46/EG ziehen, wonach jede Kontrollstelle regelmäßig einen Bericht über ihre Tätigkeit vorlegt, der veröffentlicht wird.“ (EuGH aaO)

Der Umstand, dass den Kontrollstellen für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich eine von der allgemeinen Staatsverwaltung **unabhängige Stellung** zukommt, ist für sich allein noch **nicht geeignet**, diesen Stellen die **demokratische Legitimation zu nehmen**.

2. Berufung auf Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 I EG

Die Bundesrepublik Deutschland beruft sich auf den in Art. 5 I EG verankerten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung die Gemeinschaft, nur innerhalb der Grenzen der ihr im EG-Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig zu werden. Insofern könnte die Unabhängigkeit der Kontrollstellen von den übergeordneten Verwaltungsstellen könne nicht auf der Grundlage von Art. 100a EG-Vertrag, auf den die Richtlinie 95/46/EG gestützt sei, verlangt werden.

*„Diese Bestimmung ermächtigt den **Gemeinschaftsgesetzgeber** zum Erlass von **Maßnahmen zur Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts**, wobei die entsprechenden Maßnahmen tatsächlich dieses **Ziel verfolgen** und dazu beitragen müssen, **Hemmnisse** für die mit dem EG-Vertrag garantierten wirtschaftlichen Freiheiten zu **beseitigen** (vgl. in diesem Sinne u.a. EuGH, Urt. v. 5. 10. 2000 – C-376/98, Slg. 2000, I-8419 = EuZW 2000, 694 = NJW 2000, 3701 Rn 83, 84 u. 95 – Deutschland/Parlament und Rat, v. 10. 12. 2002 – C-491/01, Slg. 2002, I-1453 Rn 60 – British American Tobacco [Investments] und Imperial Tobacco, sowie v. 2. 5. 2006 – C-436/03, Slg. 2006, I-3754 = EuZW 2006, 380 Rn 38 – Parlament/Rat).*

*Wie bereits dargelegt, ist die **Unabhängigkeit der Kontrollstellen** in dem Sinne, dass sie jeglicher äußeren Einflussnahme entzogen sein müssen, die ihre Entscheidungen steuern könnte, ein im Hinblick auf die Ziele der Richtlinie 95/46/EG **wesentliches Element**. Sie ist **erforderlich**, um in allen Mitgliedstaaten ein gleich **hohes Niveau des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten** zu schaffen, und trägt so zum **freien Datenverkehr** bei, der für die **Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts** erforderlich ist.“ (EuGH aaO)*

Daher geht eine weite Auslegung des Erfordernisses der Unabhängigkeit der Kontrollstellen nicht über die Grenzen der Befugnisse hinaus, die der Gemeinschaft nach Art. 100a EG-Vertrag, der die Rechtsgrundlage der Richtlinie 95/46/EG bildet, zugewiesen werden.

3. Berufung auf die Grundsätze der Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und loyalen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen

Die Bundesrepublik Deutschland beruft sich zudem auf die in Art. 5 II und Art. 5 III EG verankerten Grundsätze der **Subsidiarität** und der **Verhältnismäßigkeit** sowie auf den Grundsatz der **loyalen Zusammenarbeit** zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen nach Art. 10 EG. Danach sollen **bewährte nationale Regelungen** sowie Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten unter Einhaltung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften **geachtet werden**. Es verstoße gegen dieses Erfordernis, wenn sie gezwungen werde, ein ihrer Rechtsordnung **fremdes System zu übernehmen** und damit ein effektives, **seit fast 30 Jahren bewährtes Kontrollsystem aufzugeben**, das weit über den nationalen Bereich hinaus richtungweisend für die Datenschutzgesetzgebung gewesen sei.

„Die Auslegung des Unabhängigkeitserfordernisses des Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG in dem Sinne, dass dieses Erfordernis einer staatlichen Aufsicht entgegensteht, geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung der Ziele des EG-Vertrags erforderlich ist.“ (EuGH aaO)

IV. Ergebnis: Die Bundesrepublik Deutschland hat daher dadurch, dass sie die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich zuständigen Kontrollstellen in den Bundesländern staatlicher Aufsicht unterstellt hat, gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 28 I Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46/EG verstoßen.

Kurzauslese I

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

BGB **BGB**
§§ 195, 634a **Verjährung**
Anspruch auf Rückzahlung des Mängelbeseitigungsvorschusses
 (BGH in NJW 2010, 1195; Urteil vom 14.01.2010 – VII ZR 213/07)

Der **Anspruch eines Unternehmers auf Rückzahlung des Vorschusses auf Mängelbeseitigungskosten verjährt** in der regelmäßigen Verjährungsfrist von **drei Jahren**.

„Ein Anspruch des Auftragnehmers auf Rückzahlung des an den Auftraggeber gezahlten Vorschusses zur Mängelbeseitigung entsteht, wenn der Auftraggeber den Vorschuss nicht innerhalb einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung verwendet. Dieser kann mit der Mängelbeseitigung nicht beliebig lange warten oder diese unangemessen verzögern. Vielmehr hat er die ihm zur Verfügung gestellten Mittel im **Interesse des Auftragnehmers an einer endgültigen Abrechnung in angemessener Frist** zu verwenden. Ist die **Mängelbeseitigung binnen der angemessenen Frist nicht durchgeführt**, ist der **Zweck des Vorschusses** in ähnlicher Weise **verfehlt** wie in dem Fall, dass die Mängelbeseitigung überhaupt nicht mehr stattfindet. Es ist auch dann grds. gerechtfertigt, den Rückforderungsanspruch entstehen zu lassen (vgl. BGH NJW 2010, 1192).

Zu Recht nimmt das BerGer. an, dass dieser Anspruch in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB verjährt. Da er nach dem 01.01.2002 entstanden ist, greifen die ab diesem Zeitpunkt geltenden Verjährungsvorschriften unmittelbar ein. **§ 634a BGB ist auf die Verjährung des Rückzahlungsanspruchs nicht anzuwenden** (Staudinger/Peters/Jacoby, Neubearb. 2008, § 634a Rn 10; Messerschmidt/Voit, § 634a Rn 4), so dass es bei der allgemeinen Vorschrift des § 195 BGB verbleibt. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und die subjektiven Voraussetzungen des § 199 BGB I Nr. 2 BGB vorliegen.“ (BGH aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB **BGB**
§ 249 II 2 **Schadensersatzanspruch**
Umsatzsteuererstattung bei fiktiv berechneten Mängelbeseitigungskosten
 (OLG Celle in NJW 2010, 1151; Beschluss vom 18.01.2010 – 7 U 201/09)

§ 249 II 2 BGB, der die Geltendmachung von Umsatzsteuer nur zulässt, sofern sie tatsächlich angefallen, i. d. R. also die Reparatur tatsächlich durchgeführt worden ist, **gilt nach seinem Wortlaut nach nur für Fälle der Sachbeschädigung, nicht aber für vertragliche Ansprüche im Werkvertragsrecht**. Verlangt der Bauherr daher nach § 634 Nr.4 BGB die mittels eines Kostenvoranschlags oder Sachverständigengutachtens ermittelten Sanierungskosten als Schadensersatz, kann er, sofern er nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist, den Bruttobetrag einschließlich Umsatzsteuer geltend machen.

„Soweit im Werkvertragsrecht der Ersatz der Kosten für die vom Werkunternehmer unterlassene Mängelbeseitigung geltend gemacht wird, geht es der Sache nach um die **Herstellung der vertraglich geschuldeten Leistung**. § 249 II 2 BGB n.F., der die Geltendmachung der Umsatzsteuer ausschließt, wenn die Reparatur noch nicht durchgeführt ist, also abstrakt nach Kostenvoranschlag oder Schadensgutachten abgerechnet wird, bezieht sich nach seinem **eindeutigen Wortlaut** dagegen nur auf Sachbeschädigungen. Nach der st. Senats-Rspr. ist die Umsatzsteuer daher bei der Ermittlung der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht, sofern der Bauherr nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist, auch nach Inkrafttreten des § 249 II 2 BGB mit einzubeziehen. Diese Senats-Rspr. steht im Einklang mit der Rspr. anderer OLG, die, soweit ersichtlich, in Urteilsanmerkungen und in der Kommentarlit., durchweg Zustimmung erfahren hat (vgl. OLG Brandenburg IBR 2006, 136 mit Anm. Knoche; OLG Düsseldorf NJW-RR 2010, 320 = IBR 2009, 3102 m. Anm. Kirschner = IBR 2010, 21 m. Anm. Heiliger = BauR 2010, 102; OLG München IBR 2009, 267 m. Anm. Bräuer; OLG München BeckRS 2010, 2677; vgl. ferner Weyer IBR 2009, 268 sowie Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 249 Rn 29).

Soweit das OLG Frankfurt a.M. (OLGR 2009, 472) die gegenteilige Auffassung zu vertreten scheint, kam es in dem dortigen Fall allerdings nicht darauf an, so dass es auch an einer Begründung fehlt (vgl. Weyer IBR 2009, 267). Soweit der 13. Zivilsenat des OLG München ebenfalls die gegenteilige Auffassung vertreten hatte (OLG München BauR 2008, 1909 = BeckRS 2009, 3883), ist die unter Bezug genommene Kommentarlit. und damit auch die vom 13. Zivilsenat gegebene Begründung überholt (vgl. dazu OLG München BeckRS 2010, 2677).“ (OLG Celle aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB **BGB**
§§ 437 Nr. 2 u. 3, 440 **Nacherfüllungsort**
Wohnsitz des Käufers
 (OLG Celle in MDR 2010, 372 = NJOZ 2010, 612; Urteil vom 10.12.2009 – 11 U 32/09)

Ist bei dem **Kauf eines Fahrzeugs für private Zwecke** für die Durchführung der Nacherfüllung ein Ort im Vertrag nicht bestimmt und war beiden Seiten bei Vertragsschluss klar, dass das Fahrzeug bestimmungsgemäß beim Käufer sein wird, ist **Erfüllungsort der Nacherfüllung der Wohnsitz des Käufers**.

„Diese Auffassung kann sich auf die Rspr. des 20. Zivilsenats des OLG München (NJW 2007, 3214 = OLGR 2007, 796) stützen, [wonach] der Nacherfüllungsanspruch der modifizierte Erfüllungsanspruch sei. Die Lieferung einer mangelhaf-

ten Sache führe mangels Bewirkens der im Kaufvertrag geschuldeten Leistung nicht zur Erfüllung. Vielmehr **verwandelt sich der ursprüngliche Lieferanspruch des Käufers in einen Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB**. An die Stelle des Anspruchs auf Übereignung der Kaufsache (§ 433 I 1 BGB) trete das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung (§ 439 I BGB). Daher dränge es sich auf, dem **dem Erfüllungsanspruch modifiziert entsprechenden Nacherfüllungsanspruch denselben Leistungsort zuzuweisen**.

Diese Auffassung entspricht nicht derjenigen des 15. Zivilsenats des OLG München (NJW 2006, 449 m.w. Nachw.) sowie der vorherrschenden Rspr. (OLG Köln NJW-RR 2006, 677) und Lit. (Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 269 Rn 15 m.w. Nachw.; Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn 3a; Westermann, MüKo-BGB/Westermann, § 439 Rn 7; Huber NJW 2002, 1006; weitergehend Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 439 Rn 13 „momentaner Belegungsort“; Erman/Grunewald, 12. Aufl. 2008, § 439 Rn 3). Ist bei dem Kauf eines Fahrzeugs für private Zwecke für die Durchführung der Nacherfüllung ein Ort im Vertrag nicht bestimmt und war beiden Seiten bei Vertragsschluss klar, dass das Fahrzeug bestimmungsgemäß beim Käufer sein wird, ist Erfüllungsort der Nacherfüllung der Wohnsitz des Käufers (OLG München NJW 2006, 449 m.w. Nachw.; Palandt/Heinrichs, § 269 Rn 15 m.w. Nachw.). Der BGH ist der letztgenannten Auffassung des 15. Zivilsenats des OLG München ausdrücklich gefolgt (BGH NJW-RR 2008, 724 = MDR 2008, 552). Der BGH hat dort zum Werkvertragsrecht ausgeführt, dass im Zweifel die Nachbesserung dort zu erbringen ist, wo das nachzubessernde Werk sich vertragsgemäß befindet und dass dies auch für den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch gilt.“ (OLG Celle aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB **BGB**
§ 556 III **Abrechnungsfrist für Nebenkosten**
Ausschlussfrist des § 556 III BGB nicht auf Geschäftsraummiete anwendbar
 (BGH in NJW 2010, 1065; Urteil vom 27.01.2010 – XII ZR 22/07)

Die **Abrechnungsfrist** ist keine **Ausschlussfrist**. **§ 556 III 3 BGB**, der für die Wohnraummiete den Abschluss von Betriebskostennachforderungen anordnet, die der Vermieter später als zwölf Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraums verlangt, **ist auf die Geschäftsraummiete nicht analog anwendbar**.

„Von den für die Wohnraummiete geltenden Vorschriften (§§ 549 – 577a BGB) erklärt § 578 BGB nur einzelne auf Mietverhältnisse über Grundstücke und Räume, die keine Wohnräume sind, für anwendbar. **Auf § 556 BGB verweist § 578 BGB nicht. Eine gesetzliche Regelung über den Ausschluss von Nebenkostennachforderungen existiert folglich für die Geschäftsraummiete nicht.**

Auch eine **analoge Anwendung von § 556 III 3 BGB** auf die Geschäftsraummiete **scheidet aus**: Voraussetzung für eine Analogie ist, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH NJW 2009, 3644 = NZM 2009, 904 m.w. Nachw.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.

Mit dem am 01.09.2001 in Kraft getretenen **Mietrechtsreformgesetz** (BGBl I, 1149) hat der Gesetzgeber die bis dahin nur für öffentlich geförderte preisgebundene Wohnungen gem. § 20 III 4 NMVO als **Ausschlussfrist** gestaltete Abrechnungsfrist für die Betriebskosten von zwölf Monaten nach dem Ende des Abrechnungszeitraums in § 556 III 3 BGB auch für frei finanzierte Wohnungen übernommen (BT-Dr 14/4553, S. 51 = NZM 2000, 415). In § 578 BGB, der konkret aufzählt, welche von den für die Wohnraummiete geltenden Vorschriften auf die Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume sind, entsprechend anwendbar sind, wird § 556 BGB nicht genannt. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber es versehentlich unterlassen hat, in § 578 BGB auf § 556 BGB zu verweisen, bestehen nicht. Insbes. kann nicht daraus, dass die Gesetzesmaterialien keine Begründung dafür enthalten, warum der Gesetzgeber von einem Verweis auf § 556 BGB abgesehen hat, auf eine planwidrige Gesetzeslücke geschlossen werden (so aber LG Darmstadt NJW-RR 2009, 1094 = NZM 2009, 546; AG Wiesbaden NZM 2006, 140). Denn der **Gesetzgeber hat durch die gezielte Auswahl der auf die Geschäftsraummiete anwendbaren Vorschriften in § 578 BGB deutlich zum Ausdruck gebracht, dass § 556 BGB für die Geschäftsraummiete nicht gelten soll**. Über diesen gesetzgeberischen Willen kann nicht im Wege der Analogie hinweggegangen werden.“ (BGH aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **StGB**
§ 32 **Waffendelikt**
nicht bei gerechtfertigter Notwehr
 (BGH in NSTZ-RR 2010, 140; Beschluss vom 13.01.2010 – 3 StR 508/09)

Ist der **Gebrauch einer Schusswaffe straflos, weil das Handeln des Täters durch Notwehr gerechtfertigt** ist, so **entfällt auch eine Strafbarkeit wegen des Führens der Waffe**, soweit es mit diesem Geschehen unmittelbar zusammenfällt.

„Jedoch war das Handeln der Angekl. als Notwehr bzw. Nothilfe nach § 32 StGB gerechtfertigt. Die in der Abgabe von Warnschüssen liegende Androhung des Schusswaffengebrauchs war erforderlich und geboten, um jedenfalls die andauernde Verletzung des Hausrechts des Angekl. zu beenden. Ob anders zu entscheiden wäre, wenn sich die Angekl. nicht auf Warnschüsse beschränkt, sondern gezielte Schüsse gegen die Person zumindest billigend in Kauf genommen hätten, braucht der Senat nicht zu erörtern, denn dies konnte nicht festgestellt werden.

Dem Schuldpruch liegt die Feststellung zu Grunde, dass der Angekl. „mit einer von ihm geführten Schusswaffe“ mehrere Schüsse in Richtung der Decke des Lokals abgab. Bleibt aber der Gebrauch der Schusswaffe straflos, weil das Handeln des Täters entschuldigt oder – etwa wie hier durch Notwehr – gerechtfertigt ist, entfällt auch die Strafbarkeit wegen des Führens der Waffe, soweit es **mit diesem Geschehen unmittelbar zusammenfällt** (BGH NSTZ 1981, 299 u. NSTZ 1999, 347).“ (BGH aaO)

Die **Festsetzung von Zahlungspflichten ohne Gegenleistung** („Standgelder“) und von **Strafen für „Regelverstöße“** der Prostituierten auf dem Straßenstrich durch Zuhälter ist **sittenwidrig und unwirksam**, denn **dadurch werden die Prostituierten zur nachhaltigen Prostitutionsausübung angehalten** und in ihrer Entscheidungsfreiheit beschränkt.

*„Zu einer **strafrechtlich relevanten Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts** ungeeignet sind Regelungen der Prostitutionsausübung, die auch hinsichtlich der Erbringung anderer Dienstleistungen wirksam zu vereinbaren gewesen wären. Mithin scheidet die Festlegung von Zeit, Ort und Mindestentgelten als „Bestimmen“ i. S. der Strafvorschrift grds. aus. Für die Festsetzung von Mieten und sonstigen Zahlungspflichten gilt im Prinzip nichts anderes, sofern deren Erfüllung in einem angemessenen Zusammenhang mit Leistungen der Organisatoren der Prostitution stehen, wie dem Aufsuchen und der Nutzung von Räumlichkeiten, dem Fernhalten von Störern und dem Schutz vor zudringlichen Freiern.*

*Das von den Haupttätern errichtete und den Prostituierten auferlegte „Regelwerk“ enthielt demgegenüber jedoch mehrere wesentliche Bestimmungen, die im Rahmen eines „legalen“ Arbeitsverhältnisses oder auch bei selbständiger Berufsausübung nicht wirksam zu vereinbaren gewesen wären und denen in ihrer Gesamtheit (vgl. BGHSt 48, 314; BGH NSTz 1986, 358) eine **Eignung zur Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts der Prostituierten** ohne Weiteres innewohnte. Im Rahmen der hierfür gebotenen **Gesamtschau der Regelungen** ist sowohl auf willkürlich auferlegte Zahlungspflichten zugunsten der Tätergruppe als auch die den Prostituierten drohenden Sanktionen im Falle von Regelverstößen abzustellen. Hierdurch wurden sie **zur nachhaltigen Prostitutionsausübung angehalten und in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt**.*

Bei der Bewertung der durch die Tätergruppe aufgestellten Regelungen [ist] ganz wesentlich auf die Erhebung von „Standgeld“ abzustellen: Die „Standgelder“, aus denen sich die männliche Tätergruppe weitgehend finanzierte, begründeten eine finanzielle Abhängigkeit der Prostituierten. In diesem Sinne waren diese täglich anfallenden Zahlungspflichten geeignet, die Prostituierten zu nachhaltiger Prostitutionstätigkeit zu veranlassen. Diesen „Standgeldern“ standen auch keine Gegenleistungen gegenüber. Vielmehr bot die Tätergruppe letztlich nur eine ihr nicht zustehende Verfügung über öffentlichen Straßenraum an. Dies gilt erst recht, wenn „Standgelder“ auch für freie Tage erhoben wurden. In diesem Zusammenhang durfte das Tatgericht ferner auch die „Blockschulden“ berücksichtigen. Diese bildeten die fortgeschriebenen Summen aus ausgefallenen „Standgeldern“ und anderen mangels ausreichender Einnahmen der Prostituierten an den Vortagen unerfüllten Zahlungspflichten.

*Die – schon für sich **faktisch einen Arbeitszwang begründenden** – **willkürlichen Zahlungspflichten und Sanktionen** wurden ergänzt durch engmaschig kontrollierte und abermals durch Strafgehalte bewehrte Verhaltenspflichten, die als **weitere unangemessene Arbeitsbedingungen die persönliche Freiheit der Prostituierten beeinträchtigten**. In dieser Weise sanktioniert waren Kontaktgebote (Pausengestaltung nur mit bestimmten Personen) und das Verbot von Kontakten mit anderen Frauen und allen Männern, derentwegen Unruhe im „Geschäftsablauf“ oder Konkurrenz entstehen konnte. Den Prostituierten war zudem erst nach Genehmigung erlaubt, außerhalb der Pension die Dienstleistungen anzubieten. Schließlich war eine autonome Beendigung der Tätigkeit im genannten Straßenteil nicht ohne Weiteres möglich.“ (BGH aaO)*

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

Im schwäbischen Sprachraum stellt die Verwendung des „Goetz-Zitats - Leck mich am Arsch“ keine Beleidigung dar.

„Der bekannte Ausspruch „Leck mich am bzw. im Arsch“ hat seinen literarischen Ursprung bei Johann Wolfgang von Goethe im Schauspiel „Götz von Berlichingen“. Daher wird er häufig mit dem Euphemismus „Götz-Zitat“ umschrieben. Auch Wolfgang Amadeus Mozart betitelte eines seiner Lieder mit „Leck mich im Arsch“ (Köchelverzeichnis Nr. 231).

*„Leck mich am Arsch“ hat **vielfältige Bedeutungen und Deutungsmöglichkeiten**: „Die Aussage reicht je nach Bildungsstand, Gepflogenheit, Herkunft, Landsmannschaft, Geschmack oder äußerem Anlass von der Ehrenkränkung und Beschimpfung über eine Verfluchung oder über Gefühlsausbrüche bei Schmerz, Freude oder Rührung bis hin zu einem Segensspruch.“*

Im vorliegenden Fall ist der Straftatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB nicht erfüllt: Unter Beleidigung versteht man einen rechtswidrigen Angriff auf die Ehre eines anderen durch vorsätzliche Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung.

*Der Angesch. Hat die A nicht in ihrer Ehre herabgesetzt. Im schwäbischen Sprachraum wird „Leck mich am Arsch“ alltäglich verwendet. Es handelt sich zwar um einen **derben Ausspruch**. Eine **Herabwertung der Ehre des Gesprächspartners ist damit aber noch nicht verbunden**.*

Thaddäus Troll (Preisend mit viel schönen Reden, S. 214, Hamburg 1972) legt dar, dass das „Götz-Zitat“ im Schwäbischen den folgenden sozialadäquaten Zwecken dient:

1. ein Gespräch anzuknüpfen,
2. eine ins Stocken geratene Unterhaltung wieder in Fluss zu bringen,
3. einem Gespräch eine andere Wendung zu geben,
4. ein Gespräch endgültig abzubrechen,
5. eine Überraschung zu vermeiden,
6. um der Freude über ein unvermutetes Wiedersehen zweier Schwaben außerhalb des Ländles Ausdruck zu geben,

7. um eine als Zumutung empfundene Bitte zurückzuweisen.

Das Gericht schließt sich der Rechtsauffassung von Thaddäus Troll an.

Im vorliegenden Fall standen die Aspekte Nr. 4 und 7 im Vordergrund. Der Angesch. wollte auf die Forderung von A nicht eingehen und das Gespräch beenden. Ein strafbares Handeln des Angesch. liegt daher nicht vor.“ (AG Ehingen aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 202a I

**Ausspähen von Daten
Auslesen des Magnetstreifens**

StGB

(BGH in NStZ 2010, 275; Beschluss vom 14.01.2010 – 4 StR 93/09)

Das **bloße Auslesen von auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeicherten Daten**, um mit diesen Daten Kartendublethen herzustellen, **erfüllt nicht den Tatbestand des § 202a I StGB**.

„§ 202a I StGB setzt u.a. voraus, dass der Täter sich oder einem anderen den **Zugang zu Daten, die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft**. Der Überwindung einer solchen Zugangssicherung bedarf es aber nicht, wenn diese lediglich ausgelesen werden sollen. Dies ist ohne Weiteres mittels eines handelsüblichen Lesegeräts und der ebenfalls im Handel erhältlichen Software möglich. Dass **Daten magnetisch und damit nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind, stellt keine besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang dar**. Vielmehr handelt es sich gem. § 202a I StGB nur bei Daten, die auf diese Weise gespeichert sind, um Daten i.S.d. Abs. 1 dieser Vorschrift. Schon daraus ergibt sich, dass nicht schon diese Art der Speicherung eine besondere Sicherung i.S.d. § 202a I StGB darstellt, sondern dass darüber hinaus Vorkehrungen getroffen sein müssen, die den unbefugten Zugriff auf Daten ausschließen oder zumindest erheblich erschweren (vgl. Fischer, 57. Aufl., § 202a Rn 8).“ (BGH aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BeamtVG
§ 31 IV

Dienstunfall

öffR

psychische Erkrankung als Körperschaden

(BVerwG in NVwZ 2010, 442; Beschluss vom 07.09.2009 – 3 AZB 19/09)

Vom **Normzweck des § 31 IV BeamtG** sind nicht nur die vom **Angreifer bezweckten, sondern auch die durch den Angriff ungeplant verursachten physischen oder psychischen Schäden** erfasst.

„[Auch eine] erlittene **psychische Erkrankung ist ein Körperschaden i.S. des § 31 IV 1 BeamtVG**.

Darunter ist jede **über Bagatelleinbußen hinausgehende Verletzung der körperlichen oder seelischen Integrität** zu verstehen, mithin auch eine **als Folge einer Traumatisierung eingetretene seelische Störung** (BVerwGE 35, 133 = NJW 1970, 1247). Gründe dafür, eine derartige Erkrankung aus dem Schutzbereich des § 31 IV 1 BeamtVG auszunehmen, sind nicht ersichtlich. Der Normzweck der Vorschrift legt es auch nicht etwa nahe, den Unfallfürsorgeschutz auf die vom Angreifer bezweckten Körperschäden zu beschränken, sondern gebietet vielmehr die Einbeziehung aller durch den Angriff verursachten physischen und psychischen Folgen. Würde die Norm nur die vom Täter bezweckten Schäden erfassen, hinge ihre Reichweite von – häufig kaum feststellbaren – subjektiven Vorstellungen des Täters ab und gäbe diesem regelmäßig die Möglichkeit, durch entsprechende Angaben zur Tat die Reichweite des Unfallschutzes nachträglich zu Lasten des Opfers zu bestimmen. Hiervon abgesehen würde ein derart enges Verständnis der Vorschrift die ihr zukommende Funktion im Recht der Unfallfürsorge geradezu vereiteln, weil der Eintritt ungeplanter Angriffsfolgen vielfach eher der Regelfall als die Ausnahme ist.“ (BVerwG aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BestG NRW
§ 8 I 2

**Bestattungspflicht des Ehegatten
endet mit Rechtskraft des Scheidungsurteils**

ÖffR

(OVG Münster in NWVBI 2010, 187; Urteil vom 30.07.2009 – 19 A 448/07)

Die **öffentlich-rechtliche Bestattungspflicht des Ehegatten** aus § 8 I 1 BestG NRW **endet mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils**.

„Die [geschiedene Ehefrau des Verstorbenen] war bei Ergehen der Kostenbescheide nicht mehr bestattungspflichtig. Denn sie war bereits seit 1971 vom Verstorbenen geschieden und damit nicht mehr „Ehegatte“ i. S. des § 8 I 1 BestG NRW. Diese **Vorschrift erfasst den geschiedenen Ehegatten des Verstorbenen nicht**. Dessen öffentlich-rechtliche Bestattungspflicht endet mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils. Dafür spricht neben dem **Wortlaut auch der Zweck des § 8 I 1 BestG NRW: Zur Bestattung verpflichtet sein sollen nach der Aufzählung in dieser Vorschrift nur Hinterbliebene, die dem Verstorbenen auch im Zeitpunkt des Bestattungsfalls noch besonders nahe stehen**. Den Kreis der Bestattungspflichtigen hat der Gesetzgeber bewusst auf die nahen Angehörigen begrenzt, weil sich Art und Ort der Bestattung grundsätzlich, soweit möglich, nach dem Willen des Verstorbenen richten (§ 12 I 2 BestG NRW), den die Personen am besten kennen oder ermitteln können, die dem Verstorbenen möglichst nahe gestanden haben.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

FGS
§ 2a

**Bestattungspflicht
nicht identisch mit der Kostentragungspflicht**

öffR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 323; Urteil vom 24.09.2009 – 14 A 1666/07)

Die **Regelungen über die Bestattungspflicht präjudizieren nicht die in anderen Vorschriften enthaltenen Regelungen über die Pflicht zur Tragung der Begräbniskosten**.

„Der Senat teilt nicht die Auffassung, dass die Veranlassung einer Bestattung grds. jedem Bestattungspflichtigen i.S. von § 2a FGS zuzurechnen sei. Die Entscheidung des BVerwG (BVerwGE 109, 272 = NVwZ 2000, 73), befasst sich damit, ob die landesrechtlich geregelte Erhebung einer (Verwaltungs-)Gebühr von demjenigen, der eine Tätigkeit der Behörde nicht willentlich, aber in individuell zurechenbarer Weise veranlasst hat, gegen Bundesrecht verstoßen könnte. Die Entscheidung bietet **keine Grundlage für die Annahme, dass es unabhängig von der landesrechtlichen Ausgestaltung einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Inhalts gibt, dass zu Benutzungsgebühren in gleicher Weise wie zu Verwaltungsgebühren herangezogen werden kann.** Der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber hat die Kostenschuldnerschaft für Verwaltungs- und Benutzungsgebühren im NWKAG (§§ 5, 6 NWKAG) wie in anderen Gesetzen (vgl. §§ 13, 28 des NWGebührengesetzes (NWGebG)) ausdrücklich unterschiedlich geregelt.

Es gibt auch **keine andere rechtliche Grundlage** für die Auffassung des Bekl., dass die Veranlassung der Bestattung allen nicht tätig gewordenen Bestattungspflichtigen in einer die Gebührenpflicht begründenden Weise zuzurechnen sei. Bei der **Bestattungspflicht** gem. dem hier noch maßgeblichen § 2 I NWLeichVO handelt es sich um eine **ordnungsrechtliche Pflicht** (vgl. BVerwGE 114, 57 = NVwZ 2001, 927 = ZEV 2001, 447; OVG Münster = NVwZ 2002, 996).

Erfüllt ein Bestattungspflichtiger diese Pflicht oder veranlasst eine nicht bestattungspflichtige private Person die Beisetzung, müssen andere Bestattungspflichtige nicht mehr tätig werden. Damit erschöpfen sich die Rechtsfolgen. Ob und mit wem zur Beisetzung ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis begründet wird, ist eine Angelegenheit der tätig werdenden Person und ggf. derjenigen Personen, in deren Auftrag sie tätig wird. Andere Bestattungspflichtige werden dadurch nicht berechtigt oder verpflichtet. Insbesondere präjudizieren die Regelungen über die Bestattungspflicht nicht die in anderen Vorschriften enthaltenen Regelungen über die Pflicht zur Tragung der Begräbniskosten.

Dass es sich bei der Begründung des Benutzungsverhältnisses auch aus der Sicht des Satzungsgebers um eine eigene Angelegenheit und nicht um ein Tätigwerden für alle anderen Bestattungspflichtigen handelt, lässt sich aus § 13 IV der Bestattungs- und Friedhofssatzung schließen. Diese Vorschrift stellt unter dort aufgeführten bestattungspflichtigen und nicht bestattungspflichtigen Personen eine zwingende Reihenfolge für das Recht auf, die Art der Grabstätte und damit einen wesentlichen Inhalt der Inanspruchnahme des Friedhofs zu bestimmen. Eine Wahlgrabstätte wie hier kann zudem gem. § 16 I und II der Friedhofssatzung nur auf Antrag und nur an eine einzelne natürliche Person verliehen werden.

Das **rechtfertigt es jedoch nicht, die ordnungsrechtliche Kostenerstattungspflicht und die Gebührenpflicht wegen der Begründung eines Benutzungsverhältnisses gleichzusetzen.**“ (OVG Münster aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 839

Amtspflichtverletzung
verzögerte Verfahrensbehandlung durch Richter
(OLG Dresden in NVwZ 2010, 471; Urteil vom 24.06.2009 – 6 U 24/09)

BGB

Zur **Amtspflicht eines Richters** gehört es, **rechtshängige Verfahren in angemessener Zeit zu betreiben**, indem er **verfahrensfördernde Maßnahmen** trifft. Dabei liegt ein **grob fahrlässiges Organisationsverschulden** eines Richters vor, wenn er ein **Verfahren sechs Monate lang nicht zur Kenntnis nimmt**, obwohl ein Verkündungstermin anberaumt war.

„**Inhalt und Umfang der Amtspflichten eines Richters** gegenüber den an einem Verfahren beteiligten Parteien ergeben sich wesentlich aus dem **grundgesetzlich garantierten Gebot des effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG). Klageverfahren sind – mit der gebotenen Beschleunigung – zu betreiben (vgl. MüKo-BGB/Papier, 5. Aufl., § 839 Rn 217). Insofern hat der zuständige Richter **rechtshängige Verfahren in angemessener Zeit zu betreiben**, indem er **verfahrensfördernde Maßnahmen** trifft, um sie zu beenden.

Hiergegen hat der Bekl. verstoßen. Ihn trifft ein **Organisationsverschulden**, welches dazu geführt hat, dass er das Verfahren sechs Monate nicht zur Kenntnis genommen hat, obwohl ein Verkündungstermin anberaumt gewesen ist und Sachstandsanfragen eingegangen sind. Insoweit kann auch die Unkenntnis von dem versäumten Verkündungstermin sowie der schriftlichen und telefonischen Sachstandsanfrage den Bekl. nicht entlasten. Verfahrensakte, die nicht an einem Umlauf zwischen Geschäftsstelle und Richter teilnehmen, sondern im Dienstzimmer des Richters nach dessen Willen liegen bleiben, sind von ihm selbst im Rahmen seiner **Prozessleitungspflicht** (§§ 139, 273 ZPO) während der Dauer von sechs Monaten jedenfalls einmal zu sichten, um sicherzustellen, dass das Verfahren nicht ohne sachlichen Grund unbearbeitet bleibt. Dass das ehemalige Verfahren völlig unkontrolliert geblieben, aus dem Blickfeld geraten und nicht mehr zur Kenntnis genommen worden ist, beruht ausschließlich darauf, dass die streitgegenständliche Akte, im Dienstzimmer liegend nicht in einem angemessenen Zeitabstand auf den jeweiligen Sachstand hin durchgesehen worden ist, um die weiteren notwendigen Verfahrensschritte zu veranlassen. Eine Zeitspanne von annähernd sechs Monaten ohne jede diesbezügliche Kontrolle ist nicht mehr als angemessen anzusehen.

Das Verhalten (Unterlassen) des Bekl. stellt sich als **grob fahrlässig** dar: Durch die Nichtbearbeitung der auf seinem Dienstzimmer befindlichen Akte trotz Verkündungstermins und die darüber hinaus nicht vorhandene Kontrolle des Verfahrens für die Dauer von sechs Monaten hat der Bekl. die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt. Bei der Beurteilung des Verschuldens sind die insofern unstreitigen Umstände maßgeblich, dass bereits der Verkündungstermin versehentlich versäumt worden war, die Akte danach unbearbeitet über nahezu sechs Monate im Dienstzimmer des Bekl. gelegen hat, ohne auf weitere notwendige Verfahrensmaßnahmen hin gesichtet worden zu sein, die schriftliche Sachstandsanfrage des Prozessbevollmächtigten unbeantwortet, sowie eine telefonische Anfrage bei der Geschäftsstelle erfolglos geblieben ist.“ (OLG Dresden aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

EuGVVO

Leistungsort beim Versandungskauf
internationale Zuständigkeit

ZPO

Art. 5 NR. 1 b)

(EuGH in EuZW 2010, 301; Urteil vom 25.02.2010 – C-381/08)

1. Die internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Verträgen innerhalb der EG bestimmt sich nach Art. 5 EuGVVO.
2. Verträge über die **Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware** auch bei bestimmten Vorgaben des Auftraggebers zu Beschaffung, Verarbeitung und Lieferung der Ware, **ohne dass die Stoffe** von diesem **zur Verfügung gestellt wurden**, und auch wenn der Lieferant für die Qualität und die Vertragsgemäßheit der Ware haftet, als „**Verkauf beweglicher Sachen**“ i.S. von Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO einzustufen.
3. Art. 5 Nr. 1 b) EuGVVO ist dahin auszulegen, dass bei **Versandungskäufen** der Ort, an dem die beweglichen Sachen nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen, **auf der Grundlage der Bestimmungen dieses Vertrags zu bestimmen** ist.
4. **Lässt sich der Lieferort** auf dieser Grundlage **ohne Bezugnahme auf das** auf den Vertrag anwendbare **materielle Recht nicht bestimmen**, ist dieser Ort derjenige der körperlichen Übergabe der Waren, durch die der Käufer am **endgültigen Bestimmungsort des Verkaufsvorgangs die tatsächliche Verfügungsgewalt** über diese Waren erlangt hat oder hätte erlangen müssen

Fall KeySafety mit Sitz in Italien liefert Airbagsysteme an italienische Autohersteller und kaufte von Juli 2001 bis Dezember 2003 bei Car Trim im Rahmen von fünf Lieferverträgen (im Folgenden: Verträge) Komponenten, die in die Herstellung dieser Systeme gingen. Das Material hierzu stellte die Fa. Car Trim zur Verfügung. KeySafety kündigte diese Verträge zum Jahresende 2003. Car Trim, die von Vertragslaufzeiten bis teilweise Sommer 2007 ausgeht, wertete die Kündigungen als Vertragsverletzung und verlangte Schadensersatz, den sie bei dem für den Produktionsort der Komponenten zuständigen LG Chemnitz gerichtlich geltend machte.

Dieses erklärte sich wegen fehlender internationaler Zuständigkeit der deutschen Gerichte für unzuständig. Das OLG wies die dagegen gerichtete Berufung der Kl. zurück. Car Trim legte beim BGH Revision ein. Der BGH (EuZW 2008, 704 = NJW 2008, 3001) hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof seine Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

1. Frage: Ist Art. 5 Nr. 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen dahin auszulegen, dass Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware trotz bestimmter Vorgaben des Auftraggebers zu Beschaffung, Verarbeitung und Lieferung der herzustellenden Gegenstände einschließlich einer Sicherung der Herstellungsqualität, der Lieferzuverlässigkeit und der reibungslosen administrativen Auftragsabwicklung als Verkauf beweglicher Sachen (erster Spiegelstrich) und nicht als Erbringung von Dienstleistungen (zweiter Spiegelstrich) zu qualifizieren sind? Welche Kriterien sind für die Abgrenzung maßgeblich?

2. Frage: Wenn ein Verkauf beweglicher Sachen anzunehmen ist: Bestimmt sich der Ort, an dem die verkauften Sachen nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen, bei Versandungskäufen nach dem Ort der körperlichen Übergabe an den Käufer oder nach dem Ort, an dem die Sachen dem ersten Beförderer zur Übermittlung an den Käufer übergeben werden?

Es geht um die Frage der **gerichtlichen Zuständigkeit** bei grenzüberschreitenden Vertragsbeziehungen innerhalb der EG. Diese ist in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) geregelt. Nach Art. 5 EUGVVO kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden. Zuständig ist dabei nach Art. 5 Nr. 1 a) EuGVVO bei **Streit um einen Vertrag oder Ansprüchen aus einem Vertrag** das Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre. Welcher Ort demgemäß als **Erfüllungsort** anzusehen ist, ist – vorbehaltlich abwei-

chender Regelungen, die hier nicht getroffen wurden – nach Art. 5 Nr. 1 b) EuGVVO zu bestimmen. Danach ist Erfüllungsort für den **Verkauf beweglicher Sachen** der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen. Geht es um die **Erbringung von Dienstleistungen**, ist Erfüllungsort der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen.

I. zur ersten Frage

Dazu ist zunächst hervorzuheben, dass sich diese Frage in einem Rechtsstreit zwischen zwei Herstellern aus der Automobilbranche stellt. Diese Branche ist durch eine enge Zusammenarbeit zwischen den Herstellern gekennzeichnet. Die angebotene fertige Ware muss den genauen Vorgaben und individuellen Spezifikationen des Käufers entsprechen. Im Allgemeinen bestimmt dieser seine Bedürfnisse genau und erteilt Anweisungen für die Herstellung, die der Lieferant zu befolgen hat.

1. Maßgeblichkeit der charakteristischen Verpflichtung

*„Bei einem solchen Verfahren, das auch in anderen Branchen der modernen Wirtschaft angewandt wird, kann die **Herstellung der Waren** auch eine **Erbringung von Dienstleistungen** umfassen, die, zusammen mit der anschließenden Lieferung der fertigen Ware, zur Verwirklichung des Endziels des fraglichen Vertrags beiträgt.*

*Art. 5 Nr. 1 lit. b) EuGVVO enthält **weder eine Definition** der beiden Vertragskategorien **noch Merkmale zur Unterscheidung** dieser beiden Kategorien bei Warenverkäufen, die zugleich eine Erbringung von Dienstleistungen umfassen. Insbesondere wird im ersten Gedankenstrich dieser Bestimmung betreffend den Verkauf von beweglichen Sachen nicht ausgeführt, ob er auch dann anzuwenden ist, wenn die fragliche Ware vom Verkäufer unter Beachtung bestimmter Vorgaben des Käufers hergestellt oder erzeugt werden soll, dies in Anbetracht der Tatsache, dass eine solche Herstellung oder Erzeugung oder ein Teil von ihr als „Dienstleistung“ i.S. von Art. 5 Nr. 1 lit. b) zweiter Gedankenstrich EuGVVO eingestuft werden könnte.*

*Dazu ist daran zu erinnern, dass Art. 5 Nr. 1 EuGVVO bei Verträgen über den Verkauf beweglicher Sachen und solchen über die Erbringung von Dienstleistungen die für diese Verträge **charakteristische Verpflichtung als Anknüpfungskriterium** für das zuständige Gericht zu Grunde legt (vgl. in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 23. 4. 2009 – C-533/07 = EuZW 2009, 510 Rn 54 – Falco Privatstiftung u. Rabitsch).“ (EuGH aaO)*

2. Maßstäbe für die Ermittlung der charakteristischen Verpflichtung

Es kommt daher darauf an, welche Maßstäbe für die Ermittlung der charakteristischen Verpflichtung eines Vertrages herangezogen werden können.

a) rechtliche Vorgaben

Die Einstufung eines Vertrags über den Verkauf von Waren, die vom Verkäufer erst hergestellt oder erzeugt werden müssen, ist durch einige Bestimmungen des Unionsrechts und des internationalen Rechts geregelt, die Anhaltspunkte für die Auslegung der Begriffe „Verkauf beweglicher Sachen“ und „Erbringung von Dienstleistungen“ bieten können.

*„Zunächst gelten nach **Art. 1 IV der Richtlinie 1999/44/EG** Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter als Kaufverträge, und nach Art. 1 II lit. b) dieser Richtlinie **bewegliche körperliche Gegenstände** mit bestimmten Ausnahmen, die in einer Rechtssache wie der des Ausgangsverfahrens nicht einschlägig sind, als „**Verbrauchsgüter**“.*

*Darüber hinaus stehen nach **Art. 3 I CISG** Verträge über die **Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware den Kaufverträgen gleich**, es sei denn, dass der Besteller einen wesentlichen Teil der für diese Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat.*

*Zudem sieht auch Art. 6 II des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 14.06.1974 über die Verjährung beim internationalen Warenkauf vor, dass **Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware den Kaufverträgen gleichstehen**, es sei denn, dass der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat.*

*Die erwähnten Bestimmungen sind daher ein **Anhaltspunkt** dafür, dass die Tatsache, dass die zu liefernde Ware zuvor hergestellt oder erzeugt werden muss, **nichts an der Einstufung** des fraglichen Vertrags **als Kaufvertrag ändert**.“ (EuGH aaO)*

b) Berücksichtigung der Herkunft der zu verarbeitenden Stoffe

„Im Rahmen der Auslegung von Art. 5 Nr. 1 lit. b) EuGVVO kann auch der Umstand berücksichtigt werden, ob diese **vom Käufer zur Verfügung gestellt** wurden oder nicht. Hat der Käufer alle oder die Mehrzahl der Stoffe, aus denen die Ware hergestellt wird, zur Verfügung gestellt, kann dieser Umstand einen Anhaltspunkt für eine Einstufung des Vertrags als „Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen“ darstellen. Hingegen liegt im umgekehrten Fall, dass der **Käufer keine Stoffe zur Verfügung** gestellt hat, ein deutlicher Hinweis für eine Einstufung des Vertrags als „**Vertrag über die Lieferung beweglicher Sachen**“ vor.“ (EuGH aaO)

c) Berücksichtigung der Haftungsregelung

„Haftet der Verkäufer für die **Qualität und Vertragsgemäßheit der Ware**, die das Ergebnis seiner Tätigkeit ist, wird diese Haftung den Ausschlag für eine Einstufung als „**Vertrag über den Verkauf beweglicher Sachen**“ geben. Haftet er hingegen nur für eine korrekte Ausführung nach den Anweisungen des Käufers, spricht dieser Umstand eher für eine Einstufung als Vertrag über eine „Erbringung von Dienstleistungen“. (EuGH aaO)

Demnach sind Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware auch bei bestimmten Vorgaben des Auftraggebers zu Beschaffung, Verarbeitung und Lieferung der Ware, ohne dass die Stoffe von diesem zur Verfügung gestellt wurden, und auch wenn der Lieferant für die Qualität und die Vertragsgemäßheit der Ware haftet, als „Verkauf beweglicher Sachen“ i.S. von Art. 5 Nr. 1 lit. b) EuGVVO einzustufen.

II. zur zweiten Frage

Bei der zweiten Frage geht es um die Bestimmung des Erfüllungsortes beim Versandungskauf. Hierzu war in Schrifttum und der (nationalen) Rechtsprechung bislang höchst umstritten, ob bei einem **Versandungskauf** für die Bestimmung des Erfüllungsortes i.S. von Art. 5 Nr. 1 b) EuGVVO auf den Ort der **Leistungshandlung** oder den des **Leistungserfolges** abzustellen ist.

1. rechtliche Vorgaben

„Der Gerichtshof stützt sich zur Beantwortung der Frage auf die Entstehungsgeschichte, die Ziele und die Systematik der Verordnung (vgl. EuGH, Urt. v. 3. 5. 2007 – C-386/05, Slg. 2007, I 3699 = EuZW 2007, 370 Rn. 18 – Color Drack und Urt. v. 09.07.2009 – C-204/08, EuZW 2009, 569 Rn. 31- Rehder).

Nach **ständiger Rechtsprechung** entspricht die in Art. 5 Nr. 1 EuGVVO für vertragliche Streitigkeiten vorgesehene besondere Zuständigkeitsregel, die die Grundregel der Zuständigkeit nach dem Wohnsitz des Beklagten ergänzt, dem **Ziel der räumlichen Nähe** und ist durch die **enge Verknüpfung von Vertrag und zur Entscheidung berufenem Gericht** begründet (vgl. Urt. Color Drack, Rn 22 und Urt. Rehder, Rn 32).

Im Rahmen der Verordnung wird somit mit dieser Regel eines **besonderen Gerichtsstands für vertragliche Streitigkeiten der Lieferort als autonomes Anknüpfungskriterium** festgelegt, das auf sämtliche Klagen aus ein und demselben Vertrag über den Verkauf beweglicher Sachen und nicht nur auf diejenige aus der Lieferverpflichtung an sich anwendbar ist (Color Drack, Rn. 26). Gleichwohl werden in keiner Bestimmung der Verordnung die Begriffe „Lieferung“ und „Lieferort“ i.S. von Art. 5 Nr. 1 b) EuGVVO definiert.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die **Kommission** im Zuge der **Entstehung dieser Bestimmung** in ihrem Vorschlag vom 14.07.1999 für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (KOM [1999] 348 endg., S. 15) betonte, dass diese Bestimmung **dazu diene**, „Nachteile durch den **Rückgriff auf Regeln des Internationalen Privatrechts des Staats des angerufenen Gerichts zu vermeiden**“, und dass diese „pragmatische Bestimmung des Erfüllungsortes“ auf einem **rein faktischen Kriterium** beruhe.“ (EuGH aaO)

2. Prüfungsfolge

a) vertragliche Vereinbarung

Vor diesem Hintergrund ist es Sache des vorliegenden Gerichts, zunächst zu prüfen, ob der Lieferort aus den Vertragsbestimmungen hervorgeht.

„Kann so der Lieferort ermittelt werden, **ohne auf das auf den Vertrag anwendbare materielle Recht Bezug zu nehmen**, ist dieser Ort als der Ort anzusehen, an dem i.S. von Art. 5 Nr. 1

lit. b EuGVVO die beweglichen Sachen nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen.“ (EuGH aaO)

b) Fehlen vertraglicher Vereinbarung

In Betracht kommen für die Bestimmung des Lieferortes beim Versandkauf zwei Orte. Der **erste** ist der **Ort der körperlichen Übergabe** der Ware an den Käufer und der **zweite** derjenige der **Übergabe der Ware an den ersten Beförderer** zur Übermittlung an den Käufer.

*„Es ist festzustellen, dass der **endgültige Bestimmungsort**, an dem die Waren dem Käufer körperlich übergeben wurden oder hätten übergeben werden müssen, als „Lieferort“ i.S. von Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO der **Entstehungsgeschichte, den Zielen** und der **Systematik dieser Verordnung am besten entspricht**.*

*Dieses **Kriterium ist in hohem Maße vorhersehbar**. Es entspricht auch dem Ziel der räumlichen Nähe, da es eine enge Verknüpfung zwischen dem Vertrag und dem zur Entscheidung berufenen Gericht gewährleistet. Insbesondere ist hervorzuheben, dass die **Waren**, die den materiellen Gegenstand des Vertrags bilden, **sich nach der Erfüllung dieses Vertrags grundsätzlich an diesem Ort befinden** müssen. Ferner ist das grundlegende Ziel eines Vertrags über den Verkauf beweglicher Sachen ihre **Übertragung vom Verkäufer an den Käufer**; dieser Vorgang ist erst bei der Ankunft dieser beweglichen Sachen an ihrem **endgültigen Bestimmungsort vollständig abgeschlossen**.“ (EuGH aaO)*

Art. 5 Nr. 1 b) EuGVVO ist demnach dahin auszulegen, dass bei **Versendungskäufen** der Ort, an dem die beweglichen Sachen nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen, **auf der Grundlage der Bestimmungen dieses Vertrags zu bestimmen** ist.

Lässt sich der Lieferort auf dieser Grundlage **ohne Bezugnahme auf das** auf den Vertrag anwendbare **materielle Recht nicht bestimmen**, ist dieser Ort derjenige der körperlichen Übergabe der Waren, durch die der Käufer am **endgültigen Bestimmungsort des Verkaufsvorgangs** die **tatsächliche Verfügungsgewalt** über diese Waren erlangt hat oder hätte erlangen müssen

B. Erhebung der Verjährungseinrede als erledigendes Ereignis (BGH in jurisAnwaltsLetter Nr.8, 27.04.2010)

Fall: Die Parteien streiten, nachdem die Klägerin ursprünglich die Zahlung von 300 € aus einem Vergleich verlangt hatte und die Beklagte in erster Instanz die Einrede der Verjährung erhoben hat, um die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Die Beklagte mietete von der Klägerin mit Vertrag vom 26.11.1996 eine Wohnung in H. Das Mietverhältnis endete zum 31.07.2003. Im Anschluss hieran machte die Klägerin Schadensersatzansprüche in Höhe von 926 € wegen Schäden an der Wohnung sowie eine Restmietforderung für den Monat Juli 2003 in Höhe von 316,39 €, mithin insgesamt 1.242,39 € geltend. Mit Anwaltsschreiben vom 16. Dezember 2003 forderte die Klägerin die Beklagte nach vorangegangenem Schriftwechsel erneut zur Zahlung des oben genannten Gesamtbetrages auf.

Die Beklagte teilte durch Anwaltsschreiben vom 13.01.2004 mit, die von der Klägerin vertretenen Ansichten könnten nicht geteilt werden und die aufgestellten Forderungen seien überzogen, gleichwohl werde ein Einigungsvorschlag unterbreitet. Sie sei bereit, zur Abgeltung aller Ansprüche 300,00 € zu zahlen. Mit Anwaltsschreiben vom 09.02.2004 erklärte die Klägerin die Annahme des Vergleichsvorschlags der Beklagten.

Die Klägerin hat die Beklagte vorliegend auf Zahlung des Vergleichsbetrages von 300 € nebst Prozesszinsen in Anspruch genommen. Die Beklagte hat im Prozess die Einrede der - unstreitig bereits vorprozessual eingetretenen - Verjährung erhoben. Daraufhin hat die Klägerin den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen. Wie wird das Gericht entscheiden?

Die einseitige Erledigungserklärung der Klägerin ist als stets sachdienliche und damit nach § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässige Klageänderung in eine Feststellungsklage anzusehen, die auf die Feststellung der Erledigung gerichtet ist.

Ein erledigendes Ereignis liegt vor, wenn eine Tatsache eingetreten ist, die dazu führt, dass die **zunächst zulässige und begründete Klage aus materiell-rechtlichen Gründen unzulässig oder unbegründet wurde** (vgl. BGH, NJW 2003, 3134; BGH, GRUR 1997, 933; 1992, 474, 475; NJW 1996, 2729; OLG Düsseldorf, ZMR 2002, 189).

Wird während eines anhängigen Rechtsstreits die Einrede der Verjährung erhoben, so ist umstritten, ob das erledigende Ereignis der Eintritt der Verjährung selbst oder die Erhebung der Verjährungseinrede ist.

I. Erhebung der Einrede als erledigendes Ereignis

Nach der **überwiegenden Auffassung der Instanzgerichte und der Literatur** stellt die **Erhebung der Einrede der Verjährung** ein erledigendes Ereignis dar.

*„Für die Frage, ob eine Erledigung der Hauptsache vorliege, sei es grundsätzlich ohne Bedeutung, auf welchen Umständen die nachträglich eingetretene Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Klage beruhe. Eine **Erledigung der Hauptsache** könne auch dann eintreten, wenn die **Klage aus Gründen unzulässig oder unbegründet** werde, die **allein im Verantwortungsbereich des Klägers** lägen. Daher könne auch die Verjährung der Klageforderung zur Erledigung des Rechtsstreits führen, obwohl es der Kläger selbst in der Hand gehabt hätte, den Eintritt der Verjährung zu vermeiden*

vgl. OLG Frankfurt a.M., MDR 2002, 778 [779], WRP 1982, 422 und WRP 1979, 799 [801]; OLG Karlsruhe, WRP 1985, 288; OLG Hamburg, MD 1985, 951 [952 f.]; OLG München, WRP 1987, 267 [268]; OLG Düsseldorf, WRP 1980, 701 [702]; OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1520; OLG Nürnberg, WRP 1980, 232 [233]; OLG Celle, WRP 1983, 96 und GRUR 1987, 716; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rn 6; Prütting/Gehrlein/Hausherr, ZPO, § 91a Rn 8 und 11; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rn 5; Saenger/Gierl, Hk-ZPO, 3. Aufl., § 91a Rn 7; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 91a Rn 59 - "Verjährung"; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 130 Rn 2; El-Gayar, MDR 1998, 698f. f.; Meller-Hannich, JZ 2005, 656 [663]; Peters, NJW 2001, 2289f. f.; Wernecke, JA 2004, 331 [334]; Thesen, WRP 1981, 304 [305]

*Eine Erledigung der Hauptsache trete deshalb auch dann ein, wenn die **Verjährungsfrist** für den Klageanspruch **bereits bei Erhebung der Klage abgelaufen** gewesen sei, sich der Beklagte jedoch **erstmalig im Prozess auf die Verjährung berufe** (OLG Frankfurt a.M., aaO; Prütting/Gehrlein/Hausherr, aaO, Rn 11; Peters, aaO; Meller-Hannich, aaO; Wernecke, aaO; offengelassen: OLG Nürnberg, aaO). Gründe, die Kosten des Rechtsstreits trotz Eintritts eines erledigenden Ereignisses dem Kläger - in den Fällen der übereinstimmenden Erledigungserklärung - aus Billigkeitserwägungen aufzuerlegen, können nach dieser Auffassung etwa dann gegeben sein, wenn der Kläger einen bereits verjährten Anspruch rechtshängig gemacht hat, ohne dass der Beklagte Gelegenheit gehabt hatte, die Verjährung zu prüfen und bereits vorprozessual geltend zu machen*

(OLG Frankfurt a.M., aaO; Wernecke, aaO; vgl. auch Meller-Hannich, aaO; aA Peters, aaO, 2291).“ (BGH aaO)

II. Rückwirkung der Verjährungseinrede auf Verjährungseintritt

Nach **anderer Auffassung** handelt es sich bei der Erhebung der Einrede der **Verjährung nicht** um ein **erledigendes Ereignis**.

„Umstände, deren Eintritt der Kläger beeinflussen könne, insbesondere solche, die auf einem Verhalten des Klägers selbst beruhen und deren Eintritt er hätte verhindern können, müssten als Erledigungseignisse außer Betracht bleiben. Bei der **Verjährung liege es alleine an dem Gläubiger**, der den geltend gemachten **Anspruch habe verjähren lassen**, dass letzterer infolge der Verjährungseinrede unbegründet geworden sei. Es bestehe kein überzeugender Grund, den Kläger vor den Folgen seines Verhaltens zu schützen. Eine Klage werde zwar erst dann unbegründet, wenn der Beklagte eine begründete Verjährungseinrede erhebe. **Voraussetzung** sei allerdings, dass die Verjährungsfrist auch abgelaufen sei, der **Kläger also die Verjährung nicht** durch die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen **unterbrochen habe**

vgl. OLG Koblenz, WRP 1982, 657 [658]; OLG Schleswig, NJW-RR 1986, 38 f.; OLG Hamm, WRP 1977, 199 f.; OLG Hamburg, WRP 1982, 161, das diese Rechtsprechung aber aufgegeben hat, vgl. OLG Hamburg, MD 1985, aaO; MünchKommZPO/Lindacher, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rn 152; Wieczorek/Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rn 33; Ulrich, WRP 1990, 651 [654]; Bork, WRP 1987, 8 [12]

Begründet wird diese Auffassung auch damit, dass die **Geltendmachung der Einrede im Prozess auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirke** (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rn 58 - "Verjährung"; El-Gayar, MDR 1998, aaO, S. 699). Die Verjährungseinrede führe deshalb dazu, dass die ab Verjährungseintritt bestehende Undurchsetzbarkeit des Anspruchs beachtlich werde und die **Klage damit ab dem Zeitpunkt des Verjährungseintritts als unbegründet anzusehen** sei. Werde ein bereits verjährter Anspruch eingeklagt und erhebe der Beklagte danach erstmals die Verjährungseinrede, so werde die Klage dadurch nicht unbegründet, vielmehr sei sie dies aufgrund der genannten Rückwirkung bereits vor Klageerhebung gewesen (El-Gayar, aaO). Auch unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten sei es **nicht sachgerecht, den Kläger für eine nachlässige Prozessführung zu begünstigen** (vgl. OLG Schleswig, aaO; OLG Koblenz, aaO; vgl. auch MünchKommZPO/Lindacher, aaO). Sinn und Zweck sowohl des § 91a ZPO als auch der Erledigungsentscheidung bei einseitiger Erledigungserklärung sei es, den **Kläger vor ungerechtfertigten Nachteilen zu bewahren**, wenn eine ursprünglich zulässige und begründete Klage ohne sein Zutun unzulässig oder unbegründet werde (vgl. OLG Schleswig, aaO; OLG Koblenz, aaO).“ (BGH aaO)

III. Differenzierung nach Verjährungseintritt vor oder nach Rechtshängigkeit

Eine weitere Auffassung unterscheidet danach, ob der Eintritt der Verjährung vor oder nach Erhebung der Klage oder der Beantragung einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. Nach dieser Auffassung stellt die Einrede der Verjährung gegenüber einer bereits vor Verfahrensbeginn verjährten Forderung kein erledigendes Ereignis dar, während ein solches im Falle des erst während des laufenden Verfahrens erfolgenden Verjährungseintritts bejaht wird (Zöller/Vollkommer, aaO, Rn 5 und 58 - "Verjährung"; El-Gayar, aaO, S. 698; Hase, WRP 1985, 254 [255f.]).

IV. Auffassung des BGH

Der BGH hat nun erstmalig zu diesem Streit Stellung bezogen und sich der h.M. angeschlossen. Die erstmalige **Erhebung der Einrede der Verjährung** im Laufe des Verfahrens stellt damit **erledigendes Ereignis** dar. Dies gilt **auch** dann, wenn die **Verjährung** des geltend gemachten Anspruchs **bereits vor Rechtshängigkeit** eingetreten ist.

„Der **Eintritt der Verjährung** hat für sich genommen **weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs** (vgl. BGHZ 156, 269 [271]; MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., vor § 194 Rn 5 und § 214 Rn 1; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 214 Rn 1/2). Der **Schuldner ist ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern** (§ 214 Abs. 1 BGB; BGH, Urteil vom 15. Oktober 2004 - V ZR 100/04, WM 2004, 2443, unter II 2 c; Palandt/Ellenberger, aaO), was dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nimmt (BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2007 - XI ZR 144/06, BauR 2008, 666, unter IV 3 d; Meller-Hannich, aaO, S. 661). Die **Verjährung berührt** nach der Konzeption des Bürgerlichen Gesetzbuchs **mithin weder den anspruchsbegründenden Tatbestand noch das Bestehen des Rechts des Gläubigers**; im Rechtsstreit hat deshalb, selbst wenn die verjährungsbegründenden Umstände als solche vom Kläger selbst vorgetragen werden, auf Antrag Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Beklagten zu ergehen (BGHZ 156, aaO). An dieser Konzeption hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz festgehalten (BGHZ 156, aaO).“ (BGH aaO)

Ob der **Schuldner** von der ihm nach Verjährungseintritt zustehenden **Einrede der Verjährung Gebrauch macht**, steht in seinem **freien Belieben**.

*„Erhebt der Beklagte erstmals während des Prozesses die Einrede der Verjährung, so wird hierdurch für den Kläger ein **Hindernis geschaffen**, den geltend gemachten Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Seine **ursprünglich zulässige und begründete Klage** wird durch die Erhebung der Einrede unbegründet. Erst letztere und nicht bereits der Eintritt der Verjährung führt zur sachlichen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache (vgl. BGHZ 155, 392 [398f.], zur Aufrechnungserklärung).*

*Dass die **Verjährungseinrede materiell-rechtlich** - etwa hinsichtlich des Verzuges (vgl. hierzu BGHZ 104, 6, 11; BGHZ 48, 249, 250) - auch **auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirkt** (Meller-Hannich, aaO, S. 658; El-Gayar, aaO), ändert hieran nichts (ebenso Stein/Jonas/Bork, aaO, Rn. 6, hinsichtlich der materiell-rechtlichen Rückwirkung bei der Aufrechnungserklärung) und hat insbesondere nicht zur Folge, dass die Klage im Falle der Einredeerhebung als von Anfang an unbegründet zu gelten hat (Meller-Hannich, aaO, S. 663; aA El-Gayar, aaO). Wie der Bundesgerichtshof (BGHZ 155, aaO) hinsichtlich der im Prozess erfolgten Aufrechnungserklärung bereits entschieden hat, tritt die **materiell-rechtliche Rückwirkung erst durch die Aufrechnungserklärung** ein. Letzterer kommt mithin die Bedeutung des erledigenden Ereignisses im Prozess zu. Es besteht **kein sachlicher Grund**, dies bei der **Einrede der Verjährung anders zu behandeln**. In beiden Fällen ist es alleine dem Schuldner überlassen, ob er von der genannten Möglichkeit der Anspruchsabwehr Gebrauch macht. Zudem weist die **Verjährungseinrede eine Ähnlichkeit** mit der **Aufrechnungserklärung** insoweit auf, als sie ebenfalls die materielle Rechtslage - mit der entsprechenden Folge für die Begründetheit der Klage - ändert und einen rechtsgeschäftsähnlichen Charakter (vgl. hierzu BGHZ 156, aaO) hat (vgl. Meller-Hannich, aaO; Wernecke, aaO; El-Gayar, aaO; Letzterer allerdings mit entgegengesetzter Schlussfolgerung).“ (BGH aaO)*

Für die Bewertung der Verjährungseinrede als erledigendes Ereignis ist es **ohne Belang**, dass der **Kläger** mit der gerichtlichen Geltendmachung eines bereits verjährten Anspruchs einen **wesentlichen Verursachungsbeitrag** für die spätere Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache geleistet hat.

*„Wie vom Bundesgerichtshof bereits entschieden, ist bei der Frage, ob ein erledigendes Ereignis vorliegt, allein auf den **objektiven Eintritt des Ereignisses** und nicht auf die **Frage einer subjektiven Verantwortlichkeit** abzustellen; auf Billigkeitserwägungen kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (BGH, Urteil vom 13. Mai 1993, aaO; Urteil vom 6. Dezember 1984, aaO; ebenso OLG Frankfurt a.M., aaO; OLG Düsseldorf, aaO; OLG München, aaO; OLG Karlsruhe, aaO; Meller-Hannich, aaO, S. 664; El-Gayar, aaO). Billigkeitsgesichtspunkte können im Rahmen einer nach billigem Ermessen zu treffenden Kostenentscheidung gemäß § 91a ZPO Bedeutung erlangen, sofern sich der Beklagte - anders als im vorliegenden Fall - der Erledigungserklärung des Klägers anschließt.“ (BGH aaO)*

- V. Ergebnis:** Das Gericht wird daher der Feststellungsklage der Klägerin stattgeben.

StPO
§ 81b**Beweisverwertungsverbot**
Verkehrsüberwachung durch Videoabstandsmessung

StPO

(OLG Düsseldorf in NJW 2010, 1216; Beschluss vom 09.02.2010 – 3 RBs 8/10)

Die mit dem sog. **Vibram-System** (Video-Brücken-Abstandsmessung) erhobenen Daten **unterliegen einem Beweisverwertungsverbot.**

Fall: Der Betr. Befuhr am 21.04.2008 die Autobahn. Mit einer auf einer Brücke installierten Übersichtskamera und einer neben der Fahrbahn installierten Handkamera wurde eine Abstandsmessung mit einer Vibram-Anlage unter Verwendung einer Videostoppuhr durchgeführt. Mit der Übersichtskamera, die keine Feststellung von Kennzeichen und Fahrer erlaubte, wurde der gesamte Verkehr ständig aufgenommen und von einem Polizeibeamten überwacht. Erst wenn dieser eine Abstandsunterschreitung augenscheinlich erkannte, wurde auf die Handkamera umgeschaltet, die qualitativ einwandfreie Aufnahmen zur Feststellung des konkreten Abstands und des Kennzeichens sowie zur Identifizierung des Fahrers herstellte. Dabei soll der Betr. den bei einer Geschwindigkeit von 125 km/h erforderlichen Mindestabstand von 62,5 m zum vorausfahrenden Fahrzeug nicht eingehalten haben.

Fraglich ist, ob die **mittels Videoaufzeichnung ermittelten Daten** überhaupt **verwertbar** sind, weil insofern ein **Beweisverwertungsverbot** vorliegen könnte.

I. Auf der Grundlage der Entscheidung des **BVerfG NJW 2009, 3293** unterliegen die durch eine durchgeführte Videoüberwachung ermittelten Beweise einem Beweiserhebungsverbot.

1. In der angefertigten **Videoaufzeichnung** liegt ein **Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG** in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses Recht umfasst die Befugnis des Einzelnen, grds. selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, und daher grds. selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen (vgl. BVerfG NJW 2009, 3293; BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419).

*„Durch die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials werden die **beobachteten Lebensvorgänge technisch fixiert**. Sie können demgemäß jederzeit zu Beweis Zwecken abgerufen, aufbereitet und ausgewertet werden. Eine Identifizierung des Fahrzeugs sowie des Fahrers ist beabsichtigt und technisch auch möglich. Auf den gefertigten Bildern sind i. d. R. das Kennzeichen des Fahrzeugs sowie der Fahrzeugführer zu erkennen. Dass die Erhebung derartiger Daten einen **Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung** darstellt, entspricht der st. Rspr. des BVerfG (vgl. BVerfG NJW 2009, 3293; BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505; BVerfG NVwZ 2007, 688).“* (OLG Düsseldorf aaO)

2. Der **Eingriff in das Grundrecht entfällt auch nicht dadurch, dass lediglich Verhaltensweisen im öffentlichen Raum erhoben wurden.**

*„Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet nicht allein den Schutz der Privat- und Intimsphäre, sondern trägt in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch den informationellen Schutzinteressen des Einzelnen, der sich in die Öffentlichkeit begibt**, Rechnung (vgl. BVerfG NJW 2009, 3293; BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419; BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505; BVerfG NVwZ 2007, 688). Es liegt auch kein Fall vor, in dem Daten ungezielt und allein technikbedingt zunächst miterfasst, dann aber ohne weiteren Erkenntnisgewinn, anonym und spurlos wieder gelöscht werden, so dass aus diesem Grund die Eingriffsqualität verneint werden könnte (vgl. dazu BVerfG NJW 2009, 3293; BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939; BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505). Die vorliegend angefertigten Videoaufnahmen waren gerade für ein Bußgeldverfahren als Beweismittel vorgesehen und sind auch entsprechend genutzt worden.“* (OLG Düsseldorf aaO)

II. Eine **gesetzliche Ermächtigungsgrundlage** für die erhobenen Bilddaten ist **nicht vorhanden**, auf einen **ministeriellen Erlass** kann die unzulässige Beweiserhebung nicht gestützt werden.

Derartige Regelungen, durch die eine vorgesetzte Behörde etwa auf ein einheitliches Verfahren oder eine einheitliche Gesetzesanwendung hinwirkt, stellen **kein Gesetz**

i.S. des Art. 20 III GG sowie des Art. 97 I GG dar und sind grds. Gegenstand, nicht Maßstab der richterlichen Kontrolle (vgl. BVerfGE 78, 214 = NJW 1989, 666). Eine Verwaltungsvorschrift kann für sich auch keinen Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung rechtfertigen, da es einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. BVerfG NJW 2009, 3293).

1. Die Vorschriften der **§§ 81b, 100h I Nr.1, 163b I 1, II StPO i.V.m. § 46 I OWiG scheiden als Ermächtigungsgrundlage aus.**

a) **§ 81b StPO** setzt begrifflich voraus, dass die **Beschuldigteneigenschaft bereits feststeht**, bevor die entsprechenden Maßnahmen durchgeführt werden.

„Dies ist zum Zeitpunkt der Verkehrsüberwachung indessen nicht der Fall. Die Fahreigenschaft kann allenfalls nach einer durchgeführten Halterermittlung anhand des auf der Videoaufnahme ersichtlichen Kennzeichens festgestellt werden.“ (OLG Düsseldorf aaO)

b) **§ 163b I StPO** rechtfertigt Bildaufnahmen, die manuell oder automatisiert ausgelöst werden und zur Identitätsfeststellung nach der bereits durch eine Überwachungsanlage erfolgten Feststellung eines Verkehrsverstößes führen sollen.

„In diesem Rahmen wird allerdings vorausgesetzt, dass der Verdacht einer schwerwiegenden Ordnungswidrigkeit vorliegt (vgl. auch Griesbaum, KK-StPO, 6. Aufl., § 163b Rn 5). Dies folgt bereits daraus, dass durch die nach § 163b StPO zulässigen Maßnahmen stets Grundrechte betroffen sind. Auch für Maßnahmen nach § 163b II StPO ist erforderlich, dass bereits eine Ordnungswidrigkeit vorliegt und der Betroffene als Zeuge oder Augenscheinsobjekt benötigt wird.“

Die vorsorgliche Datenerhebung von unverdächtigen Personen zum Zwecke der Überführung einer Ordnungswidrigkeit wird von dieser Vorschrift nicht gedeckt.“ (OLG Düsseldorf aaO)

c) Hinsichtlich **§ 100h I Nr.1 StPO** bestehen bereits **Zweifel an der grds. Anwendbarkeit der Vorschrift im Bußgeldverfahren**. Denn die Gesetzesänderungen durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung (BGBl I 2007, S. 3198) sollen nach ihrem Sinn und Zweck in erster Linie der Bekämpfung von schwer ermittelbarer Kriminalität dienen (vgl. BT-Dr 16/5846; Grunert DAR 2010, 28).

*„Nach dem **Regelungsgehalt der Vorschrift** wird die Anfertigung von bildlichen oder videografischen Aufnahmen zu Zwecken der Observation erfasst, nicht hingegen deren Anfertigung zur Beweissicherung und Auswertung (vgl. Nack, KK-StPO, § 100h Rn 1; Meyer-Goßner/Cierniak, StPO, 52. Aufl., § 100h Rn 1 m.w. Nachw.; Grunert DAR 2010, 28). Zudem muss es sich um eine **Straftat von erheblicher Bedeutung** handeln (vgl. Nack, KK-StPO, 100h Rn 6 m.w. Nachw.).“*

*Abgesehen davon kann § 100 I Nr.1 StPO als potenzielle Ermächtigungsgrundlage ebenfalls **nur für Videoaufzeichnungen** in Betracht kommen, die **zeitlich nach dem Vorliegen eines Anfangsverdachts ausgelöst werden**. Damit muss die Betroffenen eigenschaft eines Fahrers bereits durch entsprechend konkrete Anhaltspunkte begründet sein. Angesichts der durch die gesetzliche Regelung bereitgestellten Vielzahl von Mitteln ist in diesem Zusammenhang besonders der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu beachten.“ (OLG Düsseldorf aaO)*

2. Im Ergebnis muss vor Beginn der Maßnahme zumindest ein **Anfangsverdacht** gegen den von der Bild- oder Videoaufzeichnung betroffenen Fahrer bestehen. Ein **Generalverdacht** dahingehend, dass an bestimmten Stellen oder zu bestimmten Zeiten regelmäßig oder häufig bestimmte Verkehrsverstöße begangen werden, **reicht hingegen nicht aus**.

„Insofern bestehen bereits Bedenken aus dem Gesichtspunkt, dass gerichtsbekannt die konkrete Messstelle durch vorinstallierte ortsfeste Einrichtungen zur Anbringung der Kameras und eine vorinstallierte Verkabelung generell vorbereitet ist und in unregelmäßigen Abständen wiederholt zur Verkehrsüberwachung genutzt wird. Die Bedenken können indessen dahinstehen.“ (OLG Düsseldorf aaO)

a) Ein **Anfangsverdacht** ist **nur dann gegeben, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer vorwerfaren Ordnungswidrigkeit bestehen**. Dieser Anfangsverdacht muss durch eine konkret-individuelle Ermittlungsentscheidung des Messbeamten festgestellt werden,

die dann durch eine weitere individuelle Anordnung in Gestalt des Auslösens einer spezifischen Videoüberwachungsmaßnahme bestätigt wird.

*„Dies bedeutet, dass dem zur Videoüberwachung eingesetzten Beamten vor dem Start der Aufzeichnung **zureichende tatsächliche und konkret ausgestaltete Anhaltspunkte für eine Abstandsunterschreitung und/oder Geschwindigkeitsüberschreitung vorliegen** müssen, die sich gegen einen bestimmten Fahrzeugführer richten. Diese Anhaltspunkte müssen zudem objektivierbar sein, um die Rechtmäßigkeit der Feststellung des Anfangsverdachts überprüfbar und damit transparent zu machen.*

*Nach Auffassung des Senats sind insoweit **Schätzungen nicht ausreichend objektivierbar**. Die Rechtsgrundlage in §§ 163b I, 100h I Nr.1 StPO ermächtigt zu erheblichen Grundrechtseingriffen und hat damit schwerwiegende Folgen. Demgemäß sind hohe Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Ermittlung des konkreten Anfangsverdachts zu stellen.“* (OLG Düsseldorf aaO)

- b) Ob die Primärfeststellung dabei durch eine konkrete Messung erfolgen muss oder auch durch eine visuelle Schätzung erfolgen kann, bedarf vorliegend aber keiner näheren Klärung: Denn soweit die Videoüberwachung und -aufzeichnung mittels des Vibram-Systems mit einer ständig durchlaufenden Kamera erfolgt, und eine Auswertung erst anschließend unter Zuhilfenahme von technischen Einrichtungen und einer zusätzlichen Software durchgeführt wird, unterliegt es keinem ernsthaften Zweifel, dass im Hinblick auf die Rspr. des BVerfG ein **Beweiserhebungsverbot** vorliegt.

„Die Arbeitsweise des Systems nach dieser Methode ist dem Senat aus eigener Anschauung bei einer früheren Demonstration bekannt.

*Soweit die Videoüberwachung mittels des Vibram-Systems zunächst mit einer durchlaufenden und von einem Messbeamten überwachten Kamera erfolgt und erst bei Annahme eines konkreten Abstandsverstoßes eine neben der Fahrbahn befindliche Kamera zur Aufzeichnung eingeschaltet wird und die damit aufgezeichneten Videosequenzen anschließend durch weitere technische Einrichtungen und einer zusätzlichen Software ausgewertet werden, ergibt sich nichts anderes: Denn bereits die Primärüberwachung durch eine ständig mitlaufende Kamera verstößt unter Berücksichtigung der Argumentation des BVerfG gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht eines Betroffenen. Bereits die Feststellung eines Anfangsverdachts beruht auf der Auswertung von Videoaufnahmen und nicht auf einer konkreten individuellen Überwachung durch einen Polizeibeamten. Es **stellt sich erst im Nachhinein durch Auswertung der angefertigten Videoaufnahme heraus, ob der Fahrer des überwachten Fahrzeugs dieses unter relevanter Unterschreitung der Mindestabstandsgrenzen oder unter Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit geführt hat.**“* (OLG Düsseldorf aaO)

- c) Ein **Grundrechtseingriff** liegt bereits dann vor, wenn überhaupt ein **privater Lebensvorgang erfasst** wird, auch wenn er erst durch zusätzliche Maßnahmen zur weiteren konkreten Individualisierung führt. Auch auf der durchlaufenden Videoaufzeichnung mit der Primärkamera müssen konkrete Details erkennbar sein, so zumindest Fahrzeugtyp, Fahrweise und Fahrverhalten, aber auch die personelle Besetzung des Fahrzeugs auf den Vordersitzen.

„Denn ohne eine entsprechende Auflösung der Videokamera wäre dem Messbeamten eine ausreichend sichere Beurteilung, ob der Anfangsverdacht eines Verkehrsverstoßes vorliegt, objektiv gar nicht möglich. Erfolgt bei einer niedrigen Bildauflösung und deren Überwachung eine gezielte Einschaltung der neben der Fahrbahn befindlichen Sekundärkamera, so erfolgt die dann durchgeführte Aufzeichnung ohne den erforderlichen konkreten Anfangsverdacht.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass durch das Vibram-System eine unzulässige verdachtsunabhängige Videoaufzeichnung durchgeführt wird, die erst im Nachhinein durch konkret-spezifische Auswertungsmaßnahmen zur Feststellung eines Verkehrsverstoßes durch einen konkretisierbaren Fahrer führt.“ (OLG Düsseldorf aaO)

3. **Zwischenergebnis:** Es besteht damit ein Beweiserhebungsverbot.

ebenso für vergleichbare Systeme OLG Oldenburg DAR 2010, 32; AG Eilenburg BeckRS 2009, 87037; AG Grimma DAR 2009, 659; AG Meißen BeckRS 2010, 4509 jew. m. überzeugender Begr.; a.A. OLG Bamberg NJW 2010, 100; AG Schweinfurt DAR 2009, 660

- III. Nach **allgemeinen strafprozessualen Grundsätzen** (vgl. dazu Meyer-Goßner, Einl. Rn 55ff.m.w. Nachw.), die über § 46 I OWiG auch im Bußgeldverfahren sinngemäß

anwendbar sind, **kann aus einem Beweiserhebungsverbot auch ein Beweisverwertungsverbot folgen** (vgl. Lampe, KK-OWiG, § 46 Rn 18; Göhler/Seitz, OWiG, 14. Aufl., § 46 Rn 10c m.w. Nachw.).

1. Dies ist in Fällen, in denen keine gesetzliche Regelung getroffen ist, **anhand einer Betrachtung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu ermitteln** (vgl. Hentschel/König, StVG, 40. Aufl., § 26 Rn 2; Lampe, KK-OWiG, § 46 Rn 18; Göhler/Seitz, § 46 Rn 10c).
2. Nach Auffassung des BVerfG liegt in den Fällen der rechtswidrigen Videoüberwachung ein Rechtsverstoß, der ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, nicht fern (vgl. BVerfG NJW 2009, 3293).

„Nach Auffassung des Senats besteht für solche Beweismittel, die unter Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht gewonnen worden sind und für deren Erhebung keine gesetzliche Grundlage besteht, ein Beweisverwertungsverbot (ebenso OLG Oldenburg DAR 2010, 32; AG Eilenburg BeckRS 2009, 87037; AG Grimma, DAR 2009, 659 = BeckRS 2009, 86462; AG Meißen BeckRS 2010, 472).

*Der Verfassungsverstoß bei der **rechtswidrigen Überwachung** würde einerseits manifestiert und andererseits aber auch relativiert, wenn das in der Regel als einziges Beweismittel zur Verfügung stehende Videomaterial zur Überführung des Täters genügen dürfte.*

*In diesem Zusammenhang führt auch die Überlegung, dass die Überwachung von Sicherheitsabständen und Geschwindigkeit regelmäßig zur Verbesserung der Verkehrsdisziplin und zur Vermeidung von erheblichen Unfällen eingesetzt wird und dass das durch einen erheblichen Verstoß ausgelöste Gefährdungspotenzial für Personen und Sachen außerordentlich hoch ist, nicht deshalb zu einer abweichenden Betrachtungsweise, weil auch insoweit bedeutende Rechtsgüter mit Verfassungsrang betroffen sind. Denn **rechtsstaatliche Grundsätze dürfen bei einer Verkehrsüberwachungsmaßnahme auch insoweit nicht außer Betracht bleiben**. Diese Einschätzung ist jedenfalls vor dem Hintergrund geboten, dass es sich bei derartigen Maßnahmen mit Videosystemen um massenhaft durchgeführte Überwachungen im Rahmen von standardisierten Verfahren und damit um einen systematisch angelegten Eingriff in die Grundrechte einer Vielzahl von Personen handelt. Zudem stellen Ordnungswidrigkeiten wie die vorliegende Tat qualitativ solche dar, die eher dem unteren bis mittleren Schweregrad zuzuordnen sind und deren Verfolgung sich nicht als derart vorrangig darstellt, dass deshalb schwerwiegende Grundrechtseingriffe ausnahmsweise hinzunehmen wären.“ (OLG Düsseldorf aaO)*

- IV. **Ergebnis:** Solange eine **ausreichende gesetzliche Grundlage nicht geschaffen** worden ist, sind **Videoüberwachungen zur Feststellung von Verstößen** gegen den Mindestsicherheitsabstand und/oder gegen angeordnete Höchstgeschwindigkeiten **unzulässig**.

vgl. zu diesem Thema auch OLG Oldenburg StV 2010, 232

VwGO

verfristeter Widerspruch

VwGO

§§ 68, 70, 58

keine Entscheidungsbefugnis bei Drittwiderspruch

(BVerwG in BeckRS 2010 47977; Beschluss vom 11.03.2010 – 7 B 36/09)

1. Eine **allgemein gehaltene Rechtsbehelfsbelehrung**, die den Anforderungen des § 58 I VwGO entspricht, **gilt auch gegenüber Dritten**, wenn der Bescheid diesen bekanntgegeben wird.
2. Lediglich bei einer über die Anforderungen des § 58 I VwGO hinaus auf einen **bestimmten Adressatenkreis** bezogenen Rechtsbehelfsbelehrung („können Sie ...“), ist dies in einem **Begleitschreiben** an den Dritten **richtigzustellen**.
3. Hat ein **Dritter** durch den Eintritt der Bestandskraft bereits eine **schutzwürdige Rechtsposition** erlangt, so ist die Behörde **nicht befugt**, sich auf den verfristeten Drittwiderspruch hin mit der Angelegenheit **sachlich auseinanderzusetzen**. Geschieht dies gleichwohl, tritt jedoch **keine Heilung für das Klageverfahren** ein und die Klage ist gleichwohl unzulässig.

Fall: D baut im Landkreis G. Quarzkies ab. Eine rohstoffgeologische Untersuchung des Landesamtes für Geologie und Bergbau Rheinland-Pfalz bestätigte im Jahre 1999 das Vorkommen von Gold im Boden dieses Gebietes. Das seinerzeit noch zuständige Oberbergamt für das Saarland und Rheinland-Pfalz erteilte D auf deren Antrag im November 2000 eine Bewilligung gemäß § 8 BBergG. Diese gewährt der D unter anderem auf 50 Jahre befristet das Recht, in einem 913 000 qm großen Bewilligungsfeld Gold aufzusuchen und zu gewinnen. Die Grundstücke im Bewilligungsfeld stehen nur zum Teil im Eigentum der D. Neben anderen ist der Kläger dort Eigentümer zweier Grundstücke. D beantragte dann im April 2006 bei dem Oberbergamt, ihr bezogen auf die beiden Grundstücke des K die Berechtigung zur Mitgewinnung des Bodenschatzes Quarz im Rahmen der Gewinnung des bergfreien Bodenschatzes Gold zu erteilen. Das Oberbergamt gab diesen Antrag und einen parallel gestellten Antrag auf Grundabtretung K zur Kenntnis. K erhob Einwendungen gegen die beantragte Grundabtretung und die Einräumung einer Berechtigung zur Mitgewinnung von Quarz bei der Gewinnung von Gold.

Durch Bescheid vom 14.02.2007 stellte das Oberbergamt fest, dass im Bewilligungsfeld der Beigeladenen die Gewinnung des Bodenschatzes Gold aus bergtechnischen Gründen nur gemeinschaftlich mit Quarz möglich ist. Der Bescheid enthält eine Rechtsbehelfsbelehrung, nach der gegen diesen Bescheid innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erhoben werden kann. Der Bescheid war an D adressiert und wurde dieser mit Postzustellungsurkunde zugestellt. Das Oberbergamt übersandte dem K mit Anschreiben vom 14.02.2007 eine Durchschrift des Bescheids. Das Anschreiben enthält Ausführungen zum Verfahren nach § 42 Abs. 1 BBergG, insbesondere zum Verhältnis dieses Verfahrens zum grundgesetzlich geschützten Eigentum des K.

K legte gegen den Bescheid des Oberbergamts mit Schreiben vom 22.03.2007, beim Oberbergamt am 26.03.2007 eingegangen, Widerspruch ein. Das Oberbergamt wies den Widerspruch durch Bescheid vom 12.11.2007 mit der Begründung zurück, der Widerspruch sei unzulässig. K sei durch den angefochtenen Bescheid nicht beschwert, jedenfalls fehle ihm die Widerspruchsbefugnis. Hiergegen erhebt K fristgerecht Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

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

A. Zulässigkeit der Klage

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist ohne weiteres eröffnet. Auch ist die Anfechtungsklage die richtige Klageart. Da K nicht Adressat des Bescheides ist, liegt eine Klagebefugnis nach § 42 II VwGO nur vor, wenn die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist. Hier kann das Eigentumsrecht des K aus Art. 14 I GG verletzt sein, so dass er auch klagebefugt ist. Die Klage wurde auch fristgerecht gegen den richtigen Klagegegner vor dem zuständigen Gericht eingereicht, fraglich ist jedoch, ob das nach § 68 I VwGO erforderliche Vorverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

I. Einhaltung der Widerspruchsfrist

Fraglich ist zunächst, ob K die **Widerspruchsfrist** des § 70 I VwGO eingehalten hat. Die **Monatsfrist** beginnt nach § 70 I 1 VwGO mit der **Bekanntgabe** des Verwaltungsaktes, die in § 41 VwVfG geregelt ist. K wurde der Bescheid mit Schrei-

ben vom 14.02.2007 übermittelt, die Bekanntgabe gilt daher nach § 41 II 1 VwVfG als **3 Tage später**, also als am 17.02.2007 zugegangen. Die Monatsfrist hätte also am 17.03.2007 geendet. Da es sich hierbei jedoch um einen **Samstag** handelte, lief die Monatsfrist bis zum 19.03.2007 (vgl. § 31 III 1 VwVfG oder § 57 II VwGO i.V.m. § 222 II ZPO; str.). Mit Eingang des Widerspruchsschreibens am 26.03.2007 war die Monatsfrist daher bereits abgelaufen.

Allerdings gilt die Monatsfrist nach §§ 70 II, 58 I VwGO nur dann, wenn der Bescheid mit einer **ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung** versehen war.

1. Anforderungen an Rechtsbehelfsbelehrung bei Drittbelastung

Da es sich hier um einen Fall der **Drittanfechtung** handelt, in dem der Verwaltungsakt samt Rechtsbehelfsbelehrung an die D gerichtet war, stellt sich die Frage, ob gegenüber K überhaupt eine **ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung** erfolgt ist.

*„Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem Beschluss vom 07.07.2008 - BVerwG 6 B 14.08 - (Buchholz 442.066 § 131 TKG Nr. 1) die abstrakten Rechtssätze aufgestellt, bei **Verwaltungsakten mit drittbelastender Wirkung** könne eine Rechtsbehelfsbelehrung auch dann im Sinne des § 58 II 1 VwGO partiell „unterblieben“ sein, wenn der **Dritte** eine entsprechende **Belehrung** nach ihrem objektiven Erklärungsgehalt **nicht auf sich habe beziehen müssen**. Falls sich der Drittbezug der Rechtsmittelbelehrung nicht mit hinreichender Deutlichkeit aus ihr selbst ergebe, könne und müsse **erforderlichenfalls** die **Behörde etwaige Unklarheiten** durch die zweckentsprechende Abfassung eines an den Dritten gerichteten **Begleitschreibens** beseitigen. Namentlich hat das Bundesverwaltungsgericht in dem Beschluss vom 07.07.2008 über die Vorgabe „**zweckgerecht**“ hinaus **keine näheren abstrakten Anforderungen** an ein Begleitschreiben gestellt, durch das dem Drittbetroffenen verdeutlicht wird, dass sich die Rechtsbehelfsbelehrung auch auf ihn beziehen soll. Das Bundesverwaltungsgericht hat insbesondere **nicht verlangt**, das Begleitschreiben dürfe sich nicht (nur) zur materiellen Rechtslage äußern, sondern **müsse sich dazu verhalten**, wer **formell durch die Rechtsbehelfsbelehrung angesprochen** wird, zur Wahrung seiner Rechte den dort genannten Rechtsbehelf einzulegen.“ (BVerwG aaO)*

Nach § 58 I VwGO hat die Rechtsbehelfsbelehrung über den **Rechtsbehelf**, die **Verwaltungsbehörde** oder das **Gericht**, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den **Sitz** und die einzuhaltende **Frist** zu belehren.

*„Nach dieser Vorschrift ist es nicht erforderlich, darüber zu belehren, wer zur Einlegung des Rechtsbehelfs berechtigt, also **widerspruchsbefugt oder klagebefugt** ist. Enthält die Rechtsbehelfsbelehrung keine Belehrung über ihren Adressaten, ist sie nicht im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO unterblieben oder unrichtig erteilt. Dies gilt uneingeschränkt auch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung. Die erwähnte **Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts** vom 07.07.2008 bezieht sich ausschließlich auf solche **Fälle**, in denen **über die gesetzlichen Erfordernisse hinaus** die Rechtsbehelfsbelehrung **Hinweise** darauf enthält, wer zur Einlegung des Rechtsbehelfs **befugt sein** soll, an wen sich also die Rechtsbehelfsbelehrung wendet. Ist ein solcher **Hinweis** in dem Sinne **unvollständig**, dass er nicht alle möglicherweise widerspruchs- oder klagebefugten Personen erfasst, ist die Rechtsbehelfsbelehrung **insoweit teilweise unterblieben**. Sie kann in einem solchen Fall durch ein Anschreiben an diejenigen ergänzt werden, die von der Rechtsbehelfsbelehrung nach deren Formulierung als mögliche Adressaten noch nicht erfasst werden.“ (BVerwG aaO)*

2. Anwendung auf den Fall

Der streitige Bescheid enthielt eine Rechtsbehelfsbelehrung, nach der gegen den Bescheid innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erhoben werden konnte.

*„Die Rechtsbehelfsbelehrung war in ihrer Formulierung mithin **neutral abgefasst**. Sie wandte sich **einschränkungslos an jeden**, der glaubt, durch den Bescheid in seinen Rechten verletzt zu sein. Eine solche abstrakte (passive) Fassung der Rechtsbehelfsbelehrung ist in jedem Falle **auch mit Blick auf mögliche Drittbetroffene richtig**. Auch ihnen gegenüber ist eine Rechtsbehelfsbelehrung nicht unterblieben. Bei einer solchen Fassung der Rechtsbehelfsbelehrung wird der **Lauf der Rechtsmittelfrist auch gegenüber potentiell Drittbetroffenen ausgelöst**.“ (BVerwG aaO)*

K musste die Rechtsbehelfsbelehrung also eindeutig auch auf sich beziehen. Es bedurfte ihm gegenüber **keines Anschreibens**, durch das das Ober-

bergamt erst deutlich machen musste, dass die Rechtsbehelfsbelehrung sich auch auf den Kläger beziehen sollte.

*„Wird jedoch ein **Begleitschreiben** – wie hier – beigelegt, so darf es nicht so formuliert sein, dass die für sich **eindeutige Rechtsmittelbelehrung** im Lichte des Begleitschreibens **unklar wird**, für den Adressaten des Begleitschreibens also zweifelhaft wird, ob sich die Rechtsmittelbelehrung auch auf ihn beziehen soll.“* (BVerwG aaO)

Dies ist jedoch hier nicht der Fall. Die Rechtsmittelbelehrung war ordnungsgemäß, so dass auch die Monatsfrist des § 70 I VwGO maßgeblich war. Der Widerspruch war daher verfristet.

II. sog. „verfristeter“ Widerspruchsbescheid

Die Versäumung der Widerspruchsfrist kann im Rahmen des Klageverfahrens jedoch dann unerheblich sein, wenn die Behörde den Widerspruch des K **trotz des Fristversäumnisses sachlich beschieden** hat. Als Herrin des Vorverfahrens ist sie grundsätzlich befugt, auch in einem solchen Fall eine erneute Prüfung vorzunehmen. Begibt sie sich des Schutzes durch die zwischenzeitlich eingetretene Bestandskraft, so muss sie sich auch einer weiteren Prüfung durch das Gericht stellen.

Dies gilt jedoch nur, soweit nicht schon ein **Dritter** durch den **Eintritt der Bestandskraft** eine **schutzwürdige Rechtsposition** erlangt hat. In einem solchen Fall fehlt der Behörde die Sachbefugnis zur Entscheidung über den verfristeten Widerspruch.

*„Die mit Ablauf der Widerspruchsfrist eingetretene Bestandskraft vermittelt dem dadurch **Begünstigten** eine **gesicherte Rechtsposition**, die diesem nur dann entzogen werden darf, wenn hierfür eine Rechtsgrundlage besteht. Die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung über das Vorverfahren enthalten eine solche Ermächtigungsgrundlage nicht (Beschluss vom 11.02.1998 - BVerwG 7 B 30.98 - Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 69). **Darf die Widerspruchsbehörde** wegen der zugunsten des begünstigten Dritten eingetretenen Bestandskraft des Verwaltungsakts über den verspäteten Widerspruch **sachlich nicht entscheiden**, so kommt einer **gleichwohl ergehenden Sachentscheidung** der Widerspruchsbehörde **nicht** die Wirkung zu, dass die **versäumte Frist geheilt** ist. Dem Verwaltungsgericht ist in einem solchen Fall gleichfalls eine Sachentscheidung verwehrt (Urteil vom 4. August 1982 - BVerwG 4 C 42.79 - Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 49).“* (BVerwG aaO)

Es kann daher dahinstehen, ob der Umstand, dass die B den Widerspruch nicht als wegen Verfristung, sondern aus anderen Gründen unzulässig zurückgewiesen hat, überhaupt als Sachentscheidung anzusehen ist. Selbst eine solche würde nicht zur Heilung der Mängel des Vorverfahrens führen.

Hinsichtlich der sachlichen Einlassung im Klageverfahren gilt darüber hinaus nichts anderes.

*„Hat schon eine Entscheidung der Widerspruchsbehörde in der Sache nicht die Wirkung, dass dem Verwaltungsgericht trotz eingetretener Bestandskraft des Verwaltungsakts eine Überprüfung in der Sache ermöglicht wird, kommt einer **bloßen Einlassung der Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren** zur Sache diese Wirkung erst recht nicht zu. Dies folgt unmittelbar daraus, dass bei **Verwaltungsakten mit Drittwirkung** die eingetretene **Bestandskraft** des Verwaltungsakts **nicht mehr** ohne Weiteres, also ohne eine besondere Ermächtigungsgrundlage, **zur Disposition der Behörde** steht.“* (BVerwG aaO)

B. Ergebnis: Die Klage ist unzulässig und kann daher keinen Erfolg haben.

(OVG Magdeburg in LKV 2010, 179, Beschluss vom 1. 3. 2010 - 4 M 223/09)

1. Nach § 80 VII VwGO kann das **Gericht der Hauptsache** Beschlüsse über Anträge nach Absatz 5 **jederzeit ändern oder aufheben**.
2. Einen entsprechenden **Antrag** auf Änderung oder Aufhebung kann **jeder Beteiligte** wegen **veränderter** oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter **Umstände** beantragen.
3. Der Abänderungsantrag ist an **keine Frist gebunden**; er kann damit **solange** gestellt werden, bis der **Verwaltungsakt rechtskräftig bestätigt** worden ist oder sich durch Aufhebung oder **in sonstiger Weise erledigt hat**.
4. Das Abänderungsverfahren ist weder eine Fortsetzung des Aussetzungsverfahrens noch ein Rechtsmittelverfahren, sondern ein **eigenständiges Verfahren**, in dem über die **Fortdauer der im Verfahren nach § 80 V VwGO getroffenen Entscheidung** befunden wird.
5. Anders als ein Rechtsmittelverfahren dient das Verfahren nach § 80 VII VwGO allein der Möglichkeit, einer **nachträglichen Änderung der Sach- und Rechtslage** Rechnung zu tragen.

Fall: B erhält von A einen Bescheid über die Zahlung an Anschlussbeiträgen. Da hiergegen gerichtete Rechtsbehelfe nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung haben und A den nach § 80 VI VwGO gestellten Antrag des B auf Aussetzung der Vollziehung zurückgewiesen hatte, beantragte B vor dem zuständigen VG die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs. Das VG hielt die Anschlussbeitragssatzung nach summarischer Prüfung für rechtswidrig und ordnete die aufschiebende Wirkung durch Beschluss an. Zwischenzeitlich hat A eine neue Satzung erlassen und beantragt nunmehr nach § 80 VII VwGO die Abänderung des vorangegangenen stattgebenden Beschlusses durch das VG. Wird der Antrag Erfolg haben?

Nach § 80 VII VwGO kann das Gericht der Hauptsache Beschlüsse über Anträge nach Absatz 5 jederzeit ändern oder aufheben. Einen entsprechenden Antrag auf Änderung oder Aufhebung kann jeder Beteiligte wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände beantragen.

I. Entscheidungsgegenstand

Bei einem Verfahren nach § 80 VII kommt es zunächst darauf an, was überhaupt Entscheidungsgegenstand ist. Zum einen könnte das Abänderungsverfahren einer erneuten Überprüfung der Rechtmäßigkeit der getroffenen Entscheidung dienen. Es kommt aber eben gerade nicht darauf an, ob diese Entscheidung nach dem damaligen Sach- und Streitstand rechtmäßig war, sondern nur darauf, ob sich die tatsächliche oder rechtliche Situation maßgeblich geändert hat.

*„Gegenstand des Verfahrens nach § 80 VII VwGO ist die Prüfung, ob eine zuvor gemäß § 80 V VwGO getroffene Entscheidung aufgrund veränderter Umstände geändert oder aufgehoben werden soll (VGH Mannheim, Beschl. v. 19.09.1995 – Az. 8 S 2485/95, juris). Das Abänderungsverfahren ist weder eine Fortsetzung des Aussetzungsverfahrens noch ein Rechtsmittelverfahren, sondern ein **eigenständiges Verfahren**, in dem über die Fortdauer der im Verfahren nach § 80 V VwGO getroffenen Entscheidung befunden wird (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rn. 1171 m.w.N.).*

*Es zielt zwar wie das Beschwerdeverfahren nach § 146 I VwGO darauf, einen im Verfahren nach § 80 V VwGO ergangenen Beschluss zu ändern. Sein Ziel ist aber **nicht die Prüfung**, ob die **frühere Entscheidung zu Recht ergangen** ist, sondern ob die frühere Entscheidung für die Zukunft aufrechterhalten werden kann (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, aaO.; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Kommentar, Rn. 374 zu § 80). Mit einer bloßen Aufhebung oder Änderung des zuvor ergangenen Beschlusses wird der Streitgegenstand daher nicht ausgeschöpft.“ (OVG Magdeburg, aaO)*

Erforderlich ist daher neben der Prüfung, ob eine maßgebliche Änderung vorliegt auch eine **Entscheidung über den ursprünglich gestellten Antrag**.

II. zeitlicher Rahmen

Die Stellung eines Abänderungsantrag ist nicht fristgebunden ist.

*„Anders als ein Rechtsmittelverfahren dient das Verfahren nach § 80 VII VwGO allein der Möglichkeit, einer **nachträglichen Änderung der Sach- und Rechtslage** Rechnung zu tragen (BVerwG, Beschl. v. 25. 8. 2008 – Az.: 2 VR 1.08, juris). Das Abänderungsverfahren ermöglicht die **Anpassung an eine veränderte Situation** (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, Rn. 372 zu § 80). Der Abänderungsantrag ist an **keine Frist gebunden**; er kann damit **solange** gestellt werden, bis der **Verwaltungsakt rechtskräftig bestätigt** worden ist oder sich durch Aufhebung oder **in sonstiger Weise erledigt hat** (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, aaO, Rn. 1188).“* (OVG Magdeburg aaO)

III. Anforderungen an Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob A ein Rechtsschutzbedürfnis vielleicht deshalb fehlt, weil er noch immer nicht über den Widerspruch des B befunden hat und insofern selbst zu einer Verzögerung des Eintritts der Bestandskraft beiträgt. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Es fehlte dem A für einen Antrag nach § 80 VII VwGO nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn er es **selbst in der Hand hätte**, die **Wirkung des Beschlusses nach § 80 V VwGO zu beseitigen** (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann aaO., Rn. 1189).

*„Die **Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs endet** aber – auch für den Fall des Erlasses eines Widerspruchsbescheides – erst in dem Moment, in dem der **Bescheid bestandskräftig** wird. Vorliegend führt das gerichtliche Abänderungsverfahren entgegen der Auffassung des B schon deshalb **nicht** zu einer rechtsmissbräuchlichen **Verzögerung der Hauptsacheentscheidung**, weil es dem B unbenommen bleibt, Untätigkeitsklage (vgl. § 75 VwGO) zu erheben.“* (OVG Magdeburg aaO)

IV. Rechtsänderung durch Änderung der eigenen Satzung

Fraglich ist schließlich, ob die eigenveranlasste Änderung der Satzung durch A überhaupt als im Rahmen des Verfahrens nach § 80 VII VwGO relevante Änderung der Sach- und Rechtslage angesehen werden kann.

*„Entgegen der Auffassung des B ist eine nachträglich beschlossene Satzung als geänderte Rechtslage zu werten (OVG Magdeburg, Beschl. v. 18.12.2001 – 2 M 108/01, juris; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.09.2007 – 9 S 29.07, juris); denn die gemäß § 80 VII VwGO erforderliche **Veränderung der Umstände** setzt gerade **nicht** voraus, dass sich die Rechtslage durch **außerhalb der Einflussosphäre der Streitparteien liegende Sachverhalte** ändert.“* (OVG Magdeburg aaO)

V. Entscheidung zur Sache

Da die geänderte Satzung nach summarischer Prüfung des Gerichts den gesetzlichen Anforderungen entsprach, ohne dass die Änderung ansonsten inhaltliche Auswirkungen auf das ob und die Höhe der Beitragspflicht des A hatten, hat es dem Abänderungsantrag stattgegeben und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung wieder aufgehoben.

Kurzauslese II

Sie können sich darauf beschränken, die nachfolgenden Seiten zu überfliegen. Was Ihnen davon bemerkenswert und „merkenswert“ 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.

FGG-RG

Klageerweiterung

ZivilR

Art. 111 I

Einleitung eines neuen Verfahrens

(OLG Frankfurt a.M. in FamRZ 2010, 481 = NJW 2010, 244; Beschluss vom 18.11.2009 – 19 W 74/09)

Eine **Klageerweiterung ab dem 01.09.2009** führt zur **Einleitung eines neuen Verfahrens i.S. von Art. 111 I FGG-RG**.

„Bei der beabsichtigten Klageerweiterung handelt es sich um eine **quantitative Änderung des Klageantrags bei gleichbleibendem Klagegrund**, da der aus demselben Sachverhalt abgeleitete Anspruch auf einen anderen Zeitraum ausgedehnt wird, die – für sich betrachtet – gem. § 264 Nr. 2 ZPO zulässig ist. Jedoch **erfordert** auch eine Klageerweiterung i.S. von § 264 Nr. 2 ZPO eine **Prüfung der Prozessvoraussetzungen, insbes. der Zuständigkeit** (Baumbach/Lauterbach, ZPO, 68. Aufl., § 264 Rn 1; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 264 Rn 4).

Für die Ansprüche, die die Kl. gem. Schriftsatz vom 01.09.2009 geltend machen will, ist die Zuständigkeit des FamG gegeben, weil die **Klageerweiterung ein selbstständiges Verfahren i.S. von Art. 111 I 1 FGG-RG** begründet. Der **Begriff des selbstständigen Verfahrens i.S. von Art. 111 II** bezieht sich nicht auf ein Verfahren außerhalb eines bereits begründeten Prozessrechtsverhältnisses, sondern stellt darauf ab, ob das gerichtliche Verfahren mit einer Endentscheidung abgeschlossen wird. Nach der **Legaldefinition in § 38 I FamFG** liegt eine Endentscheidung auch dann vor, wenn nur über einen Teil des Verfahrensgegenstands abschließend entschieden wird. Es unterliegt keinem Zweifel, dass sowohl die bereits erhobene Klage als auch deren beabsichtigte Erweiterung jeweils mit einer Endentscheidung abgeschlossen werden kann. Danach sind die **erhobene Klage und deren beabsichtigte Erweiterung als zwei Verfahren i.S. von Art. 111 I FGG-RG** anzusehen, für die unterschiedliches Verfahrensrecht gilt (vgl. Keidel/Engelhardt, Art. 111 FGG-RG Rn 4; Musielak/Borth, Einl. Rn 97). Dieses Ergebnis entspricht dem mit der Übergangsregelung ersichtlich verfolgten **Ziel, möglichst viele Verfahren dem neuen Verfahrensrecht zu unterstellen** (Keidel/Engelhardt, Art. 111 FGG-RG Rn 1).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO

prozessunfähige Partei

ZPO

§§ 511, 57 I

Einlegung eines Rechtsmittels

(BGH in FamRZ 2010, 548; Urteil vom 08.12.2009 – VI ZR 284/09)

Auch das **von einer prozessunfähigen Partei eingelegte Rechtsmittel ist zulässig**. Dies gilt unabhängig davon, ob die Partei geltend macht, von der Vorinstanz zu Unrecht als prozessfähig oder nicht prozessfähig behandelt worden zu sein.

„Zwar ist für die **Zulässigkeit der Berufung grds. die Prozessfähigkeit des Berufungskl. als Prozesshandlungsvoraussetzung erforderlich**. Jedoch muss im **Interesse eines vollständigen Rechtsschutzes** auch der Prozessunfähige die Möglichkeit haben, den Prozess durch seine Handlungen in die höhere Instanz zu bringen. Dies gilt anerkanntermaßen für das Rechtsmittel der Partei, die sich dagegen wendet, dass sie in der Vorinstanz zu Unrecht als prozessfähig oder als prozessunfähig behandelt worden ist. Andernfalls bliebe ein an dem Verfahrensverstoß leidendes Urteil der unteren Instanz aufrechterhalten, erwüchse in Rechtskraft und könnte nur mit der Nichtigkeitsklage (§ 579 I Nr. 4 ZPO) beseitigt werden (BGHZ 18, 184; BGHZ 86, 184; BGHZ 110, 294; BGH NJW-RR 1986, 1119). Dieser Gesichtspunkt, der der **Schutzbedürftigkeit des Prozessunfähigen** Rechnung trägt, hat auch Bedeutung, wenn die Partei, deren Prozessfähigkeit fraglich ist, sich gegen das in der Vorinstanz gegen sie ergangene Sachurteil wendet und mit ihrem Rechtsmittel ein anderes, ihrem Begehren entsprechendes Sachurteil erstrebt. Denn auch in diesem Fall würde mit der Verwerfung der Berufung als unzulässig ein möglicherweise fälschlich ergangenes Sachurteil bestätigt, obwohl es sich bei der Prozessfähigkeit der Partei um eine von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung handelt (BGHZ 143, 122; Adolph/Foerster BtPrax 2005, 126).

Dies Gesagte gilt auch dann, wenn der Partei infolge der Prozessfähigkeit auch die Postulationsfähigkeit fehlt (vgl. BGHZ 18, 184; BGHZ 143, 122).“ (BGH aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO

Zwangsversteigerungsverfahren

ZPO

§ 51

Prüfung der Prozessfähigkeit einer Partei von Amts wegen

(LG Saarbrücken in FamRZ 2010, 581; Beschluss vom 13.10.2009 – 5 T 427/09)

Auch im **Zwangsversteigerungsverfahren** ist der **Mangel der Prozessfähigkeit einer Partei** durch das zuständige Gericht **von Amts wegen zu prüfen**.

„Die **Prozessfähigkeit** (vgl. dazu §§ 51, 52 ZPO), d. h. die Fähigkeit, Prozesshandlungen selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter wirksam vorzunehmen oder entgegenzunehmen, auch in dem Zwangsversteigerungsverfahren eine **persönliche Vollstreckungsvoraussetzung** darstellt (vgl. dazu Stöber, ZVG, 19. Aufl. 2009, Einleitung 44.2). Gem. § 56 I ZPO, der auch für die Immobilienvollstreckung (§ 864 ZPO i. V. m. dem ZVG) Anwendung findet, hat das zuständige Gericht den Mangel der Prozessfähigkeit von Amts wegen zu prüfen. Dennoch sind die Anordnung der Zwangsversteigerung sowie die Zulassung des Beitritts als rangwahrende und die Beschlagnahmewirkung (§ 23 ZVG) auslösende Vollstreckungszugriffe auch gegen den prozessunfähigen Schuldner zulässig (vgl. Stöber aaO m. w. N.). In diesem Fall wird die mit der Anordnung der Zwangsversteigerung erfolgte Beschlagnahme des Grundstücks (§ 20 ZVG) nicht mit der Zustellung des Anord-

nungsbeschlusses an den prozessunfähigen Schuldner wirksam, sondern gem. § 22 I 2 ZVG mit dem Zeitpunkt, in welchem das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerkes dem Grundbuchamt zugeht, sofern auf das Ersuchen die Eintragung demnächst erfolgt.

Jedoch muss der Schuldner für das weitere Verfahren der Zwangsversteigerung entweder prozessfähig oder gesetzlich vertreten sein (vgl. Stöber aaO m. w. N.), weil er jederzeit eine **verantwortliche Entscheidung darüber treffen können muss, ob er von den maßgeblichen Rechtsbehelfen Gebrauch machen will.**

Falls sich im Verlaufe des weiteren Zwangsversteigerungsverfahrens die Prozessunfähigkeit des Schuldners herausstellen sollte, **darf die Zwangsversteigerung nicht sofort aufgehoben werden**, sie ist vielmehr **gem. § 28 II ZVG einzustellen** (vgl. Stöber aaO m. w. N.). Eine Unterbrechung des Zwangsversteigerungsverfahrens - wie dies in § 241 ZPO für das Erkenntnisverfahren angeordnet ist - findet nicht statt, weil eine Unterbrechung des Verfahrens mit dem beschleunigungsbedürftigen Zwangsversteigerungsverfahren nicht in Einklang zu bringen ist (vgl. OLG Frankfurt RPfleger 1975, 441).“ (LG Saarbrücken aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO **Beweiserhebungsbeschluss** **ZPO**
§§ 97, 355 **keine isolierte Anfechtungsmöglichkeit**
(OLG Jena in MDR 2010, 404; Beschluss vom 30.11.2009 – 4 W 528/09)

Nach § 355 II ZPO **findet grds. eine Anfechtung des Beschlusses**, durch das die eine oder andere Beweiserhebung angeordnet wird, **nicht statt.**

„**Rechtsschutz** findet nach dem Gesetz grds. nur im Rahmen des § 387 III ZPO statt und **wenn die Beweiserhebung einen Verfahrensstillstand herbeiführen würde**, also eine erst nach erheblichem Zeitablauf durchführbare Beweisaufnahme anordnet (vgl. hierzu BGH MDR 2008, 30; Zöller-Greger, ZPO-Komm., 28. Aufl., § 355 Rn 7, § 252 Rn 1 a). Beides ist ersichtlich nicht der Fall.

Ebenso wenig ist vorliegend eine Gehörsverletzung ersichtlich: Zwar hat das Gericht vor Anordnung jeder Beweiserhebung die Beweiserheblichkeit streitiger Tatsachen selbst zu prüfen und steht eine eventuell fehlende Beweisbedürftigkeit der Beweiserhebung entgegen (vgl. Zöller-Greger aaO, vor § 284 Rn 9, 10). Aber **selbst bei Unzulässigkeit der Beweiserhebung wegen eines (gesetzlichen) Beweiserhebungs- oder -verwertungsverbots bleibt es dabei, dass die fehlerhafte Beweiserhebung nur mit der Endentscheidung** (bei rechtzeitiger Rüge), also hier mit der Berufung gegen das (noch ausstehende) Endurteil **angegriffen werden kann.**“ (OLG Jena aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO **Auskunftsverweigerungsrecht** **StPO**
§ 55 I **Organisationsdelikte**
(BGH in NSTZ 2010, 287; Beschluss vom 04.09.2009 – StB 44/09)

Eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende **Verfolgungsgefahr i.S.v. § 55 I StPO besteht grds. dann nicht mehr, wenn gegen den Zeugen** hinsichtlich der Tat, deren Begehung er sich durch wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage verdächtig machen könnte, **bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt.** Ein wegen eines **Organisationsdelikts** Verurteilter ist **durch die Rechtskraft des früheren Urteils jedoch nur vor weiterer Strafverfolgung wegen dieses Delikts** und tateinheitlich mit diesem zusammen-treffender weiterer, **nicht wegen schwerer wiegender Straftaten geschützt.**

„Die Gefahr einer Strafverfolgung i.S.d. § 55 StPO setzt voraus, dass der Zeuge **Tatsachen bekunden müsste**, die – nach der Beurteilung durch das Gericht – **geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar den Anfangsverdacht einer von ihm selbst oder von einem Angehörigen (§ 52 I StPO) begangenen Straftat zu begründen oder einen bereits bestehenden Verdacht zu bestärken.** Bloße Vermutungen ohne Tatsachengrundlage oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen für die Annahme einer Verfolgungsgefahr nicht aus (vgl. BGH NJW 1994, 2839; Meyer-Goßner 52. Aufl., § 55 Rn 7). Eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende Verfolgungsgefahr i.S.d. § 55 I StPO besteht grds. **dann nicht mehr, wenn gegen den Zeugen hinsichtlich der Tat, deren Begehung er sich durch wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage verdächtig machen könnte, bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, die Strafklage daher verbraucht ist, oder die Straftat verjährt wäre und deswegen zweifelsfrei ausgeschlossen ist, dass er für diese noch verfolgt werden könnte** (vgl. Meyer-Goßner aaO, Rn 8 mwN).

Hinsichtlich des **Strafklageverbrauchs** gelten **im Bereich der Organisationsdelikte allerdings grundlegende Besonderheiten:** Danach werden im Vergleich zu §§ 129, 129a, 129b StGB schwerere Straftaten, die mit der mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Vereinigung in Tateinheit stehen, **dann nicht von der Rechtskraft eines allein wegen dieser Beteiligung ergangenen Urteils erfasst, wenn sie in dem früheren Verfahren tatsächlich nicht – auch nicht als mitgliedschaftlicher Beteiligungsakt – Gegenstand der Anklage und der Urteilsfindung waren** (BGHSt 29, 288). **Daher ist ein wegen eines Organisationsdelikts Verurteilter durch die Rechtskraft des früheren Urteils nur vor weiterer Strafverfolgung wegen dieses Delikts und tateinheitlich mit diesem zusammen-treffender weiterer, nicht schwerer wiegender Straftaten geschützt** (st. Rspr.; vgl. BGH NSTZ 2002, 607).“ (BGH aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Körperzellenentnahme** **StGB**
§ 81g **unzulässige Anordnung bei Verdacht der Hehlerei**
(OLG Celle in NSTZ-RR 2010, 149; Beschluss vom 07.12.2009 – 1 Ws 556/09)

Die **Anordnung der DNA-Untersuchung nach § 81g StPO** setzt neben dem Vorliegen einer Anlasstat eine **auf Tatsachen gestützte Gefahr der Begehung künftiger Straftaten von erheblicher Bedeutung** voraus, **für die das DNA-Identifizierungsmuster einen Aufklärungsansatz durch einen (künftigen) Spurenvergleich bieten kann.** Anlässlich des Begehens einer **Hehlerei** ist regelmäßig nicht mit dem Auffinden von DNA-Spuren zu rechnen, sodass die erforderliche **potentielle Aufklärungsrelevanz zu verneinen** ist.

„Die §§ 257 – 266b StGB gehören zu den **Straftatbeständen**, bei deren **Begehung typischerweise keine DNA-Spuren entstehen** (Senge, KK-StPO, 6. Aufl., § 81g Rn 8). Auch Hehlerei gehört nicht zu den Straftatbeständen, bei deren Verwirklichung typischerweise auswertbares Zellmaterial anfällt (OLG Köln StV 2004, 640).

Es bestehen vorliegend auch keine Anhaltspunkte dafür, dass abweichend vom Regelfall der Hehlerei gerade bei einer künftigen Tatbegehung durch den Angekl. mit DNA-Spuren zu rechnen ist. Zwar ist der Angekl. u.a. auch verdächtig, Teile der vom gesondert Verurteilten P veruntreuten Elektroartikel bei diesem zu Hause abgeholt zu haben, wobei die Waren an den Angekl. übergeben wurden. Hinsichtlich der **erforderlichen potentiellen Aufklärungsrelevanz** ist aber auf den Typus der zu erwartenden Straftat abzustellen. **Nicht entscheidend ist, ob bei der Anlasstat Identifizierungsmaterial hinterlassen worden ist.** Es reicht nicht aus, dass ein Aufklärungserfolg mit Hilfe eines DNA-Identifizierungsmusters lediglich nicht ausgeschlossen ist.“ (OLG Celle aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO **Beschlagnahme** **StPO**
§§ 97, 103 **Buchungsunterlagen beim Steuerberater**
 (LG Essen in NSTZ-RR 2010, 150; Beschluss vom 12.08.2009 – 56 Qs 7/09)

Ob und in welchem Umfang Buchhaltungsunterlagen eines Besch. beschlagnahmt werden dürfen, die sich bei dessen Steuerberater befinden, ist in Rspr. und Lit. umstritten.

- I. So wird **teilweise** vertreten, Buchhaltungsunterlagen seien generell beschlagnahmefrei, teilweise heißt es dagegen, sie dürften ohne Einschränkung beschlagnahmt werden, da sich die Beschlagnahmefreiheit nach § 97 I StPO nur auf solche schriftlichen Unterlagen beziehe, die während des Mandatsverhältnisses entstanden seien.
- II. Nach **LG Essen aaO** ist aber einer **vermittelnden Ansicht** zu folgen, die die sich hinter diesen Maximalpositionen verbergenden gegenläufigen Interessen in Konkordanz bringt:

„Einerseits das **öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung**, die gerade bei der Aufklärung von Steuerstraftaten auf Sachbeweise angewiesen ist, andererseits das Interesse des Besch., die Hilfe eines Steuerberaters in Anspruch zu nehmen, ohne befürchten zu müssen, die von ihm offenbarten Geheimnisse könnten in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet werden.

Daher sind **Buchhaltungsunterlagen** eines Besch. beim Steuerberater **solange beschlagnahmefrei, als sie der Steuerberatung dienen**, längstens also bis zur Erstellung und Freigabe des jeweiligen Jahresabschlusses (vgl. LG Hamburg wistra 2005, 394). Auf diese Weise sind die **berechtigten Belange eines Besch. geschützt**, jedoch wird vermieden, dass er sich hinter dem Steuerberater „verstecken“ kann, indem er seine Buchhaltungsunterlagen über die Steuerberatung hinaus zum Steuerberater auslagert und so einer Verwertung im Strafverfahren entzieht.

Ein **berechtigtes Interesse** eines Besch. an der **Geheimhaltung von Buchhaltungsunterlagen durch den Steuerberater besteht nicht**, wenn er sie dem Steuerberater gerade mit dem Ziel überlässt, dem Betriebsprüfer in den Räumen der Steuerkanzlei Einsicht zu verschaffen und ihm die Möglichkeit einer Überprüfung zu geben. In derartigen Fällen weiß der Besch., dass der Steuerberater die Buchhaltungsunterlagen offen legen wird; es kommt ihm gerade darauf an. Insofern dient die Überlassung der Unterlagen nicht der steuerlichen Beratung, sondern der Erfüllung der Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen gem. § 200 I AO im Rahmen der Außenprüfung, bei der er sich der räumlichen Kapazitäten des Steuerberaters bedient. Seine **steuerrechtliche Pflicht zur Mitwirkung** kann ein Steuerpflichtiger nämlich nicht nur dadurch erfüllen, dass er die in § 200 I AO genannten Unterlagen in seinen Wohn- oder Geschäftsräumen oder an der Arbeitsstelle vorlegt. Vielmehr ist auch die gesetzlich nicht vorgesehene Außenprüfung in den Räumen des Steuerberaters zulässig und wird vielfach praktiziert, wenn sich Finanzbehörde und Steuerpflichtiger darauf einigen (vgl. Pahlke/König, AO, 2. Aufl., § 200 Rn 48).

Eine andere Sichtweise hätte im Übrigen zur Folge, dass Finanzämter auf die für den Steuerpflichtigen sehr praktikable Außenprüfung in den Räumen des Steuerberaters verzichten würden, weil sie befürchten müssten, dass – paradoxerweise – ausgerechnet die Offenlegung der Unterlagen zu einem Beschlagnahmeverbot führen würde.“ (LG Essen aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO **Akteneinsichtsrecht** **StPO**
§ 147 I **Computerdateien**
 (BGH in StV 2010, 228; Urteil vom 18.06.2009 – 3 StR 89/09)

Gegenstand des Akteneinsichtsrechts nach § 147 I StPO sind auch auf dem Computer des LKA gespeicherte Dateien mit inhaltlichen Zusammenfassung von in die deutsche Sprache übersetzten abgehörten Telefongesprächen.

„[Die auf einem Computer abgespeicherten Dateien sind] Gegenstand des Akteneinsichtsrechts nach § 147 I StPO. Dieses **Recht bezieht sich auf die dem Gericht vorliegenden oder ihm im Falle der Anklage gem. § 199 II 2 StPO vorzulegenden Akten**. Das sind nach h. M. die von der Staatsanwaltschaft nach objektiven Kriterien (vgl. § 160 II StPO) als **entscheidungserheblich dem Gericht zu präsentierenden Unterlagen**. Dazu gehören - verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 63, 45; hierzu auch Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 147 Rn 35 ff.) - zwar (nur) diejenigen, die durch die Identität der Tat und der des Täters konkretisiert werden („formeller Aktenbegriff“, vgl. BGHSt 30, 131; zu den sog. „materiellen und funktionalen Aktenbegriffen“ vgl. Wohlers, SK-StPO § 147 Rn 27 ff.; Lüderssen/Jahn aaO, § 147 Rn 41 ff.; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 199 Rn 8 ff.). Jedoch muss danach jedenfalls das gesamte vom ersten Zugriff der Polizei (§ 163 StPO) an gesammelte Beweismaterial, einschließlich etwaiger Bild- und Tonaufnahmen nebst hiervon gefertigter Verschriftungen, zugänglich gemacht werden, das gerade in dem gegen den Angeklagten gerichteten Ermittlungsverfahren angefallen ist (vgl. Meyer-Goßner aaO, § 147 Rn 15; zum Begriff der Akten vgl. auch Schäfer NSTZ 1984, 203). Eine **Ausnahme gilt nur für Unterlagen oder Daten, denen eine allein innerdienstliche Bedeutung zukommt**. Dies können etwa polizeiliche Arbeitsvermerke im Fortgang der Ermittlungen unter Bewertung der bisherigen Ermittlungsergebnisse oder sonstige rein interne polizeilichen Hilfs- oder Arbeitsmittel nebst entsprechender Dateien sein (vgl. Meyer-Goßner aaO,

§ 147 Rn 18 a). Im Bereich der Justizbehörden sind vom Akteneinsichtsrecht ausgenommen etwa entsprechende Bestandteile der staatsanwaltschaftlichen Handakten, Notizen von Mitgliedern des Gerichts während der Hauptverhandlung oder so genannte Senatshefte (vgl. Wohlers aaO, § 147 Rn 32 ff.).

Nach diesen Maßstäben gehören die beim LKA als Computerdateien gespeicherten Unterlagen zu den nach § 199 II 2 StPO dem Gericht vorzulegenden Akten. Sie sind **konkret in den gegen die Angekl. geführten Ermittlungsverfahren wegen der Taten angefallen**, die letztlich Gegenstand der Anklageschriften geworden sind. Sie sind daher nicht mit Spurenakten vergleichbar, die Ermittlungsergebnisse zwar zu den nämlichen Straftaten enthalten, sich aber allein auf andere Personen beziehen, die im Laufe der Ermittlungen (vorübergehend) mit diesen Taten in Verbindung gebracht wurden (s. dazu BGHSt 30, 131; BVerfGE 63, 59). Es **handelt sich auch nicht um rein polizeiinterne Hilfs- und Arbeitsmittel** (wird ausgeführt). Derartige Kurzübersetzungen und inhaltliche Zusammenfassungen sind aber Auswertungen gewonnenen Beweismaterials und als solche selbst **potentielle Beweismittel**. Dies unterscheidet sie von reinen Bewertungen, die an eine derartige Auswertung anknüpfen können und allein polizeiinternes Arbeitsmittel sind, wenn sie etwa der Strukturierung der weiteren Ermittlungen dienen. Den Verteidigern durfte danach die Einsichtnahme in die gespeicherten Dateien nicht verweigert werden.“ (BGH aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

AO 1977
§ 34

**Bekanntgabe eines Gewerbesteuerbescheids
an eine GbR**

öfFR

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2010, 284; Beschluss vom 19.11.2009 – 4 L 207/09)

Nach der Vollbeendigung einer GbR durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters kann ein Gewerbesteuerbescheid an die GbR nicht mehr wirksam bekannt gegeben werden.

„Die Gewerbesteuerbescheide konnten auf Grund der stattgefunden Gesamtrechtsnachfolge nicht mehr der GbR bekanntgegeben werden, sondern nur noch dem letzten verbleibenden Gesellschafter als Gesamtrechtsnachfolger. Denn die **GbR war durch die Gesamtrechtsnachfolge (auch steuerrechtlich) voll beendet und erloschen**. Diese Rechtsfolge hat der BFH ausdrücklich in dem sowohl vom VG als auch von der Bkl. zitierten Urteil (BFH, Urteil v. 18.09.1980 – Az: V R 175/74, juris – für Umsatzsteuerbescheide; vgl. auch: Pahlke/Koenig, AO 1977, 2. Aufl., § 45 Rn 13; Tipke/Kruse, AO 1977, § 45 Rn 18) angenommen.“ (OVG Magdeburg aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

GVG
§ 169

Gerichtsöffentlichkeit

öfFR

Videoüberwachung eines Gerichtsgebäudes

(VG Wiesbaden in NJW 2010, 1220; Beschluss vom 20.01.2010 – 6 K 1063/09)

Durch die konkrete Ausgestaltung der Videoüberwachung eines Gerichtsgebäudes kann der Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit verletzt werden.

„**Gerichtsverhandlungen sind**, soweit keine Ausnahmen vorgesehen sind, **für jedermann zugänglich** (BVerfGE 103, 44 = NJW 2001, 1633; BVerfG NJW 1999, 1951). Die **Gerichtsöffentlichkeit ist gesetzlich als Saalöffentlichkeit vorgesehen**. D. h., dass es **keine Zugangshindernisse** geben darf, die verhindern, dass beliebige Personen ohne besondere Schwierigkeiten den Gerichtssaal erreichen können (Kopp/Schenke, VwGO, 16 Aufl., § 55 Rn 3). Dies erlaubt im Einzelfall in Verfahren, in denen die Sicherheit im Gebäude nicht oder nicht ohne Weiteres gewährleistet erscheint, auch dass nur Personen Zutritt erhalten, die sich besonders ausweisen (BGH NJW 1977, 157).

Maßnahmen, die den Zugang zu einer Gerichtsverhandlung nur unwesentlich erschweren und dabei eine Auswahl der Zuhörerschaft nach bestimmten persönlichen Merkmalen vermeiden, sind grds. nicht ungesetzlich, wenn für sie ein die Sicherheit im Gerichtsgebäude berührender verständlicher Anlass besteht. Worin solche Maßnahmen im Einzelfall bestehen müssen, damit das angestrebte Ziel erreicht wird, muss dem pflichtgemäßen Ermessen des die Sitzungspolizei ausübenden Vorsitzenden oder, wenn auf ein Verfahren bezogen die Sicherheit des ganzen Gerichtsgebäudes gefährdet erscheint, des das Hausrecht ausübenden Gerichtspräsidenten überlassen bleiben. Dies kann sich jedoch nicht auf einen Dauerzustand beziehen, sondern nur im Rahmen eines einzelnen Verfahrens von Bedeutung sein. Denn **nicht alle Verfahren rechtfertigen Zutrittskontrollen**, wie sie derzeit praktiziert werden. Insoweit sind Zugangshürden nur in einzelnen Verfahren und bezogen auf diese Verfahren berechtigt und stellen nur dann insoweit keinen Eingriff in die Öffentlichkeit da.

Das ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Hinzu kommt vielmehr, dass eine Videoüberwachung der Gerichtsöffentlichkeit innerhalb des Gebäudes einen **Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung** darstellt.“ (VG Wiesbaden aaO)

- ZA 05/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

SGB X
§ 18

Sperrwirkung

öfFR

Einleitung weiterer Verwaltungsverfahren

(OVG Bautzen in DöV 2010, 412; Urteil vom 07.04.2009 – 4 A 415/08)

Nicht anders als die wortgleiche Regelung des § 22 VwVfG entfaltet § 18 SGB X eine Sperrwirkung für die Einleitung weiterer Verwaltungsverfahren zu demselben Verfahrensgegenstand.

„Zwar fehlt es an einer § 90 I VwGO und § 17 I 2 GVG entsprechenden ausdrücklichen Regelung über den Ausschluss neuer Verwaltungsverfahren in der selben Sache, sei es bei der selben oder einer weiteren Behörde. Bei den vorgenannten **Bestimmungen der VwGO und des GVG handelt es sich jedoch um Ausprägungen des allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Effizienz und guten Ordnung staatlichen Handelns, die auch für das Verwaltungsverfahren heranzuziehen** (so insbesondere Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 22 Rn 15a) und bei der Anwendung sowohl von § 18 SGB X als auch von § 22 VwVfG zu beachten sind.“ (OVG Bautzen aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Thole:** Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug – Das Ende des „auch fremden“ Geschäfts? (NJW 2010, 1243)

Das **Institut des „auch fremden“ Geschäft** mit seiner von der Rspr. bejahten Vermutungswirkung für das Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens hat sich **in wichtigen Fallgruppen als untauglich** erwiesen, das postulierte Regel-Ausnahme-Prinzip ist umzukehren: Bei pflichtgebundenen Geschäftsführern und bei einer Geschäftsführung auf der Grundlage nicht bestehender Verpflichtungen ist die GoA die Ausnahme, nicht die Regel. - Das **Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens ist positiv festzustellen**; darin liegt eine **Abkehr von einer unsystematischen Instrumentalisierung der GoA als Regressmechanismus**, der sich gegenüber anderen Rechtsinstituten redundant erweist; zugleich zeugt die vorsichtige Beschneidung der Grundsätze des BGH von einer Rückbesinnung auf das Element der Fremdnützigkeit, das den Kern des Rechtsgebiets ausmacht. - Nicht zuletzt darf man die **Anschlussfähigkeit des dt. Rechts an die europäischen Entwicklungen** nicht aus den Augen verlieren: Der Draft Common Frame of Reference, der bekanntlich die Diskussion über die Zivilrechtsentwicklung in Europa auf absehbare Zeit prägen wird, behandelt die GoA mit Zurückhaltung; in Art. V.-1:101 DCFR wird eine „predominant intention of benefiting another“ verlangt, und Art. V.-1:103 sieht expressis verbis einzelne Bereichsausnahmen vor; danach kommen die in Book V über „benevolent intervention in another's affairs“ enthaltenen Grundregeln nicht in Betracht, wenn der Geschäftsführer „is under an obligation to a third party to act“ (lit.c); man muss die im DCFR geschaffenen Regeln zwar nicht in allen Punkten teilen, wohl aber geht kein Weg an der Einsicht vorbei, dass sich das deutsche Recht auch im Lichte dieser Entwicklung dem Trend zu einer Begrenzung der GoA nicht verschließen sollte.

2. **Kaeding:** Die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung (NJW 2010, 1031)

Bespr. der Entsch. EuGH NJW 2008, 1433 und BGH NJW 2006, 3200 - Die sog. „**Quelle**“-**Urteile** des EuGH und des BGH **schließen einen Anspruch auf Wertersatz für die Nutzung einer mangelhaften Sache durch den Käufer aus, wenn es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handelt**. - Die Ausübung von Gewährleistungsrechten darf aber nicht mit einer **Miss- oder Nichtachtung der Verkäuferinteressen** verbunden sein oder zu einer **Bereicherung des Käufers** führen; dies wäre mit dem **Äquivalenzprinzip** und dem **Grundsatz von Treu und Glauben** nicht zu vereinbaren; deshalb sind die nicht entschädigten Nutzungen aus der mangelhaften Sache als Kosten des Verkäufers beim Verbrauchsgüterkauf im Wege der **Unverhältnismäßigkeitsprüfung i.S. des § 439 III BGB** zu berücksichtigen; die Grenze der Unverhältnismäßigkeit darf nicht zu hoch angesetzt werden und muss auch ein etwaiges Verschulden des Verkäufers und das Interesse des Käufers an der Sache an sich berücksichtigen.

3. **Wachter:** Beschränkung des Frage- und Rederechts von Aktionären – Chancen und Risiken der Satzungsgestaltung im Aktienrecht (DB 2010, 829)

Aktiengesellschaften können den Versammlungsleiter in ihrer Satzung umfassend zu zeitlich angemessenen Beschränkungen des Frage- und Rederechts der Aktionäre ermächtigen; die Satzung kann dabei auch einen konkreten Zeitrahmen für die Gesamtdauer der Hauptversammlung und für die auf den einzelnen Aktionär entfallende Frage- und Redezeit bestimmen. - (Publikums-) Aktiengesellschaften sollten im Einzelfall prüfen, ob sie in Ihrer Satzung bereits eine ausreichende Grundlage zur zeitlichen Beschränkung des Frage- und Rederechts geschaffen haben oder diese – im Hinblick auf die jetzige Entscheidung des BGH – ggf. anzupassen bzw. zu erweitern ist. - Die in der Satzung vorgesehenen Beschränkungen des Frage- und Rederechts des Aktionärs sind im Allgemeinen vom Versammlungsleiter im jeweiligen Einzelfall zu konkretisieren; der Versammlungsleiter muss dabei nach **pflichtgemäßem Ermessen** handeln und sich insbes. an den **Geboten der Sachdienlichkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung** orientieren. - Entscheidungen des Versammlungsleiters, die durch die Satzung legitimiert sind, können gerichtlich nur auf Ermessensfehler, nicht aber auf ihre sonstige Rechtmäßigkeit oder gar Zweckmäßigkeit überprüft werden. - Eine Hauptversammlung muss in angemessener und zumutbarer Zeit abgewickelt werden. Die eintägige Hauptversammlung ist allgemein anerkanntes Leitbild im deutschen Aktienrecht.

4. **Schmid/Hopperdietzel:** Darlegungs- und Beweislasten im Reiseprozess (NJW 2010, 1262)
5. **Schrader:** Die nachträgliche Klagezulassung bei Versäumung der Klagefrist durch den anwaltlichen Vertreter (BB 2010, 1155)

Hat der durch den Arbeitnehmer beauftragte Rechtsanwalt die Klagefrist versäumt, ist das **Verschulden des Rechtsanwalts dem Arbeitnehmer zuzurechnen**; bei seinem Antrag nach § 5 KSchG wird der Arbeitnehmer also, wenn er mit Erfolg seinen solchen Antrag stellen will, deutlich machen müssen, dass er rechtzeitig einen Rechtsanwalt beauftragt und über die Kündigung und Zustellung informiert hat; hat der Anwalt die Frist versäumt, wird ein Antrag auf nachträgliche Klagezulassung scheitern; liegt tatsächlich ein Fall der Verspätung vor, kann das ArbG entweder in einem Urteil über die Kündigungsschutzklage und die nachträgliche Klagezulassung einheitlich, oder aber vorab über den Antrag auf nachträgliche Klagezulassung durch Zwischenurteil entscheiden (§ 5 IV 2 KSchG), das durch den Kläger mittels der Berufung angefochten werden kann. - Dem Arbeitnehmer wird häufig zu empfehlen sein, in Fällen des Verschuldens des Prozessbevollmächtigten trotzdem einen **Antrag auf nachträgliche Klagezulassung** zu stellen; er sollte allerdings in dem laufenden Verfahren **seinem Prozessbevollmächtigten den Streit verkünden**, um die mit der Streitverkündung verbundenen Bindungswirkungen herbeizuführen. - Nach der **neuen Rspr. des BAG** dürfte die Frage der Verschuldenszurechnung über § 85 II ZPO im Hinblick auf die in § 5 III 1 KSchG geregelte 2-Wochen-Frist zu bejahen sein; darüber hinaus wird diese Rspr. auch auf die 3-Wochen-Frist des § 17 S. 1 TzBfG auszudehnen sein.

6. **Foerster/Sonnabend**: Rügeverkümmern durch Protokollberichtigung im Zivilprozess (NJW 2010, 978)

Auch im Zivilprozess gelten für die rügeverkümmernde Protokollberichtigung die Anforderungen, die BVerfG und Gr. Senat für Strafsachen im Strafprozess stellen: Ist eine rügeverkümmernde Protokollberichtigung beabsichtigt, ist der Bf. anzuhören; bei substantiiertem Widerspruch ist der Sachverhalt unter Gehörgewähr weiter aufzuklären; anschließend ist eine begründete Entscheidung über die Berichtigung zu treffen. - Die Beachtlichkeit dieser rügeverkümmernenden Protokollberichtigung unterliegt der **Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht; im Zweifel gilt das Protokoll in der nichtberichtigten Fassung**. - Protokollberichtigungen sind prima facie nach beiden Prozessordnungen gleich gut – im Falle der Rügeverkümmernung aber atypisch und systemwidrig; deshalb muss das Rechtsmittelgericht die Beachtlichkeit rügeverkümmernender Protokollberichtigungen überprüfen; dies wird für alle Prozessordnungen immer dann gelten, wenn die Rechtsmittelinstanz keine zweite Tatsacheninstanz ist. - Unabhängig von dieser – für das geltende Prozessrecht aufgezeigten – Lösung sollte der Gesetzgeber Verfahren und Grenzen oder aber Verbot der rügeverkümmernenden Protokollberichtigung jeweils in Abstimmung mit den Beweisregeln zur Beweiskraft des Protokolls für alle Prozessordnungen festlegen.

II. Strafrecht

1. **Jahn/Miss**: Die Verständigung vor dem Schwurgericht - Zur Zulässigkeit von Absprachen über die Schuldschwereklausele des § 57 a I 1 Nr. 2 StGB (STV 2010, 271)

Eine **Vereinbarung, die besondere Schwere der Schuld** nach § 57 a I 1 Nr. 2 StGB **nicht im Tenor festzustellen, ist** – trotz gewisser Bedenken – **nach § 257 c I 1 und II StPO zulässig**. - Die Verständigung über die besondere Schuldschwere wird aber ein Grenzfall der Absprachen im Strafverfahren bleiben; deshalb sollte von der Möglichkeit **nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen** Gebrauch gemacht werden; dies wird die Verteidigung schon bei ersten Sondierungsgesprächen zu bedenken haben. Aspekte der Beschleunigung des schwurgerichtlichen Verfahrens allein vermögen eine derartige Verständigung jedenfalls nicht zu legitimieren.

2. **Eisele**: Zur Strafbarkeit von sog. „Kostenfallen“ im Internet (NStZ 2010, 193)

Problemstellung: In jüngster Zeit häufen sich Berichte über sog. „Kostenfallen“, „Abofallen“ oder „Vertragsfallen“ im Internet; gemeint sind damit vor allem Internetseiten, auf denen vermeintlich unentgeltliche Dienstleistungen in Aussicht gestellt werden, für die aber an mehr oder weniger versteckter Stelle auf die Kostenpflichtigkeit des Angebots – häufig verbunden mit einem Abonnement – hingewiesen wird; wenig später erhalten die Betroffenen, die ihre persönlichen Daten auf der einschlägigen Seite eingegeben haben, eine Rechnung, wobei sich die eingeforderten Beträge meist nur zwischen 50 und 100 € bewegen; die hinter den Kostenfallen stehenden Unternehmen kalkulieren damit, dass ein Teil der Betroffenen lieber sogleich diesen geringen Betrag bezahlt, als sich in eine lästige juristische Auseinandersetzung zu begeben, ggf. wird die Forderung dann noch durch das Einschalten von Anwälten, Inkassounternehmen oder durch Drohen mit einem SCHUFA-Eintrag unterstrichen; der Gesetzgeber ist mit dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen jüngst durch Änderung des § 312d BGB tätig geworden, die Strafverfolgungsbehörden hingegen zeigen sich in der Praxis sehr zurückhaltend. - Die **„Kostenfallen“ erinnern an die sog. rechnungsähnlichen Angebotsschreiben**, bei denen es um Fälle geht, in denen der Täter dem Opfer Schreiben in der äußeren Form einer Rechnung zusendet, während es sich in Wahrheit erst um ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages handelt. - Zunächst ist zu beachten, dass ein **Betrug – obgleich hier wahre Tatsachen behauptet werden – nicht von vornherein ausgeschlossen** ist, denn eine Täuschung kann auch durch ein irreführendes Verhalten, das nach der **Verkehrsanschauung** als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist, erfolgen; im Hinblick auf den Wortlaut des § 263 StGB ist dies als Entstellung wahrer Tatsachen, die im Wege einer Verzerrung erfolgt, zu erfassen. - Für die Lösung der Problematik beim rechnungsähnlichen Angebotsschreiben wird häufig auf die Frage des **Mitverschuldens des Opfers auf Grund unzureichender Prüfung der Angaben** Bezug genommen: Ein

Mitverschulden im Rahmen der Irrtumsprüfung wird dabei **grds. zu Recht abgelehnt**, weil der Täter gerade mit seiner vom Tatbestand verbotenen Täuschungshandlung den Irrtum bewirkt; wie auch bei anderen Tatbeständen haftet der Täter damit für den Erfolg seiner tatbestandsmäßigen Handlung, sofern nicht die objektive Zurechnung aus besonderen Gründen zu verneinen ist; ist eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB zu bejahen, so ist auch der Irrtum zu bejahen. - Bei der Frage der Vermögensverfügung und des Vermögensschadens bewegt man sich wieder in klassischen Bahnen: Für die Begründung sind mitunter streitige **zivilrechtliche Vorfragen entscheidend**, die vor allem von der Gestaltung der Seiten und ggf. den AGB abhängen; es stellt sich insbes. die Frage, ob allein die Belastung mit einer vermeintlichen Verpflichtung – verbunden mit der Gefahr der späteren Inanspruchnahme bzw. eines Prozessrisikos – bereits eine konkrete Vermögensgefährdung darstellt oder ob dies eine bloße vorbereitende Handlung ist; für Letzteres spricht, dass ohne Zahlungsaufforderung für den Kunden, der aus seiner Sicht nur ein unentgeltliches Angebot nutzt, kein Anlass zur Zahlung besteht; anderes mag wiederum gelten, wenn der Nutzer noch auf der Internetseite auf die Zahlungspflicht unter Angabe der Überweisungsdaten hingewiesen wird. - Letztlich kommt auch ein Betrug durch das Versenden der Rechnungen in Betracht, wenn eine nicht bestehende Forderung geltend gemacht wird, denn **beim Einfordern einer Leistung wird nämlich schlüssig erklärt, dass ein entsprechender Anspruch besteht**; keine Täuschung liegt vor, wenn man auf Grund des Aufrufens des Internetangebots zum Zustandekommen eines entgeltlichen Vertrags gelangt, der nur anfechtbar oder widerrufbar ist, soweit nicht gerade über die Anfechtbarkeit oder Widerrufbarkeit getäuscht wird; was den Schaden anbelangt, so ist zu berücksichtigen, dass jedenfalls bei Zahlung der geforderten Summe auch nach **Neufassung des § 312d III BGB** das Widerrufsrecht erlöschen kann; erforderlich ist in subjektiver Hinsicht jedoch, dass der Anbieter zumindest billigend in Kauf nimmt, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht.

3. **Schwedhelm**: Praxiserfahrungen in der Steuerstrafverteidigung (BB 2010, 731)

III. öffentliches Recht

1. **Jungkamp**: Rechtsschutz privater Konkurrenz gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden - Eine Untersuchung des Drittschutzes der Schrankentrias in den verschiedenen Bundesländern (NVwZ 2010, 546)

Drittschutz gewähren die echten und unechten Subsidiaritätsklauseln, deren Vergleichsgruppen auf „private Dritte“ oder „private Anbieter“ abstellen, soweit nicht aus dem weiteren Gesetzeswortlaut oder der Systematik eindeutig hervorgeht, dass nur öffentliche Interessen geschützt werden sollen; weiter gewährt die Vergleichsgruppe „anderer Unternehmer“ oder „anderer“ dann Drittschutz, wenn die systematische Auslegung den Schutz privater Interessen erkennen lässt oder wenn ein entsprechender gesetzgeberischer Wille geäußert wurde. - In der BRD ergibt sich deshalb folgendes Bild: Drittschützende Normen des Gemeindefachrechts finden sich in den Ländern Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland und in Sachsen; nicht drittschützende Normen des Gemeindefachrechts finden sich in den Ländern Bayern, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen zur Fussnote 68.

2. **Füßer/Stöckel**: Das Zitiergebot des Art. 80 I 3 GG und Probleme des Erlasses von „komplexen Artikelverordnungen“ (NVwZ 2010, 414)

Die vom Ordnungsgeber teilweise gewählte **Erlassform der komplexen Artikelverordnung**, in welcher die Ermächtigungsgrundlagen für mehrere eigenständige Rechtsverordnungen vor die Klammer gezogen gebündelt aufgeführt werden, **verstößt gegen das Zitiergebot des Art. 80 I 3 GG**. - Dieser Verstoß hat die Nichtigkeit der einzelnen Rechtsverordnungen zur Folge; zugleich ist damit der eingangs zitierten Rspr. des BVerwG zur unmittelbar-gestaltenden Wirkung dieser Verordnungen auf die für Altanlagen vorliegenden Genehmigungen die Grundlage entzogen. - Der Ordnungsgeber ist daher gehalten, die Nichtigkeitsfolgen der deponierrechtlichen Verordnungen sachgerecht zu behandeln; darüber hinaus ist eine kritische Überprüfung sämtlicher Artikelverordnungen im Hinblick auf die Einhaltung des Zitiergebotes angezeigt. Eine Lösung des skizzierten Problems könnte – will der Ordnungsgeber nicht auf den Erlass von Artikelverordnungen verzichten – darin bestehen, dass die Ermächtigungsgrundlagen im Vorspruch jeder einzelnen Verordnung, also innerhalb der einzelnen Artikel – zulässigerweise gebündelt im Vorspruch – zitiert werden; auch dabei sind natürlich die herausgearbeiteten Grenzen der materiellen Erkennbarkeit der Relation von Verordnungsermächtigung(en) und Verordnungsvorschrift(en) zu beachten.

3. **Ronellenfisch**: Entstaatlichung des Rechtsschutzes? (DöV 2010, 373)

Das **Mediationsverfahren** versteht sich als **Alternative zum gerichtlichen Rechtsschutz**; es kann diesen zwar nicht ersetzen, soweit effektiver individueller Rechtsschutz geboten ist, Elemente der objektiven Rechtskontrolle einschließlich der Verfahrenskontrolle könnten aber in das Mediationsverfahren übertragen werden. - Der Gesetzgeber geht bislang offenbar davon aus, dass sich im Rechtsstreit mit allgemeinpolitischer Breitenwirkung objektivrechtliche Fragestellungen nicht ausblenden lassen: So wurde trotz § 47 II VwGO im Normenkontrollverfahren § 113 VwGO nicht für anwendbar erklärt. - Die substituierende Mediation bedarf dennoch weiterhin der Diskussion; ihr ist jedoch allemal das ohne Not weitgehend abgeschaffte Widerspruchsverfahren vorzuziehen; die **ergänzende Mediation ist verfassungs-**

rechtlich unproblematisch; auch im Hinblick auf den **subjektiven Rechtsschutz** schließen sich Mediation und gerichtlicher Rechtsschutz nicht aus, sondern sind auf Ergänzung angelegt. - Die Mediatoren müssen keine Richter sein, auch wenn das Richterimage für die Akzeptanz der Anregungen förderlich ist; zur Vermeidung eines Rechtsstreits sollte aber nicht auf die Befähigung zum Richteramt verzichtet werden.

4. **Itzel**: Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungsrecht (MDR 2010, 426)
5. **Papier**: Das Versammlungsrecht in der Rspr. des BVerfG (BayVBl. 2010, 225)
6. **Schroeder**: Die Entziehung des Doktorgrades wegen Täuschung in der verwaltungsgerichtlichen Rspr. (NWVBl. 2010, 176)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Reck**: Zum Ausschluss der Auslagenerstattung des Rechtsanwalts für Geschäftsreisen innerhalb der Gemeinde (Rpfler 2010, 256)

Eine **nachvollziehbare Begründung für die Beschränkung des Geschäftsreise-Begriffs** ist in der **Legaldefinition** in Vorbem. 7 II VV-RVG **nicht ersichtlich**. - Die Vermeidung weiterer Ausgaben für die Leistungen im Rahmen der PKH kann hier nicht als Argument herangezogen werden; das Überschreiten der Gemeindegrenze als Anspruchsvoraussetzung ist nicht damit zu vereinbaren, dass für Fragen der Erstattungsfähigkeit der Kosten anwaltlicher Tätigkeit im Übrigen nur noch auf die Niederlassung innerhalb oder außerhalb des Bezirks des Prozessgerichts abgestellt wird; der Rechtsanwalt wird hierdurch auch gegenüber der Partei hinsichtlich deren eigener Reisekosten benachteiligt.

2. **Krüger/Raap**: Stundensätze von Rechtsanwälten als Rechtsverfolgungskosten (MDR 2010, 422)

Kosten, die auf einer **die gesetzlichen Gebühren übersteigenden Honorarvereinbarung** zwischen Rechtsanwalt und Mandant beruhen, **sind grds. als Rechtsverfolgungskosten ersatzfähig**; dies gilt sowohl für den materiell-rechtlichen als auch den prozessualen Kostenerstattungsanspruch, wenn und soweit die Beauftragung des Rechtsanwalts und die Vereinbarung einer Abrechnung auf Stundenbasis erforderlich und zweckmäßig war; **§ 254 BGB stellt insoweit ein Korrektiv dar**. - Der derzeit h.M. sowohl zum materiell-rechtlichen als auch zum prozessualen Kostenerstattungsanspruch ist nicht zuzustimmen, da spätestens seit Inkrafttreten des RVG ihre Grundlage entfallen ist.

3. **Karl**: Die Rechtsanwaltsgesellschaft mbH & Co. KG (NJW 2010, 967)

Die **Rechtsanwaltsgesellschaft mbH & Co. KG** ist nach **§ 59c I BRAO grds. unter Beachtung der Voraussetzungen der §§ 59c ff. BRAO zulässig**; dies gilt auch im Falle der Übernahme der persönlich haftenden Gesellschafterin durch die UG (haftungsbeschränkt). - Die **Eintragung der Rechtsanwalts-KG in das Handelsregister ist grds. bei gemischter freiberuflichen und gewerblichen Tätigkeit möglich, soweit die gewerbliche Tätigkeit überwiegt**, was in praxi insbes. bei **Insolvenzverwaltung und Forderungsinkasso** der Fall ist; soweit regelmäßig diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, besteht die Gefahr, dass eine Scheingesellschaft besteht und die Kommanditisten wie Gesellschafter einer GbR in Anspruch genommen werden; es besteht daher ein dringender Bedarf, den pathologischen Zustand, der darin besteht, dass das Berufsrecht etwas erlaubt, was das Gesellschaftsrecht gerade nicht zweifelsfrei zulässt, durch eine gesetzliche Klarstellung zu beseitigen. - Nach derzeitiger Auffassung des BMF und des BFH erzielt die (ausschließlich) freiberuflich tätige kapitalistisch organisierte GmbH & Co. KG gewerbliche Einkünfte i.S. des § 15 I Nr. 1 EStG, da diese Gestaltung die Mitunternehmerstellung der Komplementär-GmbH nicht ausschließt und damit die Voraussetzungen des § 18 I Nr. 1 EStG nicht mehr erfüllt sind; damit sind die **gesamten Einkünfte nach § 15 III Nr. 1 EStG als gewerblich zu qualifizieren**; die Gewerbesteuerpflicht wird durch den Freibetrag in Höhe von 245.00 € und eine Gewerbesteueranrechnung entsprechend der Gewinnverteilung bei der Einkommensteuer der Kommanditisten gemildert. - Für die Rechtsform der GmbH & Co. KG spricht generell die **sehr hohe Flexibilität** und zwar **sowohl in gesellschafts- wie auch in steuerrechtlicher Hinsicht**; steuerrechtlich lässt sich eine Umstrukturierung einzelner Wirtschaftsgüter auch nach § 6 V EStG steuerneutral realisieren, was bei Kapitalgesellschaften nur durch streitanfällige Verpachtungslösungen geht; ansonsten kommt es auf die individuellen Zielsetzungen und vorgegebenen steuerlichen Rahmenbedingungen der Unternehmen an; auf Grund besserer Abschreibungs- und damit Finanzierungsmöglichkeiten erscheint die GmbH & Co. KG auch steuerlich vorteilhaft bei der beabsichtigten Erweiterung des Gesellschaftskreises bzw. Geschäftsveräußerung.

4. **Quaas**: Die Rspr. des Senats für Anwaltssachen des BGH im Jahre 2009 (BRAK-Mitt. 2010, 42)

I. Die Anfechtungsklage, § 13 AnfG**1. Zulässigkeit der Klage**

- a) Prozessvoraussetzungen / allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen
- b) besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen
 - aa) vollstreckbarer Schuldtitel
 - bb) fällige Forderung
 - cc) Zwangsvollstreckung führt nicht zu vollständiger Befriedigung des Klägers

2. Begründetheit der Klage

- a) Klagegegner
- b) Anfechtbare Rechtshandlung
 - aa) Vorliegen einer Rechtshandlung
 - bb) objektives Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung
- c) Anfechtungsgrund
 - aa) vorsätzliche Benachteiligung gem. § 3 I AnfG
 - (1) Vorsatz des Schuldners, den Gläubiger zu benachteiligen
 - (2) Kenntnis des Geschäftspartners (=Beklagter)
 - bb) vorsätzliche Benachteiligung gem. § 3 II AnfG
 - (1) entgeltlicher Vertrag des Schuldners
 - (2) Vertrag mit nahestehender Person i.S.v. § 138 InsO
 - (3) Unmittelbarkeit der Gläubigerbenachteiligung
 - (4) Kenntnisvermutung
 - cc) Schenkungsanfechtung gem. § 4 AnfG
- d) Anfechtungsfrist, § 7 AnfG
 - aa) Anfechtung nach § 3 I AnfG
 - bb) Anfechtung nach § 3 II AnfG
 - cc) Anfechtung nach § 4 AnfG

II. Die Anfechtungseinrede, § 9 AnfG

- 1. Anfechtungsberechtigter (§ 2 AnfG)
 - a) vollstreckbarer Schuldtitel
 - b) fälliger Forderung
 - c) Zwangsvollstreckung führt nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Klägers
- 2. Anfechtungsgegner
- 3. Anfechtbare Rechtshandlung (§§ 3, 4 AnfG)
 - a) Vorliegen einer Rechtshandlung
 - b) objektives Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung
- 4. Anfechtungsgrund (s.o.)
- 5. Anfechtungsfrist (s.o.)

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung

Öffentl. Recht

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

Land: Rh-Pf	Prüfer (mit Titel usw.) Prof. R	Tag d. mündl. Prüfung 22.02.2010
------------------------------	--	---

Zur Person:

Prof. R ist ein freundlicher Prüfer, der präzise Fragen stellt und den Prüflingen genügend Zeit zur Beantwortung gibt. Wenn die Antworten nicht kommen, versucht er, die Prüflinge durch Nachfragen auf den richtigen Weg zu bringen.

Wie sich aus den Vorprotokollen ergibt, ist Prof. R leider keineswegs protokollfest. Jedoch behandelt er in seinen Prüfungen zumeist Fragen bzw. Fälle insbes. aus dem Staatsrecht, dem Allgemeinen Verwaltungsrecht und dem Baurecht. Mit soliden Grundlagenkenntnissen in diesen Rechtsgebieten braucht man daher vor der Prüfung keine Angst zu haben.

Zur Prüfung:

Fall: S ist Steinmetz; seine Tätigkeit besteht hauptsächlich in der Herstellung von Grabsteinen. Für den Friedhof der Stadt X, in der S wohnt, besteht eine städtische Aufstellungsordnung für Grabsteine. Zulässig sind danach nur solche Grabsteine, die nach der ILO-Konvention (keine Kinderarbeit erlaubt u.ä.) hergestellt wurden. Hierfür muss der Lieferant den Nachweis erbringen. Angesichts dieser hohen Anforderungen lohnt sich für S die Fortführung seines Gewerbes nicht mehr und er muss den Betrieb einstellen.

Was kann er nun dagegen tun?

R wollte keine lehrbuchmäßige Lösung des Falles, er diente nur als Aufhänger, wobei R nur einzelne Problemkreise herausgearbeitet haben wollte. Zunächst sollte geklärt werden, mit welcher Klageart das Ziel des S erreicht werden könnte.

Der erste Prüfling zog eine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO in Betracht. Dann sollte herausgearbeitet werden, ob hier die 1.Alt., also die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder die 2.Alt., die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts, in Frage käme.

Hierbei wurde die Definition des Begriffs „Rechtsverhältnis“ (= Beziehungen zwischen zwei Rechtssubjekten bzw. die Beziehung zwischen einem Rechtssubjekt und einer Sache) erwartet.

Der zweite Prüfling brachte dann die abstrakte Normenkontrolle gem. § 47 VwGO ins Spiel. Hier wollte R wissen, ob es noch eine weitere Art der Normenkontrolle gebe. Antwort: die konkrete Normenkontrolle gem. Art. 100 IGG.

Anschließend sollte der Begriff „Satzung“ (= Regelung einer Person des öffentlichen Rechts zur Regelung ihrer eigenen staatlicher Aufgaben) definiert werden.

Dann wollte R wissen, was bei § 47 I Nr. 2 Hs.2 („...sofern das Landesrecht dies bestimmt...“) zu beachten sei. Antwort: die AGVwGO.

Vom nächsten Prüfling sollte dann dargelegt werden, welche Rechtsverletzung seitens des S in Betracht käme. Antwort: Art. 12 IGG. Nachdem Schutzbereich und Eingriff unproblematisch bejaht wurden, wollte R ein Schlagwort bei der Rechtfertigung hören. Hier wurde dann die 3-Stufen-Theorie genannt, die dann darzulegen war.

Die erste Stufe betrifft die Berufsausübung: Eingriffe müssen den Zweck haben, dem Allgemeininteresse zu dienen.

Die zweite Stufe betrifft subjektive Zulassungsvoraussetzungen: Eingriffe müssen den Zweck haben, dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts zu dienen.

Die dritte Stufe betrifft objektive Zulassungsvoraussetzungen: Eingriffe müssen den Zweck haben, die Abwehr von Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zu dienen.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

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

Land: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. S	Tag d. mündl. Prüfung 05.02.2010
------------------------	---	--

Zur Person:

Obwohl Dr. S fachlich sicherlich der unberechenbarste meiner Prüfer war, empfand ich ihn doch als äußerst angenehm. Er blieb immer sachlich, gab viele Hilfestellungen und prüfte dem Leistungs-niveau entsprechend. Mit steigender Vornote der Prüflinge stieg auch die Schwierigkeit der Fragen.

Er prüfte von rechts nach links, gab Fragen aber gelegentlich frei. Wenn ein Kandidat nicht weiter wusste, stellte er die Frage anders, verzichtete auf die gesuchte Norm und verlangte eine andere Erklärung oder andere Argumente. Er prüfte ausschließlich Mietrecht in Verbindung mit ZPO:

Zur Prüfung:

Wie kann ein Vermieter von Wohnraum, der keiner Preisbindung unterliegt, die Miete erhöhen?

Vertragsänderung (äußerst selten)

Nebenkostenanpassung, §§ 560, 556 BGB (häufigster Fall)

Vereinbarung einer Index- bzw. Staffelmiete, §§ 557a, b BGB

Renovierungskosten, § 559 BGB

Mieterhöhung gem. § 558 BGB bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete

Die verschiedenen Möglichkeiten wurden unterschiedlich ausführlich diskutiert. Die Besonderheit bei § 558 BGB ist, dass der Vermieter hier die Zustimmung zur Mieterhöhung verlangen kann. Dies hat nach § 558 I BGB in Textform zu erfolgen. Kurz angesprochen wurden die neuen §§ 126 a u. 126 b BGB, wobei die Email unter § 126 b BGB fällt und für eine Mieterhöhung ausreicht.

Daran schloss sich die Frage an, wann eine Email zugeht: Mit tatsächlichem Zugang in der Mailbox und üblicher Kenntnisnahme.

Wie kann eine Mieterhöhung nach § 558 BGB gerichtlich durchgesetzt werden? Mit einer Leistungsklage; der Tenor war zu formulieren (Der beklagte Mieter wird verurteilt, einer Mieterhöhung ... zuzustimmen, § 558b II BGB); durch ein stattgebendes Urteil wird die Zustimmung des Mieters fingiert, § 894 ZPO.

Ab wann ist bei einem stattgebenden Urteil die erhöhte Miete fällig? Obwohl die Zustimmung erst mit Rechtskraft des Urteils als erteilt gilt (§ 894 ZPO), schuldet der Mieter sie bereits gem. § 558b II BGB für die Zeit ab drei Monate nach Mieterhöhungsverlangen.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen!

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

