



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

37. Jahrg.

Oktober 2012

Heft 10

---

Aus dem Inhalt:

**OLG Saarbrücken:** Beschaffenheitsabweichung bei Austauschmotor

**BGH:** Untreue und Garantienpflicht eines AG-Vorstandsmitglieds

**BGH:** Tatbeendigung und Verjährungsbeginn bei Bestechungsdelikten

**BVerfG:** Verfassungswidrige Neuregelung im Bundeswahlgesetz

**BVerwG:** Zulässigkeit eines Vereinsverbots bei HAMAS-Unterstützung

**BVerfG:** Verwertungsverbot für rechtswidrig erhobene persönl. Daten

**OVG Saarlouis:** Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit um Beförderungsverbot



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Rechts der Verbraucherinformation.....	1
---	---

### Brandaktuell

BGH: Kontrahierungszwang der Post wegen Pressefreiheit (Verteilung der NPD-Publikation «Klartext» als Postwurfsendung).....	3
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Drittnutzungsbedarf als berechtigter Kündigungsgrund (Beratungsstelle in Diakonie-Trägerschaft).....	4
OLG Saarbrücken: Sachmangel wegen Beschaffenheitsabweichung (Auslegung des Begriffs „Austauschmotor“).....	7

#### Strafrecht

BGH: Untreue (Garantenpflicht eines AG-Vorstandsmitglieds).....	11
BGH: Bestechung (Tatbeendigung und Verjährungsbeginn).....	14

#### öffentl. Recht

BVerfG: Neuregelungen im Bundeswahlgesetz (Sitzverteilungsverfahren verfassungswidrig).....	16
BVerwG: Vereinsverbot wegen Unterstützung der HAMAS (Verstoß gegen Gedanken der Völkerverständigung).....	19

### Kurzauslese I

OLG Karlsruhe: Verwendung unwirksamer AGB (Schadensersatzanspruch).....	23
BGH: Widerrufsbelehrung (Inhaltserfordernis).....	23
OLG München: Schriftformerfordernis beim Verbraucherdarlehen (Unterzeichnung auf elektronischem Schreibtablett).....	23
OLG Düsseldorf: Mietvertrag (fristlose Kündigung wegen unterlassener Mangelbeseitigung).....	24
BGH: Einschleusen von Ausländern (unmittelbares Ansetzen).....	24
KG: Computerbetrug („Phishing“).....	25
OLG Karlsruhe: Veruntreuende Unterschlagung/Untreue (Konkurrenzverhältnis).....	26
OVG Magdeburg: Aufstellen von Verkehrszeichen (Anspruchsgrundlage).....	26
VG Münster: Fraktionszuwendungen (Chancengleichheit).....	26
VGH München: Nachprüfungsverfahren (bestandskräftiger Prüfungsbescheid).....	27

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BGH:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Fristversäumnis wegen Mittellosigkeit).....	28
OLG Brandenburg:	Wirkungen des Zuschlags in der Zwangsversteigerung (Eigentumsübergang auch bei unrichtigem Grundbuch).....	32

### Strafrecht

BVerfG:	Verwertungsverbot (rechtswidrig erhobene personenbezogene Informationen).....	35
---------	--	----

### öffentl. Recht

OVG Magdeburg:	Klagebefugnis der Gemeinde gegen Baugenehmigung (schädliche Umwelteinwirkungen durch Schweinemastanlage).....	40
OVG Saarlouis:	Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit (verfassungsrechtliches vorläufiges Beförderungsverbot).....	44

### Kurzauslese II

BGH:	Unterschriftserfordernis (Zulässigkeit der Unterzeichnung mit dem Zusatz „nach Diktat außer Haus“).....	47
BGH:	Berufungsbegründungsfrist (Verlängerung mit Einwilligung des Prozessgegners).....	47
BGH:	Klageänderung (Abstehen vom Urkundenprozess in Berufungsinstanz).....	47
BGH:	Anspruch auf rechtliches Gehör (Schriftsatzeingang vor Beschlussverkündung).....	48
OLG Celle:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Statthaftigkeit der Beschwerde).....	48
BGH:	Revisionsrücknahme (Nachweis der Ermächtigung des Verteidigers).....	48
OLG Dresden:	Berufung (Unzulässigkeit der Beschränkung auf fehlende Strafaussetzung).....	49
OVG Koblenz:	Bescheidbekanntgabe (Bekanntgabe gegenüber blinden oder sehbehinderten Menschen).....	49
VGH Kassel:	Verwaltungsrechtsweg (Widerruf amtlicher Äußerungen eines Bürgermeisters).....	50
VGH München:	Berufungszulassungsantrag (Darlegungserfordernis).....	50

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	51
---	----

<b>Übersicht:</b> Voraussetzungen für die Zwangsversteigerung von Grundstücken .....	56
--	----

### Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: Strafrecht .....	57
Assessorprüfung: Zivilrecht .....	58

## Aus der Gesetzgebung

### Die Änderung des Rechts der Verbraucherinformation

Gesetz zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation vom 15.03.2012, In-Kraft-Treten am 01.09.2012 (BGBl. 2012, S. 476)

#### I. Allgemeines

Verbraucher können mit Hilfe des Verbraucherinformationsgesetzes (VIG) konkrete **Auskunft zu bestimmten Produkten oder Sachverhalten von Behörden** verlangen. Sie können Auskunft zu bestimmten Sachverhalten und Produkten verlangen und Fragen stellen wie „Ist das Spielzeug mit gesundheitsschädlichen Stoffen belastet?“ oder „Sind bei Bio-Eiern die Dioxingrenzwerte überschritten?“. Dabei geht es um Erkenntnisse, die Behörden gewinnen, weil sie bspw. Lebensmittel und technische Geräte, Kleidung und Spielzeuge überwachen. Die Behörden gewähren zusätzlich Auskünfte zur Herkunft und zur Herstellung von Produkten.

Dieser Anspruch gilt nicht nur bei **Gefahren oder Risiken für Gesundheit und Sicherheit**, sondern er umfasst auch alle anderen wichtigen Bereiche wie etwa die Kennzeichnung, die Herkunft, die Beschaffenheit oder die Herstellung der Erzeugnisse. Eingeschlossen sind dabei auch die Ausgangsstoffe und die bei der Gewinnung der Ausgangsstoffe verwendeten Verfahren.

Bisher konnten Auskünfte nur zu **Lebensmitteln, Futtermitteln und Bedarfsgegenständen** wie Kleidung, Reinigungsmittel oder Spielwaren angefordert werden. Durch die Novellierung des VIG zum 1. September 2012 wird der Informationsanspruch auch **auf technische Verbraucherprodukte** wie Haushaltsgeräte, Heimwerkerartikel oder Möbel **ausgedehnt**.

Mit dem Gesetz wurden die notwendigen **Konsequenzen aus vergangenen Lebensmittelkandalen gezogen**. So ist mit dem neuen VIG auch ein wichtiges Vorhaben des Aktionsplans der Bundesregierung "Verbraucherschutz in der Futtermittelkette" umgesetzt. Der Aktionsplan war in Folge der Dioxin-Verunreinigungen im vergangenen Jahr für einen besseren Verbraucherschutz im Futtermittelbereich entwickelt worden.

#### II. Die wichtigsten Neuerungen im Überblick

##### 1. Ausweitung des Anwendungsbereichs

Mit Hilfe des novellierten VIG können Verbraucherinnen und Verbraucher nicht nur - wie bisher - Informationen über Lebens- und Futtermittel und Bedarfsgegenstände (Kleidung, Spielwaren, Reinigungsmittel) sowie Wein erhalten, sondern in Zukunft auch über technische Verbraucherprodukte i. S. des Produktsicherheitsgesetzes. Darunter fallen z. B. Informationen über Haushaltsgeräte, Möbel oder Heimwerkerartikel.

##### 2. Neugestaltung des Auskunftsverfahrens

Die **Bürger** können mit dem neuen VIG noch **schneller, noch umfassender und noch günstiger informiert** werden als bisher. Die **Anhörungsverfahren** bei der Beteiligung betroffener Wirtschaftsunternehmen und die Regelungen über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden **gestrafft und noch effizienter ausgestaltet**. Während bisher verbindlich eine Frist zur schriftlichen Anhörung von einem Monat galt, können Anhörungen zukünftig auch kurzfristig und mündlich erfolgen. Bei Rechtsverstößen und in anderen besonders dringlichen Fällen kann von den zuständigen Behörden sogar ganz von einer Anhörung abgesehen werden. Der Verbraucher kann künftig auch **formlos Auskunft verlangen** – per E-Mail oder auch telefonisch.

Außerdem müssen künftig die amtlichen Kontrollergebnisse der Lebensmittelüberwachung bei allen Messergebnissen, die Grenzwerte, Höchstmengen oder Höchstgehalte betreffen, herausgegeben werden. Eine **Berufung auf Betriebs- oder Geschäftsge-**

**heimnisse ist nicht mehr möglich.** Dies gilt unabhängig davon, ob die Grenzwerte überschritten worden sind oder nicht.

Bei Rechtsverstößen wird zusätzlich klargestellt, dass die komplette Lieferkette offengelegt werden muss. Generell gilt nunmehr, dass ein Geheimnisschutz nicht in Betracht kommt, wenn das öffentliche Interesse an einer Herausgabe der Information überwiegt. Klargestellt ist aber jetzt auch im Gesetz: Rezepturen und sonstiges exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen bleiben weiterhin geschützt.

### 3. **Kostenpflicht der Auskünfte**

Bislang konnten für einfache Auskünfte bei Bundesbehörden Gebühren i. H. von 5 bis 25 Euro sowie bei Auskünften, die einen erheblichen Mehraufwand beinhalteten, Gebühren von 30 bis 250 Euro erhoben werden. Auskünfte über Rechtsverstöße waren kostenfrei.

Künftig werden einfachere Anfragen mit einem Verwaltungsaufwand bis zu 250 Euro bzw. alle Anfragen zu Rechtsverstößen mit einem Verwaltungsaufwand bis zu 1.000 Euro bundesweit einheitlich **kostenfrei** beantwortet. Über diese **Freigrenzen** hinaus gilt das Prinzip der Kostendeckung, d. h. unabhängig vom wirtschaftlichen Wert, den eine Auskunft zum Beispiel für Medien hat, muss lediglich der tatsächlich entstandene Verwaltungsaufwand ausgeglichen werden. Ermäßigungen bei Anfragen im öffentlichen Interesse sind grds. möglich. Kein Verbraucher muss daher aus Angst vor Kosten auf die Stellung einer Anfrage verzichten. Bei Überschreitung dieser Beträge ist vorab ein Kostenvoranschlag zu erstellen.

### 4. **Veröffentlichung von Rechtsverstößen durch Grenzwertüberschreitungen**

Durch eine Ergänzung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches werden die Behörden in Zukunft verpflichtet, **alle Rechtsverstöße durch Grenzwertüberschreitungen zwingend zu veröffentlichen**. Auch sonstige Verstöße – z. B. gegen Hygienevorschriften oder den Täuschungsschutz - müssen in Zukunft veröffentlicht werden, wenn ein Bußgeld von mindestens 350 Euro zu erwarten ist. Bei der aktiven Veröffentlichung sind betroffene Unternehmen grds. vorher anzuhören. Ausnahmen sind bei Gefahr im Verzug gestattet. Bei Verstößen gegen zulässige Höchstwerte bestimmter Stoffe müssen die veröffentlichten Daten abgesichert sein und auf zwei unabhängigen Analyseergebnissen von akkreditierten Laboratorien basieren.

## Brandaktuell

GG

### Kontrahierungszwang der Post wegen Pressefreiheit

GG

Art. 5 I 2

#### Verteilung der NPD-Publikation «Klartext» als Postwurfsendung

(BGH in Pressemitteilung Nr. 154/12; Urteil vom 20.09.2012 - I ZR 116/11)

**Fall:** Die NPD-Fraktion gibt eine Druckschrift mit dem Titel "Klartext" heraus, in der über ihre Fraktionsarbeit und über aktuelle politische Themen berichtet wird. Die Publikation soll in einer Auflage von 200.000 Stück in Leipzig an alle Haushalte mit Tagespost verteilt werden. Die NPD-Fraktion hält die Deutsche Post für verpflichtet, mit ihr einen entsprechenden Rahmenvertrag über die Beförderung und Verteilung der Publikation als Postwurfsendung abzuschließen.

Die Deutsche Post meint, es bestehe kein Beförderungszwang, weil die zu verteilende Publikation nicht konkret adressiert werde. Es handele sich bei dem Druckwerk lediglich um eine Postwurfsendung, deren Verteilung keiner Regulierung unterliege. Die NPD-Fraktion hat die Deutsche Post vor dem Landgericht Leipzig verklagt. Besteht eine Pflicht zum Abschluss eines Vertrages und zur Verteilung der Publikation?

Ein Anspruch auf Abschluss eines Rahmenvertrags über die Beförderung der Druckschrift könnte sich aus § 2 Postdienstleistungsverordnung (PDLV) ergeben verpflichtet. Um die flächendeckende Grundversorgung mit Postdienstleistungen sicherzustellen, sieht die gesetzliche Regelung vor, dass die Lizenzträger, zu denen die Deutsche Post zählt, verpflichtet sind, bestimmte Postdienstleistungen, sogenannte Universaldienstleistungen, zu erbringen.

Fraglich ist, ob es sich hier um eine solche Universaldienstleistung handelt

*„Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die hier nachgefragte Leistung eine solche Universaldienstleistung im Sinne von § 1 I Nr. 3 Postuniversaldienstleistungsverordnung (PUDLV) darstellt. Bei der Publikation handelt es sich um eine **periodisch erscheinende Druckschrift**, die zu dem Zweck herausgegeben wird, die Öffentlichkeit über Tagesereignisse, Zeit- oder Fachfragen **durch presseübliche Berichterstattung zu unterrichten**. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts darf der Umstand, dass die Publikation der Werbung für die Politik und Arbeit der Klägerin dient, auf die Entscheidung keinen Einfluss haben.*

*Die Einordnung als **Universaldienst** verfolgt mit dem dadurch bestimmten Beförderungszwang das Ziel, zur **Förderung der in Art. 5 I 2 GG gewährleisteten Pressefreiheit** Erzeugnisse der Presse dem Empfänger so günstig wie möglich zuzuführen. Die Pressefreiheit begründet für den Staat jedoch eine **inhaltliche Neutralitätspflicht**, die jede Differenzierung nach Meinungsinhalten verbietet. Den Einwand der Deutschen Post, dass es sich bei der in Rede stehenden Publikation nicht um eine periodisch erscheinende Druckschrift handelt, hat der BGH nicht gelten lassen. Ausreichend hierfür ist, dass die Druckschrift nach ihrer Aufmachung - anders als ein Flugblatt - auf das für eine Zeitung oder Zeitschrift übliche periodische Erscheinen angelegt ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie trotz dieser Aufmachung nur gelegentlich publiziert werden soll. Das ist hier der Fall. Dass es in der Vergangenheit aufgrund der Weigerung der Deutschen Post bei der Verteilung zu Schwierigkeiten gekommen ist, kann der klagenden Fraktion nicht entgegengehalten werden.“ (BGH aaO)*

Allerdings wird das fragliche Druckwerk nicht an die Empfänger adressiert, sondern als Postwurfsendung verteilt. Insofern kommt es darauf an, ob zu den Universaldienstleistungen der Deutschen Post nur solche zählen, die an konkret durch Adressierung bestimmte Empfänger gehen sollen.

*„Auch der Umstand, dass die fraglichen Druckschriften nicht adressiert sind, steht der Einordnung als Universaldienstleistung im Sinne von § 1 I Nr. 3 PUDLV, § 4 Nr. 1 Buchst. c PostG nicht entgegen. Soweit der **Empfängerkreis hinreichend bestimmt** ist, unterliegt die Beförderung von nicht adressierten Sendungen keinen für die Beklagte unzumutbaren Schwierigkeiten und trägt dem Bedürfnis Rechnung, auch die **Beförderung von Massendrucksaachen zu ermöglichen**, die sich an eine Vielzahl von Empfängern richten. Ausgeschlossen wäre die Beförderung allerdings dann, wenn besondere Ausschlussgründe vorliegen, etwa weil der Inhalt der Publikation gegen strafrechtliche Bestimmungen verstößt (§ 1 III Nr. 3 PUDLV) oder rassendiskriminierendes Gedankengut enthält (§ 1 III Nr. 4 PUDLV). Dazu hatte die Deutsche Post jedoch nichts vorgetragen.“ (BGH aaO)*

**Ergebnis:** Die Deutsche Post ist verpflichtet, mit der NPD einen entsprechenden Rahmenvertrag abzuschließen und das NPD-Druckwerk „Klartext“ als Postwurfsendung zu verteilen.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 573

**„Drittnutzungsbedarf“ als berechtigter Kündigungsgrund**  
**Beratungsstelle in Diakonie-Trägerschaft**

BGB

(BGH in NJW 2012, 2342; Urteil vom 09.05.2012 – VIII ZR 238/11)

1. Der generalklauselartige Kündigungstatbestand in **§ 573 I 1 BGB** ist **gleichgewichtig** mit den in § 573 II BGB genannten Kündigungsgründen.
2. § 573 I 1 BGB verwehrt es dem Vermieter nicht, auch Umstände aus dem **Interessenbereich dritter Personen** insoweit zu berücksichtigen, als sich aus ihnen auf Grund eines familiären, wirtschaftlichen oder rechtlichen Zusammenhangs auch ein **eigenes Interesse des Vermieters** an der Beendigung des Mietverhältnisses ergibt.
3. Auch bei **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** kann ein dem Kündigungsgrund des § 573 II Nr. 2 BGB „**artverwandtes**“ **Interesse** vorhanden sein.

### A. Grundlagenwissen: Wirksamkeit einer Kündigung

#### I. Kündigungsgrund

##### 1. des Mieters

###### a) Mietverhältnis auf bestimmte Zeit

nur außerordentliche Kündigung möglich (vgl. BGH NJW 2007, 2177)

###### aa) fristlose außerordentliche Kündigung

z.B. § 543 II Nr. 1 (Nichtgewährung des Gebrauchs); § 569 I (Gesundheitsbeschädigung)

###### bb) fristgerechte außerordentliche Kündigung

z.B. § 580 (Tod des Mieters)

###### b) Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit

###### aa) fristlose (außerordentliche) Kündigung

wie bei MV auf bestimmte Zeit

###### bb) fristgerechte (ordentliche) Kündigung

kein Grund erforderlich

##### 2. des Vermieters

###### a) Mietverhältnis auf bestimmte Zeit

nur außerordentliche Kündigung möglich

###### aa) fristlose außerordentliche Kündigung

z.B. § 543 II Nr. 3 (Zahlungsverzug); § 543 II Nr. 2 (vertragswidriger Gebrauch)

###### bb) fristgerechte außerordentliche Kündigung

z.B. § 580 (Tod des Mieters)

###### b) Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit

###### aa) fristlose außerordentliche Kündigung

wie bei MV auf bestimmte Zeit

**bb) fristgerechte (ordentliche) Kündigung**

berechtigtes Interesse des Vermieters, § 573 I 1 BGB

insbesondere:

(1) erhebliche schuldhaftige Pflichtverletzung des Mieters, § 573 II Nr. 1 BGB

z.B. ständig unpünktliche Mietzahlungen

(2) Eigenbedarfskündigung, § 573 II Nr. 2 BGB

(3) wirtschaftliche Verwertung, § 573 II Nr. 3 BGB

**II. Kündigungserklärung**

Die Kündigungserklärung ist grundsätzlich formfrei. Allerdings bedarf sie bei der **Wohnraummiете** der **Schriftform**, § 568. Der Vermieter muss dabei gem. § 573 II BGB die Gründe der Kündigung angeben. Ebenso beide Parteien, wenn aus wichtigem Grund gekündigt werden soll, § 569 IV. Nachschieben von Gründen ist hierbei jedoch möglich, es handelt sich dann aber um eine neue Kündigung mit neuen Kündigungsfristen.

**III. Kündigungsfrist**

nur bei der ordentlichen und außerordentlich befristeten Kündigung, §§ 573c, 573d BGB

**IV. kein Ausschluss** der Kündigung, z.B. § 543 II 2 BGB**B. „Drittbedarf als berechtigter Kündigungsgrund (vgl. BGH NJW 2012, 2342)**

**Fall:** Der Bekl. hatte vom ursprünglichen Kl., dem Gesamtverband der Evangelischen Kirchengemeinden in D., 1999 eine in einem Mehrfamilienhaus gelegene Zwei-Zimmer-Wohnung in D. angemietet. Im Verlauf des Rechtsstreits ist der Gesamtverband mit Wirkung zum 31. 05.2010 aufgehoben worden; an dessen Stelle ist der nunmehrige Kl., der Ev. Kirchenkreis D., getreten. Mit Schreiben vom 23.01.2009 kündigte der Rechtsvorgänger des Kl. das Mietverhältnis ordentlich. Dabei machte er geltend, das gesamte Anwesen einschließlich der Beklagtenwohnung für die Unterbringung der von der Diakonie in D. e. V. betriebenen Beratungsstelle für Erziehungs-, Ehe-, und Lebensfragen zu benötigen. Der Bekl. hat das Vorliegen eines berechtigten Interesses i. S. des § 573 I BGB bestritten. Ist die Kündigung, deren Formvorschriften eingehalten wurden, wirksam?

Die ordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses durch den Vermieter ist nach § 573 I BGB nur dann wirksam, wenn dieser ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat.

**I. Vorliegen eines berechtigten Interesses nach § 573 II Nr. 2 BGB (Eigenbedarf)**

Wann ein solches Interesse insbesondere angenommen werden kann, ist in § 573 II BGB geregelt. Ein solches berechtigtes Interesse liegt nach § 573 II Nr. 2 BGB dann vor, wenn der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt.

Allerdings ist der Kl. – wie auch sein Rechtsvorgänger – als Dachverband der D. Kirchengemeinden eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Eine unmittelbare Anwendung dieser Regelung auf die Vermieterin als juristische Person des öffentlichen Rechts kommt daher nicht in Betracht.

**II. Vorliegen eines berechtigten Interesses nach § 573 I BGB**

Da die Aufzählung der Umstände in § 573 II BGB, die ein berechtigtes Interesse an der Kündigung der Vermieter begründen können, jedoch nicht abschließend ist, könnte ein berechtigtes Interesse nach § 573 I BGB vorliegen.

*„Die Beantwortung der Frage, ob ein berechtigtes Interesse im Sinne dieser Vorschrift gegeben ist, erfordert eine **umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls**.“* (BGH aaO)

Ein berechtigtes Interesse wäre ohne weiteres anzunehmen, wenn der Kl. selbst Träger der diakonischen Beratungsstelle wäre, für deren Unterbringung die Räumlichkeiten benötigt werden. Fraglich ist jedoch, ob ein solches Interesse dann ausgeschlossen ist,

wenn – wie hier – die Beratungsstelle nicht vom Kl. selbst, sondern von einer rechtlich selbstständigen juristischen Person wie der Diakonie D. e. V. betrieben wird.

„Es ist seit Langem anerkannt, dass ein berechtigtes Interesse an der Beendigung eines Mietverhältnisses vorliegen kann, wenn eine **öffentlich-rechtliche Körperschaft** (vor allem eine Gemeinde) die von ihr vermietete Wohnung zur **Umsetzung von Aufgaben** benötigt, an deren **Erfüllung ein gewichtiges öffentliches Interesse** besteht (vgl. BayObLG, NJW1981, 580 [582 ff.]; OLG Frankfurt a. M., NJW1981, 1277 m. w. Nachw.; LG Hamburg, NJW-RR1991, 649 m. w. Nachw.; LG Flensburg, ZMR2001, 711 = BeckRS2006, 04387; Blank, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 573 BGB Rn. 202).

**Teilweise** wird allerdings **verlangt**, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts die von ihr vermietete Wohnung zur Erfüllung **eigener öffentlich-rechtlicher Aufgaben** oder jedenfalls zur Wahrung solcher öffentlich-rechtlicher Drittinteressen benötigt, zu deren Durchsetzung sie **rechtlich verpflichtet** ist (so LG Kiel, WuM1992, 129 = BeckRS2007, 00943; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 573 Rn. 14; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2010, § 573 Rn. 195).“ (BGH aaO)

Die Annahme, dass Drittinteressen nur bei einer rechtlichen Verpflichtung des Vermieters zu deren Wahrnehmung berücksichtigt werden können, verengt den Anwendungsbereich des § 573 I 1 BGB unangemessen.

„Sie lässt außer Acht, dass der **generalklauselartige Kündigungstatbestand** in § 573 I 1 BGB gleichgewichtig ist mit den in § 573 II BGB genannten Kündigungsgründen (vgl. BVerfGE84, 366 = NJW1992, 105 [106] – zu § 564a BGB a. F.; Senat, NJW-RR2007, 1460 = NZM2007, 639 Rn. 13 und WuM2007, 459 Rn 13 = NJW-RR2007, 1516 L). Für die Frage, ob ein **Interesse** als berechtigt nach § 573 I 1 BGB anzusehen ist, kommt es allein darauf an, ob es **ebenso schwer wiegt wie die in § 573 II BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe** (BayObLG, NJW1981, 580 [582] m. w. Nachw. – zu § 564b BGB a. F.). Wie der Tatbestand des § 573 II Nr. 2 BGB belegt, kann sich ein **berechtigtes Interesse** des Vermieters an der Auflösung des Mietverhältnisses aber nicht nur aus **rechtlichen Beziehungen zu anderen Personen**, sondern auch aus **familiären oder wirtschaftlichen Beziehungen** ergeben.“ (BGH aaO)

§ 573 II Nr. 2 BGB setzt den Wohnbedarf von Familienangehörigen oder Haushaltsangehörigen des Vermieters dem Bedarf des Vermieters gleich.

„Es ist **kein sachlicher Grund** dafür ersichtlich, bei § 573 I 1 BGB einen **strengeren Maßstab** anzulegen und Drittinteressen nur dann dem Vermieter als eigenes Interesse zuzuordnen, wenn dieser rechtlich verpflichtet ist, auch solche Fremdinteressen zu wahren. Die genannte Vorschrift verwehrt es dem Vermieter daher nicht, auch **Umstände aus dem Interessenbereich dritter Personen** insoweit zu berücksichtigen, als sich aus ihnen auf Grund eines **familiären, wirtschaftlichen oder rechtlichen Zusammenhangs** auch ein **eigenes Interesse des Vermieters** an der Beendigung des Mietverhältnisses ergibt (BayObLG, NJW1981, 580 [582] m. w. Nachw. – zu § 564b BGB a. F.). Diese **Grundsätze** gelten – anders als das LG Kiel (WuM1992, 129 = BeckRS2007, 00943) meint, das die vom BayObLG angestellten Erwägungen missverstanden hat – **nicht nur für private Vermieter, sondern auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts**. Auch bei diesen kann ein dem Kündigungsgrund des § 573II Nr. 2BGB „artverwandtes“ Interesse vorhanden sein (AG Göppingen, WuM1979, 122 m. w. Nachw.; vgl. auch BayObLG, NJW1981, 580 [582] m. w. Nachw. – zu § 564b BGB a. F.).“ (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob der Kl. auch ein eigenes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat oder ob die Kündigung nur der Verwirklichung fremder Interessen dient.

„Entscheidend ist, dass sowohl der Kl. als auch die Betreiberin der Beratungsstelle, die Diakonie D. e. V., zum **Gesamtkomplex der Evangelischen Kirche im R.** gehören und im gleichen örtlichen Wirkungskreis, nämlich in D., kirchliche Aufgaben wahrnehmen. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. führt die Diakonie D. e. V. **für die D.-Kirchengemeinden diakonische Aufgaben** – darunter auch die Unterhaltung von Beratungsstellen – durch. Es handelt sich damit bei ihr um eine juristische Person, die – wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat – dem Kl. „nahesteht“. Diese Zusammenhänge begründen nicht nur ein – im Rahmen des § 573 I 1BGB unbeachtliches – Drittinteresse an der Erlangung geeigneter Räumlichkeiten für eine Beratungsstelle in der D.-Altstadt, sondern vielmehr ein eigenes **berechtigtes Interesse des Kl. an der Beendigung des Mietverhältnisses**.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Es liegt ein eigenes berechtigtes Interesse des Kl. an der Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne des § 573 I 1 BGB vor, so dass die Kündigung wirksam ist.

BGB  
§ 434 I 1**Sachmangel wegen Beschaffenheitsabweichung**  
**Auslegung des Begriffs „Austauschmotor“**

BGB

(OLG Saarbrücken in NJW-RR 2012, 1080; Urteil vom 29.02.2012 – 1 U 122-11/35)

Bei einem Kauf unter **fachkundigen Privaten** kommt der Angabe, das Fahrzeug verfüge über einen „**Austauschmotor**“, grundsätzlich lediglich der Erklärungsinhalt zu, dass sich **nicht mehr der Originalmotor** im Fahrzeug befindet.

**A. Grundlagewissen: Der Begriff des Sachmangels****I. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 I S. 1 BGB**

Hierzu gehört neben der **ausdrücklichen Vereinbarung** über die Eigenschaften einer Sache auch all das, was der Verkäufer dem Käufer gegenüber **als vorhandene Eigenschaften der Sache beschreibt**, sofern der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung getroffen hat.

**II. Eignung zur vertraglich vereinbarten Verwendung, § 434 I 2 Nr. 1 BGB**

Nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB ist Sachmängelfreiheit dann anzunehmen, wenn sie sich für die **nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet. Dieser Verwendungszweck muss allerdings **zum Inhalt des Vertrages** gemacht worden sein. Die einseitige Erwartung des Käufers reicht nicht aus (beachte aber § 434 I 2 Nr. 2 BGB).

Anders ist es jedoch zu sehen, wenn diese Erwartungshaltung des Käufers bei den Vertragsverhandlungen klar zum Ausdruck gekommen ist und der Verkäufer dieser Erwartungshaltung nicht widerspricht. Hier kann von einer **stillschweigenden Verwendungsvereinbarung** ausgegangen werden.

**III. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, § 434 I 2 Nr. 2 BGB**

Fehlt es an einer Vereinbarung über die Verwendung, so muss die Sache für die **gewöhnliche Verwendung** geeignet sein und eine **Beschaffenheit aufweisen**, die **üblicherweise erwartet** werden kann. Dies wird insbesondere für Gattungssachen Relevanz haben. Für die Erwartungshaltung des Käufers erklärt § 434 I 3 BGB auch für erheblich, welche **öffentlichen Äußerungen**, zu denen insbesondere Werbeaussagen zählen, über die Sache gemacht wurden, wobei es auch auf **Aussagen des Herstellers** ankommt.

**IV. Montagemängel, § 434 II 1 BGB**

Eine Sache ist nach § 434 II 1 BGB mangelhaft, wenn sie selbst zwar nicht mangelhaft war, der Verkäufer aber **auch die Montage schuldete** und diese ihrerseits fehlerhaft ist. Hierbei ist es für die Anwendung von Sachmängelrecht unerheblich, ob die **Sache selbst durch die Montage mangelhaft** wurde oder nur die **Montage als solche mangelhaft** war.

**V. Haftung für fehlerhafte Montageanleitung, § 434 II 2 BGB**

Ein Sachmangel ist auch dann anzunehmen, wenn die Montage durch den Käufer deshalb zu einer Mangelhaftigkeit der Sache selbst führt, weil die Montageanleitung fehlerhaft ist (sog. IKEA-Klausel). Hier fällt die Entstehung des Mangels letztlich auch in den Verantwortungsbereich des Verkäufers, so dass dieser hierfür auch im Rahmen des Sachmängelrechts einzustehen hat. Dies gilt jedoch nur, wenn sich die fehlerhafte Montageanleitung auch tatsächlich ausgewirkt hat. Ist dem Käufer trotz Fehlerhaftigkeit der Montageanleitung die fehlerfreie Montage gelungen, so haftet der Verkäufer nicht. Allerdings ist diese fehlerfreie Montage von ihm zu beweisen.

## B. Bedeutung des Begriffs „Austauschmotor“ als Beschaffenheitsvereinbarung (vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 1080)

**Fall:** Der Kl. macht Ansprüche nach Rücktritt von einem Pkw-Kaufvertrag geltend. Im April 2006 verkaufte der Bekl. dem Kl. ein gebrauchtes Fahrzeug der Marke B, Erstzulassung 26.07.1991 zum Preis von 6.700 Euro. Im Vertrag ist vermerkt, dass der Verkauf „ohne Garantie und Gewährleistung“ erfolgt. Die Laufleistung des Fahrzeugs betrug laut den Angaben im Kaufvertrag 148 210 km. Unter der Rubrik „Sonstiges“ ist festgehalten: „Austauschmotor bei Kilometerstand: circa 10 000 km“. Der Bekl. hatte das Fahrzeug vom Zeugen A erworben und schon zuvor im F unter anderem mit den Angaben „140 Tkm“ und „Motor circa 4000 Tkm“ beworben. Der Kl. selbst fuhr mit dem Fahrzeug nach Übergabe 19 000 km und ließ zwischenzeitlich Wartungs- und Reparaturarbeiten ausführen. Auf Grund eines – streitigen – Motorschadens setzte der Kl. dem Bekl. eine Frist zur Nachbesserung und erklärte im Januar 2008 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Der Kl. lässt sich einen Gebrauchsvorteil in Höhe von 855 Euro anrechnen und begehrt Zahlung von 7.298,99 Euro nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Hat er hierauf einen Anspruch?

Der Kläger könnte einen Anspruch auf Zahlung von 7.298,99 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs gem. §§ 437 Nr. 2, 434 I, 323 I, 346 I BGB haben. Dazu muss er wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sein.

Fraglich ist, ob hier ein Rücktrittsgrund nach 437 Nr. 2, 434 I 1 BGB vorliegt. Als Rücktrittsgrund kommt hier allein das Vorliegen eines Sachmangels in Betracht.

### I. Sachmangel nach § 434 I 1 BGB wegen Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit

Der Sachmangel könnte hier darin liegen, dass dem Fahrzeug im Hinblick auf die Angaben über einen Austauschmotor im Kaufvertrag eine vereinbarte Beschaffenheit fehlt.

#### 1. Vorliegen eines Beschaffenheitsvereinbarung

*„Die Angabe „Austauschmotor“ stellt eine Beschaffenheitsvereinbarung dar. Nach den Vertragsabsprachen ist diese **integraler Vertragsbestandteil** und nicht bloß eine einseitige Eigenschaftsbeschreibung. Der Bekl. erklärte hiermit, dass das **Fahrzeug über einen anderen als den Originalmotor verfüge**, der wiederum eine bestimmte Laufleistung aufweist (vgl. zu § 459 I BGB a. F. BGH, BB 1969, 1412 [1413]; OLG Zweibrücken, VRS 1989, Bd. 76, 409 [410] = BeckRS 1988, 05224).“* (OLG Saarbrücken aaO)

#### 2. Nichteingreifen des Gewährleistungsausschlusses

Auf eine i. S. des § 434 I 1 BGB vereinbarte Beschaffenheit erstreckt sich ein Gewährleistungsausschluss nicht.

*„Würde der Gewährleistungsausschluss auch eine Beschaffenheitsvereinbarung erfassen, wäre diese für den Käufer außer im Falle der Arglist ohne Wert. Eine **interessengerechte Auslegung** der Kombination von Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss kann daher nur dahin vorgenommen werden, dass der **Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit**, § 434 I 1 BGB, sondern nur für die von § 434 I 2 BGB erfassten Mängel gelten soll (vgl. BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346 Rn. 31).“* (OLG Saarbrücken aaO)

#### 3. Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit

Grundsätzlich ist das Fahrzeug mit einem anderem als dem Originalmotor versehen, so dass ein Austauschmotor vorhanden ist. Fraglich ist jedoch, ob die Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Austauschmotors zudem eine Festlegung bestimmter Qualitätskriterien des Motors beinhaltet, die der tatsächlich eingebaute Motor nicht erfüllt hat.

*[Beim] beim Gebrauch des Begriffes „Austauschmotor“ durch Kfz-Fachleute [kann man] davon ausgehen, dass **alle beweglichen Motorteile und sonstigen Aggregate durch Neuteile ersetzt**, nach den Methoden der Serienfertigung hergestellt und nach den Kriterien für Neuwagen erfolgreich geprüft sind, eine Seriennummer eingestempelt und eine Garantiekarte vergeben wurde (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urf. v. 18. 12. 1991 – 23 U 25/91, BeckRS 1991, 00254).“* (OLG Saarbrücken aaO)

Nach dem das **Begriffsverständnis eines Kfz-Fachmannes** befindet sich ausweislich eines vom Gericht eingeholten Gutachtens im streitgegenständlichen Fahrzeug **kein Austauschmotor**, sondern ein **grundinstandgesetzter Rumpfmotor**. Fraglich ist, ob diese Einschätzung auch für die Auslegung des Begriffs „Austauschmotor“ im vorliegenden Vertrag maßgebend ist.

„Beschaffenheitsvereinbarungen oder Garantien sind gem. §§ 133, 157 BGB danach auszulegen, wie sie **üblicherweise unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der Besonderheiten des Einzelfalls von einem verständigen Dritten zu verstehen** sind (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 3. 12. 2004 – 14 U 33/04, BeckRS 2005, 07896; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. [2012], Rn. 2653). Da es sich vorliegend um ein **privates Direktgeschäft** handelte, ist in erster Linie die Verkehrsanschauung maßgebend, wohingegen das **Begriffsverständnis eines Kfz-Fachmannes nicht primär entscheidend** ist (vgl. Reinking/Eggert, Rn. 2656).“ (OLG Saarbrücken aaO)

Fraglich ist daher, welcher Erklärungsgehalt dem Begriff des Austauschmotors bei einem privaten Direktgeschäft zukommt. Dies wird unterschiedlich beurteilt (vgl. die Nachw. bei Reinking/Eggert, Rn. 2659 f.).

„Jedenfalls ist hierunter eine **Maschine gleicher Bauart, gleichen Hubraums und gleicher Leistung** zu verstehen (vgl. BGH, NJW 1985, 967). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.“ (OLG Saarbrücken aaO)

Allerdings könnte dem Begriff des Austauschmotors darüber hinaus auch noch ein weitergehender Erklärungsinhalt hinsichtlich der Art und Weise der Verarbeitung bzw. Herstellung des Austauschmotors zukommen.

„Generell gilt, dass „Motor-Erklärungen“ von Privatverkäufern mit besonderer Umsicht unter **Berücksichtigung der gesamten Begleitumstände** zu interpretieren sind (vgl. Reinking/Eggert, Rn. 2668).

„[Beim] beim Verkauf unter Privatpersonen [ist] grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass die entsprechende Bezeichnung einen derart klaren und weitreichenden Inhalt [wie bei dem Verständnis eines Kfz-Fachmannes] hat (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 12. 12. 2000 – 3 U 674/00, BeckRS 2000, 30149376).

Gibt dagegen ein **sachkundiger Gebrauchtwagenhändler** die Erklärung ab, das Fahrzeug sei mit einem Austauschmotor ausgerüstet, der eine Laufleistung von ca. 60 000 km habe, darf dies der Käufer nach Treu und Glauben als **Zusicherung** auffassen, dass der **Motor nicht wesentlich stärker verschlissen** ist, als es die angegebene Laufzeit erwarten lässt (vgl. BGH, NJW 1981, 1268 [1269]). Die **entsprechende Erklärung eines privaten Verkäufers** kann jedoch nicht ohne Weiteres in gleichem Sinne verstanden werden. Es kann daher dahinstehen, ob der Zustand des Motors vorliegend einen üblichen Verschleiß aufgewiesen hat.“ (OLG Saarbrücken aaO)

In der Erklärung des Bekl. zum Vorhandensein eines Austauschmotors ist keine Angabe bezüglich weiterer Qualitätsmerkmale des Motors zu sehen. Es wird vielmehr lediglich klargestellt, dass nicht mehr der Originalmotor im Fahrzeug ist und eine – nach den sachverständigen Feststellungen zutreffende – Kilometerangabe bezüglich des neuen Motors gemacht.

Allerdings könnte der Kläger nach **Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte** die entsprechende Angabe in einem weitergehenden Sinn verstehen dürfen.

„Beim **Bekl.** handelt es sich um einen **privaten Verkäufer**. Dass er über eine nähere Fachkunde hinsichtlich der Motor- bzw. Kfz-Beschaffenheit verfügt, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. In diesem Fall kann ein **Käufer nicht davon ausgehen, dass konkrete Zustandseigenschaften des Motors**, über die der Verkäufer keine genaue Kenntnis hat, mit vereinbart werden. Einer solchen Interessenlage des Käufers steht diejenige des Verkäufers entgegen, der für **nicht mehr eintreten will, als was er nach seiner laienhaften Kenntnis beurteilen kann**. Daher kann der Käufer nicht erwarten, dass der ihm als Laie gegenübertretende Verkäufer eines Gebrauchtwagens mit der Angabe einer bestimmten Laufleistung zugleich zusichere, der Verschleißgrad entspreche dieser Laufleistung (vgl. BGH, NJW 1984, 1454; Fälle eines fachkundigen Verkäufers lagen demgegenüber zu Grunde: OLG Bremen, DAR 1968, 128; OLG Oldenburg, OLGZ 1967, 129; OLG Karlsruhe, OLGZ 1975, 189 = DAR 1975, 155). Entsprechendes gilt erst Recht für die Beschaffenheit eines Austauschmotors, da der private Verkäufer hierüber noch weniger Kenntnis hat. Maßgebend ist dabei auch der Umstand, dass der Bekl. den **streitgegenständlichen Motor nicht selbst hat einbauen lassen**, sondern das Fahrzeug mit diesem schon eingebauten Motor erworben hat (vgl. zu diesem Aspekt, OLG Koblenz, Urteil v. 12. 12. 2000 – 3 U 674/00, BeckRS 2000, 30149376).“ (OLG Saarbrücken aaO)

Da im Fahrzeug nicht mehr der Originalmotor eingebaut war, weicht die somit vereinbarte Beschaffenheit nicht von der tatsächlichen ab.

Das an den Kl. verkaufte Fahrzeug war mit Blick auf den grundsätzlich vorhandenen Austauschmotor mangelfrei.

## II. sonstiger Sachmangel

Allerdings könnte der Zustand des Motors als solchen einen Mangel nach § 434 I 2 Nr. 1 oder 2 BGB darstellen. Der Berufung auf einen solchen Mangel könnte jedoch der vereinbarte Gewährleistungsausschluss entgegenstehen.

Der Gewährleistungsausschluss würde nur dann nicht greifen, wenn dieser nach § 444 Alt. 1 BGB auf Grund arglistigen Handelns des Bekl. unwirksam wäre.

*„Ein arglistiges Verschweigen eines Mangels liegt vor, wenn der Verkäufer einen **Mangel, den er zumindest für möglich hält, trotz Offenbarungspflicht verschweigt** und dabei billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Kenntnis den Vertrag jedenfalls nicht so abgeschlossen hätte (vgl. BGH, NJW 2007, 835; Pammler, in: jurisPK-BGB, 5. Aufl. [2010], § 444 Rn. 18).*

*Zwar steht nach der erstinstanzlichen Beweisaufnahme fest, dass der Vorbesitzer, der Zeuge A, dem Bekl. mitgeteilt hatte, der Motor sei bei einem „Bekanntem in R. gemacht worden (ist), der viel an B arbeitet.“ Der Bekl. wusste somit, dass der Austauschmotor nicht von einer Fachwerkstatt zusammengebaut bzw. überholt wurde. Er war vorliegend jedoch nicht dazu verpflichtet, dies zu offenbaren. Nach oben Ausgeführtem gehören derartige Wesenseigenschaften eines Austauschmotors nicht zu den Erklärungen die ein Käufer von einem privaten Verkäufer erwarten kann. Damit trifft den Bekl. auch keine Offenbarungspflicht. Hinsichtlich des übrigen Zustandes des Motors hatte der Bekl. keine Kenntnis von der Art dessen Erneuerung. Der Kl. selbst führt in der Berufung aus, der Bekl. habe über die Qualität der Überholung nichts gewusst.“ (OLG Saarbrücken aaO)*

Ob ein sonstiger Sachmangel vorliegt, somit dahinstehen, da einer etwaigen Mangelhaftigkeit des vorhandenen Motors der vereinbarte Gewährleistungsausschluss entgegensteht.

**Ergebnis:** Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung von 7.298,99 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs gem. §§ 437 Nr. 2, 434 I, 323 I, 346 I BGB.

**Untreue**  
**Garantenpflicht eines AG-Vorstandsmitglieds**  
 (BGH in BB 2012, 2271 = NZG 2012, 992; Urteil vom 10.07.2012 – VI ZR 341/10)

Allein aus der Stellung als **Geschäftsführer einer GmbH** bzw. **Mitglied des Vorstands einer AG** ergibt sich **keine Garantenpflicht gegenüber außenstehenden Dritten**, eine **Schädigung ihres Vermögens zu verhindern**.

**Fall:** Die N-AG stellte Markenplüsch- und Geschenkartikel her. Sie stand in langjähriger Geschäftsbeziehung zu der O-Handelsgesellschaft mbH, die u. a. Markenartikel der N-AG an verschiedene Großabnehmer absetzte. Geschäftsführer der O-Handelsgesellschaft mbH waren seit ihrer Gründung der Angekl. zu 2) und seit 1999 auch der Angekl. zu 1). Im August 2003 übernahm der Angekl. zu 1), der an der O-Handelsgesellschaft mbH bis dahin zu 49,43% beteiligt gewesen war, vom Angekl. zu 2) einen (weiteren) Geschäftsanteil von 35,57%. Mit Wirkung vom 28.11.2003 wurde die O-Handelsgesellschaft mbH durch Formwechsel in eine AG umgewandelt. Ihr Vorstand besteht aus den Angekl. zu 1) und 2).

Im Zeitraum von Oktober 2002 bis August 2003 stellte die O-Handelsgesellschaft mbH der N-AG elf Warenrechnungen über insges. 14.017.462,82 € netto. Die angeblich zu Grunde liegenden Forderungen veräußerte sie zum Teil an ein Factoring-Unternehmen und zum Teil an eine Bank. Die N-AG zahlte die Rechnungsbeträge im Zeitraum von Februar bis November 2003 an den Factor bzw. die Bank. Im Zusammenhang mit den Warenrechnungen berechnete die O-Handelsgesellschaft mbH der N-AG mit elf gesonderten Rechnungen darüber hinaus „Handlinggebühren“ in Höhe von insges. 377.509,39 € netto, die die N-AG ebenfalls beglich. P, der Vorstandsvorsitzende der N-AG, dem der Scheincharakter der Rechnungen bekannt war, hat dabei alle Zahlungen der N-AG auf Scheinrechnungen der O-Handelsgesellschaft mbH gezielt veranlasst. Am 01.08.2006 wurde über das Vermögen der N-AG das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Bekl. zu 2) hat mit P die für die Durchführung der Scheingeschäfte erforderlichen Absprachen getroffen und mit ihm insbesondere die Höhe der jeweiligen Scheinrechnung abgestimmt. Der Bekl. zu 1) hat keinen aktiven Beitrag geleistet, hatte aber Kenntnis von der Tatsache der Übereinkunft zwischen P und dem Bekl. zu 2) betreffend die Durchführung von Finanzierungsgeschäften der streitgegenständlichen Art.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. zu 1) sich wegen Beihilfe zur Untreue gem. §§ 266 I, 27 StGB strafbar gemacht hat.

- I. Gem. **§ 27 I StGB** ist Gehilfe, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe leistet. Als Hilfeleistung i. d. S. ist grds. jede Handlung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt dieses Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich (BGH NJW 2007, 384; BGH StraFo 2011, 332). Dabei leistet auch derjenige dem Täter Hilfe, der die Tatförderung eines (weiteren) Gehilfen unterstützt (vgl. BGH NJW 2001, 2409 = NStZ 2001, 364; BGH StraFo 2011, 332 m. w. Nachw.).
- II. Die für die Annahme von Beihilfe erforderliche, vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat ist in den **Untreuetaten** des Vorstandsvorsitzenden der N-AG, P, zu sehen. P hat durch die gezielte Veranlassung von **Zahlungen der N-AG auf Scheinrechnungen der O-Handelsgesellschaft mbH** den Tatbestand des § 266 I StGB verwirklicht.
- III. Fraglich ist aber, ob der Angekl. zu 1) Hilfe zu den Untreuetaten des P geleistet hat, denn der Angekl. zu 1) hat weder P noch dem Angekl. zu 2) bei der Tatbegehung aktiv unterstützt, so dass Beihilfe durch positives Tun ausscheidet. In Betracht kommt daher allein, dass der Angekl. zu 1) **Beihilfe durch Unterlassen** geleistet hat.
  1. Ein Unterlassen kann dem positiven Tun gem. § 13 I StGB nur dann gleichgestellt werden, wenn
    - der **Täter rechtlich dafür einzustehen hat**, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt, und
    - das **Unterlassen** der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein **Tun entspricht**.

Bei den unechten Unterlassungsdelikten muss ein **besonderer Rechtsgrund** festgestellt werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter aktiv tätig zu werden. Der

**Täter** muss **rechtlich verpflichtet** sein, den **deliktischen Erfolg abzuwenden**, also eine **Garantenstellung** innehaben. Eine sittliche Pflicht oder die bloße Möglichkeit, den Erfolg zu verhindern, genügen nicht.

BGH NJW 2000, 3013 m. w. Nachw.; BGH NJW 2010, 1087; vgl. BGHSt 30, 391 = NJW 1982, 1235; BVerfG NJW 2003, 1030

Ob eine solche Garantienstellung besteht, die es rechtfertigt, das Unterlassen der Erfolgsabwendung dem Herbeiführen des Erfolgs gleichzustellen, ist nicht nach abstrakten Maßstäben zu bestimmen. Vielmehr hängt die Entscheidung von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab; dabei bedarf es einer Abwägung der **Interessenlage** und der **Bestimmung des konkreten Verantwortungsbereichs** der Bet.

vgl. BGH NJW 2000, 3013; BGH NJW 2010, 1087; BGHSt 54, 44 = NZG 2009, 1356; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 13 Rn 14

2. Danach kann eine Garantienstellung des Angekl. zu 1) nicht bejaht werden, denn es sind keine Umstände gegeben, aus denen sich eine rechtliche Verpflichtung des Angekl. zu 1) gegenüber der N-AG ergab, den dieser durch die Zahlung auf die Scheinrechnungen entstandenen Vermögensschaden zu verhindern.

a) Eine entsprechende **Garantienpflicht** des Angekl. zu 1) gegenüber der N-AG ergibt sich nicht allein aus seiner **Stellung als Geschäftsführer der O-Handelsgesellschaft mbH bzw. als Mitglied des Vorstands**.

- Eine Garantienstellung des Angekl. zu 1) zu Gunsten der N-AG kann insbes. **nicht aus § 43 I GmbHG oder § 93 I 1 AktG abgeleitet** werden.

*„Zwar umfassen die **Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung**, die dem Geschäftsführer einer GmbH bzw. den Mitgliedern des Vorstands einer AG auf Grund ihrer Organstellung obliegen (§ 43 I GmbHG, § 93 I 1 AktG), auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass sich die **Gesellschaft rechtmäßig verhält** und ihren **gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt** (Legitimitätspflicht, vgl. BGHZ 133, 370 = NJW 1997, 130; BGHZ 176, 204 = NZG 2008, 547 = NJW 2008, 2437; Mertens/Cahn, Köln. Komm. z. AktG, 3. Aufl., § 93 Rn 71; MüKo-AktG/Spindler, 3. Aufl., § 93 Rn 63 f.; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 43 Rn 23, 32; Verse ZHR 175 [2011], 401).*

*Nach der gefestigten Rspr. des erkennenden und des II. Zivilsenats **besteht diese Pflicht aber grds. nur der Gesellschaft gegenüber** und nicht auch im Verhältnis zu außenstehenden Dritten. Denn die Bestimmungen der § 43 I GmbHG, § 93 I 1 AktG regeln allein die Pflichten des Geschäftsführers bzw. Vorstandsmitglieds aus seinem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Sie dienen nicht dem Zweck, Gesellschaftsgläubiger vor den mittelbaren Folgen einer sorgfaltswidrigen Geschäftsleitung zu schützen. Wie sich aus § 43 II GmbHG und § 93 II AktG ergibt, lässt eine Verletzung der Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung Schadensersatzansprüche nur der Gesellschaft, nicht hingegen der Gläubiger entstehen (vgl. BGH NJW 1974, 1371; BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976; BGH NJW 1979, 1829; BGHZ 110, 342 = NJW 1990, 1725; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; so auch BGH MDR 2003, 581; OLG Frankfurt a. M. VersR 1992, 240; Ulmer/Habersack/Winter, § 43 Rn 166; MüKo-AktG/Spindler, § 93 Rn 273, 287; Mertens/Cahn, Köln. Komm. z. AktG, § 93 Rn 224; Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 93 Rn 1, 66; Patzina/Bank/Schimmer/Simon-Widmann, Haftung von Unternehmensorganen, 2010, Kap. 10 Rn 36 f.; Hemeling ZHR 175 [2011], 368; Goette ZHR 175 [2011], 388; MüKo-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 823 Rn 393; BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88). Aus diesem Grund sind die Bestimmungen der **§ 93 I AktG, § 43 I GmbHG auch keine Schutzgesetze i. S. des § 823 II BGB** (BGH NJW 1979, 1829 = WM 1979, 853; BGHZ 110, 342 = NJW 1990, 1725; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; MüKo-GmbH/Fleischer, 1. Aufl., § 43 Rn 353; Hopt/Wiedemann, AktG, 4. Aufl., § 93 Rn 492) und ist zwischen den Interessen der eigenen Gesellschaft und denen außenstehender Dritter zu differenzieren (vgl. BGHSt 54, 44 = NZG 2009, 1356 „Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter“).“ (BGH aaO)*

- Eine **Außenhaftung** des Geschäftsführers einer GmbH oder des Mitglieds des Vorstands einer AG kommt **nur in begrenztem Umfang** auf Grund **besonderer Anspruchsgrundlagen** in Betracht.

vgl. MüKo-GmbH/Fleischer, Rn 339 f., 350 f.; Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 93 Rn 308; Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 43 Rn 284 f.; Hopt/Wiedemann, § 93 Rn 492; Ulmer/Habersack/Winter, Rn 188

So haften der Geschäftsführer bzw. das Vorstandsmitglied persönlich, wenn sie den **Schaden selbst durch eine unerlaubte Handlung herbeigeführt** haben.

vgl. BGH NJW 1974, 1371; BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976; BGH VersR 1996, 713; BGHZ 56, 73 = NJW 1971, 1358; BGH NJW 2009, 673 = NZM 2009, 203 = NZBau 2009, 240; MüKo-GmbHG/Fleischer, Rn 339, 347; Ulmer/Habersack/Winter, Rn 202; Mertens/Cahn, Köln. Komm. z. AktG, Rn 223

- b) Eine außenstehenden Dritten gegenüber bestehende Verpflichtung des Geschäftsführers einer GmbH oder des Mitglieds des Vorstands einer AG, Vermögensschäden zu verhindern, folgt auch nicht aus der Rspr. des I. Zivilsenats, denn diese Rspr. betrifft die hier nicht einschlägige **Störerhaftung**.

vgl. BGH NJW 1987, 127 = GRUR 1986, 248 – Sporthosen; BGH GRUR 2006, 957 = MMR 2006, 672 – Stadt Geldern; BGH GRUR 2011, 152 = MMR 2011, 172 – Kinderhochstühle im Internet

3. Es liegen auch keine Umstände vor, die die Annahme rechtfertigten, dass der Angekl. zu 1) – über die ihm gegenüber der O-Handelsgesellschaft mbH bzw. der N-AG obliegenden Pflichten aus der Organstellung hinaus – weitere Pflichten übernommen hatte, die er nicht nur für diese Gesellschaften als deren Organ zu erfüllen hatte, sondern die ihn aus besonderen Gründen persönlich gegenüber der N-AG trafen und den Schutz ihrer Vermögensinteressen zum Gegenstand hatten.

vgl. zur Garantenstellung aus Gewährübernahme: BGH NJW 2000, 2754; BGHSt 47, 224 = NJW 2002, 1887; BGHSt 54, 44 = NZG 2009, 1356; BGH NJW 2010, 1087; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 13 Rn 20

„Soweit das BerGer. eine Garantenstellung des Angekl. zu 1) zu Gunsten der N-AG daraus ableiten möchte, dass diese „**Vertragspartner**“ gewesen sei, übersieht es, dass nach seinen Feststellungen vertragliche Beziehungen allein zwischen der N-AG und der O-Handelsgesellschaft mbH, nicht aber zwischen der N-AG und dem Angekl. zu 1), bestanden. Abgesehen davon **reichen vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften zur Begründung einer Garantenpflicht nicht ohne Weiteres aus** (vgl. BGH NJW 2012, 1087 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StGB

**Bestechung**

StGB

§§ 332, 334, 78a

**Tatbeendigung und Verjährungsbeginn**

(BGH in NStZ 2012, 511; Urteil vom 06.09.2011 – 1 StR 633/10)

1. Nach der Rspr. des BGH **beginnt die Verjährung der Bestechlichkeit spätestens mit dem Ausscheiden des Täters als Beamter**. Dies gilt auch dann, wenn dieser noch **später Vorteile** für seine frühere Bestechlichkeit erhält und annimmt.

Diese **Grundsätze** sind aber **nicht auf den Tatbestand der Bestechung zu übertragen**.

2. Bei **sukzessiver Zahlung des Bestechungslohns** ist jedenfalls, soweit ein von vornherein feststehender Betrag dem Bestochenen zugewendet werden soll, die **Bestechung erst mit der Zahlung des letzten Teils des Bestechungslohns beendet**, auch wenn der Bestochene bereits zuvor aus dem Amt ausgeschieden ist.

- I. Nach der **bisherigen Rspr. des BGH beginnt die Verjährung** der Bestechlichkeit **spätestens mit dem Ausscheiden des Täters als Beamter**, was auch dann gilt, wenn er noch später Vorteile für seine frühere Bestechlichkeit erhält und annimmt (vgl. BGHSt 11, 345). Diese Rspr. wird in der Kommentarlit. auf die Bestechung übertragen (Fischer 56. Aufl., § 331 Rn 30a).

- II. **BGH aaO** lässt zwar offen, ob er an seiner bisherigen Rspr. zur Bestechlichkeit festhält, führt jedoch aus, dass diese jedenfalls **nicht auf den Tatbestand der Bestechung zu übertragen** ist.

1. **Wesentlicher Gesichtspunkt**, auf den die bisherige Meinung des BGH hinsichtlich der Beendigung der Bestechlichkeit gestützt wurde, war, dass **Vergehen gegen §§ 331, 332 StGB nur begehen kann, wer Beamter ist**.

Verliert jemand das Amt und die Eigenschaft als Beamter, empfängt er aber gleichwohl noch Vorteile aus einer früheren Bestechlichkeit, so setze er diese nicht mehr in strafbarer Weise fort. Straffloses Handeln sei für die Strafverfolgung und deshalb auch für ihre Verjährung nicht bedeutsam. Diese beginne mit der Beendigung strafbaren Verhaltens (BGHSt 11, 345).

2. Gegen diese Begründung sprechen nach BGH aaO jedoch gewichtige Argumente.

- a) Gem. **§ 78a S. 1 StGB** beginnt die Verjährung, sobald die **Tat beendet** ist. Nach dem vom BGH in st. Rspr. angewendeten **materiellen Beendigungsbegriff** ist dies erst der Fall, wenn der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt, das Tatunrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist.

Dies bedeutet, dass die Beendigung der Tat nicht allein an die weitere Verwirklichung tatbestandlich umschriebener Merkmale der Straftat nach deren Vollendung anknüpft. Vielmehr zählen zur Tatbeendigung auch solche Umstände, die – etwa weil der Gesetzgeber zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsgüterschutzes einen Deliktstypus mit vorverlagertem Vollendungszeitpunkt gewählt hat – zwar nicht mehr von der objektiven Tatbestandsbeschreibung erfasst werden, aber dennoch das materielle Unrecht der Tat vertiefen, weil sie den Angriff auf das geschützte Rechtsgut perpetuieren oder gar intensivieren (vgl. BGHSt 52, 300 m. w. Nachw.).

- b) Für den Straftatbestand der **Bestechlichkeit** bedeutet dies: Sind sich der **Amtsträger und der Bestechende über die pflichtwidrige Diensthandlung** sowie die hierfür zu erbringende **Gegenleistung einig** und wird die **Unrechtsvereinbarung** auch **tatsächlich vollständig umgesetzt**, so kommt es für die Tatbeendigung auf die **jeweils letzte Handlung zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung** an.

Wird die **pflichtwidrige Diensthandlung** hingegen **erst nach der Zuwendung des Vorteils** vorgenommen, so führt somit erst dies zur **Beendigung der Tat**.

*„Zwar ist die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung nicht objektives tatbestandliches Element des § 332 I 1 StGB; die Bestechlichkeit ist vielmehr bereits dann vollendet, wenn der Amts-*

träger für eine ausgeübte oder künftige pflichtwidrige Diensthandlung einen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Die pflichtwidrige Diensthandlung ist aber dennoch **zentraler Bezugspunkt** all dieser Tatbestandsvarianten: Sie umschreibt den materiellen Unrechtskern, der den Tatbestand der Bestechlichkeit von dem der Vorteilsannahme abhebt und die im Vergleich zu § 331 I StGB erhöhte Strafandrohung rechtfertigt; dies gilt selbst im Falle einer für sich fehlerfreien Ermessensentscheidung, deren Pflichtwidrigkeit allein dadurch begründet wird, dass der Amtsträger sich bei der Entscheidung durch den Vorteil beeinflussen lässt oder sich wenigstens beeinflussbar zeigt (§ 332 III Nr. 2 StGB). Wird die pflichtwidrige Diensthandlung erst nach der Zuwendung des Vorteils vorgenommen, so findet der Angriff auf das **Schutzgut des § 331 StGB** erst darin seinen Abschluss; denn die **Lauterkeit der Amtsausübung** sowie das **öffentliche Vertrauen** in diese werden am nachhaltigsten dadurch beeinträchtigt, dass der durch die Bestechung befangene Amtsträger den „**Staatswillen**“ **tatsächlich verfälscht**, indem er die erkaufte pflichtwidrige Diensthandlung ausübt (BGH aaO m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

c) Für den Tatbestand der Bestechung besteht kein Anlass von diesen Grundsätzen abzuweichen.

aa) Für die Beurteilung des vorliegenden Falles bedeutet dies, dass der **Abschluss des rechtsverneinenden Tuns** in der **Auszahlung des gesamten** für die Tat vereinbarten **Bestechungslohns** zu erblicken ist, wenn diese der Diensthandlung nachfolgt.

„So wie die Vornahme der Diensthandlung auf Seiten des Bestochenen der zentrale Bezugspunkt des Tatbestands ist, erweist sich die Zahlung des Bestechungslohns als der Gesichtspunkt, der das Tatunrecht tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht.“ (BGH aaO)

bb) **Ob der Bestochene zur Zeit der Zahlung** des Bestechungslohns **noch in dem Amtsverhältnis steht**, ist demgegenüber jedenfalls für die Beendigung der Bestechung **unbeachtlich**. Vielmehr ist insoweit lediglich erforderlich, aber auch ausreichend, dass er zur Zeit der Unrechtsvereinbarung tauglicher Täter einer Vorteilsannahme bzw. Bestechlichkeit war.

„Der **Fortbestand des Amtsverhältnisses** über diesen Zeitpunkt hinaus ist **für den materiellen Unrechtskern der Bestechung ohne Bedeutung**. Dies gilt umso mehr, als dass die „Gewährung des Vorteils“ – anders die Vornahme der Diensthandlung im Falle der Vorteilsannahme bzw. der Bestechlichkeit – als das die Tatbeendigung markierende Ereignis vom Tatbestand der §§ 333, 334 StGB erfasst und als **eigenständige Tathandlungsalternative** mit den anderen Alternativen (Anbieten und Versprechen eines Vorteils) regelmäßig zu tatbestandlicher Handlungseinheit verknüpft ist (BGHSt 47, 22; BGH NSTZ 1995, 92). Hinzu kommt, dass es ansonsten zu **schwer nachvollziehbaren Strafbarkeitslücken** kommen könnte (vgl. insoweit aber Fischer, StGB, 58. Aufl., § 331 Rn 24b m. w. Nachw.).

Demgemäß ist bei sukzessiver Zahlung des Bestechungslohns jedenfalls, soweit ein von vornherein feststehender Betrag den Bestochenen zugewendet werden soll, die Tat regelmäßig erst mit der Zahlung des letzten Teils des Bestechungslohns beendet, auch wenn der Bestochene zuvor aus dem Amt ausgeschieden ist.“ (BGH aaO)

GG  
Art. 38 I**Neuregelungen im Bundeswahlgesetz  
Sitzverteilungsverfahren verfassungswidrig**

GG

(BVerfG in NJW 2012, 2869 und Pressemitteilung Nr. 58/2012 vom 25. Juli 2012;  
Urteil vom 25.07.2012 2 BvF 3/11 - 2 BvR 2670/11 - 2 BvE 9/11 -)

1. Die **Bildung der Ländersitzkontingente nach der Wählerzahl** gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 BWG ermöglicht den **Effekt des negativen Stimmgewichts** und verletzt deshalb die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien.
2. In dem vom Gesetzgeber geschaffenen System der mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl sind **Überhangmandate** (§ 6 V BWG) nur in einem Umfang hinnehmbar, der den **Grundcharakter der Wahl als einer Verhältniswahl nicht aufhebt**.
3. Die Grundsätze der Gleichheit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien sind bei einem Anfall von Überhangmandaten im Umfang von **mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke** verletzt.

**Fall:** Mit Urteil vom 03.07.2008 (BVerfGE 121, 266) hat das Bundesverfassungsgericht ein Wahlsystem, das es in typischen Konstellationen zulässt, dass ein Zuwachs an Wählerstimmen zu einem Mandatsverlust oder ein Verlust an Wählerstimmen zu einem Mandatsgewinn führt (so genannter Effekt des negativen Stimmgewichts), als mit den Grundsätzen der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl unvereinbar erachtet. Es hat deshalb den bisherigen § 7 II 2 i.V.m. § 6 IV, V BWG für verfassungswidrig erklärt, soweit durch die darin angeordnete Verrechnung von Wahlkreis- und Listenmandaten der Effekt des negativen Stimmgewichts bewirkt werden konnte. Zugleich hat es dem Gesetzgeber aufgegeben, spätestens bis zum 30.06.2011 eine verfassungskonforme Regelung zu treffen.

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, den verfassungswidrigen Zustand dadurch zu beheben, dass bei zukünftigen Wahlen auf bundesweite Listenverbindungen der Parteien verzichtet und die Ermittlung der den Landeslisten jeweils zustehenden Abgeordnetenzahl separat in den einzelnen Bundesländern vorgenommen werden soll. Das am 03.12.2011 in Kraft getretene Änderungsgesetz setzt diese Regelungsziele um, indem der bisherige § 7 BWG ersatzlos aufgehoben und § 6 I BWG entsprechend modifiziert wird. Jedem Land wird danach ein an der Wählerzahl orientiertes Sitzkontingent zugewiesen, um das nur noch die Landeslisten der in dem Land angetretenen Parteien konkurrieren. Ergänzend werden nach dem neu eingefügten § 6 IIa BWG für in mehreren Ländern angetretene Parteien Zusatzmandate vergeben, deren Zahl der Summe aus einer bundesweiten Addition von Abrundungsverlusten der einzelnen Landeslisten („Reststimmen“) entspricht.

Gegen diese Änderungen richten sich der Normenkontrollantrag von 214 Abgeordneten der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die von 3063 Beschwerdeführern gemeinsam erhobene Verfassungsbeschwerde sowie der Antrag der Partei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Organstreitverfahren. Im Wesentlichen wird gerügt, dass die vorgenommene Neuregelung der Sitzverteilung im Deutschen Bundestag mit den Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit, der Chancengleichheit der Parteien und der Unmittelbarkeit der Wahl unvereinbar sei.

Die Antragsteller wenden sich gegen die Entscheidung, die Größe der auf die Länder entfallenden Sitzkontingente nach der Wählerzahl zu bestimmen (§ 6 I 1 BWG), sowie gegen die Vergabe von Zusatzmandaten nach § 6 IIa BWG.

Darüber hinaus sehen sie die Wahlrechtsgleichheit dadurch verletzt, dass das Verfahren der Sitzverteilung weiterhin den Anfall ausgleichsloser Überhangmandate in einem bedeutenden Ausmaß ermögliche, ohne dass sich hierfür eine Rechtfertigung finden lasse. Schließlich sind sie der Auffassung, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts auch unter Geltung des geänderten Bundeswahlrechts in verfassungsrechtlich nicht hinnehmbarer Weise auftreten könne.

**I. Verfassungswidrigkeit des § 6 I 1 BWG**

§ 6 I 1 BWG sieht vor, dass jedem Land ein nach der Wählerzahl bemessenes Kontingent von Sitzen zugewiesen wird, um die nur noch die Landeslisten der in dem Land angetretenen Parteien konkurrieren.

Die Bildung der Ländersitzkontingente nach der Wählerzahl könnte den Effekt des negativen Stimmgewichts mit sich bringen und die Regelung daher verfassungswidrig sein.

*„Die auf das Land entfallende Sitzzahl [wird] nicht von einer vor der Stimmabgabe feststehenden Größe - wie etwa der Bevölkerung oder der Zahl der Wahlberechtigten - wird, sondern [knüpft] an die jeweilige Wahlbeteiligung an. Der Effekt des negativen Stimmgewichts kann immer dann auftreten, wenn sich ein Zuwachs an Zweitstimmen der Landesliste einer Partei nicht auf deren Zahl an Sitzen auswirkt - weil die zusätzlichen Stimmen für die Zuteilung eines weiteren Sitzes nicht ausreichen oder weil der Landesliste aufgrund des Erststimmenergeb-*

nisses bereits mehr Wahlkreismandate als Listenmandate zustehen -, wenn jedoch zugleich eine mit dem Zweitstimmenzuwachs einhergehende Erhöhung der Wählerzahl das Sitzkontingent des Landes insgesamt um einen Sitz vergrößert. Dann kann der **in diesem Land hinzugekommene Sitz auf eine konkurrierende Landesliste entfallen**, oder die Landesliste derselben Partei kann in einem anderen Land einen Sitz verlieren. Entsprechendes gilt umgekehrt, wenn sich der **Zweitstimmenverlust der Landesliste einer Partei auf deren Sitzzuteilungsergebnis nicht auswirkt**, die damit einhergehende Verringerung der Wählerzahl aber das **Sitzkontingent des Landes um einen Sitz verkleinert**. Mit dem Eintritt derartiger Effekte ist immer dann zu rechnen, wenn - was mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist - eine Veränderung der Zweitstimmenzahl mit einer entsprechenden Veränderung der Wählerzahl einhergeht, etwa weil Wähler der Wahl fernbleiben.

Der Effekt des negativen Stimmgewichts kann nicht etwa deshalb hingenommen werden, weil er sich nicht konkret vorhersehen lässt und von dem einzelnen Wähler kaum beeinflusst werden kann. Denn bereits **objektiv willkürliche Wahlergebnisse** lassen den **demokratischen Wettbewerb** um Zustimmung bei den Wahlberechtigten **widersinnig erscheinen**. Des Weiteren ist der Effekt des negativen Stimmgewichts keine zwangsläufige Folge einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl in Listenwahlkreisen auf Landesebene unter Verzicht auf bundesweite Listenverbindungen. Der Gesetzgeber ist nicht daran gehindert, diesen Ursachenzusammenhang innerhalb des von ihm geschaffenen Wahlsystems zu unterbinden, indem er zur **Bemessung der Ländersitzkontingente** statt der Wählerzahl etwa die **Größe der Bevölkerung** oder die **Zahl der Wahlberechtigten** als Grundlage für die Bestimmung der Ländersitzkontingente heranzieht.“ (BVerfG aaO)

Die Regelung in § 6 I 1 BWG verstößt daher gegen die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien, weil die die Zuweisung von Ländersitzkontingenten nach der Wählerzahl den Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglicht.

## II. Verfassungswidrigkeit des § 6 IIa BWG

Die Regelung des § 6 IIa BWG über Zusatzmandate zielt darauf ab, Rundungsverluste bei der Zuteilung von Sitzen auf Landesebene im Rahmen einer bundesweiten Verrechnung auszugleichen (sog. Reststimmeverwertung).

„An der Vergabe dieser zusätzlichen Bundestagssitze kann **nicht jeder Wähler mit gleichen Erfolgchancen** mitwirken. Denn durch die Reststimmeverwertung wird **einem Teil der Wählerstimmen eine weitere Chance auf Mandatswirksamkeit** eingeräumt.

Diese **Ungleichbehandlung** ist **nicht gerechtfertigt**. Das vom Gesetzgeber verfolgte **Ziel**, Erfolgswertunterschiede, die durch die länderinterne Sitzzuteilung entstehen, auszugleichen, ist zwar **von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden**. Die Regelung ist jedoch zur Erreichung dieses Ziels **nicht geeignet**. Sie berücksichtigt nur einseitig die Abrundungsverluste der Landeslisten einer Partei und lässt deren **Aufrundungsgewinne außer Betracht**. Dadurch werden zwar die bislang ohne Stimmerfolg gebliebenen Stimmen unter Umständen **mandatswirksam**, die vergleichsweise größere Erfolgskraft der bislang übergewichteten Stimmen bleibt jedoch unverändert bestehen. Somit werden **Zusatzmandate nicht zur Herstellung von Erfolgswertgleichheit**, sondern in Abweichung hiervon vergeben. Die Regelung ist auch nicht geeignet, eine mit den Überhangmandaten verbundene Verzerrung der Erfolgswertgleichheit auszugleichen.“ (BVerfG aaO)

Die Vergabe von Zusatzmandaten nach § 6 II a BWG verletzt ebenfalls die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien und ist daher verfassungswidrig.

## III. Überhangmandate

Es kommt vor, dass eine Partei über die Erststimme mehr Direktmandate erhält, als nach dem Anteil an den Zweitstimmen auf sie entfallen würden. Diese sog. Überhangmandate bleiben ihr gleichwohl erhalten und erhöhen die Anzahl der an sich vorgesehenen Sitze (598) nach § 6 V BWG.

Die Ausgestaltung des Wahlsystems obliegt dem Gesetzgeber. Hierbei ist die Verwendung der personalisierten Verhältniswahl grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig. Aus den Besonderheiten dieses Wahlsystems ergibt sich aber die Besonderheit der Überhangmandate, die ihrerseits ebenfalls grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, solange der Grundcharakter der Wahl als Verhältniswahl nicht aufgehoben wird (vgl. BVerfGE 95, 357 ff).

„Das vom Gesetzgeber geschaffene **Wahlsystem** trägt - unbeschadet der Direktwahl der Wahlkreis Kandidaten nach dem Verteilungsprinzip der Mehrheitswahl - den **Grundcharakter einer Verhältniswahl**. Denn durch die Anrechnung der Wahlkreismandate auf die Listenmandate der jeweiligen Partei wird die Gesamtzahl der Sitze so auf die Parteien verteilt, wie es dem Verhältnis der Summen der für sie abgegebenen Zweitstimmen entspricht, während die Erststimme grundsätzlich nur darüber entscheidet, welche Personen als Wahlkreisabgeordnete in den Bundestag einziehen. Übersteigt die Zahl der von einer Partei in den Wahlkreisen errungenen Sitze die ihr nach dem Zweitstimmenergebnis zustehende Sitzzahl, so verbleiben die Sitze der Partei gleichwohl. Die Ge-

„samtzahl der Sitze des Deutschen Bundestages erhöht sich in diesem Fall um die Unterschiedszahl, ohne dass ein erneuter Verhältnisausgleich stattfindet.“ (BVerfG aaO)

Diesbezüglich hatte das BVerfG in seiner Entscheidung vom 03.07.2008 (BVerfGE 121, 266) klargestellt, dass dies seinerzeitige Praxis der Überhangmandate verfassungswidrig war und dem Gesetzgeber den Auftrag zur Neuregelung gegeben. Fraglich ist jedoch, ob die neuen Regelungen im BWG vom 03.12.2011 insofern den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen.

„Bei einem Anfallen von Überhangmandaten im **Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke** sind die Grundsätze der Gleichheit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien verletzt. Diese Größenordnung orientiert sich zum einen an dem nach der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages für den Fraktionsstatus erforderlichen Quorum von mindestens **fünf vom Hundert der Mitglieder des Deutschen Bundestages** [§ 10 GO BT] und berücksichtigt zum anderen den mit der Neuregelung der sog. Berliner Zweitstimmen (§ 6 I 4 BWG) erneut bekräftigten Willen des Gesetzgebers, den **Einfluss der Erststimme** auf die Verteilung der Listenmandate möglichst **einzudämmen**. Im Hinblick auf die Notwendigkeit, den Wahlen zu den kommenden Bundestagen eine verlässliche rechtliche Grundlage zu geben und dem Risiko einer Auflösung des Parlaments im Wahlprüfungsverfahren zu begegnen, hält der Senat es für geboten, die gesetzlichen Wertungen in einem **handhabbaren Maßstab** zusammenzuführen, an den der Gesetzgeber anknüpfen kann. Daraus ergibt sich eine **zulässige Höchstgrenze von etwa 15 Überhangmandaten**.“ (BVerfG aaO)

Die Zuteilung von **Überhangmandaten ohne Ausgleich oder Verrechnung** behandelt Wählerstimmen im Sitzverteilungsverfahren ungleich, weil dadurch neben der Zweitstimme auch die Erststimme Einfluss auf die Sitzverteilung im Bundestag gewinnt. Diese **ungleiche Gewichtung** der Wählerstimmen ist durch das **verfassungslegitime Ziel**, dem Wähler im Rahmen einer Verhältniswahl die **Wahl von Persönlichkeiten zu ermöglichen**, zwar grundsätzlich **gerechtfertigt**. Jedoch sind in dem vom Gesetzgeber geschaffenen System der mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl Überhangmandate **nur in einem Umfang hinnehmbar, der den Grundcharakter der Wahl als einer Verhältniswahl nicht aufhebt**.“ (BVerfG aaO)

Es kommt daher darauf an, mit welcher Zahl an Überhangmandaten unter der Geltung der Neuregelungen bei zukünftigen Wahlen zu rechnen wäre.

„Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung bei den Überhangmandaten, deren Zahl seit der Wiedervereinigung deutlich zugenommen und zuletzt ein erhebliches Ausmaß erreicht hat, und angesichts der veränderten politischen Verhältnisse, die den Anfall von Überhangmandaten zunehmend begünstigen, ist **mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit** zu erwarten, dass die Zahl der Überhangmandate den **verfassungsrechtlich hinnehmbaren Umfang auf absehbare Zeit regelmäßig deutlich übersteigen** wird. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, Vorkehrungen zu treffen, die ein Überhandnehmen ausgleichsloser Überhangmandate unterbinden.“ (BVerfG aaO)

Die Regelung des § 6 V 5 BWG zu den Überhangmandaten verstößt daher gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, als ausgleichslose Überhangmandate in einem Umfang zugelassen werden, der den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheben kann. Wie ist ebenfalls verfassungswidrig.

**Ergebnis:** Das BVerfG hat die Vorschriften des **§ 6 I 1 und IIa BWG für nichtig** und die Regelung über die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten (**§ 6 V BWG**) **für unvereinbar mit dem Grundgesetz** erklärt. Es fehlt somit an einer wirksamen Regelung des Sitzverteilungsverfahrens für die Wahlen zum Deutschen Bundestag. Die zuvor geltenden Bestimmungen leben nicht wieder auf, weil das Bundesverfassungsgericht sie mit Urteil vom 3. Juli 2008 (BVerfGE 121, 266) ebenfalls für verfassungswidrig und nur für eine - zwischenzeitlich verstrichene - Übergangsfrist weiter anwendbar erklärt hat.

VereinsG  
§ 3**Vereinsverbot wegen Unterstützung der HAMAS  
Verstoß gegen Gedanken der Völkerverständigung**

POR

(BVerwG in NVwZ-RR 2012, 648; Urteil vom 18.04.2012 – 6 A 2/10)

Ein **Verein richtet sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung** i. S. von § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG, **wenn** er einen der terroristischen Organisation der HAMAS zugehörigen Sozialverein im Gazastreifen durch humanitäre Hilfeleistungen über einen langen Zeitraum und in beträchtlichem Umfang unterstützt, ihm die Zugehörigkeit des unterstützten Vereins zur HAMAS bekannt ist und er sich **mit der HAMAS** einschließlich der von ihr ausgehenden **Gewalttaten identifiziert**.

**Fall** Der Kl., die Internationale Humanitäre Hilfsorganisation – IHH, ist ein im Jahr 1997 gegründeter Verein mit Sitz in Frankfurt a. M., der nach seiner Satzung seinen Zweck darin sieht, in Fällen von Naturkatastrophen, Kriegen und anderen Katastrophen weltweit humanitäre Hilfe zu leisten. Er wandte sich gegen eine nach dem Vereinsgesetz ergangene Verbotsverfügung, mit der ihn das Bundesministerium des Innern belegt hat.

Das Bundesministerium des Innern stellte ohne vorherige Anhörung des Kl. durch Verbotsverfügung vom 23.06.2010 fest, dass der Kl. sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richte. Der Kl. wurde verboten und aufgelöst, da sich der Kl. i. S. des Verbotsgrunds des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG gegen den Gedanken der Völkerverständigung richte. Er unterstütze seit langem und in einem beträchtlichen Umfang mit Spendengeldern die in den palästinensischen Gebieten im Gazastreifen bzw. im Westjordanland (Westbank) ansässigen Sozialvereine der Islamic Society (Al-Yamiya al-Islamiya) und der Islamic Charitable Society Hebron (Al-Jamiya al-Khairiya al-Islamiya), die der HAMAS (Harakat al-Muqawama al-Islamiya) zuzuordnen seien. Die HAMAS verneine das Existenzrecht Israels und wirke in aggressiv-kämpferischer Weise darauf hin, Angehörige und Institutionen des Staates Israel auch unter Einsatz von terroristischen Mitteln zu bekämpfen, ihnen Schaden zuzufügen und weitere Gewalt hervorzurufen. Die HAMAS habe einen militärischen, einen politischen und einen sozialen Arm, die miteinander verschmolzen und für die Verfolgung der Ziele der Organisation von gleichem Wert seien. Durch die Unterstützung der den sozialen Flügel der HAMAS bildenden Sozialvereine trage der Kl. mittelbar zu der Gewalt bei, die die HAMAS in das Verhältnis des palästinensischen und des israelischen Volkes eintrage. Nicht erforderlich sei, dass die von dem Kl. geleisteten Gelder in den militärischen Bereich der HAMAS geflossen seien. Vielmehr liege eine gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichtete Unterstützung der HAMAS auch darin, dass die in Deutschland gesammelten Spendengelder an einen der HAMAS zuzuordnenden Sozialverein weitergeleitet und von diesem zu sozialen Zwecken verwendet würden. Denn das soziale Engagement dieser Sozialvereine werde von der palästinensischen Bevölkerung der HAMAS zugerechnet und steigere auf diese Weise deren Akzeptanz. Dadurch werde die Rekrutierung von Aktivisten des Terrors begünstigt. Das Gesamtbudget der HAMAS werde entlastet, so dass die eingesparten Mittel auch dem terroristischen Bereich zugute kämen. Der Kl. hat gegen die Verbotsverfügung Klage erhoben. Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

Die zulässige Anfechtungsklage wird nach § 113 I 1 VwGO Erfolg haben, wenn das Vereinsverbot rechtswidrig und der Kl. in seinen Rechten verletzt ist.

**I. Ermächtigungsgrundlage für das Vereinsverbot**

Ein Vereinsverbot kann auf der Grundlage der § 3 I 1 VereinsG i. V. mit Art. 9 II GG ergehen.

Danach darf ein Verein erst dann als verboten behandelt werden, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, dass seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder dass er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet.

**II. formelle Anforderungen an die Verbotsverfügung**

Fraglich ist zunächst, ob die formellen Vorgaben für den Erlass der Verbotsverfügung eingehalten wurden.

**1. Zuständigkeit**

Das Bundesministerium des Innern ist nach § 3 II 1 Nr. 2 VereinsG für den Ausspruch des Vereinsverbots zuständig.

**2. Form**

Die Verbotsverfügung ist schriftlich ergangen, so dass auch keine Formverstöße vorliegen.

**3. Verfahren**

Allerdings könnte das Verfahren fehlerhaft sein, weil die nach § 28 I VwVfG bei belastenden Verwaltungsakten, wie das Vereinsverbot, grundsätzlich vorsieht, dass dem Be-

troffenen die Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist, war hier nicht geschehen ist. Allerdings könnte eine Anhörung nach § 28 II VwVfG entbehrlich sein.

Nach § 28 I Nr. 1 VwVfG ist eine Anhörung entbehrlich, wenn nach den Umständen des Einzelfalls eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint.

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG zum Vereinsrecht (zuletzt: BVerwG, NVwZ-RR 2011, 14 = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 55 Rn. 11) genügt es, dass die Verbotsbehörde unter diesen Gesichtspunkten auf Grund der ihr bekannt gewordenen Tatsachen eine **sofortige Entscheidung für notwendig halten durfte**. Diese Voraussetzungen waren hier erfüllt. Das Bundesministerium des Innern hat nach der Begründung der angefochtenen Verfügung **von einer Anhörung des Kl. deshalb abgesehen**, weil es die mit einer solchen Maßnahme verbundene Unterrichtung des Kl. über den bevorstehenden Eingriff vermeiden und ihm so **keine Gelegenheit bieten** wollte, **Vermögenswerte und Beweismittel beiseite zu schaffen**. Gegen dieses nachvollziehbare Bestreben des Bundesministeriums, der angefochtenen Verfügung eine möglichst große Wirksamkeit zu verleihen, ist nichts zu erinnern.“* (BVerwG aaO)

Die Anhörung war somit nach § 28 II Nr. 1 VwVfG entbehrlich, so dass das Verfahren ordnungsgemäß geführt wurde und das Vereinsverbot formell rechtmäßig ist.

### III. materielle Anforderungen an die Verbotsverfügung

Ein Verein darf nach § 3 I 1 VereinsG erst dann als verboten behandelt werden, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, dass seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder dass er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet. In der entsprechenden Feststellungsverfügung ist die Auflösung des Vereins anzuordnen.

Das Bundesministerium des Innern hat sich auf den Verbotsgrund des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG gestützt. Fraglich ist, ob die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.

Die Klägerin müsste sich – bezogen auf den für die gerichtliche Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der Verbotsverfügung – gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. Eine solche Zielsetzung könnte sich aus der Überlassung von Spendengeldern für humanitäre Zwecke an Sozialvereine, die der HAMAS zuzuordnen sind, ergeben.

#### 1. Voraussetzungen für Verbotsgrund des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG bei finanzieller Unterstützung von Sozialvereinen, die Bestandteile des Gesamtgefüges der terroristischen Organisation der HAMAS sind

*„Der Senat hat in seinem Urteil in der Sache Al-Aqsa mit Bezug auf den Sommer des Jahres 2002 festgestellt, dass **zahlreiche der in den palästinensischen Gebieten des Gazastreifens und des Westjordanlands tätigen Sozialvereine** – unter ihnen die Islamic Society im Gazastreifen und die Islamic Charitable Society Hebron im Westjordanland – der **sozialen Handlungsebene der HAMAS angehören** und damit Teil des untrennbaren Gesamtgefüges dieser Organisation sind, das neben diesem sozialen einen politischen und einen militärisch-terroristischen Bereich umfasst. Die **HAMAS übt Gewalttaten gegenüber Israel und israelischen Staatsbürgern aus, beeinträchtigt die friedliche Verständigung des israelischen und des palästinensischen Volkes** und richtet sich deshalb gegen den Gedanken der Völkerverständigung. Durch Zuwendungen an die Sozialvereine der HAMAS werden auch bei einer der sozialen bzw. humanitären Zwecksetzung entsprechenden Verwendung der Hilfeleistungen **unmittelbar die HAMAS und mittelbar ihre terroristischen Aktivitäten** und die von ihr in das Verhältnis zwischen dem israelischen und dem palästinensischen Volk hineingetragene Gewalt **unterstützt**. Denn die palästinensische Bevölkerung rechnet das soziale Engagement der Sozialvereine der HAMAS zu. Dadurch leisten die Sozialvereine einen bedeutenden Beitrag zur Akzeptanz der HAMAS. Dies erleichtert die Rekrutierung von Aktivisten, die sich an terroristischen Handlungen der HAMAS beteiligen. Hinzu kommt, dass die HAMAS die **finanzielle Entlastung im sozialen Bereich** ihrem **militärisch-terroristischen Sektor zugute kommen** lassen kann.“*

*Findet die in Rede stehende **Unterstützung über einen langen Zeitraum und in beträchtlichem Umfang** statt, ist diese geeignet, den Gedanken der Völkerverständigung schwerwiegend, ernst und nachhaltig zu beeinträchtigen, so dass die objektiven Voraussetzungen des Vereinsverbots gem. § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG erfüllt sind.*

*Die **subjektiven Voraussetzungen** sind gegeben, wenn bei der unterstützenden Vereinigung die den objektiven Verbotstatbestand begründenden **Umstände bekannt** sind und die Vereinigung sich mit der HAMAS einschließlich der von dieser Organisation ausgehenden **Gewalttaten identifiziert und die gewalttätigen Handlungen nicht nur in Kauf nimmt**.“* (BVerwG aaO)

In tatsächlicher Hinsicht ist eine Änderung des der Völkerverständigung widerstrebenden Charakters der HAMAS nicht feststellbar.

„Die **Entwicklung**, die die politischen Verhältnisse in den palästinensischen Gebieten und hier insbesondere seit dem Jahr 2007 im Gazastreifen bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung im Juni 2010 genommen haben, **rechtfertigt nicht die Annahme**, die HAMAS habe den von dem Senat für das Jahr 2002 festgestellten **Charakter als gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichtete Organisation verloren**. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)

Allerdings könnte eine unverhältnismäßige Einschränkung des Grundrechts der Vereinigungsfreiheit darin liegen, dass nach den Maßstäben des Urteils des BVerwG in der Sache Al-Aqsa Hilfeleistungen, die ein Verein von Deutschland aus Sozialvereinen zuleitet, die der gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichteten HAMAS zuzuordnen sind, auch bei zweckentsprechender Mittelverwendung den Verbotgrund des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG erfüllen können.

„Die nach Auffassung des Kl. ein Vereinsverbot nicht rechtfertigende Mittelbarkeit der Unterstützung ist bei einer solchen Hilfeleistung wie dargelegt nur im Hinblick auf die von der HAMAS ausgehende Gewalt gegeben. Die **Organisation als solche wird unmittelbar unterstützt**, da die geförderten Sozialvereine ihre genuinen Teile sind. Auch in dieser Fallgestaltung ist der objektive Verbotstatbestand nur dann erfüllt, wenn der jeweilige Unterstützungsbeitrag der völkerverständigungswidrigen Betätigung der HAMAS förderlich, d. h. **objektiv geeignet ist, den Gedanken der Völkerverständigung schwerwiegend, ernst und nachhaltig zu beeinträchtigen**. Dies wird durch die Voraussetzung einer über einen langen Zeitraum und in beträchtlichem Umfang vorgenommenen Förderung sichergestellt. Dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist bei der Interpretation der subjektiven Voraussetzungen des Verbotstatbestands Rechnung zu tragen. Insbesondere wirkt das Erfordernis, dass sich der unterstützende Verein mit der völkerverständigungswidrigen Betätigung der HAMAS identifizieren muss, um als gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet eingestuft zu werden, der Gefahr eines unverhältnismäßigen Verbotserlasses entgegen..“ (BVerwG aaO)

## 2. Erfüllung des objektiven Verbotstatbestandes

Zunächst müsste der Kl. also durch seine Unterstützungsleistungen den objektiven Verbotstatbestand erfüllt haben.

„Vor diesem Hintergrund hat der Kl. die objektiven Voraussetzungen für ein auf § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG gestütztes Vereinsverbot zwar nicht durch seine Unterstützung der Al-Khidmat Foundation in Pakistan, der Charitable Society for Social Welfare im Jemen, der Islamic Dawa Association im Sudan und des Vereins Cansuyu in der Türkei und auch nicht durch seine an die Islamic Charitable Society Hebron im Westjordanland (Westbank) geleistete Förderung erfüllt. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)

Allerdings könnte der Kl. die objektiven Voraussetzungen des Verbotstatbestands des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG jedoch dadurch verwirklicht haben, dass er zunächst in der Zeit von **2006 bis Februar 2010** der im Gazastreifen tätigen **Islamic Society** und hieran unmittelbar anknüpfend ab **Mai 2010 bis zum Vollzug der angefochtenen Verbotsverfügung im Juli 2010** dem ebenfalls im Gazastreifen ansässigen **Verein Salam** Spendengelder für unterschiedliche soziale Zwecke zugewandt hat. Diese langfristige Förderung hatte einen beträchtlichen Umfang, denn es haben in der genannten Zeit die Islamic Society insges. gut **2.100.000 Euro** und der Verein Salam insges. **300.000 Euro** von dem Kl. erhalten.

„Die 1976 ins Leben gerufene **Islamic Society** ist im Gazastreifen mit mehreren Zweigstellen vertreten, deren erste im Jahr 1979 in Jabaliya gegründet wurde (Internetseite der Vereinigung). Der Sozialverein ist **untrennbarer Bestandteil des Gesamtgefüges der HAMAS**, was der Senat in seinem Urteil vom 3. 12. 2004 in der Sache Al-Aqsa mit Bezug auf den Sommer des Jahres 2002 festgestellt hatte, auch für den Zeitraum von 2006 bis Februar 2010 gewesen, in dem ihn der Kl. finanziell unterstützte. Hieran unmittelbar anschließend trat der **Verein Salam** in der Zeit von Mai bis Juli 2010 als **im Gesamtgefüge der HAMAS verankerte Empfangsstelle** für den Geldtransfer des Kl. an die Stelle der Islamic Society. Die von dem Kl. geleistete Förderung wird von dem objektiven Tatbestand des Verbotgrundes aus § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG auch insoweit erfasst, als sie projektbezogen vorgenommen wurde und der Kl. für die Empfänger der mit seinen Geldern beschafften Hilfen erkennbar war. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)

Der Kläger hat den objektiven Verbotstatbestand folglich dadurch verwirklicht, dass er langfristig erhebliche Spendengelder zunächst der Islamic Society im Gazastreifen zugeleitet hat und sodann die Salam Society for Relief & Development (im Folgenden: Salam) finanziell unterstützt hat, die als im Gesamtgefüge der HAMAS

verankerte Empfangsstelle für die Zuwendungen des Kl. an die Stelle der Islamic Society getreten war

### 3. Erfüllung des subjektiven Verbotstatbestandes

Es kommt im weiteren für die Rechtmäßigkeit des Vereinsverbots darauf an, ob dem Kl. **Umstände bekannt** waren, die wegen seiner finanziellen Zuwendungen an die Islamic Society und an Salam den Vorwurf einer Unterstützung der HAMAS begründen und er sich zudem mit der HAMAS einschließlich der von ihr ausgehenden Gewalttaten **identifiziert hat**.

#### a) Kenntnis von den Umständen

*„Der Kl. hat die objektiven Tatbestandsmerkmale des Verbotsgrunds **in vorsätzlicher Weise verwirklicht**. Seine leitenden Mitglieder, deren Kenntnis dem Kl. zuzurechnen ist (vgl. dazu allgemein: BVerwG NVwZ-RR 2011, 14), waren sich darüber im Klaren, dass eine Förderung der von dem Kl. so genannte Islamic Society Jabaliya gleichbedeutend mit einer Unterstützung der im gesamten Gazastreifen operierenden Islamic Society war, weil die in Jabaliya ansässige Organisationseinheit nur eine Zweigstelle des Gesamtvereins ist. Sie kannten auch die Zugehörigkeit der Islamic Society – und hieran anschließend des Vereins Salam – zur HAMAS und waren sich deshalb bewusst, dass eine Unterstützung dieser Vereine eine Unterstützung der HAMAS ist. Ein Handeln in gutem Glauben vermag der Kl. nicht durch den Verweis auf Tätigkeiten staatlicher Stellen und internationaler Organisationen im Gazastreifen darzutun. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)*

#### b) Identifizierung mit den Zielen der Hamas

*“Der Kl. hat sich auch mit der HAMAS und den von dieser Organisation verübten Gewalttaten identifiziert. Dies wird durch tragfähige Indizien belegt. [wird ausgeführt].“ (BVerwG aaO)*

Damit ist auch der subjektive Verbotstatbestand verwirklicht und die Voraussetzungen für ein Vereinsverbot auf der Grundlage des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG liegen vor.

### 4. Verhältnismäßigkeit der Verbotsverfügung

Fraglich ist, ob die Verbotsverfügung auf der Rechtsfolgenseite der Norm einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten muss.

*„Für Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit auf der Rechtsfolgenseite des Verbotstatbestands des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG hatte die Bkl. keinen Raum. Nach der **neueren Rechtsprechung des Senats** (BVerwGE 134, 275 = NVwZ 2010, 446 Rn. 87 = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 50 Ordner. 87) besteht die Funktion, die eine auf der Grundlage des § 3 I VereinsG i. V. mit Art. 9 II GG ergehende Verbotsverfügung zu erfüllen hat, **nicht** darin, der Verbotsbehörde auf der Rechtsfolgenseite der Norm die Ausübung von **Ermessen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** zu ermöglichen. Sie dient vielmehr jedenfalls in der Regel allein dazu, aus Gründen der Rechtssicherheit klarzustellen, dass eine Vereinigung einen oder mehrere Verbotsgründe erfüllt, und durch die entsprechende Feststellung die gesetzlich vorgesehene Sperre für ein Vorgehen gegen den Verein aufzuheben. Den **Anforderungen** des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist deshalb **bereits auf der Tatbestandsseite der Norm** bei der Prüfung **Rechnung zu tragen**, ob die Voraussetzungen eines Verbotsgrunds vorliegen. Bei dem hier in Rede stehenden Verbotstatbestand des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i. V. mit Art. 9 II Alt. 3 GG bilden wie dargelegt die subjektiven Voraussetzungen des Verbotsgrunds den Ansatzpunkt für diese Prüfung.*

*Der Vorbehalt, den der Senat hinsichtlich einer Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei den Rechtsfolgen eines verwirklichten Verbotstatbestands für Ausnahmefälle gemacht hat (BVerwGE 134, 275 = NVwZ 2010, 446) kommt im vorliegenden Fall nicht zum Tragen. Insbesondere kann ein solcher Ausnahmefall nicht unter Verweis darauf angenommen werden, dass der Kl. – nach eigener Einschätzung allein zu humanitären Zwecken – Aktivitäten auch außerhalb der palästinensischen Gebiete in anderen Teilen der Welt entfaltet. Denn es spricht nichts dafür, dass einem Verein, der einen Verbotsgrund erfüllt, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die Fortexistenz nur deshalb zu gewährleisten wäre, weil er neben seiner den Verbotsgrund verwirklichenden Tätigkeit noch andere, nicht verbotene Aktivitäten entfaltet. Dies käme im Ergebnis einer Einladung gleich, ein Vereinsverbot durch eine Diversifizierung der Vereinstätigkeiten zu umgehen.“ (BVerwG aaO)*

**Ergebnis:** Das von dem Bundesministerium des Innern unter dem 23.06.2010 verfügte Vereinsverbot ist rechtmäßig und verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten (§ 113 I 1 VwGO).

## Kurzauslese I

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

**BGB**  
§§ 311 II Nr. 1, 280 I

### Verwendung unwirksamer AGB Schadensersatzanspruch

**BGB**

(OLG Karlsruhe in BB 2012, 2335; Urteil vom 03.05.2012 – 9 U 74/11)

Die **Verwendung einer unwirksamen AGB-Klausel** stellt grds. eine **vorvertragliche Pflichtverletzung des Unternehmers** dar. Treffen die Parteien später eine Individualvereinbarung, in der die unwirksame AGB-Klausel teilweise bestätigt wird, kann der Unternehmer im Wege des **Schadensersatzes** verpflichtet sein, den Kunden von den Verpflichtungen aus der Individualvereinbarung zu befreien, wenn es zu der Individualvereinbarung ohne die vorausgegangene unwirksame AGB-Klausel nicht gekommen wäre.

*„Wer als Unternehmer seinem Kunden Bedingungen stellt, die diesen i. S. von § 307 I BGB unangemessen benachteiligen, ist gem. §§ 311 II Nr. 1, 280 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet, soweit er die Einbeziehung der fehlerhaften Bedingungen zu vertreten hat. Es sind dem Kunden insbes. diejenigen Nachteile zu ersetzen, die dadurch entstehen können, dass er im Vertrauen auf die Wirksamkeit der AGB Aufwendungen tätigt, die sich für ihn als wertlos herausstellen. Der Verwender der AGB ist außerdem für Nachteile verantwortlich, die dem Kunden entstehen, wenn er im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmte Rechte nicht geltend macht (vgl. BGH NJW 1987, 639; BGH NJW 1984, 2816; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 11. Auflage 2011, Vorbem. vor § 307 BGB Rn 104).“* (OLG Karlsruhe aaO)

**BGB**  
§§ 312 I 1 Nr. 1, II, 355

### Widerrufsbelehrung Inhaltserfordernis

**BGB**

(BGH in MDR 2012, 1081 = NZG 2012, 1074; Urteil vom 22.05.2012 – II ZR 1/11)

Bei einem **Haustürgeschäft** wird durch eine **Widerrufsbelehrung**, die nur auf die aus der Erklärung des Widerrufs folgenden Pflichten des Verbrauchers hinweist, nicht jedoch darauf, **wie sich die Erklärung des Widerrufs auf seine (etwaigen) Rechte auswirkt**, die Frist zur Erklärung des Widerrufs nicht in Gang gesetzt.

*„Der **Schutz des Verbrauchers** erfordert nach der st. Rspr. des BGH eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutige Belehrung (s. nur BGH NJW 2002, 3396 = ZIP 2002, 1730; BGH NJW 2007, 1946; BGHZ 172, 58 = NJW 2007, 1946; BGHZ 180, 183; BGHZ 180, 123 = NJW 2009, 3572; s. nunmehr § 360 I BGB). Die **Widerrufsbelehrung** hat dem Verbraucher die ihm **durch den Widerruf eröffneten wesentlichen Rechte und Pflichten bewusst zu machen**; in ihr sind die tatsächlichen materiellen Rechtsfolgen der Erklärung des Widerrufs abzubilden (vgl. BGH NJW 2007, 1946; BGHZ 172, 58 = NJW 2007, 1946; BGH NJW-RR 2011, 785 = ZIP 2011, 572).*

*Diesen Anforderungen genügt die der Bekl. erteilte Belehrung nicht. Die Belehrung entspricht schon deshalb nicht den gesetzlichen Anforderungen, weil sie lediglich auf aus dem Widerruf folgende Pflichten der Bekl. hinweist, nicht jedoch darauf, wie sich der Widerruf auf (etwaige) Rechte der Bekl. im Hinblick auf von ihr bereits an die Kl. geleistete Zahlungen auswirkt. Ein solcher **Hinweis war unentbehrlich, weil die Bekl. nach den vertraglichen Fälligkeitsbestimmungen Zahlungen bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist leisten musste.**“* (BGH aaO)

**BGB**  
§§ 492 I 1, 126

### Schriftformerfordernis beim Verbraucherdarlehen Unterzeichnung auf elektronischem Schreiblett

**BGB**

(OLG München in MDR 2012, 1021; Urteil vom 04.06.2012 – 19 U 771/12)

Beim **Verbraucherdarlehensvertrag** wird die **Schriftform nach §§ 492 I 1, 126 BGB nicht durch Unterzeichnung auf einem elektronischen Schreiblett gewahrt**.

Weder das auf dem Schreiblett gespeicherte elektronische Dokument noch der Ausdruck in Papierform entsprechen der gebotenen Schriftform oder elektronischen Form.

*„Da der Kl. lediglich mit einem elektronischen Stift seine Unterschrift auf dem Schreiblett leistete, aber das elektronische Dokument **nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen** hat, liegen die Voraussetzungen des § 126a BGB ersichtlich nicht vor.*

*Eine schriftliche Urkunde i.S.d. § 126 BGB erfordert **dauerhaft verkörperte Schriftzeichen auf einem Schreibmaterial**, gleich welcher Art (vgl. Staudinger-Hertel, BGB, Neub. 2012, § 126 Rn 108 ff.). Daran fehlt es allgemein bei einem elektronischen Dokument, wie auch der Umkehrschluss zu §§ 126 III, 126a BGB zeigt (Staudinger-Hertel aaO), und auch bei der hier vorliegenden handgeschriebenen elektronischen Unterschrift auf einem Unterschriftenpad (so ausdrücklich MüKo-BGB/Einsele, 6. Aufl., § 126 Rn 6). An der Urkundeneigenschaft ändert sich auch nichts, wenn eine Originalurkunde nach kurzer Zeit vernichtet wird, denn auf jeden Fall war die Verkörperung ursprünglich (wenn auch nur für kurze Zeit) gegeben. Im vorliegenden Fall hingegen war das Dokument elektronisch gespeichert, aber zu keinem Zeitpunkt körperlich vorhanden.*

*Der dem Kl. übergebene Ausdruck ist zwar **körperlicher Natur**, entspricht aber nicht der Schriftform des § 126 BGB. Die gesetzliche Schriftform erfordert eine eigenhändige Namensunterschrift, die dem Ausdruck aber fehlt. Eine Namensunterschrift der Bekl. ist*

gar nicht vorhanden und die Unterschrift des Kl. erfolgte nicht eigenhändig auf der Urkunde, sondern wurde darauf nur als **elektronische Kopie** wiedergegeben. Dies reicht ebenso wie die Übermittlung und Wiedergabe einer Namensunterschrift durch Telefax nicht aus (vgl. Palandt/Ellenberger, § 126 Rn 7 u. 12 m. w. Nachw.).“ (OLG München aaO)

BGB  
§ 543 II

**Mietvertrag**  
**Fristlose Kündigung wegen unterlassener Mangelbeseitigung**  
(OLG Düsseldorf in MDR 2012, 1086; Urteil vom 27.03.2012 – I-24 U 83/12)

BGB

- I. Ein **wichtiger Grund** für die **außerordentliche fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses** liegt nach § 543 II Nr. 1 BGB u. a. dann vor, wenn dem Mieter der **vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen** wird. Letzteres kommt gerade auch beim Auftreten eines Mangels in Betracht.

„Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Ursache in der Beschaffenheit der Mietsache oder in deren Umfeld liegt. Sie muss nur der Sphäre des Vermieters zuzurechnen seien. Ein Verschulden des Vermieters ist nicht erforderlich (Schmidt-Futterer/Blank, § 543 Rn 24). Nur soweit die durch das Auftreten eines Mangels bewirkte Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs des Ladenlokals unerheblich ist, begründet sie kein Kündigungsrecht (OLG Düsseldorf OLGR 2008, 269 m. w. Nachw.). Die Darlegungs- und Beweislast für die Unerheblichkeit des Mangels trägt hierbei der Vermieter (OLG Düsseldorf OLGR 2008, 269).“ (OLG Düsseldorf aaO)

- II. Besteht der **wichtige Grund** wie bei dem **Auftreten eines Mangels** in der - objektiven - **Verletzung einer Pflicht des Vermieters** aus dem Mietvertrag, so ist die **Kündigung** gem. § 543 III 1 BGB jedoch **erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist zulässig**.

„Das Gesetz verlangt in § 543 III 1 BGB für die Kündigung aufgrund der Verletzung einer Vertragspflicht nur ein **Abhilfeverlangen mit Fristsetzung und nicht mehrere**. Nach dem **klaren Wortlaut der Norm** sind ihre Voraussetzungen mit dem erfolglosen Ablauf der gesetzten Frist erfüllt, wobei es grds. keinen Unterschied macht, aus welchem Grunde der Erfolg ausgeblieben ist. Entsprechend kann es im Regelfall auch nicht darauf ankommen, ob der Vertragspartner sich gar nicht oder nur unzureichend um Abhilfe bemüht hat. Das **Risiko unzureichender und aus diesem Grunde erfolgloser Abhilfebemühungen** **bürdet das Gesetz** in § 543 III 1 BGB grds. **demjenigen auf, der seinen Pflichten aus dem Mietvertrag nicht nachgekommen ist** und so den Kündigungsgrund erst geschaffen hat (OLG Düsseldorf MDR 2006, 1276 = OLGR 2006, 714).“ (OLG Düsseldorf aaO)

- III. **Neben der Fristsetzung ist die Androhung der Kündigung nicht erforderlich** (BGH NJW 2007, 2474 = NZM 2007, 561; Schmidt-Futterer/Blank, § 543 BGB Rn 30; Palandt/Weidenkaff, § 543 Rn 47; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearbeitung 2011, Rn 74).

**Wird jedoch mit der Fristsetzung eine andere Maßnahme als die Kündigung**, etwa eine Ersatzvornahme oder eine Mangelbeseitigungsklage, **angedroht, kann die Kündigung** nach einer verbreiteten Auffassung wegen des darin liegenden widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) **nicht bereits nach erfolglosem Ablauf der gesetzten Abhilfefrist wirksam erklärt werden**, sondern erst nach erfolglosem Ablauf einer neuen Frist.

OLG Düsseldorf OLGR 2008, 269 = GuT 2007, 438 m. w. Nachw.; OLG Hamm NJW-RR 1991, 1035; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IV Rn 149; Palandt/Weidenkaff, § 543 Rn 44; Schmidt-Futterer/Blank, § 543 BGB Rn 30; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn 993

Der **BGH** hat diese Frage bisher offen gelassen, eine erneute Fristsetzung jedoch analog für § 543 III 1 Nr. 1 BGB entbehrlich erklärt, wenn der **Vermieter das Vorliegen eines Mangels oder doch seine Pflicht zu dessen Beseitigung bestreitet** (BGH NJW 2007, 2474 = NZM 2007, 561; vgl. a. Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., Rn 133; Staudinger/Emmerich, Rn 74).

Ob der vorgenannten Auffassung zu folgen ist, lässt OLG Düsseldorf aaO dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn das der Fall sein sollte, war vorliegend hier das Setzen einer weiteren Abhilfefrist ausnahmsweise in entsprechender Anwendung von § 543 III 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB entbehrlich.

„Es ist anerkannt, dass eine **Kündigung ohne Fristsetzung ausnahmsweise auch möglich ist, wenn dem Mieter aufgrund besonderer Umstände ein weiteres Zuwarten nicht möglich oder zumutbar ist** (Schmidt-Futterer/Blank, § 543 BGB Rn 30; Blank/Börstinghaus, Rn 133). Nichts anderes kann in Bezug auf das Erfordernis einer weiteren Fristsetzung gelten, wenn man davon ausgeht, dass der Mieter, der zunächst eine andere Maßnahme als eine außerordentliche Kündigung androht, nach Fristablauf vor dem Übergang zur Kündigung grundsätzlich zunächst erneut eine Frist setzen muss.“ (OLG Düsseldorf aaO)

StGB  
§§ 22, 30

**Einschleusen von Ausländern**  
**Unmittelbares Ansetzen**  
(BGH in NJW 2012, 2821; Beschluss vom 06.06.2012 – 4 StR 144/12)

StGB

- I. Durch § 96 I Nr. 1 AufenthG in der **Tatbestandsalternative des Hilfeleistens** werden sonst nur nach den allgemeinen Regeln (§ 27 StGB) strafbare Beihilfehandlungen zu Taten nach § 95 I Nr. 3 oder II Nr. 1 AufenthG zu selbstständigen, in Täterschaft (§ 25 StGB) begangenen Straftaten heraufgestuft, wenn der Gehilfe zugleich eines der in § 96 I Nr. 1 AufenthG unter a) oder b) genannten **Schleusermerkmale** erfüllt.

vgl. BGH NSZ 2007, 289; BGH NSZ 2004, 45 = NJW 2004, 788; BGH NSZ 1999, 409; Mosbacher, Gemeinschaftskomm. z. AufenthG [GK-AufenthG], § 96 Rn 1; Schott, Einschleusen von Ausländern, S. 175 f., 209

Als ein (täterschaftliches) Hilfeleisten i. S. dieser Vorschrift kommen deshalb **grds. alle Handlungen** in Betracht, die nach § 27 StGB und den zu dieser Vorschrift entwickelten Grundsätzen als **Beihilfe zu der jeweiligen Bezugstat** erfasst werden.

BGHSt 50, 105 = NJW 2005, 2095 = NStZ-RR 2006, 86; BayObLGSt 2004, 154; Mosbacher, GK-AufenthG, § 96 Rn 5; MüKo-StGB/Gericke, § 96 AufenthG Rn 10; Renner, AusländerR, 9. Aufl., § 96 AufenthG Rn 6

Geht es um die **Unterstützung der unerlaubten Einreise eines oder mehrerer Ausländer** gem. § 95 I Nr. 3 AufenthG, fällt damit **jede Handlung** unter den Tatbestand des § 96 I Nr. 1 AufenthG, **die den unerlaubten Grenzübertritt eines Ausländers in irgendeiner Weise objektiv fördert**.

BGHSt 50, 105 = NJW 2005, 2095 = NStZ-RR 2006, 86; BGHSt 45, 103 = NJW 1999, 2827 = NStZ 1999, 464; Minthe/Steiner, Illegale Migration u. Schleusungskriminalität, S. 141, 144 ff.; Schott, S. 174 ff

„Dabei muss die **Hilfeleistung nicht unmittelbar zum Grenzübertritt geleistet** werden. Schon eine **Unterstützung im Vorfeld der Einreise** (z. B. Beschaffung und Weiterleitung von Informationen zum Grenzübertritt, Organisation von Reisemöglichkeiten, Beschaffung von gefälschten Reisedokumenten, Anwerbung von Transithelfern) ist ausreichend, wenn sie den **Grenzübertritt ermöglicht oder erleichtert** (BGHSt 50, 105 = NJW 2005, 2095 = NStZ-RR 2006, 86 m. w. Nachw.). Nach den Grundsätzen zur sog. **Kettenbeihilfe** (vgl. BGH NJW 2001, 2409 = NStZ 2001, 364; Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 28 Rn 18 m. w. Nachw.), die an dieser Stelle ebenfalls Anwendung finden (vgl. BGH NStZ 1999, 409), kann ein **täterschaftliches Hilfeleisten i. S. des § 96 I Nr. 1 AufenthG** auch dann gegeben sein, wenn sich die **Unterstützungshandlung auf die Förderung der Hilfeleistung eines anderen Schleusers (§ 96 I Nr. 1 AufenthG) oder Gehilfen (§ 95 I Nr. 3 AufenthG, § 27 StGB) beschränkt**.“ (BGH aaO)

- II. Findet die unerlaubte Einreise nicht statt oder wird sie nur versucht, kommt beim mit Schleusermerkmalen handelnden Unterstützer eine **Strafbarkeit wegen versuchten Hilfeleistens** nach § 96 I Nr. 1, III AufenthG in Betracht (BGH NJW 2002, 3642). Dabei **gelten die allgemein zur Versuchsstrafbarkeit entwickelten Grundsätze** (§§ 22 ff. StGB).

„Für die **Prüfung des unmittelbaren Ansatzens** kann ergänzend die Rspr. zur versuchten Anstiftung nach § 30 I StGB herangezogen werden (vgl. BGH NStZ 1999, 409; Schott, S. 229; MüKo-StGB/Gericke, § 96 AufenthG Rn 39).

Daher beginnt die **Strafbarkeit wegen versuchten Hilfeleistens** nach § 96 I Nr. 1, III AufenthG, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, mit der er nach seiner Vorstellung von der Tat **unmittelbar zu einer Förderung der präsumtiven Bezugstat** – hier der unerlaubten Einreise nach § 95 I Nr. 3 AufenthG – ansetzt. Angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen, die dem Begriff des Hilfeleistens unterfallen, bedarf das **Kriterium der Unmittelbarkeit** dabei regelmäßig einer wertenden Konkretisierung im Einzelfall (vgl. BGH NStZ 2006, 331). Maßgebend ist, wie der BGH zur versuchten Gefangenenbefreiung in der hier vergleichbaren Alternative des Förderns gem. § 120 I Fall 3, III StGB entschieden hat, wie weit sich der Täter bereits dem von ihm anvisierten Unterstützungserfolg angenähert und durch sein Handeln eine Gefahr für das betroffene Rechtsgut begründet hat (vgl. BGHSt 9, 62 = NJW 1956, 69; MüKo-StGB/Bosch, 2. Aufl., § 120 Rn 37; Rosenau, LK-StGB, 12. Aufl., § 120 Rn 68). Darauf, ob auch die Bezugstat in das Versuchsstadium eingetreten ist, kommt es dagegen nicht an (BGH BeckRS 2012, 08377 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 263 a

### Computerbetrug „Phishing“

StGB

(KG in ZAP 2012, 996; Beschluss vom 02.05.2012 – (3) 121 Ss 40/12)

Hat ein Täter **widerrechtlich Konto-, Identifikations- und Transaktionsnummern sowie Zugangscodes** von anderen Benutzern des Internets **mittels sog. „Phishings“ erlangt**, liegt ein **Ansetzen zur Verwirklichung des Straftatbestands des Computerbetrugs** i. S. des § 22 StGB erst dann vor, wenn er **diese Daten verwendet**, indem er sie z. B. in den Computer eingibt, um so eine von dem tatsächlich Berechtigten nicht autorisierte Überweisung zu tätigen. Die Einrichtung von Zielkonten, eine fingierte polizeiliche Anmeldung und das Abfangen von Kontounterlagen können dagegen zwar auf einer Täuschungshandlung beruhen, stellen jedoch noch keinen versuchten Computerbetrug dar.

„Nach § 263a StGB macht sich strafbar, wer das **Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs** durch **unrichtige Gestaltung des Programms, Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, unbefugte Verwendung von Daten oder sonst unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beeinflusst, um sich oder einem Dritten auf Kosten eines anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen**. Diese Tat versucht mithin nur, wer **unmittelbar zu einer dieser Handlungen ansetzt**. Dies liegt erst dann vor, wenn die Handlung nach dem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals **unmittelbar vorgelagert ist und im Falle des ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmündet** (vgl. BGHSt 26, 201; Fischer, StGB 59. Aufl., § 22 Rn 10 m. w. Nachw.). Nach der Vorstellung des Täters müssen seine **das Rechtsgut gefährdenden Handlungen, sofern sie nicht unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen, zumindest in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen** (vgl. BGH NStZ 1989, 473). Dementsprechend kommt dem nach der Vorstellung des Täters **unmittelbaren Übergang seiner Handlungen in die Tatbestandsverwirklichung entscheidende Bedeutung** zu.

Da es vorliegend um die **widerrechtliche Verwendung von Konto-, Identifikations- und Transaktionsnummern sowie Zugangscodes** geht, die der Täter von anderen Benutzern des Internets mittels Phishing erlangt hat, liegt ein **Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes** i. S. des § 22 StGB erst dann vor, wenn er diese Daten verwendet, indem er sie beispielsweise in den Computer eingibt, um so eine von dem tatsächlich Berechtigten nicht autorisierte Überweisung zu tätigen (vgl. Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., § 263a Rn 79). Erst durch diese Handlung benutzt der Täter die erlangten Daten und **beeinflusst das Ergebnis des von ihm unbefugt eingeleiteten oder manipulierten Datenverarbeitungsprozesses** entsprechend seiner Tatplanung.

Vorliegend mag zwar für den Angekl. die Einrichtung von Zielkonten für die unbefugt vorgenommenen Überweisungen **notwendiger Bestandteil des gesamten Handlungskomplexes** sein, zur **Verwirklichung des Tatbestandes des § 263a StGB gehört sie nicht**. Die Einrichtung der Konten, die fingierte polizeiliche Anmeldung und das Abfangen der Kontounterlagen beruhen zwar auf einer Täuschungshandlung, führen jedoch nicht unmittelbar zur Erfüllung des Tatbestandes des § 263a StGB. Hierzu bedarf es einer späteren und an einem anderen Ort vorgenommenen, die Vermögensverfügung unmittelbar auslösenden Handlung (vgl. OLG Karlsruhe NJW 1982, 59).“ (KG aaO)

**Veruntreuende Unterschlagung tritt dann, wenn der Täter der zugleich erfüllten Untreue von Anfang an auch mit Zueignungsabsicht hinsichtlich der veruntreuten Sache gehandelt hat, auf der Konkurrenzebene auf Grund formeller Subsidiarität hinter den durch dieselbe Handlung erfüllten Tatbestand der Untreue zurück.**

„§ 246 I StGB in der Fassung des 6. Strafrechtsreformgesetzes greift nach seinem zweiten Halbsatz **nur ein, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht** ist. Dies gilt nach der Rspr. für ein Zusammentreffen der Unterschlagung mit allen Delikten, für die das Gesetz eine **höhere Strafdrohung** vorsieht (BGHSt 47, 243 = NJW 2002, 2188 = NSTZ 2002, 480; krit. Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 246 Rn 23a). Es besteht – unbeschadet der Platzierung in Abs. 1 (vgl. Vogel, LK-StGB, § 246 Rn 71) – schon nach dem **Wortlaut des Gesetzes** (vgl. zur weiten Wortlautauslegung BGHSt 43, 237 = NJW 1998, 465) kein Grund zu der Annahme, dass die Subsidiaritätsklausel im Fall einer nach § 246 II StGB qualifizierten Unterschlagung keine Geltung mehr beanspruchen soll. § 246 II StGB nimmt auch insoweit auf Abs. 1 der Norm Bezug. Vorausgesetzt wird dann allerdings, dass die konkurrierende Norm auch eine höhere Strafdrohung vorsieht als der qualifizierte Unterschlagungstatbestand (zum Vergleichsmaßstab bei §125 I StGB BGH NSTZ 2011, 576). Dies ist hier der Fall.“ (BGH aaO)

- I. Das **Aufstellen eines Sackgassenschildes kann nicht unter Berufung auf eine Zusicherung** i. S. d. § 38 I VwVfG verlangt werden, weil es sich bei dem Zeichen 357 („Sackgasse“) nach der lfd. Nr. 27 der Anlage 3 (zu § 42 II StVO) **nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um schlicht-hoheitliches Handeln** in der Form eines **Hinweises** handelt.

„Ohne Erfolg macht der Kl. geltend, eine Durchfahrtsstraße werde zur Sackgasse, wenn das Zeichen 357 angeordnet und aufgestellt werde. Denn das Hinweiszeichen 357 der lfd. Nr. 27 der Anlage 3 (zu § 42 II) StVO ist einem Verkehrszeichen „Durchfahrt verboten“ (Zeichen 250 nach den lfd. Nr. 28 ff. der Anlage 2 zu § 41 I StVO) entgegen der Auffassung des Kl. gerade nicht „ähnlich“, weil es sich bei letzteren um **Vorschriftzeichen** handelt, deren Ge- und Verbote nach § 41 I StVO **jeder Verkehrsteilnehmer zu befolgen hat**. Das Zeichen 357 der lfd. Nr. 27 der Anlage 3 (zu § 42 II) StVO enthält demgegenüber kein zu befolgendes Ge- oder Verbot, weil es sich in einer **bloßen Mitteilung** erschöpft. Da das Zeichen 357 kein Ge- oder Verbot, sondern nur einen Hinweis beinhaltet, handelt es sich **nicht um eine zusicherungsfähige hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls** i. S. des § 35 S. 1 VwVfG in der Form einer Allgemeinverfügung (vgl. § 35 S. 2 VwVfG).“ (OVG Magdeburg aaO)

- II. **Auf eine schriftliche Zusage schlicht-hoheitlichen Handelns ist § 38 I VwVfG mangels unbeabsichtigter Regelungslücke auch nicht entsprechend anwendbar.**

„Auf die schriftliche Zusage schlicht-hoheitlichen Handelns ist § 38 I VwVfG auch nicht entsprechend anwendbar. Voraussetzung für eine analoge Anwendung dieser Bestimmung ist eine **unbeabsichtigte Regelungslücke**. Daran **fehlt** es. Nach der Einzelbegründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum **Verwaltungsverfahrensgesetz** sollten angesichts der zunehmenden Bedeutung der Zusicherung in der Verwaltungspraxis „im Rahmen der Gesamtregelung des Verwaltungsverfahrens auch die Grundsätze dieses Rechtsinstituts“ geregelt werden. Dabei „würde die Einbeziehung des Instituts der Zusicherung in das unter der Prämisse des § 9 stehende Verwaltungsverfahren jedenfalls dann den hierdurch vorgegebenen Rahmen nicht sprengen, wenn sich die Regelung auf die Zusicherung eines Verwaltungsaktes beschränkt. Dies geschieht im vorliegenden Entwurf, (...)“ (vgl. BT-Dr 7/910, S. 59). Da der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Erwägungen trotz der im Schrifttum geäußerten Kritik an dieser Beschränkung (vgl. Redeker DVBl 1973, 744) und einer Anregung des Deutschen Anwaltvereins, eine Regelung für die Zusage auch für andere Handlungen als den Erlass eines Verwaltungsaktes aufzunehmen (zit. nach: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., zu § 38 Rn 44), den Wortlaut des Entwurfs über die Zusicherung jedenfalls insoweit unverändert in den Gesetzesbeschluss übernommen hat, ist für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke kein Raum (so: Obermayer, VwVfG, 3. Aufl., zu § 38 Rn 12; Knack/Hennecke, VwVfG, 9. Aufl., zu § 38 Rn 35). Soweit in der Lit. für die entsprechende Anwendung des § 38 VwVfG auch auf schlicht-hoheitliches Handeln ins Feld geführt wird, dass die **Abgrenzung von Verwaltungsakten zu schlicht-hoheitlichem Handeln in vielen Fällen nicht einfach** sei (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl., zu § 38 Rn 6d), **rechtfertigt dies eine Analogie nicht**, weil ein praktisches Bedürfnis für die Analogie nichts daran zu ändern vermag, dass der **Gesetzgeber von einer Erstreckung der Regelung der Zusicherung auf schlicht-hoheitliches Handeln bewusst abgesehen hat**. Ob es gerechtfertigt ist, § 38 VwVfG auf zusicherungsähnliche allgemeine Zusagen wie die Zusage zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags oder auf sonstige die zukünftige Ausgestaltung eines bestimmten Rechtsverhältnisses anzuwenden (so: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., zu § 38 Rn 47), erscheint nach dem oben Gesagten fraglich, kann indes letztlich dahinstehen, weil mit dem **durch ein Sackgassenschild erteilten Hinweis kein Rechtsverhältnis begründet oder ausgestaltet wird**.“ (OVG Magdeburg aaO)

- I. **§ 56 III 1 NWGO** begründet einen strikten **Anspruch der Fraktionen auf Zuwendungen aus Haushaltsmitteln** lediglich dem Grunde nach. Die **Bestimmung der Höhe dieser Zuwendungen steht demgegenüber im pflichtgemäßen Ermessen des Rates**.

„Die **Norm enthält weder einen Anspruch auf eine Vollkostenerstattung noch auf Gewährleistung eines „Existenzminimums**“. Eine gesetzlich zwingende Erstattung aller Geschäftsführungskosten ließe den Umstand außer Acht, dass den Fraktionen weitere Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen wie etwa Finanzmittel der hinter ihnen stehenden Parteien oder Wäh-

lervereinigungen, Spenden Einzelner und Umlagen der Fraktionsmitglieder. Entschließt sich der Rat dementsprechend, nur einen Teil der Aufwendungen zu erstatten, die den Fraktionen für ihre Arbeit entstehen, so steht diese Entscheidung mit § 56 III 1 GO NRW im Einklang, sofern dabei die übrigen Ermessensgrundsätze, insbes. der - hier offensichtlich nicht verletzte - haushaltsrechtliche **Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit** nach § 75 I 2 GO NRW sowie der **Grundsatz der Chancengleichheit**, beachtet werden.“ (VG Münster aaO)

- II. Der **allgemeine Gleichheitssatz** verbietet es nicht, die **Höhe der Zuwendungen an Fraktionen in Abhängigkeit von deren Mitgliederzahl** zu staffeln. Zulässig ist dabei sowohl eine Regelung, nach der für jede Fraktion ein Grundbetrag als Sockelbetrag, ergänzt um einen Pro-Kopf-Betrag je Fraktionsmitglied, gezahlt wird, als auch eine Bestimmung, die einzig auf einen Pro-Kopf-Betrag abstellt.

„Bei der Festlegung des Finanzierungssystems ist die Gemeinde an den **allgemeinen Gleichheitssatz**, der jenseits des Art. 3 I GG als objektivrechtliches Rechtsprinzip Geltung auch für die Rechtsbeziehungen zwischen kommunalen Organen und Organen beansprucht, und an das verfassungsrechtliche Willkürverbot gebunden. Differenzierungen sind danach bei Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes zulässig.

Eine solche **Differenzierung** nach der Anzahl der in einer Fraktion zusammen geschlossenen Ratsmitglieder ist **sachgerecht**, weil sie sich an der typischerweise vorzufindenden **Bedarfslage der Fraktionen** und an deren **kommunalverfassungsrechtlicher Funktion** orientiert. Diese Funktion besteht in der **Bündelung und Koordinierung der Arbeit des Rates und seiner Ausschüsse**. Sowohl der Sach- als auch der Personalaufwand, den diese Koordinierung erfordert, hängt zumindest zu einem erheblichen Teil von der Zahl der Ratsmitglieder ab, deren Meinungsbildung und Entscheidung zu bündeln ist. Dass sich der Aufwand nicht vollständig über die Anzahl der Fraktionsmitglieder potenziert, sondern auch eine Konstante hat, die sich aus den zu erfüllenden Aufgaben ergibt, ist unschädlich. Anlass zu rechtlichen Bedenken gegen eine Differenzierung nach der Größe einer Fraktion bestünde allenfalls dann, wenn die Fraktionsarbeit ganz überwiegend oder nahezu ausschließlich aus Tätigkeiten bestünde, deren Zeitaufwand von der Fraktionsstärke unabhängig ist. Dies ist jedoch nicht der Fall.“ (VG Münster aaO)

JAPO  
§ 14

**Nachprüfungsverfahren**  
**Bestandskräftiger Prüfungsbescheid**

JAPO

(VGH München in BayVBI 2012, 473; Beschluss vom 08.02.2012 – 7 BV 11.2480)

Ein Prüfungsteilnehmer kann seine **im Nachprüfungsverfahren nach § 14 JAPO geltend gemachten Einwendungen** gegen die Bewertung seiner Prüfungsleistungen dann **nicht mehr gerichtlich überprüfen lassen**, wenn der **Prüfungsbescheid** über das Ergebnis der Juristischen Staatsprüfung **unanfechtbar (bestandskräftig)** geworden ist.

„Weil das **Nachprüfungsverfahren** lediglich die **verwaltungsgerichtliche (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle der Prüfungsentscheidungen** um ein **verwaltungsinternes „Überdenken“ der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren prüfungsspezifischen Bewertungen ergänzt** und die Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen (Rechtmäßigkeits-) Kontrolle **weder ersetzt noch den Rechtsweg neu eröffnet**, obliegt es der eigenverantwortlichen Entscheidung des Prüfungsteilnehmers, ob er sich auf die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens beschränkt, in dem die Prüfungsbewertungen verwaltungsintern „überdacht“ werden, oder ob er (auch) die gerichtliche (Rechtmäßigkeits-) Kontrolle der Prüfungsentscheidung anstrebt. In letzterem Fall muss er sich im Wege der Klage gegen den Prüfungsbescheid selbst wenden und darf diesen nicht bestandskräftig werden lassen.

Der Einwand des Kl., er dürfe nicht gezwungen sein, neben dem Nachprüfungsverfahren auch ein Klageverfahren anzustrengen, um den Eintritt der Bestandskraft des Prüfungsbescheids zu verhindern, ist nicht begründet: Der **Prüfungsteilnehmer ist stets „gezwungen“, ein gerichtliches Verfahren anzustrengen, um eine gerichtliche (Rechtmäßigkeits-)Kontrolle der Bewertung seiner Prüfungsleistungen zu erreichen**. Er muss deshalb stets auch **mittels einer Klageerhebung den Eintritt der Bestandskraft des Prüfungsbescheids verhindern**. Ob dabei das dem Kl. mögliche Verfahren des „Überdenkens“ der Prüfungsbewertungen zeitlich vor oder parallel zu einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren stattfindet ist - wie ausgeführt - rechtlich unerheblich. Im letzteren Fall wird das verwaltungsgerichtliche Verfahren auf Antrag des Kl. bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.“ (VGH München aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 233

### Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Fristversäumnis wegen Mittellosigkeit

ZPO

(BGH in NJW 2012, 2041; Beschluss vom 29.03.2012 – IV ZB 16/11)

1. Versäumt eine **mittellose Partei** die Frist zur Begründung der Berufung, so kommt eine **Wiedereinsetzung in den vorigen** Stand nach der Entscheidung über die Prozesskostenhilfe nur in Betracht, wenn die **Mittellosigkeit** für die **Fristversäumnung** kausal geworden ist.
2. Ist die Partei bei einer unbeschränkten Einlegung der Berufung bereits **anwaltlich vertreten** und reicht ihr Rechtsanwalt **zur Begründung des Prozesskostenhilfesuchs** noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eine vollständige, allerdings als **„Entwurf“ bezeichnete und nicht unterzeichnete Berufungsbegründungsschrift** ein, kann die mittellose Partei dessen ungeachtet glaubhaft machen, dass der Anwalt nicht bereit war, die Berufung ohne Bewilligung von Prozesskostenhilfe ordnungsgemäß und insbesondere fristgerecht zu begründen

**Fall:** Die Bekl. haben gegen das ihnen am 15.03.2010 zugestellte Urteil des LG, das der Klage im Wesentlichen stattgegeben hatte, durch Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten am 07.04.2010 Berufung eingelegt. In der Berufungsschrift heißt es weiter: „Die Berufungseinlegung erfolgt unbedingt. Wir bitten jedoch, die weitere Durchführung des Berufungsverfahrens so lange zurückzustellen, bis über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe gemäß dem anliegenden Prozesskostenhilfesuch entschieden worden ist. Für den Fall der Versagung der Prozesskostenhilfe behalten wir uns die Rücknahme des Rechtsmittels vor.“ Dem Prozesskostenhilfesuch vom selben Tage lag zur Begründung eine nicht unterschriebene und ausdrücklich als „Entwurf“ bezeichnete 24-seitige Berufungsbegründung bei. Innerhalb der am Montag, dem 17.05.2010 abgelaufenen Berufungsbegründungsfrist ist die Berufung nicht begründet worden.

Das BerGer. hat das Prozesskostenhilfesuch mit – den Bekl. am 14.04.2011 zugestelltem – Beschluss vom 01.04.2011 zurückgewiesen, weil die beabsichtigte Berufung nach Ablauf der Begründungsfrist keine Aussicht auf Erfolg habe. Mit einem am 09.05.2011 beim BerGer. eingegangenen Schriftsatz hat der Prozessbevollmächtigte der Bekl. die Berufung begründet und zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Das BerGer. hat die Berufung verworfen und die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt. Dagegen wandten sich die Bekl. mit der Rechtsbeschwerde. Wird diese Erfolg haben?

Die Rechtsbeschwerde wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, § 574 ZPO

##### 1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungs-voraussetzungen

Zuständig für die Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ist nach § 133 GVG der BGH. Zweifel hinsichtlich des Vorliegens der sonstigen allgemeinen Voraussetzungen bestehen nicht.

##### 2. Statthaftigkeit

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft gegen Beschlüsse, wenn dies **gesetzlich so vorgesehen** ist oder die sie **zugelassen** wurde. Nach § 522 I 1 ZPO hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die **Berufung als unzulässig zu verwerfen**, wobei diese Entscheidung **durch Beschluss** ergehen kann. Gegen den Beschluss findet **nach § 522 I 4 ZPO** die **Rechtsbeschwerde** statt. Es liegt daher in Fall vor, in welchem die Rechtsbeschwerde gesetzlich vorgesehen ist.

*„Die Rechtsbeschwerde [ist] und auch im Übrigen zulässig, weil eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist (§ 574 II Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Die angegriffene Entscheidung verletzt die **verfassungsrechtlich verbürgten** Ansprüche der Bekl. auf **rechtliches Gehör** (Art. 103 I GG) und **wirkungsvollen Rechtsschutz** (Art. 2 I GG i. V. mit dem Rechtsstaats-*

*prinzip). Das letztgenannte Verfahrensgrundrecht verbietet es den Gerichten, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (vgl. BGH, NJW2011, 230 Rn. 10; BGHZ151, 221 [227] = NJW2002, 3029; BGH, NJOZ2004, 290, jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

### 3. Beschwerdebefugnis

Eine Beschwerdebefugnis besteht ohne weiteres bei Vorliegen einer **formellen Beschwerde**. Der Beschwerdeführer ist **formell beschwert**, wenn das Gericht seine Berufung als unzulässig verwirft.

### 4. Form und Frist

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 575 ZPO binnen einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim Beschwerdegericht einzulegen. Von der Einhaltung der Frist ist hier auszugehen.

## II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der **Verletzung des Bundesrechts** oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt. Hier kommt eine Verletzung der Vorschriften über die Begründung der Berufung und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht.

Die Berufung ist nach § 520 II 1 ZPO grundsätzlich binnen 2 Monaten nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils zu begründen. Bis zum Ablauf dieser Frist am 17.05.2010 lag eine solche nicht vor. Die nicht anwaltlich unterzeichnete und als Entwurf bezeichnete Berufungsbegründung, welche dem Prozesskostenhilfeantrag zu dessen begründet beigefügt war, genügt diesen Anforderungen nicht (vgl. dazu BGH NJW 2011, 230 Rn. 13, 14). Grundsätzlich war das Gericht daher auch befugt, die Berufung nach § 522 I ZPO durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen.

Etwas anderes würde aber dann gelten, wenn das Berufungsgericht die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hätte gewähren müssen.

### 1. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten Fristen, zu denen auch die Frist zur Begründung von Berufung (§ 520 II 1 ZPO) gehört, gestellt werden.

### 2. ordnungsgemäße Antragstellung

- a) Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Der Antrag muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.
- b) Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO grundsätzlich innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das **Hindernis** zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung **behoben** ist. Geht es aber um die Frist zur **Begründung** der Berufung, so ist eine **Frist von einem Monat** einzuhalten. Der Beschluss wurde am 14.04.2011 zugestellt, so dass der am 09.05.2011 gestellte Wiedereinsetzungsantrag auch rechtzeitig war.
- c) Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 237 ZPO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die **Entscheidung über die nachgeholt Prozesshandlung** zuständig ist. Auch dies ist hier geschehen.

### 3. Rechtsschutzbedürfnis

Trotz Versäumung einer wiedereinsatzfähigen Frist kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis für einen Wiedereinsetzungsantrag fehlen, wenn die versäumte **Prozesshandlung überholt** ist oder die **Versäumung keine nachteiligen Folgen** für den Antragsteller hat. Dies ist hier allerdings der Fall.

### 4. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde die Berufungsbegründung nachgeholt.

### 5. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

#### a) Mittellosigkeit als Wiedereinsetzungsgrund

*„Die Mittellosigkeit einer Partei stellt einen Entschuldigungsgrund i. S. von § 233 ZPO dar, wenn sie die Ursache für die Fristversäumung ist. Das ist dann der Fall, wenn sich die Partei infolge der Mittellosigkeit außer Stande sieht, einen Rechtsanwalt mit der Einlegung und Begründung ihres Rechtsmittels zu beauftragen (BGH, NJW2011, 230 Rn. 19; NJW1966, 203; NJW1999, 3271 [unter II 3 b cc]; NJW2008, 2855 Rn. 4). Ist – wie hier – die bedürftige Partei bereits anwaltlich vertreten und legt ihr Rechtsanwalt uneingeschränkt Berufung ein, muss sie glaubhaft machen, dass der Anwalt nicht bereit war, die wirksam eingelegte Berufung im Weiteren ohne Bewilligung von Prozesskostenhilfe ordnungsgemäß und insbesondere fristgerecht zu begründen (vgl. BGH, NJW 2011, 230; NJW 2008, 2855).“ (BGH aaO)*

#### b) Prüfungsmaßstäbe

Vorliegend war dem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe aber schon ein 24-seitiger Begründungsentwurf beigefügt. Da hiermit die wesentliche anwaltliche Tätigkeit schon erfolgt war, ist fraglich, ob die vorstehenden Voraussetzungen angenommen werden können.

*„Das ist keine Rechts-, sondern eine Sachverhaltsfrage, die das Gericht im Wiedereinsetzungsverfahren auf Grund der für die Wahrscheinlichkeitsfeststellung i. S. von § 236 II 1 Halbs. 2 i. V. mit § 294 I ZPO gebotenen Prüfung der Fallumstände beantworten muss (vgl. dazu Zöller/Geimer/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 294 Rn. 1 u. 6). Wie das BerGer. noch zutreffend darlegt, wird im Regelfall vermutet, eine Partei sei bis zur Entscheidung über ihr Prozesskostenhilfegesuch so lange als schuldlos an der Fristwahrung gehindert anzusehen, wie sie nach den gegebenen Umständen vernünftigerweise nicht mit einer die Prozesskostenhilfe ablehnenden Entscheidung rechnen muss.“*

*Erschüttern besondere Fallumstände diese Vermutung, ist die vorgenannte Beweisfrage damit noch nicht unwiderleglich beantwortet, sondern muss das Gericht prüfen, ob eine Kausalität der Mittellosigkeit für das Fristversäumnis anderweitig glaubhaft gemacht ist. Selbst wenn dies misslingt, ist der Partei unter Umständen noch Gelegenheit zum Beweisantritt zu geben (vgl. für den Fall, dass es einer eidesstattlichen Versicherung keinen Glauben schenken will, BGH, NJOZ2011, 648 = MDR2010, 648).“ (BGH aaO)*

#### c) Anwendung auf den Fall

Hier könnten besondere Fallumstände vorliegen, da mit dem Prozesskostenhilfeantrag bereits der Entwurf einer Berufungsbegründung beigefügt war.

*„Hier haben die Bekl. glaubhaft gemacht, ihr Rechtsanwalt sei nicht bereit gewesen, ohne Vorschusszahlung oder Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Berufungsverfahren weitergehend für sie tätig zu werden. Das ergibt die in der Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs enthaltene anwaltliche Erklärung. Gründe, die deren Glaubhaftigkeit erschütterten, sind nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)*

Nach § 78 I ZPO benötigen die Parteien im **Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten** einen **Rechtsanwalt**, um ihre ordnungsgemäße Vertretung zu gewährleisten. Zu seinen Aufgaben zählt nicht allein die **Anfertigung von Schriftsätzen**, er muss auch die Verantwortung für deren Inhalt durch seine Unter-

schrift übernehmen und die so dokumentierten Erklärungen dem Gericht gegenüber wirksam abgeben. Im Übrigen hat er daneben die gesamte Prozessführung für seine Partei zu übernehmen.

*„Von einer Wahrnehmung all dieser Aufgaben kann keine Rede sein, wenn der Rechtsanwalt sich – wie er hier selbst erklärt hat – mit Blick auf das Prozesskostenhilfegesuch ausdrücklich darauf beschränkt, dem Gericht einen **nicht unterzeichneten Schriftsatzentwurf** zur Erläuterung des allein ordnungsgemäß gestellten Antrags auf Prozesskostenhilfe zur Verfügung zu stellen. Damit zeigt der Rechtsanwalt, dass er **bis zur Entscheidung über das Prozesskostenhilfegesuch nicht mehr bereit ist, anderweitige Prozesshandlungen zur Förderung des Berufungsverfahrens vorzunehmen.***

*Es besteht **Einigkeit**, dass in solchen Fällen eine **ordnungsgemäße Berufungsbegründung nicht vorliegt** (vgl. BGH, NJW2008, 2855 Rn. 3 mit Hinw. auf BGHZ165, 318 [320 f.] = NJW2006, 693; BGH, NJOZ2005, 3385 = FamRZ2005, 1537; Beschl. v. 25. 9. 2007 – I ZB 6/07, BeckRS2007, 18051, jew. m. w.N.).“ (BGH aaO)*

Der Umstand, dass der Beklagtenvertreter eine Berufungsbegründung entworfen hat, ist auch nicht geeignet, die Glaubhaftigkeit der anwaltlichen Bekundung zu erschüttern, er sei ohne Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht bereit gewesen, die Bekl. in der Berufungsinstanz weitergehend zu vertreten.

*„Das Verhalten des Rechtsanwalts belegt vielmehr auch objektiv, dass er – wie behauptet – seine **Tätigkeit im Berufungsrechtszug** allein auf die **Einlegung des Rechtsmittels** und die **Stellung des Prozesskostenhilfegesuchs** beschränken wollte (vgl. dazu auch Zimmermann, FamRZ2008, 1521 [1522]; Benkelberg, AGS 2008, 426 [428, 429]; Engels, AnwBl2008, 720). Dass bereits mit der Einlegung der Berufung die **Gebühr aus Nr. 3200 VV-RVG anfällt** (vgl. dazu E. Schneider, ZAP Fach 13 S. 1521, 1522), kann die Glaubhaftigkeit der anwaltlichen Erklärung insoweit nicht erschüttern, weil davon die Frage zu unterscheiden ist, ob auch die **Begleichung dieser Gebühr gewährleistet** ist. Die vorgenannte Gebührenvorschrift hindert nicht, zunächst nur ein eingeschränktes Mandat zu vereinbaren, das lediglich die Berufungseinlegung und Stellung eines Prozesskostenhilfegesuchs umfasst. Die Berufungseinlegung verpflichtet den Rechtsanwalt nicht dazu, ohne Einschränkung alle weiteren im Berufungsrechtszug gebotenen Tätigkeiten zu erbringen, die die Gebühr aus Nr. 3200 VV-RVG abdeckt. Das belegt schon § 9 RVG, kraft dessen **sowohl für entstandene als auch noch entstehende Gebühren ein Vorschuss** verlangt werden kann. Wird dieser vom Auftraggeber nicht bezahlt, kann der Rechtsanwalt weitere Tätigkeiten ablehnen (vgl. OLG Hamm, RVGreport 2011, 238 = BeckRS2011, 07412; N. Schneider, in: AnwKomm-RVG, 5. Aufl., § 9 Rn. 77, 78). Ihm steht insoweit ein **Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB** zu.*

*Kündigt er – wie hier – schon bei der Berufungseinlegung an, **bis zur Entscheidung über ein zugleich gestelltes Prozesskostenhilfegesuch das Berufungsverfahren nicht weiter fördern zu wollen**, liegt auch kein Fall vor, in dem die anwaltliche Vertretung treuwidrig „zur Unzeit“ eingestellt und deshalb das anwaltliche Zurückbehaltungsrecht verwirkt wird (vgl. dazu OLG Hamm, RVGreport 2011, 238 = BeckRS2011, 07412; N. Schneider, § 9 Rn. 77, 78). Es stellt mithin auch keine über § 85 II ZPO der Partei zurechenbare schuldhaftige Pflichtverletzung dar, wenn der Rechtsanwalt – selbst nach wirksamer Berufungseinlegung – die Berufungsbegründung von einem Vorschuss oder der Bewilligung von Prozesskostenhilfe abhängig macht.“ (BGH aaO)*

Folglich war davon auszugehen, dass der Beklagtenvertreter vor Bewilligung der Prozesskostenhilfe zu weiteren Prozesshandlungen, insbesondere zur Einreichung einer wirksamen Berufungsbegründung, nicht bereit war, so dass die Mittellosigkeit der Partei die Ursache für die Fristversäumnis war. Dem Wiedereinsetzungsantrag hätte damit stattgegeben werden müssen.

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung nach §§ 233, 234 ZPO lagen daher vor. Bei einer Wiedereinsetzung in die Berufungsbegründungsfrist hätte die Berufung aber nicht als unzulässig verworfen werden dürfen, so dass die Rechtsbeschwerde begründet ist.

## Wirkungen des Zuschlags in der Zwangsversteigerung Eigentumsübergang auch bei unrichtigem Grundbuch

(OLG Brandenburg in NZI 2012, 774; Urteil vom 28.06.2012 – 5 U 151/09)

1. Der Zuschlag ist ein originärer öffentlich-rechtlicher Eigentumsübertragungsakt mit der Bedeutung eines Richterspruchs.
2. Der Eigentumswechsel tritt deshalb auch ein, wenn das Grundbuch unrichtig war und Eigentum einer anderen Person als des Schuldners zugeschlagen wurde.
3. Eine von der rechtmäßigen Grenze abweichende Katastergrenze (Buchgrenze) wird durch den Zuschlag zur rechtmäßigen Grenze
4. Hierbei kommt es nicht auf guten oder bösen Glauben des Erwerbers kommt an.
5. Der Zuschlag schuldnerfremden Eigentums ist **Folge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs** und hat dient damit der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Bestands- und Verkehrsschutz.

**Fall:** Die Kl. ist Eigentümerin des im Grundbuch von L. des AG B gebuchten Grundstücks Flur 1, Flst. 2 mit einer dort ausgewiesenen Größe von 2760 qm. Die Bekl. haben das an dieses Grundstück südlich angrenzende, im nämlichen Grundbuch eingetragene Grundstück Flur 1, Flst. 1 mit einer dort ausgewiesenen Größe von 1710 qm durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung je zur ideellen Hälfte erworben. Die Kl. berührt sich Grundeigentums, das dem gegebenen Besitzstand entspricht. Die Bekl. beanspruchen Eigentum, wie es sich aus der Skizze zur Grenzniederschrift des öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs P ergibt.

Hiernach wäre das unlängst sanierte Wohnhaus der Kl. wesentlicher Bestandteil des Grundstücks der Bekl. Die Parteien haben ihre Eigentumsansprüche erstinstanzlich mit wechselseitigen Feststellungsklagen verfolgt. Das LG hat beide Klagen mangels Feststellungsinteresses (§ 256 I ZPO) als unzulässig abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass sich die begehrte Feststellung in der Vorbereitung (Verhinderung) einer Vindikationsklage erschöpfe. Eine solche hätten die Parteien jedoch nicht zu vergegenwärtigen, weil die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs jedenfalls auf unzulässige Rechtsausübung hinauslaufen würde. Dieser Wertung hat das LG in tatsächlicher Hinsicht zu Grunde gelegt, dass der gegebene Besitzstand seit Neubebauung nach einem Brand im Jahre 1880 unverändert sei. Gegen das ihnen am 22. und 23.09.2009 zugestellte Urteil wenden sich die Parteien mit ihren am 19. und 20.10.2009 eingelegten Berufungen, die die Kl. am 20.11.2009 und die Bekl. nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 23.12.2009 am 22.12.2009 begründet haben.

Die Kl. sucht ihre Behauptung eines dem tradierten Besitzstand entsprechenden Grenzverlaufs im Wesentlichen damit zu belegen, dass eine diesen ausweisende Reinkarte von 1866 die Grundlage des Liegenschaftskatasters bilde.

Die Bekl. führen ihre Behauptung des Grenzverlaufs ebenfalls auf die überlieferten Katasterunterlagen zurück, die der Vermesser P sämtlich seiner Vermessung zu Grunde gelegt habe. Die Bekl. sind der Auffassung, dass sie mit Zuschlag die im Grundbuch durch Bezugnahme auf das Kataster ausgewiesene Liegenschaft erworben hätten, wie sie im Übrigen auch aus dem Gutachten zur Ermittlung des Verkehrswerts beigehefteten Auszug aus dem Liegenschaftskataster ersichtlich sei. Wie beurteilen Sie die ursprünglich erhobenen Feststellungsklagen?

### I. Zulässigkeit der Feststellungsklagen

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Feststellungsklagen stellt sich allein die Frage, ob an den begehrten Feststellungen ein berechtigtes Feststellungsinteresse besteht.

*„Klage und Widerklage sind mit ihren Anträgen zulässig. Ein **rechtliches Interesse** der Parteien an den beantragten Feststellungen i. S. von § 256 I ZPO ergibt sich schon daraus, dass sie der **räumlich-gegenständlichen Klärung ihres Grundeigentums** (§ 903 BGB) dienen. Entgegen der Auffassung des LG beschränken sich die Rechtswirkungen des Eigentums nicht auf den auf ihm beruhenden Herausgabeanspruch gegen den Besitzer (§ 985 BGB). Die Feststellungsanträge **erschöpfen sich auch nicht in der Leugnung des jeweils anderen**, so dass die Zulässigkeit beider zu bejahen ist.“* (OLG Brandenburg aaO)

### II. Begründetheit der Feststellungsklagen

Die Frage nach der Begründetheit der Feststellungsklage und damit nach dem Grenzverlauf und der jeweiligen Eigentümerstellung ist danach zu beantworten, ob es überhaupt auf die objektive Rechtslage ankommt. Die Beklagten haben das Grundstück im Rahmen der Zwangsversteigerung nach § 90 I ZVG erworben. Insofern könnte allein maßgeblich sein, wie die Grundstücksbestimmung im Rahmen der Zwangsversteigerung ausgefallen ist.

## 1. rechtliche Einordnung des Zuschlagsbeschlusses

„Grundsätzlich erwirbt der Ersterer mit Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses das Grundstück gem. § 90 I ZVG, wie es im Grundbuch und dem Liegenschaftskataster gem. § 2 II GBO verzeichnet ist (Dassler/Schiffhauer/Hintzen, ZVG, 13. Aufl. [2008], § 90 Rn. 7; Stöber, ZVG, 19. Aufl. [2009], § 90 Rn. 2.4). Da der Zuschlag das Versteigerungsobjekt anhand dieser Angaben benennt, kommt eine Auslegung des Zuschlagbeschlusses nach Kriterien, die für unvermessene Grundstücke gelten, nicht in Betracht (vgl. dazu BGH, Urt. v. 15. 3. 1996 – V ZR 273/94, Rpfleger 1996, 417 Rn. 12 ff.).

Der Zuschlag ist ein **originärer öffentlich-rechtlicher Eigentumsübertragungsakt** (BGHZ 112, 59 = NJW 1990, 2744 Rn. 11; RGZ 60, 48 [54]) mit der Bedeutung eines Richterspruchs (RGZ 129, 155 [159]). Der Eigentumswechsel tritt deshalb auch ein, wenn das Grundbuch unrichtig war und Eigentum einer anderen Person als des Schuldners zugeschlagen wurde (RG bei Gruchot 1954, 398 [400], und st. Rspr.; Stöber, § 90 Rn. 2.4). Eine **von der rechtmäßigen Grenze abweichende Katastergrenze (Buchgrenze) wird durch den Zuschlag zur rechtmäßigen Grenze** (Bengel/Simmerding, Grundbuch, Grundstück, Grenze, 5. Aufl. [2000], § 22 GBO Rn. 64). Auf guten oder bösen Glauben des Erwerbers kommt es hierbei nicht an (RG bei Gruchot 1954, 398 [400]; OLG Dresden, ZfIR 2010, 545 = BeckRS 2010, 11613 Rn. 30; Stöber, § 90 Rn. 2.1). Der nicht eingetragene Eigentümer muss sich der Zwangsversteigerung seines Eigentums daher beizeiten mit den in § 37 Nr. 5 ZVG bezeichneten Maßnahmen erwehren (vgl. RG bei Gruchot 1954, 398 [400]; OLG Koblenz, JurBüro 1988, 1734; Stöber, § 37 Rn. 6.2 ff.).“ (OLG Brandenburg aaO)

## 2. verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit

Allerdings könnte es gegen Art. 14 I GG verstoßen, wenn der Staat durch einen Hoheitsakt Eigentum an einer Sache verschafft, bezüglich derer eine Verwertungsberechtigung zwar formal juristisch besteht, die jedoch materiell-rechtlich nicht dem Schuldnervermögen zuzuordnen ist, dessen Verwertung die Versteigerung, in deren Rahmen der Zuschlag erfolgt, dient.

„Die dagegen von der Kl. erhobenen **verfassungsrechtlichen Bedenken** teilt der Senat nicht (s. dazu auch die Grundsatzkritik Bohnerts, Vom zuschlagenden Staat, z. Veröff. in ZZZ best., an den von ihm selbst als „lex lata positiva“, also als geltendes [einfaches] Recht erkannten Zuschlagswirkungen). Der Zuschlag schuldnerfremden Eigentums ist **letztlich Folge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs** (vgl. BGH, NJW 1973, 1077 Rn. 7; RGZ 73, 125 [129 f. ]) und damit Funktion **praktischer Konkordanz** (Konrad Hesse) **zwischen Bestands- und Verkehrsschutz**. Den öffentlichen Glauben des Grundbuchs muss auch das Vollstreckungsgericht seinen Maßnahmen zu Grunde legen (allg. Ansicht, statt vieler Bassenge, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. [2012], § 891 Rn. 1).“ (OLG Brandenburg aaO)

## 3. Reichweite des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs

Fraglich ist jedoch, von welchem Inhalt des Grundbuchs hier auszugehen ist, da die Grenzziehung laut Liegenschaftskataster von der Grenzziehung unter Einbeziehung anderer Unterlagen abweicht.

„Es besteht heute im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass sich die **Richtigkeitsvermutung des Grundbuches nach § 891 BGB auch auf den sich aus dem Liegenschaftskataster ergebenden Grenzverlauf erstreckt** (BGH, NJW-RR 2006, 662 Rn. 8 m. w. Nachw.; a. A. Bohnert, JZ 2011, 775 [779]). Nach § 2 II GBO werden die Grundstücke im Grundbuch nach dem Liegenschaftskataster benannt. Der Grenzverlauf kann danach in aller Regel und so auch hier über die in Spalte 3 b des Bestandsverzeichnisses des Grundbuches eingetragene Parzellenummer in Verbindung mit der Katasterkarte erschlossen werden. Der **öffentliche Glaube** erstreckt sich dann, wenn eine Flurkarte in den Grenzangaben mit den maßgeblichen Unterlagen nicht übereinstimmt, auf die **nach außen in Erscheinung tretende Flurkarte**.

Nur wenn die Angaben in der in sich **widerspruchsvoll oder ersichtlich mehrdeutig** sind, ist die Karte allein nicht als Grundlage für den öffentlichen Glauben geeignet (BGH, NJW 1973, 1077 Rn. 7). Schon aus diesem Grund war das Zwangsversteigerungsgericht bis zur Widerlegung der Richtigkeitsvermutung durch Beweis des Gegenteils nicht gehalten, eigene Ermittlungen zu den Grenzen des beschlagnahmten Grundstücks anzustellen.“ (OLG Brandenburg aaO)

Da die Angaben der dem Grundbucheintragung zugrundeliegenden Flurkarte insofern nicht in sich widersprüchlich oder mehrdeutig sind, erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs im Hinblick auf die Ausdehnung des mit dem Zuschlag übereigneten Grundstücks auf den Grenzverlauf, wie er auch der Flurkarte ersichtlich ist.

## 4. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung

Der Berufung der Beklagten auf den aus der Flurkarte ersichtlichen Grenzverlauf könnte allerdings der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen.

**a) Voraussetzungen für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung**

„Zwar geht der BGH (BGHZ 53, 47 = NJW 1970, 565 Rn 8) im Anschluss an die Rechtsprechung des RG (HRR 1933 Nr. 588) davon aus, dass die **Berufung auf die Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses** gegenüber dem **Einwand der unzulässigen Rechtsausübung** ohne Erfolg bleibt, wenn die Rechtsverfolgung mit den Regeln von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist (§ 242 BGB). Ein solches **gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten** ist nur dann zu bejahen, wenn zu der Ausnutzung der Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses **noch besondere Umstände hinzutreten**, welche die Ausnutzung als unzulässige Rechtsausübung erscheinen lassen. Es kann in dieser Hinsicht nichts anderes gelten wie bei der Ausnutzung eines als sachlich unrichtig erkannten Urteils, die auch nur beim Hinzutreten besonderer Umstände als sittenwidrig i. S. des § 826 BGB anzusehen ist (BGHZ 53, 47 = NJW 1970, 565). Diese Gesichtspunkte können jedoch **nicht** schon bei der Feststellung des Grenzverlaufs und damit der **räumlich-gegenständlichen Reichweite des Zuschlags**, sondern erst bei der Geltendmachung eines aus ihm resultierenden Anspruchs bedeutsam werden. Denn **treu- und sittenwidrig** wäre auch in diesem Fall **nicht der Zuschlag, sondern seine Ausnutzung** namentlich als Herausgabebetitel (§ 93 I 1 ZVG), dem der Besitzer gegebenenfalls die Einrede unzulässiger Rechtsausübung entgegen halten kann (§ 93 I 3 ZVG i. V. mit § 771 ZPO).“ (OLG Brandenburg aaO)

**b) Anwendung auf den Fall**

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben im vorliegenden Fall von einer unzulässigen Rechtsausübung auszugehen ist, welcher der begehrten Feststellung entgegensteht.

„Im Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass das **Liegenschaftskataster nicht dem tradierten Besitzstand** entspricht, sondern die Grenze zwischen den Grundstücken wie aus der Skizze zur Grenzniederschrift des öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs P ersichtlich verläuft. Der Sachverständige hat die dementsprechende Behauptung der Bekl. „in geometrischer und katastertechnischer Hinsicht als zutreffend eingestuft“. Bei dem im **Liegenschaftskataster** verzeichneten Grenzverlauf handele es sich um eine geometrisch und vermessungstechnisch **eindeutig festgelegte und reproduzierbare Grenze**, die entsprechend der Skizze zur Grenzniederschrift des Vermessungsingenieurs P in die Örtlichkeit übertragbar sei. Festlegung und Übertragbarkeit hat der Sachverständige im Termin im Einzelnen überzeugend anhand des Kartenmaterials dargestellt und erläutert. Dagegen erinnert die Kl. auch nichts. Ihre Einwendungen zielen – von ihrem Rechtsstandpunkt aus konsequent – vielmehr im Wesentlichen darauf ab, dass ein dem tradierten Besitzstand entsprechender Grenzverlauf aus der Reinkarte von 1866 ableitbar ist und – nachdem der Sachverständige dies verneint hat – dieser Grenzverlauf zumindest auf die Separationskarte von 1855 als erster Nachweis einer anerkannten Grenze zurückgeführt werden kann.“ (OLG Brandenburg aaO)

Somit berufen sich die Beklagten lediglich auf die Wirkungen des Zuschlags hinsichtlich der nunmehr geltenden Grenzen.

„Auf den Grenzverlauf vor Zuschlag des Grundstücks der Bekl. kommt es nicht an. Mit dem Zuschlag steht fest, dass die im Liegenschaftskataster ausgewiesenen Grenzen, deren Richtigkeit bis dahin lediglich widerlegbar vermutet wurde (§ 891 BGB), die richtigen Grenzen sind, weil er Eigentum in diesen Grenzen neu begründet hat.“ (OLG Brandenburg aaO)

**Ergebnis:** Die Klage ist unbegründet, die Widerklage ist begründet. Das Eigentum steht den Beklagten wie behauptet zu.

**Verwertungsverbot**  
**Rechtswidrig erhobene personenbezogene Informationen**  
(BVerfG in NSTz 2012, 496; Beschluss vom 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09)

Die Rspr. des BGH, dass nach § 261 StPO rechtswidrig erhobene oder erlangte personenbezogene Informationen gleichwohl verwertet werden können, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerden richteten sich gegen strafrechtliche Verurteilungen. Sie betreffen die Fragen, ob personenbezogene Informationen aus einer präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung in einem Urteil verwertet werden durften und ob die Annahme einer Betrugsstrafbarkeit durch den Abschluss von Lebensversicherungen mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG vereinbar ist.

Das BVerfG (BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999) hatte festgestellt, dass Vorschriften der StPO über die akustische Wohnraumüberwachung unvereinbar mit dem Grundgesetz sind, weil sie keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung enthielten. Gleichzeitig wurde die bis Juni 2005 befristete Fortgeltung der betroffenen Vorschriften unter Berücksichtigung des Schutzes der Menschenwürde und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angeordnet.

Die Bf. sind im Jahre 2007 erstinstanzlich u.a. wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung bzw. deren Unterstützung jeweils zu mehrjährigen Freiheitsstrafen verurteilt worden. Nach den strafgerichtlichen Feststellungen planten die Bf. zur Beschaffung von Geldmitteln für die Organisation Al Qaida, Lebensversicherungsverträge abzuschließen, um sodann durch Vorlage noch in Ägypten zu beschaffender unrichtiger amtlicher Dokumente den tödlichen Unfall eines der Bf. vorzutäuschen und das jeweilige Versicherungsunternehmen zur Auszahlung der Versicherungssumme zu veranlassen. Die Verurteilung beruhte u.a. auf den Erkenntnissen aus einer präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung, die im Jahre 2004 vor Einleitung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen die Bf. über mehrere Monate wegen des Verdachts der Planung terroristischer Anschläge durchgeführt worden war. Die richterliche Anordnung dieser Überwachungsmaßnahmen erging auf Grundlage des § 29 RhPfPOG, wonach eine Wohnraumüberwachung als polizeiliche Präventivmaßnahme zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbes. zur Verhütung schwerwiegender Straftaten, durchgeführt werden kann. Die im Jahre 2004 geltende Fassung des § 29 RhPfPOG enthielt keine Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Die Vorgaben des BVerfG zum Kernbereichsschutz (BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999) wurden 2005 durch die Einführung entsprechender ergänzender Regelungen des § 29 RhPfPOG umgesetzt.

Die **Verwertung von Erkenntnissen aus der Wohnraumüberwachung verletzt die Bf. nicht in Grundrechten** oder grundrechtsgleichen Rechten.

I. Die Verwertung von Erkenntnissen aus der Wohnraumüberwachung verletzt die Bf. nicht in ihrem **Recht auf ein faires Strafverfahren** (Art. 2 II 2 i.V.m.Art. 20 III GG).

1. Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im **Rechtsstaatsprinzip** i. V. mit den Freiheitsrechten und Art. 1 I GG und gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens.

vgl. BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719; BVerfGE 86, 288 = NJW 1992, 2947; BVerfGE 118, 212 = NJW 2007, 2977; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469; BVerfGE 38, 105 = NJW 1975, 103; BVerfGE 46, 202 = NJW 1978, 151

• Am Recht auf ein faires Verfahren ist die Ausgestaltung des Strafprozesses zu messen, wenn und soweit keine spezielle verfassungsrechtliche Gewährleistung existiert.

vgl. BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719; BVerfGE 109, 13 = NJW 2004, 141; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469

• Das Recht auf ein faires Verfahren **enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote**; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist.

vgl. BVerfGE 57, 250; BVerfGE 63, 45 = NJW 1983, 1043; BVerfGE 64, 135 = NJW 1983, 2762; BVerfGE 70, 297 = NJW 1986, 767; BVerfGE 86, 288 = NJW 1992, 2947; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469

- Bei der Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren muss zudem der **Beschleunigungsgrundsatz** berücksichtigt werden, der zwar in erster Linie den Interessen des Beschuldigten dient, aber auch eng mit dem rechtsstaatlichen Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege verknüpft ist.

vgl. BVerfGE 41, 246 = NJW 1976, 413; BVerfGE 63, 45 = NJW 1983, 1043; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469

2. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener oder erlangter Informationen ist am **Recht auf ein faires Verfahren** zu messen.

- a) Es existiert keine andere verfassungsrechtliche Gewährleistung, aus der sich ein vollständiger Maßstab für die Verwertbarkeit von rechtswidrig erhobenen oder verwendeten Informationen ergibt. Soweit es um die Verwertung personenbezogener Informationen geht, ist zwar auch das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** berührt. Die Frage eines Verwertungsverbots kann sich aber auch in Bezug auf Informationen stellen, deren Gewinnung oder Verwertung nicht oder nicht nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angekl. berührt.

Insbes. müssen dem Angekl. – unabhängig von der Frage, ob die Verwertung einer Information sein allgemeines Persönlichkeitsrecht berührt – hinreichende Möglichkeiten verbleiben, auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen.

vgl. BVerfGE 26, 66 = NJW 1969, 1423; BVerfGE 41, 246 = NJW 1976, 413; BVerfGE 46, 202 = NJW 1978, 151; BVerfGE 54, 100 = NJW 1980, 1943; BVerfGE 63, 332 = NJW 1983, 1726; BVerfGE 64, 135 = NJW 1983, 2762; BVerfGE 65, 171; BVerfGE 66, 313 = NJW 1984, 113; BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305

Außerdem sind Mindestanforderungen an eine **zuverlässige Wahrheitserforschung** zu wahren.

vgl. BVerfGE 57, 250; BVerfGE 70, 297 = NJW 1986, 767; BVerfGE 77, 65 = NJW 1988, 329; BVerfGE 86, 288 = NJW 1992, 2947; BVerfGE 118, 212 = NJW 2007, 2977

Wegen der **umfassenderen Schutzwirkung** des Rechts auf ein faires Verfahren sind die Auswirkungen eines Rechtsverstößes bei der Informationserhebung oder -verwendung daher in erster Linie an dieser Gewährleistung zu messen.

vgl. BVerfGE 13, 290 = NJW 1962, 437; BVerfGE 64, 229 = NJW 1983, 2811; BVerfGE 65, 104 = NJW 1984, 603; BVerfGE 75, 348 = NJW 1988, 757

- b) Ein **Beweisverwertungsverbot** stellt von Verfassungs wegen eine **begründungsbedürftige Ausnahme** dar, weil es die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung oder Widerlegung des Verdachts strafbarer Handlungen einschränkt und so die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigt. Grundrechtsverletzungen, zu denen es außerhalb der Hauptverhandlung gekommen ist, führen daher nicht zwingend dazu, dass auch das auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstößt.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Beweisverwertungsverbot geboten, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstößes dazu führen, dass dem Angekl. keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben, die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem **unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** führen würde. Zudem darf eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen würden, nicht bejaht werden, wo dies zu einer **Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen** führen würde. Ein Beweisverwertungsverbot kann daher insbes. nach **schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen**, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten sein (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfGE 125, 260 = NJW 2010, 833).

- c) Nach diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben liegt kein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren vor.

- aa) **Rechtsgrundlage** für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil ist **§ 261 StPO**. Dem Wortlaut dieser Vorschrift lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Verwertung rechtswidrig erhobener oder erlangter Informationen nicht oder nur eingeschränkt zulässig ist.

*„Die StPO enthält keine allgemeinen Regelungen zu der Frage, welche Rechtsfolgen eine rechtswidrige Erhebung oder Verwendung von Informationen nach sich zieht; dies ist nur ausnahmsweise geregelt (vgl. § 136a III 2 StPO). Auch Verwendungs- und Verwertungsverbote, die nicht an eine rechtswidrige Informationserhebung oder -verwendung anknüpfen, sind jeweils nur für Einzelfälle ausdrücklich angeordnet (vgl. etwa §§ 100a IV 2, 100c V 3, VI 2, 100d V Nr. 1, 100i II 2, 108 II und III, 160a I 2, II 3, 161 II 1, III, 477 II 2 StPO; vgl. zur uneinheitlichen gesetzlichen Terminologie Allgayer/Klein wistra 2010, 130).*

*Nach st. Rspr. des BGH führt ein Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung nicht ohne Weiteres zur Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse (vgl. BGHSt 24, 125 = NJW 1971, 1097; BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463; BGHSt 44, 243 = NJW 1999, 959). Es bedarf in jedem Einzelfall einer Abwägung der für und gegen die Verwertung sprechenden Gesichtspunkte (vgl. BGHSt 31, 304 = NJW 1983, 1570; BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463; BGHSt 44, 243 = NJW 1999, 959). Für die Verwertbarkeit spricht stets das **staatliche Aufklärungsinteresse**, dessen Gewicht im konkreten Fall vor allem unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, der Intensität des Tatverdachts und der Schwere der Straftat bestimmt wird. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, welches Gewicht der Rechtsverstoß hat. Dieses wird im konkreten Fall vor allem dadurch bestimmt, ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde, welchen **Schutzzweck** die verletzte Vorschrift hat, ob der Beweiswert beeinträchtigt wird, ob die Beweiserhebung hätte rechtmäßig durchgeführt werden können und wie schutzbedürftig der Betroffene ist.“ (BVerfG aaO)*

- bb) Die **Abwägungslösung des BGH** und die von ihm herangezogenen Kriterien **entsprechen den verfassungsrechtlichen Anforderungen**, die sich aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergeben.

*„Es begegnet keinen Bedenken, dass ein Verwertungsverbot nach einem Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder -verwendung von einem Widerspruch in der Hauptverhandlung abhängig gemacht wird. Dies trägt einerseits dem Interesse des Angekl. an einer möglichst weitreichenden **Dispositionsbefugnis** Rechnung und gewährleistet andererseits, dass eine Beanstandung sowie die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen noch während der Hauptverhandlung geprüft werden können, damit rechtzeitig Klarheit für deren weiteren Verlauf geschaffen wird. Auch die Erforderlichkeit einer Verfahrensrüge im Revisionsverfahren ist unbedenklich, solange an deren Begründung keine überspannten Anforderungen gestellt werden (vgl. BVerfGE 63, 45 = NJW 1983, 1043; BVerfGE 112, 185 = NJW 2005, 1999).*

*Das BVerfG beschränkt sich auf die Kontrolle, ob die Fachgerichte in verfassungsrechtlich erheblicher Weise den Schutzbereich einer verletzten Norm und eines betroffenen Grundrechts verkannt, die weiteren Anforderungen für die Annahme eines Verwertungsverbots nach einem Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder -verwendung überspannt und rechtsstaatliche Mindeststandards gewahrt haben.“ (BVerfG aaO)*

- II. Die Verwertung von Informationen, die durch die Wohnraumüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen gewonnen wurden, verletzt die Bf. auch nicht in ihrem **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.

1. Die **Verwertung personenbezogener Informationen** in einer gerichtlichen Entscheidung **greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein** (vgl. BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BVerfGK 14, 20).

*„Das durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst als besondere Ausprägungen u.a. das Recht am eigenen Wort, das Recht am eigenen Bild und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 35, 202 = NJW 1973, 1226; BVerfGE 54, 148 = NJW 1980, 2070; BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BVerfGE 118, 168 = NJW 2007, 2464). Abhängig von der Art der in der strafgerichtlichen Entscheidung verwerteten Informationen kann ein Eingriff in das Recht am eigenen Bild (vgl. § 267 I 3 StPO) oder in das Recht am eigenen Wort (durch die Wiedergabe einer Äußerung) vorliegen (vgl. BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BVerfG NJW 1992, 815 = NZA 1992, 307; BVerfG NZA 2002, 284). Ist keine speziellere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen, greift die Verwertung von personenbezogenen Informationen jedenfalls in das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** ein. Dieses Recht gewährleistet die Befugnis, grds. selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu entscheiden (vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419; BVerfGE 78, 77 = NJW 1988, 2031; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939).“ (BVerfG aaO)*

2. Die Rechtsgrundlage für die Verwertung personenbezogener Informationen in einem strafgerichtlichen Urteil bildet **§ 261 StPO**. Diese **Vorschrift ist verfassungsgemäß**.

a) Als Rechtsgrundlage für die Verwertung personenbezogener Informationen entspricht § 261 StPO dem **Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit**.

Nach §§ 155, 264 StPO erfolgt die Informationsverwertung allein zur Sachverhaltsaufklärung und -feststellung, soweit dies im Rahmen der angeklagten prozessualen Tat für die richterliche Entscheidungsfindung erforderlich ist.

vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; BVerfGE 124, 43 = NJW 2009, 2431

b) § 261 StPO entspricht bei verfassungskonformer Anwendung, die in Ausnahmefällen ein Verwertungsverbot anerkennt, dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Unverhältnismäßige Eingriffe sind bereits durch die Verfahrensstruktur regelmäßig ausgeschlossen; verbleibenden Ausnahmefällen kann durch ein Verwertungsverbot begegnet werden.

aa) In Strafverfahren wird, soweit es um die Verwertung rechtmäßig erhobener Daten geht, die Verhältnismäßigkeit der Informationsverwertung im Urteil in aller Regel bereits durch Beschränkungen der vorangehenden Informationserhebung gewährleistet, da **zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen und Beweiserhebungen nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig** sind.

*„Dies ist insbes. der Fall, wenn diese in **Grundrechte mit qualifiziertem Schrankenvorbehalt** eingreifen (vgl. zur akustischen Wohnraumüberwachung BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999; zur Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten BVerfGE 107, 299 = NJW 2003, 1787; BVerfGE 125, 260 = NJW 2010, 833; zur Telekommunikationsüberwachung BVerfG BeckRS 2011, 56461). Außerdem muss bei jeder strafprozessualen Eingriffsmaßnahme im Einzelfall der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein (vgl. zur Zeugenvernehmung BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 38, 312 = NJW 1975, 588; zur Beschlagnahme BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; BVerfGE 44, 353 = NJW 1977, 1489; zur Wohnungsdurchsuchung BVerfGE 96, 44 = NJW 1997, 2165; BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; BVerfGE 124, 43 = NJW 2009, 2431; zu körperlichen Untersuchungen BVerfGE 16, 194 = NJW 1963, 1597; BVerfGE 17, 108, 117 = NJW 1963, 2368; BVerfGE 27, 211 = NJW 1970, 505; zur Auskunft über Telekommunikationsverkehrsdaten BVerfGE 107, 299 = NJW 2003, 1787; zur Kombination verschiedener verdeckter Ermittlungsmaßnahmen BVerfGE 112, 304 = NJW 2005, 1338).“ (BVerfG aaO)*

bb) Die Informationsverwertung ist in aller Regel auch dann verhältnismäßig, wenn die Informationen ursprünglich zu einem anderen Zweck erhoben wurden und somit der weiteren Verwendung im Strafverfahren eine **Zweckänderung** vorangegangen ist.

*„Eine solche Zweckänderung unterliegt **materiellen Beschränkungen**. Der Verwendungszweck, zu dem die Erhebung erfolgt ist, und der veränderte Verwendungszweck dürfen nicht miteinander unvereinbar sein (vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999; BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213; BVerfGE 120, 351 = NJW 2008, 2099; BVerfGE 125, 260 = NJW 2010, 833). Eine solche **Unvereinbarkeit** läge vor, wenn mit der Zweckänderung **grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Erhebungsmethoden umgangen würden, die Informationen also für den geänderten Zweck nicht oder nicht in dieser Art und Weise hätten erhoben werden dürfen („hypothetischer Ersatzeingriff“; vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999; BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213; BVerfGE 120, 351 = NJW 2008, 2099; BVerfGE 125, 260 = NJW 2010, 833).“ (BVerfG aaO)***

cc) Schon angesichts dieser **Struktur des Strafverfahrens** und der dadurch gewährleisteten **Filterfunktion** bereits auf der Ebene der Informationserhebung und Zweckänderung bedarf es für den Regelfall rechtmäßiger Informationserhebung keiner (weiteren) gesetzlichen Einschränkungen oder Konkretisierungen auf der Ebene der Informationsverwertung im Urteil. Dies schließt die Annahme eines Verwertungsverbots nicht aus, wenn ein **unverhältnismäßiger Eingriff** im Einzelfall vorliegen sollte (vgl. BVerfGE 34, 238, 248ff. = NJW 1973, 891; BVerfGE 80, 367, 375f., 379f. = NJW 1990, 563; vgl. zum Zivilprozess BVerfGE 106, 28, 48ff. = NJW 2002, 3619).

- c) § 261 StPO verstößt auch nicht gegen das aus Art. 19 I 2 GG folgende **Zitiergebot**.

*„Danach **findet das Zitiergebot auf § 261 StPO keine Anwendung**. Die Vorschrift des § 261 StPO ermöglicht zwar auch die Verwertung von Informationen, deren ursprüngliche Erhebung mit einem Eingriff in Art. 10 GG oder in Art. 13 GG verbunden war. Die Beachtung des Art. 19 I 2 GG bei Erlass der für die Erhebung der Informationen einschlägigen Rechtsgrundlage (vgl. § 8 RhPfPOG 2004) trägt aber der Warn- und Besinnungsfunktion des Zitiergebots in Bezug auf deren weitere Verwendung in einem gerichtlichen Verfahren ausreichend Rechnung. Rechtsgrundlagen für die Informationserhebung müssen Voraussetzungen sowie Umfang der Beschränkung hinreichend klar umschreiben und damit erkennen lassen, für welche Zwecke die erhobenen Informationen verwendet werden dürfen (vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603; BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939; BVerfGE 118, 168 = NJW 2007, 2464; BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822). Dadurch ist gewährleistet, dass dem Gesetzgeber neben dem in der Informationserhebung liegenden Eingriff auch dessen weitere Auswirkungen bewusst sind. § 29 V RhPfPOG 2004 erlaubt die Verwendung bei der Wohnraumüberwachung gewonnener personenbezogener Daten zu Zwecken der Strafverfolgung. Damit ist der Landesgesetzgeber von einer Verwendung auch und gerade bei der Wahrheitsermittlung im Strafprozess ausgegangen. Auch wenn diese Verwendung einen selbstständigen Grundrechtseingriff darstellt, ist damit keine Erweiterung der Grundrechtseinschränkung verbunden (vgl. dazu BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603), vielmehr verwirklicht sich lediglich ein mit dem ursprünglichen Grundrechtseingriff verbundener Zweck. Deshalb besteht bei der Regelung der strafgerichtlichen Sachermittlung durch den Bundesgesetzgeber kein Anlass zur Nennung insoweit eingeschränkter Grundrechte gem. Art. 19 I 2 GG.“ (BVerfG aaO)*

3. Auch die **st. Rspr. des BGH**, dass nach § 261 StPO rechtswidrig erhobene oder erlangte personenbezogene Informationen verwertet werden können, ist **verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden**.

- a) Nach st. Rspr. des BGH führen Rechtsverstöße bei der Beweiserhebung nicht in jedem Falle zur Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse. Diese Sichtweise respektiert die **gesetzgeberische Grundentscheidung** und ist nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung vertretbar (vgl. BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469).

*„Die grds. Verwertbarkeit von personenbezogenen Informationen, die rechtswidrig erhoben oder erlangt wurden, lässt keine unverhältnismäßigen Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu. Zunächst führt nicht jeder Rechtsverstoß bei der Erhebung oder Verwendung personenbezogener Informationen dazu, dass deren spätere Verwertung unverhältnismäßig wäre. Rechtsverstöße, die eine Informationsverwertung als unverhältnismäßig erscheinen ließen, führen bereits nach den Maßstäben des fairen Verfahrens zur Unverwertbarkeit.“ (BVerfG aaO)*

- b) Danach bestehen ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Auslegung des § 100d V Nr. 3 StPO durch den BGH, wonach diese Vorschrift jedenfalls nicht generell rechtswidrig erhobene Informationen von der Verwendung im Strafverfahren und damit auch von der Verwertung im Urteil ausschließt.

*„Weder der **allgemeine Sprachgebrauch** noch die **Terminologie der StPO** indizieren eine Gleichstellung von „verwertbar“ und „rechtmäßig erhoben“. Die Gesetzesmaterialien zu § 100d V Nr. 3 StPO und zu den Vorgängerregelungen enthalten ebenfalls keine entsprechenden Anhaltspunkte (vgl. BT-Dr 16/5846, S. 49, 64; 13/8651, S. 15 zu § 100f II StPO i.d.F. des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität v. 04.05.1998, BGBl I, 845; BT-Dr 15/4533, S. 18 zu § 100d VI Nr. 3 StPO i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des BVerfG v. 03.03.2004, akustische Wohnraumüberwachung v. 24.06.2005, BGBl I, 1841). Auch sonst ist die Anwendung des § 100d V Nr. 3 StPO durch den BGH verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“ (BVerfG aaO)*

**Klagebefugnis der Gemeinde gegen Baugenehmigung  
schädliche Umwelteinwirkungen durch Schweinemastanlage**

(OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2012, 640; Urteil vom 25.04.2012 – 2 L 193/09)

1. Eine Gemeinde, auf deren Gebiet eine Schweinemastanlage neu errichtet werden soll und deren Einvernehmen ersetzt wurde, hat die nach § 42 II VwGO erforderliche Befugnis zur Klage gegen die die Errichtung gestattende Baugenehmigung. Sie kann geltend machen, sie werde in ihrer **Planungshoheit** verletzt, weil die Möglichkeit bestehe, dass das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen insbesondere in Form von Geruchsbelästigungen hervorrufen kann (§ 35 III 1 Nr. 3 BauGB).
2. Allein die **Nichtdurchführung** einer erforderlichen Umweltverträglichkeitsprüfung begründet einen **Aufhebungsanspruch**, ohne dass es darauf ankommt, ob sich diese Verstöße auf die Entscheidung ausgewirkt haben.

**Fall** Die Klägerin wendet sich gegen eine der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung u. a. zur Errichtung von Mastställen und eines Güllebehälters auf dem Gelände einer bereits zu DDR-Zeiten betriebenen Schweinemastanlage im Gemeindegebiet der Klägerin.

Mit Kaufvertrag vom 11.02.2000 erwarb die Beigeladene die Mastanlage aus der Insolvenzmasse der Jungschweine GbR. Am 01.03.2004 zeigte die Beigeladene „gemäß § 15 BImSchG“ eine Änderung der Mastanlage an. Mit Bescheid vom 06.04.2004 stellte der Beklagte fest, dass für die geplante Änderung eine Genehmigungspflicht nach Immissionsschutzrecht nicht bestehe, weil nachteilige Auswirkungen auf die Schutzgüter nicht hervorgerufen werden könnten.

Am 12.12.2005 beantragte die Beigeladene die Erteilung einer Baugenehmigung für einen Ersatzneubau der Schweinemastanlage. Mit Schreiben vom 16.12.2005 teilte der Beklagte der Klägerin mit, die Prüfung ihres Flächennutzungsplanes habe ergeben, dass versagungsrelevante Fehler vorlägen. Der Entwurf habe, nachdem er erheblich geändert worden sei, erneut ausgelegt werden müssen. Die Berechnung der Ausweisung der Wohnbauflächen sei nicht plausibel. Die Klägerin habe in der Abwägung der landwirtschaftlichen Nutzung nicht das erforderliche Gewicht beigemessen. Die Ausweisung von Mischbauflächen im Landschaftsschutzgebiet widerspreche § 6 Abs. 2 BauGB. Außerdem bedürften eine Reihe weiterer Mängel der weiteren Bearbeitung und Aufklärung. Mit Schreiben vom 09.02.2006 teilte die Klägerin mit, sie versage ihr gemeindliches Einvernehmen für das Vorhaben der Beigeladenen, weil ihre Planung für dieses Gebiet in eine völlig andere Richtung laufe. Zudem wies sie darauf hin, dass der Bestandsschutz für die Anlage erloschen sei.

Mit Bescheid vom 12.12.2007 erteilte der Beklagte die beantragte Baugenehmigung und ersetzte das von der Klägerin versagte Einvernehmen. Zur Begründung führte er u. a. aus, die Klägerin habe ihr Einvernehmen zu Unrecht verweigert, da bauplanungsrechtliche Versagungsgründe nicht ersichtlich seien.

Am 14.01.2008 hat die Klägerin gegen die Baugenehmigung Klage erhoben. Wird die Klage Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

**I. Zulässigkeit der Klage**

Der **Verwaltungsrechtsweg** ist nach § 40 I 1 VwGO für eine Klage gegen die Erteilung einer Baugenehmigung, die eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit darstellt, ohne weiteres gegeben. Die Klage ist als **Drittanfechtungsklage** statthaft. Fraglich ist jedoch, ob die Kl. klagebefugt nach § 42 II VwGO ist. Die Klagebefugnis kann hier nicht aufgrund der Adressatentheorie festgestellt werden, da die Kl. nicht Adressatin des angefochtenen Verwaltungsaktes ist. Die Kl. ist daher nach der **Möglichkeitstheorie** nur klagebefugt, wenn die Verletzung in einem subjektiv-öffentlichen Recht nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist. Die Klägerin ist jedoch als **Gebietskörperschaft** selbst eine juristische Person des öffentlichen Recht, so dass sich die Frage stellt, ob sie durch die Erteilung der angefochtenen Baugenehmigung überhaupt **in ihren eigenen Rechten verletzt** sein kann.

*„Für die Bejahung der Klagebefugnis genügt es, wenn die geltend gemachte Rechtsverletzung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen möglich ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.01.1993 - 4 B 206.92 -, NVwZ 1993, 884). Daran fehlt es nur, wenn **offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Klägers verletzt sein können** (BVerwG, Urt. v. 07.05.1986 - 1 C 10.95 -, BVerwGE 101, 157). Es ist indessen nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin als Gemeinde, auf deren Gebiet die Schweinemastställe errichtet werden sollen, durch die angegriffene Baugenehmigung und die Ersetzung ihres Einvernehmens **in ihrer gemeindlichen Planungshoheit verletzt** wird. Die Zulassungsvoraussetzungen des § 35 BauGB dienen auch dem **Schutz der Gemeinde**, auf deren Gebiet das Vorhaben verwirklicht werden soll; dies ergibt sich aus § 36 I 1 BauGB. Dies bedeutet, dass **die Voraussetzungen des § 35 BauGB auf***

das Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen sind (BVerwG, Urt. v. 01.07.2010 - 4 C 4.08 -, BVerwGE 137, 247 [258], Rn. 32, m.w.N.). Insofern reicht die Rechtstellung der Gemeinde bei der Erteilung einer Baugenehmigung oder eines Vorbescheids weiter, als dies bei Vorhaben der Fall ist, die nach den Regelungen des Fachplanungsrechts planfestgestellt oder genehmigt werden (BVerwG, Beschl. v. 24.06.2010 - 4 B 60.09 -, BauR 2010, 1737). Es besteht die Möglichkeit, dass dem Vorhaben der Beigeladenen **öffentliche Belange im Sinne von § 35 III BauGB entgegenstehen**, weil es schädliche Umwelteinwirkungen insbesondere in Form von Geruchsbelästigungen hervorrufen kann (§ 35 III 1 Nr. 3 BauGB). Eine solche Beeinträchtigung öffentlicher Belange hat die Klägerin in ihrer Klage u. a. geltend gemacht.“ (OVG Magdeburg, aaO)

Vom Vorliegen der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere von der Einhaltung der Klagefrist, kann ausgegangen werden, so dass die Klage zulässig ist.

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die der Beigel. erteilte Baugenehmigung rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt.

### 1. Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung

Die der Beigel. erteilte Baugenehmigung könnte schon an einem formellen Mangel leiden.

#### a) Formeller Fehler wegen Nichtdurchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)

Ein formeller Mangel könnte sich schon daraus ergeben, dass keine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) durchgeführt wurde. Nach § 3b I 1 UVPG besteht die Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung für ein in der Anlage 1 zum UVPG aufgeführtes Vorhaben, wenn die zur Bestimmung seiner Art genannten Merkmale vorliegen.

##### aa) Bedeutung der UVP

*„Gemäß § 2 II 1 UVPG ist die Umweltverträglichkeitsprüfung **unselbstständiger Teil verwaltungsbehördlicher Verfahren**, die der Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben dienen. Zu diesen Entscheidungen gehören nach § 2 III Nr. 1 UVPG die **Genehmigung über die Zulässigkeit von Vorhaben, die in einem Verwaltungsverfahren getroffen werden, mit Ausnahme von Anzeigeverfahren.**“ (OVG Magdeburg aaO)*

Hier wurde ein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt, so dass – sollte eine UVP erforderlich sein – eine solche als Teil des Baugenehmigungsverfahrens anzusehen ist und ihr Fehlen dann einen Verfahrensfehler darstellen würde.

##### bb) generelle UVP-Pflicht des Vorhabens

Nach §§ 3b Abs. 1, 2 Abs. 2 Nr. 1 UVPG i. V. m. Nr. 7.7.1 der Anlage 1 dieses Gesetzes besteht eine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung für die Errichtung und den Betrieb einer Anlage zur Intensivhaltung oder -aufzucht von Mastschweinen (Schweine von 30 kg Lebendgewicht) mit 3.000 oder mehr Plätzen.

*„Hiernach besteht für das Bauvorhaben der Beigeladenen eine UVP-Pflicht, weil es die Neuerrichtung und den Betrieb von Stallanlagen zum Gegenstand hat, in denen nach den eingereichten Bauvorlagen 4.700 Mastschweine gehalten werden sollen. [wird ausgeführt]“ (OVG Magdeburg, aaO)*

##### cc) Entfallen der UVP-Pflicht wegen Nichtannahme einer Genehmigungspflicht nach Immissionsschutzrecht

Dem Erfordernis zur Durchführung einer UVP steht entgegen, dass ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren nicht durchgeführt wurde, weil der Beklagte angenommen und mit Bescheid vom 06.04.2004 festgestellt hat, dass für das Vorhaben der Beigeladenen eine Genehmigungspflicht nach Immissionsschutzrecht nicht bestehe.

„Zwar stellt das **immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren** bei Anlagen der hier in Rede stehenden Art **regelmäßig** das für eine Umweltverträglichkeitsprüfung zur Verfügung stehende **Trägerverfahren** dar (vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz vom 14.11.2000, BT-Drucks. 14/4599, S. 66 f.). ... Ist jedoch - wie hier - ein immissionsschutzrechtliches (Änderungs-) Genehmigungsverfahren nicht durchgeführt worden, weil die Immissionsschutzbehörde dem Bauherrn nach § 15 II 2 BImSchG mitgeteilt hat, dass die Änderung keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfe, bedeutet dies - auch wenn es sich bei der Mitteilung nach § 15 II 2 BImSchG um einen (feststellenden) Verwaltungsakt handelt - nicht, dass damit die Durchführung einer an sich gebotenen Umweltverträglichkeitsprüfung in einem nachfolgenden Baugenehmigungsverfahren entbehrlich wäre. Über die UVP-Pflicht des Vorhabens wird durch eine Mitteilung nach § 15 II 2 BImSchG keine Aussage getroffen.

Das Gesetz knüpft die **UVP-Pflichtigkeit** eines Vorhabens **nicht** (mehr) an das formelle Kriterium eines **bestimmten Zulassungsverfahrens**, sondern an **sachbezogene Merkmale**, die das UVPG vorgibt (vgl. nochmals die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucks 14/4599, S. 94, 106). Besteht eine nach § 15 I BImSchG angezeigte Änderung in einer **baurechtlich relevanten Maßnahme**, muss in einem durchzuführenden Baugenehmigungsverfahren die Einhaltung der anderen das Vorhaben betreffenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften geprüft werden (vgl. Hansmann in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. I, § 15 BImSchG, Rn. 51). Dazu gehören dann auch die Vorschriften über die Umweltverträglichkeitsprüfung. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 UVPG ist die Umweltverträglichkeitsprüfung ein **unselbstständiger Teil verwaltungsbehördlicher Verfahren**, die der Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben dienen.“ (OVG Magdeburg aaO)

Die UVP hätte daher im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens durchgeführt werden müssen. Ihr Fehlen stellt einen formellen Fehler dar.

## b) Heilung des Verfahrensfehlers

In Betracht kommt aber, die UVP noch nachzuholen. Hierdurch könnte eine Heilung des festgestellten Fehlers in Betracht kommen.

„Zwar kann eine erforderliche Vorprüfung des Einzelfalls in **entsprechender Anwendung des § 45 I, II VwVfG** (i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG LSA) **bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt** werden; für die (eigentliche) Umweltverträglichkeitsprüfung gilt dies in der Regel aber nicht (BVerwG, Urt. v. 20.08.2008 - 4 C 11.07 -, BVerwGE 131, 352 [360 f.], Rn. 26). Die Umweltverträglichkeitsprüfung soll gewährleisten, dass die Umweltauswirkungen frühzeitig (§ 1 Nr. 1 UVPG) ermittelt, beschrieben und bewertet werden. Es soll eine **auf die Umweltbelange zentrierte Vorabprüfung** unter Ausschluss der sonstigen Belange, die sich für oder gegen das Vorhaben ins Feld führen lassen, erfolgen. Die Öffentlichkeit ist zu beteiligen (§ 9 UVPG). Das Ergebnis der Umweltverträglichkeitsprüfung ist bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens zu berücksichtigen (§ 12 UVPG). Auch das Gemeinschaftsrecht (Art. 2 Abs. 1 UVP-Richtlinie) verlangt, die Umweltverträglichkeit von Projekten, bei denen unter anderem aufgrund ihrer Art, ihrer Größe oder ihres Standorts mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist, vor Erteilung der Genehmigung zu prüfen. **Maßnahmen, die erst im Anschluss an eine Genehmigung getroffen wurden, sind unbeachtlich** (BVerwG, Urt. v. 20.08.2008, a. a. O.; EuGH, Urte. v. 03.07.2008 - C-215/06 - Juris, Rn. 49, u. v. 25.07.2008 - C-142/07 -, Rn. 33).“ (OVG Magdeburg aaO)

Im gerichtlichen Verfahren ist eine Nachholung einer unterbliebenen Umweltverträglichkeitsprüfung in der Regel nicht mehr möglich. Der formelle Fehler des Fehlens einer UVP kann daher auch nicht geheilt werden. Die erteilte Baugenehmigung ist daher formell rechtswidrig.

## 2. Rechtsverletzung des Klägers

Der Erfolg einer Drittanfechtungsklage hängt im Weiteren grundsätzlich davon ab, ob die Rechtswidrigkeit sich gerade aus einem Verstoß gegen solche Normen ergibt, aus welchen der Kläger Rechts ableiten kann. In Betracht kommt hier eine Verletzung der Planungshoheit der Klägerin. Allerdings könnte aus nach § 4 I 1 i. V. m. III des Gesetzes über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG vom 07.12.2006 (BGBl I 2816) – UmwRG hierauf gar nicht angekommen.

### a) Anwendbarkeit des UmwRG

„Das UmwRG findet hier Anwendung. Es gilt nach dessen § 1 AI 1 Nr. 1 u. a. für Rechtsbehelfe gegen **Entscheidungen** im Sinne von § 2 III UVPG **über die Zulässigkeit von Vorhaben**, für

*die nach dem UVPG eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehen kann. Die angefochtene Baugenehmigung ist eine Entscheidung im Sinne des § 2 III Nr. 1 UVPG; darin wird über die Zulässigkeit der Stallanlagen mit 4.700 Mastschweineplätzen entschieden. Aus den oben bereits dargelegten Gründen ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach § 3b Abs. 1 Satz 1 UVPG erforderlich. Da das Baugenehmigungsverfahren nach dem 25.06.2005 eingeleitet wurde, ist nach § 5 Halbsatz 1 UmwRG der Anwendungsbereich dieses Gesetzes auch in zeitlicher Hinsicht erfüllt. § 5 HSz 1 UmwRG stellt ab auf das Verfahren nach § 1 I 1 UmwRG. Diese Vorschrift eröffnet den Anwendungsbereich des UmwRG für Entscheidungen nach § 2 III UVPG. Darunter fallen gemäß § 2 III UVPG Bewilligung, Erlaubnis, Genehmigung, Planfeststellungsbeschluss und sonstige behördliche Entscheidungen über die Zulässigkeit von Vorhaben, die in einem Verwaltungsverfahren getroffen werden, mit Ausnahme von Anzeigeverfahren. Die Nummern 2 und 3 des § 2 III UVPG sind von vorn herein nicht einschlägig.“ (OVG Magdeburg aaO)*

#### b) Rechtsfolgen des Fehlens einer UVP

Nach § 4 I 1 UmwRG kann die **Aufhebung einer Entscheidung** über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 1 I 1 Nr. 1 u. a. dann **verlangt** werden, wenn eine nach den Bestimmungen des UVPG erforderliche **Umweltverträglichkeitsprüfung** oder erforderliche Vorprüfung des Einzelfalls über die UVP-Pflichtigkeit **nicht durchgeführt und nicht nachgeholt** worden ist.

„Nach § 4 III 3 UmwRG gilt dies entsprechend für **Rechtsbehelfe von Beteiligten** nach § 61 Nr. und 2 VwGO. Diese Regelungen räumen u. a. Individualklägern - abweichend von der früheren Rechtslage (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 13.12.2007 - 4 C 9.06 -, BVerwGE 130, 83) - ein **subjektives Recht auf Durchführung einer erforderlichen Umweltverträglichkeitsprüfung** bzw. auf Vorprüfung oder Nachholung der Prüfung ein mit der Folge, dass ein Verfahrensfehler als beachtlich einzustufen ist (vgl. Beschl. d. Senats v. 17.09.2008 - 2 M 14608 -, NVwZ 2009, 340).“ (OVG Magdeburg aaO)

Auch eine **Gemeinde** besitzt als juristische Person des öffentlichen Rechts **Beteiligtenfähigkeit nach § 61 Nr. 1 VwGO**.

„Danach kann die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung bereits dann verlangt werden, wenn die in § 4 I UmwRG genannten Verfahrensverstöße vorliegen, ohne dass es darauf ankommt, ob sich diese Verstöße auf die Entscheidung ausgewirkt haben; es handelt sich insoweit um eine **Sonderregelung**, die die Relevanz bestimmter Verfahrensverstöße gegenüber dem **allgemeinen Verwaltungsverfahren** erweitert (BVerwG DVBI 2012, 443). Die Bestimmung des § 4 Abs. 1 UmwRG ist nach ihrem Wortlaut eindeutig in dem Sinne, dass **allein die Nichtdurchführung einer erforderlichen Umweltverträglichkeitsprüfung einen Aufhebungsanspruch** begründet (BVerwG, Vorlagebeschl. v. 10.01.2012 - 7 C 20.11 -, Juris, Rn. 31). Indem § 4 III UmwRG die Regelung des § 4 I UmwRG auf Rechtsbehelfe von Beteiligten nach § 61 Nr. 1 und 2 VwGO für entsprechend anwendbar erklärt, bringt er zum Ausdruck, dass auch insoweit die Fehler einer unterbliebenen Umweltverträglichkeitsprüfung oder UVP-Vorprüfung unabhängig von den sonst nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung geltenden einschränkenden Maßgaben zur Begründetheit der Klage führen; die Norm lässt zwar den **individualrechtsbezogenen Ansatz des § 42 II VwGO unangetastet**, weitet aber durch Verzicht auf die sonst geltenden Einschränkungen der Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern - insofern § 47 VwGO ähnelnd - den **gerichtlichen Umfang der Begründetheitsprüfung** gegenüber der Prüfung der Klagebefugnis aus (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.12.2011 - 9 A 30.10 -, DVBI 2012, 501 [504]).“ (OVG Magdeburg aaO)

**Ergebnis:** Die Klägerin kann die Aufhebung der Baugenehmigung unabhängig davon verlangen, ob sie durch sie in eigenen materiellen Rechten, namentlich ihrer Planungshoheit verletzt wird.

(OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2012, 692; Beschluss vom 29.05.2012 – 1 B 161/12)

1. Der Dienstherr muss, wenn ein bei der Beförderungsauswahl unterlegener Mitbewerber eine **einstweilige Anordnung auf vorläufige Untersagung der Beförderung** des/der erfolgreichen Bewerber(s) beantragt hat, die Ernennung bis zum Abschluss dieses gerichtlichen Verfahrens unterlassen.
2. Diese Rechtsfolge tritt **unmittelbar kraft Verfassungsrechts (Art. 19 IV GG)**, also auch ohne dahingehenden Gerichtsbeschluss, ein.
3. Der **Umfang dieses Verbots** richtet sich, wenn es um die Besetzung mehrerer Stellen geht, nach dem Antrag des unterlegenen Bewerbers; beschränkt dieser seinen Antrag nicht eindeutig auf einzelne Beförderungskandidaten, so ist es also **umfassend**.

**A. Grundlagenwissen: Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit****I. Fallgruppen der Konkurrentenklage**

Wehrt sich ein Mitbewerber gegen die einem Konkurrenten gewährte Begünstigung, so ist die richtige Klageart die Anfechtungsklage (sog. **negative Konkurrentenklage**).

Begehrt der Mitbewerber dagegen dieselbe Begünstigung wie der Konkurrent, ohne dessen Begünstigung in Frage zu stellen, so ist die Verpflichtungsklage die statthafte Klageart (sog. **positive Konkurrentenklage**).

Begehrt der Mitbewerber diejenige Begünstigung, die der Konkurrent erhalten hat, in einer Situation, in welcher er ohne Aufhebung von dessen Begünstigung die erstrebte eigene Begünstigung nicht erhalten kann, so ist die prozessuale Durchsetzung fraglich (sog. **Mitbewerberklage**).

**II. Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit**

Da Dienst- und Beförderungsposten stets nur in begrenztem Umfang zur Verfügung stehen, stellt der beamtenrechtliche Konkurrentenstreit stets den Fall der Mitbewerberklage dar.

**1. Klageart in der Hauptsache**

Zunächst muss der Mitbewerber mit der **Anfechtungsklage** dafür Sorge tragen, dass die begehrte Begünstigung nicht dem Konkurrenten zukommt, um diese so zur Vergabe an sich selbst „freizumachen“. Zudem muss er eine **Verpflichtungsklage** erheben, damit er selbst die Begünstigung erlangt. Die Klage werden dann im Wege der **objektiven Klagehäufung** nach § 44 VwGO beide erhoben.

**2. Notwendigkeit von Eilverfahren**

Darüber hinaus gibt es aber im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit auch stets das Bedürfnis nach der Durchführung eines Eilverfahrens. **Art. 33 II GG** gibt jedem Deutschen ein **grundrechtsgleiches Recht** auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gibt. Hieraus leitet das BVerfG einen Anspruch des Beförderungsbewerbers auf **ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung** ab.

Sowohl bei der Besetzung von Beförderungsdienstposten als auch bei Beförderungen selbst ist die Auswahl zwischen mehreren in Betracht kommenden Personen nach dem **Leistungsgrundsatz** zu treffen, zu dessen Verwirklichung gleichermaßen die Grundsätze über den Beurteilungsspielraum (bei der dienstlichen Beurteilung) und das **Auswahlermessen** zu beachten sind. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass bei einer Beförderung der Dienstherr mit dem Verleihungsakt (Ernennung oder ernennungsähnlicher Verwaltungsakt) wegen der engen und ab-

schließenden Aufzählung der Rücknahme- und Nichtigkeitsgründe im Bundesbeamtengesetz hieran gebunden ist (**Ämterstabilität**).

Insbesondere auf Grund dieses Prinzips der Ämterstabilität ist dieser Anspruch aber verfahrensabhängig. Denn der um eine Beförderungsauswahl geführte **Rechtsstreit erledigt sich** grundsätzlich mit der **endgültigen Besetzung** der ausgeschriebenen Stelle.

Auf Grund dieser Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 II GG ergebenden subjektiven Rechts sind die Verwaltungsgerichte im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit gehalten, den **Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes gerade im Eilverfahren besonders Rechnung zu tragen**. Art. 19 IV GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 103, 142 [156]); st. Rspr.).

Das BVerfG bezieht die Verfahrensabhängigkeit des Anspruchs aus Art. 33 II GG ausdrücklich auch auf das Verwaltungsverfahren. Der **Dienstherr** ist nicht nur **verpflichtet**, dem **unterlegenen Bewerber** rechtzeitig vor der Ernennung des Mitbewerbers durch eine **Mitteilung** Kenntnis vom Ausgang des Auswahlverfahrens zu geben. Ihn trifft auch die Pflicht, **vor Aushändigung der Urkunde einen ausreichenden Zeitraum abzuwarten**, um dem Mitbewerber die Möglichkeit zu geben, Eilantrag, Beschwerde oder Verfassungsbeschwerde zu erheben, weil nur so die Möglichkeit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht. Durch die **umgehende Ernennung** des Mitbewerbers wird dem unterlegenen Konkurrenten **faktisch die Möglichkeit genommen**, die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle durch eine verfassungsgerichtliche Eilentscheidung zu verhindern (vgl. BVerfGK 5, 205 [210 f.] für eine Notarstelle). Zudem versetzt auch nur die schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswahlerwägungen – von denen der unterlegene Bewerber durch Akteneinsicht Kenntnis erlangen kann – den Mitbewerber in die Lage versetzt, sein Recht aus Art. 33 II GG effektiv durchzusetzen.

## B. verfassungsrechtliches vorläufiges Beförderungsverbot im Konkurrentenstreit (vgl. OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2012, 692)

**Fall:** Die Ag. beabsichtigt, die beiden Beigel. – derzeit Polizeihauptkommissare (BesGr. A 12) – zu Ersten Polizeihauptkommissaren (BesGr. A 13 g. D.) zu befördern. Die einschlägige Auswahlentscheidung beruht auf einer Auswertung aktueller Leistungsnachweise 2011 in Verbindung mit dienstlichen Beurteilungen 2010 und 2008. Der Ast. – ebenfalls Polizeihauptkommissar (BesGr. A 12) – hat seine dienstlichen Beurteilungen 2010 und 2008 gerichtlich angefochten – Verwaltungsstreitverfahren (2 K 192/12 und 2 K 302/12), hält auch seinen aktuellen Leistungsnachweis 2011 für rechtswidrig und meint, bei sachgerechten Beurteilungen gebühre ihm beförderungsbezogen der Vorrang vor den Beigel. Unter Berufung hierauf hat er eine einstweilige Anordnung beantragt, durch die der Ag. vorläufig untersagt werden soll, die beabsichtigten Beförderungen zu vollziehen. Auf Nachfrage des VG hat er ergänzend mitgeteilt, er wende sich gegen die Beförderung beider Beigel. Da die Beförderungen für Ende April 2012 vorgesehen waren, hat das VG mit Beschluss vom 13.04.2012 der Ag. untersagt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Verfahrens vor dem Ast. einem anderen Beamten ein Amt der BesGr. A 13 zu übertragen und diese „vorläufige Zwischenentscheidung“ damit begründet, sie sei zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) erforderlich. Ist dies zutreffend?

Fraglich ist, ob das VG auch schon vor der Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung die betreffende „vorläufige Zwischenentscheidung“ treffen durfte.

### I. Rechtliche Einordnung der „vorläufigen Zwischenentscheidung“

Zunächst ist zu klären, auf welcher Rechtsgrundlage diese getroffen wurde.

*„Nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des BVerfG (u. a.: BVerfG, NVwZ 2004, 95 = ZBR 2004, 45) und des BVerwGE (u. a. BVerwGE 138, 102 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695; ebenso u. a. Schnellenbach, BeamtenR in der Praxis, 7. Aufl., S. 71 Rn. 85) muss der Dienstherr, wenn ein bei der Beförderungsauswahl unterlegener Mitbewerber eine einstweilige Anordnung auf vorläufige Untersagung der Beförderung des/der erfolgreichen Bewerbers/Bewerber beantragt hat, die Ernennung bis zum Abschluss dieses gerichtlichen Verfahrens unterlassen.*

Diese Rechtsfolge tritt **unmittelbar kraft Verfassungsrechts**, nämlich Art. 19 IV GG also auch ohne dahingehenden Gerichtsbeschluss, ein. Erst recht kommt es nicht auf die Erfolgsaussichten des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung an. Es geht nämlich ausschließlich um die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes vor Vornahme einer Beförderung.“ (OVG Saarlouis aaO)

Es handelt sich folglich gar nicht um eine gerichtliche Entscheidung, sondern nur um die gerichtliche Feststellung einer ohnehin eintretenden Rechtsfolge.

„Dies im Beschluss vom 13. 04.2012 **klarstellend verlautbart zu haben**, war und ist angesichts der Meinungsverschiedenheiten der Bef. über den Umfang des kraft Verfassungsrechts bestehenden Beförderungsverbot geboten.“ (OVG Saarlouis aaO)

## II. Umfang des Beförderungsverbot

Darüber hinaus ist aber auch fraglich, wie weit ein entsprechendes Beförderungsverbot geht.

„Der **Umfang dieses vorläufigen Verbotes** richtet sich, wenn es um die Besetzung mehrerer Stellen geht, nach dem Antrag des unterlegenen Bewerbers. Dieser kann sich – etwa zur Begrenzung seines Kostenrisikos – von vornherein darauf beschränken, nur die Auswahl eines Mitbewerbers oder einzelner Mitbewerber zu beanstanden, oder sich – bspw. nach dem Erlangen zusätzlicher Informationen über die Gründe für die Beförderungsauswahl – im Laufe des Verfahrens zu einer solchen Beschränkung entschließen. Dann besteht das vorläufige Beförderungsverbot nur in diesen Grenzen (so überzeugend: Schnellenbach, S. 71, Rn. 86). Da der Ast. auf Nachfrage des VG mit Schriftsatz vom 20. 04.2012 ausdrücklich erklärt hat, er wolle die **Beförderung beider Beigel. vorläufig untersagt** wissen, besteht demgegenüber derzeit ein **umfassendes vorläufiges Beförderungsverbot** (in diesem Sinne auch: VGH Kassel, NVwZ-RR 1992, 34; Schnellenbach, S. 71, Rn. 86).“ (OVG Saarlouis aaO)

## III. Konsequenzen für das weitere Verfahren

„Bei seiner abschließenden Entscheidung über den Anordnungsantrag wird das VG – sollte es die Beförderungsauswahl für rechtswidrig halten – besonders zu prüfen haben, ob es zur Wahrung der Rechte des Ast. **nötig ist, beide oder aber nur eine der beiden geplanten Beförderungen zu untersagen**.“

Für die insoweit maßgeblichen Kriterien wird auf den Beschluss des BVerwG vom 10. 11.1993 (BVerwG, ZBR 1994, 52 = BeckRS 1994, 20057), den Beschluss vom 12.01.2011 (BVerwG, ZBR 2011, 275 = BeckRS 2011, 46335), und die Ausführungen von Schnellenbach (S. 71, Rn. 86), verwiesen.“ (OVG Saarlouis aaO)

## Kurzauslese II

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

ZPO

### Unterschriftserfordernis

ZPO

§§ 130 Nr. 6, 520 V

Zulässigkeit der Unterzeichnung mit dem Zusatz „nach Diktat außer Haus“  
(BGH in DB 2012, 2042; Beschluss vom 26.07.2012 – VIII ZB 70/11)

Ein **Rechtsanwalt, der** unter Angabe seiner Berufsbezeichnung einen bestimmenden Schriftsatz **für einen anderen Rechtsanwalt unterzeichnet, übernimmt** mit seiner Unterschrift auch dann die **Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes**, wenn vermerkt ist, dass der andere Anwalt "nach Diktat außer Haus" ist.

„Die vollständige Namensnennung des Prozessbevollmächtigten der Kl. am Ende des Schriftsatzes im Zusammenhang mit dem Zusatz "nach Diktat außer Haus" macht deutlich, dass die Berufungsbegründung von diesem Rechtsanwalt erstellt, aber wegen Ortsabwesenheit nicht selbst unterschrieben werden konnte. Auch wenn ein ausdrücklicher Zusatz, "für" diesen tätig zu werden, fehlt, lässt sich hier der Unterzeichnung durch eine Rechtsanwältin, wovon das Berufungsgericht aufgrund der angegebenen Berufsbezeichnung ausgehen konnte, gleichwohl entnehmen, dass sie an seiner Stelle die Unterschrift leisten und damit als **Unterbewollmächtigte in Wahrnehmung des Mandats** der Kl. auftreten wollte. Damit hat sie zu erkennen gegeben, dass sie zugleich die **Verantwortung für den Inhalt der Berufungsbegründung übernehmen** wollte. Anhaltspunkte, die dem entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich. Für einen Rechtsanwalt versteht es sich im Zweifel von selbst, mit seiner Unterschrift auch eine entsprechende Verantwortung für einen bestimmenden Schriftsatz zu übernehmen (vgl. BGH NJW 2003, 2028) und nicht **lediglich als Erklärungsbote tätig** zu werden (vgl. für den Zusatz "i.A." BGH NJW 1988, 210 und BGH NJW 1993, 2056).“ (BGH aaO)

ZPO

### Berufungsbegründungsfrist

ZPO

§ 520 II 2

Verlängerung mit Einwilligung des Prozessgegners

(BGH in MDR 2012, 1113; Beschluss vom 26.07.2012 – III ZB 57/11)

Der bloße **Hinweis auf laufende Vergleichsverhandlungen reicht nicht aus**, um die gem. § 520 II 2 ZPO **notwendige Einwilligung des Gegners** für eine weitere (zweite) **Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist darzulegen**.

„Im Falle des § 520 II 2 ZPO [setzt] **berechtigtes Vertrauen auf die Gewährung einer beantragten Fristverlängerung** die Vollständigkeit des Antrags voraus. Dazu gehört die **Darlegung der Einwilligung des Gegners**, wenn dieser sie nicht unmittelbar gegenüber dem Gericht erklärt hat (vgl. BGH NJW-RR 2005, 865 m. w. Nachw.). Nach der Rspr. des BGH muss dies im Regelfall ausdrücklich geschehen. **Ausnahmsweise kann auch eine konkludente Darlegung ausreichen**. Dies ist der Fall, wenn sich die Einwilligung des Gegners zweifelsfrei aus dem Zusammenhang des Antrags mit zuvor gestellten Verlängerungsanträgen ergibt; also wenn etwa im Anschluss an **vorangegangene Verlängerungsgesuche**, in denen unter Hinweis auf schwebende Vergleichsverhandlungen ausdrücklich die Einwilligung des gegnerischen Anwalts dargelegt wurde, ein weiterer Verlängerungsantrag mit dem Bemerkten gestellt wird, "die Parteien" benötigten die (nochmalige) Fristverlängerung, um den Vergleich abschließend abzustimmen und zur Protokollierung im schriftlichen Verfahren vorzulegen (vgl. BGH NJW 2006, 2192).

Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier nicht vor: Der Prozessbevollmächtigte der Bekl. hat in seinem Antrag lediglich darauf hingewiesen, dass die Parteien sich derzeit noch in **Vergleichsverhandlungen** befinden. Dieses Vorbringen **genügt nicht, um die Erteilung der Einwilligung des Gegners** zur beehrten Fristverlängerung **hinreichend darzutun**. Denn **allein die Erwähnung von bisher nicht bekannten Vergleichsverhandlungen gab dem Berufungsgericht keinen Anlass zur Mutmaßung, dass eine Einwilligung zwar eingeholt, jedoch im Fristverlängerungsantrag (versehentlich) nicht erwähnt worden sei.**“ (BGH aaO)

ZPO

### Klageänderung

ZPO

§§ 533, 596

Abstehen vom Urkundenprozess in Berufungsinstanz

(BGH in NJW 2012, 2662; Urteil vom 04.07.2012 – VIII ZR 109/11)

Das **Abstehen vom Urkundenprozess** ist in der **Berufungsinstanz** wie eine **Klageänderung** zu behandeln und daher nur dann zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht es für sachdienlich erachtet.

„Nach § 596 ZPO kann ein Kl., ohne dass es der Einwilligung des Bekl. bedarf, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozess in der Weise abstehe, dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt. Die **Erklärung der Abstandnahme bewirkt** bei Fortdauer der Rechtshängigkeit des geltend gemachten Anspruchs einen **Wechsel in der Form des geforderten Rechtsschutzes**. Der Rechtsstreit wird im ordentlichen Verfahren ohne die Beschränkungen der §§ 592, 595 ZPO fortgeführt (BGHZ 189, 182 = NJW 2011, 2796 = NZM 2011, 482 m. w. Nachw.).

Es entsprach bereits der vor der Umgestaltung des Berufungsverfahrens durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001 (BGBl I, 1887) ergangenen Rspr. des BGH und der herrschenden Auffassung in der Lit., dass die in § 596 ZPO für das Berufungsverfahren zwar nicht ausdrücklich vorgesehene Abstandnahme vom Urkundenprozess in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung zulässig ist, wenn der Bekl. einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält, und zwar mit der Wirkung, dass der Rechtsstreit im zweiten Rechtszug nunmehr im ordentlichen Verfahren anhängig ist (st. Rspr.; BGHZ 29, 337 = NJW 1959, 886 m. w. Nachw.; BGH NJW 1965, 1599; BGHZ 69, 66 = NJW 1977, 1883; BGH NJW 2000, 143).

Nach dem am 01.01.2002 erfolgten Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes sind in der Rspr. der Instanzgerichte und in der Lit. unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten worden, ob die vorstehend genannten Grundsätze mit dem **Funktionswandel der**

**Berufung zu einem Instrument der Fehlerkontrolle und -beseitigung** und insbes. mit der in § 533 ZPO enthaltenen Regelung vereinbar sind. Der BGH hat diese Frage zunächst offengelassen (BGHZ 157, 224 = NJW 2004, 1456), sie jedoch später dahingehend entschieden, dass auch nach neuem Recht das Abstreichen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren wie eine Klageänderung zu behandeln und daher zulässig ist, wenn der Bekl. einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält (BGHZ 189, 182 = NJW 2011, 2796 = NZM 2011, 482).“ (BGH aaO)

---

GG **Anspruch auf rechtliches Gehör** GG  
Art. 103 I **Schriftsatzeingang vor Beschlussverkündung**

(BGH in MDR 2012, 1116 = NZI 2012, 721; Beschluss vom 12.07.2012 – IX ZB 270/11)

Das Gericht verletzt das **Recht eines Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör**, wenn es einen **nach Beschlussfassung, aber noch vor Herausgabe des nicht verkündeten Beschlusses eingegangenen Schriftsatz** unberücksichtigt lässt.

„Ein nach § 329 II ZPO mitzuteilender **Beschluss [ist] erst dann erlassen, wenn er mit dem Willen des Gerichts aus dem inneren Geschäftsbetrieb herausgetreten ist. Bis dahin bleibt er ein Entwurf.** Der Übergang vom inneren Geschäftsbetrieb zum äußeren Geschäftsgang ist dadurch gekennzeichnet, dass das Gericht sich der Entscheidung entäußert hat.“ (BGH aaO)

---

StPO **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** StPO  
§ 33a **Statthaftigkeit der Beschwerde**

(OLG Celle in NJW 2012, 2899; Beschluss vom 01.08.2012 – 1 Ws 291/12)

Gegen den **einen Antrag nach § 33a StPO ablehnenden Beschluss** ist eine **Beschwerde nicht statthaft, wenn der Antrag nicht nur aus formellen Gründen abgelehnt** wurde.

- I. Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen gegen einen Beschluss, mit welchem ein Antrag auf Gewährung rechtlichen Gehörs abgelehnt wurde, das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft ist, wird **kontrovers beurteilt**.
  - Nach **einer Auffassung** ist eine Beschwerde gegen jedwede Entscheidung nach § 33a StPO unstatthaft. Dies folge daraus, dass das Rechtsmittel des § 33a StPO der Sache nach die Unanfechtbarkeit der maßgeblichen Entscheidung voraussetze (vorliegend wegen § 210 I StPO), was durch das Zulassen eines Rechtsbehelfs gegen den auf einen Antrag nach § 33a StPO ergangenen Beschluss unterlaufen werden würde (OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2011, 24505; OLG Celle NJW 1968, 1391).
  - Nach der **gegenteiligen Auffassung** soll ein solches Rechtsmittel stets statthaft sein, was aus der Vorschrift des § 304 I StPO und daraus folge, dass die Beschwerde hier nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei (OLG Hamburg NJW 1972, 219; Maul, KK-StPO, 6. Aufl., § 33a Rn 13)
  - Nach der **heute wohl überwiegenden Auffassung** hingegen ist für die Frage der Statthaftigkeit eines solchen Rechtsmittels danach zu differenzieren, ob ein Antrag nach § 33a StPO als unzulässig oder als unbegründet abgelehnt werde; im Falle der Unzulässigkeit sei eine Beschwerde statthaft, im Falle der Unbegründetheit hingegen nicht. Letzteres wird ebenfalls aus der Überlegung hergeleitet, dass eine Anfechtbarkeit der sachlichen Überprüfungsentscheidung auf das Zulassen der gesetzlich ausgeschlossenen weiteren Beschwerde hinauslaufen würde (KG StV 2007, 517; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 33a Rn 26 f.; Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, 63. Lfg., § 33a Rn 22; Radtke/Hohmann, StPO, § 33a Rn 21 f.; Lemke, Heidelberger Komm. z. StPO, 4. Aufl., § 33a Rn 13; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 33a Rn 10).
- II. **OLG Celle aaO** schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an.

„Ein **genereller Ausschluss der Anfechtbarkeit** auch für den Fall, dass ein Antrag nach § 33a StPO aus rein formellen Gründen abgelehnt wurde, **wäre mit der aus Art. 19 IV GG herzuleitenden Rechtsweggarantie kaum in Einklang zu bringen.** Hat sich das Gericht auf einen Antrag nach § 33a StPO jedoch inhaltlich mit dem Vorbringen befasst, scheidet eine weitere Überprüfung dieser Entscheidung indessen aus, da eine erneute fachgerichtliche, inhaltliche Überprüfung in derartigen Fällen nicht vorgesehen ist. Die Entscheidung des hiesigen früheren 4. Strafsenats (NJW 1968, 1391) steht dem nicht entgegen; der erkennende Senat jedenfalls hält hieran nicht fest.“ (OLG Celle aao)

---

StPO **Revisionsrücknahme** StPO  
§ 302 II **Nachweis der Ermächtigung des Verteidigers**

(BGH in NStZ-RR 2012, 318; Beschluss vom 19.06.2012 – 3 StR 190/12)

Die **Ermächtigung zur Rechtsmittelrücknahme** kann auch **mündlich** erfolgen und **braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden.** Für den **Nachweis der Ermächtigung**, der noch nach Abgabe der Erklärung geführt werden kann, genügt die **anwaltliche Versicherung** des Verteidigers.

„Für die gem. § 302 II StPO erforderliche **ausdrückliche Ermächtigung** ist eine **bestimmte Form nicht vorgeschrieben.** Sie kann auch mündlich erfolgen und braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden (BGHR StPO § 302 II Rücknahme 6). Für den Nachweis der Ermächtigung, der noch nach Abgabe der Erklärung geführt werden kann, genügt die **anwaltliche Versicherung** des Verteidigers (BGH NStZ-RR 2010, 55; BGH NStZ-RR 2005, 211; BGH NStZ 2001, 104).

Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit der Ermächtigung ergeben sich nicht deshalb, weil die **Steuerungsfähigkeit des Besch.** nach den Urteilsfeststellungen im Tatzeitpunkt nicht sicher ausschließbar vollständig aufgehoben war. Eine **wirksame Ermächtigung** setzt

lediglich voraus, dass der Ermächtigende bei Abgabe seiner Erklärung verhandlungsfähig i. S. des Strafverfahrensrechts und in der Lage ist, die Bedeutung von Prozessklärungen zu erkennen (BGH NSTz 1983, 280).“ (BGH aaO)

StPO  
§ 318

**Berufung**  
**Unzulässigkeit der Beschränkung auf fehlende Strafaussetzung**  
(OLG Dresden in NSTz-RR 2012, 289; Beschluss vom 10.02.2012 – 2 Ss 9/12)

StPO

Eine **Beschränkung der Berufung allein auf die Frage der Strafaussetzung** bei kurzen Freiheitsstrafen i.S. des § 47 II 1 StGB ist **unwirksam**.

„**Grds. ist der Rechtsfolgenausspruch** (oder auch ein Teil von diesem) eines Urteils **allein anfechtbar**. Die einem Rechtsmittelberechtigten in § 318 S. 1 StPO eingeräumte Verfügungsmacht über den Umfang seiner Anfechtung gebietet es, den in seinen Rechtsmittelerklärungen zum Ausdruck kommenden Gestaltungswillen im Rahmen des rechtlich Möglichen zu respektieren. Deshalb kann und darf das RevGer. regelmäßig diejenigen Entscheidungsteile nicht nachprüfen, deren Nachprüfung von keiner Seite begehrt wird (BayObLG NSTz-RR 2004, 336; OLG Frankfurt a. M. NSTz-RR 2003, 23).

Vorliegend aber konnte die Berufung nicht innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs wirksam auf die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung beschränkt werden, weil diese Frage in einer **inneren Abhängigkeit zur Strafzumessung** steht. Unstreitig ist zwar, dass eine Rechtsmittelbeschränkung allein auf die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung grds. unter den gleichen Voraussetzungen wie jede wirksame Rechtsmittelbeschränkung möglich ist (BGHSt 47, 32 = NJW 2001, 3134 = NZV 2001, 434).

Dennoch ist die **weitere Einschränkung des Rechtsmittels dann unzulässig, wenn im Einzelfall zwischen der Findung der angemessenen Sanktion (Strafe oder Maßregel) und der Aussetzungsfrage eine untrennbare Wechselbeziehung besteht**, oder wenn **beiden Entscheidungen im Wesentlichen inhaltsgleiche Erwägungen zu Grunde liegen** und deshalb ohne die Gefahr von Widersprüchen eine selbstständige Prüfung allein des angefochtenen Teils nicht möglich ist. Das ist namentlich dann der Fall, wenn bestimmte Feststellungen – etwa zu Vorstrafen oder Tätereigenschaften – doppelrelevant sind und sich der Bf. nach dem erkennbaren **Sinn und Ziel seines Rechtsmittels** gegen diese Feststellungen wendet, oder wenn die Bewährungsentscheidung mit der verhängten Rechtsfolge „eng verzahnt“ ist und deshalb die Gefahr besteht, dass die (stufenweise) entstehende Gesamtentscheidung nicht frei von inneren Widersprüchen bleiben würde (BGHSt 47, 32 = NJW 2001, 3134 = NZV 2001, 434, zur Verhängung der Maßregel nach den §§ 69, 69a StGB).“ (OLG Dresden aaO)

GG  
Art. 3 III 2

**Bescheidbekanntgabe**  
**Bekanntgabe gegenüber blinden oder sehbehinderten Menschen**  
(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2012, 745; Urteil vom 25.06.2012 – 7 A 10286/12)

GG

**Auch einem blinden oder sehbehinderten Menschen kann ein Bescheid in der üblichen Schriftform wirksam bekanntgegeben werden.**

- I. Soweit für einen Bescheid über eine Sozialleistung Schriftform vorgeschrieben ist oder ein Sozialleistungsträger dafür Schriftform wählt, ist den **Anforderungen genügt, wenn als Schriftzeichen Buchstaben und Zeichen verwendet werden**, die den **Inhalt der in deutscher Sprache verfassten Verfügung** der Entscheidung der Behörde für einen Sehenden lesbar machen.

„Zwar ist es geboten, einem blinden Menschen keine rechtlichen Nachteile daraus erwachsen zu lassen, dass er sich infolge seiner Blindheit keine Kenntnis vom Inhalt eines schriftlichen Bescheides verschaffen kann. Blinde Menschen haben jedoch **keinen Anspruch auf die Bekanntgabe eines Bescheides in einer sonstigen Form**.“ (OVG Koblenz aaO).

- II. Etwas **Anderes gilt auch nicht** etwa gem. **Art. 3 III 2 GG, gem. Art. 64 RhPferf. und gem. § 10 I des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen (BehindGleichstG), gem. §§ 2 – 5 der Verordnung zur Zugänglichmachung von Dokumenten für blinde und sehbehinderte Menschen im Verwaltungsverfahren nach dem Behindertengleichstellungsgesetz (VBD) sowie gem. § 6 des RhPferfGesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen (RhPferfGleichstGBehindM).**

„Weder Art. 3 III 2 GG, wonach **Niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt** werden darf, noch Art. 64 RhPferf., wonach das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände **behinderte Menschen vor Benachteiligungen schützen** und auf ihre Integration und die Gleichwertigkeit ihrer Lebensbedingungen hinwirken, kann konkret entnommen werden, dass die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes an einen behinderten Menschen in einer für ihn verständlichen Form erfolgen muss, solange sichergestellt ist, dass jener dadurch im Ergebnis nicht schlechter gestellt wird als ein nicht behinderter Mensch. Zwar sieht § 10 I 1 BehindGleichstG vor, dass Träger öffentlicher Gewalt bei der Gestaltung von schriftlichen Bescheiden, Allgemeinverfügungen, öffentlich-rechtlichen Verträgen und Vordrucken eine Behinderung von Menschen zu berücksichtigen haben, belässt es aber bei deren Schriftlichkeit.

Ferner können blinde und sehbehinderte Menschen gem. § 10 I 2 BehindGleichstG verlangen, dass ihnen nach Maßgabe der vorerwähnten Durchführungsverordnung Bescheide, Allgemeinverfügungen, öffentlich-rechtliche Verträge und Vordrucke auch **in einer für sie wahrnehmbaren Form zugänglich** gemacht werden, wenn dies zur Wahrnehmung eigener Rechte im Verwaltungsverfahren erforderlich ist. Die **Bekanntgabe eines Bescheides in Schriftform bleibt damit unberührt**, vielmehr soll der schriftliche Bescheid den Betroffenen „gleichzeitig mit der Bekanntgabe auch in der für sie wahrnehmbaren Form zugänglich gemacht werden“ (so ausdrücklich § 4 VBD). Damit grds. vergleichbar ist die landesrechtliche Regelung: § 6 I 1 RhPferfGleichstGBehindM sieht vor, dass die Behörden bei der Gestaltung von schriftlichen Bescheiden, Allgemeinverfügungen, öffentlich-rechtlichen Verträgen und Vordrucken die besonderen Belange behinderter Menschen zu berücksichtigen haben, belässt es aber bei der Schriftlichkeit dieser Dokumente. Ferner sind diese gem. § 6 I 2 RhPferfGleichstGBehindM blinden und sehbehinderten Menschen auf ihren Wunsch auch in einer für sie wahrnehmbaren Form zugänglich zu machen, soweit dies zur Wahrnehmung eigener Rechte im Verwaltungsverfahren erforderlich ist. Zwar sieht § 6 II RhPferfGleichstGBehindM weiter vor, dass die Landesregierung durch Rechtsverordnung bestimmt, bei welchen Anlässen und in welcher Art und Weise die in § 6 I 2 RhPferfGleichstGBehindM geregelte Verpflichtung umzusetzen ist. Hierauf hat die Landesregierung indes verzichtet, weil sie – wie der „Handreichung zum Thema Barrierefreiheit: Rechtliche Grundlagen“ des damaligen Ministeriums für Arbeit, Soziales,

Gesundheit, Familie und Frauen zu entnehmen ist – vielmehr in der Praxis darauf hinwirkt, dass die Regelungen in der Verordnung zur Zugänglichmachung von Dokumenten für blinde und sehbehinderte Menschen im Verwaltungsverfahren nach dem Behindertengleichstellungsgesetz sinngemäß angewendet werden, und weil das Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Familie und Frauen sowie das Ministerium des Innern und für Sport die Broschüre „Barrierefreie Verwaltung für behinderte Menschen“ erstellt haben. Darin werden die Behörden allerdings nicht etwa wie in § 5 II und III VBD dazu verpflichtet, sobald sie Kenntnis von der Blindheit oder einer anderen Sehbehinderung von Verfahrensbet. erhalten, diese auf ihr Recht, dass ihnen Dokumente auch in einer für sie wahrnehmbaren Form zugänglich gemacht werden, und auf ihr diesbzgl. **Wahlrecht** hinzuweisen und deren Wahlentscheidung im weiteren Verwaltungsverfahren von Amts wegen zu berücksichtigen. Vielmehr wird ihnen in dieser Broschüre „empfohlen“, auf den Anspruch nach § 6 I 2 RhPfGleichstGBehindM konkret erst in den Bescheiden und ansonsten nur in allgemeinen Veröffentlichungen (z. B. auf der Homepage) hinzuweisen. Dadurch wird indes nicht nur den Bedürfnissen blinder und sehbehinderter Menschen weniger gut Rechnung getragen. Auch wäre die Situation für die Behörden durch eine der Verordnung zur Zugänglichmachung von Dokumenten für blinde und sehbehinderte Menschen im Verwaltungsverfahren nach dem Behindertengleichstellungsgesetz entsprechender Landesverordnung klarer und präsenter geregelt.“ (OVG Koblenz aaO)

VwGO  
§ 40

**Verwaltungsrechtsweg**  
**Widerruf amtlicher Äußerungen eines Bürgermeisters**

VwGO

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 781; Beschluss vom 13.06.2012 – 8 E 1067/12)

Klagt ein Gemeindevertreter auf **Widerruf** ihn betreffender **ehrverletzender Äußerungen des Bürgermeisters** der Gemeinde, die dieser in seiner amtlichen Eigenschaft abgegeben hat, ist für die Streitigkeit der **Verwaltungsrechtsweg gegeben**.

„Der **öffentlich-rechtliche Charakter** der im Streit befindlichen Äußerungen des Bekl. ergibt sich daraus, dass er diese in amtlicher Eigenschaft als Bürgermeister gegenüber der Stadtverordnetenversammlung als Gemeindeorgan in Bezug auf den Kl. als Teil dieses Gemeindeorgans abgegeben hat, so dass sie als **dienstliche Äußerung** des Bürgermeisters der Stadt als Organträger zugerechnet werden muss (VGH Kassel NVwZ-RR 1994, 400 m. w. Nachw.; VGH München NVwZ-RR 1990, 213 m. w. Nachw.; BayVBI 2010, 442).

Soweit das OLG Frankfurt a. M. (NVwZ-RR 1999, 814) und auch der BGH (NJW 1961, 1625) maßgeblich darauf abstellten, dass das **Verhältnis der Gemeindevertreter zum Bürgermeister nicht durch ein Über- und Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet ist**, sondern durch ein **Verhältnis der Gleichordnung**, vermag diese Auffassung nicht zu überzeugen. Denn auch eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen (vgl. dazu: BVerwG NVwZ 2997, 820; OVG Koblenz NVwZ-RR 2008, 722).

Der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit wird hier besonders daran deutlich, dass die vom Kl. beanstandete Erklärung des Bekl. an Stelle eines zunächst als Tagesordnungspunkt vorgesehenen Berichts des Bürgermeisters abgegeben und als Anlage zum Bestandteil des Sitzungsprotokolls der Stadtverordnetenversammlung gemacht worden ist. Folgerichtig begehrt der Kl. mit dem angekündigten Klageantrag die Verurteilung des Bekl. zur Abgabe einer Widerrufserklärung des Bekl. „in der ... öffentlichen Stadtratssitzung ... zu Protokoll“ (gemeint ist eine öffentliche Sitzung der Stadtverordnetenversammlung). Deshalb ist der Bürgermeister als Organ der Stadt – und nicht die Stadt selbst als Organträger – richtiger Bekl., weil die vom Kl. beanstandeten Erklärungen des Bekl. ihn in seiner Eigenschaft als Bürgermeister betreffen und damit als Mitglied des Gemeindeorgans der Stadtverordnetenversammlung. Klageziel ist die Titulierung einer Pflicht des Bekl. als Gemeindeorgan, gegenüber der Stadtverordnetenversammlung eine **Amtshandlung in Form einer mündlichen Widerrufserklärung** vorzunehmen. Es handelt sich mithin um eine **Organstreitigkeit** (Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 40 Rn 6; Bader u. a., VwGO, 5. Aufl., § 78 Rn 9, jew. m. w. Nachw.).

Die vorliegend angegriffene dienstliche Verlautbarung eines Bürgermeisters lässt sich hinsichtlich der Rechtswegfrage nicht mit Äußerungen vergleichen, die von Mitgliedern einer Gemeindevertretung in Bezug auf andere Mitglieder desselben Gemeindeorgans bei Gelegenheit oder anlässlich einer Sitzung dieses Organs gemacht werden und für deren Abwehr der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet ist (VGH Mannheim NJW 1990, 1808 = NVwZ 1990, 793). Die weitere vom VG in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung (VGH Kassel NVwZ-RR 1994, 400) führt bei der Abwehr in dienstlicher Eigenschaft abgegebener ehrverletzender Erklärungen zur Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs.“ (VGH Kassel aaO)

VwGO  
§ 124a IV 4

**Berufungszulassungsantrag**  
**Darlegungserfordernis**

VwGO

(VGH München in BayVBI 2012, 567; Beschluss vom 19.04.2011 – 8 ZB 10.129)

Eine **bloße wörtliche Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens** im Berufungszulassungsantrag **genügt nicht dem Darlegungserfordernis des § 124a IV 4 VwGO**.

„Nach § 124a V 2 VwGO ist die Berufung zuzulassen, wenn einer der Gründe des § 124 II VwGO dargelegt ist und vorliegt. „Darlegen“ bedeutet nach dem **allgemeinen Sprachgebrauch** soviel wie „erläutern“, „erklären“ oder „näher auf etwas eingehen“. Dem Darlegungserfordernis des § 124a IV 4, V 2 VwGO ist daher im Regelfall nur dann genügt, wenn der Zulassungsgrund vom Antragsteller konkret benannt und näher erläutert wird, aus welchen Gründen er vorliegen soll. Es bedarf einer **substanzierten, auf den jeweiligen Zulassungsgrund bezogenen Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung**, durch die der Streitstoff entsprechend durchdrungen und aufbereitet wird. Zwar dürfen die Anforderungen an die Darlegung nicht überspannt oder derart erschwert werden, dass sie von einem durchschnittlichen, nicht auf das gerade einschlägige Rechtsgebiet spezialisierten Rechtswahl mit zumutbarem Aufwand nicht mehr erfüllt werden können (BVerfG NVwZ 2010, 634). Das bloße Benennen eines Zulassungsgrunds genügt dem Darlegungserfordernis aber ebenso wenig wie eine bloße Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens oder eine Bezugnahme hierauf (vgl. NdsOVG NVwZ-RR 2006, 258).“ (VGH München aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. **Derleder:** Vermögensdispositionen nach Heimunterbringung (NJW 2012, 2689)

Der Wechsel eines älteren oder kranken Menschen in ein Heim bedeutet regelmäßig einen Einschnitt auch für die eigenverantwortliche Gestaltung der Vermögensdispositionen, deren **stärkere zivilrechtliche Kontrolle** somit angesagt ist. - Hat der ins Heim Gezogene eine **Kontovollmacht** erteilt und hebt der Bevollmächtigte das Geld des Vollmachtgebers zu eigennützigen Zwecken ab, liegt darin eine positive Vertragsverletzung des der Vollmacht zu Grunde liegenden Auftrags, die einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, II, 241 BGB zur Folge hat; daneben kann ein Anspruch aus § 667 BGB sowie aus Eingriffskondiktion nach § 812 I 1 Alt. 2 BGB, ferner – bei Vorsatz – aus angemaßter Eigengeschäftsführung und Delikt bestehen. - Erwirbt der Bevollmächtigte mit dem abgehobenen Geld einen Gegenstand, etwa eine Immobilie, dann berührt dies nicht den Schadensersatzanspruch, der sich gem. § 285 BGB auch auf das stellvertretende commodum des erworbenen Gegenstands richten kann; dagegen scheidet ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf das rechtsgeschäftliche Surrogat aus, da dieses von § 818 I BGB nicht erfasst wird. - Ein nicht gem. § 518 I BGB **formwirksames Schenkungsversprechen** gegenüber dem Bevollmächtigten kann durch dessen Abhebung und die Überweisung auf sein Konto nicht gem. § 518 II BGB vollzogen werden; dafür bedarf es der rechtsgeschäftlichen Mitwirkung des Schenkers, die, wenn nur der Bevollmächtigte handelt, nur auf Grund einer Gestattung des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB zu Stande kommen kann; der BGH stellt demgegenüber unscharf auf Wissen und Wollen des Schenkers ab, weist dem Bevollmächtigten aber zu Recht die Beweislast für den Vollzug der Schenkung zu. - Soll die vor dem Umzug ins Heim genutzte eigene **Immobilie** auf Grund notarieller Vollmacht von einem bevollmächtigten Angehörigen oder Bekannten veräußert werden und erscheint der Veräußerer in Begleitung des Bevollmächtigten beim **Notar**, hat dieser nicht nur eine **allgemeine Prüfungspflicht** aus § 11 BeurkG hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit, sondern **muss nach dem Grund für die Heimunterbringung und nach eventuellen Krankheiten fragen**; die Information über eine schwere Erkrankung wie Demenz, Alzheimer, Parkinson und Chorea Huntington hat er in der Niederschrift zu verankern. - Erbringt der Sozialhilfeträger Leistungen an einen durch vorherige Verfügung über sein Vermögen bedürftig gewordenen Heimbewohner, kann er nach gesetzlicher Überleitung gem. § 93 I 1 SGB XII nicht nur den **Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers** gem. § 528 I 1 i. V. mit § 812 BGB geltend machen, sondern auch die Ansprüche gegen einen eigennützig handelnden Bevollmächtigten aus den sonstigen schuldrechtlichen Anspruchsgrundlagen, insbes. den Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, II, 241 BGB; nur bei einer Schenkung kann der Schuldner aber von der Abwendungsbefugnis durch Zahlung des Unterhalts, insbes. der nicht gedeckten Heimkosten, Gebrauch machen; diese Rechtsgrundsätze gelten auch bei den anderen subsidiären Leistungen des Sozialstaats.

#### 2. **Kulke:** Sittenwidrigkeit und Beschaffenheitsvereinbarungen bei Internetauktionen (NJW 2012, 2697)

Bespr. der Entsch. BGH NJW 2012, 2723

#### 3. **Vuia:** Der merkantile Minderwert als Teil des Vermögensschadens (NJW 2012, 3057)

Der „**merkantile**“ **Minderwert** stellt einen **unmittelbaren Sachschaden** dar, weil auch nach einer Reparatur der Sache die Gefahr einer größeren Schadensanfälligkeit und verborgener Schäden oder Mängel der Reparatur verbleibt; der Schaden entsteht unabhängig davon, ob der Geschädigte die Sache weiter nutzt, verkauft oder überhaupt reparieren lässt. - Die **Minderung des Verkaufswerts** ist demgegenüber **nicht der unmittelbare Anknüpfungspunkt für den Schaden**, sondern Ausdruck der Bewertung des bereits eingetreten Schadens durch den Markt; dass ein Markt für gebrauchte Sachen existiert, ist daher keine Voraussetzung für einen Ersatzanspruch; geht es um die Feststellung, ob überhaupt eine Wertminderung und damit ein Schaden eingetreten ist, findet § 286 ZPO Anwendung. - Bei der **Ermittlung der Schadenshöhe** kann das Gericht dagegen im Rahmen des § 287 ZPO auf eines der gängigen **Berechnungsmodelle** zurückgreifen, muss jedoch stets das Ergebnis unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls überprüfen; beauftragt das Gericht einen Sachverständigen, hat es diesem im Einzelnen aufzugeben, auf welcher Grundlage die Schadenshöhe zu ermitteln ist.

#### 4. **Dräger:** Überweisung auf ein anderes Konto als vom Gläubiger angegeben (MDR 2012, 1012)

Die Überweisung auf ein anderes als das vom Gläubiger angegebene „Zielkonto“ ist ein **Fehlverhalten des Schuldners**. Der Schuldner darf nicht gegen die Festlegung des Empfängerkontos verstoßen, indem er auf ein anderes Konto des Gläubigers überweist; dabei spielt es vom Ansatz her keine Rolle, ob die Gutschrift auf dem „falschen“ Konto aus Schuldnersicht versehentlich oder bewusst zustande kommt (versehentlich etwa aufgrund der Orientierung an einem Rechnungsvordruck mit mehreren angegebenen Konten). - Dieses Fehlverhalten des Schuldners muss aber nach richtigem Verständnis **nicht aus Prinzip sanktioniert** werden, die **schutzwürdigen Interessen des Gläubigers** sind **durch etwaige Schadensersatzansprüche gewahrt** (z. B. im Falle von Zinsverlusten sowie bei Überweisung auf ein gepfändetes oder ein überzogenes Konto); es kann nicht Aufgabe des

Zivilrechts sein, dem Schuldner wegen seines Fehlverhaltens schadensunabhängig „Rechtsnachteile“ zuzufügen. - Diese Erkenntnis scheint sich auch in der **jüngeren Rspr. der Obergerichte** durchzusetzen; allerdings wird auch in diesen Entscheidungen an der **traditionellen Sichtweise zu § 362 BGB** festgehalten: Die Überweisung auf das „falsche“ Konto des Gläubigers soll keine Erfüllungswirkung haben; der Schuldner soll dann aber die Tilgungswirkung über § 389 BGB durch Aufrechnung mit dem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch herbeiführen können. - Bei näherer Betrachtung drängt es sich nach Auffassung des Autors auf, Nägel mit Köpfen zu machen und auch bei Zahlung auf das „falsche“ Konto des Gläubigers Erfüllungswirkung anzunehmen; für diese stringente und sachgerechte Lösung sprechen gute Gründe: Der Umweg über die Tilgungswirkung durch **Aufrechnung mit einem bereicherungsrechtlichen Anspruch** des Schuldners ist unnötig, es liegt nahe, die Tilgungswirkung nicht erst indirekt durch ein Erfüllungssurrogat herbeizuführen (§ 389 BGB), sondern unmittelbar durch Erfüllung (§ 362 BGB).

5. **Bayreuther**: Altersgrenzen, Kündigungsschutz nach Erreichen der Altersgrenze und die Befristung von „Altersrentnern“ (NJW 2012, 2758)

**Altersgrenzen sind grds. zulässig**, wenn sie an den Zeitpunkt anknüpfen, zu dem der Arbeitnehmer zum Bezug einer gesetzlichen Altersrente berechtigt ist; eine weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung erübrigt sich dann; es braucht daher nicht geprüft werden, ob die Regelung auch tatsächlich geeignet ist, um in der jeweiligen Branche oder im fraglichen Berufszweig jungen Arbeitnehmern den Zutritt zum Arbeitsmarkt zu erleichtern. - Die Altersgrenze muss nicht daran gebunden werden, dass der Arbeitnehmer eine ausreichend hohe Altersrente erhält. - Altersgrenzen **können sowohl in Tarif- als auch in Arbeitsverträgen vereinbart** werden. - Es spricht einiges dafür, dass eine „Verrentung“ mit Erreichen des 67. Lebensjahres auch dann zulässig ist, wenn dem Arbeitnehmer kein Anspruch auf gesetzliche Altersrente zusteht; Bedeutung erlangt das vor allem für Arbeitnehmer und sonstige Beschäftigte, die nicht in die gesetzliche Sozialversicherung einbezogen sind und damit insbesondere für Organmitglieder. - Arbeitgeber können unter Verweis auf deren Alter eine Wiederbewerbung (bzw. ein Fortsetzungsverlangen) von Arbeitnehmern ablehnen, deren Arbeitsverhältnis wegen Erreichens der Altersgrenze geendet hatte (bzw. enden wird); gleichermaßen kann ein Arbeitgeber eine Bewerbung eines „fremden“ Arbeitnehmers mit der Begründung zurückweisen, dass dieser die in seinem Unternehmen einschlägige Altersgrenze überschritten hat. - Dem **Hörnfeldt-Urteil** lässt sich entnehmen, dass der arbeitsrechtliche Bestandsschutz, der „Altersrentnern“ gewährt wird, nicht zwingend derselbe sein muss wie derjenige, der „vollaktiven“ Arbeitnehmern zusteht; daran anknüpfend **sollte** nach Auffassung des Autors die **Rspr. ihre Grundsätze zur Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen bzw. Leistungsminderung** im Hinblick auf Altersrentner ggf. **modifizieren**; genießt der Arbeitnehmer Sonderkündigungsschutz, kann dem Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit mit sozialer Auslaufzeit einzuräumen sein; auch erscheint denkbar, dass **Arbeitsverhältnisse von „Altersrentnern“ unter erleichterten Voraussetzungen befristet** werden dürfen (Altersbefristung als unbenannter Sachgrund i. S. des § 14 I TzBfG); im Mittelpunkt der Rechtskontrolle einer derartigen Befristung stünde dann weniger, ob die Befristung überhaupt gerechtfertigt ist, sondern vielmehr, ob deren Zeitdauer angemessen erscheint; davon unabhängig ist eine Altersbefristung in jedem Fall gerechtfertigt, wenn es im Betrieb noch unerledigte Aufgaben gibt, die der ausscheidende Arbeitnehmer effektiver abarbeiten kann als ein neu eingestellter Kollege.

6. **Mettler**: Die Mithaftung des Firmennachfolgers durch Fortführung einer Firmenhomepage (MDR 2012, 1008)

Der **tragende Gesichtspunkt für die in § 25 I 1 HGB vorgesehene Mithaftung des Nachfolgers** für die im Betrieb begründeten Verbindlichkeiten seines Vorgängers liegt in der **Kontinuität des Unternehmens**, die durch die Fortführung der bisherigen Firma nach außen in Erscheinung tritt. - Die Firmenhomepage als solche ist grds. als „Geschäftslokal“ bzw. als „Geschäfts- oder Etablissementbezeichnung“ anzusehen, mit welcher ein Geschäftsinhaber seine Dienstleistungen anpreist und anbietet; die Fortführung einer Firma liegt darin für sich alleine betrachtet nicht; **§ 25 HGB findet weder direkte noch analoge Anwendung**. - Wer den Eindruck der Verlautbarung einer Unternehmenskontinuität und die an sie anknüpfende Rechtsfolge der Haftungskontinuität vermeiden will, darf jedoch nicht mit der alten Firma über Monate auf seiner Homepage im Rechtsverkehr auftreten und mit der jahrelangen Erfahrung des früheren Inhabers i.S.d. § 25 HGB werben; die **Weiterverwendung der Firma** i. d. S. stellt eine Firmenfortführung nach § 25 HGB dar und führt zum gesetzlichen Schuldbeitritt nach § 25 HGB. - Die Vorschrift des § 25 HGB setzt nach zutreffender Auffassung des BGH einen rechtsgeschäftlichen, derivativen Erwerbsvorgang nicht voraus, da es nur auf den tatsächlichen Übergang des Handelsgeschäfts nach der maßgeblichen Sicht des Geschäftsverkehrs und nicht auf das interne Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber ankommt; die Gefahr einer Haftung durch „Homepagefortführung“ nach § 25 HGB kann deshalb erheblich sein und wird in der Rechtspraxis als Haftungsproblem bislang nicht hinreichend wahrgenommen oder erkannt.

## II. Strafrecht

1. **Leitmeier**: Bedingter Vorsatz bei Tötungsdelikten – Hemmschwellentheorie ohne Erklärungswert (NJW 2012, 2850)

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2012, 1524**, wonach die **Hemmschwellentheorie faktisch abgeschafft** ist. Tatsächlich war diese Theorie nach Ansicht des Autors nicht nur überflüssig, sondern schädlich: Das LG Saarbrücken als Tatsacheninstanz hat sich eine eingehende, ordentliche Prüfung aller objektiven und subjektiven Tatumsstände erspart und stattdessen die Hemmschwellentheorie zitiert, um den Tötungsvorsatz abzulehnen. - Die **Ab-**

- Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit überforderte** aber nicht nur die **Hemmschwellentheorie**, die **Abgrenzung ist prinzipiell nicht zu leisten**: „Bedingter Vorsatz“ mit seinen Elementen „billigendes Inkaufnehmen“ und „Sich-Abfinden“, bewusste Fahrlässigkeit mit ihrem Element des „ernstlichen Vertrauens auf das Ausbleiben des Erfolgs“ sind **Typusbegriffe**, die inhaltlich **auch nach Jahrzehnten nicht scharf gefasst** und deshalb **nicht sicher abgrenzbar** sind. - Nach dem **gegenwärtigen Konzept** sind **bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit unbestimmte Rechtsbegriffe**, die vom Tatrichter durch Argumente, Wertungen und vertretbare Begründungen ausgefüllt werden; **für den Zweifelsgrundsatz ist bei dieser Abgrenzung kein Raum**: Für Rechtsfragen gilt diese Rechtsfigur nicht, der Tatrichter muss sich also mit guten Gründen für die eine oder andere Lösung entscheiden – die dann vom BGH als „vertretbar“ gehalten oder als „nicht vertretbar“ verworfen wird, ebenfalls mit guten Gründen; dies ist für Anhänger der Rechtsklarheit betrüblich, zeigt aber nur: Recht, und damit auch Strafrecht, ist keine Natur-, sondern eine Geisteswissenschaft.
2. **Schlösser**: Die Betrugsdogmatik vor den Schranken des Verfassungsrechts - Anmerkungen zu BVerfG, Beschluss vom 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10 (NStZ 2012, 473)
- Bespr. der Entsch. **BVerfG NStZ 2012, 496**, wonach das BVerfG die **Rechtsfiguren des Eingehungsbetruges, der schadensgleichen Vermögensgefährdung beim Betrug und der konkludenten Täuschung** für vom Grundsatz her **verfassungsgemäß** hält. - Darüber hinaus betont BVerfG aaO die **eigenständige Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen (Bedeutungsgebot)**. - Über diesen Ansatz öffnet das BVerfG allgemein die Tür für eine erhöhte verfassungsgerichtliche Kontrolldichte strafgerichtlicher Entscheidungen; konkret führt dies durch den vorliegenden Beschluss dazu, dass dem betrugsrechtlichen Schadensbegriff nunmehr und in Anlehnung an die Untreueentscheidung aus dem Jahre 2010 eine spezifische verfassungsrechtliche Bedeutung beigelegt wird; sie besteht in der **grds. Notwendigkeit der Bezifferung und Darlegung einer tatbestandlichen Vermögens-einbuße**; darin und in dem dadurch zum Ausdruck gebrachten Gleichklang der Bewertungen des Schadensbegriffes bei Betrug und Untreue liegt die hauptsächlichliche Bedeutung der vorliegenden BVerfG-Entscheidung. - Diese Bedeutung zeigt sich zudem in dem Umstand, dass sie mit dem **Ende des Prämien- auch das Ende des Quotenschadens** markiert. - Insgesamt kann festgehalten werden: Durch den Beschluss des BVerfG vom 07.12.2011 wurde ein zentraler Baustein aus dem vom BGH zum Betrug errichteten schadensrechtlichen Begriffsgebäude herausgenommen, wodurch dieses insgesamt an Stabilität eingebüßt haben dürfte.
3. **Scholten**: Rechtsfragen rund um das Tragen eines Helms im Straßenverkehr (NJW 2012, 2993)
- Die **gesetzliche Helmtragungspflicht des § 21a StVO beschränkt sich auf bestimmte Kraftfahrzeuge, Fahrräder werden nicht erfasst**. - Unter Heranziehung der Richtlinie 2002/24/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 18.03.2002 lässt sich überzeugend begründen, dass bestimmte Elektrofahrräder der Vorschrift zum Teil nicht unterfallen; aus Gründen der **Rechtsklarheit** dürfte es sich aber empfehlen, die StVO entsprechend zu ergänzen. - Die Rspr. hat aus dem Gesichtspunkt eines wohlverstandenen **Eigeninteresses** auch in anderen Fällen auf die Obliegenheit erkannt, bei Teilnahme am (Straßen-)Verkehr einen Kopfschutz zu tragen; namentlich **Rennradfahrer müssen heute mit der Anerkennung einer entsprechenden Obliegenheit rechnen**, auch wenn sie den Sport nur in der Freizeit und hobbymäßig betreiben. - Soweit eine entsprechende Pflicht oder Obliegenheit besteht, kann sie nur durch Gebrauch eines geeigneten Kopfschutzes erfüllt werden; dies setzt nicht nur die Auswahl eines (amtlich zugelassen) Helms mit ausreichender Schutzwirkung, sondern auch dessen korrekten Sitz voraus. - Die **Verletzung der gesetzlichen Helmpflicht begründet eine Ordnungswidrigkeit**, die mit einer Verwarnung oder einem Bußgeld belegt werden kann; sie hat ebenso wie die Verletzung der Obliegenheit, in anderen Fällen einen Helm zu tragen, haftungsrechtliche Folgen, denn das Nichttragen eines Helms gefährdet im Falle eines Unfalls auch den Entgeltfortzahlungsanspruch; dagegen lässt es – jedenfalls im Bereich der gesetzlichen Sozialversicherung – den **Versicherungsschutz des unbehelmten Geschädigten grds. unberührt**.

### III. Öffentliches Recht

1. **Bayreuther**: Zulässigkeit und Verwertbarkeit heimlicher Videoaufzeichnungen am Arbeitsplatz (DB 2012, 2226)

Das **BAG lässt eine repressive verdeckte Videoüberwachung zu, wenn ein konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung** zu Lasten des Arbeitgebers gegen eine hinreichend bestimmte Personengruppe besteht, **weniger einschneidende Mittel** zur Aufklärung des Verdachts **nicht vorhanden** sind oder erfolglos ausgeschöpft wurden. Dagegen ist eine verdeckte Videoüberwachung unzulässig, wenn sie anlasslos bzw. präventiv erfolgt. - Die Annahme des BAG, dass § 6b II BDSG nur eine „Verfahrenssicherungsregelung“ wäre, die keine Aussage über die Zulässigkeit einer verdeckten Überwachung trifft, überzeugt nach Ansicht des Autors nicht; vielmehr lässt sich die Entscheidung nur begründen, wenn man § **6b II BDSG verfassungskonform teleologisch reduziert**; eine derartige teleologische Reduktion ließe sich nicht zuletzt unter Berücksichtigung der jüngeren Rspr. des EGMR ggf. begründen; schließt man sich der Sichtweise des BAG an, wären allerdings die §§ 32e und 32f des **geplanten Beschäftigtendatenschutzgesetzes** zwingend als verfassungswidrig zu verwerfen. - Eine teleologische Reduktion des § 6b II BDSG ist auf zweierlei Weg durchführbar: Entweder man beschränkt den Anwendungsbereich der Regelung auf präventive bzw. anlasslose Überwachungsmaßnahmen oder man wendet § 6b BDSG im Beschäftigtendatenschutzrecht überhaupt nicht mehr an. - Für die letztere Variante spricht viel: Während § 6b BDSG dann allein das Verhältnis des Arbeitgebers zu Dritten betreffen würde, die sich im jeweiligen Raum aufhalten, wäre in der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber, Beschäftigten und ggf. Betriebsrat (§ 75 II BetrV) allein § 32 BDSG heranzuziehen; die Unwirksamkeit einer Überwachungsmaßnahme auf der einen Ebene kann zwar auf die andere Ebene durchschlagen, doch muss das nicht zwingend der Fall sein. - Das BAG setzt sich im Urteil zwar nicht mit der Regelung des § 32 I 2 BDSG ausei-

inander, da diese zum streitentscheidenden Zeitpunkt noch nicht in Kraft war; dessen ungeachtet korrelieren die vom BAG aufgestellten Grundsätze aber durchaus mit den Vorgaben des § 32 I 2 BDSG und haben unter Geltung dieser Norm Bestand; problematisch ist allerdings, dass § 32 I 2 BDSG eine verdeckte Datenerhebung nur zur Aufklärung von Straftaten zulässt, während das BAG dem Arbeitgeber eine Videoüberwachung auch ermöglicht, um lediglich „andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers“ aufzudecken. Diese **Divergenz zwischen dem BAG und § 32 I 2 BDSG** erweist sich **in der Praxis aber weniger bedeutend**, weil sehr viele aufklärungsrelevanten Vorfälle schon aus tatsächlichen Gründen einen Strafbestand erfüllen werden. - Diese **Grundsätze gelten auch für die verdeckte Überwachung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsstätten**; dort ist im Rahmen der **Interessenabwägung** aber zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmer in solchen Räumen häufig eine erhöhte Erwartung haben, was den Schutz ihrer Privatsphäre betrifft; eine Überwachung von Rückzugsräumen ist stets unzulässig. - **Genügt die verdeckte Videoüberwachung nicht den durch das BAG konkretisierten Voraussetzungen des BDSG, darf ein mit ihrer Hilfe gewonnener Beweis nicht in einem späteren arbeitsgerichtlichen Verfahren verwendet werden**; der gegenteilige Hinweis des BAG, wonach aus einer unzulässigen Überwachung kein Beweisverwertungsverbot folgen soll, trügt und steht in Widerspruch zu den übrigen Aussagen des BAG.

## 2. Hopf: Der kollektive Auszug einer Gemeinderatsfraktion (BayVBl. 2012, 561)

**Zieht die Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder aus der Gemeinderatssitzung aus**, führt dies zur **Beschlussunfähigkeit des Gremiums**; gehören die Ausziehenden einer Fraktion an, kann gegen die Fraktion als solche keine Ordnungsmaßnahme verhängt werden; der kollektive Auszug eines Zusammenschlusses im Gremium stellt rechtlich einen **Pflichtenverstoß jedes einzelnen Ratsmitglieds** dar, der individuell zu ahnden ist. - Über **Ordnungsmaßnahmen** ist vom Gemeinderat **in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden**, es sei denn, der Betroffene verlangt ausdrücklich die Herstellung der Öffentlichkeit; bei der Beratung und Abstimmung über die Verhängung einer Ordnungsmaßnahme ist jeweils nur **das Ratsmitglied persönlich beteiligt** und damit ausgeschlossen, dessen Pflichtenverstoß behandelt wird; gleiches gilt bei der Entscheidung über einen Geschäftsordnungsantrag, der die Absetzung des jeweiligen Tagesordnungspunktes zum Inhalt hat; **keine persönliche Beteiligung** liegt hingegen **bei der Beratung und Abstimmung über die Angelegenheit eines mit ausziehenden Fraktionskollegen** vor. - Das von **Art. 48 II GO** geforderte **Ermessen** ist vom **Gremium im Rahmen der Beschlussfassung auszuüben** und im folgenden **Verwaltungsakt** darzulegen; gegen die vom Bürgermeister verfügte Ordnungsmaßnahme, die als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, kann der Betroffene mit der Anfechtungsklage vorgehen; eine Klage noch vor Vollzug des Ratsbeschlusses ist unzulässig.

## 3. Rixen: Kein Kita-Platz trotz Rechtsanspruch? (NJW 2012, 2839)

Ab 01.08.2013 hat jedes Kind zwischen dem vollendeten ersten und dem vollendeten dritten Lebensjahr einen **Anspruch auf frühkindliche Förderung insbes. in einer Kindertageseinrichtung** („Kita“); im Interesse der Eltern, die die außerhäusliche Betreuung ihrer Kinder in der Regel langfristig planen müssen, stellt sich die Frage, was geschieht, wenn die Kommunen Kita-Plätze entgegen der gesetzlichen Vorgabe nicht zur Verfügung stellen. - Stehen am 01.08.2013 entgegen § 24 II SGB VIII in der ab 01.08.2013 anwendbaren Fassung nicht genügend Kita-Plätze zur Verfügung, können Eltern Aufwendungen, die ihnen durch die selbst organisierte Kinderbetreuung entstehen, auf unterschiedlicher (nebeneinander anwendbarer) Rechtsgrundlage einfordern: Neben dem **Amtshaftungsanspruch** stehen vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgende Ansprüche (Folgentenschädigungsanspruch [FEA]; Aufwendungsersatzanspruch gem. § 36a III SGB VIII analog), deren Existenz allerdings nicht allgemein anerkannt ist.

## 4. Brocker: Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz (NJW 2012, 2996)

Die Änderung einer gefestigten, auch höchstrichterlichen Rspr. unterliegt auch im Lichte des rechtsstaatlichen **Rückwirkungsverbots** nach Art. 3 I i. V. mit Art. 20 III lediglich einer **verfassungsgerichtlichen Willkürkontrolle**; nur wenn und soweit das einfache materielle Recht dies im Einzelfall zulässt, ist Raum für eine Interessenabwägung. - Diesen Maßstab legt im Ergebnis konsequent auch das BVerfG an; die Aufgabe einer bisherigen, gefestigten höchstrichterlichen Rspr. ist nur dann als **„judikatives Unrecht“** zu qualifizieren, wenn sie willkürlich erfolgt; willkürfrei ist die Änderung der Rspr. dann, „wenn sie hinreichend und auf den konkreten Fall bezogen begründet ist“; in der gerichtlichen Entscheidung müssen stichhaltige Gründe für den Wechsel der Rechtsauffassung genannt werden; sachfremde Erwägungen, die den Willkürvorwurf begründen könnten, dürfen nicht ersichtlich sein. - Die Willkürprüfung erfolgt nach der zutreffenden Rspr. des BVerfG i. Ü. erst dann, wenn überhaupt ein **schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Rspr.** konstatiert werden kann; diese Frage ist prüfungstechnisch vorrangig zu beantworten, **grds. kann nämlich kein Prozessbeteiligter darauf vertrauen, dass der Richter stets an einer bestimmten Rechtsauffassung aus der bisherigen Judikatur festhält.** - Schützenswertes Vertrauen und damit ein Vertrauenstatbestand kann nur durch ein **Mindestmaß an Kontinuität der früheren Rspr.** überhaupt gebildet werden; schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage auf Grund höchstrichterlicher Entscheidungen kann i. d. R. nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbes. einer gefestigten und langjährigen Rspr., entstehen; es kann sich umgekehrt gewendet vor allem i. d. R. dann nicht bilden bzw. erschüttert werden, wenn sich die Abweichung von der früheren Rspr. „im Rahmen vorhersehbarer Entwicklung“ hält und/oder weil Vorbehalte gegenüber der bisherigen Rspr. in der öffentlichen Diskussion, in der jur. Lit. oder in obiter dicta der Gerichte geäußert wurden oder andere Gerichte der höchstrichterlichen Rspr. gar die Gefolgschaft versagt haben. - Dieser verfassungsrechtliche Maßstab ist überzeugend: Er gewährleistet hinreichend und funktionsgerecht die **grundrechtlich geschützte „individuelle Erwartungssicherheit“ des Einzelnen**.

## 5. Scheidler: Die mündliche Verhandlung im Verwaltungsprozess (VBIBW 2012, 365)

Die **mündliche Verhandlung als Kernstück des Verwaltungsprozesses** dient der **Sachverhaltsermittlung** und der **Information der Beteiligten** darüber, worauf es aus Sicht des Gerichts für die Entscheidungsfindung ankommt. - Vom Grundsatz, dass mündlich zu verhandeln ist (§101 I VwGO), gibt es verschiedene **Ausnahmen**, so das **Einverständnis der Beteiligten mit einem schriftlichen Verfahren** (§ 101 II VwGO) und für **Entschei-**

**dungen, die nicht Urteile sind** (§ 101 III VwGO), namentlich Beschlüsse. - § 102 VwGO enthält Regelungen zur Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden und zur Ladung. - In den §§ 103 und 104 VwGO finden sich die wichtigsten Bestimmungen zum Ablauf der mündlichen Verhandlung, deren Hauptbestandteil das **Rechtsgespräch** ist, also die **Erörterung der Streitsache durch den Vorsitzenden mit den Beteiligten** (§ 104 I VwGO). - Umfang und Dauer des Rechtsgesprächs bestimmen sich insbes. nach Schwierigkeit der Streitsache und danach, ob Beteiligte anwaltlich ertreten sind oder nicht.

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

**Schneider:** Der BGH und die Terminsgebühr – Eine komische Tragödie in fünf Akten (NJW 2012, 2711)

**Problemstellung:** Nach Vorb. 3 III Alt. 3 VV RVG erhält der Anwalt eine Terminsgebühr, wenn er Besprechungen zur Erledigung oder zur Vermeidung eines Verfahrens führt. Ausgenommen sind Besprechungen mit dem eigenen Auftraggeber; obwohl der Wortlaut an sich eindeutig ist und keine weiteren Einschränkungen enthält, wird kontrovers diskutiert, ob diese Variante der Terminsgebühr nur in einem solchen Verfahren entstehen kann, für das eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, oder ob diese Variante in allen Verfahren anwendbar ist; eine **klaren Linie ist in der BGH-Rspr. nicht auszumachen**. - In seiner ersten Entscheidung hatte sich der **BGH (NJW 2007, 1461)** mit der Frage zu befassen, ob bei einer außergerichtlichen Besprechung der beteiligten Anwälte in einem Verfahren der **Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO** eine Terminsgebühr anfallen könne, er hat dies verneint und darauf hingewiesen, dass in Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO eine mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben sei und daher eine Terminsgebühr auch nicht durch Besprechungen zur Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens anfallen könne; Sinn und Zweck der Vorb. 3 III Alt. 3 VV RVG bestehe nämlich ausschließlich darin, den Anwalt zu belohnen, der versuche, eine ansonsten vorgesehene mündliche Verhandlung zu vermeiden; weshalb der Gesetzgeber in Nr. 3516 VV RVG ausdrücklich einen Gebührentatbestand für die Terminsgebühr im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren, in dem bekanntlich grds. nie mündlich verhandelt wird und soweit ersichtlich eine mündliche Verhandlung auch noch nie vorgekommen ist, angeordnet hat, vermochte der BGH nicht zu erklären; ebenso wenig ist er darauf eingegangen, weshalb z. B. im Mahnverfahren, in dem es nun wirklich keine gerichtlichen Termine geben kann, ausdrücklich eine Terminsgebühr vorgesehen ist (Vorb. 3.3.2 VV RVG). - In einer weiteren Entscheidung ist der **BGH (NJW 2007, 2644)** trotz der Kritik an seiner ersten Entscheidung bei seiner Auffassung geblieben: Dort ging es um eine Besprechung, die die Anwälte geführt hatten, nachdem das Berufungsgericht gem. **§ 522 II 2 ZPO** darauf hingewiesen hatte, dass es beabsichtige, die Berufung nach § 522 II 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen; um hier eine Terminsgebühr abzulehnen, hat der BGH gleich zweierlei erfunden: Zum einen bleibt er bei der ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzung, dass die Terminsgebühr nach Vorb. 3. III Alt. 3 VV RVG ein Verfahren mit obligatorischer mündlicher Verhandlung voraussetze, zum anderen erfindet er „das Verfahren nach § 22 ZPO“. - Nach der massiven **Kritik der Instanzspr.** (OLG München, BeckRS 2010, 21113; OLG München BeckRS 2011, 07230; OLG Dresden NJW-RR 2008, 1667; OLG Köln NJW-RR 2012, 1152) ist der **BGH (NJW 2012, 459)** in einer weiteren Entscheidung „zurückgerudert“ und hat eine Terminsgebühr für Besprechungen der Anwälte jedenfalls dann angenommen, wenn die Parteien die Möglichkeit haben, eine mündliche Verhandlung zu erzwingen; zu Grunde lag ein **einstweiliges Anordnungsverfahren vor dem FamG**, in dem die Anwälte Besprechungen zur Erledigung des Verfahrens geführt, die aber zunächst erfolglos geblieben waren; später wurde dann der Hauptsacheantrag zurückgenommen, wodurch sich auch das einstweilige Anordnungsverfahren erledigte. - In einer weiteren Entscheidung musste sich der **BGH (NJW-RR 2012, 314)** wieder mit einem Fall nach § 522 II ZPO befassen: Die Parteien hatten nach Eingang der Berufungsbegründung Besprechungen zur Erledigung des Verfahrens geführt, allerdings ohne Erfolg; hier nach wies das Berufungsgericht gem. § 522 II 2 ZPO darauf hin, dass es beabsichtige, die Berufung nach § 522 II 1 ZPO zurückzuweisen; auch hier wollte der BGH offenbar nicht seine bisherige Rspr. in Frage stellen und hat eine weitere Ausnahme erfunden; danach soll nämlich von einer obligatorischen mündlichen Verhandlung auszugehen sein, solange das Gericht noch nicht nach § 522 II 2 ZPO darauf hingewiesen habe, dass es beabsichtige, nach § 522 II 1 ZPO vorzugehen; erst mit Erteilung des Hinweises verwandle sich das Verfahren mit obligatorischer mündlicher Verhandlung in ein solches ohne obligatorische mündliche Verhandlung. - Wer nach den beiden letzten Entscheidungen gedacht hatte, dass der **BGH (NJW 2012, 1294)** bei der nächsten Entscheidung endgültig „kippen“ werde, sah sich getäuscht, im Gegenteil: Der BGH ist wieder in alte Bahnen zurückgefallen und hat ausdrücklich erklärt, dass in einem Verfahren, in dem eine mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben sei, keine Terminsgebühr nach Vorb. 3 III Alt. 3 VV RVG entstehen könne; zu Grunde lag ein **Verfahren auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe**, in dem eine mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben ist (§ 127 I ZPO); dort hatten die Anwälte außergerichtliche Vergleichsverhandlungen geführt, die allerdings kein Ergebnis hervorgebracht hatten; das Entstehen einer Terminsgebühr hat der BGH abgelehnt.

## Voraussetzungen für die Zwangsversteigerung von Grundstücken

### a) Zuständigkeit

Für die Zwangsvollstreckung durch Zwangsversteigerung ist das **Amtsgericht** der belegen Sache nach § 1 I ZVG als **Vollstreckungsgericht** zuständig. Dort entscheidet nach § 3 I i) RPflG der Rechtspfleger.

### b) Ordnungsgemäße Antragstellung

Die Zwangsversteigerung setzt nach § 15 ZVG den Antrag des Gläubigers voraus.

### c) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Auch hier müssen nach § 750 ZPO die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen (**Titel, Klausel, Zustellung**) vorliegen.

### d) Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

Manchmal müssen über die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen hinaus auch besondere Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen. Dies gilt insbesondere, wenn die Vollstreckung von Voraussetzungen abhängig ist, deren Vorliegen nach den obigen Ausführungen bei Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht geprüft wird. Hierzu gehören im Allgemeinen der Ablauf des bestimmten **Kalendertages** (§ 751 I ZPO), die Erbringung der **Sicherheitsleistung** (§ 751 II ZPO) und die Erfüllung oder das Angebot der **Gegenleistung** (§ 756 ZPO).

Gerade im Zusammenhang mit der Immobilienvollstreckung stellen sich jedoch noch weitere Fragen.

#### aa) Erfolglosigkeit der Mobiliarvollstreckung

Wegen des besonderen Eingriffs in die Schuldnerposition durch Versteigerung einer Immobilie stellt sich die Frage, ob ein Gläubiger die Mobiliarvollstreckung nur betreiben darf, wenn die Mobiliarvollstreckung erfolglos war. Für öffentliche Abgaben ist dies in §§ 322 IV, 412 II AO ausdrücklich so vorgesehen. Aber auch für sonstige Fälle könnte sich dies aus dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ergeben. Allerdings hat der Gläubiger einen titulierten Anspruch, deren Erfüllung der Schuldner hartnäckig verweigert. Vor diesem Hintergrund ist der Gläubiger bei der Wahl des Vollstreckungsobjektes nicht an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden. **Mobiliarvollstreckung und Immobilienvollstreckung stehen** insofern **gleichberechtigt nebeneinander** und sogar zeitgleich betrieben werden.

#### bb) Höhe der Forderung

Fraglich ist, ob die Zwangsversteigerung eine Forderung in bestimmter Mindesthöhe voraussetzt, bei deren Fehlen sie wegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs in den von Art. 14 GG gewährleisteten Schutz des Eigentums abzulehnen ist. Eine solche **Mindesthöhe** wird jedoch **nicht** für **erforderlich** gehalten. Allerdings ist die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durch Zwangsversteigerung wegen **Bagatellforderungen** nur dann zulässig, wenn der **Schuldner wiederholt erfolglos zur Zahlung aufgefordert** wurde.

#### cc) Vorliegen der grundbuchrechtlichen Voraussetzungen

Die Zwangsversteigerung darf nur nach § 17 I ZVG nur angeordnet werden, wenn der **Schuldner als Eigentümer des Grundstücks eingetragen** oder wenn er **Erbe** des eingetragenen Eigentümers ist. Die Eintragung des Schuldners als Eigentümer ist nach § 17 II 1 ZVG durch ein **Zeugnis des Grundbuchamts** nachzuweisen. Gehören Vollstreckungsgericht und Grundbuchamt demselben Amtsgericht an, so genügt nach § 17 II 2 ZVG statt des Zeugnisses die Bezugnahme auf das Grundbuch. Soweit der Schuldner nicht als Eigentümer des Grundstücks eingetragen, jedoch Erbe des eingetragenen Eigentümers ist, so ist die **Erbfolge** nach § 17 III ZVG **durch Urkunden glaubhaft zu machen**, sofern sie nicht bei dem Gericht offenkundig ist.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung

### Strafrecht

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

<b>Land:</b> <b>Bayern</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>RiLG R</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>14.08.2012</b>
-------------------------------	---	---

**Zur Person:**

R bestätigte größtenteils das Bild, welches aus den Protokollen ersichtlich ist. Zwar ersparte er uns dieses Mal ironische Kommentare und verunsichernden Bemerkungen, blieb aber bis zum Schluss eher verhalten und verzog keine Miene. Beim Aktenvortrag blickte er von Zeit zu Zeit auf den Kandidaten und blätterte auch im Gesetz nach, wenn ein Paragraph genannt wurde, die meiste Zeit wirkte er aber desinteressiert und gelangweilt. Ansonsten war die Prüfung in Ordnung, die „Verteilung“ der Fragen war ausgewogen. Wie immer wollte er sämtliche Streitstände zu einem Problem hören und hakte auch gerne nach. Die Benotung fiel meiner Meinung nach aber – unabhängig von der Vornote – eher verhalten aus.

**Zur Prüfung:**

**Fall:** T will einen Juwelierladen überfallen. Er betritt maskiert das Ladengeschäft und trifft dort nur den Inhaber O an. Dem O hält er eine 9mm-Pistole vor und fordert ihn auf, den Tresor zu öffnen und das dort befindliche Geld (300 €) herauszuholen und ihm zu übergeben. Der O, der vor Angst weitgehend überwältigt ist und am ganzen Körper zittert, kommt der Aufforderung des T nach und gibt ihm das Geld. Danach wendet sich der T der Ladenkasse zu und entnimmt dieser weitere 150 €.

Beim Verlassen des Geschäfts schlägt T einmal mit der Pistole auf den Kopf des O, dem er dadurch eine Platzwunde zufügt. T äußert außerdem dem O gegenüber: „Du weinerliches Weichei, Du gehst mir mit deiner Flennerie voll auf den Keks!“.

Die 9mm-Pistole ist zwar echt, aber nicht geladen und der T hat auch bei dem Überfall keine Munition dabei.

Strafbarkeit des T?

Die Prüfung begann mit der klassischen Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung hinsichtlich der „Aufforderung“ des T, ihm das Geld aus Tresor zu geben. R wollte natürlich ausführlich die Ansicht der Rspr (Abstellen auf das äußere Erscheinungsbild) und der Lit. (inneres Vorstellungsbild des Opfers) erläutern haben. Hier kommen beide Ansichten zum gleichen Ergebnis: räuberische Erpressung gem. §§ 253 I, 255 StGB. Sodann prüften wir die Qualifikation des § 250 II Nr. 1 und 2 und anschließend § 250 I a, b StGB. R wollte zunächst wissen, weshalb die Qualifikation des § 250 StGB überhaupt zur Anwendung kommt: Weil gem. § 255 StGB „gleich einem Räuber“ zu bestrafen ist. Dann mussten wir anhand der Definitionen zur Waffe und zum gefährlichen Werkzeug das Problem ausarbeiten, dass die Pistole echt, aber ungeladen ist und der T auch keine Munition dabei hatte. Ergebnis: § 250 I Nr. 1a StGB. Hinsichtlich der 150 € aus der Ladenkasse ist Schwerer Raub gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a. anzunehmen.

Hinsicht des Schlages auf den Kopf des O mittels der Pistole wurde problematisiert, ob dies eine gesonderte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 2. Alt. StGB darstellt. Nach ausgiebiger Diskussion mit dem befragten Kandidaten sagte R, dass eine Qualifikation zu verneinen sei, weil der Schlag trotz des zeitlichen Zusammenhangs nicht mehr Mittel zum Raub war und daher die Finalität fehlt.

Zum Schluss wurden noch die Beleidigungen gem. § 185 StGB und Hausfriedensbruch gem. § 123 I StGB angeprüft. R wollte in diesem Zusammenhang noch die Konkurrenzen erläutern haben (Tatmehrheit, Gesetzeskonkurrenz und Konsumtion).

Insgesamt eine machbare Prüfung. Viel Erfolg!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> Ba.-Wü.	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Dr. v. G.	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 29.08.2012
-------------------------	---	--

**Zur Person:**

Dr. v. G. ist ein angenehmer Prüfer. Während des Aktenvortrags machte er als Zuhörer einen freundlichen Eindruck, was sich sodann in seiner späteren Zivilrechtsprüfung auch bestätigte. Er versuchte, den Kandidaten immer auf die Sprünge zu helfen und ließ viel Zeit zum Nachdenken. Er schien bedacht darauf, dass alle Kandidaten zu Wort kommen und stellte einer Kandidatin deswegen am Ende noch eine Zusatzfrage.

**Zur Prüfung:**

Dr. v. G. teilte ein Blatt aus, auf dem ausschließlich Daten eines Mahnverfahrens standen und erläuterte dies sodann kurz. Es ging im Ausgangspunkt um den Anspruch einer GmbH gegen ihren Geschäftsführer. Das Problem lag letztlich darin, dass sich das ganze gerichtlich Mahnverfahren an verschiedenen Punkten extrem verzögerte und der Beklagte sich nach Abgabe an das Streitgericht auf Verjährung beruft.

Die Prüfung begann damit, dass Dr. v. G. eine Kandidatin fragte, woraus sich dieser Anspruch ergeben könnte. Es wurde dann zunächst die Vertretung durch den Geschäftsführer gem. § 35 GmbHG genannt. Dr. v. G. half dann etwas nach, sodass die Kandidaten sehr schnell zu § 43 GmbHG kamen.

Sodann wurde gefragt, was die Folge der Verjährung ist. Gem. § 214 I BGB ist der Schuldner mit Eintritt der Verjährung berechtigt die Leistung zu verweigern.

Der Anspruch aus § 43 GmbH verjährt gem. § 43 V GmbHG nach 5 Jahren. Gem. § 200 BGB beginnt die Verjährung mit Entstehung des Anspruchs, da es sich hier nicht um eine regelmäßige Verjährungsfrist gem. § 195 BGB handelt.

Vorliegend wurde ein Mahnverfahren gem. §§ 688 ff. ZPO eingeleitet, auf das nun einzugehen war.

Gem. § 204 I Nr. 3 ZPO hemmt die Zustellung eines Mahnbescheides die Verjährung. Der Antrag war allerdings fehlerhaft: Das Mahngericht hatte den Antragsteller auf den Fehler hingewiesen. Hier war dann § 167 ZPO und dessen Bedeutung zu erläutern. „Zustellung demnächst“ bedeutet nach Aussage von Dr. v. G., dass die Verzögerung nur ca. 14 Tage betragen darf, wenn sie vom Antragsteller verschuldet ist.

Gem. § 204 II 2 BGB darf die Partei letztlich 6 Monate untätig bleiben. In diesem Zusammenhang wurde sodann gefragt, ob ein bloßer Antrag auf Abgabe an das Streitgericht ausreicht, um das Verfahren gem. § 204 II BGB weiterzubetreiben. Dies war zu verneinen, da gem. § 12 III GKG die Klagezustellung erst nach Zahlung der Gerichtsgebühr erfolgt, welche hier erst sehr viel später gezahlt worden war. Hier sollte dann kurz die Grundlage der einzuzahlenden Gerichtsgebühren genannt werden, Nr. 1100 und 1210 der Anlage zum GKG. Allen in allem kamen wir sodann zu der Lösung, dass der Anspruch tatsächlich verjährt ist.

Dr. v. G. fragte dann eine Kandidatin, ob sie das Mahngericht von Rheinland-Pfalz kenne, was diese natürlich mit dem Amtsgericht in Mayen beantwortete. Es wurde dann nachgefragt, ob ein Mahngericht auch für mehrere Bundesländer zuständig sein kann und wenn ja, ob sie solch ein Gericht kenne. Dies ist gem. § 689 III a.E. ZPO möglich. Als die Kandidatin kein konkretes Gericht nennen konnte, wies Dr. v. G. darauf hin, dass sie einfach ihre frühere Antwort noch einmal nennen musste: Das AG Mayen ist das Mahngericht für Rheinland-Pfalz und das Saarland.

Dann wollte Dr. v. G. sehen, ob wir die Tenorierung beherrschen. Zunächst zu oben beschriebenem Fall (Klage wird abgewiesen etc.), dann in weiteren Variationen inkl. Berufung und Streitgenossenschaft.

# 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?

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

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

### Bearbeitungskosten

**Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen** (Erstattung nach Einreichung der Eigenprotokolle)

**Versandkosten** (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!**

**Weitere Informationen unter: [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)**

