



### HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
Doblerstrasse 15  
D-72070 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)  
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)  
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann  
StA Dr. Ralf Dietrich  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
Prof. Dr. Volker Haas  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M. (Tübingen)  
RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proelß  
Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
Prof. Dr. Dominik Skauradzun  
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Prof. Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X  
www.zeitschrift-jse.de  
redaktion@zeitschrift-jse.de

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRAG

*Michael Hippeli*

Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen  
Konkurrentenstreitverfahren

### KLAUSUREN

*Joachim Müller/Julia Zaiser*

Zivilrecht: „Familiendrama mit erbrechtlichen Turbulenzen“

*Christian F. Majer/Caprice Nina Doerbeek*

Zivilrecht: „Immer Ärger mit Charlie“

*Michael Hippeli*

Strafrecht: „Behörde auf Abwegen“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Tierhalterhaftung bei mehreren Beteiligten

*BGH*

HU-Prüfplakette als öffentliche Urkunde iSd. § 348 Abs. 1 StGB

*OLG Rostock*

Nachträglicher Wegfall eines Beweisverwertungsverbotes

*BVerfG*

Zur Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach  
Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beitrag</b>	<b>Michael Hippeli</b> Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren	Seite ▶ 177
<b>Klausuren</b>	<b>Joachim Müller/Julia Zaiser</b> Examensübungsklausur Zivilrecht: „Familiendrama mit erbrechtlichen Turbulenzen“	Seite ▶ 185
	<b>Christian F. Majer/Caprice Nina Doerbeck</b> Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht: „Immer Ärger mit Charlie“	Seite ▶ 193
	<b>Michael Hippeli</b> Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Behörde auf Abwegen“	Seite ▶ 198
<b>Rechtsprechung Zivilrecht</b>	<b>BGH</b> Tierhalterhaftung bei mehreren Beteiligten Urteil vom 24.04.2018 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 206
<b>Rechtsprechung Strafrecht</b>	<b>BGH</b> HU-Prüfplakette als öffentliche Urkunde iSd. § 348 Abs. 1 StGB Urteil vom 16.08.2018 ( <i>Sascha Sebastian</i> )	Seite ▶ 210
	<b>OLG Rostock</b> Nachträglicher Wegfall eines Beweisverwertungsverbotes Urteil vom 03.11.2017 ( <i>Guido Philipp Ernst</i> )	Seite ▶ 214
<b>Rechtsprechung Öffentliches Recht</b>	<b>BVerfG</b> Zur Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG Urteil vom 21.11.2017 ( <i>Arne Pautsch</i> )	Seite ▶ 217

---

## EDITORIAL

---

Im Beamtenrecht gilt das Leistungsprinzip (Art. 33 Abs. 2 GG). Es statuiert eine Bestenauslese anhand der Kriterien Gesundheit, Befähigung und fachlicher Leistung (sog. „Eignung“). Nun hält sich selbstverständlich jeder Bewerber für den besten Bewerber und weder Gesundheit noch Befähigung oder fachliche Leistung sind mit mathematischer Evidenz feststellbar. Für den Fall, dass die begehrte Stelle an einen anderen Bewerber geht, ist Streit mithin vorprogrammiert. Die juristische Handhabe, diesen Streit auszutragen, ist das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren, das in Form des einstweiligen (verwaltungsrechtlichen) Rechtsschutzes nach § 123 VwGO geführt wird. In seinem Beitrag „*Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren*“ befasst sich HIPPELI mit dem statthaften Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung im Konkurrentenstreitverfahren: der Beschwerde nach § 146 ff VwGO.

Aus der Fallbearbeitung gibt es aus dem Zivilrecht dieses Mal eine vornehmlich an Examenskandidaten gerichtete **Klausur**. Unter dem Titel „*Familiendrama mit erbrechtlichen Turbulenzen*“ liefern MÜLLER und ZAISER eine didaktische Aufbereitung der wesentlichen Aspekte des Erbrechts. Namentlich der Wirksamkeit von Testamenten, deren Abgrenzung zum Vermächtnis und schließlich dem Pflichtteilsrecht. Ebenfalls aus dem Zivilrecht, dort allerdings der Fortgeschrittenenübung, ist die Ausarbeitung von MAJER und DOERBECK. Sie befassen sich in „*Immer Ärger mit Charlie*“ mit einigen Grundfragen des Sachenrechts. Darüber hinaus hat der Fall mit der Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und der Drittwiderspruchsklage auch einen prozessualen Teil. Aus der großen Übung im Strafrecht ist schließlich HIPPELIS Klausur „*Behörde auf Abwegen*“. In Anlehnung an aktuelle Geschehnisse werden einige Probleme der Vermögens- und Urkundendelikte aufgearbeitet, es wird aber auch auf die eher exotischen Tatbestände „Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht“ (§ 353b) und „Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen“ (§ 353d) eingegangen.

Die **Rechtsprechung** aus dem **Zivilrecht** betrifft dieses Mal eine Frage aus dem Deliktsrecht. Der VI. Zivilsenat des BGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, inwiefern die Tierhalterhaftung (§ 833 BGB) bei mehreren Beteiligten ein Anwendungsfall des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist (FORSCHNER).

Im **Strafrecht** war der 1. Strafsenat des BGH zur Entscheidung darüber berufen, ob es sich bei der HU-Prüfplakette um eine öffentliche Urkunde iSd. § 348 Abs. 1 StGB handelt (SEBASTIAN) und das OLG Rostock musste der Frage nachgehen ob eine nach altem Recht verfahrensfehlerhaft erfolgte Anordnung der Blutentnahme durch Polizeibeamte im Revisionsverfahren zur Urteilsaufhebung führt, obwohl die Maßnahme nach Einführung des § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO zum 17. August 2017 (nun) dem geltenden Recht entspricht (ERNST).

Im **Öffentlichen Recht** schließlich geht es um das „Kinderbetreuungsurteil“ des 2. Senates des BVerfG, in welchem dieser sich mit der Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG beschäftigen musste (PAUTSCH).

Prof. Dr. Christian F. Majer  
Schriftleiter

Sascha Sebastian, M.mel.  
Stellvertretender Schriftleiter

## BEITRAG

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

## Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren

### Gliederung

#### Abstract

#### A) Einleitung

#### B) Grundzüge des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens

#### C) Das Beschwerdeverfahren im Detail

##### I. Zulässigkeit

##### II. Begründetheit

#### D) Weiterer Rechtsschutz

#### E) Fazit

#### Abstract

Das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren wird typischerweise in einer einzigen Instanz entschieden. Dies erfolgt im Wege eines Eilantrags nach § 123 VwGO, mit Hilfe dessen der Bewerberverfahrensanspruch, also der individuelle Anspruch eines jeden, sich auf eine Ausschreibung um eine Beförderungsstelle bewerbenden und in der Folge zunächst unterlegenen Beamten darauf, dass ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über seine mögliche Beförderung entschieden wird<sup>1</sup>, gesichert werden soll.

Gewinnt der zunächst unterlegene Bewerber, wird er in seltenen Fällen (Ermessen der Behörde war auf null reduziert, so dass bei einer rechtlich einwandfreien Bewerberauswahl nur er ausgewählt werden konnte) direkt vom zuständigen Verwaltungsgericht (VG) auf den streitbefangenen Dienstposten eingewiesen.<sup>2</sup> Zumeist wird die Behörde jedoch im verfahrenserledigenden Beschluss lediglich zur erneuten Ausschreibung unter Beachtung der Rechtsauffassung des VG verpflichtet. Hiernach bleibt abzuwarten, wie sich die Behörde sodann positioniert. Auch wenn diese das Ausschreibungsprofil im erneuten Ausschreibungsverfahren nicht zielgerichtet zulasten des vor dem VG siegreichen Bewerbers verändern darf, kann sie etwa – was in der Praxis durchaus vorkommt – im Rahmen der erneuten Bewerberauswahl neue Gründe finden, die es ihr ermöglichen, den vor dem VG siegreichen Bewerber erneut abzulehnen.<sup>3</sup> Oder aber sie schickt aus in diesem Zusammenhang naheliegenden Motiven heraus per diskreter Aufforderung zur Bewerbung weitere Bewerber als Konkurrenten ins Rennen, die voraussichtlich eher

als der vor dem VG siegreiche Bewerber ausgewählt werden können. Jedenfalls wird der an sich im Rahmen des Organisationsermessens der Behörde stets mögliche, allerdings mit einem Sachgrund zu versehende Abbruch des Auswahlverfahrens nach einer Entscheidung des VG zugunsten des zunächst abgelehnten Bewerbers nicht mehr möglich sein. Schließlich würde ein Abbruch nach einer nicht wunschgemäßen Entscheidung das bestehende Judikat unterlaufen und wäre nur noch schwerlich mit dem Gewaltenteilungsprinzip und dem Rechtsstaatsgebot vereinbar.<sup>4</sup>

Zumeist wird der Konkurrentenstreit allerdings nicht in das erzwungene erneute Ausschreibungsverfahren hineingetragen und damit auf behördlicher Ebene fortgesetzt. Bei einem Obsiegen des zunächst abgelehnten Bewerbers vor dem VG läuft es in der Praxis nahezu immer darauf hinaus, dass mittlerweile eine zusätzliche Reservestelle<sup>5</sup> neu geschaffen oder anderweitig (etwa weil diese durch Beförderung/Versetzung frei geworden ist) zur Verfügung steht, die nun stillschweigend in das erneute Ausschreibungsverfahren miteinbezogen wird. Anders gewendet wird dann schlicht und einfach die Anzahl der Beförderungsstellen vergrößert, so dass im Ergebnis alle im ersten Ausschreibungsverfahren relevanten Bewerber (der/die zunächst ausgewählt(n) Bewerber und der zunächst abgelehnte, nun aber vor dem VG siegreiche Bewerber) zum Zug kommen. Dies stellt letztlich – ungeachtet der bisweilen sicher haushaltsrechtlichen Fragwürdigkeit – eine salomonische Lösung dar: denn keiner der betroffenen Bewerber ist sodann durch die Auswirkungen des Konkurrentenstreits in einer derartigen Weise nachteilig betroffen und im Ergebnis frustriert, als dass künftig unmittelbar zu erwarten steht, dass nun nur mehr „Dienst nach Vorschrift“ gemacht wird. Dies ist nämlich oftmals der eigentliche (drohende oder tatsächlich eintretende) Negativeffekt des Konkurrentenstreits: sofern nicht alle Bewerber in irgendeiner Weise zufriedengestellt werden, droht sich dies auf die Arbeitsebene niederzuschlagen. Frustrierten und demotivierten Lebenszeitbeamten, die deswegen aus eigenem Antrieb ihr Arbeitspensum schleichend deutlich reduzieren, ist schließlich kaum beizukommen. Disziplinarische Maßnahmen sind eigentlich nur bei offener Arbeitsverweigerung möglich, auf der Schwelle darunter ist dagegen kaum nachweisbar, dass der einzelne Beamte seine Pflicht,

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> BVerfG NVwZ 2007, 691 (692); Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein u.a., GG, 14. Aufl. (2018), Art. 33 Rn. 64.

<sup>2</sup> Battis, in: Sachs, GG, 8. Aufl. (2018), Art. 33 Rn. 41; Wichmann, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 649; Wiegand, Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit, 2017, S. 64. Ausnahmsweise gilt beim Eilverfahren iSd. § 123 VwGO im Zusammenhang mit dem beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache nicht, vgl. Brinktrine, JA 2015, 1192 (1204); Rödel, ZAP 2018, 861 (866).

<sup>3</sup> „Mängel des Auswahlverfahrens [sind] fast immer behebbar, ohne den Antragsteller in der neuen Auswahlentscheidung berücksichtigen zu müssen“. vgl. Bracher, DVBl 2016, 1236 (1237). Ähnlich Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. (2017), S. 456 („zumindest Ermessensfehler regelmäßige heilbar“).

<sup>4</sup> Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 05. April 2017 – 6 A 1973/15; Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. (2017), S. 453; Rödel, ZAP 2018, 861 (864).

<sup>5</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 870 (872); VGH Kassel ZBR 2013, 56; Kenntner, NVwZ 2017, 417 (421).

sich iSd. § 61 Abs. 1 S. 1 BBG mit vollem persönlichem Einsatz seinem Beruf zu widmen, verletzt. Auf Ebene der Unternehmensführung und des Personalmanagements würde man in der freien Wirtschaft an dieser Stelle konstatieren, die betreffende Person habe innerlich gekündigt und einen enormen Kollateralschaden für das Unternehmen annehmen.

Allerdings gibt es demgegenüber auch Fälle, wo der Konkurrentenstreit mit der Entscheidung des VG im Eilverfahren noch nicht gerichtlich ad acta gelegt ist, sondern zunächst fort dauert. Dies kann lediglich im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens der Fall sein, denn der Übergang in ein Hauptverfahren hindert – anders als die Beschwerde iSd. §§ 146 ff. VwGO – aufgrund des Prinzips der Ämterstabilität unanfechtbare Stelleneinweisungen seitens der Behörde regelmäßig nicht.<sup>6</sup> Insoweit ist es mit Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar, dass mit dem Eilverfahren iSd. § 123 VwGO (nur) eine einzige Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung besteht, unabhängig ob diese Entscheidung im konkreten Fall materiell oder prozessrechtlich zutreffend oder fehlerhaft ist.<sup>7</sup> Klarzustellen ist dabei aber, dass nicht nur der vor dem VG unterlegene Bewerber Beschwerde gegen die für ihn nachteilige Entscheidung des VG einlegen kann. Gleiches ist auch der unterlegenen Behörde möglich, die in der Praxis in seltenen Fällen ehemals auf eine erneute gerichtliche Entscheidung dringt.

### A) Einleitung

Mit Beschwerden ist es in den einzelnen Prozessordnungen ZPO, StPO und VwGO so eine Sache. Anders als die Rechtsmittel der Berufung und Revision stets, sind sie bisweilen als reiner Rechtsbehelf ausgestaltet, haben somit nicht rundweg die volle Wirkung eines Rechtsmittels, also einen Suspensiv- und Devolutiveffekt.<sup>8</sup> Suspensiveffekt (Hemmungswirkung) heißt, dass das Rechtsmittel den Eintritt der formellen und damit auch der materiellen Rechtskraft der angefochtenen gerichtlichen Entscheidung hemmt, der Rechtsstreit wird fortgeführt.<sup>9</sup> Der Devolutiveffekt (Anfallwirkung) hat die Bedeutung, dass über das Rechtsmittel ein höheres Gericht entscheidet.<sup>10</sup>

Im Zusammenhang mit vorläufigem Rechtsschutz wie es beim Konkurrentenstreit der Fall ist (Eilverfahren iSd. § 123 VwGO)

wird der nur bedingte Stellenwert einer Beschwerde im Rechtsmittelsystem (hier: im Rahmen der VwGO) besonders deutlich. Insoweit ist der hierbei geltende § 146 Abs. 4 VwGO mit rigiden Fristen für die Einlegung/Begründung der Beschwerde und strikten Anforderungen an den Inhalt der Begründung Ausdruck einer vom Gesetzgeber an sich gewünschten Verfahrenskonzentration auf eine einzige Instanz.<sup>11</sup> Dies zeigt schon prima vista an, dass das Beschwerdegericht typischerweise keine erneute Vollprüfung vornehmen wird.

Das Beschwerdeverfahren iSd. §§ 146 ff. VwGO in Bezug auf einen Konkurrentenstreit hat indes, ebenso wie das vorangegangene Eilverfahren iSd. § 123 VwGO, seine speziellen Tücken, was nachstehend im Detail behandelt werden soll.

In diesem Stadium des Konkurrentenstreits spielen im Übrigen immer noch beidseitige taktische Erwägungen eine gewisse Rolle. Für den nun auch vor dem VG unterlegenen Bewerber wird die Beschwerde und damit das weitere Erschöpfen des Rechtswegs oftmals die einzige Möglichkeit sein, unter Umständen gewissermaßen überhaupt noch etwas retten zu können. Oftmals verübelt man ihm in seiner Behörde schließlich, dass er überhaupt ein beamtenrechtliches Konkurrentenstreitverfahren losgetreten und damit Entscheidungen von Vorgesetzten in Zweifel gezogen, Ressourcen gebunden, Beförderungen bestimmter Personen einstweilig verhindert und überhaupt die Abläufe wie z.B. die nachfolgend anstehenden Beförderungswellen<sup>12</sup> verzögert hat. Das Recht zur Überprüfung der Bewerberauswahl und damit inzident auch der vorangegangenen Beurteilung und Ausschreibung steht dem zunächst unterlegenen Bewerber zwar zweifellos zu. Dennoch: je seltener und ungewöhnlicher beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren in der jeweiligen Behörde sind<sup>13</sup>, desto eher wird dem nun auch vor dem VG unterlegenen Bewerber dieser Umstand auf einer persönlichen Ebene angekreidet und nachhaltig zum Vorwurf gemacht<sup>14</sup>. Zwar kann man ihn aufgrund seiner Verbeamtung nicht entlassen, wohl aber ist für ihn ein innerbehördlicher Reputationschaden erwachsen, der ihm in der nächsten Beurteilung oftmals Nachteile bringt, gleich welche Leistung er auf seinem Dienstposten erbracht hat. Zudem kann er im Fall des Obsiegens im Beschwerdeverfahren ggf. noch die Kostenlast abstreifen, die

<sup>6</sup> Vgl. vertieft *Wiegand*, Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit, 2017, S. 53 ff. Ein Hauptsacheverfahren kann sich nach verbindlicher Stelleneinweisung ohne die seltenen Ausnahmen zur Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität eigentlich nur noch – ggf. nach Antragsumstellung – um die Geltendmachung von Schadensersatz drehen.

<sup>7</sup> BVerwGE 138, 102 ff.; *Rödel*, ZAP 2018, 861 (862).

<sup>8</sup> Vgl. *Wulf*, in: Beck-OK ZPO, 28. Ed. (01.03.2018), § 511 Rn. 2; *R. Koch*, in: Saenger, ZPO, 7. Aufl. (2017), vor §§ 511 – 577 Rn. 1.

<sup>9</sup> *Rudisile*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. ErgL. (Oktober 2015), vor § 124 Rn. 1; *Erbguth*, JA 2008, 357 (358).

<sup>10</sup> *Rudisile*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. ErgL. (Oktober 2015), vor § 124 Rn. 1; *Wagner*, JA 2013, 454 (458).

<sup>11</sup> *Kaufmann*, in: Beck-OK VwGO, 45. Ed. (01.01.2018), § 146 Rn. 8; *Koehl*, VR 2017, 109.

<sup>12</sup> Gerade in größeren Behörden schmerzen nicht nur Stellenblockaden in Bezug auf wichtige Funktionsämter (bspw. Abteilungsleiter in Ministerien, Senatsvorsitzende/Gerichtspräsidenten in der Justiz, wo entweder die politische Ebene einen festen Ansprechpartner braucht oder die ewige Vertretung des vakanten Dienstpostens für Unmut sorgt), sondern auch solche, die die Taktung der Stellenauskehr für die jeweilige Laufbahn verschiebt, vgl. *Wiegand*, Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit, 2017, S. 68.

<sup>13</sup> Bspw. sind beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren bei der Besetzung des Vorsitzes an den Senaten der Bundesgerichte (BVerfG, BGH,

BVerwG, BFH, BARbG, BSozG) und bei der Besetzung von Abteilungsstellen in Bundesministerien die absolute Regel, bei nachgeordneten Behörden und nachrangigen Dienstposten eher die Ausnahme. Vgl. dazu auch *Wiegand*, Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit, 2017, S. 1 oder exemplarisch die Schilderung der Rechtsstreitigkeiten um den Vorsitz des zweiten Strafsenats des BGH in den Jahren 2011–2013 unter:

► [www.wikipedia.org/wiki/2.\\_Strafsenat\\_des\\_Bundesgerichtshofes#Streit\\_um\\_den\\_Vorsitz](http://www.wikipedia.org/wiki/2._Strafsenat_des_Bundesgerichtshofes#Streit_um_den_Vorsitz) (zuletzt abgerufen am 23. Dezember 2018).

<sup>14</sup> Auf der reinen Rechtsebene besteht eine gewisse Ähnlichkeit zu den vom CSU-Landesgruppenchef im Bundestag, Alexander Dobrindt, im Frühjahr 2018 getätigten Äußerungen hinsichtlich einer Art „Anti-Abschiebeindustrie“. Seiner Auffassung nach sei es rechtsstaatlich bedenklich, sofern der bestehende Rechtsweg in Bezug auf Asylentscheidungen des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge voll ausgenutzt wird. Auch hier wird also der nahezu absurd zu nennende Vorwurf erhoben, wonach Menschen den bestehenden und ihnen eröffneten Rechtsweg nicht nutzen dürften. Sofern ein solches nicht gewünscht ist, muss der Gesetzgeber den Rechtsweg in verfassungsrechtlich zulässiger Weise durch eine Gesetzesänderung verkürzen, jenseits dessen kann in einem Rechtsstaat natürlich jedermann den ihm eröffneten Rechtsweg nutzen, so unwillkommen oder gar lästig dies für Institutionen oder einzelne Dritte auch sein mag.

das Unterliegen im Eilverfahren iSd. § 123 VwGO mit sich gebracht hat. Diese Kostenlast betrifft iSd. § 154 Abs. 1 VwGO die Gerichtskosten und die anwaltlichen Kosten der Behörde (sofern sie sich nicht selbst vertreten hat) und des oder der beigeladenen Konkurrenten sowie die eigenen Anwaltskosten in typischerweise insgesamt mittlerer vierstelliger Summe.

Aber auch die Behörde wird sich im Falle ihres Unterliegens nicht immer kampfflos geschlagen geben wollen. Zwar sind ihr – anders als Privatpersonen – die angefallenen und im Falle des Unterliegens dann von ihr zu tragenden Kosten regelmäßig gleichgültig. Dennoch kann die Niederlage vor dem VG auch einer Behörde in der Weise wehtun, dass sie die Entscheidung des VGs unbedingt nicht rechtskräftig werden lassen will. Dies ist etwa dann der Fall, wenn mit der Entscheidung des VG ein Präzedenzfall im Hinblick auf ggf. weitere beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren in der Behörde mit Wirkung für die Zukunft geschaffen wurde („Effekt der Klageanziehung“), die Verwaltungspraxis der Behörde geändert werden muss und dies erhebliche Folgewirkungen hat (mehr Ressourceneinsatz, höhere Kosten) oder aber behördliches Innenrecht wie Dienstvereinbarungen oder Richtlinien zu Beurteilung, Ausschreibung und Bewerberauswahl inzident für rechtswidrig befunden wurde und nunmehr langwierig abgeändert werden müsste.

## B) Grundzüge des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens

Der unterlegene Bewerber um einen Beförderungsdienstposten wird typischerweise dann vor das VG ziehen und gegen die für ihn nachteilige Auswahlentscheidung der Behörde einen Eilantrag iSd. § 123 VwGO stellen, wenn er davon ausgeht, dass dieser Antrag Aussicht auf Erfolg hat, also zulässig und begründet sein wird.

Von einem rein taktischem Vorgehen (Stellen eines von vornherein aussichtslosen Eilantrags iSd. § 123 VwGO, um mit der durch die aufschiebende Wirkung einstweilig erreichten Stellenblockade eine Art Lästigkeitsprämie<sup>15</sup> zu erwirken und mit einer Reservestelle abgefunden zu werden oder um Konflikte mit dem Vorgesetzten auf diese Weise auszutragen<sup>16</sup>) ist dagegen dringend abzuraten. Schließlich wird das VG über den Eilantrag voraussichtlich in einem Zeitraum von drei bis acht Monaten<sup>17</sup> entscheiden. Noch schneller wird dies künftig wieder gehen, sobald die Kapazitätsauslastung der VGs durch die Klagewelle gegen die Asylbescheide im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise 2015/2016 abgeebbt sein wird. Eine erkennbare Stellenblockade von nur wenigen Monaten baut aber kein hinreichendes Druckpotenzial auf, um die Behörde zu Verhandlungen über Vergleichsergebnisse zu motivieren. Auf der Schwelle darunter (Flagge zeigen i.S. des Umstands, dass die Auswahlentscheidung zwar wohl rechtlich einwandfrei war, aber keine moralische Rechtfertigung hatte, etwa weil dem Bewerber ohne rechtliche Gültigkeit im Vorfeld etwas anderes zugesichert wurde oder weil

die Auswahlentscheidung im Team zu schlechthin unzumutbaren Folgen führt) macht zudem wenig Sinn, da schon die Einleitung eines Konkurrentenstreitverfahrens basierend auf rechtlich guten Gründen in der jeweiligen Behörde oftmals eine Schneise der verbrannten Erde hinterlässt, umso mehr ist dies bei von vornherein erkennbar aussichtslosen Eilanträgen der Fall. Gewonnen ist damit nichts, verloren sind dagegen die Reputation und Geld in Form von gerichtlichen Kosten und Kosten für den Anwalt.

Hat das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren einmal begonnen, so muss der Antragsteller darlegen, dass er im Rahmen einer ordnungsgemäßen Bewerberauswahl zumindest möglicherweise auch ausgewählt hätte werden können.<sup>18</sup> Es sind zahlreiche Fehler denkbar, die der Behörde bei der Bewerberauswahl oder bereits zuvor bei Beurteilung und Ausschreibung unterlaufen sein können und die sich in der Folge in der Auswahlentscheidung manifestieren. Dabei mag es insbesondere überraschen, dass noch inzident Fehler bei der Beurteilung angegriffen werden können, obwohl gegen diese selbst niemals vorgegangen wurde und sie daher regelmäßig bereits bestandskräftig sein wird. Die Überlegung der Rechtsprechung für eine Hinwendung zur Inzidentprüfung lautet jedoch dahingehend, dass die Beurteilungen zentral für die spätere Auswahlentscheidung sind, so dass grobe Rechtsfehler im Beurteilungswesen oftmals die Auswahlentscheidung in maßgeblicher Weise verändern.<sup>19</sup>

Das Grundproblem des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens wird für den Antragsteller allerdings darin bestehen, dass die geltend zu machenden Behördenfehler wohl nur selten schon in evidenter Weise aus den auch dem VG vorzulegenden Auswahlunterlagen evident zu Tage treten. Oftmals bedarf es weiterer Beweismittel. Der Antragsteller steht nun vor einem Dilemma. Er muss im Rahmen der Glaubhaftmachung Anfangsindizien für Behördenfehler in einer derartigen Intensität und Substantiiertheit vortragen, die es dem Gericht nahelegen, sich die in diesem Zusammenhang gleichfalls benannten Unterlagen im Rahmen der Amtsermittlung iSd. § 86 VwGO, von der Behörde vorlegen zu lassen. Denn er selbst hat die entsprechenden Unterlagen typischerweise nicht. Im Rahmen der in einem Eilverfahren einzig bestehenden Möglichkeit der Beweisführung mittels Glaubhaftmachung iSd. § 294 ZPO ist der Antragsteller zudem von der Einführung von Beweismitteln wie dem Zeugenbeweis gänzlich abgeschnitten. Weiß der Antragsteller z.B. etwa von Führungskräften der Behörde oder der Personalvertretung im Haus bestimmt, dass dieser oder jener Fehler mit Auswirkung auf die Rechtmäßigkeit des maßgeblichen Auswahlverfahrens besteht, so kann er diese Aussagen nicht wirksam über den Zeugenbeweis einbringen. Er kann zwar darlegen, dass es sich seiner Kenntnis nach so verhält, dass die Behörde typischerweise diese oder jene Praxis betreibt. Sofern sich diese fehlerhafte/rechtswidrige Praxis aber nicht in Unterlagen oder Innenrecht der Behörde wiederfindet, worauf dann bei der

<sup>15</sup> Dies war früher im Aktienrecht ein bekanntes Vorgehen von Berufsklägern, die selbst mit von vornherein aussichtslosen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen essentielle Kapitalmaßnahmen blockierten, um eine Lästigkeitsprämie zu erwirken. Der Gesetzgeber ist dem 2005 mit der Einführung des Freigabeverfahrens iSd. § 246a AktG und einer weiteren Verschärfung 2009 weitestgehend wirkungsvoll entgegengetreten.

<sup>16</sup> Wagner, NVwZ 2014, 1344 (1345); Bracher, DVBl 2016, 1236 (1237).

<sup>17</sup> („Regelmäßig über sechs Monate“) vgl. Bracher, DVBl 2016, 1236 (1237).

<sup>18</sup> BVerfG NVwZ 2003, 200 (201); BVerfG NVwZ 2011, 746 (747); BVerfG NJW 2016, 764 (767); BVerfG NVwZ-RR 2013, 267 (269).

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 118, 370 (377); OVG Greifswald NordÖR 2009, 408 (409); Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. (2017), S. 458.

Glaubhaftmachung Bezug genommen werden kann, wird es schwierig. Denn dann kann die Behörde ohne weiteres bestreiten, dass es die genannte Praxis gibt.

Das aus Sicht des Antragstellers bestehende Grundproblem des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens besteht also darin, dass der Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO in Fällen des Konkurrentenstreits aufgrund des Grundsatzes der Ämterstabilität und des im weitem Umfang ersetzten Hauptsacheverfahrens zwar ausnahmsweise nicht nur eine bloß summarische Prüfung des VG erfordert wie ansonsten, sondern eine vollumfängliche tatsächliche und rechtliche Überprüfung.<sup>20</sup> Gleichzeitig ist demgegenüber aber die Möglichkeit der Beweisführung deutlich eingeschränkt und letzten Endes im Kern dem Ermessen des VG überantwortet. Ein zusätzliches Problem ist dabei die derzeitige Überlastung der VGs<sup>21</sup>, die bereits bewirkt hat, dass mittlerweile die weit überwiegende Zahl der Rechtssachen von der zuständigen Kammer iSd. § 6 Abs. 1 VwGO zur Entscheidung auf den Einzelrichter übertragen wird<sup>22</sup>. Bekanntermaßen steigt wiederum die Fehlerhäufigkeit gerichtlicher Entscheidungen, wenn nicht mehrere Augenpaare über einen Fall entscheiden und kein Rechtfertigungszwang für ein bestimmtes Handeln/Entscheiden im Kollegialorgan besteht. Dies ist bei Gericht nicht anders als etwa in der Verwaltung.

Eine seit Jahren ausgedünnte Justiz, die durch Asylklagen gestiegene Überlastung der VGs, die mittlerweile standardisierte Übertragung auf den Einzelrichter und der Amtsermittlungsgrundsatz iSd. § 86 VwGO bilden daher eine Mischung, welche letztlich eine erhebliche Brisanz birgt. Denn wie groß wird die Möglichkeit eines einzelnen Verwaltungsrichters sein, die Amtsermittlungspflicht („Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen ... Der Vorsitzende hat darauf hinzuwirken, dass Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden“) ernst zu nehmen, wenn ein erheblicher faktischer Erledigungsdruck besteht und die jeweilige Behörde – was wohl der Regelfall ist – in der Form „mauert“, dass sie hinsichtlich des Vortrags Nebelkerzen wirft und versucht, die maßgeblichen Unterlagen zurückzuhalten?

Jedenfalls braucht das VG im Rahmen von § 86 VwGO nur diejenigen Ermittlungen anzustellen, die es bei vernünftiger Betrachtung unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten nach seinem Ermessen für notwendig erachtet. Es muss nicht jedem geringfügigen und eher fern liegenden Zweifel nachgehen, der an der Richtigkeit einer Tatsache bestehen mag. Insoweit geht es um die Zumutbarkeit der Ermittlungen: Ist das Gericht vom Vorliegen einer Tatsache aufgrund gegebener Erkenntnisse und nach

Vornahme geeigneter Ermittlungen bereits hinreichend überzeugt, braucht es zusätzliche, insbesondere aufwendige Ermittlungen nicht anzustellen, um den Anforderungen des § 108 Abs. 1 VwGO zur Bildung seiner Überzeugung gerecht zu werden.<sup>23</sup> Der Ermessensspielraum ist erst dann überschritten, wenn sich (weitere) Ermittlungen nach den konkreten Umständen aufdrängen, also auch einem entsprechenden Beweisantrag stattgegeben werden müsste.<sup>24</sup> Das bedeutet für den Eilantrag iSd. § 123 VwGO letztlich, dass der Antragsteller so viel Zweifel an der Rechtmäßigkeit wie möglich säen, alle ihm bekannten Tatsachen einführen und alle möglichen Beweismittel in Urkundsform für die angeführten Tatsachen und Zweifel benennen muss, auch wenn sie in den Händen der Behörde liegen. Sofern das VG diese Beweismittel gleichwohl nicht von der Behörde herausverlangt, muss bereits zeitnah an die Beschwerdeinstanz gedacht werden mit dem dortigen Vortrag, dass sich für das VG weitere Ermittlungen zu diesem und jenen Punkt aufgedrängt hätten.

### C) Das Beschwerdeverfahren im Detail

iSd. § 123 Abs. 4 VwGO entscheidet das VG im Eilverfahren des § 123 VwGO durch Beschluss. § 146 Abs. 1 VwGO statuiert wiederum für alle Entscheidungen des VG, die keine Urteile sind (somit auch Beschlüsse iSd. § 123 VwGO) die Möglichkeit der Beschwerde. Um Aussicht auf Erfolg haben zu können, muss die Beschwerde zulässig und begründet sein.

#### I. Zulässigkeit

iSd. § 146 Abs. 1 und Abs. 4 VwGO steht den Beteiligten (also dem Antragsteller des Eilverfahrens, der Behörde und dem oder den iSd. § 65 Abs. 2 VwGO notwendig Beigeladenen) und den sonst von der Entscheidung des VG Betroffenen die Beschwerde gegen diese Entscheidung vor dem OVG/VGH zu. Bezüglich der Betroffenheit genügt die materielle Beschwerde durch die Entscheidung des VG.<sup>25</sup> Wer materiell beschwert ist, dem kommt somit eine Beschwerdebefugnis zu. Die Beschwerdebefugnis entspricht dabei im Wesentlichen der Klagebefugnis iSd. § 42 Abs. 2 VwGO.<sup>26</sup>

Erforderlich ist iSd. § 146 Abs. 4 S. 3 zunächst ein konkreter Antrag. Dieser muss nicht ausdrücklich eine Beschwerde bezeichnen. Ausreichend ist es vielmehr, dass deutlich wird, dass der Beschwerdeführer eine Änderung oder Aufhebung der Entscheidung des VG begehrt.<sup>27</sup>

Dabei geht es grundsätzlich immer noch um den Antrag des Beschwerdeführers vor dem VG, die wenigen Ausnahmen für Sonderfälle, bei denen ansatzweise eine Antragsänderung oder –erweiterung relevant werden kann<sup>28</sup>, sind im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren unerheblich. Nach wie vor wird es

<sup>20</sup> BVerfG NVwZ-RR 2014, 329 f.; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. (2017), S. 186; Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. (2017), S. 454.

<sup>21</sup> Vgl. etwa nur ▶ Kaufmann, LTO v. 13.03.2018.

<sup>22</sup> Vgl. ▶ [www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte](http://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte) (zuletzt abgerufen am 23. Dezember 2018).

<sup>23</sup> Breunig, in: Beck-OK VwGO, 45. Ed. (01.04.2018), § 86 Rn. 31; Koehl, JA 2017, 541 (542).

<sup>24</sup> Dawin, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 19. ErgL. (November 2009), § 86 Rn. 66 f.; Breunig, in: Beck-OK VwGO, 45. Ed. (01.04.2018), § 86 Rn. 31; Koehl, JA 2017, 541.

<sup>25</sup> OVG Lüneburg NVwZ-RR 2002, 62 (63); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 437.

<sup>26</sup> Geis/Thirmeyer, JuS 2013, 799 (803).

<sup>27</sup> VGH Kassel NVwZ-RR 2004, 900 (901); OVG Münster ZBR 2016, 176; Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. (2017), S. 381 f.

<sup>28</sup> Typischerweise sind dies Fälle im Zusammenhang mit einer vor Ende der Frist für die Beschwerdebegründung veränderten Sachlage, vgl. VGH Kassel

nämlich darauf hinauslaufen, dass der zunächst und dann auch vor dem VG unterlegene Bewerber die Auswahlentscheidung der Behörde aufgehoben wissen will, während demgegenüber die unterlegene Behörde ihrerseits gegen ihre dann erstmalige Niederlage vor dem VG anzugehen sucht.

Der Beschwerdeführer benötigt iSd. § 67 Abs. 4 S. 1 VwGO jedenfalls einen Prozessbevollmächtigten iSd. § 67 Abs. 2 VwGO zur Vertretung vor dem OVG/VGH. Regelmäßig wird dies darauf hinauslaufen, dass vom unterlegenen Bewerber ein Rechtsanwalt eingeschaltet wird (typischerweise derjenige, der bereits das Eilverfahren iSd. § 123 VwGO vor dem VG<sup>29</sup> betreut hat). Die Behörde muss dagegen auch für die Prozessführung vor dem OVG/VGH keinen Rechtsanwalt mandatieren (vgl. § 67 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VwGO), sie kann es aber natürlich tun.

Die Beschwerde muss iSd. § 147 Abs. 1 S. 1 VwGO innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung des VG eingeleitet werden.

Nicht selten sind im Rahmen der Zulässigkeit auch Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses. So kann etwa der unterlegene Bewerber zwar das Verfahren vor dem VG verloren haben, dennoch zieht die Behörde hiernach die Reißleine – etwa weil sie aus behördeninternen Gründen (Unmut der Konkurrenten; gebotener Fortgang der Beförderungswelle; politischer Druck; Bemühung, Ruhe hineinzubringen) hierzu motiviert ist und hebt nun die Auswahlentscheidung unmittelbar auf oder löst das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren faktisch dadurch auf, indem sie unter Einsatz der Reservestelle Fakten schafft und auch den zunächst unterlegenen Bewerber in einen Beförderungsdienstposten einweist und dem OVG/VGH sodann eine Erledigterklärung übermittelt. In Fällen wie diesen, wo die Auswahlentscheidung rechtlich oder faktisch keinen Bestand mehr hat und damit der Streitgegenstand vor dem VG gewissermaßen weg ist, entfällt jedenfalls das Rechtsschutzbedürfnis für die Beschwerde.<sup>30</sup>

Die eigentliche Hürde auf Ebene der Zulässigkeit ist sodann die Begründung der Beschwerde binnen einen Monats ab Bekanntgabe der Entscheidung des VG iSd. § 146 Abs. 4 S. 1 VwGO. Das frühere gesonderte Zulassungsverfahren wurde zwar aus Gründen der Verfahrensstraffung im Jahr 2001 abgeschafft. Dennoch gilt, dass das Beschwerdegericht eine Vorprüfung anstellt, ob die Begründung den Pflichtinhalt iSd. § 146 Abs. 4 S. 2 VwGO ent-

hält (bestimmter Antrag; Darlegung der Gründe, warum die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist; Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung). Ist dies nicht der Fall, scheidet der Beschwerdeführer also schon an diesen Vorgaben, wird die Beschwerde iSd. § 146 Abs. 4 S. 4 VwGO ohne weiteres verworfen. Gelingt dem Beschwerdeführer dagegen das Nehmen dieser Hürde, dann ist das Beschwerdegericht iSd. § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO auf die Prüfung des Vortrags des Beschwerdeführers beschränkt. Eine Vollüberprüfung des Sach- und Streitstands aus dem Verfahren vor dem VG von Amts wegen findet also nicht statt. Selten schafft es der Beschwerdeführer zugleich mit der Beschwerdeeinlegung schon die Beschwerdebegründung mit vorzulegen. Typischerweise wird die Monatsfrist zur Begründung dann voll ausgeschöpft, beim beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren ist dies nicht anders als sonst auch.

Bisweilen versucht der Prozessbevollmächtigte des Beschwerdeführers, beim OVG/VGH noch per Antrag eine Fristverlängerung für die Beschwerdebegründung zu erwirken, etwa wegen anderweitiger Überlastung. Dieses Unterfangen ist basierend auf § 57 Abs. 2 VwGO iVm. § 224 Abs. 2 ZPO aber von vornherein zum Scheitern verurteilt, da die Frist für die Beschwerdebegründung kein Fall einer Verlängerung zugänglichen gesetzlich bestimmten Frist ist.<sup>31</sup> Dies wird in der Folge regelmäßig zu einem Verwerfen der Beschwerde als unzulässig seitens des Beschwerdegerichts führen und ohne weiteres Ansprüche auf Anwaltschaft begründen. Womöglich kann dies aber noch mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand iSd. § 60 VwGO abgewendet werden.<sup>32</sup> Ein ähnliches Problem stellt sich, wenn der Rechtsanwalt die Beschwerdebegründung versehentlich an das VG und nicht an das iSd. § 146 Abs. 4 S. 2 VwGO allein zuständige Beschwerdegericht eingereicht hat und die Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang über die Monatsfrist für die Beschwerdebegründung hinausführt.<sup>33</sup>

Inhaltlich sind die bereits genannten Anforderungen an die Beschwerdebegründung gravierend. Es bedarf eines hohen Maßes anwältlicher Sorgfalt bei der Abfassung.<sup>34</sup> Insbesondere muss die Beschwerdebegründung erkennen lassen, aus welchen sachlichen und rechtlichen Gründen heraus die Entscheidung des VG fehlerhaft sein soll und geändert/aufgehoben werden muss.<sup>35</sup> Dabei muss der Vortrag dies mit rechtlichen Argumenten und in Abgrenzung zu den Entscheidungsgründen im Beschluss des VG belegen, wobei eine Prüfung, Sichtung und Durchdringung des Streitstoffes unerlässlich ist.<sup>36</sup> In diesem Kontext reicht es weder aus, einzelne Erwägungen des VG pauschal als fehlerhaft

NVwZ-RR 2012, 203; Schenke, in: Schenke, VwGO, 23. Aufl. (2017), § 146 Rn. 33.

<sup>29</sup> Dort besteht zwar kein Anwaltszwang (§ 67 Abs. 1 VwGO), jedoch ist die Sachmaterie des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens derart speziell und von kaum mehr überschaubarer Rechtsprechung geprägt, dass wohl selbst ein Verwaltungsjurist mit der Prozessführung in eigener Angelegenheit überfordert wäre. Ohnehin empfiehlt sich die Zwischenschaltung einer dritten neutralen Person, um Emotionen aus dem Rechtsstreit herauszunehmen. Anzuraten ist daher von Beginn an die Einschaltung eines Rechtsanwalts/Fachanwalts für Verwaltungsrecht. Zudem muss bereits frühzeitig an eine potenzielle Beschwerde gedacht werden, wo der dortige Anwaltszwang und die gebotene Einarbeitung in den Fall dann zwangsläufig mit der vergleichsweise kurzen Frist für die Beschwerdebegründung konfligieren, vgl. Happ, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. (2014), § 146 Rn. 18.

<sup>30</sup> Kugele, VwGO, 2013, § 146 Rn. 26; Happ, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. (2014), § 146 Rn. 30; a.A. VGH Mannheim NVwZ-RR 2010, 416; Redeker/v. Oertzen, VwGO 16. Aufl. (2014), § 146 Rn. 13.

<sup>31</sup> OVG Münster NVwZ-RR 2003, 389; OVG Magdeburg LKV 2016, 284 (285); Jeromin, in: Gäditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 146 Rn. 27.

<sup>32</sup> Schenke, in: Schenke, VwGO, 23. Aufl. (2017), § 146 Rn. 38; Jeromin, in: Gäditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 146 Rn. 27.

<sup>33</sup> Vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2003, 688; Schenke, in: Schenke, VwGO, 23. Aufl. (2017), § 146 Rn. 39; Jeromin, in: Gäditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 146 Rn. 28.

<sup>34</sup> Happ, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. (2014), § 146 Rn. 23. Dennoch muss es dem BVerfG nach möglich sein, dass ein durchschnittlicher, nicht gerade auf das Rechtsgebiet spezialisierter Rechtsanwalt die Beschwerdebegründung ohne unzumutbarem Aufwand bewältigen kann, vgl. BVerfG NVwZ 2005, 1176 (1177).

<sup>35</sup> Kuhlmann, in: Wysk, VwGO, 2. Aufl. (2016), § 146 Rn. 24; Kämpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Kämpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. (2017), S. 382.

<sup>36</sup> OVG Bautzen NVwZ-RR 2003, 475; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 409 (410); OVG Koblenz NVwZ-RR 2016, 331 (332).



zu bezeichnen, noch das ursprüngliche Vorbringen aus den Schriftsätzen im Eilverfahren iSd. § 123 VwGO zu wiederholen oder gar bloß reflexhaft hierauf zu verweisen.<sup>37</sup> Sofern die Entscheidung des VG zudem mehrere tragende Entscheidungsgründe aufweist, muss in der Beschwerdebeurteilung auf sämtliche dieser Erwägungen eingegangen werden.<sup>38</sup> Die Entscheidungsgründe des VG müssen durch die Auseinandersetzung in der Beschwerdebeurteilung gewissermaßen wirkungsvoll erschüttert oder substantiiert in Zweifel gezogen werden.<sup>39</sup> Der zu fordernde Umfang der Auseinandersetzung ist jedenfalls davon abhängig, wie umfangreich die jeweiligen Erwägungen seitens des VG waren.<sup>40</sup> Insgesamt dürfen wegen Art. 19 Abs. 4 GG allerdings auch keine überzogenen Anforderungen an die Beschwerdebeurteilung gestellt werden, schließlich hat der Beschwerdeführer nur einen Monat Zeit zur Verfügung, die Beschwerde zu begründen und kann ehemals nur dasjenige vortragen, was ihm bekannt ist.<sup>41</sup> Letztgenannter Umstand wird vor allem dann von Bedeutung sein, wenn der zunächst abgelehnte Bewerber vor dem VG verloren hat, die Behörde dort schlicht kaum vorgetragen bzw. auch wenig Unterlagen vorgelegt und das Gericht von der Amtsermittlung wenig bis gar keinen Gebrauch gemacht hat. Dann kann sich der Beschwerdeführer schwerlich zum Inhalt der von der Behörde nicht herausverlangten Unterlagen äußern, so dass von ihm kein entsprechender Vortrag abverlangt werden darf.<sup>42</sup> Die Auseinandersetzung des Beschwerdeführers auf der tatsächlichen Ebene dreht sich dann vor allem um den Mangel an überprüfbaren Unterlagen sowie eventuell vorhandene Lücken im Tatbestand, obwohl vor dem VG hinreichend anderweitig vorgetragen wurde. Die Beschwerdebeurteilung wird sich bei dieser Lage zudem im Wesentlichen auf rechtliche Erwägungen verlegen müssen, insbesondere was ein Abweichen des VGs von der Rechtsprechung höherrangiger Gerichte anbelangt.

## II. Begründetheit

Das VG ist gehalten, die Beschwerde iSd. § 146 Abs. 4 S. 5 VwGO unverzüglich dem OVG/VGH vorzulegen (die Beschwerdebeurteilung liegt ohnehin schon dort), wobei bei der Grundlage eines Eilverfahrens ausnahmsweise keine Abhilfemöglichkeit durch das VG besteht.

Das OVG/der VGH ist nun iSd. § 150 VwGO für die Entscheidung über die Beschwerde zuständig und entscheidet seinerseits ebenfalls durch Beschluss. In Betracht kommen ein Verwerfen als unzulässig<sup>43</sup>, ein Zurückweisen als unbegründet oder ein

Stattgeben der Beschwerde. Letzteres wird auf eine Abänderung der Entscheidung des VG hinauslaufen, denn für ein theoretisch mögliches Zurückverweisen iSd. § 130 Abs. 2 VwGO analog oder § 173 VwGO iVm. § 572 Abs. 3 ZPO ist bei Eilverfahren und der Beschwerde hierbei eigentlich kein Raum.<sup>44</sup> Für den Beschwerdeführer am unbilligsten ist sicherlich eine Zurückweisung als unbegründet, da sich das OVG/der VGH dann bei seiner Begründung darauf beschränken kann, pauschal auf die Gründe der Entscheidung des VG zu rekurrieren (vgl. § 122 Abs. 2 S. 3 VwGO).

Neues Vorbringen, welches im Verfahren vor dem VG bereits hätte vorgetragen werden können, wird jedenfalls bei der Entscheidung des OVG/VGH nicht berücksichtigt.<sup>45</sup> Schließlich würde das gesetzgeberische Ziel der Verfahrensökonomie durch die grundsätzliche Konzentration in einer einzigen Instanz unterkariert. Das bedeutet insbesondere für den zunächst unterlegenen Bewerber, dass er im Eilverfahren tunlichst darauf achten muss, so viel wie möglich an vortragbaren Sach- und Rechtsstand in das Eilverfahren einzuführen, anderenfalls ist er mit etwa aus taktischen Gründen zurückgehaltenem Vortrag später im Beschwerdeverfahren jedenfalls präkludiert. Ebenfalls unterliegen solche Darlegungen sachlicher und rechtlicher Art der Präklusion innerhalb des Beschwerdeverfahrens, wenn diese nicht bereits in der Beschwerdebeurteilung<sup>46</sup> enthalten sind, was sich bereits dem klaren Wortlaut des § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO entnehmen lässt. Eine Ausnahme bilden bloße Ergänzungen.<sup>47</sup> Ein solches Agieren sollte aber nach Möglichkeit vermieden werden, da das Beschwerdegericht den ergänzenden Vortrag als unzulässigen neuen Vortrag werten könnte, schließlich sind die Übergänge fließend. Das kann insgesamt zum schwierigen Ergebnis führen, dass der Beschwerdeführer zwar die Hürde der Beschwerdebeurteilung genommen hat, ohne dass die Beschwerde als unzulässig verworfen wurde. Dennoch kann er dann mitunter nicht alles Entscheidungserhebliche vorgetragen haben, so dass das OVG/der VGH die womöglich fehlerhafte Entscheidung des VG gleichwohl bestätigen muss. Eine Durchbrechung von § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO kann dennoch in Ausnahmefällen in Betracht kommen, wenn ein tragender Grund der Entscheidung des VG höchst zweifelhaft bzw. objektiv falsch ist oder ein Gehörverstoß durch das VG als begründet erscheint, sofern der Beschwerdeführer dies dem Grunde nach vorgetragen hat. Dann muss das OVG/der VGH hierüber hinausgehen und eine umfassende Prüfung vornehmen, auch wenn der Antragsteller nur den Ausgangsverstoß geschildert hat und schildern

<sup>37</sup> VGH München NVwZ-RR 2005, 811; OVG Bautzen NVwZ 2005, 352 (354); OVG Saarlouis NVwZ-RR 2016, 528.

<sup>38</sup> OVG Lüneburg NVwZ-RR 2006, 650; Jeromin, in: Gäditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 146 Rn. 32.

<sup>39</sup> Stuhlfaul, in: Bader u.a., VwGO, 6. Aufl. (2014), § 146 Rn. 31; Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. (2014), § 146 Rn. 77.

<sup>40</sup> Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. (2017), S. 383.

<sup>41</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2004, 1112, (1113 f.); VGH München BayVbl 2002, 306; Schenke, in: Schenke, VwGO, 23. Aufl. (2017), § 146 Rn. 41; Geis/Thirmeyer, JuS 2013, 799 (804).

<sup>42</sup> BVerfG NVwZ 2004, 1112 (1113 f.); Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. (2014), § 146 Rn. 73; Schenke, in: Schenke, VwGO, 23. Aufl. (2017), § 146 Rn. 41.

<sup>43</sup> Hierfür bestehen allerdings hohe Hürden: entweder fehlen die Beschwerdegründe gänzlich oder aber der entsprechende Vortrag des Beschwerdeführers ist für die gesetzlich geforderte Beschwerdebeurteilung materiell völlig ungeeignet, vgl. Redeker/v. Oertzen, VwGO 16. Aufl. (2014), § 146 Rn. 30.

<sup>44</sup> Redeker/v. Oertzen, VwGO 16. Aufl. (2014), § 146 Rn. 31; Jeromin, in: Gäditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 146 Rn. 36.

<sup>45</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 74 (75); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 521; OVG Magdeburg NVwZ-RR 2016, 335. Von einem Anschluss an die strikte Gegenauffassung in Teilen der Literatur wie etwa Happ, in: Eyer- mann, VwGO, 14. Aufl. (2014), § 146 Rn. 23; Stuhlfaul, in: Bader u.a., VwGO, 6. Aufl. (2014), § 146 Rn. 30 ist aus Gründen der Rechtssicherheit im realen Fall dringend abzuraten.

<sup>46</sup> Aus Gründen der Waffengleichheit gilt dies aber auch für ein Vorbringen des Beschwerdegegners nach Ablauf der Beschwerdebeurteilungsfrist, welches den Streitgegenstand erweitern würde, vgl. VGH Kassel NVwZ-RR 2008, 467 (469); Happ, in: Eyer- mann, VwGO, 14. Aufl. (2014), § 146 Rn. 28.

<sup>47</sup> OVG Bautzen SächsVbl 2010, 78 (79); Kaufmann, in: Posser/Wolff, VwGO, 2. Aufl. (2014), § 146 Rn. 11.

konnte.<sup>48</sup> Umstritten ist allerdings, ob das OVG/der VGH gleichwohl von offener Rechtswidrigkeit der angegriffenen Entscheidung ausgehen und aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit der Beschwerde stattgeben darf, wenn der Beschwerdeführer zu dem fraglichen Aspekt überhaupt nichts vorgetragen hat.<sup>49</sup>

Insgesamt überprüft das OVG/der VGH aber stets, ob die Ausgangsentscheidung des VG dennoch aus anderen Gründen richtig ist.<sup>50</sup> Ziel ist schließlich die Entscheidung darüber, ob die Rechtsfehler des VG dem zunächst gerichtlich Obsiegenden im Ergebnis zur Last fallen oder nicht. Das konkrete Vorgehen lässt sich auch aus § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO analog folgern, denn es muss eine Rechtsverletzung des Beschwerdeführers gerade aus der Entscheidung des VG folgen.<sup>51</sup>

#### D) Weiterer Rechtsschutz?

Naturgemäß steht die Frage im Raum, ob es nun mit Rechtsmitteln/Rechtsbehelfen noch weiter gehen kann („it's not over till it's over“).

Ein Zug vor das BVerwG ist nun jedenfalls in der VwGO nicht weiter vorgesehen. Denn die Beschwerdemöglichkeit zum BVerwG iSd. § 152 Abs. 1 VwGO gegen Entscheidungen des OVG/VGH deckt den vorliegenden Fall der Beschwerdeentscheidung im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren nicht ab. Dies betrifft sowohl den nun insgesamt unterlegenen Bewerber als auch die im Beschwerdeverfahren unterlegene Behörde.

Möglich ist allerdings für den insgesamt unterlegenen Bewerber noch der Versuch des Erwirkens einer einstweiligen Anordnung iSd. § 32 BVerfGG oder das Erheben einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG, schließlich stellt die für den Bewerberverfahrensanspruch zentrale materielle Norm Art. 33 Abs. 2 GG (Grundsatz der Bestenauslese) ein grundrechtsgleiches Recht dar, in dessen Schutzbereich ungerechtfertigt eingegriffen worden sein könnte. Daher muss die Behörde nun vor der Stelleneinweisung des oder der Konkurrenten wie schon nach der Entscheidung des VG nochmals (nun aber vier Wochen anstatt zwei) zuwarten, ob der insgesamt unterlegene Bewerber das BVerfG anruft, ansonsten könnte die Behörde die grundrechtsgleichen Rechte des unterlegenen Bewerbers qua eigener Entscheidung beeinträchtigen, da mit der Stelleneinweisung erneut der Grundsatz der Ämterstabilität zum Tragen kommt.<sup>52</sup>

Die Frage ist allerdings, ob der einzelne Beamte diesen langen Atem nun auch noch für eine Verfassungsbeschwerde hat. Es gilt schließlich zu bedenken, dass er zu diesem Zeitpunkt bereits mindestens ein Jahr prozessiert hat, typischerweise sind ca. 10.000 Euro an bislang von ihm zu tragenden Prozesskosten entstanden, immer noch muss er sich gegen einen übermächtigen Gegner stemmen und er muss jeden Tag in einem entsprechenden Umfeld arbeiten. Zu diesem Zeitpunkt besteht nur eins: die

Gewissheit auf einen voraussichtlich noch mehrjährig fortdauernden Konkurrentenstreit mit ungewissem Ausgang und hohem Kostenrisiko.

#### E) Fazit

Die Beschwerde iSd. § 146 VwGO ist auch im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren eine ernsthaft in Betracht zu ziehende Option, wenngleich die Beschwerde fürwahr kein Selbstläufer ist.

Dennoch sollten sich dabei auch die Beschwerdegerichte ihrer hohen Verantwortung zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Kontext von Art. 33 Abs. 2 GG bewusst sein. Sehr groß sind nämlich die im Beitrag aufgezeigten Möglichkeiten, dass es im Eilverfahren vor dem VG eben zu keiner tragfähigen Entscheidung kommt. Dafür sind vor allem die Faktoren überlastete VGs und in Folge dessen eine manchmal unzureichende Amtsermittlung verantwortlich. Dies spricht dafür, dass die Maßstäbe der Entscheidungspraxis der Beschwerdegerichte künftig etwas mehr geweitet werden.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>48</sup> VGH Kassel NVwZ-RR 2003, 756 (757); OVG Hamburg NJW 2007, 1225; Geis/Thirmeyer, JuS 2013, 799 (804).

<sup>49</sup> Bejahend etwa VGH Kassel NVwZ-RR 2006, 846; VGH Mannheim VBIBW 2008, 223; Happ, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. (2014), § 146 Rn. 27; verneinend etwa VGH München NVwZ 2004, 251.

<sup>50</sup> Vgl. BVerfG NJW 2016, 309 ff.; VGH Kassel NVwZ-RR 2003, 458 (459); Rödel, ZAP 2018, 861 (866).

<sup>51</sup> Geis/Thirmeyer, JuS 2013, 799 (804).

<sup>52</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2009, 1430 ff.; Wiegand, Beamtenrechtlicher Konkurrentenstreit, 2017, S. 58; Rödel, ZAP 2018, 861 (864).



Team By Krüger ECKI

## Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf [www.menoldbezler.de/karriere](http://www.menoldbezler.de/karriere).



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)

## KLAUSUR – ZIVILRECHT

Dr. Joachim Müller\*/Julia Zaiser\*\*

### „Familiendrama mit erbrechtlichen Turbulenzen“

#### Examensübungsklausur

#### Sachverhalt

Herr Rechtsanwalt Maier ist auf das Erbrecht spezialisiert. Zurzeit hat er zwei knifflige Fälle auf seinem Tisch liegen und fragt Sie um Rat:

#### I.

Frau E möchte wissen, ob sie Erbin ihres verstorbenen Bruders M und/oder dessen zweiter Ehefrau F geworden ist. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Eheleute M und F sind im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Sowohl für M als auch für F ist es die zweite Ehe. Im Jahr 1996 errichteten die beiden folgendes Testament:

„Testament:

Hiermit bestimme ich, M, dass nach meinem Tod mein gesamtes Vermögen an meine Tochter T aus erster Ehe fallen soll; Ersatzerbe soll deren Ehemann A sein. Meine Frau und ich sind aber übereingekommen, dass der Sohn S aus der ersten Ehe meiner Frau meine wertvolle Münzsammlung erhalten soll.

Stuttgart, den 01.06.1996 (Unterschrift M)

Hiermit vermache ich, F, mein gesamtes Vermögen meinem aus erster Ehe stammenden Sohn S. Mein Mann M ist aus eigenem Vermögen ausreichend versorgt. Da mein Mann meinem Sohn seine wertvolle Münzsammlung vererbt, will ich, dass – wie vereinbart – seine Schwester E mein kostbares Kaffeeservice erben soll.

Stuttgart, den 01.06.1996 (Unterschrift F)“

Die von M und F eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Erklärungen befinden sich auf zwei Din-A-4 Blättern, die mit einer Heftklammer fest verbunden sind.

Die Dinge entwickelten sich aber nicht so, wie M und F sich dies bei Errichtung des Testaments vorgestellt hatten. So starb T – kinderlos – im Jahr 2001 an einem Krebsleiden. Mit deren Ehemann A hat sich M nach dem Tod der T – nach mehreren Meinungsverschiedenheiten – letztlich zutiefst zerstritten. Der S hingegen heiratete im Jahr 2014 die B. M und F kamen im Mai 2017 aufgrund der Folgen eines Autounfalls ums Leben. M war sofort tot, die F starb wenige Tage später im Krankenhaus. Nach dem Tod von M und F wurden in deren gemeinsamer Wohnung neben dem oben genannten Testament noch zwei weitere Dokumente gefunden. Bei diesen handelt es sich zum einen um eine Fotokopie eines von M handgeschriebenen, unterschriebenen und mit „Testament“ überschriebenen Schriftstück aus dem Jahr 2006, in dem er seine Schwester E zur Alleinerbin einsetzt. Ungeklärt ist, was mit dem Original dieses Testaments geschehen ist. M hatte bis zuletzt im Familienkreis aber immer wieder erklärt, dass seine Schwester E im Hinblick auf den Tod der T

„alles bekommen soll“. Zum anderen handelt es sich um ein handgeschriebenes und unterschriebenes Testament der F aus dem Jahr 2015. In diesem bestimmt sie, dass aufgrund der Heirat des S nun doch nicht die E, sondern dessen Ehefrau B das wertvolle Kaffeeservice bekommen soll. Dem M hat sie von diesem Testament nichts erzählt.

Frau E möchte neben der Frage, ob sie Alleinerbin ihres verstorbenen Bruders geworden ist, insbesondere wissen, ob ihr irgendwelche Ansprüche gegen die Erben der F zustehen und ob sie sich ihrerseits auf „Gegenansprüche“ gefasst machen muss.

#### II.

P – der im Übrigen das einzige Kind des S aus erster Ehe ist – begehrt die gerichtliche Feststellung, dass S nicht berechtigt sei, ihm den Pflichtteil zu entziehen.

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Im Rahmen einer Familienfeier kam es zwischen P und S zu einem heftigen Streit. Daraufhin verließ P die Feier und wollte mit seinem PKW nach Hause fahren. Beim Rückwärts-Ausparken stellte sich dem P plötzlich der S in den Weg. Da P kurz unaufmerksam war, konnte er nicht mehr rechtzeitig reagieren und fuhr den S so unglücklich an, dass dieser einen komplizierten Beinbruch erlitt. In seinem notariellen Testament entzieht der S dem P den Pflichtteil mit der Begründung, dass P ihn nach dem Streit mit Absicht angefahren habe.

Rechtsanwalt Maier hat Zweifel, ob eine Feststellungsklage gem. § 256 ZPO zu Lebzeiten des S überhaupt zulässig ist.

**Die im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen sind zu beantworten.**

\* Der Autor ist Referatsleiter im Ministerium der Justiz und für Europa Baden-Württemberg.

\*\* Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Landgericht in Tübingen.

**Gliederung**

**Teil I: Erbrechtliche Situation im Fall E**

A) Erbenstellung der E

I. Wirksame Errichtung des Testaments aus dem Jahr 2006

1. Kopie als Beweis für ein formwirksam errichtetes Original
2. Kein Außerkrafttreten des Testaments gem. § 2255 S. 1 BGB
3. Zwischenergebnis

II. Inhalt des Testaments

III. Bindung aufgrund anderer letztwilliger Verfügungen

1. Testament aus dem Jahr 1996 als gemeinschaftliches Ehegattentestament
2. Wechselbezüglichkeit der Erbeinsetzung
3. Widerruf durch spätere letztwillige Verfügung

IV. Ergebnis

B) Erbschaft nach F

I. Kaffeeservice als Vermächtnis

II. Widerruf durch Testament aus dem Jahr 2015

III. Ergebnis

C) „Gegenansprüche“

I. Pflichtteilsansprüche der F

1. „Kleiner Pflichtteilsanspruch“
2. Kein „großer Pflichtteilsanspruch“

II. Vermächtnis zugunsten des S

III. Ergebnis

D) Gesamtergebnis zu Teil I

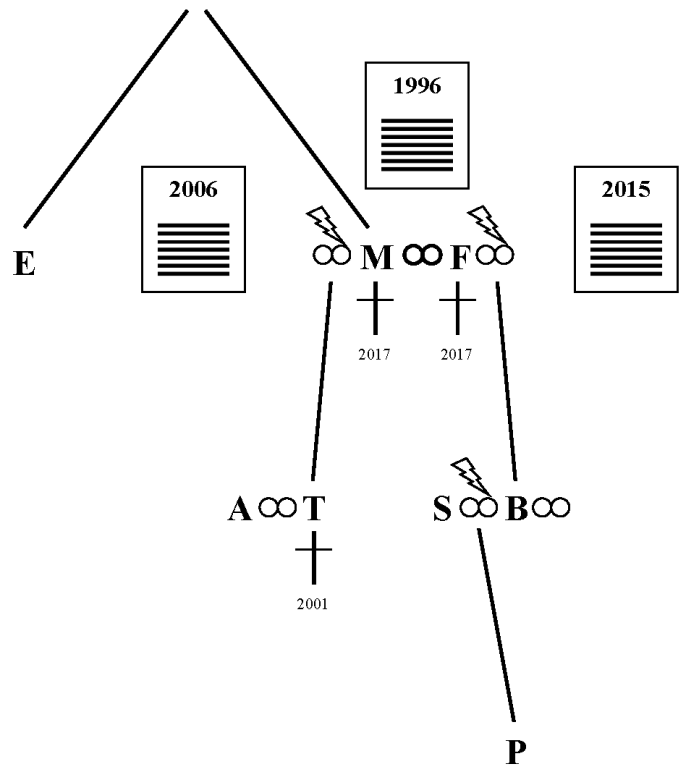
**Teil II: Zulässigkeit einer Feststellungsklage**

A) Bestehen eines Rechtsverhältnisses

B) Rechtliches Interesse an der Feststellung

C) Ergebnis

**Schaubild**



## Gutachten

## Hinweis

Vorab ist anzumerken, dass der Schwerpunkt der Klausur in Aufgabe 1 zu sehen ist. Hier kommt es aufgrund der verschiedenen letztwilligen Verfügungen vor allem auf einen klar strukturierten Aufbau sowie eine ordentliche Subsumtion an. Aufgabe 2 ist als Zusatzaufgabe gedacht. Der Bearbeiter soll zeigen, dass er die wesentlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage kennt. Im Rahmen des rechtlichen Interesses ist vor allem wichtig, dass der Bearbeiter die Problematik der Feststellung des Pflichtteilsentzugs zu Lebzeiten des Erblassers erkennt und diskutiert.

## Teil I: Erbrechtliche Situation im Fall E

## A) Erbenstellung der E

E könnte aufgrund des Testaments aus dem Jahr 2006 Alleinerbin ihres Bruders sein, da die Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung gegenüber der gesetzlichen Erbfolge vorrangig ist, § 1937 BGB. Voraussetzung hierfür ist, dass das Testament (I.) wirksam errichtet wurde, einen (II.) entsprechenden Inhalt hat und (III.) keine Bindung aufgrund einer anderweitigen letztwilligen Verfügung besteht.

## Hinweis

Als Klausuraufbau ist es auch möglich, die Lösung der Erbfolge nach M chronologisch aufzubauen. Im ersten Schritt ist bei diesem Lösungsansatz die wirksame Errichtung des Testaments aus dem Jahr 1996 zu prüfen. Im zweiten Schritt ist zu prüfen, inwieweit ein Widerruf durch die nachfolgenden letztwilligen Verfügungen des M vorliegt. Aufgrund der Sachverhaltsschilderung – E als Mandantin – ist es aber konsequenter dem hier vorgeschlagenen Lösungsweg zu folgen.

## I. Wirksame Errichtung des Testaments aus dem Jahr 2006

Die Voraussetzungen für die Errichtung eines eigenhändigen Testaments sind in den §§ 2229, 2247 BGB genannt. Demnach kann der Erblasser ein Testament nur durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten. Da vorliegend nur eine Fotokopie des von M handgeschriebenen und unterschriebenen Testaments vorliegt, ist fraglich, ob von einem wirksamen Testament ausgegangen werden kann bzw. ob dieses fortgilt, obwohl es nicht mehr im Original vorliegt.

## Hinweis

Maßgeblich ist hier die verschwundene Originalurkunde. Ein grober Fehler ist es, die Fotokopie als Testament anzusehen. Die Fotokopie dient nur zu Beweis Zwecken hinsichtlich der formgültigen Errichtung und entspricht auf keinen Fall den Anforderungen des § 2247 BGB.<sup>1</sup>

## 1. Kopie als Beweis für ein formwirksam errichtetes Original

Zunächst ist von einem wirksam errichteten Testament auszugehen. Die Tatsache, dass später nur noch eine Kopie des Testaments auffindbar ist, ändert nichts an der Formwirksamkeit. Denn bei Vorhandensein einer Kopie muss – zumindest irgendwann einmal – ein **Original als Vorlage** existiert haben. Durch die Vorlage der Kopie ist deshalb der Beweis einer wirksamen Testamenterrichtung entsprechend § 2247 BGB geführt.<sup>2</sup> Den Fortbestand der Urkunde fordert § 2247 BGB dagegen nicht. Dies gilt zumindest dann, wenn feststeht, dass die Erfordernisse der §§ 2229, 2247 BGB bei Testamenterrichtung gegeben waren. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn die Urkunde – wie vorliegend – mit „Testament“ überschrieben ist; denn in diesem Fall handelt es sich in der Regel nicht um einen bloßen Entwurf.<sup>3</sup>

## 2. Kein Außerkrafttreten des Testaments

## gem. § 2255 S. 1 BGB

Problematisch ist, ob ein **Außerkrafttreten des Testaments gem. § 2255 S. 1 BGB** anzunehmen ist. Dies erfordert eine **Vernichtungshandlung durch den Erblasser** selbst, die zudem von einem **Aufhebungswillen** getragen sein muss. Vorliegend ist schon fraglich, ob bei Nichtauffinden des Originals von einer Vernichtung durch den Erblasser ausgegangen werden kann. Die Vermutungswirkung des § 2255 S. 2 BGB hilft insoweit nicht weiter. Diese besagt nur, dass bei einer Vernichtung durch den Erblasser auch von einer Aufhebungsabsicht auszugehen ist. Zweifel darüber, wer das Testament vernichtet hat, werden dagegen von dieser Vorschrift gerade nicht überwunden.<sup>4</sup> Lässt sich demnach nicht klären, was mit dem Testament geschehen ist, so ist im Zweifelsfall nicht von einer (absichtlichen) Vernichtung durch den Erblasser auszugehen.<sup>5</sup> Andererseits darf der **Nachweis des Widerrufs** durch Vernichtung der Originalurkunde durch den Erblasser – aufgrund der Beweisschwierigkeiten nach dessen Ableben – nicht zu sehr erschwert werden. Da aber das Nichtauffinden der Originalurkunde noch nicht die Vermutung begründet, sie sei durch den Erblasser vernichtet worden, müssen zumindest (weitere) Indizien hierfür vorliegen, wie z.B. Hinweise auf eine Willensänderung des Erblassers.<sup>6</sup> Vorliegend hat M aber bis zuletzt den Willen geäußert, dass die

<sup>1</sup> So OLG Düsseldorf FamRZ 2017, 1162 (1163); OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 653 (654). Nach Ansicht des OLG Karlsruhe kann aber ein formwirksames Testament dadurch hergestellt werden, dass der Testierende die Fotokopie eines von ihm eigenhändig geschriebenen, unvollständigen Textes eigenhändig ergänzt.

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 2017, 1162 (1163); BayObLG FamRZ 1993, 117. Weidlich, in: Palandt, 76. Aufl. (2017), § 2255 Rn. 9; vgl. auch OLG Naumburg, Urt. v. 26.07.2013 – 2 Wx 41/12; Zimmermann, in: Kriedel, FamFG, 19. Aufl. (2017), § 325 Rn. 71.

<sup>3</sup> BayObLG FamRZ 1993, 117.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1420; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 1313; BayObLG FamRz 1996, 1110 (1111); Hagena, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017),

§ 2255 Rn. 16; Weidlich, in: Palandt, 76. Aufl. (2017), § 2255 Rn. 11, Baumann, in: Staudinger BGB (2018), § 2255 Rn. 34.

<sup>5</sup> Baumann, in: Staudinger BGB (2018), § 2255 Rn. 35 nach dessen Ansicht das Nachlassgericht vom Weiterbestehen des Testaments ausgehen muss, falls sich bei den von Amts wegen angestellten Ermittlungen kein Beweis für eine Vernichtung der Testamentsurkunde durch den Erblasser ergibt; so auch OLG Köln, Urt. v. 02.12.2016 – 2 Wx 550/16, Rn. 19; Litzemberger, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 45. Edition (01.11.2017), § 2255 BGB Rn. 15; Hagena, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2255 Rn. 16.

<sup>6</sup> BayObLG ZEV 2003, 503 (507); OLG Zweibrücken, Beschl. v. 26.02.2001 – 3 W 272/00, Rn. 20.

E Alleinerbin werden soll. Trotz dem Nichtauffinden der Originalurkunde kann deshalb nicht von einem Widerruf des Testaments gem. § 2255 S. 1 BGB ausgegangen werden. Die Verfügung ist daher, trotz Nichtauffinden des Originals, noch gültig.

#### Hinweis

Hier ist mit guter Argumentation auch eine andere Lösung vertretbar. Ist E aber nicht Alleinerbin des M geworden, können gegen sie auch keine etwaigen Pflichtteilsansprüche erhoben werden. Sowohl die Frage, wer Erbe nach M ist als auch die Frage, ob der F nach dem Tod des M ein Pflichtteilsanspruch zusteht, sind dann in einem Hilfsgutachten zu prüfen. Hier ist insbesondere zu beachten, dass der A aufgrund der Ersatzerbenstellung Alleinerbe des M wird. Der F steht in diesem Fall ein Pflichtteil in Höhe von  $\frac{1}{4}$  der Erbschaft zu (§§ 2303 Abs. 1, 2; 1371 Abs. 2 Hs. 2; 1931 Abs. 1 S. 1 BGB). Außerdem hat sie einen – möglichen – Zugewinnausgleichanspruch gem. §§ 1371 Abs. 2 Hs. 1, 1373 BGB. Da nach § 2303 BGB lediglich Abkömmlinge, der Ehegatte und die Eltern des Erblassers pflichtteilsberechtigt sind, steht der E in diesem Fall auch kein Pflichtteilsanspruch zu.

Zwar ist dies im Sachverhalt nicht angelegt, vertretbar und auch praxisrelevant ist – bei Verneinung der Gültigkeit des Testaments aus dem Jahr 2006 – eine Anfechtung des Testaments aus dem Jahr 1996 gem. § 2078 Abs. 2 BGB durch die E zu prüfen (Stichwort: unbewusste Vorstellung des Erblassers). Eine Anfechtung führt ex-tunc zur Nichtigkeit der Ersatzerbensetzung des A. Die angeordneten Vermächnisse bleiben von der Anfechtung allerdings unberührt. Im Weiteren kommt es zur gesetzlichen Erbfolge: F wird gem. §§ 1931 Abs. 1, 3, 1371 Abs. 1 BGB gesetzliche Erbin zu  $\frac{3}{4}$ , die E wird gesetzliche Erbin zu  $\frac{1}{4}$ .

### 3 Zwischenergebnis

Bei dem Testament aus dem Jahr 2006 handelt es sich um ein, in formeller Hinsicht, wirksames Testament.

## II. Inhalt des Testaments

Aufgrund des Testaments soll die E Alleinerbin des M sein.

## III. Bindung aufgrund anderer letztwilliger Verfügungen

Fraglich ist weiterhin, ob dem Testament aus dem Jahr 2006 nicht eine – mögliche - Bindungswirkung des Testaments aus dem Jahr 1996 entgegensteht.

#### Hinweis

Aufgrund der Ersatzerbenstellung des A ist trotz Vorversterben der T die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments zu prüfen. Zu einer Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung aufgrund des Vorversterbens mit

dem Ergebnis, dass die gesetzliche Erbfolge eintreten würde,<sup>7</sup> kommt es gerade nicht.

Eine **Bindungswirkung gem. § 2271 BGB** liegt vor, wenn es sich (1.) bei dem Testament aus dem Jahr 1996 um ein gemeinschaftliches Testament nach §§ 2265 ff. BGB handelt und (2.) die Alleinerbensetzung der T wechselbezüglich iSd. § 2270 Abs. 1 BGB ist.

### 1. Testament aus dem Jahr 1996 als gemeinschaftliches Ehegattentestament

Zunächst ist zu prüfen, ob die von M und F am 01.06.1996 errichteten Testamente als **gemeinschaftliches Ehegattentestament nach den §§ 2265 ff. BGB** anzusehen sind, da sich hieraus möglicherweise Folgen für die Wirksamkeit eines späteren Widerrufs ergeben. M und F haben das Testament in der Weise errichtet, dass jeder von ihnen auf einem separaten Blatt eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung abgegeben hat. Dies entspricht zwar nicht **der in § 2267 BGB vorgeschriebenen Form**, die vorsieht, dass ein Ehegatte das Testament in der Form des § 2247 BGB errichtet und der andere Ehegatte die gemeinsame Erklärung mitunterzeichnet. Zu beachten ist jedoch, dass § 2267 BGB – wie sich bereits aus dem eindeutigen **Wortlaut der Vorschrift** („genügt es“) ergibt – lediglich eine Formerleichterung gegenüber dem eigenhändigen Testament nach § 2247 BGB darstellt. Hieraus folgt die Möglichkeit der Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament auch in jeder anderen, für letztwillige Verfügungen zugelassenen Form, errichten zu können.<sup>8</sup> Möglich ist demnach, dass – wie hier – jeder von ihnen eine der Form des § 2247 BGB entsprechende Erklärung abgibt.<sup>9</sup> Maßgeblich ist weiterhin, dass jeder Ehegatte den **Willen zur gemeinsamen Testierung** hatte und die Möglichkeit der gegenseitigen Kenntnisnahme und Abstimmung bestand.<sup>10</sup> M und F haben ihre letztwilligen Verfügungen auf zwei separate Blätter eigenhändig niedergeschrieben und unterzeichnet. Dies geschah aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses zur gleichen Zeit. Der Wille des M und der F zur gemeinsamen Testamentserrichtung ergibt sich aber vorliegend nicht nur aus dem Errichtungszusammenhang der Verfügungen, sondern auch durch die äußerliche Verbindung durch die Heftklammer.

Bei dem Testament vom 01.06.1996 handelt es sich demnach - unabhängig davon, ob man mit der sog. objektiven Theorie auf das formelle Merkmal der einheitlichen Urkunde oder mit der sog. subjektiven Theorie auf den Willen zur gemeinschaftlichen Testierung als maßgeblichen Anknüpfungspunkt abstellt<sup>11</sup> - um ein gemeinschaftliches Testament iSd. § 2265 BGB.

### 2. Wechselbezüglichkeit der Erbensetzung

Bei einem gemeinschaftlichen Testament ist **zwischen wechselbezüglichen (§ 2270 BGB) und nichtwechselbezüglichen einseitigen Verfügungen zu unterscheiden**. Während die nichtwechselbezüglichen einseitigen Verfügungen ohne Verständigung des anderen Ehegatten frei widerrufen werden können,<sup>12</sup> kann bei wechselbezüglichen Verfügungen gem. § 2271 I

<sup>7</sup> Vgl. Weidlich, in: Palandt, 76. Aufl. (2017), § 1923 Rn. 2.

<sup>8</sup> BGH NJW 1958, 547; Musielak, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2267 Rn. 3.

<sup>9</sup> Litzemberger, in: Bamberger/Roth/Hau/Posek, BeckOK-BGB, 46. Edition (01.05.2017), § 2267 Rn. 8; Musielak, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2267 Rn. 20; Wolf, in: Soergel, 13. Aufl. (2003), § 2267 Rn. 8.

<sup>10</sup> Wolf, in: Soergel, 13. Aufl. (2003), § 2267 Rn. 8.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu OLG Braunschweig ZEV 2007, 178 (179); Pfeiffer, FamRZ 1993, 1266 (1269 ff.).

<sup>12</sup> Musielak, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2271 Rn. 4.

BGB zu Lebzeiten der Ehegatten der Widerruf nur nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Regelungen des § 2296 BGB erfolgen, also nur durch eine notariell zu beurkundende Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten, § 2296 Abs. 2 BGB. Das bedeutet, dass die von M in dem gemeinschaftlichen Testament vom 01.06.1996 getroffenen letztwilligen Verfügungen gegenüber dem Testament aus dem Jahr 2006 nur dann Bindungswirkung haben, wenn es sich dabei um wechselbezügliche Verfügungen handelt.

Im Testament vom 01.06.1996 hat M zum einen die T als Alleinerbin eingesetzt, zum anderen ein Vermächtnis zugunsten des S angeordnet. Bei beiden Verfügungen kann grundsätzlich Wechselbezüglichkeit mit den von dem anderen Ehegatten getroffenen Verfügungen vorliegen (§ 2270 Abs. 3 BGB). Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist für **jede einzelne Verfügung des Ehegattentestaments gesondert zu prüfen (!)**,<sup>13</sup> wobei in Zweifelsfällen der Wille der beiden Erblasser mit den Mitteln der Auslegung zu erörtern ist.<sup>14</sup> Die gesetzliche Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB<sup>15</sup> greift vorliegend jedenfalls nicht ein, weil keiner der Ehegatten dem anderen etwas zugewendet hat.

Demnach ergibt sich, dass M und F hinsichtlich der Erbeinsetzung keine Wechselbezüglichkeit beabsichtigt haben. Denn sowohl M als auch F haben einen Dritten eingesetzt. Dass nach dem Willen der Ehegatten die jeweiligen Erbeinsetzungen isoliert keinen Bestand haben sollten, ist nicht ersichtlich. Im Bezug auf die Erbeinsetzung liegt somit keine Wechselbezüglichkeit i.S. des § 2270 Abs. 1 BGB vor.

### 3. Widerruf durch spätere letztwillige Verfügung

Da hinsichtlich der **Erbeinsetzung** keine Wechselbezüglichkeit vorliegt, könnte M die diesbezüglich im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen durch ein späteres Testament **gem. §§ 2254, 2258 BGB widerrufen** haben. Ein Widerruf der Alleinerbeneinsetzung der T gem. §§ 2254, 2258 BGB erfolgte demnach durch das – wie bereits festgestellt – wirksam errichtete **Testament aus dem Jahr 2006**. Entscheidend für den Umfang des Widerrufs ist nicht der Wortlaut, sondern der Sinn der letztwilligen Verfügung. Die Absicht des Erblassers ist durch Auslegung (§§ 2084, 133 BGB) zu ermitteln, hierbei können auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände herangezogen werden.<sup>16</sup> Zwar bedeutet die bloße Nichterwähnung einer in einem früheren Testament getroffenen Verfügung noch keine Aufhebung.<sup>17</sup> Der Widerspruch kann sich aber durch Weglassung einer Anordnung (wie zum Beispiel der Ersatzerbenbestimmung) ergeben, wenn im übrigen die wortgetreue Wiederholung des früheren Testamentstextes in dem späteren Testament vorliegt.<sup>18</sup> Insbesondere ist aber zu beachten, ob der Erb-

lasser mit der späteren Verfügung die Erbfolge abschließend regeln wollte. Eine ausschließliche Geltung des späteren Testaments ist dann beabsichtigt, wenn die teilweise weitere Geltung des früheren Testaments dem im späteren Testament geäußerten Erblasserwillen zuwiderliefe.<sup>19</sup> Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ergibt sich vorliegend, dass auch die Ersatzerbeneinsetzung des A durch das Testament aus dem Jahr 2006 wirksam widerrufen wurde.

## IV. Ergebnis

E ist aufgrund des Testaments aus dem Jahr 2006 Alleinerbin ihres Bruders M geworden.

### B) Erbschaft nach F

E könnte aufgrund des **Testaments vom 01.06.1996** das Kaffeeservice zustehen.

#### I. Kaffeeservice als Vermächtnis

Wie bereits oben festgestellt,<sup>20</sup> ist das gemeinschaftliche Ehegattentestament wirksam. Der Widerruf durch das Testament aus dem Jahr 2006 hat lediglich Auswirkung auf die Erbfolge nach M, da mangels Wechselbezüglichkeit die Widerrufswirkung des § 2270 Abs. 1 hinsichtlich der Erbfolge nach F nicht eingreift.

Maßgeblich für die Erbfolge nach F ist deshalb nach wie vor das gemeinschaftliche Testament aus dem Jahr 1996, sofern sich nicht aus der letztwilligen Verfügung aus dem Jahr 2015 etwas anderes ergibt. Die Zuwendung des Kaffeeservices an die E ist – trotz der von F als juristischen Laien verwendeten Formulierung („erben soll“) – nicht als Erbeinsetzung, sondern als Vermächtnis gem. §§ 2087 Abs. 2, 1939, 2147 BGB auszulegen.<sup>21</sup>

#### II. Widerruf durch Testament aus dem Jahr 2015

Fraglich ist allerdings, ob die F das Vermächtnis **durch das Testament aus dem Jahr 2015 gem. §§ 2254, 2258 BGB wirksam widerrufen** hat.

Das Schriftstück aus dem Jahr 2015 ist von F handgeschrieben und unterschrieben; es handelt sich mithin um ein formwirksames Testament iSd. § 2247 BGB. Ein Widerruf, der in dem Ehegattentestament enthaltenen Verfügungen durch Testament ist aber nur dann möglich, wenn die in dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament getroffenen Verfügungen nicht wechselbezüglich sind. Wie bereits oben ausgeführt ist die Frage der **Wechselbezüglichkeit** für jede einzelne Verfügung des Ehegattentestaments gesondert zu prüfen.<sup>22</sup> Die gesetzliche Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB greift jedenfalls nicht ein, da keiner der Ehegatten dem anderen etwas zugewandt hat. Hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit der **Erbeinsetzung** nach F gilt das Entsprechende wie bei der von M in dem Ehegattentestament

<sup>13</sup> Weidlich, in: Palandt, 75. Aufl. (2016), § 2270 Rn. 1.

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf ZEV 2012, 665; Musielak, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2270 Rn. 6.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu BGH NJW 2002, 1126 ff. und BayObLG ZEV 2004, 244 ff. zur Frage der Wechselbezüglichkeit bei kumulativer Anwendung der Auslegungsregeln der § 2069 BGB und des § 2270 Abs. 2 BGB.

<sup>16</sup> BGH NJW 1993, 256; BayObLG FamRZ 2002, 775; Leipold, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2084 Rn. 6.

<sup>17</sup> Litzenerberger, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 2258 Rn. 5; Hagen, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2258 Rn. 4.

<sup>18</sup> BayObLG NJW 1965, 1276 (1277); OLG Köln Beschl. v. 31.08.1992 – Az.: 2 Wx 36/92: Litzenerberger, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 2258 Rn. 5;

<sup>19</sup> Insbesondere zur Abgrenzung zwischen Aufhebung gem. § 2258 BGB und Widerruf gem. § 2254 BGB, vgl.: BGH NJW 1981, 2745 (2745); Weidlich, in: Palandt, 75. Aufl. (2016), § 2270 Rn. 1.

<sup>20</sup> Vgl. A) III. 1.

<sup>21</sup> Zur laienhaften Verwendung der Begriffe „vererben“ und „vermachen“ vgl. beispielhaft BayObLG, FamRZ 1997, 1568 (1569); FamRZ 1995, 835 (835); Machulla, in: Scherer, Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl. (2018), § 6 Rn 10.

<sup>22</sup> Vgl. A) III, 2.



getroffenen Verfügung;<sup>23</sup> bezüglich der Erbeinsetzung liegt demnach keine Wechselbezüglichkeit vor. Anders verhält es sich dagegen hinsichtlich des **Vermächtnisses** zugunsten der E. Wie sich schon aus dem Wortlaut der Testamentsurkunde ergibt, hat F die Zuwendung zugunsten der E nur im Hinblick darauf getroffen, dass M ihrem Sohn S etwas zugewendet hat und umgekehrt. Daher ist von einer gegenseitigen Abhängigkeit dieser Verfügungen iSd. § 2270 Abs. 1 BGB auszugehen. Somit konnte F das Vermächtnis zu Lebzeiten des M gem. § 2271 Abs. 1 S. 1 iVm. § 2296 BGB nur durch notariell beurkundete Rücktrittserklärung widerrufen. Das Testament aus dem Jahr 2015 entspricht nicht den Formerfordernissen des § 2296 BGB; auch erfolgte keine Erklärung gegenüber M. Somit hat F die Vermächtnisanordnung zugunsten der E nicht wirksam widerrufen.

### III. Ergebnis

Die E kann als Vermächtnisnehmerin von S – dem Alleinerben der F – gem. § 2174 BGB die Herausgabe des Kaffeeservices verlangen.

#### Hinweis

Hier besteht jedenfalls kein Anspruch auf Herausgabe nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB. Denn § 2174 BGB stellt insoweit klar, dass der Bedachte mit dem Erbfall den ihm zugewendeten Vermögensvorteil nicht unmittelbar erwirbt, sondern nur einen (schuldrechtlichen) Anspruch gegen den Beschwerten auf Leistung des vermachten Gegenstandes hat. Ein unmittelbarer Rechtserwerb findet nicht statt; es besteht kein sog. „Vindikationslegat“. Der Vermächtnisnehmer ist nicht dinglich am Nachlass beteiligt, sondern nur Nachlassgläubiger.<sup>24</sup>

### C) „Gegenansprüche“

#### I. Pflichtteilsansprüche der F

Da M als Alleinerbin wirksam die E eingesetzt hat und F somit von der Erbfolge ausgeschlossen hat, ist zu prüfen, ob mit dem Erbfall Pflichtteilsansprüche der F entstanden sind. Bei Pflichtteilsansprüchen handelt es sich um Nachlassverbindlichkeiten gem. § 1967 Abs. 2 BGB, die bei der Ermittlung der Höhe des Nachlasses des M zu berücksichtigen sind. Die Frage, ob Pflichtteilsansprüche der F entstanden sind, ist trotz des Todes der F relevant, weil der Pflichtteilsanspruch **nach § 2317 Abs. 2 BGB vererblich** ist.

#### 1. „Kleiner Pflichtteilsanspruch“

Als Ehefrau des M ist F **gem. § 2303 Abs. 2 BGB pflichtteilsberechtigt**.<sup>25</sup> Der Pflichtteil beträgt gem. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Der **gesetzliche Erbteil** der F beträgt **gem. § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB** die Hälfte der Erbschaft, da neben ihr nur die E als gesetzliche Erbin der zweiten Ordnung (§ 1925 Abs. 1 BGB) vorhanden ist. Zwar lebten M und F im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft,

sodass eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gem. §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Da F jedoch weder Erbin noch Vermächtnisnehmerin geworden ist, ist der **Pflichtteil nach §§ 2303 Abs. 2, 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB** nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten zu bestimmen, **sog. kleiner Pflichtteil (güterrechtliche Lösung)**.

#### 2. Kein „großer Pflichtteilsanspruch“

Nach allgemeiner Meinung kann der nicht zur Erbfolge gelangte und auch nicht mit einem Vermächtnis bedachte Ehegatte nicht dadurch, dass er den Zugewinnausgleichsanspruch nicht geltend macht, die „erbrechtliche“ Lösung wählen und somit keinen Anspruch auf den „großen Pflichtteil“ erlangen.<sup>26</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB.<sup>27</sup> Im vorliegenden Fall muss es daher bei der „güterrechtlichen“ Lösung verbleiben. Der (kleine) Pflichtteil der F beträgt  $\frac{1}{2}$ , also  $\frac{1}{4}$  des Nachlasses des M. Daneben steht der F noch ein – möglicher – **Zugewinnausgleichsanspruch gem. §§ 1371 Abs. 2 Hs. 1, 1373 BGB** zu. Der Zugewinnausgleichsanspruch ist gem. § 1378 Abs. 3 S. 1 BGB vererblich und gehört gem. § 1967 BGB zu den Erblässerschulden.

### II. Vermächtnis zugunsten des S

Nach dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 01.06.1996 soll der S die Münzsammlung des M erhalten. Diese Zuwendung an S ist – wie § 2087 Abs. 2 BGB klarstellt – nicht als Erbeinsetzung, sondern als Vermächtnis gem. §§ 1939, 2147 BGB auszulegen. Durch das Testament aus dem Jahr 2006 hat M das Vermächtnis zugunsten des S auch nicht widerrufen, vgl. § 2258 Abs. 1 BGB („insoweit aufgehoben“).<sup>28</sup>

### III. Ergebnis

Die Erben der F – also S – können gegenüber E einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von  $\frac{1}{4}$  des Nachlasses des M sowie den – möglichen – Zugewinnausgleichsanspruch geltend machen. Weiterhin hat S als Vermächtnisnehmer gegen E einen Anspruch auf Herausgabe der Münzsammlung gem. § 2174 BGB.

### D) Gesamtergebnis zu Teil I

E ist Alleinerbin des M geworden. Des Weiteren kann E, als Vermächtnisnehmerin von S, nach § 2174 BGB die Herausgabe des Kaffeeservices verlangen. Allerdings kann S – als Erbe nach F – den auf ihn übergegangenen Pflichtteil der F und eine – mögliche – Zugewinnausgleichsforderung der F verlangen. Weiterhin hat S als Vermächtnisnehmer gegen E gem. § 2174 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Münzsammlung.

<sup>23</sup> Vgl. A) III. 2.

<sup>24</sup> Vgl. Müller-Christmann, in: Bamberger/Roth/Hau/Posek, BeckOK BGB, 46. Edition (01.11.2017), § 2174 Rn. 1, 2; Stürner, in: Jauernig, 17. Aufl. (2018), § 2174 Rn. 1.

<sup>25</sup> In Anlehnung an BGH NJW 1977, 1728 f. könnte in dem gemeinschaftlichen Testament ein (konkludenter) Pflichtteilsverzicht enthalten sein. Dem muss aber nicht weiter nachgegangen werden, da ein solcher jedenfalls an der zwingenden Formvorschrift des § 2348 BGB scheitern würde.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 25.06.1964 – Az.: III ZR 90/63; Otte, in: Staudinger (2015), § 2303 Rn. 66; Leipold, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 1371 Rn. 35.

<sup>27</sup> Otte, in: Staudinger (2015), § 2303 Rn. 66.

<sup>28</sup> Auch wenn man hier anderer Meinung sein sollte, scheitert ein – denkbarer – Widerruf aber letztlich an der Wechselbezüglichkeit der Vermächtnisanordnung (vgl. B) III.). Ein eigenhändiges Testament gem. § 2247 BGB entspricht nicht der für den in §§ 2271 Abs. 1, 2296 BGB vorgesehenen Form des Widerrufs einer wechselbezüglichen Verfügung.

## Teil II: Zulässigkeit einer Feststellungsklage<sup>29</sup>

Fraglich ist, ob eine Feststellungsklage des Pflichtteilsberechtigten gem. § 256 Alt. 1 ZPO hinsichtlich einer Pflichtteilsentziehung durch den künftigen Erblasser zulässig ist. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage ist, dass sie auf die Feststellung des (A.) Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist und der Kläger ein (B.) rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung hat.

### A) Bestehen eines Rechtsverhältnisses

Ein Rechtsverhältnis ist eine rechtliche Beziehung von Personen untereinander oder zu einem Gegenstand. Weiterhin muss das Rechtsverhältnis **hinreichend konkret und gegenwärtig**<sup>30</sup> sein. Nach Maßgabe des BGB stellt das **Pflichtteilsrecht (als Ganzes)** ein Rechtsverhältnis i.S. des § 256 ZPO dar, das schon zu Lebzeiten des Erblassers besteht und bereits rechtliche Wirkungen entfaltet.<sup>31</sup> Mit der Feststellungsklage kann aber nicht nur die Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses im Ganzen, sondern auch die **Feststellung einzelner Folgen der Rechtsbeziehung** verlangt werden.<sup>32</sup> Das Pflichtteilsentziehungsrecht stellt demnach ein Rechtsverhältnis iSd. § 256 Alt. 1 ZPO dar.

### B) Rechtliches Interesse an der Feststellung

Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist das rechtliche Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung. Ein Feststellungsinteresse liegt vor, wenn dem Recht des Klägers eine **gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit** droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.<sup>33</sup> Das Vorliegen eines solchen Interesses ist hier zweifelhaft, da die Entziehung des Pflichtteils erst nach dem Erbfall Wirkungen entfaltet und deshalb eine alsbaldige Feststellung nicht erforderlich scheint.<sup>34</sup>

**Gegen die Bejahung eines Feststellungsinteresses** spricht zunächst, dass der Erblasser die Entziehung zu Lebzeiten jederzeit durch eine letztwillige Verfügung rückgängig machen kann und ein schutzwürdiges Recht darauf hat, nicht mit solchen Rechtsstreitigkeiten behelligt zu werden.<sup>35</sup> Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Folgen einer Pflichtteilsentziehung erst mit dem Erbfall eintreten; dem Interesse ungeduldiger Angehöriger ist ein geringeres Gewicht zuzumessen als dem Interesse

des Erblassers an der Feststellung der Reichweite seiner Testierfreiheit.<sup>36</sup>

Der **BGH bejaht** hingegen das Feststellungsinteresse des Pflichtteilsberechtigten, zu Lebzeiten des Erblassers, zumindest für den Fall, in dem der Erblasser das Entziehungsrecht bereits in einer (notariellen) letztwilligen Verfügung ausgeübt hat.<sup>37</sup> Denn das Fortbestehen des Pflichtteilsrechts hat für den Berechtigten nicht nur nach dem Erbfall Bedeutung. So kann der Berechtigte etwa mit anderen gesetzlichen Erben einen **Vertrag über seinen Pflichtteil** abschließen (§ 311 b Abs. 5 BGB) oder durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein Pflichtteilsrecht – in der Regel gegen eine Abfindung – verzichten (§ 2346 Abs. 2 BGB). Voraussetzung ist diesbezüglich nur, dass die Rechtsposition des Klägers durch eine tatsächliche Unsicherheit gefährdet ist; eine konkrete Verfügungsmöglichkeit seitens des Berechtigten muss dagegen nicht bestehen. Nur durch ein Feststellungsurteil, welches die Unwirksamkeit der Entziehung seines Pflichtteilsrechts zum Gegenstand hat, erwächst dem Berechtigten die konkrete Möglichkeit, die schon vor dem Erbfall bestehenden Verfügungsmöglichkeiten zu nutzen. Hinzukommt, dass sich in einem Verfahren nach dem Tod des Erblassers die **Beweissituation** deutlich schwieriger gestaltet, als zu dessen Lebzeiten. Der Erblasser ist zur Verteidigung seines Standpunktes aufgrund seiner Sachkunde oft besser in der Lage als der Angehörige nach Eintritt des Erbfalls. So besteht für den Angehörigen die Gefahr, dass in einem späteren Prozess für ihn günstige Beweismittel durch Zeitablauf verlorengegangen oder entwertet worden sind. An dieser Gefahr ändert auch die für den Pflichtteilsberechtigten günstige Beweislastverteilung des § 2336 Abs. 3 BGB nichts. Schließlich ist zu bedenken, dass eine Klärung des Umfangs der Pflichtteilsansprüche auch für den Erblasser nützlich ist. Auch im Vorliegenden Fall hat der Vater des P seinem Sohn bereits durch notarielles Testament<sup>38</sup> den Pflichtteil entzogen. Demnach ist schon zu Lebzeiten<sup>39</sup> seines Vaters ein rechtliches Interesse des P an der Feststellung der Unwirksamkeit der Pflichtteilsentziehung zu bejahen.

### C) Ergebnis

Eine Feststellungsklage gem. § 256 Alt. 1 ZPO ist zulässig.

<sup>29</sup> Dieser Aufgabenteil ist angelehnt an die Entscheidung des BGH ZEV 2004, 243 f.; hierzu Hohloch, JuS 2004, 724 ff.; Löhning, JA 2004, 701 ff.; Kummer, ZEV 2004, 274 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo, 39. Aufl. (2018), § 256 ZPO Rn. 5, 8.

<sup>31</sup> Rechtswirkungen eines „potenziellen“ Pflichtteilsrechts zeigen sich insbesondere in den Regelungen der §§ 311b Abs. 5, 1643 Abs. 2, 1822 Nr. 1, 2281 Abs. 1 und § 2346 BGB.

<sup>32</sup> BGH NJW 2010, 2793 (2794); Foerste, in: Musielak/Voit, 15. Aufl. (2018), § 256 Rn. 2.

<sup>33</sup> BGH NJW 2010, 1877 (1878); Reichold, in: Thomas/Putzo, 39. Aufl. (2018), § 256 ZPO Rn. 15 – 17; Foerste, in: Musielak/Voit, 15. Aufl. (2018), § 256 Rn. 8 ff.

<sup>34</sup> Der BGH hat das Vorliegen eines Feststellungsinteresses bisher ausdrücklich offen gelassen. In BGH, Urteil vom 06.12.1989, Az.: IVa ZR 249/88 hatte der BGH – ausnahmsweise – eine solche Klage zugelassen, da die gleichzeitig gegen einen Dritten erhobene Feststellungsklage auf den gleichen tatsächlichen Vorgängen beruhe.

Anerkannt ist dagegen die umgekehrte Situation, dass der Erblasser sein Recht zur Entziehung des Pflichtteils positiv feststellen lassen kann, vgl. RGZ 92, 1, 1; BGH NJW 1974, 1084 (1085); 1990, 911 (912); Olshausen, in: Staudinger (2015), Vorb. zu § 2333 Rn. 21. Der Erblasser braucht im Hinblick auf die Regelung der Erbfolge Klarheit über seine Entziehungsbefugnis. Denn nur so

kann er wissen, welchen Pflichtteilsansprüchen die durch Testament oder Erbvertrag eingesetzten Erben ausgesetzt sein werden. Die Klärung der Reichweite seiner Testierfreiheit verträgt keinen weiteren Aufschub.

<sup>35</sup> Leipolt, JZ 1990, 697, (700).

<sup>36</sup> BGHZ 109, 306 (309); Olshausen, in: Staudinger (2015), Vorb. zu § 2333 Rn. 21.

<sup>37</sup> BGH ZEV 2004, 243 f. dies in der Rechtsprechung erstmals bejahend OLG Saarbrücken NJW 1986, 1182. Ebenso Lange, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2333 Rn. 8a; Reichold, in: Thomas/Putzo, 38. Aufl. (2017), § 256 ZPO Rn. 8. Zweifelnd dagegen Olshausen, in: Staudinger (2015), Vorb. zu § 2333 Rn. 21.

<sup>38</sup> Fraglich ist, ob ein Feststellungsinteresse auch bei bloßer mündlicher oder privatschriftlicher „Androhung“ anzunehmen ist. Dies ist zu verneinen, da noch keine konkrete Gefährdung der Rechtsposition vorliegt und hier das Schutzinteresse des Erblassers überwiegt, Hohloch, JuS 2004, 724 (725 f.); Olshausen, in: Staudinger (2015), Vorb. zu § 2333 Rn. 21.

<sup>39</sup> Das Feststellungsinteresse entfällt aber mit dem Erbfall. Nach dem Erbfall muss die Frage entschieden werden, ob tatsächlich ein Pflichtteilsanspruch besteht; das Entziehungsrecht stellt hierzu lediglich eine Vorfrage dar BGH NJW-RR 1993, 391; Lange, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 2333 Rn. 9; Olshausen, in: Staudinger (2015), Vorbem. zu § 2333 Rn. 21.

**Hinweis**

Der Pflichtteilsanspruch des P beträgt gem. § 2303 Abs. 1 BGB die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, also  $\frac{1}{4}$  der Erbschaft. Hier hat P seinen Vater durch eine unglückliche Fügung angefahren und am Bein verletzt. Hierbei handelt es sich allenfalls um eine fahrlässige Körperverletzung des P. Zur Pflichtteilsentziehung iRd. § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB berechtigen allerdings nur solche Straftaten, die so schwerwiegend sind, dass es dem Erblasser unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, den Pflichtteilsberechtigten an seinem Nachlass zu beteiligen.<sup>40</sup> Ein Tatbestand, der eine Pflichtteilsentziehung gem. § 2333 Nr. 2 BGB rechtfertigen würde liegt somit nicht vor.

**► Inhaltsverzeichnis**

<sup>40</sup> vgl. *Röthel*, in: *Erman*, 15. Aufl. (2017), § 2333 Rn. 11; *Weidlich*, in: *Palandt*, 76. Aufl. (2017), § 2333 BGB Rn. 5

# KLAUSUR – ZIVILRECHT

Prof. Dr. Christian F. Majer\*/Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck\*\*

## „Immer Ärger mit Charlie“ Fortgeschrittenenklausur

### Sachverhalt\*\*\*

M und F sind verheiratet und leben zusammen im gesetzlichen Güterstand. Vor 6 Jahren ist ihnen ein Jagdhund zugelaufen, der von seinem früheren Herrchen ausgesetzt wurde. Den Hund nennen sie Charlie. Charlie wächst vor allem der F sehr ans Herz. Als M in Geldnöten ist, verkauft er den Hund an einen Jäger (J). F bekommt davon nichts mit. Als sie es erfährt, ist sie erbost und möchte es rückgängig machen. Noch bevor sie rechtliche Schritte einleiten kann, reißt der Hund von J aus und kehrt zu M und F zurück. J verlangt nun Herausgabe des Hundes, F weigert sich.

### Zu Recht?

**Abwandlung:** Der Hund wird von einem Gläubiger des M gepfändet. Der vom Gläubiger beauftragte, sachlich und örtlich zuständige Gerichtsvollzieher bringt ein Pfandsiegel an dessen Halsband an.

### Wie kann sich F dagegen wehren?

### Gliederung

#### A) Ausgangsfall

##### I. Ansprüche des J gegen F auf Herausgabe des Hundes

1. Herausgabeanspruch aus § 985 BGB
  - a) Eigentum
  - b) Ergebnis
2. Herausgabeanspruch aus § 861 I BGB
  - a) Besitz
  - b) Verbotene Eigenmacht
  - c) Dolo agit Einwand gem. § 242 BGB
  - d) Ergebnis

##### II. Ergebnis

#### B) Abwandlung

##### I. Vorgehen nach § 766 ZPO

1. Zulässigkeit
  - a) Statthaftigkeit
  - b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit
  - c) Rechtsschutzinteresse
  - d) Erinnerungsbefugnis der F
  - e) Zwischenergebnis
2. Begründetheit
  - a) Verstoß gegen § 809 Alt. 2 ZPO
  - b) Verstoß gegen § 811c I ZPO
  - c) Zwischenergebnis
3. Ergebnis

##### II. Vorgehen nach § 771 ZPO

1. Zulässigkeit
  - a) Statthaftigkeit
  - b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit
  - c) Rechtsschutzinteresse
  - d) Zwischenergebnis
2. Begründetheit
  - a) Eigentum der F
  - b) Zwischenergebnis
3. Ergebnis

##### III. Ergebnis der Abwandlung

\* Der Autor ist Inhaber einer Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

\*\* Die Autorin ist Rechtsreferendarin (Oberlandesgericht Stuttgart, derzeit Landgericht Tübingen).

## Gutachten

### A) Ausgangsfall

#### I. Ansprüche des J gegen F auf Herausgabe des Hundes

##### 1. Herausgabeanspruch aus § 985 BGB

J könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Hundes aus § 985 StGB haben. Die Norm betrifft die Herausgabe von Sachen.<sup>1</sup> Gem. § 90a S. 1 BGB sind Tiere keine Sache im Sinne von § 90 BGB. Nach § 90a S. 3 BGB sind die für Sachen geltenden Vorschriften jedoch grundsätzlich auch auf Tiere anzuwenden. Da eine Ausnahme von der Anwendung nicht ersichtlich ist, kommt § 985 BGB zum Tragen.

##### a) Eigentum

Gem. § 985 BGB müsste J der Eigentümer des Hundes sein.

Der ursprüngliche Eigentümer hat den Hund ausgesetzt. Dadurch könnte dieser gem. § 960 Abs. 3 BGB das Eigentum an dem Tier verloren haben. Danach wird ein gezähmtes Tier herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren. Der Hund kehrte nicht zu seinem ursprünglichen Herrchen zurück. Allerdings ist die Norm nur auf originär wildlebende Tiere anwendbar.<sup>2</sup> Auf zahme Tiere, zu denen die Haustiere gehören, findet nur § 959 BGB Anwendung.<sup>3</sup> Gem. § 959 BGB, der gem. § 90a S. 3 BGB auf Tiere anwendbar ist, wird eine bewegliche Sache herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt. Die Voraussetzungen sind also der tatsächliche Verzichtswille und die Besitzaufgabe.<sup>4</sup> Das Aussetzen eines Tieres verdeutlicht den Willen, auf das Eigentum zu verzichten. Charlie wurde dadurch herrenlos.

M und F könnten das Eigentum an Charlie durch Aneignung gem. § 958 I BGB erworben haben. Diese Norm setzt voraus, dass es sich um eine Sache handelt, an der noch niemand Eigentum hatte oder an der das Eigentum aufgegeben wurde und dass Eigenbesitz an dieser Sache begründet wird.<sup>5</sup> Die Norm findet über § 90a S. 3 BGB auf Tiere Anwendung. Der Hund war herrenlos, als er dem Ehepaar zulief. M und F haben durch die gemeinsame Inbesitznahme gem. § 958 BGB Miteigentum an dem Tier erworben.

Dieses könnten sie jedoch gem. §§ 929 S. 1, 90a S. 3 BGB an J verloren haben. Für eine Eigentumsübertragung nach § 929 S. 1 BGB ist eine Einigung zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem Erwerber und die Übergabe der Sache erforderlich. M war jedoch nur Miteigentümer. Als solcher konnte er das Eigentum nicht alleine auf J übertragen.

In Betracht kommt jedoch ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums durch J gem. §§ 929 S. 1, 932 I 1, 90a S. 3 BGB. Fraglich ist zunächst, ob ein gutgläubiger Erwerb auch bei dem Eigentums-erwerb von einem Miteigentümer möglich ist. Dafür spricht,

dass über § 932 I StGB im Regelfall Eigentum von Personen erworben wird, die nicht Eigentümer sind. Nichts anderes kann aber gelten, wenn ein bloß Mitberechtigter sich als Alleineigentümer ausgibt.<sup>6</sup> Bei gutem Glauben an das Alleineigentum ist der Mitbesitz als Rechtsscheinsgrundlage ausreichend. Der Eigentumserwerb des J scheidet daher nicht daran, dass es sich bei M um den Miteigentümer des Hundes handelte.

Die Verfügung könnte aber nach § 1369 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Danach können Ehegatten, die im Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft leben,<sup>7</sup> über ihnen gehörende Gegenstände des ehelichen Haushalts nur verfügen, wenn der andere Ehegatte einwilligt. Fraglich ist, ob diese Norm auf die Übereignung eines Hundes anwendbar ist. Haushaltsgegenstände sind Sachen, die nach den Vermögens- und Lebensverhältnissen der Eheleute zum gemeinsamen Zusammenleben der Familie bestimmt sind.<sup>8</sup> Es könnte angezweifelt werden, ob es sich bei Haustieren um Haushaltsgegenstände handelt. Allerdings können diese eine Grundlage des familiären Zusammenlebens darstellen. Zudem wird nur bei einer weiten Auslegung die Bindung zwischen den Ehegatten und dem Haustier geschützt. Haustiere sind daher Gegenstände des ehelichen Haushalts.<sup>9</sup> § 1369 Abs. 1 BGB erfasst seinem Wortlaut nach nur die im Alleineigentum stehenden – nämlich „ihm gehörende“ – Gegenstände des verfügenden Ehegatten.<sup>10</sup> Charlie stand jedoch im Miteigentum der Eheleute. Nach dem Schutzzweck der Norm ist § 1369 BGB jedoch auch auf Verfügungen über Gegenstände anzuwenden, die im Miteigentum der Ehegatten stehen.<sup>11</sup> Die Übereignung an J war daher wegen eines Verstoßes gegen § 1369 Abs. 1 BGB unwirksam.

##### b) Ergebnis

Da es sich bei J nicht um den Eigentümer des Hundes handelt, hat er keinen Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB.

##### 2. Herausgabeanspruch aus § 861 Abs. 1 BGB

J könnte einen Herausgabeanspruch aus § 861 Abs. 1 BGB haben. Dieser Anspruch ist auf die Wiedereinräumung des Besitzes – also Herausgabe an den bisherigen Besitzer – gerichtet.<sup>12</sup>

#### Hinweis

Ansprüche aus § 861 f. BGB nennt man possessorische Ansprüche, da sie unmittelbar aus dem Besitz abgeleitet werden und unabhängig von einem Recht zum Besitz bestehen.<sup>13</sup>

##### a) Besitz

J müsste gem. § 861 Abs. 1 BGB der Besitzer des Hundes gewesen sein. Besitz ist die tatsächliche Sachherrschaft einer Person über eine Sache.<sup>14</sup> J war Charlies Besitzer, als dieser zu M und F zurückkehrte.

<sup>1</sup> Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 985 Rn. 54.

<sup>2</sup> Berger, in: Jauernig, 16. Aufl. (2015), § 960 Rn. 1; Schermaier, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.02.2018, § 960 Rn. 17.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Neuner, Sachenrecht, 5. Aufl. (2017), Rn. 357.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> So im Ergebnis auch Berger, in: Jauernig, 16. Aufl. (2015), § 932 Rn. 3.

<sup>7</sup> Koch, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 1369 Rn. 2.

<sup>8</sup> Budzikiewicz, in: Jauernig, 16. Aufl. (2015), § 1369 Rn. 2.

<sup>9</sup> So auch Koch, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 1369 Rn. 6; Siede, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 45. Edition (01.11.2018), § 1369 Rn. 3.

<sup>10</sup> Siede, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 45. Edition (01.11.2018), § 1369 Rn. 6.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Joost, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 861 Rn. 4.

<sup>13</sup> Neuner, Sachenrecht, 5. Aufl. (2017), Rn. 76.

<sup>14</sup> Berger, in: Jauernig, 16. Aufl. (2015), § 854 Rn. 1.

## b) Verbotene Eigenmacht

F müsste gem. § 861 Abs. 1 BGB verbotene Eigenmacht geübt haben. Gem. § 858 Abs. 1 BGB liegt verbotene Eigenmacht vor, wenn dem Besitzer ohne dessen Willen der Besitz entzogen oder dieser im Besitz gestört wird, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet.

Besitzentziehung ist der dauernde und vollständige Ausschluss von der tatsächlichen Sachherrschaft.<sup>15</sup> J hat die tatsächlich Sachherrschaft über den Hund verloren. Dies fand auch gegen dessen Willen statt. Allerdings kehrte Charly aus eigenem Antrieb und ohne Zutun der F zu dem Ehepaar zurück. Es fehlt daher an einer Handlung der F, sodass eine Besitzentziehung im Sinne des § 858 I BGB ausscheidet.

F könnte den J Besitz jedoch gem. §§ 861 Abs. 1, 858 Abs. 1 BGB im Besitz gestört haben. Eine Besitzstörung ist eine sonstige Beeinträchtigung oder Verhinderung der tatsächlichen Sachherrschaft ohne deren Entzug.<sup>16</sup> J konnte die Sachherrschaft über Charlie nicht ausüben und wurde daher in seinem Besitz gestört.

Damit sind die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs grundsätzlich gegeben.

## c) Dolo agit Einwand gem. § 242 BGB

F könnte gem. § 242 BGB einwenden, dass J den Hund bei Wiedereinräumung des Besitzes sofort wieder zurückgeben müsste. Es ist jedoch grundsätzlich kein dolo agit Einwand des Eigentümers möglich, da nach dem Rechtsgedanken des § 863 BGB alle petitorischen Ansprüche ausgeschlossen sein sollen: § 863 BGB drückt die gesetzliche Wertung aus, dass der Besitzschutz unabhängig von sonstigen Berechtigungen erfolgt.<sup>17</sup> Die Norm stellt eine spezielle Regelung dar, die die Anwendung der Generalklausel grundsätzlich ausschließt.<sup>18</sup>

### Hinweis

Eine andere Ansicht ist vertretbar, da es sich bei Charlie nicht um eine Sache handelt. Es geht um den Besitz an einem Tier, zu dem von Seiten der Miteigentümerin F eine besondere Beziehung besteht. Auch der Hund scheint zu dem Ehepaar eine besondere Beziehung zu haben, da er zu diesem zurückkehrte. Der Anspruch nach § 861 BGB ist nicht auf Dauer ausgerichtet und das Hin und Her tut dem Hund nicht gut.

## d) Ergebnis

J hat einen Anspruch auf Herausgabe des Hundes aus § 861 Abs. 1 BGB.

### Hinweis

Gegen den Herausgabeanspruch könnte eine petitorische Widerklage analog § 864 Abs. 2 BGB in Betracht zu ziehen sein. Dafür spricht zwar, dass ein effektiver Rechtsschutz nicht durch § 863 BGB ausgehebelt werden darf.

<sup>15</sup> Ibid. Rn. 2; Joost, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 858 Rn. 4.

<sup>16</sup> Joost, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 858 Rn. 5.

<sup>17</sup> Ibid. Rn. 7.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 30. Edition (15.09.2018), § 766 Rn. 5.

Allerdings würde dies eine Umgehung des § 863 darstellen und ist deshalb abzulehnen.

## II. Ergebnis

J hat einen Anspruch auf Herausgabe des Hundes gem. § 861 BGB.

## B) Abwandlung

### I. Vorgehen nach § 766 ZPO

In Betracht kommt ein Vorgehen der F gegen die Pfändung gem. § 766 Abs. 1 ZPO. Die Vollstreckungserinnerung müsste zulässig und begründet sein.

#### 1. Zulässigkeit

##### a) Statthaftigkeit

Eine Vollstreckungserinnerung gem. § 766 Abs. 1 ZPO ist statthaft, wenn es um die Rüge des Vollstreckungsverhaltens des Gerichtsvollziehers geht. Mit der Vollstreckungserinnerung können formelle Mängel der Zwangsvollstreckung gerügt werden.<sup>19</sup> Die Vollstreckungserinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO ist vorliegend statthaft, da der Gerichtsvollzieher als Organ der Zwangsvollstreckung tätig wurde.<sup>20</sup>

##### b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Ausschließlich sachlich und örtlich zuständig ist gem. §§ 766 Abs. 1, 802 ZPO das Vollstreckungsgericht. Gem. § 764 Abs. 2 ZPO ist dies das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfindet. Für die Entscheidung ist gem. § 20 Abs. 1 Nr. 17 S. 2 RPflG der Richter und nicht der Rechtspfleger zuständig.

##### c) Rechtsschutzinteresse

Das Rechtsschutzinteresse besteht auch bei der Klage nach § 766 Abs. 1 ZPO nur zwischen Beginn und Beendigung der Zwangsvollstreckung.<sup>21</sup> Der Gerichtsvollzieher hat ein Pfandsiegel an Charlies Halsband angebracht. Der Die Zwangsvollstreckung hat daher begonnen, wurde aber noch nicht beendet.

##### d) Erinnerungsbefugnis der F

Die F müsste erinnerungsbefugt sein. Dies ist der Fall, wenn F durch die konkrete Vollstreckungsmaßnahme in ihren Rechten beeinträchtigt wurde. Problematisch ist, dass M und nicht auch F Vollstreckungsschuldner ist. Ein Dritter ist zur Erinnerung befugt, wenn er geltend macht, durch die Art und Weise der Zwangsvollstreckung in seinen Rechten verletzt worden zu sein.<sup>22</sup> Mit der Erinnerung muss die Verletzung einer diesen Dritten schützenden Norm gerügt werden.<sup>23</sup> Vorliegend könnte sich F auf eine Verletzung des drittsschützenden<sup>24</sup> § 809 Alt 2 ZPO berufen, wenn sie geltend macht, in ihrem Gewahrsam betroffen zu sein. Zudem könnte sie sich auf § 811c Abs. 1 ZPO berufen. Diese Norm bezweckt den Tierschutz und darüber hinaus die Rücksichtnahme auf das besondere emotionale Interesse des Besitzers an Haustieren.<sup>25</sup> Daher kann F eine Verletzung dieser Norm mit der Erinnerung rügen.

<sup>20</sup> Vgl. Ibid. Rn. 3.

<sup>21</sup> Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 766 Rn. 48.

<sup>22</sup> Ibid. Rn. 30.

<sup>23</sup> Ibid.; Zetzsche/Nast, JA 2016, 582 (583).

<sup>24</sup> Vgl. Ibid.

<sup>25</sup> Gruber, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 811c Rn. 1.

### e) Zwischenergebnis

Die Erinnerung der F wäre zulässig.

### 2. Begründetheit

Die Vollstreckungserinnerung ist begründet, wenn der Gerichtsvollzieher tatsächlich gegen eine Verfahrensvorschrift verstoßen hat.

#### a) Verstoß gegen § 809 Alt. 2 ZPO

Die Pfändung von Sachen im Gewahrsam eines Dritten ist gem. § 809 Alt. 2 ZPO nur mit dessen Einwilligung zulässig.<sup>26</sup> Ein Verstoß gegen § 809 Alt. 2 ZPO käme daher nur in Betracht, wenn F Gewahrsam an dem Hund gehabt hätte. Gewahrsam ist der äußerlich erkennbare Zustand tatsächlicher Sachherrschaft.<sup>27</sup> Er entspricht dem unmittelbaren Besitz im Sinne der §§ 854 ff. BGB.<sup>28</sup> M und F übten die tatsächliche Sachherrschaft über den Hund gemeinsam aus. Damit bestand Mitgewahrsam an dem Hund. Neben dem Alleingewahrsam ist auch der bloße Mitgewahrsam unter § 809 ZPO zu fassen, da auch dieser einer Pfändung nach § 808 ZPO entgegensteht.<sup>29</sup>

Allerdings handelt es sich bei M und F um Ehegatten. Die Anwendbarkeit des § 809 Alt. 2 ZPO könnte daher an § 739 Abs. 1 ZPO scheitern. Danach gilt für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer, wenn zugunsten der Gläubiger eines Ehegatten gem. § 1362 BGB vermutet wird, dass der Schuldner der Eigentümer der beweglichen Sachen ist.

#### Hinweis

Regelmäßig werden im räumlichen Familienverband befindliche Sachen im Mitgewahrsam beider Ehegatten stehen und die Besitz- und Gewahrsamsverhältnisse werden ebenso schwer zu durchschauen sein wie die Eigentumsverhältnisse zwischen Ehegatten.<sup>30</sup> Deshalb bestimmt § 739 Abs. 1 ZPO, dass der verheiratete Vollstreckungsschuldner zugunsten seiner Gläubiger ausschließlich als Gewahrsamsinhaber und Besitzer der Sache gilt, auf die sich die Vermutung des § 1362 BGB, § 8 Abs. 1 LPartG erstreckt.<sup>31</sup>

Die Vermutung des § 739 ZPO gilt für die Vollstreckung in bewegliche Sachen<sup>32</sup> und kommt daher im vorliegenden Fall zur Anwendung. Ein Verstoß gegen § 809 Alt. 2 ZPO ist daher nicht gegeben.

#### b) Verstoß gegen § 811c I ZPO

Es könnte jedoch ein Verstoß gegen § 811c Abs. 1 ZPO vorliegen. Danach sind Tiere, die vom Schuldner im häuslichen Bereich

und nicht zu Erwerbszwecken gehalten werden, nicht der Pfändung unterworfen. Gehalten wird das Tier von demjenigen, der das Tier zu eigenen Zwecken in seine Lebenssphäre aufgenommen hat und die Entscheidungsgewalt über das Tier ausübt.<sup>33</sup> Der zugelaufene Hund wurde von M und F aufgenommen und wird seitdem von ihnen gehalten. Nach § 811c Abs. 1 ZPO muss das Tier im häuslichen Bereich gehalten werden. Bei einem Hund ist davon auszugehen, dass er im häuslichen Bereich gehalten wird. Charlie diente dem Ehepaar auch nicht als Einnahmequelle und wurde daher von diesem nicht zu Erwerbszwecken gehalten.<sup>34</sup>

Die Pfändung des Hundes verstößt daher gegen § 811c Abs. 1 ZPO.

### c) Zwischenergebnis

Die Vollstreckungserinnerung ist begründet, da der Gerichtsvollzieher gegen die Verfahrensvorschrift des § 811c Abs. 1 ZPO verstoßen hat.

### 3. Ergebnis

Eine Vollstreckungserinnerung der F gem. § 766 Abs. 1 ZPO wäre zulässig und begründet.

## II. Vorgehen nach § 771 ZPO

F könnte möglicherweise auch mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO gegen die Pfändung des Hundes vorgehen. Dabei handelt es sich um eine prozessuale Gestaltungs- und Veräußerungsklage<sup>35</sup> mit dem Ziel, die Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand für unzulässig zu erklären.<sup>36</sup> Die Klage müsste zulässig und begründet sein.

### 1. Zulässigkeit

#### a) Statthaftigkeit

Die Drittwiderspruchsklage ist bei allen Arten der Zwangsvollstreckung in Vermögensgegenstände statthaft,<sup>37</sup> durch die ein Dritter in seinem Vermögen betroffen sein kann. Klagegrund der Drittwiderspruchsklage ist gem. § 771 Abs. 1 ZPO das die Veräußerung hindernde Recht.<sup>38</sup> Das bedeutet, dass F ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend machen müsste.

#### Hinweis

Dieser Begriff ist irreführend: Selbst das Eigentum als stärkstes dingliches Recht verhindert nicht immer eine wirksame Veräußerung, wie die §§ 932 ff. BGB zeigen.<sup>39</sup>

Ein die Veräußerung hinderndes Recht ist gegeben, wenn der Schuldner selbst, würde er den Vollstreckungsgegenstand veräußern, widerrechtlich in den Rechtskreis des Dritten eingreifen würde und der Dritte ihn deshalb an der Veräußerung hindern könnte.<sup>40</sup> Mit der Behauptung, dass die Vollstreckung in ihre

<sup>26</sup> Zetzsche/Nast, JA 2016, 582 (583).

<sup>27</sup> Gruber, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 809 Rn. 3, § 808 Rn. 6.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid., § 809 Rn. 6.

<sup>30</sup> Heßler, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 739 Rn. 1.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid., Rn. 4.

<sup>33</sup> Gruber, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 811c Rn. 2.

<sup>34</sup> Vgl. zu dieser Voraussetzung: Ibid., Rn. 5.

<sup>35</sup> Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 30. Edition (15.09.2018), § 771 Rn. 1.

<sup>36</sup> Ibid.; dies differenzierend betrachtend: Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 771 Rn. 3 („materielle Gestaltungs- und zugleich Bestandteil eines spezifisch vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzsystems“).

<sup>37</sup> Ibid., Rn. 4.

<sup>38</sup> Dazu auch: Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 30. Edition (15.09.2018), § 771 Rn. 5.

<sup>39</sup> Kritisch auch Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 771 Rn. 16.

<sup>40</sup> BGH NJW 1971, 799 (800); Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 30. Edition (15.09.2018), § 771 Rn. 5; Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 771 Rn. 16.

Rechte – speziell das Eigentum – eingreifen würde, ist die Drittwiderspruchsklage der F statthaft.

### b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 VVG. Entscheidend ist dafür der Wert der Vollstreckungsforderung. Der Wert des gepfändeten Gegenstandes ist gem. § 6 ZPO nur dann maßgeblich, wenn er unter der Vollstreckungsforderung liegt.

Ausschließlich örtlich zuständig ist gem. §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung stattfindet.

#### Hinweis

Die sachliche Zuständigkeit ist – anders als die örtliche – keine ausschließliche. Dies ergibt sich aus § 802 ZPO, der nur „in diesem Buche angeordnete“ Gerichtsstände als ausschließlich benennt. Die sachliche Zuständigkeit wird von § 771 ZPO nicht bestimmt.

### c) Rechtsschutzinteresse

Das Rechtsschutzinteresse ist gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung begonnen hat, aber noch nicht beendet wurde.<sup>41</sup> Die Ausführungen zum Rechtsschutzinteresse im Rahmen des § 766 ZPO gelten entsprechend, sodass ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen ist.

### d) Zwischenergebnis

Die Drittwiderspruchsklage der F gem. § 771 ZPO wäre zulässig.

## 2. Begründetheit

Die Klage wäre begründet, wenn der F tatsächlich ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 Abs. 1 ZPO zustehe.

### a) Eigentum der F

Das Eigentum eines Dritten gehört in der Regel nicht zum haftenden Schuldnervermögen.<sup>42</sup> Dritteigentum ist also ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 711 Abs. 1 ZPO.<sup>43</sup> Dies gilt auch für das Miteigentum an einer Sache.<sup>44</sup> Wäre die F Eigentümer des Hundes, würde sich aus dieser Position ein die Veräußerung hinderndes Recht ergeben. Wie im Ausgangsfall festgestellt, haben M und F an dem herrenlosen Hund gem. § 958 Abs. 1 BGB Miteigentum erworben. Aufgrund ihres Miteigentums steht der F daher ein die Veräußerung hinderndes Recht zu.

### b) Zwischenergebnis

Die Klage ist begründet, da der F tatsächlich ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 Abs. 1 ZPO zusteht.

## 3. Ergebnis

Die F kann auch mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO gegen die Pfändung des Hundes vorgehen.

## III. Ergebnis der Abwandlung

Sowohl eine Vollstreckungserinnerung gem. § 766 Abs. 1 ZPO, als auch eine Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO hätten Aussicht auf Erfolg.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



<sup>41</sup> Heiderhoff/Skamel, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 538; Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 771 Rn. 58.

<sup>42</sup> Preuß, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 30. Edition (15.09.2018), § 771 Rn. 8.

<sup>43</sup> Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 771 Rn. 17.

<sup>44</sup> Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl. (2018), § 711 Rn. 15.



## KLAUSUR – STRAFRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

### „Behörde auf Abwegen“

#### Fortgeschrittenenklausur

#### Sachverhalt

Anton Altmann (A) lebt in Frankfurt am Main und ist nach wie vor stocksauer auf die dortigen kommunalen Behörden.

Am 01.08.2018 hatte er bei der Ordnungsbehörde<sup>1</sup> der Stadt Frankfurt am Main gemäß § 6 der Frankfurter Vergnügungsmarktverordnung (VergMVO) die Zulassung seines Fahrgeschäfts (Kinderkarussell) zum Frankfurter Weihnachtsmarkt auf dem öffentlichen Platz vor dem Frankfurter Rathaus (sog. Römerberg) im Zeitraum 26.11.2018 – 22.12.2018 beantragt. Bislang hatte A sein Karussell zur Weihnachtszeit immer auf dem Luisenplatz in Darmstadt aufgebaut. Dort gibt es dieses Jahr zur Adventszeit aber Sanierungsmaßnahmen, für die der betonierete Boden des Platzes aufgerissen werden muss. An der deutlich weniger zentralen Ausweichstelle für den Darmstädter Weihnachtsmarkt befürchtet A deutlich geringere Einnahmen, so dass er an seine Wohnsitzstadt Frankfurt am Main ausweichen will.

Dem Zulassungsantrag hatte A sämtliche üblichen Unterlagen als Anlagen beigelegt, welche er stets auch seinem jährlichen Antrag in Darmstadt beigelegt hatte (insbesondere Nachweise im Zusammenhang mit technischer Sicherheit, Brandschutz und Vorhandensein geeigneten Bedienungspersonals). Die Antragstellung erfolgte in der Weise, dass A den Umschlag mit sämtlichen Unterlagen am 31.07.2018 einfach frankiert in einen gelben Postkasten der Deutschen Post AG einwarf und dann mit Zugang beim Ordnungsamt der Stadt Frankfurt am Main am nächsten Tag rechnete.

Am 02.10.2018 erhielt A Post von der Stadt Frankfurt am Main – Ordnungsamt. Dort hieß es mit korrekter Rechtsmittelbelehrung, dass sein am 01.08.2018 zugegangener Zulassungsantrag abgelehnt werde. Schließlich verstoße der Karussellbetrieb iSd. § 6 Nr. 2 VergMVO gegen Gesetze (insbesondere nicht nachgewiesene technische Sicherheit), so dass die konkrete Betätigung nicht zulassungsfähig sei.

Gegen diesen Ablehnungsbescheid erhob A am 07.10.2018 Widerspruch beim Magistrat der Stadt Frankfurt am Main. Der Widerspruch wurde allerdings am 25.10.2018 als unbegründet zurückgewiesen. So seien die von A behaupteten Nachweise, die er seinem Antrag beigelegt habe, nicht in der Akte befindlich. Zudem gehe der Antrag mittlerweile ohnehin ins Leere, denn zwischenzeitlich seien sämtliche Plätze auf dem Weihnachtsmarkt vergeben, allesamt an Gewerbetreibende, die aus Sicht der Stadt

Frankfurt am Main „bekannt und bewährt“ seien. Ferner gebe es nicht nur eine allgemeine Erschöpfung der räumlichen Kapazität. Vielmehr müsse herausgestrichen werden, dass bereits zwei andere Betreiber von Kinderkarussells einen positiven Zulassungsbescheid für den Frankfurter Weihnachtsmarkt 2018 erhalten hätten. Für ein drittes Fahrgeschäft gleicher Art bestehe weder ein Bedarf noch ein wirtschaftlicher Sinn. Mit den beiden anderen Karussellbetreibern Bertram Bauer (B) und Charlotte Caspar (C) arbeite man jedenfalls schon seit Jahren erfolgreich zusammen, noch nie habe es Probleme mit diesen gegeben.

A liegen als eingefleischtem „Frankfurter Bub“ mit zahlreichen Verbindungen gerade in der Schaustellerszene jedoch Erkenntnisse dahingehend vor, dass C seit 2017 die neue Lebensgefährtin des hiesigen Ordnungsamtsleiters, Magistratsdirektor Daniel Dingeldein (D), ist. Dies weckt den Verdacht, dass D seine bessere Hälfte auf die im Ordnungsamt sicherlich vorhandene Liste der „bekannt und bewährten“ Schausteller gesetzt hat, obwohl die C mitsamt ihrem Fahrgeschäft offenbar noch nie auf dem Frankfurter Weihnachtsmarkt zugelassen war. Zudem vermutet A, dass D oder nachgeordnete Verwaltungsmitarbeiter die Begleitunterlagen seines Antrags verschwinden ließen, um eine zusätzliche Rechtfertigung für einen Ablehnungsbescheid zu haben. Der Ablehnungsbescheid vom 02.10.2018 gegenüber A ist jedenfalls von einem Tarifbeschäftigten Emanuel Ehrlich (E) unterzeichnet, offenbar dem zuständigen Sachbearbeiter.

Den Widerspruch hat ausweislich der Unterschriftenzeile ein gewisser Verwaltungsrat Dr. Friedrich Fuchs (F) aus dem Rechtsamt der Stadt Frankfurt am Main unterzeichnet.

A geht daraufhin zu einem Rechtsanwalt. Die Abfassung des Widerspruchs hatte er sich noch selbst zugetraut, die aus seiner Sicht dringend nötige Klage vor dem Verwaltungsgericht (VG), wohin eine korrekte Rechtsmittelbelehrung im Widerspruchsbescheid gewiesen hatte, soll nun professionell geführt werden. Der daraufhin eingeschaltete Rechtsanwalt Rudi Ratlos (R) riet A aufgrund Zeitnot neben einer Klage im Hauptsacheverfahren zu einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO (sog. Eilantrag). Der Eilantrag wurde am 01.11.2018 beim VG Frankfurt am Main eingelegt und am 04.11.2018 begründet.

Das VG beeilte sich tatsächlich und forderte die Stadt Frankfurt am Main bereits am 05.11.2018 zur Antragsrüge binnen Wochenfrist und sodann A zu einer Replik auf. In der Folge wurden zwischen den Parteien mehrere Schriftsätze gewechselt. F

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> In Frankfurt am Main ist die Rechtslage laut der örtlichen, im Internet unter [www.frankfurt.de](http://www.frankfurt.de) recherchierbaren Vergnügungsmarktverordnung in

Wahrheit noch komplizierter, da dort die örtliche Tourismus + Congress GmbH, eine 100%-Tochter der Stadt Frankfurt am Main, die Zulassungen als Beliehene vergibt. Vorliegend wird aus Vereinfachungsgründen von einer Zuständigkeit des Ordnungsamts ausgegangen, was auch in den allermeisten Kommunen die Regel ist.

trug hierin namens der Stadt vor, der Umschlag mit A's Antrag sei in der Poststelle des Ordnungsamts geöffnet worden und dann nach Zuleitung an D von diesem an E zur Weiterbearbeitung verfügt worden. Die von A bezeichneten Begleitdokumente seien im Umschlag nicht enthalten gewesen. Im Übrigen verwehre man sich gegen die Unterstellung der Einflussnahme von D zugunsten von C auf das Entscheidende. Tatsächlich gebe es bei der Stadt Frankfurt am Main keine Liste von Schaustellern, die „bekannt und bewährt“ seien, diese Aussage beruhe vielmehr auf Erfahrungswissen der handelnden Amtsträger und sei korrekt.

A ließ sich von R dahingehend beraten, dass Beweisanträge auf Zeugenvernehmung (aus Sicht von A wären Zeugenaussagen der Mitarbeiter der Poststelle des Ordnungsamts sowie von C, D, E und F hilfreich) nicht weiterführen, da im Eilverfahren nur präsente Beweismittel iSd. § 123 Abs. 3 VwGO iVm. § 920 Abs. 2 ZPO statthaft sind, wozu Zeugenaussagen jedenfalls nicht zählen. Daher könne man nur Anfangsindizien schildern und die vorhandenen Unterlagen in das Eilverfahren einführen. Im Übrigen sei man auf die Erfüllung der Mitwirkungspflichten der Antragsgegnerin iSd. § 86 Abs. 1 Satz 1 HS 2 VwGO angewiesen. So habe man ja auch die mit Sicherheit vorhandene Liste „bekannt und bewährt“ herausverlangt, jenseits dessen könne man nichts machen.

Am 20.11.2018 erging die Entscheidung des VG per Beschluss. Der Eilantrag des A wurde abgelehnt. A habe den Anordnungsanspruch schließlich nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Der Vortrag der Antragsgegnerin sei insgesamt auch plausibel gewesen, daher habe das VG auch keine weiteren Aufklärungsmaßnahmen im Rahmen der bestehenden Amtsermittlungspflicht des Gerichts iSd. § 86 Abs. 1 Satz 1 HS 1 VwGO veranlassen müssen.

A erhob nun auf Anraten von R durch diesen noch am selben Tag Beschwerde gegen den Beschluss des VG vor dem VGH Kassel. Im Beschwerdeverfahren ließ sich die geschäftsplanmäßige Urlaubsvertretung von F nun dahingehend ein, dass C seiner Kenntnis nach nicht auf der von ihm eingesehenen Liste „bekannt und bewährt“ stehe. In der Folge gewann A gerade noch rechtzeitig das Beschwerdeverfahren, auch weil er die in Rede stehenden Begleitunterlagen zwischenzeitlich nochmals in Kopie eingereicht hatte, und erhielt nun unmittelbar durch die gerichtliche Entscheidung die begehrte Zulassung, weil das Ermessen insoweit auf null reduziert war.

Da es keine mündliche Verhandlung iSd. § 183 GVG gegeben hatte, innerhalb derer eine Straftat begangen werden konnte, machte der VGH Kassel von seinem im Übrigen bestehenden Anzeigermessen keinen Gebrauch. Jedoch stellte R namens A nun Strafanzeige gegen „die strafrechtlich verantwortlichen Amtsträger der Stadt Frankfurt am Main wegen Prozessbetrugs vor dem VG und sämtlicher anderer in diesem Zusammenhang in Frage kommenden Straftaten“.

Die daraufhin eingeleiteten Ermittlungen der Staatsanwaltschaft ergeben, dass die Begleitdokumente zum Antrag von A in der Poststelle des Ordnungsamts noch vorhanden waren, sich sodann aber nicht mehr in der angelegten Akte befanden, als E

die Bearbeitung startete. Die Liste „bekannt und bewährt“ existiert den Ermittlungen nach, C steht nicht auf dieser Liste. Vielmehr war C noch niemals auf dem Frankfurter Weihnachtsmarkt vertreten. F hatte keine Kenntnis von der Nichtexistenz der Liste, sondern trug im Eilverfahren seiner Aussage und den polizeilich sichergestellten Daten nach nur dasjenige vor, was ihm D per Mail hierzu aus dem Ordnungsamt berichtete. Das Ordnungsamt und das Rechtsamt der Stadt Frankfurt am Main sind institutionell und räumlich strikt voneinander getrennt. Der Vorgesetzte von F hatte in seiner Eigenschaft als Leiter des Rechtsamts keinerlei Kenntnisse von dem Vorgang, denn er war zum fraglichen Zeitpunkt in Kur und wurde von F vertreten. F hatte die Vorgänge um das Verfahren vor dem VG im Übrigen seiner Ehefrau erzählt. C erklärt, dass sie tatsächlich seit 2017 mit D liiert ist. D schweigt zu alledem.

**Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von D und F nach dem StGB.**

## Gliederung

### A) Strafbarkeit von D

#### I. Strafbarkeit des D aus § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand

##### 2. Rechtswidrigkeit

##### 3. Schuld

##### 4. Zwischenergebnis

#### II. Strafbarkeit des D aus § 263 Abs. 1 StGB

##### 1. Tatbestand

##### 2. Zwischenergebnis

#### III. Strafbarkeit des D aus §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

##### 1. Tatbestand der mittelbaren Täterschaft

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand

##### 2. Tatbestandverschiebung, § 28 Abs. 2 StGB

##### 3. Rechtswidrigkeit

##### 4. Schuld

##### 5. Zwischenergebnis

#### IV. Zwischenergebnis

### B) Strafbarkeit von F

#### I. Strafbarkeit des F aus § 263 Abs. 1 StGB

#### II. Strafbarkeit des F aus § 153 Abs. 1 StGB

#### III. Strafbarkeit des F aus § 353d Nr. 1 StGB

#### IV. Strafbarkeit des F aus § 353b Abs. 1 StGB

#### V. Zwischenergebnis

### C) Gesamtergebnis

## Gutachten

### Hinweis

Typischerweise gehen Gerichte im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung davon aus, dass sich Behörden stets rechtstreu verhalten. Doch wie sieht es eigentlich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus, wenn eine Behörde dem Gericht gegenüber dennoch einen unwahren Tatvorsachenvortrag führt und daraufhin eine dem Bürger gegenüber nachteilige gerichtliche Entscheidung ergeht? Klar ist, dass nur natürliche Personen strafrechtlich verantwortlich sein können. Der keineswegs ausgeschlossene Prozessbetrug einer Behörde wirft folglich interessante Fragen der Zurechnung der erfolgten Täuschungshandlung innerhalb der Behörde auf, die genauso gut aber auch bei juristischen Personen wie Unternehmen diskutiert werden könnten. Diesen Fragestellungen will sich dieser fiktive Fall mit realem Vorbild in einem anderen materiellen Rechtsgebiet widmen.

### A) Strafbarkeit von D

#### I. Strafbarkeit des D aus § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB

D könnte sich dadurch, dass er die Begleitunterlagen zum Antrag des A hat verschwinden lassen, wegen Urkundenunterdrückung iSd. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### Hinweis

Prozessual gilt es zu berücksichtigen, dass es hier in der Praxis wohl auf eine Indizienbewertung ankommen würde. Schließlich ist der relevante Sachverhalt weder zugestanden noch lässt er sich im Kern ausermitteln. Gerade auch hinsichtlich der Frage, wo die Begleitunterlagen zum Antrag des A abgeblieben sind, schweigt D schließlich und macht damit zulässigerweise von seinem Schweigerecht iSd. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO Gebrauch. Was die Verurteilung auf Basis von Indizien anbelangt, kommt es sodann auf die Überzeugung des Gerichts iSd. § 261 StPO an. Vorliegend stimmt jedenfalls bedenklich, dass die Begleitunterlagen zum Antrag des A erwiesenermaßen in der Poststelle des Ordnungsamts angekommen sind, in der Akte bei E aber nicht mehr vorhanden waren. Dazwischen war die Akte einzig bei D, der iSd. typisch strafrechtlichen Frage nach dem Tatmotiv des „*cui bono*“ (wem nutzt es?) als Einziger ein Interesse am Verschwinden der Begleitunterlagen hatte.

#### 1. Tatbestand

B müsste zunächst iSd. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB tatbestandsmäßig gehandelt haben.

##### a) Objektiver Tatbestand

Sodann müsste D den gesamten objektiven Tatbestand verwirklicht haben. D müsste also eine echte Urkunde, die ihm nicht

ausschließlich gehörte, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt haben.

Fraglich ist zunächst, ob auch die Begleitunterlagen zum Antrag von A als echte Urkunde(n) anzusehen sind. Für den Begriff der echten Urkunde verweist der Tatbestand der Urkundenunterdrückung iSd. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB an dieser Stelle schon dem Wortlaut nach auf den Tatbestand der Urkundenfälschung iSd. § 267 Abs. 1 StGB, wo es in der zweiten Tatbegehungsvariante um das Verfälschen einer echten Urkunde geht.

Eine Urkunde ist insoweit eine verkörperte Gedankenerklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist, einen Aussteller erkennen lässt und die zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache geeignet und bestimmt ist.<sup>2</sup> Echt ist eine Urkunde dann, wenn sie von demjenigen herrührt, der in ihr als Aussteller erkennbar ist.<sup>3</sup> Daran gemessen lassen die Begleitunterlagen zum Antrag des A ihren jeweiligen Aussteller (zB. den TÜV) erkennen und sind dafür bestimmt und geeignet gewesen, einen rechtlichen Gehalt zu belegen, nämlich die Möglichkeit eines ordnungsgemäßen und insbesondere dem geltenden Recht entsprechenden Betriebs des Fahrgeschäfts von A. Das Merkmal der echten Urkunde ist damit erfüllt.

### Hinweis

Diskutiert werden könnte ferner, ob der Antrag mit den Begleitdokumenten zudem eine Gesamturkunde darstellt, so dass gerade in der Zusammenfassung der Einzelurkunden ein erweiterter Erklärungswert liegt.

Weiterhin dürfte die in Rede stehende Urkunde dem Täter nicht oder zumindest nicht ausschließlich gehören. Dies ist dann der Fall, wenn keine Befugnis besteht, diese Urkunde zur Beweisführung zu benutzen.<sup>4</sup> Vorliegend standen dem D keinerlei Rechte an den Begleitunterlagen zum Antrag des A zu. Damit ist auch dieses Merkmal zu bejahen.

Als Tathandlung des § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB existieren die Varianten vernichten, beschädigen oder unterdrücken. Da vorliegend im Detail nicht bekannt ist, was mit den Begleitunterlagen genau passiert ist, scheiden die Varianten vernichten und beschädigen von vornherein aus. Einzig in Betracht kommt daher, dass D die Begleitunterlagen zum Antrag des A unterdrückt hat. Unterdrückt wird eine Urkunde dann, wenn in welcher Form auch immer eine Verhinderung einer einzelnen Beweisführung des Berechtigten mit der Urkunde erfolgt.<sup>5</sup> Vorliegend zeigt der ablehnende Ausgangsbescheid gegenüber A ja gerade auf, dass dieser als Berechtigter in seiner Beweisführung beeinträchtigt wurde. Daher ist die Tathandlung des Unterdrückens erkennbar einschlägig.

Insgesamt ist der objektive Tatbestand des § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB damit erfüllt.

<sup>2</sup> Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 267 Rn. 2; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 267 Rn. 2.

<sup>3</sup> Brehmeier-Metz, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 2. Aufl. (2015), § 267 Rn. 16; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 267 Rn. 21.

<sup>4</sup> Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 274 Rn. 1; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 274 Rn. 4.

<sup>5</sup> Schuster, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 274 Rn. 9 f.; Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 274 Rn. 10.

## b) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht müsste D Vorsatz sowie die Absicht der Nachteilszufügung besessen haben.

Der insoweit ausreichende bedingte Vorsatz muss dabei namentlich die Beeinträchtigung des Gebrauchs einer Urkunde als Beweismittel umfassen.<sup>6</sup> Vorliegend kam es dem D offensichtlich iS. direkten Vorsatzes genau darauf an, dass A in seiner Beweisführung beeinträchtigt wird. Daher ist der Vorsatz zu bejahen.

Die weiterhin erforderliche Nachteilszufügungsabsicht erfordert darüber hinaus eine gezielte Verhinderung der aktuellen Beweissituation.<sup>7</sup> Die Rspr. verlangt dafür das Bewusstsein des Täters, dass der Nachteil die notwendige Konsequenz seines Handelns darstellt.<sup>8</sup> Eine vermögensrechtliche Komponente muss dem allerdings nicht innewohnen.<sup>9</sup> An einer dergestalt vorhandenen Nachteilszufügungsabsicht ist bei D im Ergebnis nicht zu zweifeln.

Der subjektive Tatbestand liegt damit insgesamt vor.

### 2. Rechtswidrigkeit

Ferner müsste D rechtswidrig gehandelt haben. Da keinerlei Rechtfertigungsgründe erkennbar sind, war das Handeln des D auch rechtswidrig.

### 3. Schuld

Schließlich müsste D auch schuldhaft gehandelt haben. Es sind vorliegend keinerlei Entschuldigungsgründe ersichtlich. Damit war das Handeln des D auch schuldhaft.

### 4. Zwischenergebnis

D hat sich somit insgesamt wegen Urkundenunterdrückung iSd. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

#### Hinweis

Dass die Urkundenunterdrückung vorliegend gerade durch einen Amtsträger iSd. § 11 Abs. 1 Nr. 2a) StGB begangen wurde, ist dabei entgegen einem ersten Bauchgefühl tatsächlich aber bedeutungslos. Schließlich gibt es im dreißigsten Abschnitt des StGB (§§ 311 ff. StGB – Straftaten im Amt) keinen Qualifizierungstatbestand zu § 274 StGB, welcher dann für einen Amtsträger über den allgemeinen Straftatbestand hinaus strafscharfende Wirkung entfalten könnte, wie es etwa im Zusammenhang mit der Falschbeurkundung der Fall ist (§ 271 StGB – mittelbare Falschbeurkundung; bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe; § 348 StGB – Falschbeurkundung im Amt: bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe).

## II. Strafbarkeit des D aus § 263 Abs. 1 StGB

Womöglich hat sich D zudem wegen Betrug iSd. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, da er im Ergebnis erwirkt hat, dass durch

Falschangaben der Behörde als Antragsgegnerin im Eilverfahren zunächst zulasten des A eine ablehnende Entscheidung des VG erging (Fall des sog. Prozessbetrugs).

#### Hinweis

Das durch Täuschung der Richter zustande kommende Erschleichen einer für sich positiven und für den Gegner negativen Gerichtsentscheidung ist eher aus dem Zivilprozess bekannt, kann aber letztlich vor jeder Gerichtsbarkeit in Frage kommen. Auffällig ist, dass kein einziges Urteil recherchierbar ist, in dem je eine strafrechtliche Verurteilung eines Amtsträgers für einen Prozessbetrug auf Seiten einer Behörde ausgesprochen wurde. In der Rechtspraxis gibt es dafür wohl gleich mehrere Gründe. Zum einen eine gewisse, kaum ernsthaft zu leugnende Existenz einer Art „Staatsgetragenheit“ auf Seiten der Justiz, welche oft allzu schnell zur Einstellung der Ermittlungen gegen Behördenmitarbeiter führt, so diese überhaupt aufgenommen werden. Zum anderen ist dies wohl auch der Komplexität der Verwaltungsvorgänge geschuldet, wo sich der im Kern Verantwortliche für eine bestimmte Behauptung der Behörde im Verwaltungsprozess oftmals nur schwer ermitteln lässt. Selbst wenn, lässt sich der subjektive Tatbestand aus den Indizien heraus kaum mit Gewissheit ableiten oder es werden Missverständnisse bei der Übermittlung oder Irrtümer wie Tatbestands- oder Verbotsirrtum angeführt.

### 1. Tatbestand

D müsste erneut zunächst tatbestandlich gehandelt haben.

Dann müsste D auch den objektiven Tatbestand des Betrugs verwirklicht haben. Dies setzt voraus, dass D über Tatsachen getäuscht und hierdurch einen Irrtum erregt hat, woraufhin durch den Getäuschten eine zu einem Vermögensschaden bei A führende Vermögensverfügung getroffen wurde.

D müsste dabei zunächst über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse oder Zustände, die dem Beweis zugänglich sind.<sup>10</sup> Getäuscht werden kann durch jede Handlung, die einen Erklärungswert hinsichtlich Tatsachen aufweist und letztlich beim Gegenüber einen Irrtum erregt.<sup>11</sup>

Was den Prozessbetrug anbelangt, so sind unwahre Parteibeauptungen in einem kontradiktorischen Verfahren geradezu der Paradefall einer Täuschung über Tatsachen.<sup>12</sup> Dabei kommt die Besonderheit des Verwaltungsprozesses, wonach die Verwaltungsgerichte der Amtsaufklärung iSd. § 86 Abs. 1 Satz 1 HS 1 VwGO unterliegen, regelmäßig nicht zum Tragen. Wurde nämlich wie vorliegend von Anfang an derart stringent die Unwahrheit vorgetragen, dass darauf basierend gar kein Ansatzpunkt für

<sup>6</sup> Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 274 Rn. 3; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 274 Rn. 10.

<sup>7</sup> Brehmeier-Metz, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 2. Aufl. (2014), § 267 Rn. 23; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 274 Rn. 9.

<sup>8</sup> BGH NJW 1953, 1924; BGH NStZ 2010, 332 (333); OLG Frankfurt am Main NJW 2007, 1221 (1222).

<sup>9</sup> Freund, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 274 Rn. 52; Preuß, JA 2013, 433 (439).

<sup>10</sup> Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 263 Rn. 6; Kindhäuser, LPK-StGB, 7. Aufl. (2018), § 263 Rn. 7.

<sup>11</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 67 ff.; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 263 Rn. 14.

<sup>12</sup> Vgl. Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 263 Rn. 35; Seier, ZStW 102 (1990), 563 ff.

Ermittlungsmaßnahmen des jeweiligen Gerichts bestand, so bewirkt die Amtsaufklärungspflicht keinerlei Abweichungen etwa zum Verfahren des Zivilprozesses. Verwaltungsgerichte dürfen schließlich keine Ermittlungen in das Blaue hinein vornehmen, sondern es müssen hierfür entsprechende Anfangserkenntnisse für einen aufklärungsbedürftigen Sachverhalt vorliegen. Vorliegend hat D erklärt, es gebe keine Liste „bekannt und bewährt“, dem bloßen Erfahrungswissen der Mitarbeiter des Ordnungsamts nach sei die C mit ihrem Fahrgeschäft aber eine bekannte und bewährte Person. Diese Aussage, die namens der Stadt Frankfurt am Main als Sachvortrag in das Eilverfahren eingeführt wurde, war aber objektiv unwahr, so dass eine Täuschung über Tatsachen vorliegt.

Allerdings stellt sich vorliegend das Problem, dass gerade der D eine Erklärung diesen Inhalts eben nicht als Sachvortrag in das Eilverfahren eingeführt hat, dies war vielmehr der F. Das zunächst D dem F unwahre Tatsachen zur Einführung in das Eilverfahren geschildert hat, reicht als taugliche Täuschungshandlung selbst noch nicht aus, sondern ist im Verhältnis zu F eine schlichte straflose Lüge. Da es für den Prozessbetrug entscheidend darauf ankommt, dass der „beschwindelte Richter“ mit seiner Entscheidung eine Vermögensverfügung zulasten des Prozessgegners trifft, ist der Prozessbetrug ein klassischer Fall des „Dreieckbetrugs“.<sup>13</sup> Beim Dreieckbetrug sind diejenigen Personen, die einerseits aufgrund Täuschung durch den Täter/Irrtumserregung eine Vermögensverfügung treffen und andererseits den Vermögensschaden hierdurch erleiden, personenverschieden.

Vorliegend kommt in Abgrenzung hierzu nun mit F eine weitere (dann vierte) Person hinzu, bei der nochmals gesondert ein Irrtum erregt wurde und die diesen Irrtum unwissentlich an das Gericht weitergegeben hat, welches diesen Irrtum dann in seiner Entscheidung/Vermögensverfügung perpetuierte. Insoweit besteht dann eine vom typischen Prozessbetrug abweichende Variante eines „Viereckbetrugs“, welcher nicht mehr rein von § 263 Abs. 1 StGB erfasst ist, sondern im Rahmen von §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu prüfen ist.<sup>14</sup>

#### Hinweis

Der Merkposten beim Prozessbetrug lautet also: Täter ist wohl zumeist diejenige Person, die den wahrheitswidrigen Tatsachenvortrag aus eigenem Antrieb führt, welcher sich dann in der gerichtlichen Entscheidung iS. eines Beruhens auswirkt (= typischer Prozessbetrug als Dreieckbetrug). Abweichend hiervon kann die diesen Vortrag führende Person ihrerseits von einem Hintermann dazu veranlasst worden sein, den für sie nicht erkennbaren unwahren Vortrag in den Prozess einzuführen (= atypischer Prozessbetrug in mittelbarer Täterschaft als Viereckbetrug). Im Behördenumfeld dürfte es wegen § 63 Abs. 1 BBG (Pflicht zur Vornahme nur rechtmäßiger Handlungen) und der Remonstrationspflicht iSd. § 63 Abs. 2 BBG sowie aus Gründen des Disziplinarrechts dagegen kaum

vorstellbar sein, dass der konkret Handelnde sich in voller Kenntnis der Unwahrheit der relevanten Tatsachen zum Prozessbetrug anstiften lässt oder aber als Gehilfe bzw. Mittäter agiert.

## 2. Zwischenergebnis

A hat sich somit nicht wegen Betrug rein nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## III. Strafbarkeit des D aus §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

D könnte sich dann allerdings wegen Betrug in mittelbarer Täterschaft iSd. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem F unwahre Tatsachenbehauptungen zugeleitet hat, die dieser dann ohne Kenntnis der Unwahrheit in das Eilverfahren einführte.

### 1. Tatbestand der mittelbaren Täterschaft

D müsste zunächst tatbestandlich gehandelt haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

Dies setzt auch voraus, dass der objektive Tatbestand des Betrugs iSd. § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht wurde.

Im Rahmen der mittelbaren Täterschaft iSd. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB kommt es zunächst darauf an, dass der in Rede stehende Tatbestand zumindest teilweise durch den Vordermann verwirklicht worden ist. Als Vordermann ist hier F zu qualifizieren. Dieser hat in das Eilverfahren unwahre Tatsachen als Sachvortrag der Behörde eingeführt. Daher ist zumindest das objektive Betrugsmerkmal der Täuschung über Tatsachen durch den Vordermann F verwirklicht worden.

Weiterhin müsste im Rahmen der mittelbaren Täterschaft von einer Tatherrschaft bzw. einem Täterwillen des Hintermanns<sup>15</sup>, hier also von D, ausgegangen werden können. D müsste dann also als Zentralgestalt des Geschehens anzusehen sein, der die Tatbegehung letztlich in seinen Händen hielt und als solche wollte. Die Übermittlung der unwahren Tatsachen an F ging jedenfalls eindeutig von D aus. Es oblag D jederzeit, stattdessen wahre Angaben zu machen oder die unwahren Angaben gegenüber dem gutgläubigen F später noch richtigzustellen. D hatte daher Tatherrschaft bzw. Täterwillen.

Schließlich müsste von einer Werkzeugeigenschaft des F ausgegangen werden können. Dies ist dann der Fall, wenn der Vordermann entweder nicht voll tatbestandsmäßig, voll rechtswidrig oder voll schuldhaft gehandelt hat.<sup>16</sup> F hat wie bezeichnet das VG bzw. den oder die dort entscheidenden Richter über Tatsachen getäuscht. Daraufhin erging der konkrete Beschluss zulasten des A als kausale Vermögensverfügung. Das an dieser Stelle zu fordernde Näheverhältnis zwischen dem verfügenden Richter und dem Opfer des Prozessbetrugs ergibt sich dabei aus der hoheitlichen Stellung des Richters im gesetzlich ausgestalteten Gerichtsverfahren.<sup>17</sup> Dieser Beschluss bedeutete jedenfalls für A

<sup>13</sup> Vgl. Hoyer, in: SK-StGB, 60. Lfg. (2004), § 263 Rn. 177; Tiedemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 236.

<sup>14</sup> Vgl. OLG München NJW 2006, 3364 ff.; Krell, JR 2012, 102 (105).

<sup>15</sup> Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 25 Rn. 7; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 25 Rn. 2.

<sup>16</sup> Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 25 Rn. 20; Kühl, JA 2014, 668 (670).

<sup>17</sup> Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 263 Rn. 198; Ebel, JURA 2008, 256 (257).

auch einen Vermögensschaden. Zwar tritt ein Vermögensschaden bei einem verlorenen Prozess nicht immer ohne weiteres klar zu Tage, insbesondere wenn es nicht unmittelbar um Zahlungsansprüche geht. Allerdings wird im Zusammenhang mit einem Prozessbetrug stets von einem Angriff auf fremdes Vermögen ausgegangen.<sup>18</sup> Dies dürfte einerseits daran liegen, dass die unterlegene Partei die Gerichts- und außergerichtlichen Kosten der Gegenpartei (ggf. auch der Beigeladenen/Nebenkläger etc.) zu tragen hat. Außerdem ist in einem Fall wie vorliegend daran zu denken, dass es beim Vorhaben des A, ein Fahrgeschäft auf einem Weihnachtsmarkt zu betreiben, im Ergebnis um ein unternehmerisches Geschäft mit dem Zweck der Gewinnerzielung ging.

Allerdings hatte F schon keinerlei Kenntnis davon, dass er das VG bzw. die dort handelnden Richter über Tatsachen täuscht. Ihm fehlte als Vordermann daher schon der Vorsatz und die in § 263 StGB im subjektiven Tatbestand ebenso erforderlich Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Daher ist F jedenfalls auch als Werkzeug zu qualifizieren.

Der objektive Tatbestand ist insgesamt erfüllt.

#### b) Subjektiver Tatbestand

D müsste ferner den subjektiven Tatbestand verwirklicht haben. Dieser umfasst Vorsatz und das Bewusstsein der Tatherrschaft/des Täterwillens sowie der mangelnden Verantwortlichkeit des Hintermanns.

Von alledem ist auszugehen. Daher hat D auch den subjektiven Tatbestand erfüllt.

#### 2. Tatbestandverschiebung, § 28 Abs. 2 StGB

Auch bei der mittelbaren Täterschaft ist stets daran zu denken, ob strafscharfende Merkmale vorliegen, die eine Tatbestandsverschiebung auch für den mittelbaren Täter/Hintermann bedeuten könnten. Dies ist vorliegend aber nicht ersichtlich.

#### 3. Rechtswidrigkeit

D müsste auch hinsichtlich des Prozessbetrugs rechtswidrig gehandelt haben. Es sind keinerlei durchschlagende Rechtfertigungsgründe erkennbar. Insbesondere ist es keine taugliche Rechtfertigung, den Prozessbetrug letztlich deswegen begangen zu haben, weil damit ein vorangegangenes rechtswidriges Verwaltungshandeln zugunsten einer D nahestehenden Person (der C) verschleiert werden sollte. Das Vorgehen des D war somit insgesamt rechtswidrig.

#### 4. Schuld

Zudem müsste D's Handeln schuldhaft gewesen sein. Da keine einschlägigen Entschuldigungsgründe zu Tage treten, hat D auch schuldhaft gehandelt.

<sup>18</sup> Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 25 Rn. 69; Kindhäuser, LPK-StGB, 7. Aufl. (2018), § 263 Rn. 215 („der obsiegenden Partei wird die rechtliche Möglichkeit des Zugriffs auf das Vermögen des Opfers eingeräumt“); Meinecke, NZWist 2016, 47 ff.

#### 5. Zwischenergebnis

D hat sich daher auch wegen Betrug in mittelbarer Täterschaft aus §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

#### IV. Zwischenergebnis

Insgesamt hat sich B wegen Urkundenunterdrückung aus § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB und wegen Betrug in mittelbarer Täterschaft aus §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

#### B) Strafbarkeit von F

##### I. Strafbarkeit des F aus § 263 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob sich dann auch der F noch dadurch wegen Betrug iSd. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben kann, dass er unwahren Vortrag in das Eilverfahren eingeführt hat.

Allerdings wird bereits durch die Strafbarkeit des D wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft in dieser Sache indiziert, dass F nicht auch noch deswegen strafbar ist. Ein solches wäre überhaupt nur dann denkbar, wenn einer der seltenen Fälle des auch und gerade für Organisationen relevanten sog. Täters hinter dem Täter<sup>19</sup> vorliegt, wo also der Hintermann täterschaftlich bestraft wird, obwohl auch der Vordermann volldeliktisch gehandelt hat. Allerdings fehlt es bei F wie bezeichnet schon am Ausfüllen des subjektiven Tatbestands des Betrugs, so dass er eben nicht volldeliktisch gehandelt hat.

Ferner ist auch nicht erkennbar, dass F während des Eilverfahrens Erkenntnisse dahingehend erlangt hat, dass er gegenüber dem VG aufgrund der Lügen des D einen unwahren Sachvortrag geführt hat, so dass in Folge einer dann nicht erfolgten Richtigstellung über einen Betrug durch Unterlassen (§ 13 StGB) seitens F nachgedacht werden könnte.

Nach alledem hat sich F nicht wegen Betrug aus § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

##### II. Strafbarkeit des F aus § 153 Abs. 1 StGB

Weiterhin könnte sich F aber wegen falscher uneidlicher Aussage iSd. § 153 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, als er namens der Stadt Frankfurt am Main unwahren Sachvortrag in das Eilverfahren eingeführt hat.

Fraglich ist aber schon dem Wortlaut der Norm nach, ob F's konkreter Vortrag als Aussage zu qualifizieren ist. Aussagen tätigen schließlich alleine Zeugen und Sachverständige<sup>20</sup>, so dass Parteivortrag hiervon strikt abzugrenzen ist. Es fehlt daher vorliegend bereits am Tatbestandsmerkmal der Aussage.

Zudem ergibt sich aus dem Wortlaut von § 153 Abs. 1 StGB, dass die Aussage gerade vor Gericht getätigt worden sein muss. Somit ist also auch fraglich, ob ein schriftliches Verfahren wie vorliegend im Gegensatz zu einer mündlichen Verhandlung, welche das Tatbestandsmerkmal vor Gericht sicherlich wahr, ausreichend ist. Das Merkmal vor Gericht wird dabei überwiegend so definiert, als dass hierdurch auf die der Vernehmung durch das

<sup>19</sup> Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 25 Rn. 22 ff.; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 25 Rn. 20; Radde, JURA 2018, 1210 ff.

<sup>20</sup> Müller, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 153 Rn. 1; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 153 Rn. 2.

Gericht abgestellt werden soll.<sup>21</sup> Ein solches ist im schriftlichen Verfahren aber nicht möglich. Daher scheidet eine Strafbarkeit des F aus § 153 Abs. 1 StGB auch an diesem Aspekt.

Im Ergebnis scheidet eine Strafbarkeit von F wegen uneidlicher Falschaussage iSd. § 153 Abs. 1 StGB aus.

### III. Strafbarkeit des F aus § 353d Nr. 1 StGB

F könnte sich aber, indem er seiner Ehefrau die Umstände des Eilverfahrens erzählte, wegen einer verbotenen Mitteilung über Gerichtsverhandlungen iSd. § 353d Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste F entgegen einem gesetzlichen Verbot über eine Gerichtsverhandlung, bei der die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, oder über den Inhalt eines die Sache betreffenden amtlichen Dokuments öffentlich eine Mitteilung gemacht haben.

Allerdings liegt vorliegend gar keine nicht öffentliche Gerichtsverhandlung vor. Zum einen gab es gar keine mündliche Verhandlung. Zum anderen wäre eine mündliche Verhandlung wohl öffentlich gewesen. Denn es gab gar keinen erkennbaren Grund, die Öffentlichkeit ggf. auszuschließen.

Eine Strafbarkeit des F iSd. § 353d Nr. 1 StGB scheidet damit jedenfalls aus.

### IV. Strafbarkeit des F aus § 353b Abs. 1 StGB

Womöglich kommt dann aber im Hinblick auf F in Betracht, die Weitergabe von Informationen über das Eilverfahren an seine Ehefrau als strafbare Verletzung von Dienstgeheimnissen iSd. § 353b Abs. 1 StGB zu begreifen.

Dann müsste dem F als Amtsträger iSd. § 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB ein Geheimnis anvertraut oder sonst bekanntgeworden sein, welches er unbefugt offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet hat.

Geheimnisse sind dabei Tatsachen, deren Kenntnis nicht über einen begrenzten Personenkreis hinausgeht.<sup>22</sup> Das Vorliegen eines Geheimnisses wird sich bei einem Eilverfahren ohne mündliche Verhandlung annehmen lassen. Denn dann haben von den Umständen des Eilverfahrens nur das Gericht (Richter, Geschäftsstellenmitarbeiter) und die Verfahrensparteien (Antragsteller, Antragsgegner, ggf. Beigeladene) Kenntnis.

Das Geheimnis wird dem Täter ferner dann iSd. § 353d Nr. 1 StGB anvertraut oder bekannt, wenn er etwa gerade als Amtsträger in dienstlicher Eigenschaft Kenntnis der relevanten Umstände erhält.<sup>23</sup> Auch dies ist vorliegend der Fall. F hat von den Vorgängen um das Eilverfahren rein in dienstlicher Eigenschaft durch die Bearbeitung des Vorgangs erfahren.

Völlig unstreitig hat F ferner ein dienstliches Geheimnis auch einer unbefugten Person, namentlich seiner Ehefrau, offenbart.

Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 BeamStG war F aber jedenfalls zur Verschwiegenheit über die in amtlicher Tätigkeit bekannt gewordenen dienstlichen Angelegenheiten verpflichtet.

Ernsthaft fraglich könnte in objektiver Hinsicht einzig sein, ob durch F's Redseligkeit wichtige öffentliche Interessen gefährdet wurden. Dabei kommt es darauf an, dass der Täter durch seine Handlung die konkrete Gefahr eines Nachteils für öffentliche Interessen von Rang verursacht.<sup>24</sup> Ausreichend ist eine bloß mittelbare Gefährdung, die das Vertrauen der Allgemeinheit in die Unparteilichkeit, Unbestechlichkeit und Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung erschüttert.<sup>25</sup> Vorliegend dürfte die Weitergabe von Geheimnissen an die Ehefrau diese Schwelle noch nicht überschritten haben, zumal wenn von dieser nichts weiter in eine größere Bereichsöffentlichkeit kolportiert wurde.

Im Ergebnis ist bereits der objektive Tatbestand von § 353b Abs. 1 StGB durch F nicht vollständig erfüllt worden. Eine Strafbarkeit hiernach scheidet somit aus.

### V. Zwischenergebnis

F hat sich insgesamt nicht strafbar gemacht.

### C) Gesamtergebnis

Hinsichtlich D ergibt sich eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung iSd. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB und wegen Betrug in mittelbarer Täterschaft iSd. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Die Taten stehen zueinander in Tatmehrheit, § 53 StGB.

Hinsichtlich F kann kein strafbares Verhalten ausgemacht werden.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>21</sup> Vgl. Müller, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 153 Rn. 62 f.; Vormbaum, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 153 Rn. 44 ff.;

<sup>22</sup> BGH NJW 1957, 680 (681); OLG Köln NJW 1988, 2490 (2491); Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 353b Rn. 8.

<sup>23</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 353b Rn. 7; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 353b Rn. 8.

<sup>24</sup> Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 353b Rn. 14; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 353b Rn. 13 f.

<sup>25</sup> BGHSt 11, 401 (404); OLG Düsseldorf NJW 1989, 1872; Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 353b Rn. 35.



## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart



## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Tierhalterhaftung bei mehreren Beteiligten

Urteil vom 24. April 2018, Az.: VI ZR 25/17

1. Der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht auf die Verschuldenshaftung beschränkt, sondern erfasst auch die Gefährdungshaftung, insbesondere die Tierhalterhaftung nach § 833 BGB.

2. "Beteiligter" im Sinne von § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nur derjenige, dessen Tatbeitrag zu einer rechtswidrigen Gefährdung der Schutzsphäre des Betroffenen geführt hat und zur Herbeiführung der eingetretenen Verletzung geeignet war [...]. Im Falle der Gefährdungshaftung bedarf es hierzu einer konkreten Gefährdung des Betroffenen, die geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen.

3. Im Falle der Tierhalterhaftung nach § 833 Satz 1 BGB ist für die Anwendung von § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB Voraussetzung, dass sich in dem Verhalten aller als Schadensverursacher infrage kommenden Tiere eine spezifische Tiergefahr gezeigt hat und dass diese spezifische Tiergefahr im Hinblick auf den eingetretenen Schaden kausalitätsgeeignet war.

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Sowohl das Pferd der K („Felicitas“) als auch das Pferd der B waren im selben Stall untergestellt. Der Stallbetreiber S brachte wie an anderen Tagen am 13. April 2017 insgesamt 14 Pferde, darunter auch die Pferde der K und der B, auf das unbeobachtete Paddock, einen eingezäunten Sand- und Grasplatz, auf dem sich die Pferde üblicherweise bis gegen 17.00 Uhr aufhielten. Als die Pferde am Abend wie gewöhnlich in den Stall geholt wurden, lahmt Felicitas. Sie wies eine etwa 3 cm lange, leicht blutende Wunde auf, die ärztlich versorgt werden musste. Hierbei wurden erhebliche Verletzungen der Knochen festgestellt, die auf eine Schlagverletzung eines anderen Pferdes zurück zu führen seien. Bleibende Schäden sind zu befürchten. Die als zutreffend zu unterstellende Wertminderung von Felicitas beträgt 7.000,00 EUR. Welche der übrigen Pferde Felicitas den Tritt versetzt hatte, konnte später nicht mehr festgestellt werden.

K verlangt nun Schadensersatz von B.

#### B) Die Entscheidung des Senates

##### I. Vertragliche Ansprüche

Ein Vertragsverhältnis zwischen K und B ist nicht ersichtlich. Zwar mag zwischen K und S und B und S jeweils ein Vertrag über die Unterstellung in dem Stall mit überwiegend mietvertraglichen Elementen geschlossen worden sein. Dieser wirkt jedoch nicht im Verhältnis K und B.

##### II. Anspruch gem. §§ 833 S. 1, 830 Abs. 1 S. 2 BGB

In Betracht kommt jedoch ein deliktischer Anspruch gegen den Tierhalter gem. § 833 S. 1 BGB. Voraussetzung hierfür ist, dass durch ein Tier ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt wurde. Die Verletzung des Pferdes stellt vorliegend die Beschädigung einer Sache dar (§ 90a BGB). Der Wortlaut des § 830 Abs. 1 setzt demnach lediglich die Sachbeschädigung „durch ein Tier“ voraus. Verschulden ist gerade kein Tatbestandsmerkmal (Gefährdungshaftung). Der Anspruch richtet sich gegen den Halter des Tieres. Der BGH führt dazu aus:

*„Wird durch ein Tier eine Sache beschädigt, so ist nach § 833 Satz 1 BGB derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, wobei eine Sachbeschädigung im Sinne dieser Vorschrift auch dann vorliegt, wenn - wie im Streitfall - ein (anderes) Tier verletzt wird [...]. Die Gefährdungshaftung nach § 833 Satz 1 BGB setzt allerdings voraus, dass sich im Unfall eine "spezifische" oder "typische" Tiergefahr desjenigen Tieres verwirklicht hat, dessen Halter in Anspruch genommen werden soll [...]. Dies ist dann der Fall, wenn ein der tierischen Natur entsprechendes unberechenbares und selbständiges Verhalten des betreffenden Tieres für die Entstehung des Schadens adäquat ursächlich geworden ist, wobei Mitursächlichkeit - wie sonst auch - ausreicht [...]. Hiervon kann im Streitfall auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausgegangen werden.*

*Das Berufungsgericht vermochte bereits nicht festzustellen, dass überhaupt ein Verhalten des Pferdes der [B] für die Verletzungen der Stute der [K] ursächlich war. Weder konnte es sich davon überzeugen, dass das Pferd der [B] die Stute der [K] getreten und deren Verletzung damit unmittelbar herbeigeführt hat. Noch vermochte es die Gewissheit zu erlangen, dass die Stute der [K] im Rahmen einer allgemeinen Unruhe, an der das Pferd der [B] in jedenfalls mitursächlicher Weise beteiligt war, zu Schaden kam, weshalb auch eine - im Rahmen von § 833 Satz 1 BGB ausreichende [...] - mittelbare Verursachung der Verletzung der Stute der [K] durch das Pferd der [B] nicht feststeht.“*

Fraglich ist jedoch, ob vorliegend § 830 Abs. 1 S. 2 BGB darüber hinweg hilft, dass der Nachweis, dass das Pferd der B die Verletzung verursacht hat.

*„Über die fehlende Feststellung eines für die Verletzung der Stute der [K] ursächlichen Verhaltens des Pferdes der [B] hilft § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht hinweg. Zwar ist die Vorschrift - was das Berufungsgericht nicht verkannt hat - im Rahmen der Tierhalterhaftung nach § 833 BGB grundsätzlich anwendbar. Eine Anwen-*

dung der Vorschrift des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitert im Streitfall aber daran, dass es sich bei der [B] nicht um eine Beteiligte im Sinne dieser Vorschrift handelt.

In der höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht auf die Verschuldenshaftung beschränkt ist, sondern auch die Gefährdungshaftung erfasst, insbesondere die Tierhalterhaftung nach § 833 BGB [...]. Auch das Halten eines Tieres kann die den Schaden verursachende "Handlung" im Sinne von § 833 Satz 1 BGB sein [...].

(Weitere) Tatbestandsvoraussetzung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB ist aber auch in diesem Fall, dass der in Anspruch Genommene "Beteiligter" ist. Beteiligter ist dabei nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats nur derjenige, dessen Tatbeitrag zu einer rechtswidrigen Gefährdung der Schutzsphäre des Betroffenen geführt hat und zur Herbeiführung der Verletzung geeignet war [...]. Nur mit diesem Verständnis des Begriffs des Beteiligten ist gewährleistet, dass § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB - seinem Zweck entsprechend - nur Kausalitätszweifel, nicht aber auch Zweifel darüber überbrückt, ob einem auf Schadensersatz in Anspruch Genommenen überhaupt eine rechtswidrige Handlung zur Last fällt, ob (auch) er also unerlaubt und mit Verletzungseignung in die Schutzsphäre des Betroffenen eingegriffen hat [...]. Ein solcher Eingriff in die Schutzsphäre des Betroffenen liegt auch im Falle der Gefährdungshaftung noch nicht allein in dem - abstrakt gefährlichen - Verhalten, an das der jeweilige Gefährdungstatbestand anknüpft, wie etwa dem Halten eines Tieres im Rahmen von § 833 BGB oder dem Halten eines Kraftfahrzeugs im Rahmen von § 7 StVG, mag der Betroffene auch im örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit diesem Verhalten verletzt worden sein [...]. Erforderlich ist vielmehr eine darüber hinausgehende, konkrete Gefährdung des Betroffenen, die geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen [...]. Im Fall der Tierhalterhaftung nach § 833 Satz 1 BGB ist demnach für die Anwendung von § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB Voraussetzung, dass sich in dem Verhalten aller als Schadensverursacher infrage kommenden Tiere eine spezifische Tiergefahr gezeigt hat und dass diese spezifische Tiergefahr im Hinblick auf den eingetretenen Schaden kausalitätsgeeignet war [...]. Dementsprechend hat der erkennende Senat im Urteil vom 15. Dezember 1970 (VI ZR 121/69, BGHZ 55, 96, 100) darauf abgestellt, dass sich alle dort als mögliche Schadensverursacher in Betracht kommenden Reitpferde (gemeinsam) in einer Weise bewegt hatten, die geeignet war, den eingetretenen Schaden in vollem Umfang zu verursachen [...].

Nach diesen Grundsätzen war die [B] auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht Beteiligte im Sinne von § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB. Denn das Berufungsgericht vermochte nicht auszuschließen, dass das Pferd der [B] während des Verletzungsursächlichen Vorgangs unbeteiligt abseits stand. In diesem Fall hätte die [B] aber nicht unerlaubt und mit Verletzungseignung in die Schutzsphäre der [K] eingegriffen. Dass die Hufe des Pferdes der [B] beschlagen waren und das Pferd der [B] zusammen mit der verletzten Stute der [K] auf dem eingezäunten Paddock untergebracht war, ändert daran entgegen der Auffassung der Revision nichts.“

Damit fehlt es am Feststehen eines kausalen Zusammenhangs zwischen einer Handlung des Pferdes der B und dem bei dem

Pferd der K eingetretenen Schaden. Ein Anspruch gem. §§ 833 S. 1, 830 Abs. 1 S. 2 BGB scheidet damit aus.

### III. Ergebnis

Ein Anspruch der K gegen B besteht nicht.

#### Hinweise für Studierende

Fälle mit Tieren sind bei den juristischen Prüfungsämtern ausgesprochen beliebt. Es ist deshalb damit zu rechnen, dass auch der vorliegende Fall beim einen oder anderen Prüfungsamt Vorlage für eine Examensklausur wird.

Das Lernen einzelner Fälle führt aber nicht zum Erfolg im Examen. Es ist deshalb wichtiger aus dem vorliegenden Fall einige allgemeine Grundsätze zur Tierhalterhaftung und zur Verantwortlichkeit mehrerer Schädiger mitzunehmen. Denn beide Normen sind zentral für das Deliktsrecht, von hoher Praxisrelevanz und in unterschiedlichen Konstellationen immer wieder Gegenstand von Examensklausuren. Aus dem vorliegenden Fall sollte deshalb vor allem mitgenommen werden, über welche Beweisschwierigkeiten § 830 S. 2 BGB hinweg hilft und über welche nicht.

Zunächst sei nochmal in Erinnerung gerufen, dass es sich bei § 830 S. 2 BGB nicht um eine eigene Anspruchsgrundlage handelt. Zur Anspruchs begründung müssen also immer die Voraussetzungen einer deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlage erfüllt sein. Einziger Zweck der Norm ist Beweisschwierigkeiten bei der haftungsbegründenden Kausalität zu überwinden. Wie der vorliegende Fall exemplarisch zeigt, heißt das gerade nicht, dass der Beweis des Vorliegens einer deliktischen Handlung entbehrlich ist. Steht die Haftung eines Beteiligten fest, so haftet er gem. § 840 Abs. 1 BGB für den gesamten Schaden, auch wenn sich sonstige Beteiligte nicht ermitteln lassen. Das ist erfreulich für den Geschädigten, rechtspolitisch aber diskutabel. Denn bei Großveranstaltungen bedeutet dies, dass der kleinste Beitrag eines einzelnen zur Haftung für riesige Schäden führen kann, die vielleicht nur durch das Zusammenwirken mehrerer hundert Personen entstehen konnten. § 426 Abs. 2 BGB ist dann nur ein schwacher Trost, wenn sich die übrigen Mitteldelinqenten nicht ermitteln lassen.

Auch wenn einzelne Fälle lernen nicht zum Erfolg führt, so ist es im Deliktsrecht doch unabdinglich ein gewisses Maß an Kasuistik zu kennen, um ein ausreichendes Judiz für die Normkomplexe des Deliktsrechts zu entwickeln. Einen lesenswerten Beitrag dazu hat der viel zu früh verstorbene Richter am Bayerischen Obersten Landesgerichts Michael J. Schmidt unter dem eingängigen Titel „Der schlafende Hund, das provozierte Tier und andere ausgewählte Probleme der Tierhalterhaftung“ (VersR 2014, 555 ff.) verfasst. Der Beitrag ist unterhaltsam geschrieben und für jeden Examenskandidaten eine Lektüre wert.

Zur Verantwortung mehrerer (potentieller Schädiger) sei schließlich noch Looschelders, Schuldrecht BT, 13. Auflage 2018, § 70 empfohlen, bei dem in einem knappen Abschnitt die deliktische Verantwortung Mehrerer in einer erfreulichen Klarheit dargestellt wird.

Dr. *Julius Forschner*, LL.M (Cambridge)

Notarassessor  
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**



KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### HU-Prüfplakette als öffentliche Urkunde iSd. § 348 Abs. 1 StGB

Urteil vom 16. August 2018, Az.: 1 StR 172/18

Die an dem Fahrzeugkennzeichen angebrachte Prüfplakette beurkundet mit besonderer Beweiskraft im Sinne des § 348 Abs. 1 StGB neben dem Termin der nächsten Hauptuntersuchung auch die Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs zum Zeitpunkt der Durchführung der Hauptuntersuchung.

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

A war seit Juni 2006 als Prüfenieur der X GmbH und Co. KG (X) unter anderem mit der Durchführung der Hauptuntersuchung (HU) an Fahrzeugen nach § 29 StVZO betraut. Im Zeitraum von Mitte Oktober 2012 bis Ende Januar 2014 brachte er in acht Fällen an amtlichen Kennzeichen von Kraftfahrzeugen sog. HU-Prüfplaketten an, obwohl er in einigen Fällen wusste und es in anderen Fällen aufgrund lediglich oberflächlicher Prüfung billigend in Kauf nahm, dass die betreffenden Fahrzeuge erhebliche Mängel aufwiesen und die Prüfplakette zu versagen gewesen wäre. Den – aufgrund der nach wie vor bestehenden Prüfpflichtigkeit der Fahrzeuge in Wirklichkeit nicht zutreffenden – Termin zur nächsten Hauptuntersuchung trug der Angeklagte in diesen Fällen in die Zulassungsbescheinigung Teil I (Fahrzeugschein) ein und stempelte diese jeweils mit dem Stempel der X, auf dem seine Prüfenieurnummer ersichtlich war. In zwei weiteren Fällen bescheinigte der Angeklagte jeweils mit erheblichen Mängeln behafteten Fahrzeugen das Bestehen der Hauptuntersuchung in dem von ihm erstellten Untersuchungsbericht, obwohl er wusste bzw. billigend in Kauf nahm, dass solche Mängel vorlagen. In diesen Fällen hielt er es auch für möglich und nahm billigend in Kauf, dass der gutgläubige Sachbearbeiter der zuständigen Zulassungsstelle auf der Grundlage des unzutreffenden Untersuchungsberichts die HU-Prüfplakette zuteilen und die entsprechenden Eintragungen über den Zeitpunkt des Termins zur nächsten Hauptuntersuchung in die Zulassungsbescheinigung Teil I vornehmen würde, was auch geschah.

#### B) Verfahrensgang

A wurde vom LG Stuttgart u.a. wegen Falschbeurkundung im Amt in zehn Fällen, davon in zwei Fällen in mittelbarer Täterschaft zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner hiergegen gerichteten Revision rügt er die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

#### C) Die Entscheidung der Senates

Nach § 348 StGB wird bestraft, wer als Amtsträger, der zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt ist, innerhalb seiner Zuständigkeit eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet.

#### I. Besonderes persönliches Merkmal: Amtsträger

Täter des § 348 StGB kann damit nur ein Amtsträger sein.<sup>1</sup> Amtsträger ist nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB, wer nach deutschem Recht dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen. Mit Blick auf die Tathandlung muss es sich zudem um einen Amtsträger handeln, der zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt ist und bei der Tat im Rahmen seiner grundsätzlichen Zuständigkeit handelt.<sup>2</sup> Die Befugnis zur Aufnahme öffentlicher Urkunden ist gegeben, wenn der Amtsträger nach Bundes- oder Landesrecht sachlich und örtlich zuständig ist, Erklärungen oder Tatsachen mit voller Beweiskraft zu beurkunden.<sup>3</sup>

Für A ergeben sich diese Voraussetzungen aus § 29 StVZO iVm. Anhang VIIIb StVZO.

#### Hinweis

Die Amtsträgereigenschaft ist besonderes persönliches Merkmal iSd. § 28 StGB. Fälle, in denen der Bürger – durch Täuschung oder Drohung des Amtsträgers – einen Anteil an der Entstehung einer öffentlichen Urkunde mit unwahrem Inhalt hat, können daher nicht nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB als mittelbare Täterschaft gewertet werden.<sup>4</sup> Diese Strafbarkeitslücke schließt § 271 StGB, der trotz etwas missverständlicher Formulierung als Fall einer vertypten mittelbaren Täterschaft zu verstehen ist. Eine Bestechung des Amtsträgers ist demnach nicht etwa ein Fall von § 271 StGB, sondern eine Anstiftung nach §§ 348, 16 StGB.

#### II. Tatobjekt: Öffentliche Urkunde

Bei der von A angebrachten HU-Prüfplakette muss es sich um eine öffentliche Urkunde handeln. Das ist zunächst einmal jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen lässt.<sup>5</sup> Zu einer öffentlichen Urkunde wird die so

<sup>1</sup> Zieschang, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 348 Rn. 2 ff. mwN.

<sup>2</sup> Freund, in: MüKo-StGB, 3. Auflage (2019), § 271 Rn. 3, 5.

<sup>3</sup> RGSt 15, 4 (6); 42 233 (235); BGHSt 12, 85 (86); 37, 207 (209); Heger, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 348 Rn. 2; Hecker, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 248 Rn. 5.

<sup>4</sup> Freund, in: MüKo-StGB, 3. Auflage (2019), § 271 Rn. 4.

<sup>5</sup> Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 267 Rn. 2.

perpetuierte Erklärung durch den sog. „öffentlichen Glaube“<sup>6</sup>, der ihr kraft ausdrücklicher oder konkludenter gesetzlicher Anordnung zukommt. In den Worten des Senates<sup>7</sup>:

„Der Begriff der öffentlichen Urkunde im Sinne von § 348 StGB umfasst nur solche Urkunden, die bestimmt und geeignet sind, Beweis für und gegen jedermann zu erbringen [...]“<sup>8</sup> Dabei erfasst auch bei einer öffentlichen Urkunde die Strafbewehrung in § 348 StGB nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen und Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, d.h. die volle Beweiswirkung für und gegen jedermann, erstreckt. Welche Angaben dies im Einzelnen sind, ist der Inhaltsbestimmung durch gesetzliche Regelung zu entnehmen [...]“<sup>9</sup>

#### Hinweis

Geschütztes Rechtsgut der Falschbeurkundung im Amt ist – entgegen der hL – die Wahrheit bestimmter amtlicher Urkunden, was aus der durch §§ 348, 271 StGB selbst statuierten Wahrheitspflicht im Hinblick auf die beurkundeten Tatsachen abgeleitet werden kann.<sup>10</sup> Ähnlich wie das Allgemeindelikt der Urkundenfälschung in § 267 StGB dient die Norm damit dem Schutz des Vertrauens auf eine bestimmte Beglaubigungsform (sog. Lehre von der *fides publica*<sup>11</sup>). Der Tatbestand ist durch die Beschränkung auf Amtsträger und öffentliche Urkunden allerdings sowohl in persönlicher Hinsicht als auch im Hinblick auf das Tatobjekt erheblich enger gefasst.

Um für den konkreten Fall den Schutzbereich des § 348 StGB zu ermitteln, kommt es also auf jene gesetzlichen Bestimmungen an, die für die Errichtung und den Zweck der Urkunde maßgeblich sind – hier also die Regelungen über die Hauptuntersuchung. Der Aussagegehalt der Urkunde selbst kann sodann entweder unmittelbar anhand einer ausdrücklichen Regelung zum Aussagegehalt der Prüfplakette oder aber – mittelbar – durch Auslegung des Regelwerkes zu bestimmen sein. Wesentliche Kriterien für letztere Methode zur Bestimmung der Reichweite des „öffentlichen Glaubens“ sind<sup>12</sup>:

1. Der Beurkundungsinhalt als solcher,
2. das Verfahren und die Umstände des Beurkundungsvorgangs,
3. die Möglichkeit des die Bescheinigung ausstellenden Amtsträgers, die Richtigkeit der Beurkundung zu überprüfen und
4. die Anschauung des Rechtsverkehrs

<sup>6</sup> Mit Recht kritisch zur Bedeutung des Merkmals als eigenständige Voraussetzung des durch § 348 StGB bezweckten strafrechtlichen Wahrheitsschutzes *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 271 Rn. 7 f. und *Puppe*, ZNotP 2008, 12 (13)

<sup>7</sup> BGH, Beschl. v. 16.08.2018, Az.: 1 StR 172/18, Rn. 7.

<sup>8</sup> Allg. Meinung; vgl. nur BGHSt 22, 201 (203); 42, 131; *Zieschang*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 348 Rn. 20

<sup>9</sup> Vgl. BGHSt 44, 186; BGHSt 60, 66 (67 f.); BGHSt 53, 34 (36) und BGHSt 22, 201 (203).

<sup>10</sup> Statt aller *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 348 Rn. 1 und § 271 Rn. 9.

<sup>11</sup> *Rojas*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron, FS-Frisch (2013), S 943 f. mwN.

#### Hinweis

Wie die Ausführungen zeigen, sind Inhalt und Grenzen der strafrechtlich garantierten Wahrheitspflicht des Amtsträgers nicht im StGB selbst geregelt. Die hieraus resultierende Notwendigkeit, dies anhand der dem Beurkundungsvorgang zugrundeliegenden Gesetze zu bestimmen, macht deutlich, dass es sich sowohl bei § 348 als auch bei § 271 StGB um Blankettatbestände handelt, deren Verhaltensnorm erst durch das „Zusammenlesen“ von Blankett und blankettausfüllender – außerstrafrechtlicher – Norm die von Verfassungs wegen gebotene Bestimmtheit erlangen.<sup>13</sup>

„Die HU-Prüfplakette stellt in Verbindung mit dem amtlich zugelassenen Kennzeichen und der entsprechenden Eintragung in der Zulassungsbescheinigung Teil I eine (zusammengesetzte) [...] Urkunde dar [...]“<sup>14</sup> Da der Inhalt der Zeugniskunde in solch einem Fall niemals vollständig schriftlich ausformuliert ist, muss der Aussagegehalt der Urkunde aus dem Kontext der Verbindung von Beweiszeichen und Bezugsobjekt ermittelt werden.<sup>15</sup>

Für die Bestimmung eben jenes Kontextes stellt der Senat sodann auf die Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO), namentlich § 29 Abs. 3 S. 2 StVZO ab<sup>16</sup>:

„Dass die Prüfplakette den Nachweis über den Termin der nächsten Hauptuntersuchung erbringt, ergibt sich schon aus ihrem optischen Erklärungswert. Daneben – und in unmittelbarem Zusammenhang damit stehend – beinhaltet vor dem Hintergrund der Regelung in § 29 Abs. 3 Satz 2 StVZO die Prüfplakette für und gegen jedermann auch den Nachweis, dass die geprüften Fahrzeuge zum Zeitpunkt der letzten Hauptuntersuchung als vorschriftsmäßig befunden wurden [...]“<sup>17</sup> Denn § 29 Abs. 3 Satz 2 StVZO bestimmt, dass die angebrachte Prüfplakette bescheinigt, dass das Fahrzeug zum Zeitpunkt der Untersuchung vorschriftsmäßig nach Nummer 1.2 der Anlage VIII zur StVZO ist. Die in Bezug genommene Nummer 1.2 Anlage VIII zur StVZO enthält weitere Regelungen über die Hauptuntersuchung und deren Durchführung. In Nummer 3.1.4 Anlage VIII zur StVZO ist für die vier möglichen Ergebnisse der Hauptuntersuchung (Feststellung von keinen Mängeln, geringen Mängeln, erheblichen Mängeln sowie Mängeln, die das Fahrzeug verkehrsunsicher machen) im Einzelnen aufgeführt, welche Konsequenzen sich daraus für die Erteilung der HU-Prüfplakette ergeben. Nummern 3.1.4.1 und 3.1.4.2 Anlage VIII zur StVZO sehen vor, dass eine HU-Prüfplakette zugeteilt und angebracht werden kann, wenn entweder keine oder nur geringe Mängel, deren unverzügliche Beseitigung (spätestens innerhalb eines Monats) zu erwarten ist, festgestellt werden. In Nummer 3.1.4.3

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 16.08.2018, Az.: 1 StR 172/18, Rn. 7 unter Verweis auf BGHSt 44, 186 (188); BGHSt 60, 66 (68) und BGHSt 53, 34 (36).

<sup>13</sup> Vgl. *Puppe* JZ 1991, 609 (610) und *Manowski/Tarnowski* JuS 1992, 826, sowie allgemein *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 5 Rn. 40, § 12 Rn. 110 und *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen (2018), S. 6 ff.

<sup>14</sup> Vgl. OLG Celle NJW 2011, 2983 (2984); BayObLGSt 1998, 183; *Zieschang*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 348 Rn. 20.

<sup>15</sup> *Erb*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 267 Rn. 41, 47 mwN.

<sup>16</sup> BGH, Beschl. v. 16.08.2018, Az.: 1 StR 172/18, Rn. 9 f.

<sup>17</sup> Vgl. OLG Celle NZV 1991, 318 (319); *Claus*, NSTZ 2014, 66 (67); *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 348 Rn. 21; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 348 Rn. 9; *Freund*, in: MüKo-StGB, 3. Auflage (2019), § 348 Rn. 31.

*Anlage VIII zur StVZO ist bestimmt, dass bei Feststellung erheblicher Mängel diese in den Untersuchungsbericht einzutragen sind und (zunächst) keine HU-Prüfplakette zugeteilt werden darf. Angesichts dieser eindeutigen Regelungen ist davon auszugehen, dass die Feststellung des Nichtvorhandenseins erheblicher Mängel kraft Gesetzes Inhalt der Urkunde ist.*

*Die Gegenansicht, durch Erteilung der HU-Prüfplakette werde mit Beweiswirkung für und gegen jedermann nur der Nachweis des Termins der nächsten Hauptuntersuchung erbracht [...],<sup>18</sup> überzeugt vor dem Hintergrund der ausdrücklichen Bestimmung des Urkundeninhalts in der StVZO nicht. Dies gilt auch besonders mit Blick auf die Gesetzgebungshistorie. Während sich nach der bis 1980 gültigen Fassung von § 29 StVZO aus der Prüfplakette keine Erklärung über den Zustand des Fahrzeugs ergab, sie vielmehr nur das bescheinigte, was ausdrücklich auf ihr angegeben war, nämlich den Zeitpunkt der nächsten fälligen Hauptuntersuchung [...], bescheinigte die Prüfplakette nach der Fassung des § 29 StVZO von 1980, ‚dass das Fahrzeug zum Zeitpunkt seiner letzten Hauptuntersuchung bis auf etwaige geringe Mängel für vorschriftsmäßig befunden worden ist‘ [...]. Maßgeblich für die Änderung waren [...] Zweifel über die Bedeutung der Prüfplakette.<sup>19</sup> So [sei] in der StVZO nicht eindeutig bestimmt [...], dass das Fahrzeug mit der Erteilung der Prüfplakette für vorschriftsmäßig befunden wurde; die neue Regelung bringe nun die ‚erforderliche Klarstellung‘ [...].<sup>20</sup> [...] Angesichts der ausdrücklichen Bestimmung des Urkundeninhalts in der StVZO ist auch nicht von Bedeutung, dass der Erklärungsgehalt keinen Niederschlag in der Gestaltung der HU-Prüfplakette (Anlage IX zu § 29 StVZO) und/oder des entsprechenden Eintrags in der Zulassungsbescheinigung Teil I findet [...].<sup>21</sup> [Auch] handelt es sich [...] bei der Feststellung der Vorschriftsmäßigkeit eines Kraftfahrzeugs [...] nicht lediglich um ein der Beurkundung nicht fähiges Werturteil [...],<sup>22</sup> sondern um durch Nummer 1.2 Anlage VIII zur StVZO hinreichend klar bestimmte Tatsachen [...].<sup>23</sup>“*

Es handelt sich also um eine öffentliche Urkunde.

### III. Tathandlung: Falsche Beurkundung

Erfüllt ist der Tatbestand, wenn A innerhalb seiner Zuständigkeit eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet hat. Wie vom Senat erörtert, wird mit der Erteilung der HU-Prüfplakette das Nichtvorhandensein erheblicher Mängel beurkundet. Eine solche Mangelfreiheit war in den angeklagten Fällen jedoch nicht gegeben.

1. Soweit A die die Prüfplaketten selbst an den amtlichen Kennzeichen der Kraftfahrzeuge anbrachte, ist er unmittelbarer Täter iSv. § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB.
2. In den Fällen, in denen der gutgläubige Sachbearbeiter der zuständigen Zulassungsstelle auf der Grundlage eines unzutreffenden Untersuchungsberichts des A die HU-Prüfplakette zuteilte und die entsprechenden Eintragungen über den Zeitpunkt des Termins zur nächsten Hauptuntersuchung in die Zulassungsbescheinigung Teil I vornahm, bedarf es indes eines gesonderten

Zurechnungsgrundes, da A durch sein Verhalten nicht in den Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtsposition eingriff. Ein solcher Zurechnungsgrund kann sich aus § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB ergeben, der einen Zurechnungsdefekt beim Vordermann voraussetzt, für den der Hintermann – hier A – verantwortlich zeichnet oder ihn jedenfalls für seine Zwecke ausnutzt.<sup>24</sup>

Hier erfüllt der gutgläubige Sachbearbeiter zwar den Tatbestand des § 348 StGB, handelt aufgrund seiner Unkenntnis über die Mängel am Fahrzeug jedoch ohne Vorsatz (§ 16 Abs. 1 StGB). Verantwortlich für diesen Zurechnungsdefekt ist A, der den Sachbearbeiter insofern kraft überlegenen Wissens beherrscht. Da sowohl A als auch der Sachbearbeiter Amtsträger iSd. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB sind, ist die mittelbare Täterschaft hier trotz des Sonderdeliktes möglich.

### IV. Ergebnis

Die Verurteilung des A wegen Falschbeurkundung im Amt (in mittelbarer Täterschaft) begegnet damit keinen rechtlichen Bedenken, sodass der Senat die Revision zutreffend als offensichtlich unbegründet verworfen hat (§ 349 Abs. 2 StPO).

#### Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Die auf den ersten Blick unscheinbar anmutende Entscheidung des ersten Senates ist im Hinblick auf die Dogmatik des allgemeinen Teils und das methodische Handwerkszeug für die Rechtsanwendung durchaus einen zweiten Blick wert.

Auch wenn die Amtsdelikte in den meisten Prüfungsordnungen als Pflichtstoff vorgesehen sind, fristen sie in der Fallbearbeitung im ersten und zweiten Examen doch ein Dasein im Schatten ihrer als Allgemeindelikt ausgestalteten Gegenstücke an prominenterer Stelle des StGB. Wie der vorliegende Fall zeigt, muss der methodisch beschlagene Student oder Referendar im Ernstfall jedoch keine Angst vor der Beschäftigung mit dem bis dato vermutlich unbekanntenen § 348 StGB haben.

Wie die Darstellung zeigt, ist der Urkundenbegriff derselbe wie beim (hoffentlich) besser bekannten § 267 StGB und auch die Problematik der aus Beweiszeichen und Bezugsobjekt zusammengesetzten Urkunde sollte keine Probleme bereiten. Schwerpunkt der Befassung ist somit die Frage des öffentlichen Glaubens, namentlich welche Tatsachen aufgrund der Anordnung durch den Gesetzgeber hier besonderen Schutz genießen. Hierfür ist es erforderlich, das einschlägige Regelwerk nach einer entsprechenden Norm zu durchsuchen bzw. – sollte es keine geben – den Schutzzumfang im Einzelfall anhand der bekannten Auslegungsmethoden zu erschließen: Wortlaut, Systematik und Gesetzgebungshistorie/Telos. Für letzteres bietet die Entscheidung ein sehr anschaulich gestaltetes praktisches Beispiel.

<sup>18</sup> Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 02.07.2015, Az.: (2) 53 Ss 38/15 (35/15), 2 Ws 81/15, juris Rn. 14 ff.; BayObLGSt 1998, 183 f.; Fischer, 66. Aufl. (2018), § 348 Rn. 6a; Zieschang, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 348 Rn. 20.

<sup>19</sup> So der Verordnungsgeber unter Bezugnahme auf OLG Hamm MDR 1974, 857 (vgl. BR-Drs. 508/79, S. 1, 113).

<sup>20</sup> Vgl. BR-Drs. 508/79, S. 1, 113.

<sup>21</sup> So aber Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 02.07.2015, Az.: (2) 53 Ss 38/15 (35/15), 2 Ws 81/15, juris Rn. 21.

<sup>22</sup> BayObLGSt 1998, 183 (184).

<sup>23</sup> Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 348 Rn. 21

<sup>24</sup> Im Einzelnen Sebastian, Iurratio 2016, 78 f. mwN.

Darüber hinaus ist der Fall mit Blick auf die Tatbegehung in mittelbarer Täterschaft interessant, da diese bei Sonderdelikten mit dem Erfordernis des besonderen persönlichen Merkmals beim Hintermann in Prüfungen erfahrungsgemäß eine gewisse Fehleranfälligkeit aufweist.

Schließlich bieten §§ 348, 271 StGB Anlass, sich mit der Regelungstechnik des Blankett(straf)tatbestands sowohl in grundlegender Hinsicht zu befassen als auch mit Blick auf ihre Auswirkungen für die Falllösung, insbesondere was Irrtümer im Bereich der blankettausfüllenden Norm angeht.

***Sascha Sebastian, M.mel.***

Referendar

Oberlandesgericht Celle

z.Zt. Niedersächsische Landesschulbehörde

Hannover

► **Inhaltsverzeichnis**



## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Oberlandesgericht Rostock

### Nachträglicher Wegfall eines Beweisverwertungsverbotes

Beschluss vom 03. November 2017, Az.: 20 RR 85/17

**Eine nach altem Recht verfahrensfehlerhaft erfolgte Anordnung einer Blutentnahme durch Polizeibeamte kann im Revisionsverfahren nicht mehr zur Urteilsaufhebung führen, da die Maßnahme nach Einführung des § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO in der Fassung vom 17. August 2017 dem geltenden Recht entspricht und das strafrechtliche Rückwirkungsverbot keine Anwendung findet. (Rn. 7)**

**(juris Orientierungssatz)**

#### A) Sachverhalt

In erster Instanz wurde die Angeklagte wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe verurteilt. Zum Sachverhalt führte das Gericht<sup>1</sup> aus, dass die „Angeklagte am 11.12.2016 gegen 00:15 Uhr mit dem LKW [...] mit dem amtlichen Kennzeichen [...] die [...] Straße in [...] X-Stadt befuhr]. Die Angeklagte hatte zuvor erhebliche Mengen Alkohol zu sich genommen. Die der Angeklagten um 00:50 Uhr entnommene Blutprobe enthielt eine Blutalkoholkonzentration von 1,26 ‰. Die Angeklagte hätte erkennen können, dass sie infolge vorangegangenen Alkoholkonsums nicht mehr in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen.“

Ergänzend teilt der Senat mit, die Angeklagte hatte nach den Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils „auf die sie kontrollierenden Polizeibeamten wegen ihres ‚albernen‘ und immer wieder von Lachen begleiteten Verhaltens einen alkoholisierten Eindruck gemacht. Zudem hatte sie selbst angegeben, vor Fahrtantritt Alkohol zu sich genommen zu haben. Die noch vor Ort durchgeführte Vorprobe mittels eines Atemalkoholmessgeräts hatte eine BAK von 1,3 ‰ ergeben.“

#### B) Die Entscheidung des Senates

Der Senat verwarf die die Revision der Angeklagten gegen das amtsgerichtliche Urteil als unbegründet, da die „Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung [...] keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben [hat] (§ 349 Abs. 2 StPO). [...] Die Rüge, das Ergebnis der Blutalkoholbestimmung hätte nicht zum Nachteil der Angeklagten verwertet werden dürfen, weil diese seinerzeit nicht wirksam in die Blutentnahme eingewilligt habe und diese Maßnahme auch nicht richterlich angeordnet worden sei, wäre auch unbegründet.“

Nach § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO in der ab dem 24.08.2017 geltenden Fassung von Art. 3 Nr. 5 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 (BGBl. I S. 3202) bedarf die Entnahme einer Blutprobe ohne Einwilligung des Betroffenen dann keiner richterlichen Anordnung,

wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat nach § 316 StGB begangen worden ist. So ist es hier.“

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt lag nach Ansicht des Senats „zum Zeitpunkt der Blutentnahme ein durch Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat nach § 316 StGB vor. Die Anordnung zur Blutentnahme durfte deshalb nach [...] nunmehr geltendem Recht durch die Staatsanwaltschaft oder durch ihre Ermittlungspersonen erfolgen, wobei kein Anordnungsvorrang der Staatsanwaltschaft vor den Polizeibeamten besteht“.

„Bei § 81a StPO handelt es sich um eine Verfahrensvorschrift, die mit ihrem Inkrafttreten sofortige Geltung beansprucht, wenn keine abweichende Übergangsregelung getroffen wurde. Das ist hier nicht der Fall. Das strafrechtliche (materiell-rechtliche) Rückwirkungsverbot gilt in diesen Fällen nicht.“

Selbst wenn die Anordnung der Blutentnahme durch die Polizeibeamten seinerzeit nicht rechtmäßig gewesen sein sollte, könnte dieser Verfahrensfehler deshalb im vorliegenden Revisionsverfahren nicht mehr zu Urteilsaufhebung führen, weil die Maßnahme dem jetzt geltenden Recht entspricht“.

#### C) Anmerkung

Zentral ist vorliegend die Frage, welches Verfahrensrecht gilt, wenn sich dieses im Laufe eines noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens ändert und welche Konsequenzen dies in Bezug auf ein nach dem alten Recht möglicherweise gegebenes Beweisverwertungsverbot hat (II.). Doch zunächst bietet diese Entscheidung die Möglichkeit, sich der Grundlagen zu Beweisverboten zu versichern (I.).

#### I. Beweisverbote

Beweisverbote hindern die Erhebung und/oder Verwertung von Beweisen und schränken somit die Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) ein.

Sie haben besondere Praxisrelevanz, sind im Referendarsexamen gerne Gegenstand einer StPO-Zusatzfrage oder der mündlichen Prüfung und ihnen kommt eine herausgehobene Klausurbedeutung im Assessorexamen zu, können sie doch bei allen „Klausurtypen“, insbesondere den drei klassischen (StA-, Urteils- und Revisionsklausur), eine zentrale Rolle spielen. Im zweiten Examen wird zuallererst im Wege einer Beweiswürdigung zu klären sein, welcher Lebenssachverhalt der Bearbeitung zu Grunde zu legen ist. Und hierbei entscheidend ist, welche Beweismittel überhaupt verwertbar sind. Ein Beweismittel, das das Gericht bei Beweiswürdigung und Urteilsfindung aufgrund ei-

<sup>1</sup> AG Neubrandenburg, Urt. v. 18.05.2017 – 301 Cs 381/17, juris Rn. 5 (nicht vom OLG in seiner Entscheidung wiedergegeben, hier zur Veranschaulichung abgedruckt).

nes Verwertungsverbot nicht heranziehen darf (Urteilschlussur), muss auch bei der Beurteilung des hinreichenden Tatverdachts (i.S.v. § 170 Abs. 1 StPO iVm. § 203 StPO) außer Betracht bleiben (StA-Klausur). Wurde ein Beweismittel trotz Verwertungsverbot bei Beweiswürdigung und Urteilsfindung berücksichtigt, also bei Bildung richterlicher Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten (§ 261 StPO), ist dieser Verstoß iRd. formellen Rüge geltend zu machen (Revisionsklausur).

Es muss unterschieden werden zwischen **Beweiserhebungsverboten**, die schon der Gewinnung von Beweisen entgegenstehen, und **Beweisverwertungsverboten**, welche der Berücksichtigung bestimmter ermittelter Beweisergebnisse und Sachverhalte entgegenstehen.

### 1. Beweiserhebungsverbote

Es kann unterschieden werden zwischen:<sup>2</sup>

a) Beweisthemenvorboten, die es untersagen, bestimmte Tatsachen zum Gegenstand der Beweisführung zu machen (z.B. getilgte/tilgungsreife Vorstrafen nach § 51 BZRG; geheimhaltungsbedürftige Tatsachen wie z.B. solche, die dem Beratungsgeheimnis nach § 43, 45 DRiG unterliegen<sup>3</sup>),

b) Beweismittelvorboten, die es untersagen bestimmte Beweismittel zu verwenden (vgl. §§ 52 - 55, 81 c Abs. 3 StPO: von ihrem Verweigerungsrecht Gebrauch machende aussage- und untersuchungsverweigerungs berechtigte Personen<sup>4</sup>) und

c) Beweismethodenvorboten, welche bestimmte Methoden der Beweiserhebung verbieten (vgl. 136 a StPO<sup>5</sup>).

### 2. Beweisverwertungsverbote

Tatsachen und Sachverhalte, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, dürfen nicht zum Gegenstand der Beweiswürdigung und Urteilsfindung gemacht werden.<sup>6</sup> Ein Verstoß begründet einen revisibelen Verfahrensfehler, wenn das Urteil auf diesem Fehler beruht (vgl. § 337 StPO).

Sie folgen jedoch nicht notwendig aus Beweiserhebungsverboten. Ein Beweisverwertungsverbot kann aber die Folge eines Verstoßes gegen ein Beweiserhebungsverbot sein. Man spricht dann von einem unselbständigen Beweisverwertungsverbot. Wenn bei rechtmäßiger Beweiserhebung es dem Gericht aus später eintretenden bzw. übergeordneten Gründen untersagt ist, das Urteil auf die so gewonnene Tatsache zu stützen, spricht man von einem selbständigen (nicht von einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot abhängigen) Beweisverwertungsverbot.<sup>7</sup>

#### a) Selbständige Beweisverwertungsverbote

Beweisverwertungsverbote können sich direkt aus dem Gesetz (z. B. § 81a Abs. 3 StPO) oder der Verfassung (insbesondere aus

dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ergeben.

#### b) Unselbständige Beweisverwertungsverbote

Wurde gegen ein Beweiserhebungsverbot bzw. gegen Vorschriften des Strafverfahrensrechts verstoßen, so kann sich auch ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot aus einer gesetzlichen Bestimmung oder ungeschriebenen Voraussetzungen ergeben.

Ein ausdrückliches (unselbständiges) Verwertungsverbot statuiert § 136 a Abs. 3 S. 2 StPO, der die Verwertung selbst dann untersagt, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

Ansonsten ist aufgrund einer Einzelfallprüfung zu erörtern, ob der Verstoß zu einem Verwertungsverbot des betreffenden Beweises führt. Welche Kriterien hierfür maßgeblich sein sollen, ist umstritten.<sup>8</sup> In der aktuellen Rechtsprechung ist die Abwägungslehre (aa) vorherrschend, doch werden in die Abwägung auch immer wieder der Rechtskreis- und Schutzzwecktheorie (bb) und (cc) entnommene Kriterien eingestellt.

##### aa) Rechtskreistheorie

Diese für die Verletzung der Belehrungspflicht des § 55 Abs. 2 StPO entwickelte Theorie soll ein allgemeines Kriterium für die Beurteilung darstellen, ob aus einem Verstoß gegen ein Beweisverbot auch ein (revisibles) Beweisverwertungsverbot resultiert. „Nicht alle Bestimmungen – von bloßen Ordnungsvorschriften ganz abgesehen – berühren den Rechtskreis des Angeklagten in gleichem Maße.“<sup>9</sup> Die Reversibilität einer Verletzung eines Beweisverwertungsverbots sei davon abhängig, „ob ihre Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter oder von keiner Bedeutung ist.“<sup>10</sup>

Diese Theorie ist seit jeher auf *Ablehnung* gestoßen. Ihr wird entgegengehalten, dass der Angeklagte beanspruchen könne, dass generell in Übereinstimmung mit der Prozessordnung mit ihm verfahren wird. Er habe nicht lediglich das Recht, dass die seinen Rechtskreis berührenden Vorschriften Beachtung finden.<sup>11</sup> Nichtsdestotrotz findet sich auch in neuerer Rechtsprechung Argumentation, die sich an dieser Theorie orientiert.<sup>12</sup>

##### bb) Schutzzwecktheorie

Demnach soll ein Verwertungsverbot dann zu bejahen sein, wenn die verletzte Beweiserhebungsnorm die Beweisverwertung des verbotswidrig erlangten Beweises erfordere.<sup>13</sup>

Bsp.: Das Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 StPO soll gerade verhindern, dass die dort genannten Gegenstände in einem Strafverfahren verwertet werden. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt nach dieser Theorie zu einem Beweisverwertungsverbot.

<sup>2</sup> Zur folgenden Einteilung statt vieler *Kudlich*, in: MüKo StPO (2014), Einl. Rn. 440.

<sup>3</sup> BGH NJW 2009, 2836 (2837).

<sup>4</sup> Jäger, in: HK-GS, 4. Aufl. (2017), Vorbem. zu §§ 133 ff. Rn. 5.

<sup>5</sup> Ausf. *Kudlich*, in: MüKo StPO (2014), Einl. Rn. 443.

<sup>6</sup> Paul, NSTZ 2013, 489 (490); Fischer, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), Einl. Rn. 387 je mwN.

<sup>7</sup> *Kudlich*, in: MüKo StPO (2014), Einl. Rn. 450.

<sup>8</sup> Zus. *Schmitt*, in Meyer-Gößner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), Einl. Rn. 55a; Paul, NSTZ 2013, 489 (490 ff.).

<sup>9</sup> BGHSt [GrS] 11, 213 (214); vgl. dazu den Leitsatz: „Der Angeklagte kann seine Revision nicht darauf stützen, daß der Vorsitzende einen Zeugen entgegen der Vorschrift der StPO § 55 Abs. 2 nicht über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt hat“ (ibid. S. 213).

<sup>10</sup> BGHSt 11, 213 (215).

<sup>11</sup> Vgl. dazu *Murmann*, JuS-Beil. 2007, 1 (18) mwN.

<sup>12</sup> So etwa in BGHSt 53, 191 (197).

<sup>13</sup> Dazu Paul, NSTZ 2013, 489 (491).

verbot. Gegen diese Meinung wird ins Feld geführt, ihre Anwendung bereite in dem Fall Probleme, in dem der Schutzzweck der entsprechenden Vorschrift nicht eindeutig ist.<sup>14</sup>

### cc) Abwägungslehre

Die Rechtsprechung geht (nunmehr regelmäßig) unter Anwendung der Abwägungslehre vom Einzelfall aus und entscheidet nach Sachlage sowie Art des Verbotes.<sup>15</sup> Sie wägt das staatliche Interesse an Tataufklärung und Strafverfolgung („Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts und der Durchführung des Verfahrens“<sup>16</sup>) gegen das individuelle Interesse des Beschuldigten an der Wahrung seiner Rechte für jeden Einzelfall ab.<sup>17</sup> Kritik der Literatur, ein solches umfassendes Abwägungsmodell sei der Rechtssicherheit nicht dienlich<sup>18</sup>, ficht die Rechtsprechung nicht an. Sie geht i.R. der Abwägung zunächst davon aus, dass es im Strafverfahrensrecht keinen allgemeinen Grundsatz dahingehend gibt, dass aus jedem Verstoß gegen Beweiserhebungspflichten auch ein Verwertungsverbot resultiert.<sup>19</sup> Auch wenn die StPO nicht auf eine Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, schränkt die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein: den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit erforscht und hierzu von Amts wegen die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die relevant sind.<sup>20</sup> Nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, speziell nach dem Gewicht des Verstoßes und der Art des Verbotes ist unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden, ob ein Verwertungsverbot anzunehmen ist.<sup>21</sup> Hierbei sind die Schwere des betreffenden Delikts und das Gewicht des Verfahrensverstößes relevant. Es ist das „Gewicht des [...] Rechtsverstoßes mit in Betracht zu ziehen und ebenso ins Auge zu fassen, ob und inwieweit der damalige Beschuldigte in besonderem Maße des Schutzes bedurfte“.<sup>22</sup> Des Weiteren sollen dabei Rechtskreis- und Schutzzweckerwägungen beachtlich sein.<sup>23</sup>

Zusammenfassend: Maßgeblich bei der Abwägung sind die Schwere des Verfahrensfehlers, seine Auswirkung auf den Beweiswert des Beweismittels, der Schutzzweck der verletzten Norm, das Gewicht des Tatvorwurfs, die Bedeutung des Beweismittels für das Verfahren und für eine wirksame Bekämpfung schwerwiegender Straftaten und die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen. Die Frage, ob ein Beweiserhebungsverbot den Rechtskreis des Beschuldigten schützen soll (Rechtskreistheorie), ist im Rahmen der Abwägungslehre nur ein Abwägungsmerkmal unter vielen; ebenso Schutzzweckerwägungen.

<sup>14</sup> Zu weiterer Krit. vgl. etwa Meyer-Mews, JuS 2004, 126 (128).

<sup>15</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), Einl. Rn. 55a mwN.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 22.11.2001 - 1 StR 220/01, juris Rn. 14.

<sup>17</sup> Vgl. Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), Einl. Rn. 55a mwN.; dazu BVerfG NStZ 2011, 103 (104 Tz. 43 f.): „Die Beurteilung der Frage, welche Folgen ein möglicher Verstoß gegen strafprozessuale Verfahrensvorschriften hat und ob hierzu insbesondere ein Beweisverwertungsverbot zählt, obliegt in erster Linie den zuständigen Fachgerichten [...]. Die Strafgerichte gehen in gefestigter, verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Rechtsprechung davon aus, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, demzufolge jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist, und dass die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden ist“.

## II. Einschlägiges Verfahrensrecht bei Gesetzesänderung vor Verfahrensabschluss

Die Entscheidung des Senats betrifft nun eine Situation, in der sich das **einschlägige Verfahrensrecht**, hier § 81a Abs. 2 StPO als für die Beweisgewinnung entscheidende Vorschrift, **vor Abschluss des Strafverfahrens ändert**. Der Senat wendet nicht etwa die alte, im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils geltende Fassung des § 81a Abs. 2 StPO an, sondern die im Zeitpunkt seiner Entscheidung geltende, neue Fassung. Infolge dessen kann eine nach altem Recht unrechtmäßige, zu einem Beweisverwertungsverbot führende Beweisgewinnung nachträglich rechtmäßig und das betreffende Beweismittel verwertbar werden. Dies mag man kritisieren.<sup>24</sup> Gleichviel findet das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG auf Verfahrensrecht ebenso wenig Anwendung wie § 2 StGB.<sup>25</sup> Falls – wie hier – nicht explizit etwas anderes bestimmt ist, es also keine abweichende Übergangsregelung gibt, verbleibt es bei dem anerkannten Grundsatz, wonach bei Änderung strafprozessualer Vorschriften im Verlauf eines anhängigen Strafverfahrens das neue Strafverfahrensrecht für das weitere Verfahren maßgebend ist.<sup>26</sup> Daher kann die Verwertung eines nach altem Recht unzulässig erhobenen Beweismittels nach neuem Recht zulässig sein, ein etwaig bestehendes Verwertungsverbot entfallen.<sup>27</sup>

Diese Konsequenz – hier an einem Übergangsfalle im Kontext des § 81a StPO exemplifiziert – kann weitreichende Konsequenzen für einen Schuldspruch haben. Dies und der Umstand, dass die vorliegende Entscheidung die – soweit ersichtlich – erste zu § 81a StPO-Übergangsfälle sowie eine der seltenen neueren obergerichtlichen Stellungnahmen zum Problemkomplex allgemein ist, macht sie besonders (prüfungs-)relevant.

### Dr. Guido Philipp Ernst

Richter am Landgericht und Arbeitsgemeinschaftsleiter  
Landgericht Stuttgart  
Lehrbeauftragter  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg  
Repetitor  
Alpmann/Schmidt (Assessorkurs)  
Stuttgart

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>18</sup> Kudlich, in: MüKo StPO (2014), Einl. Rn. 460 mwN.

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2008, 3053 (3054); BGH NJW 2007, 2269 (2271); OLG Brandenburg, OLGSt § 81a StPO Nr. 9, II., 2., b).

<sup>20</sup> OLG Hamm DAR 2009, 280 (280); zum Verhältnis von Wahrheitserforschung und Beweisverwertungsverboten vgl. Beulke, JURA 2009, 653 (665 f).

<sup>21</sup> Ernst, JURA 2011, 94 (96) mwN.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2004, 450 mwN.

<sup>23</sup> Vgl. etwa Hinderer, JA 2012, 115 (117); auch BGHSt 53, 191 (197) und die Bespr. von Gless, NStZ 2010, 98 ff.

<sup>24</sup> Krit. zu der vom Senat zugrunde gelegten Sichtweise Kudlich, in: MüKo StPO (2014), Einl. Rn. 610; weitere Krit. bei Stam, NZV 2018, 196.

<sup>25</sup> Vgl. etwa nur Schwarz, JA 2013, 683 (684) und Fischer, StGB, 66. Aufl. (2018), § 2 Rn. 7.

<sup>26</sup> Dazu BGHSt 22, 321 (325); 26, 288 (289).

<sup>27</sup> Zum Vorstehenden ausf. Ernst, DAR 2018, 392.

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Zur Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG

Urteil vom 21. November 2017, Az.: 2 BvR 2177/16 - „Kinderbetreuungsurteil“

1. Zu den für die Länder zwingenden Vorgaben des Grundgesetzes gehört Art. 28 Abs. 2 GG. Das Landesrecht darf daher keine Regelungen enthalten, die mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar sind (Rn. 49).

2. Der Grundsatz der Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG findet keine Anwendung, wenn die landesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung hinter dem Gewährleistungsniveau des Art. 28 Abs. 2 GG zurückbleibt (Rn. 50).

3. Zu den grundlegenden Strukturelementen von Art. 28 Abs. 2 GG gehört die Eigenständigkeit der Gemeinden auch und gerade gegenüber den Landkreisen.

4. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG konstituiert ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach der Gesetzgeber den Gemeinden örtliche Aufgaben nur aus Gründen des Gemeinwohls entziehen darf. Das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Zuständigkeitskonzentration scheidet als Rechtfertigung eines Aufgabenentzugs aus. Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung rechtfertigen eine Hochzonung erst, wenn ein Belassen der Aufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde (Rn. 84).

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt

Bei den Beschwerdeführerinnen der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG handelt es sich um acht kreisangehörige sachsen-anhaltinische Gemeinden. Sie waren gemäß § 3 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 und Abs. 2 des Gesetzes zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt (Kinderförderungsgesetz - KiFöG LSA) vom 5. März 2003 zuvor Verpflichtete des Anspruchs auf Kinderbetreuung. Mit Art. 1 Nr. 2 lit.c des Gesetzes zur Änderung des Kinderförderungsgesetzes und anderer Gesetze vom 23. Januar 2013 – einem Artikelgesetz – hat der Landesgesetzgeber die Regelung neu gefasst und die Verpflichtung zur Erfüllung dieses Anspruchs in § 3 Abs. 4 i.V.m. Verbindung mit Abs. 1 und Abs. 2 KiFöG LSA auf die Landkreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe übertragen. Gegen diese Regelung richtet sich

die Kommunalverfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen.

Das BVerfG hatte auf Antrag der Beschwerdeführerinnen also über eine Regelung des sachsen-anhaltinischen Landesrechts zu entscheiden, mit der der Landesgesetzgeber die Zuständigkeit für die Erfüllung des Kinderbetreuungsanspruchs von den Gemeinden auf die Landkreise und kreisfreien Städte „hochgezont“ hat. Relevanz hat diese Aufgabenverlagerung freilich für die Beschwerdeführerinnen als kreisangehörige Gemeinden nur im Verhältnis zu den Landkreisen, weil sie sich effektiv nur dort niederschlägt, da den kreisfreien Städten als Gemeinden ohnehin alle Aufgaben der Landkreise zugewiesen sind.

Die Änderung des KiFöG LSA sieht neben der Verlagerung der für die Gemeinden seit 2003 bestehenden Pflicht zur Bereitstellung von Plätzen in Kindertageseinrichtungen auf die Landkreise und kreisfreien Städte zudem noch die Einführung von bestimmten Qualitätsanforderungen und eine Neuregelung der Finanzierung der Kinderbetreuung vor. Im Fokus dieser Besprechung soll allerdings mit Blick auf die materiell-rechtlichen Aspekte der Entscheidung nur die Zulässigkeit der sog. Aufgabenhochzonung stehen (dazu näher unter B.II.4.).

Im Ergebnis hat das BVerfG die von den Beschwerdeführerinnen als verfassungswidrigen Aufgabenentzug gerügte Zuständigkeitsübertragung von den kreisangehörigen Gemeinden auf die Landkreise und die kreisfreien Städte gebilligt. Es hat bei verfassungskonformer Auslegung im Ergebnis keinen Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG angenommen.

#### B) Die Entscheidung des Zweiten Senates

##### I. Allgemeine Einordnung

Der Zweite Senat des BVerfG hatte in der Sache in erster Linie über die Zulässigkeit der Aufgabenhochzonung bezüglich des Anspruchs auf Kindertagesbetreuung durch die landesrechtliche Neuregelung zu entscheiden. Wie zu zeigen sein wird (B) II. 4.), bestätigt das Gericht in seinem Urteil vom 21. November 2017 unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die seit dem Rastede-Beschluss<sup>1</sup> aus dem Jahre 1988 für den Aufgabenentzug durch den einfachen Gesetzgeber gelten. Hervorzuheben ist aber, dass die Ausführungen des BVerfG gerade in der Zulässigkeit – und hier insbesondere zur Frage der Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG – als eine

<sup>1</sup> BVerfGE 79, 127.

Klarstellung und Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung zu werten sind (dazu näher unter B.II.2.).

Entscheidend für das Verständnis des Urteils vom 21. November 2017 ist der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen zu einem Kreis von Gemeinden gehören, die bereits im Jahre 2014 überwiegend erfolglos vor dem Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt gegen die Regelungen des KiFöG LSA im Wege der Landeskommunalverfassungsbeschwerde vorgegangen und dort weitgehend unterlegen waren.<sup>2</sup>

Bedeutsam ist dies deshalb, weil das BVerfG die bundesverfassungsrechtliche Kommunalverfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen in der vorliegenden Angelegenheit gleichwohl (nochmals) zugelassen hat, obschon es eine eigenständige Landeskommunalverfassungsbeschwerde in Sachsen-Anhalt gibt und damit an sich die Subsidiaritätsanordnung aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG greifen würde. Hierin ist – wie zu zeigen sein wird – eine Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zu erblicken, die sich gleichwohl als eine Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung zur Subsidiaritätsbestimmung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG versteht. Im Übrigen erscheint die hier besprochene Entscheidung auch eher auf der Linie bisheriger Judikate des BVerfG zu liegen.

Gleichwohl lohnt es sich, sie auch und gerade unter didaktischen Gesichtspunkten anhand der Leitsätze zu erläutern, weil sie Ausdruck sich fortentwickelnder Verfassungsrechtsprechung ist und sich trotz mancher etwas überhöhenden Ausdeutung des Urteils vom 21. November 2017 als „Rechtsprechungswende“<sup>3</sup> doch eher als Kontinuum in der Judikatur des BVerfG zur kommunalen Selbstverwaltung darstellt. Es handelt sich bei richtiger Lesart vielmehr um eine Präzisierung und Festigung wesentlicher Grundsätze, die auf die grundlegende und bis heute maßgebliche Rastede-Entscheidung<sup>4</sup> vom 23. November 1988 des BVerfG zum Verhältnis von gemeindlicher und gemeindeverbandlicher (insbesondere der kreislichen) Selbstverwaltung zurückgehen. Dies betrifft – wie angedeutet – zum einen die materiell-rechtlichen Ausführungen des Gerichts, die sich aber im Kern (so insbesondere in den Leitsätzen 3 und 4 und den zugehörigen Gründen der Entscheidung) mit der bisherigen Judikatur weitgehend decken (siehe sogleich näher unter B.II.3. und B.II.4.). Zum anderen gilt es – insbesondere – für die in der Zulässigkeit zu behandelnde Frage der Subsidiarität der Bundeskommunalverfassungsbeschwerde (siehe unter B.II.2.), zu der das BVerfG in diesem Urteil präzisierend Stellung bezogen hat.

## II. Darstellung der wesentlichen Inhalte der Entscheidung anhand der Leitsätze

### 1. Art. 28 Abs. 2 GG als zwingende Vorgabe für das Landesrecht (Leitsatz 1)

Das BVerfG hat in der Entscheidung vom 21. November 2017 zunächst noch einmal das Verhältnis von bundesverfassungsrecht-

licher Garantie (Art. 28 Abs. 2 GG) und landesverfassungsrechtlicher Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung in den Blick genommen. Es führt hierzu in Ausfüllung des ersten Leitsatzes an der maßgeblichen Stelle in den Gründen wie folgt aus<sup>5</sup>:

**„[...] Zu den für die Länder zwingenden Vorgaben des Grundgesetzes gehört auch Art. 28 Abs. 2 GG. In ständiger Rechtsprechung hat nicht nur das Bundesverfassungsgericht Bestimmungen des Landesrechts unmittelbar am Maßstab des Art. 28 Abs. 2 GG gemessen (zuletzt BVerfGE 138, 1, 16 ff. Rn. 43 ff.). [...] Das Landesrecht darf daher keine Regelungen enthalten, die mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar sind. Aus der Sicht des Grundgesetzes macht es dabei keinen Unterschied, ob es sich um ein einfaches Landesgesetz oder eine Regelung der Landesverfassung handelt. Auch Letztere darf dem Grundgesetz nicht widersprechen. Bleiben die landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen hingegen hinter der Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zurück, verstieße ein mit dieser Garantie unvereinbares Landesgesetz zwar nicht gegen die Landesverfassung; das Landesverfassungsgericht könnte einen entsprechenden Verstoß auch nicht feststellen. An der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz ändert dies indes nichts.“**

Prima facie könnte daraus geschlossen werden, dass das BVerfG im vorliegenden Urteil bezüglich des zu garantierenden Schutzniveaus einen gegenüber seiner bisherigen Rechtsprechung strikteren Maßstab an die Einhaltung der grundgesetzlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG durch die Landes(verfassungs-)gesetzgeber verlange. Denn sowohl der Leitsatz als auch bereits die Einleitung der zuvor zitierten Urteilspassage verweisen recht deutlich auf den gleichsam zwingenden Charakter der bundesverfassungsrechtlichen Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG, an die der Landes(verfassungs-)gesetzgeber gebunden ist. Hieraus könnte geschlossen werden, dass der bisherige Grundsatz, wonach es den Landesgesetzgebern – und zwar auch und gerade mit Blick auf die Verfassungsautonomie der Länder – offenstehe, über die Anforderungen der bundesverfassungsrechtlich eingeräumten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie hinauszugehen<sup>6</sup>, begrenzt sei.

Es entspricht nämlich der bisherigen – und, soweit ersichtlich, unbestrittenen – Auffassung, dass die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung im Grundgesetz nur einen Mindeststandard gewährleistet und ihrerseits damit den Rahmen für die landesgesetzliche Ausgestaltung und Weiterentwicklung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Gemeindeverbände durch den nach der föderalen Kompetenzordnung zuständigen Landes(verfassungs-)gesetzgeber bildet.<sup>7</sup>

Wenn das BVerfG in der vorliegenden Entscheidung feststellt, dass das Landesrecht keine Regelungen enthalten dürfe, die mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar sind, muss allerdings berücksichtigt werden, dass dieses Diktum nur insoweit Geltung bean-

<sup>2</sup> LVerfG LSA DVBl. 2015, 1535 ff.

<sup>3</sup> Henneke, VBIBW 2018, S. 265 (267), mit den Ergebnissen des 25. DLT-Professorengesprächs am 19./20.03.2018, in dessen Fokus vor allem die hier besprochene Entscheidung des BVerfG stand.

<sup>4</sup> BVerfGE 79, 127.

<sup>5</sup> BVerfG BeckRS 2017, 131817, Rn. 49.

<sup>6</sup> Bislang ganz hM., vgl. etwa Henneke, DVBl. 2015, S. 1539 (1541); Lange, Kommunalrecht (2013), Kap. I, Rn. 5 ff.; Pautsch, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 71 Rn. 4 mwN.

<sup>7</sup> Pautsch, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 71 Rn. 4, unter Verweis u.a. auf BVerfGE 1, 172 (176); 26, 172 (181); 56, 298 (310); siehe auch Gern/Brüning, Deutsches Kommunal-

sprechen kann, soweit die „[...] *landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen hinter der Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zurückbleiben* [...]“.<sup>8</sup> Dieser Passus, der gleichsam einen Vorbehalt darstellt, welcher das gesamte Urteil in seinen Grundaussagen betrifft, ist von eminenter Bedeutung. Er drückt nämlich abermals nur aus, dass allein der bereits erwähnte Mindeststandard an institutioneller Gewährleistung des Grundgesetzes maßgeblich ist, hinter dem die Landesverfassungen bei der eigenständigen Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung vor allem mit Blick auf die Gemeinden nicht zurückbleiben dürfen. Nicht mehr und nicht weniger bringen Leitsatz 1 und insbesondere die zitierte Rn. 49 zum Ausdruck. Damit liegt auch die hier besprochene Entscheidung ganz auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Es bleibt also den Landesverfassungsgesetzgebern unbenommen, auch weiterhin Regelungen über die kommunale Selbstverwaltung in ihren Landesverfassungen zu treffen, die über die Mindestgewährleistung des Art. 28 Abs. 2 GG hinausgehen. Dahinter zurückbleiben dürfen sie freilich (auch weiterhin) nicht. Ein etwaiges Zurückbleiben hinter dem Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG eröffnet – und hierin liegt, wie sogleich zu zeigen ist, der eigentliche klarstellende Mehrwert der Entscheidung vom 21. November 2017 – trotz der Subsidiaritätsanordnung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG eine über die von den Beschwerdeführerinnen auch hier zunächst gewählte und auch angezeigte Anrufung des Landesverfassungsgerichts hinausgehende Klagemöglichkeit im Wege der Bundeskommunalverfassungsbeschwerde zum BVerfG.

## 2. Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG greift nicht (Leitsatz 2)

Von größerer Tragweite sind – wie zuvor angedeutet – freilich die vom BVerfG in der Zulässigkeit getroffenen Ausführungen zur Subsidiaritätsanordnung nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG. Denn das Gericht präzisiert insoweit seine bisherige Rechtsprechung anlässlich der Entscheidung zum KiFöG LSA.

Die maßgebliche prozessuale Verfassungsbestimmung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG lautet wie folgt<sup>9</sup>:

„Das Bundesverfassungsgericht entscheidet [...]“

*4b über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Artikel 28 durch ein Gesetz, bei Landesgesetzen jedoch nur, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann; [...]“*

Der bisherigen Linie entsprach es weitgehend, diese Subsidiaritätsbestimmung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG so zu verstehen, dass

das „soweit“ in der zitierten Vorschrift eher wie ein starres „wenn“ auszudeuten ist.<sup>10</sup>

Nunmehr stellt das BVerfG – mindestens präzisierend<sup>11</sup>, wenn nicht sogar etwas über die bisherige Judikatur hinausgehend – fest, dass dann, wenn das Landesverfassungsrecht Regelungen enthält, die mit Art. 28 Abs. 2 GG deshalb unvereinbar sind, weil sie keinen vergleichbaren Schutz der gemeindlichen Selbstverwaltung wie das Grundgesetz enthalten, die Subsidiaritätsbestimmung aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG nicht greift. Anders gewendet: Bleibt die landesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung hinter dem Gewährleistungsniveau des Art. 28 Abs. 2 GG zurück, ist insoweit die Kommunalverfassungsbeschwerde zum BVerfG trotz Bestehens einer landesverfassungsrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde bzw. eines vergleichbaren Verfahrens<sup>12</sup> statthaft.

Das BVerfG führt dazu in der hier besprochenen Entscheidung an zentraler Stelle aus<sup>13</sup>:

„[...] *Vor diesem Hintergrund findet der Grundsatz der Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG keine Anwendung, wenn die landesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung hinter dem Gewährleistungsniveau des Art. 28 Abs. 2 GG zurückbleibt. Der Vorrang der Landesverfassungsgerichtsbarkeit reicht nur so weit, wie die Landesverfassung den Garantiegehalt von Art. 28 Abs. 2 GG auch im Wesentlichen abdeckt und seine Wahrung von der Landesverfassungsgerichtsbarkeit überprüft werden kann. Die Subsidiaritätsklausel greift daher zum einen nicht ein, wenn der landesverfassungsrechtliche Rechtsschutz hinter dem durch das Bundesverfassungsgericht gewährten Rechtsschutz zurückbleibt und keine Überprüfung untergesetzlicher Normen zulässt [...]*“

Im konkreten Fall hat das BVerfG mit Blick auf das Land Sachsen-Anhalt festgestellt, dass nach Maßgabe der Landesverfassung (Art. 87 Verf. LSA) kein gleichwertiger verfassungsrechtlicher Schutz der gemeindlichen Selbstverwaltung wie nach Art. 28 Abs. 2 GG bestehe. Dies sei daraus zu folgern, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Maßgabe des Landesverfassungsrechts nicht hinreichend zwischen Gemeinden und Landkreisen unterscheide, sondern alle kommunalen Körperschaften einheitlich unter dem Begriff der „Kommunen“ zusammenfasse. Überdies fehle es in der Landesverfassung an einem daraus ableitbaren Aufgabenverteilungsprinzip, aus dem ein prinzipieller Vorrang der Gemeindeebene vor der Kreisebene zu schließen wäre.

recht, 4. Aufl. (2019), S. 84 f. 112; Löwer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. (2012), Art. 28 Rn. 34 („Minimalstandard“); Lange, Kommunalrecht (2013), Kap. I, Rn. 5 ff.

<sup>8</sup> BVerfG, BeckRS 2017, 131817, Rn. 49.

<sup>9</sup> Sie findet sich in sehr ähnlicher Formulierung auch einfachgesetzlich in § 91 Satz 2 BVerfGG wieder: „Die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht ist ausgeschlossen, soweit eine Beschwerde wegen Verletzung des Rechtes auf Selbstverwaltung nach dem Rechte des Landes beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann.“

<sup>10</sup> So die Einschätzung von Lange, wiedergegeben in dem zusammenfassenden Beitrag von Henneke, in: VBIBW 2018, S. 265 (266 f.).

<sup>11</sup> Vgl. Pautsch, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 76 Rn. 5 Fn. 15.

<sup>12</sup> So etwa das landesverfassungsrechtlich eröffnete Verfahren nach Art. 76 LV-BW, das als Normenkontrolle ausgestaltet ist, aber zugleich Züge der Kommunalverfassungsbeschwerde trägt, vgl. näher dazu Pautsch, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 76 Rn. 1.

<sup>13</sup> BVerfG BeckRS 2017, 131817, Rn. 50.

### 3. Eigenständigkeit der Gemeinden gegenüber den Kreisen als Strukturelement von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG (Leitsatz 3)

Der dritte Leitsatz bekräftigt nochmals – unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen des BVerfG –, dass es sich bei der Eigenständigkeit der Gemeinden gegenüber den Landkreisen um ein Strukturelement von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG handelt. In den Gründen nimmt das BVerfG indes diesen Grundsatz sowie das daraus folgende Aufgabenverteilungsprinzip zwischen Gemeinden und Kreisen nur noch einmal wiederholend – allerdings unter umfänglicher Heranziehung früherer Rechtsprechung – auf<sup>14</sup>:

„[...] Wesentliche Gewährleistungsinhalte von Art. 28 Abs. 2 GG sind solche, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass die institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung substantiell verändert würde. Dazu gehören unter anderem die Gewährleistung eines eigenen Aufgabenbereichs der Gemeinden sowie die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerfüllung (vgl. BVerfGE 138, 1 (18 Rn. 52)). Zu den grundlegenden Strukturelementen von Art. 28 Abs. 2 GG gehört zudem die Eigenständigkeit der Gemeinden auch und gerade gegenüber den Landkreisen (vgl. BVerfGE 21, 117 (128 f.); 23, 353 (365); 79, 127 (150)). Ferner ist das durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG statuierte verfassungsrechtliche Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden hierher zu rechnen (BVerfGE 79, 127 (150 f.); 83, 363 (383); 91, 228 (236); 110, 370 (400); 137, 108 (156 f. Rn. 114); 138, 1 (19 Rn. 54 ff.)), das auch der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu beachten hat (vgl. BVerfGE 79, 127 (150 ff.); 107, 1 (12); 110, 370 (399 ff.); 137, 108 (156 f. Rn. 114); 138, 1 (15 Rn. 41)) sowie die für die Entziehung einer solchen Angelegenheit geltenden strengen Rechtfertigungsanforderungen (vgl. BVerfGE 138, 1 (19 Rn. 54)) [...]“

### 4. Verfassungsrechtliche Anforderungen an einen Aufgabenzug (Leitsatz 4)

Eine maßgebliche Wende in der bisherigen Rechtsprechung oder gar eine Abkehr von bisherigen Judikaten lässt sich auch dem vierten Leitsatz und den entsprechenden Ausführungen hierzu in den Gründen nicht entnehmen. Vor allem die Lektüre der maßgeblichen Rn. 84 lässt sogar eher auf eine Bestätigung der Rastede-Entscheidung<sup>15</sup> schließen. Denn in diesem Beschluss hatte das BVerfG erstmals und grundlegend die Anforderungen an die mit einem Aufgabenzug verbundene Hochzonung von Aufgaben von der Gemeinde- auf die Kreisebene mit der Maßgabe herausgearbeitet, dass das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung als Rechtfertigung für einen Aufgabenzug allein nicht ausreiche<sup>16</sup>:

„[...] Eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter darf der Gesetzgeber den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also dann entziehen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. **Demgegenüber scheidet das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Zuständigkeitskonzentration - etwa im Interesse der Übersichtlichkeit der öffentlichen Verwaltung - als Rechtfertigung eines Aufgabenzugs aus;** denn dies zielte ausschließlich auf die Beseitigung eines Umstandes, der gerade durch die

vom Grundgesetz gewollte dezentrale Aufgabenansiedlung bedingt wird. Auch Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung insgesamt rechtfertigen eine „Hochzonung“ nicht schon aus sich heraus, sondern erst dann, wenn ein Belassen der Aufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde. Eine zentralistisch organisierte Verwaltung könnte allerdings in vielerlei Hinsicht rationaler und billiger arbeiten; die Verfassung setzt diesen ökonomischen Erwägungen jedoch den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben [...] entgegen und gibt ihm den Vorzug. Der Staat ist daher zunächst darauf beschränkt sicherzustellen, daß die Gemeinden ihre Angelegenheiten nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllen; daß andere Aufgabenträger in größeren Erledigungsräumen dieselbe Aufgabe insgesamt wirtschaftlicher erledigen könnten, gestattet - jedenfalls grundsätzlich - keinen Aufgabenzug.“

Kein anderes Verständnis liegt auch der hier besprochenen Entscheidung hinsichtlich ihrer materiell-rechtlichen Einordnung zugrunde. Denn auch im Urteil des Zweiten Senats vom 21. November 2017 heißt es an der entscheidenden – den vierten Leitsatz ausfüllenden – Stelle in den Gründen wie folgt<sup>17</sup>:

„[...] Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG konstituiert ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach der Gesetzgeber den Gemeinden örtliche Aufgaben nur aus Gründen des Gemeinwohls entziehen darf, vor allem wenn die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung anders nicht sicherzustellen wäre. **Das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Zuständigkeitskonzentration - etwa im Interesse der Übersichtlichkeit der öffentlichen Verwaltung - scheidet als Rechtfertigung eines Aufgabenzugs aus;** denn dies zielte ausschließlich auf die Beseitigung eines Umstandes, der gerade durch die vom Grundgesetz gewollte dezentrale Aufgabenansiedlung bedingt ist (BVerfGE 138, 1, 21 Rn. 58; vgl. BVerfGE 79, 127, 153). Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung rechtfertigen eine Hochzonung erst, wenn ein Belassen der Aufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde. Auch wenn eine zentralistisch organisierte Verwaltung rationaler und billiger arbeiten könnte, setzt die Verfassung diesen ökonomischen Erwägungen den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben entgegen und gibt ihm den Vorzug. Der Staat ist daher zunächst darauf beschränkt, sicherzustellen, dass die Gemeinden ihre Angelegenheiten nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllen; dass andere Aufgabenträger in größeren Erledigungsräumen dieselbe Aufgabe insgesamt wirtschaftlicher erledigen könnten, gestattet – jedenfalls grundsätzlich – keinen Aufgabenzug (BVerfGE 138, 1, 21 Rn. 58; vgl. BVerfGE 79, 127, 153 f. [...])“

<sup>14</sup> BVerfG BeckRS 2017, 131817, Rn. 59.

<sup>15</sup> BVerfGE 79, 127 (152).

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> BVerfG, BeckRS 2017, 131817, Rn. 84.

Diese bereits im Rastede-Beschluss<sup>18</sup> angelegte und in der auch im vorliegenden Urteil in Bezug genommenen späteren Entscheidung<sup>19</sup> bekräftigte Linie in der bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung wird letztlich auch im Urteil vom 21. November 2017 insoweit bestätigt, als mit ihr die anzulegenden materiellen Kriterien an eine „Hochzonung“ von Aufgaben von den (kreisangehörigen) Gemeinden auf die Landkreise abermals als verfassungsrechtlich zwingend angesehen werden.

### C) Fazit

Das hier besprochene „Kinderbetreuungsurteil“<sup>20</sup> des BVerfG vom 21. November 2017 bringt wesentlich Neues nur mit Blick auf die Geltung der Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG. Bleibt die landesverfassungsrechtliche Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung hinter der Mindestgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG zurück, bleibt insoweit der Weg zum BVerfG mittels der Bundeskommunalverfassungsbeschwerde des Grundgesetzes eröffnet. Insoweit handelt es sich zweifellos um eine Präzisierung der bisherigen Rechtsprechungslinie zu Reichweite und Geltung der Subsidiaritätsanordnung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG. Darüber hinaus stellt sich das Urteil allerdings nicht als Ausdruck einer „Rechtsprechungswende“ dar, wie zuweilen angenommen wird.<sup>21</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn man sich anhand der vier Leitsätze und der entsprechenden Gründe vergegenwärtigt, dass das BVerfG weithin die bisherige Judikatur insbesondere zum Verhältnis der Gewährleistungsniveaus zwischen Art. 28 Abs. 2 GG und den Landesverfassungen bestätigt. Das betrifft auch und gerade die gefestigte „Mindeststandardthese“ bezüglich Art. 28 Abs. 2 GG und die daraus abgeleitete Erkenntnis, dass die Länder hinter diesem grundgesetzlichen Mindeststandard nicht zurückbleiben, wohl aber über ihn hinausgehen dürfen.<sup>22</sup> Hieran hat das BVerfG bei Lichte besehen gerade nicht gerüttelt, sondern den Kommunen mit der Eröffnung der Bundeskommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG nur eine verfassungsprozessuale Überprüfungsmöglichkeit zur Seite gestellt, wenn und soweit das Schutzniveau auf der Ebene der Landesverfassungen nicht eingehalten wird. Sie ist auch in all denjenigen Fällen statthaft, in denen, um abschließend noch einmal das BVerfG sprechen zu lassen, „[...] der landesverfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in der autoritativen Auslegung des Landesverfassungsgerichts wesentliche Gewährleistungsinhalte von Art. 28 Abs. 2 GG fehlen [...]“.<sup>23</sup> Dem ist nichts hinzuzufügen.

## Prof. Dr. Arne Pautsch

Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften  
Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>18</sup> Siehe schon die Nachweise in Fn. 16 und 17.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 19. November 2014 - 2 BvL 2/13 (Hochzonung der Schulnetzplanung).

<sup>20</sup> So die Bezeichnung etwa bei Lange, ZG 2018, S. 75.

<sup>21</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 3 und 11.

<sup>22</sup> Pautsch, in: Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar (2018), Art. 71 Rn. 4.

<sup>23</sup> BVerfG BeckRS 2017, 131817, Rn. 58.



# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck  
 Pius Dolzer  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 Maik Kniebel  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Schriftleiter)*  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Quetzal Rojano-Adam  
 Gabriel Schmidt  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Philipp Trautmann  
 Betül Turgan  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.  
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
 Doblerstrasse 15  
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Vorsitzender)*  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellv. Vorsitzender)*  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
*(Schatzmeister)*  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
*(Ressortleiter Strafrecht)*  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
*(Ressortleiter Öffentliches Recht)*

8. Jahrgang (2018)

ISSN 2195-044X

## Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann  
 RiLG Dr. Ralf Dietrich  
 Prof. Dr. Jörg Eisele  
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
 Prof. Dr. Volker Haas  
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
 RD Jochen Heinz  
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)  
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
 Prof. Dr. Alexander Proelß  
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
 Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun  
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
 Prof. Dr. Christian Traulsen  
 RA Dr. Werner Walk  
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011  
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.  
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:  
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

## Beiträge in früheren Ausgaben

3/2018   <i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018   <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018   <i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018   <i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017   <i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht
4/2017   <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017   <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017   <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017   <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017   <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017   <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017   <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016   <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordpa- ragraphen
4/2016   <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016   <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016   <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Not- wehr?
1/2016   <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völker- rechtlicher Vorgaben
4/2015   <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015   <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015   <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015   <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015   <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015   <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolg- saussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?

4/2014   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
2/2012   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
1/2012   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
1/2012   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
1/2011   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
1/2011   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de). Unter ► <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen