

ASSESSORKURS

KONZEPTHEFT

Leseprobe der Kursunterlagen

Zivilrecht

Strafrecht

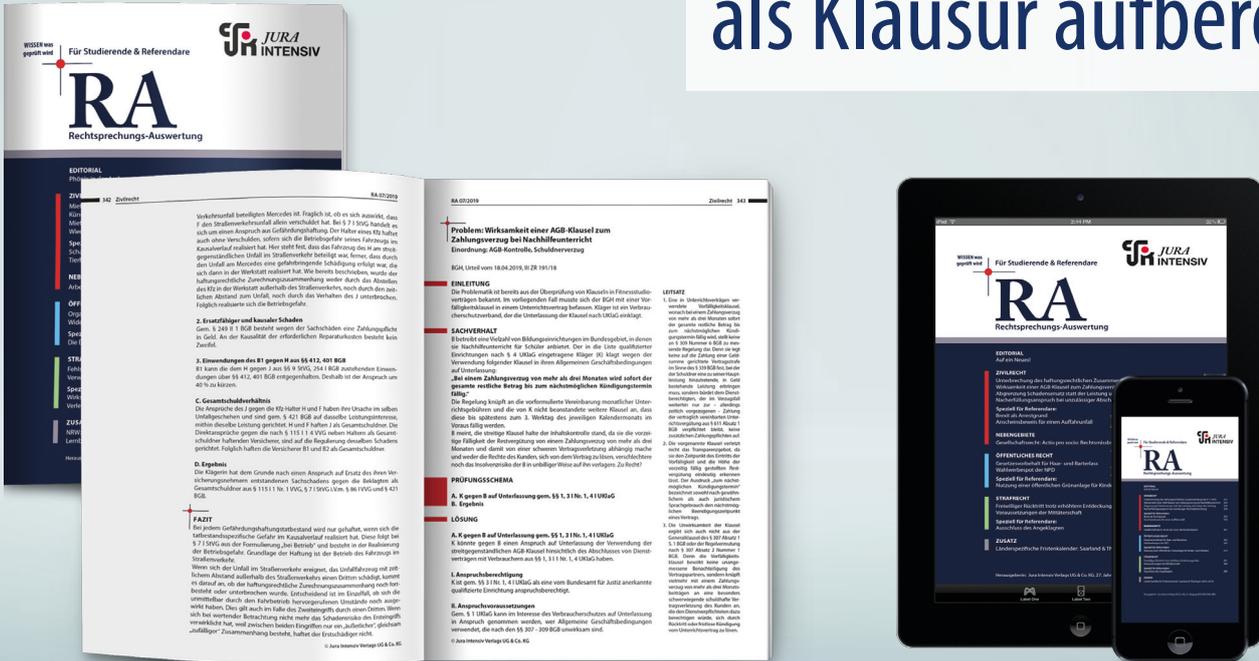
Auszug aus RA-Rechtsprechungsauswertung

Öffentliches Recht

REPETITORIUM

Die wichtigsten Gerichtsentscheidungen

als Klausur aufbereitet



© Ron Dale - stock.adobe.com

RA - Die Ausbildungszeitschrift

- ✓ Grundsätzlicher Aufbau:
Einleitung • Sachverhalt • Prüfungsschemata • Lösung • Fazit
- ✓ Besonderer Bereich für **Referendare**:
In den drei Rechtsgebieten Zivilrecht, öffentliches Recht und Strafrecht werden speziell für Referendare wichtige Entscheidungen besonders hervorgehoben.
In diesen ersetzt der Urteils- den Gutachtenstil, sofern sich dies anbietet.
- ✓ Kostenlose Sonderbeilagen zu Gesetzesreformen oder besonders einschneidenden Themen

Vorteil im Abo:
RA Archiv
RA Telegramm
RA Audios

RA Print • RA Print Abo • RA Digital • RA Digital Abo



Weitere Informationen und Preise zu unseren Produkten finden Sie in unserem Onlineshop!

verlag.jura-intensiv.de



Stand: Juli 2022

Inhaltsübersicht

Der Assessorkurs

Das Konzept

A. Zivilrecht

I. Übersichten:

1. Grundübersicht: Der Sachbericht in der Relation.....	1
2. Aufbau und Grundlagen der Klägerstation.....	2
3. Zusammenstellung der Gerichtsstände	4

II. Besprechungsakte: "Abgekühlt"	5
<i>[Anwaltsklausur aus Beklagtersicht]</i>	

B. Strafrecht

I. Übersichten:

1. Verdachtsstufen der StPO	27
2. Die Beschuldigtenstellung	28
3. Zuständigkeiten der Tatgerichte in 1. Instanz.....	30

II. Besprechungsakte: "Koslowski"	32
<i>[Anklageschrift]</i>	

(Hinweis: es handelt sich bei dem Fall Koslowski nicht um eine 5 Std. Klausur, sondern um den 1. Besprechungsfall zum Heranführen an die Materie)

© nur echt mit dem JI - Logo

Die essenziellen Examensthemen zum schnellen Wiederholen



Die CRASHKURS-Reihe:

- ✓ Die richtige Vorbereitung ab dem Hauptstudium bis zum Referendariat
- ✓ Kompakte Vermittlung des materiellen Rechts
- ✓ Zum schnellen Wiederholen des Examenswissens
- ✓ Überblick über die essenziellen Examensthemen, die in der Klausur und der mündlichen Prüfung immer präsent sein müssen
- ✓ Hervorhebung von Prüfungsschemata und aktueller Rechtsprechung

ab dem Hauptstudium: **CRASHKURS**

Crashkurs Zivilrecht

Crashkurs Strafrecht

Crashkurs Strafrecht Bayern

Crashkurs Arbeitsrecht

Crashkurs Sammelausgabe
Handels- & Gesellschaftsrecht

Crashkurs Öffentliches Recht (länderspezifisch)

• Baden-Württemberg

• Bayern

• Berlin

• Brandenburg

• Bremen

• Hamburg

• Hessen

• Niedersachsen

• Nordrhein-Westfalen

• Rheinland-Pfalz

• Saarland

• Sachsen

• Sachsen-Anhalt

• Thüringen

ab dem Referendariat: **CRASHKURS Assex**

Crashkurs Assex Anwaltsklausur - Zivilrecht

Crashkurs Assex Strafurteil - S2-Klausur

Alle Skripte
sind in unserem
Onlineshop
versandkostenfrei
erhältlich!



Standort: Assex / ZPO I / Sachbericht in der Relation

Grundübersicht: Der Sachbericht in der Relation

I. Aufgabe des Tatbestandes:

Darlegung von Tatsachen
 Der juristisch nicht vorgebildete Leser muss in der Lage sein, den Sachverhalt zu verstehen.

II. Stilistische Notwendigkeiten

1. Juristische Begriffe müssen durch tatsächliche Begriffe ersetzt werden.

anstelle der Sätze:

„Die Parteien, einigten sich auf das Zustandekommen eines Factoringvertrages. Dabei waren sie in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt.“

könnte es heißen:

„Die Parteien einigten sich darauf, dass der Beklagte die Forderungen des Klägers ankaufen solle. Zum Zeitpunkt dieser Einigung waren der Beklagte 17 und der Kläger 15 Jahre alt.“

Bestimmte juristische Begriffe, wie Eigentum, Kauf oder Miete (sog. Rechtstatsachen) gehören zum allgemeinen Sprachgebrauch und werden auch von Nicht-Juristen verstanden, so dass sie in dem Tatbestand genannt werden dürfen.

2. Grammatikalische Richtigkeit

Es ist auf die richtige Zeitform zu achten; Tempuswechsel zeigen an, dass inhaltlich ein neuer Abschnitt beginnt. Ein Jurist soll an der grammatikalischen Form des Prädikats erkennen können, in welchem Teil des Tatbestandes er sich befindet.

III. Aufbau des Sachberichtes

Der Aufbau eines Sachberichtes richtet sich danach, wie komplex sich eine prozessuale Situation darstellt. Diese Komplexität kann durch das Verhalten der Parteien entstehen (z.B. durch Hilfsanträge des Klägers, durch Widerklagen/ Drittwiderklagen, Haupt- oder Hilfsaufrechnungen des Beklagten usw.), aber auch durch das Vorliegen einer besonderen Verfahrenssituation (Urkundsprozess, Antrag auf einstweilige Verfügung, Einspruch gegen ein Versäumnisurteil usw.).

Der nachfolgende Aufbau ist daher ein Grundgerüst, welches sich der bestimmten prozessualen Situation anpassen muss. Der Aufbau des Sachberichts folgt dem obersten Gebot des Sinnzusammenhangs.

1. ggf. Einleitungssatz/ Präsens
2. Geschichtserzählung/ Präsens, Imperfekt in Ausnahmefällen auch Plusquamperfekt
3. Streitiges Klägervorbringen/ Präsens und indirekte Rede
4. Prozessgeschichte I/ Perfekt
5. Anträge der Parteien/ wörtlich
6. Streitiges Beklagtenvorbringen/ Präsens und indirekte Rede
7. Prozessgeschichte II/ Perfekt

=> siehe gesonderte Übersicht zum Aufbau des Sachberichts

© nur echt mit dem JI - Logo

Klägerstation

I. Arbeitsthese der Klägerstation (Anders/Gehle Rz. A-89 f.)

- "Das Vorbringen des Klägers könnte für einen Anspruch aus § XX schlüssig sein."

Merke: Schlüssig oder un schlüssig kann nur ein Tatsachenvortrag sein, nicht dagegen eine Rechtsansicht oder ein Anspruch. (vgl. Proppe JA, 1992, 60 [63])

II. Tatsachengrundlagen der Klägerstation (Anders/Gehle Rz. A-89 f.)

- Das gesamte Vorbringen des Klägers, streitig und unstreitig
- Das unstreitige Vorbringen des Beklagten
 Grund: Das unstreitige Beklagtenvorbringen wird dem Klägervortrag zugerechnet. Deshalb ist die Formulierung zu I. korrekt.

III. Die Arbeit mit den Anspruchsgrundlagen

1. Suchen Sie alle denkbaren Anspruchsgrundlagen! (Anders/Gehle Rz. A-89)
 Wer Anspruchsgrundlagen übersieht, kann bereits einen schweren Fehler begangen haben.
2. Sprechen Sie nur die ernsthaft in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen an!
3. Bringen Sie die Ansprüche in die richtige Ordnung! (Anders/Gehle Rz. A-95)
 - Vertraglich, quasi-vertraglich, dinglich, deliktisch, bereicherungsrechtlich
4. Beispiel: Die Bank verlangt Darlehensrückzahlung. Einige Tatsachen sind umstritten, die zur Sittenwidrigkeit führen könnten!

Lösung: *"Falls die Klage nach der Beweisaufnahme keine Erfolg haben sollte, könnte auch ein Anspruch auf Rückzahlung nach § 812 I BGB bestehen. Hier wird unterstellt, dass der Vertrag sittenwidrig ist."* (vgl. Puhle JUS 1989, 466 [467])

IV. Die Arbeit in der Anspruchsgrundlage

1. Beginnen Sie stets mit der Anspruchsgrundlage als Obersatz!
Beispiel: Das Vorbringen des Klägers könnte für einen Ausspruch aus § 985 BGB schlüssig sein.
2. Prüfen Sie die Merkmale vollständig durch!
 - Der schwerste Fehler ist, eine Anspruchsgrundlage zu bejahen, obwohl eine Voraussetzung nicht gegeben ist.
3. Setzen Sie den richtigen Schwerpunkt!
 - Unproblematische Merkmale sind im Urteilsstil kurz zu behandeln.
 - Es ist falsch, die ersten Voraussetzungsmerkmale breit zu erörtern, um das vorletzte Merkmal ganz leicht zu verneinen.

V. Die Arbeit am problematischen Merkmal

1. Machen Sie den Anlass aus dem Sachverhalt klar, warum dieses Rechtsproblem erörtert werden muss!
 - *"Problematisch könnte hier sein ... (Rechtsproblem), weil nämlich ... (Prüfungsanlass aus dem Sachverhalt)."*

© nur echt mit dem II - Logo

Standort: Assex / ZPO I / Klägerstation

2. Arbeiten Sie die rechtliche Seite präzise auf!
 - Nur hier haben Literatur und Rechtsprechung ihren Platz!
 - Konkretisieren Sie das Merkmal in Richtung auf den jeweiligen Fall!
 - Nennen Sie die verschiedenen Rechtsansichten! Zitate in der Fußnote sind auch im 2. Staatsexamen fehl am Platz.
 - Machen Sie deutlich, warum Sie einer bestimmten Auffassung folgen.

3. Unterscheiden Sie auf der Tatsachenseite:
 - 3.1. Der Kläger kann Haupttatsachen vortragen.
 Darunter versteht man Tatsachen, die den Tatbestand einer Norm unmittelbar ausfüllen (Anders/Gehle Rz. F-91).

Beispiel: *"Die Vertiefung des Beklagtengrundstücks hat Risse in meiner Giebelwand (Kausalität) verursacht."*

 - 3.2. Der Kläger kann Tatsachen vortragen, aus denen sich eine gesetzliche Vermutung ergibt, die sich auf Tatsachen oder Rechte beziehen kann (vgl. Anders/Gehle Rz. F-106 ff.).

Beispiel: §§ 891 oder 1006 I BGB (Rechtsvermutung); § 1117 III BGB (Tatsachenvermutung)

 - 3.3. Der Kläger kann Tatsachen vortragen, aus denen sich eine rechtliche Vermutung ergibt.

Beispiel: BGH NJW 1991, 2021 (Leitsatz)
 Werden bei der Aushebung und Sicherung einer Baugrube DIN-Normen nicht beachtet, so spricht eine widerlegliche Vermutung dafür, dass ein örtlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der Aushebung auf einem Nachbargrundstück entstandenen Schäden auf die Verletzung der DIN-Normen zurückzuführen sind (Kausalitätsvermutung). Ein wegen der Schäden in Anspruch genommener Beklagter hat darzulegen und zu beweisen, dass die Schäden nicht auf die Verletzung der DIN-Normen zurückzuführen sind.
 Der Kläger muss also entsprechende Tatsachen nur zur DIN-Normverletzung vortragen.

 - 3.4. Der Kläger kann die Tatsachen **einer tatsächlichen Vermutungsgrundlage** (prima-facie-Vermutung) vortragen. (Anders/Gehle Rz. F-114 ff.)

 - 3.5. Der Kläger kann **Hilfstatsachen** (Indizien) vortragen. Darunter versteht man Tatsachen, die für sich allein oder im Zusammenwirken mit anderen Umständen den Schluss auf die Haupttatsache zulassen. (Anders/Gehle Rz. F-91 f.)

Beispiel: *Der Kläger trägt vor, dass sich die Ursächlichkeit der Baumaßnahme für die Risse aus folgenden Hilfstatsachen ergibt:*
 - Die Vertiefungsarbeiten des Beklagten fanden unmittelbar neben der Klägermauer statt.
 - Der Beklagte hat an seiner Giebelmauer gearbeitet, die keine Trennungsfuge zur Giebelmauer
 - des Klägers hatte.
 - Die Risse traten nach den Baumaßnahmen auf.
 - Der Rissverlauf ist so, als wenn die Mauer des Klägers zur Vertiefung hin weggesackt ist.

4. Subsumieren Sie sorgfältig!

5. Der Schlusssatz muss die Frage mit ja oder nein beantworten!

Standort: Assex / ZPO I / Erstinstanzliches Klageverfahren / Zulässigkeit der Klage / Gerichtsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen / Örtliche Zuständigkeit / Gesetzliche Regelungen

Örtliche Zuständigkeit nach gesetzlichen Regeln §§ 12 - 35 ZPO

I. Ausschließlicher Gerichtsstand	II. Nicht ausschließlicher Gerichtsstand	
<p>Merke: Der ausschließliche Gerichtsstand geht allen anderen vor; vgl. § 12 ZPO.</p> <p>1. <u>Schuldrechtliche Klagen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • § 29a ZPO Raummiete • § 32a Umweltsachen • § 132 I AktG • § 246 III 1 AktG • § 29 c I 2 ZPO: Haustürgeschäft <p>2. <u>Dingliche Klagen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • § 24 ZPO <p>3. <u>Familienrechtliche Klagen</u></p> <p>§ 23 a I 2 GVG</p> <p>4. Vollstreckungsklagen</p> <ul style="list-style-type: none"> • § 802 ZPO 	<p>1. Besonderer Gerichtsstand</p> <p>1. <u>Schuldrechtliche Klagen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • § 29 ZPO aus Vertrag • § 32 ZPO aus unerlaubter Handlung, auch Widerruf § 1004; verbotene Eigenmacht • § 20 StVG Spezialvorschrift für Gefährdungshaftung. • § 14 HaftPflG Spezialvorschrift für Gefährdungshaftung. • §§ 25, 26 ZPO schuldrechtliche Klagen beim dinglichen Gerichtsstand. • § 20 ZPO Aufenthaltsort • § 21 ZPO Niederlassung • § 22 ZPO aus Mitgliedschaft • § 31 ZPO aus Vermögensverwaltung <p>2. <u>Erbrechtliche Klagen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • §§ 27, 28 ZPO <p>3. Prozessuale Anknüpfung</p> <ul style="list-style-type: none"> • § 33 ZPO Widerklage • § 34 ZPO Gebührenklage des Anwaltes. 	<p>2. Allgemeiner Gerichtsstand, §§ 13 - 19 ZPO</p> <p>Von einem allgemeinen Gerichtsstand spricht man, wenn grundsätzlich alle Ansprüche gegen eine Person geltend gemacht werden können.</p> <p>1. Bei natürlichen Personen</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Wohnsitz, § 13 ZPO b. § 16 ZPO hilfsweise Aufenthaltsort; andernfalls letzter inländischer Wohnsitz. <p>2. <u>Bei juristischen Personen und Behörden</u></p> <p>Sitz, §§ 17, 18 ZPO</p>
<p style="text-align: center;">Bedeutung</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Kein Wahlrecht des Klägers 2. Gerichtsstandsvereinbarungen (§ 40 II 1 Nr. 2 GVG) sind unwirksam 3. Keine rügel. Einlassung §§ 39, 40 II 2 ZPO 	<p style="text-align: center;">Bedeutung</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Der Kläger hat ein Wahlrecht, wenn neben dem allgemeinen Gerichtsstand auch ein besonderer Gerichtsstand eingreift § 35 ZPO 2. Gerichtsstandsvereinbarungen möglich vgl. §§ 38, 40 ZPO 3. Zuständigkeit infolge rügeloser Verhandlung möglich vgl. §§ 39, 40 ZPO 	

Fall: "Abgekühlt"

Rechtsanwalt
 Dr. Ernst-Ludwig Naescher
 Große Bleiche 12
 55116 Mainz

I. Aktenvermerk

Neu-Mandat
 Firma PROFESSOR SCHULTZE GmbH
 Essenheimer Str. 52
 55270 Ober-Olm

In meiner Sprechstunde erscheint der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer der PROFESSOR SCHULTZE GmbH, Herr Windscheid. Nachdem er die übliche Vollmacht zur Prozessführung erteilt hat, überreicht er einen Aktenordner mit Unterlagen.

Der Aktenordner enthält:

- die beglaubigte Abschrift der Klageschrift der Dr. Sarrasin GmbH vom 29.07.2015 nebst Anlagen/Anlage M1
- Schreiben der PROFESSOR SCHULTZE GmbH vom 14.08.2012/Anlage M2
- Schreiben der Dr. Sarrasin GmbH vom 17.08.2012/Anlage M3
- Schreiben der PROFESSOR SCHULTZE GmbH vom 23.08.2012/Anlage M4
- Protokoll über die Testdurchführung vom 26.10.2013/Anlage M5
- Schreiben der Dr. Sarrasin GmbH vom 15.11.2014/Anlage M6
- Aufstellung über die zugelieferten Teile nebst dazugehöriger Rechnung/Anlage M7

Herr Windscheid schildert sein Anliegen wie folgt:

Soeben habe ich Ihnen die Klageschrift ausgehändigt. Sie ist mir am 03.08.2015 zugegangen. Sie ist im Ordner in der Anlage M1. Auf jeden Fall will die PROFESSOR SCHULTZE GmbH sich gegen diese Klage verteidigen.

Nie im Leben hätte ich gedacht, dass der Auftrag in so einem Desaster enden würde. Was in der Klageschrift hinsichtlich der Abläufe der Geschäfte zwischen der Dr. Sarrasin GmbH und der PROFESSOR SCHULTZE GmbH dargestellt wird, ist nicht falsch, aber nicht vollständig.

Von Beruf bin ich Diplom Chemiker. Schon im Studium habe ich mich auf Kühltechnik spezialisiert.

Selbst habe ich die PROFESSOR SCHULTZE GmbH gegründet, um Trockenkühler zu entwickeln. Ich habe ein Patent für einen Trockenkühler. Nachdem ich anfangs mit einer Firma namens Kloebbert gearbeitet habe, was keinen nennenswerten Erfolg brachte, habe ich mich nach einem neuen Entwicklungspartner umgesehen und bin auf die Dr. Sarrasin GmbH gestoßen.

Auf Nachfrage:

Kloebbert hat nur Prototypen hergestellt. Kein Prototyp ist aber in Serie gegangen. Sie lagern noch in den Räumen der PROFESSOR SCHULTZE GmbH. Die Firma Kloebbert hat keinen einzigen Prototyp hergestellt, der den Anforderungen an eine wirklich trockene Kühlung von Räumen entspricht.

Nach dem Reifall mit Kloebbert habe ich Anfang 2011 im Namen der PROFESSOR SCHULTZE GmbH den Kontakt mit der Klägerin aufgenommen. Ich habe nach den Verhandlungen vertrauliche

Informationen übergeben, dies waren unter anderem Schaltpläne und Konstruktionsunterlagen. Herr Durchleuchter, der Ingenieur der Klägerin hat diese Informationen entgegengenommen. Am 06.10.2011 haben wir dann den Vertrag unterzeichnet. Wie die Klägerin in der Klageschrift wahrheitsgemäß schildert, sollte eine Erstserie von 5 Trockenkühlern hergestellt werden. Der Vertrag, der der Klageschrift beigelegt ist, wurde mit dem sich dort ergebenden Inhalt auch so abgeschlossen.

Nach § 4 des Vertrages sollte die Klägerin die Geräte bis spätestens 13.11.2011 liefern. Jedoch schilderte die Klägerin in der Folgezeit immer wieder diverse technische Probleme, die die Ursache für die Nichtlieferung waren.

Auf Nachfrage:

Nur die Klägerin war verantwortlich für die technische Erstellung, nicht die PROFESSOR SCHULTZE GmbH. Trotz regem Austausch mit der PROFESSOR SCHULTZE GmbH hat es die Klägerin nicht geschafft, die technischen Störungen und Fehler zu beseitigen. Die Klägerin hat keinen einzigen Trockenkühler an die PROFESSOR SCHULTZE GmbH geliefert.

Irgendwann reißt auch dem geduldigsten Menschen der berühmte Faden. Am 14.08.2012 habe ich namens der PROFESSOR SCHULTZE GmbH die Klägerin zur Lieferung funktionsfähiger Geräte aufgefordert (Anlage M2). Immerhin hat mir die Klägerin den Eingang des Schreibens mit einem Antwortschreiben vom 17.08.2012 (Anlage M3) bestätigt. In den folgenden Tagen passierte dann aber nichts. Am 23.08.2012 hat es mir dann endgültig gereicht und ich habe schriftlich den Rücktritt erklärt (Anlage M4).

Zwei Monate später, im Oktober 2012 ist die Klägerin dann erneut auf mich zugekommen und hat mir viel Neues und noch mehr Gutes über die Dr. Sarrasin GmbH erzählt. Man habe intern restrukturiert, man sei einer Lösung aller technischen Schwierigkeiten näher gekommen usw., usw. Ich habe in den darauffolgenden Tagen intensiv nachgedacht. Mir wurde klar, dass ich die Geräte dringend benötigte. Außerdem hatte ich nach dem Telefonat das Gefühl, die Klägerin könnte es doch schaffen. Schließlich hätte ein drittes Unternehmen ganz von vorne anfangen müssen. Ich hatte zu dem Zeitpunkt schon so viel Geld in das Projekt investiert und dachte an das Versagen der Firma Kloebbert. Dies führte zu meinem Anruf bei der Klägerin, in dem ich dem Geschäftsführer mitteilte, ich würde im Namen der PROFESSOR SCHULTZE GmbH auf den Rücktritt verzichten.

Bis zum Sommer 2013 hat die Klägerin dann noch einmal einige Monate an der Fertigung der Trockenkühler gearbeitet.

Anfang Herbst war es dann angeblich soweit. Ich führte mit der Klägerin Gespräche über Tests zur Endabnahme. Anschließend forderte die Klägerin die PROFESSOR SCHULTZE GmbH auf, die in § 7 des Vertrages vereinbarten Tests durchzuführen, damit die Endabnahme vorbereitet werden konnte. Ich vereinbarte mit dem Geschäftsführer der Klägerin, die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Trockenkühler im Labor der PROFESSOR SCHULTZE GmbH zu testen.

Insgesamt haben wir im Oktober 2013 zwei Tests bei der PROFESSOR SCHULTZE GmbH durchgeführt, erstens einen Leistungstest und zweitens die sehr wichtige Spannungsmessung nach dem XYZ-Verfahren. Die ersten beiden Trockenkühler versagten schon beim einfachen Leistungstest. Die anderen schafften nicht den Spannungstest nach dem XYZ-Verfahren, die Geschwindigkeit, die zur dauerhaften, umweltfreundlichen Raumkühlung nötig wäre, wurde von keinem Trockenkühler erreicht. Die Protokolle in der Anlage M5 dokumentieren die Testdurchführung exakt. Sie fassen als niederschmetterndes Ergebnis zusammen: Die Trockenkühler der Firma Dr. Sarrasin GmbH genügen nicht den technischen Anforderungen und eignen sich nicht für die Serienfertigung. Die Klägerin stellt diesen Sachverhalt in der Klageschrift absolut falsch dar. Hier ging es nicht um eine Feinjustierung, wie die Klägerin behauptet. Die Maschinen taugten nichts, weshalb die Klägerin die Maschinen wieder mitgenommen hat.

In der Folgezeit schaffte es die Klägerin nicht, die Fehler zu beseitigen. Stattdessen wurde ich mit Schreiben vom 15.11.2014 aufgefordert (Anlage M6), mich aktiv an der Fehlersuche zu beteiligen. Ich sollte sowohl die XYZ-Messapparatur sowie die von der Firma Kloebbert gefertigten Geräte übergeben, damit die Klägerin damit arbeiten konnte.

Warum die Klägerin die XYZ-Messapparatur von der PROFESSOR SCHULTZE GmbH haben wollte, warum wir die Maschine zur Verfügung stellen sollten, kann ich nicht verstehen. Schon während der Vertragsverhandlungen hatte mir die Klägerin schriftlich bestätigt, einen Physiker mit allen notwendigen Technologien zu beschäftigen, insbesondere auch über alle erforderlichen Messapparaturen zu verfügen, die alle benötigten Daten beschaffen könnten. Ansonsten hätte ich mit der Klägerin den Vertrag gar nicht geschlossen. Falls gewünscht, kann ich das Schreiben vorlegen. Ich habe vor dem 26.10.2013 geglaubt, dass die Klägerin ihre eigene XYZ-Messung bereits durchgeführt hatte. In der Klageschrift gibt sie jetzt zu, dass sie die nötigen Apparate gar nicht hat.

Gar nicht verstehen kann ich, warum die Klägerin die nicht funktionierenden Geräte der Firma Kloebbert benötigte. Dies ergibt technisch gar keinen Sinn. Erstens sollte die Klägerin die Geräte der Firma Kloebbert nicht nachbauen, zweitens hat sie sich durch permanente Weiterentwicklung bereits von diesen Modellen entfernt.

Auf Nachfrage:

Es ist klar besprochen worden, dass es nicht um einen Nachbau ging. Die Klägerin hat alle erforderlichen Unterlagen für die eigene technische Umsetzung erhalten. Es ist technisch betrachtet abwegig, dass die Klägerin behauptet, die notwendigen Einstellungen nur mit den Kloebbert-Geräten vornehmen zu können. Im Übrigen bin ich der Meinung, dass vertraglich gar keine Mitwirkung der PROFESSOR SCHULTZE GmbH geregelt ist - anders als die Klägerin behauptet.

Es trifft allerdings zu, wenn die Klägerin behauptet, dass ich mit Schreiben vom 01.12.2014 weitere Abnahmeverhandlungen endgültig abgelehnt habe. Ich habe deutlich gemacht, dass die PROFESSOR SCHULTZE GmbH das gemeinsame Projekt beenden und abwickeln will. Deshalb habe ich nach meinem Schreiben vom 01.12.2014 auf Kontaktversuche der Klägerin gar nicht mehr reagiert. Ich habe nach den zwei Enttäuschungen endlich die naheliegenden Konsequenzen gezogen, selbst einen Ingenieur eingestellt und die Trockenkühler selbst hergestellt. Genau das hatte ich der Klägerin im Schreiben vom 01.12.2014 angekündigt.

Meiner Meinung nach, wurde das Vertragsverhältnis bereits im August 2012 durch den von mir ausgeübten Rücktritt beendet. Ich bin kein Jurist und verstehe vielleicht deshalb nicht, warum die anschließenden erfolglosen Bemühungen daran nichts ändern. Die PROFESSOR SCHULTZE GmbH wird an die Klägerin nichts zahlen, auch keinen Teilbetrag.

Im Gegenteil: Die PROFESSOR SCHULTZE GmbH will die an die Klägerin gezahlten Initialkosten wieder haben. Und: Während des Fertigungsvorgangs hat die PROFESSOR SCHULTZE GmbH wie vereinbart Material im Wert von 9.500,- € geliefert. Die Auflistung dieser Materialien habe ich mitgebracht, inklusive aller Rechnungen. Das Material wurde in die Geräte fest eingeschweißt und lässt sich nicht mehr abtrennen. Meines Erachtens enthält § 5 hierzu eine Regelung.

Ein letzter Punkt:

Gestern rief mich der Geschäftsführer der Dr. Sarrasin GmbH an und sagte, für die Dr. Sarrasin GmbH sei es viel praktischer, wenn das Landgericht Koblenz zuständig sei. Darauf haben wir mündlich vereinbart, dass für alle Streitigkeiten zwischen uns infolge des Vertrages vom 06.10.2011 ausschließlich das LG Koblenz zuständig sein soll. Weil ich schon lange geplant hatte, nach Koblenz umzuziehen, habe ich dem telefonisch zugestimmt. Seit gestern steht fest, dass sich dieser Plan zerschlagen hat. Ich möchte, dass der Rechtsstreit in Mainz bleibt.

II.

Vorgang anlegen und Kopie der beglaubigten Abschrift der Klageschrift vom 29.07.2015 nebst Anlage zu den Akten nehmen.

III.

Mit der Mandantin wurde ein Gesprächstermin für den 07.08.2015 um 14 Uhr vereinbart.

IV.

Auf Wiedervorlage vor dem 07.08.2015.

Rechtsanwalt

Vom Abdruck der Anlagen M3, M5, M6 und M7 wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass sie der Klageschrift beigelegt waren und den angegebenen Inhalt haben. Vom Abdruck der ordnungsgemäß erteilten Vollmacht wird ebenfalls abgesehen.



Rechtsanwältin Dr. Undine von Holsterhausen
Peter-Altmeier-Ufer 20, 56068 Koblenz

Koblenz, den 29.07.2015

An das
Landgericht Mainz
Diether-von-Isenburg-Straße
Postfach 3020
55116 Mainz

KLAGE

der Klägerin

Dr. Sarrasin GmbH, Hohenzollernstr. 100, 56068 Koblenz vertreten durch die Geschäftsführer Nils Peller und Andrea Fischer, ebenda,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. Undine von Holsterhausen,
Peter-Altmeier-Ufer 20, 56068 Koblenz,

gegen

die PROFESSOR SCHULTZE GmbH, Essenheimerstr. 52, 55270 Ober-Olm, vertreten durch den Geschäftsführer Hans Windscheid, ebenda,

Beklagte.

Namens und im Auftrag der Klägerin erheben wir Klage. In der mündlichen Verhandlung werden wir beantragen,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 42.500,- € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2015 zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung von 5 Trockenkühlern.

Den in der

- Anlage K 1 -

anhängenden Vertrag schlossen die Parteien im Jahr 2011. Durch diesen verpflichtete sich die Klägerin zur Herstellung von Trockenkühlern "Arctic".

Die Beklagte entwickelt Hightech - Produkte für Laboratorien. Sie entwickelte einen Trockenkühler für Feinräume, Einsatzgebiet alle Arten von staubfreien Räumen. Die Klägerin ist Spezialistin für Entwicklung und Herstellung von Kleinserien technischer Geräte.

Der Vertrag sah die Herstellung von 5 Trockenkühlern vor. Die Beklagte hatte zuvor Trockenkühler bei der Firma Kloebbert herstellen lassen. Diese sollte die Klägerin nun weiterentwickeln und die Produktion übernehmen.

Nachdem die Klägerin mit der Fertigung begonnen hatte, traten technische Probleme auf. Zur Behebung wendete die Klägerin erheblichen Arbeitseinsatz auf. Insbesondere musste sie die Produktion anpassen und Veränderungen am Gerät vornehmen.

Am 14.08.2012 forderte die Beklagte, dass die Geräte bis zum 20.08.2012 in funktionsfähigem Zustand geliefert werden sollten. Dies war angesichts der technischen Komplexität der Geräte aber

fern jeder Realität.

Die Trockenkühler standen im Oktober 2013 zumindest mechanisch einwandfrei zur Verfügung. Am 26.10.2013 fand bei der Beklagten ein Termin zur Prüfung der Geräte statt. Bei diesem stellte sich heraus, dass der so genannte Prozessablauf noch nicht wie gewünscht funktionierte. Um eine einwandfreie Funktionsweise zu gewährleisten, waren noch Feinjustierungsarbeiten an den Rotoren und Zielführungslamellen notwendig.

Um diese Feinjustierungsarbeiten erfolgreich zu Ende zu führen, war die Klägerin auf die Hilfe der Beklagten angewiesen. Notwendigerweise hätte die Beklagte ein Testset zur Verfügung stellen müssen. Außerdem wurden zum Vergleich die Geräte der Firma Kloebbert benötigt, denn nur mit deren Hilfe als Fremdgerät hätten die notwendigen Einstellungen erreicht werden können. Nur so hätte der Nachbau realisiert werden können. Die endgültige Anpassung in den Prozessablauf war ohne das entsprechende Gerät und ohne die notwendige Parallelmessung nicht möglich.

Beweis: Zeugnis des Karlmann Durchleuchter (Ingenieur bei der Klägerin), zu laden über die Klägerin.

Um weitere notwendige Anpassungen für den Prozessablauf vornehmen zu können, hätte die Beklagte außerdem das Messset für den XYZ-Test, sowie das zur Bedienung unerlässliche Fachpersonal zur Verfügung stellen müssen. Es ergibt sich aus dem Vertrag (Anlage K1), dass die Beklagte zu dieser Mitwirkung verpflichtet war.

Die Beklagte konnte sowohl auf die Messapparatur, als auch auf das Personal mühelos zurückgreifen, unterließ aber wider Treu und Glauben die Mitwirkung, obwohl sie von der Klägerin mit Schreiben vom 15.11.2014 zur Mitwirkung aufgefordert worden ist. Stattdessen wollte die Beklagte die Vertragsbeziehung einfach beenden und lehnt die Abnahme mit Schreiben vom 01.12.2014 ab (Anlage K2).

Mit Schreiben vom 08.12.2014 forderte die Klägerin die Beklagte erneut zur Mitwirkung auf und setzte eine Frist bis zum 13.01.2015. Sie kündigte für den Fall der Unterlassung die Kündigung des Vertrages an (Anlage K3).

Weil die Beklagte die Frist hat erfolglos verstreichen lassen, ist das Vertragsverhältnis beendet und kann nun wirtschaftlich abgerechnet werden.

Hierzu wird in Anlage K4 die Rechnung mit der Nummer 1004 überreicht. Zu zahlen sind nach § 2 des Vertrages für die 5 Trockenkühler je 7.500,- € zuzüglich der zweiten Rate der Initialkosten in Höhe von 5.000,- € Daraus folgt eine Gesamtforderung von 42.500,- € Die erste Rate der Initialkosten wurde bereits bezahlt.

Die Beklagte wurde Schreiben der Unterzeichnerin vom 16.03.2015 (Anlage K5) zur Zahlung bis zum 31.12.2015 aufgefordert.

Rechtsanwalt

Vom Abdruck der Anlagen K4 und K5 wurde abgesehen. Sie haben den angegebenen Inhalt. Die Klage ist am 30.07.2015 beim Landgericht Mainz eingegangen. Der Rechtsstreit wird dort unter dem Az. 8 O 123/15 geführt. Das Gericht hat das schriftliche Vorverfahren angeordnet und der Beklagten aufgegeben, wenn sie sich gegen die Klage verteidigen will, dies durch einen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen nach Zustellung der Klageschrift dem Gericht schriftlich anzuzeigen, sowie binnen zwei weiterer Wochen durch einen Rechtsanwalt schriftlich auf die Klage zu erwidern. Die richterliche Verfügung und die Klageschrift nebst Anlagen sind der Beklagten am 03.08.2015 zugestellt worden.

Vertrag ANLAGE K1

Zwischen

Dr. Sarrasin GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Nils Peller und Andrea Fischer, Hohenzollernstr. 100, 56068 Koblenz – Auftragnehmer –

Und

PROFESSOR SCHULTZE GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Hans Windscheid, Essenheimerstr. 52, 55270 Ober-Olm – Auftraggeber -

Letter Of Intent

Der Auftraggeber hat den Wunsch, dem Auftragnehmer die Fertigung der Trockenkühler „Arctic“ einschließlich der Weiterentwicklungen zu überlassen. Zu diesem Zweck soll zunächst eine Erstserie von 5 Trockenkühlern zuzüglich eventuell nötiger Anpassungen hergestellt werden. Mit diesem Vertrag werden die wechselseitigen Rechte und Pflichten für die Erstserie geregelt. Zwischen den Parteien besteht der Konsens, dass bei einem erfolgreichen Abschluss der Entwicklung der Erstserie die Herstellung einer Kleinserie und bei einer Vertriebsmöglichkeit und Nachfrage eventuell einer größeren Serienfertigung durch den Auftragnehmer gewünscht ist.

§ 1 Gegenstand des Vertrages

Der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Fertigung des Trockenkühlers „Arctic“. Zunächst sollen 5 Geräte hergestellt werden. Der Auftraggeber besitzt das geschützte Patent hierzu. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, den Auftrag nach dem neuesten Stand der Technik mit großer Sorgfalt durch qualifiziertes Personal durchzuführen. Er wird die notwendigen Anpassungen und Weiterentwicklungen vornehmen.

§ 2 Werklohn

Pro Gerät erhält der Auftragnehmer eine Vergütung von 7.500,- € inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer.

§ 3 Initialkosten

Absatz 1:

Die Initialkosten von insgesamt 10.000,- € sind vom Auftraggeber zu tragen, soweit sie anfallen.

Absatz 2:

Bei Projektbeginn ist die erste Rate der Initialkosten in Höhe von 5.000,- € fällig. Das Projekt beginnt mit der Vertragsunterzeichnung.

Absatz 3:

Nur bei einem erfolgreichen Projektabschluss wird die zweite Rate der Initialkosten in Höhe von 5.000,- € fällig. Der Projektabschluss ist unter zwei Voraussetzungen erfolgreich. Zum einen muss der vereinbarte Liefertermin eingehalten, zum anderen die einwandfreie Funktion des Gerätes gemäß Abnahmekriterien nachgewiesen werden.

§ 4 Lieferung

Spätestens mit Ablauf der KW 45/2011 hat die Lieferung der Geräte an den Auftraggeber zu erfolgen.

§ 5 Materialzulieferungen

Etwaige Materialzulieferungen durch den Auftraggeber werden zum Einkaufspreis des Auftraggebers mit der nach § 2 dieses Vertrages zu zahlenden Vergütung verrechnet.

§ 6 Technische Überprüfung zur Funktionsfähigkeit

Absatz 1:

(...)

Absatz 2:

Zur Feststellung der internen Funktionalität und aller nicht sichtbaren Funktionen wird in einem umfassenden und endgültigen Test eine Messung nach dem XYZ - Testverfahren an einer definierten Probe durchgeführt.

§ 7 Prüf- und Abnahmespezifikationen

Absatz 1:

Der Auftragnehmer führt die technische Prüfung gem. § 6 dieses Vertrages innerhalb des Fertigungsendtests durch. Sobald die Geräte nach Maßgabe dieses Vertrages abnahmereif hergestellt worden sind, muss der Auftragnehmer den Auftraggeber auffordern, die Geräte in den Räumen des Auftraggebers technisch zu überprüfen, um die Abnahme vorzubereiten. Zur Bestätigung der einwandfreien Funktion der Geräte führt der Auftraggeber zusätzlich eine eigene technische Überprüfung durch die Messung mithilfe des XYZ-Tests durch.

Absatz 2:

Nach der erfolgreichen Durchführung der technischen Überprüfung im Sinne des § 7 Absatz 1 dieses Vertrages findet die Abnahme der Geräte in den Räumen des Auftraggebers statt.

Absatz 3:

Ein Gerät gilt als abnahmereif, wenn sich nach dem zu diesem Zeitpunkt gültigen Abnahmetest im Sinne des § 6 Absatz 2 dieses Vertrages herausstellt, dass es als voll funktionsfähig geprüft wurde.

06.10.2011

Peller/Fischer

Windscheid

Firma Dr. Sarrasin GmbH

Firma PROFESSOR SCHULTZE GmbH

© nur echt mit dem JI - Logo

PROFESSOR SCHULTZE GmbH, Essenheimer Str. 52, 55270 Ober-Olm

ANLAGE K2

An die
Dr. Sarrasin GmbH
Hohenzollernstr. 100
56068 Koblenz

Vertrag über die Lieferung von 5 Trockenkühlern „Arctic“
Vorab per E-Mail

Ober-Olm, den 01.12.2014

Sehr geehrter Herr Peller, sehr geehrte Frau Fischer,

Wir haben ihr Schreiben vom 15.11.2014 diesseits zur Kenntnis genommen. Die PROFESSOR SCHULTZE GmbH sieht weder eine rechtliche Verpflichtung noch einen tatsächlichen Anlass, Ihnen bei der Fehlersuche in dem von Ihnen geforderten Umfang zu helfen. Ich darf Sie höflich daran erinnern, dass am 26.10.2013 das Abnahmeverfahren durchgeführt wurde und sich dabei zu unserem Missvergnügen herausgestellt hat, dass Sie von einer Abnahmereife noch weit entfernt sind. Wir sehen uns auch deshalb nicht in der Pflicht, etwaige Gesprächstermine mit Ihnen abzustimmen.

Wir beabsichtigen stattdessen, das Projekt final abzuwickeln - allerdings ohne Sie! Nach den Enttäuschungen wird die PROFESSOR SCHULTZE GmbH die Herstellung der Zentrifugen mithilfe eines eigenen Ingenieurs selbst in die Hand nehmen.

Mit freundlichen Grüßen

Windscheid

ANLAGE K3

An die
 PROFESSOR SCHULTZE GMBH
 vertreten durch ihren Geschäftsführer Herrn Windscheid
 Essenheimer Str. 52
 55270 Ober-Olm

Unser Zeichen

Sehr geehrter Herr Windscheid,

unter Bezug auf Ihr Schreiben vom 01.12.2014 teile ich Ihnen mit, dass nach Rücksprache mit den Mandanten Ihrer Darstellung widersprochen wird.
 Lediglich der Prozessablauf hat nicht wie gewünscht funktioniert. Entscheidend ist aus unserer Sicht, dass die Abweichungen nur durch Ihre Hilfe beseitigt werden können.

Wir fordern Sie auf, alle notwendigen Geräte zum Test zur Verfügung zu stellen. Zum Testset muss zwingend das Gerät der Firma Kloebbert gehören, damit parallel daran Messungen vorgenommen werden können. Ohne das Referenzgerät der Firma Kloebbert wird es schwierig.

Wir verlangen, dass Sie ein XYZ-Messgerät zur Verfügung stellen, ohne das die erforderlichen Messungen nicht vorgenommen werden können. Außerdem brauchen wir von Ihrer Seite Bedienungspersonal, die über das erforderlich Wissen und die nötige Fachkompetenz verfügt.

Diese beiden Forderungen haben Sie bis zum

13.01.2015

zu erfüllen. Nach Ablauf der Frist gilt der Vertrag als gekündigt.

Ohne Erfüllung dieser beiden Forderungen ist es nicht möglich ein abnahmereifes Werk herzustellen.

Mit freundlichen Grüßen

© nur echt mit dem JI - Logo

PROFESSOR SCHULTZE GmbH, Essenheimer Str. 52, 55270 Ober-Olm

Anlage M2

An die Dr. Sarrasin GmbH
Hohenzollernstr. 100
56068 Koblenz

Vertrag über die Lieferung von 5 Trockenkühler „Arctic“
Vorab per E-Mail

Ober-Olm, den 14.08.2012

Sehr geehrter Herr Peller, sehr geehrte Frau Fischer,
ich muss leider feststellen, dass sie trotz meiner zahlreichen Aufforderungen nicht in der Lage sind, der vertraglichen Vereinbarung entsprechend zu liefern. Seit Jahresbeginn warten wir vergeblich auf die von Ihnen versprochenen Geräte.

Die von Ihnen vorgestellten Geräte sind nicht funktionsfähig. Trotz mehrerer Versuche sind sie gescheitert, die aufgetretenen Fehler zu beseitigen. Im Gegenteil: Es treten immer wieder neue Fehler auf. Mal stimmen die Kühlwerte nicht, mal schaffen die Rotoren nicht die nötige Drehzahl.

Wir fordern sie hiermit auf, die versprochenen 5 Geräte bis zum

20.08.2012

vertragsgemäß, mangelfrei herzustellen und zu liefern. Sollten sie dieser Aufforderung nicht nachkommen, werden wir die Abnahme der Geräte ablehnen und den Rücktritt erklären.

Mit freundlichen Grüßen

PROFESSOR SCHULTZE GmbH, Essenheimer Str. 52, 55270 Ober-Olm, den 23.08.2012

Anlage M4

An die Dr. Sarrasin GmbH
Hohenzollernstr. 100
56068 Koblenz

Vertrag über die Lieferung von 5 Trockenkühler „Arctic“
Vorab per E-Mail

Sehr geehrter Herr Peller, sehr geehrte Frau Fischer,

bezugnehmend auf unser Schreiben vom 14.08.2012 müssen wir leider feststellen, dass es Ihnen nicht gelungen ist, die Geräte vertragsgerecht herzustellen und vertragsgemäß zu liefern. Wir lehnen nunmehr die Abnahme der Geräte ab und treten vom Vertrag zurück.

Mit freundlichen Grüßen

Windscheid



Bearbeitervermerk:

I. Begutachten Sie die Angelegenheit aus anwaltlicher Sicht nach Maßgabe des Mandantenauftrages umfassend!

- 1. Zeitpunkt der Begutachtung ist der 07.08.2015.*
- 2. Das Gutachten soll auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens enthalten.*
- 3. Das Gutachten braucht keine Sachverhaltsdarstellung zu enthalten.*
- 4. Sollte eine Frage für beweisheblich gehalten werden, so ist eine Prognose zu der Beweislage (z. B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen. Sollte eine weitere anwaltliche Sachverhaltsaufklärung für erforderlich gehalten werden, so ist zu unterstellen, dass die Mandantschaft keine weiteren Angaben machen kann, die über die im Vermerk vom 06.08.2015 gemachten hinausgehen.*
- 5. Der Bearbeitung ist der zur Zeit der Begutachtung geltende Rechtszustand zugrunde zu legen. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.*

II. Praktischer Aufgabenteil:

- 1. Soweit eine Verteidigung gegen die Klage ganz oder teilweise für Erfolg versprechend und zweckmäßig gehalten wird, ist ein Schriftsatz an das Gericht zu entwerfen, welcher der prozessualen Situation und dem im Gutachten gefundenen Ergebnis entspricht.*
- 2. Ein gesondertes Schreiben an die Mandantschaft ist in diesem Fall entbehrlich, und zwar auch dann, wenn eine Verteidigung gegen die Klage nur teilweise für Erfolg versprechend gehalten wird.*
- 3. Sofern Ansprüche der Mandantschaft gegenüber der Klägerin - auch teilweise - bejaht werden, sind diese - wenn möglich - in prozessual geeigneter Weise im Verteidigungsschriftsatz geltend zu machen.*
- 4. Ist eine Geltendmachung im Verteidigungsschriftsatz nicht möglich oder nicht zweckmäßig, so ist ein weiterer Schriftsatz an das Gericht oder an die Mandantschaft entbehrlich.*
- 5. Sofern eine Verteidigung gegen die Klage insgesamt für nicht Erfolg versprechend oder unzulässig gehalten wird, ist in einem Schreiben an die Mandantschaft darzulegen, weshalb dies der Fall ist und wie weiter vorzugehen ist. In diesem ist dann darzulegen, wie hinsichtlich etwaiger Gegenansprüche der Mandantschaft zu verfahren ist.*
- 6. Bei den rechtlichen Ausführungen sind Bezugnahmen auf konkrete Passagen des Gutachtens zulässig.*

III. Ergänzende Hinweise zum Sachverhalt:

- 1. Es ist davon auszugehen, dass die Formalien (z. B. Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) in Ordnung sind, soweit sich nicht ein Beteiligter ausdrücklich auf einen Fehler beruft.*
- 2. Aachen und Düsseldorf verfügen jeweils über ein Amtsgericht und ein Landgericht. Ober-Olm verfügt über ein Amtsgericht und liegt im Gerichtsbezirk des Landgerichts Mainz.*

IV. Hinweise:

In Ihrem eigenen Interesse werden Sie gebeten, am Ende der Klausur anzugeben,

- a) welche Auflagen der zugelassenen Kommentare Sie benutzt haben und*
- b) auf welchem Stand (Ergänzungslieferung) sich die von Ihnen benutzten Beck'schen Textausgaben befunden haben.*

Das von Ihnen benutzte Exemplar des Aufgabentextes wird nicht zu Ihren Prüfungsunterlagen genommen. Er ist nach dem Ende der Bearbeitungszeit vollständig abzugeben.

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

Lösungsskizze zum Fall "Abgekühlt"

- A. Auslegung der Sach- und Rechtsziele
- B. Prozessrechtliches Gutachten
 - I. Fristenprobleme
 - II. Zulässigkeit der Klage
- C. Gutachten über die materielle Rechtslage
 - I. Begründetheit der Zahlungsklage
 - 1. Anspruch auf Zahlung von 37.500,- €Werklohn gem. §§ 631, 632, 640, 641 BGB
 - a) Anspruch entstanden
 - (1) Werkvertrag
 - (2) Fälligkeit
 - (a) Abnahme gem. § 640 I 1 BGB
 - (b) Abnahmesurrogat gem. § 640 I 3 BGB (§ 640 II 1 BGB n.F.)
 - 2. Anspruch auf Entschädigung gem. §§ 642, 643 BGB
 - a) Werkvertrag
 - b) Unterlassen einer geschuldeten Mitwirkungshandlung
 - (1) Mitwirkungshandlung aus § 6 und § 7 des Vertrages
 - (2) Mitwirkungspflicht gem. §§ 241 II, 242 BGB
 - 3. Anspruch auf entgangenen Gewinn gem. § 649 S. 2 BGB (§ 648 S. 2 n.F.)
 - 4. Anspruch auf Zahlung von 5.000,- €Initialkosten
 - 5. Nebenforderung
 - II. Gegenansprüche der Beklagten gegen die Klägerin
 - 1. Anspruch auf Rückzahlung der Initialkosten in Höhe von 5.000,- €
 - 2. Ansprüche auf Vergütung der Materialkosten in Höhe von 9.500,- €gem. § 346 II 1 Nr. 2, S. 2. BGB
- D. Prozessuale Zweckmäßigkeitserwägungen
 - I. Klageerwiderung
 - II. Rügen
 - III. Widerklage
 - IV. Hilfsaufrechnung
- E. Praktischer Entwurf
- F. Mandantenschreiben

Es handelt sich um eine forensische Anwaltsklausur aus Beklagtersicht.

A. Auslegung der Sach- und Rechtsziele

- I. Die Beklagte wünscht für den Prozess Mainz als örtlichen Gerichtsstand.
- II. Die Beklagte weigert sich, Zahlungen zu leisten. Daraus folgt der Wunsch zur Klageerwiderung.
- III. Die Beklagte wünscht die Rückzahlung der Initialkosten von 5.000,- € und die Vergütung der vergeblich gelieferten Materialien in Höhe von 9.500,- € Hier sollte über die Widerklage und die Hilfsaufrechnung nachgedacht werden. Bei der Widerklage gilt es, die mündliche Abrede zwischen den Parteien zu beachten, nach der Koblenz zuständig sein soll.

B. Prozessrechtliches Gutachten

I. Fristenprobleme

Fraglich ist zunächst, ob die Versäumung einer Frist vorliegt oder droht, woraus sich Folgeprobleme ergeben könnten.

Die Klageschrift vom 29.07.2015 ist am Landgericht Mainz am 30.07.2015 eingegangen und der Beklagten am 03.08.2015 zugestellt worden. Fristen wurden nicht versäumt, an diesbezügliche Rechtsbehelfe muss nicht gedacht werden.

II. Zulässigkeit der Klage

Die sachliche Zuständigkeit des LG Mainz ergibt sich aus § 71 GVG, weil der Streitwert deutlich über 5.000,- € liegt. Eingeklagt werden 42.500,- €

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

Die örtliche Zuständigkeit des LG Mainz ist fraglich. Die Klage wurde vor dem LG Mainz erhoben. Gem. §§ 38, 40 ZPO wurde nach Klageerhebung das LG Koblenz durch eine Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt. Diese Vereinbarung ist grundsätzlich gem. § 38 I ZPO auch bei mündlicher Absprache gültig, denn die Parteien sind Kaufleute, die eine Abrede in einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit getroffen haben, ohne dass eine ausschließliche Zuständigkeit gegeben ist. Jedoch gilt der Grundsatz der fortwährenden Zuständigkeit des Gerichts (perpetuatio fori) gem. § 261 III Nr. 2 ZPO. Zur Zeit der Absprache war der Prozess bereits in Mainz rechtshängig.

Außerdem wünscht sich der Mandant Mainz als Gerichtsstand. Deshalb sollte eine Rüge unterbleiben. Dann wäre das LG Mainz hilfsweise gem. §§ 39, 40 ZPO durch rügelose Einlassung zuständig.

Die Klägerin und die Beklagte sind parteifähig gem. § 50 ZPO in Verbindung mit § 13 GmbHG.

Bei der Bestimmtheit des Antrags gem. § 253 II ZPO ergeben sich Zweifel, ob die Gegenleistung hinreichend konkret bezeichnet ist. Wegen § 756 ZPO muss bei einem Antrag auf Zug um Zug Leistung auch die anzubietende Gegenleistung so konkretisiert sein, dass die Identitätsprüfung durch den Gerichtsvollzieher, der bei der Vollstreckung aus dem Zug um Zug Urteil dem Titelschuldner das tatsächliche Angebot machen muss, möglich ist. Hier sind die Trockenkühler nur als Trockenkühler bezeichnet. Ein Gerichtsvollzieher könnte aufgrund dieser Bezeichnung nicht feststellen, ob er gem. § 756 I ZPO die im Titel gemeinten Trockenkühler dem Titelschuldner tatsächlich anbietet. Der Antrag der Klägerin ist damit unbestimmt.

C. Gutachten über die materielle Rechtslage

I. Begründetheit der Zahlungsklage

1. Anspruch auf Zahlung von 37.500,- € Werklohn gem. §§ 631, 632, 640, 641 BGB

a) Anspruch entstanden

(1) Werkvertrag

Werkvertrag gem. § 631 BGB wurde am 06.10.2011 geschlossen. Es handelt sich nicht um einen Werklieferungsvertrag gem. §§ 651, 433 BGB (§ 650 BGB n.F.), weil eine eigene geistige Leistung geschuldet war, nämlich die Weiterentwicklung auf der Grundlage des patentierten Entwurfs.

(2) Fälligkeit

Die Fälligkeit der Vergütung setzt gem. § 641 I 1 BGB grundsätzlich die Abnahme oder ein Abnahmesurrogat voraus

(a) Abnahme gem. § 640 I 1 BGB

Abnahme gem. § 640 BGB setzt körperliche Entgegennahme und Billigung voraus. Billigung wurde ausdrücklich verweigert. Folglich liegt keine Abnahme im Sinne des § 640 I 1 vor.

(b) Abnahmesurrogat gem. § 640 I 3 BGB (§ 640 II 1 BGB n.F.)

Ein Abnahmesurrogat gem. § 640 I 3 BGB (§ 640 II 1 BGB n.F.) setzt voraus, dass die Klägerin der Beklagten ein abnahmefähiges Werk im Sinne des § 640 I 1 und 2 BGB vorgestellt hat. Das setzt ein vollständig und mangelfrei hergestelltes Werk voraus.

[Palandt-Sprau, BGB, § 640 Rn 8 mwNw.]

Hier wurden keine funktionierenden Trockenkühler hergestellt, weshalb die Abnahmefähigkeit entfällt.

Ein Anspruch auf Zahlung von 37.500,- € Werklohn gem. §§ 631, 632, 640, 641 BGB besteht mangels Abnahme nicht.

2. Anspruch auf Entschädigung gem. §§ 642, 643 BGB

a) Werkvertrag

Der Werkvertrag wurde geschlossen (s.o.).

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

Fraglich ist, ob der Werkvertrag sich durch Rücktritt des Beklagten in ein Rückgewährschuldverhältnis gem. §§ 346, 349 BGB umgewandelt hat.

Die Beklagte hat gem. § 349 BGB mit Schreiben vom 23.08.2012 den Rücktritt erklärt. Das Schreiben ist der Klägerin auch zugegangen und die Erklärung damit gem. § 130 I BGB wirksam. Das Rücktrittsrecht könnte gem. § 323 I 1. Fall BGB bestehen. Die Leistung der Klägerin war lt. Vertrag bis zum 13.11.2011 fällig. Die Leistungspflicht war auch durchsetzbar. Insbesondere stand § 320 BGB wegen der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers nicht entgegen.

Die Beklagte hat eine Frist bis zum 23.08.2012 gesetzt. Diese Frist war angemessen lang. Sie ist erfolglos abgelaufen.

Folglich hat sich der Werkvertrag durch Rücktritt am 23.08.2011 in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt.

Fraglich ist, wie sich die Verhandlungen im Oktober 2012 auswirken. Die Beklagte erklärte der Klägerin, "auf den Rücktritt verzichten zu wollen."

Fraglich ist, ob man auf den Rücktritt verzichten kann. Grundsätzlich ist das Gestaltungsrecht nach Vornahme verbraucht. Ein Widerruf kann nur ausnahmsweise für möglich gehalten werden, wenn der Adressat die wirksame Ausübung des Gestaltungsrechts bestreitet.

[*Palandt-Ellenberger, BGB, Überblick vor § 104 Rn 17*]

Dies ist hier aber nicht der Fall. Vielmehr ist die Klägerin auf die Beklagte mehrere Wochen später zugegangen und hat von Umstrukturierungen im Betriebsablauf erzählt. Das heißt, die Klägerin hat nicht das Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen bestritten, sondern einen Neuanfang vorgeschlagen. Deshalb hat die Beklagte nicht auf den Rücktritt verzichtet.

Es könnte aber im Oktober 2012 der Werkvertrag erneut geschlossen worden sein. Das Angebot liegt im Anruf des Geschäftsführers der Klägerin, die Annahme in der Erklärung, auf den Rücktritt verzichten zu wollen.

Also bestand ab Oktober 2012 der Werkvertrag erneut.

b) Unterlassen einer geschuldeten Mitwirkungshandlung

Ein Anspruch aus §§ 642, 643 BGB setzt voraus, dass die Beklagte eine geschuldete Mitwirkungshandlung unterlassen hat.

(1) Mitwirkungshandlung aus § 6 und § 7 des Vertrages

Die Klägerin behauptet, es habe eine Pflicht der Beklagten bestanden, ein XYZ-Messungs-Gerät zur Verfügung zu stellen. Dies ergibt sich aber nicht aus § 6 II des Vertrages. Dort ist festgelegt, dass ein Test mit einem XYZ-Messungs-Gerät durchgeführt wird, nicht aber, dass die Beklagte der Klägerin ein solches zur Verfügung stellen soll.

Etwas anders könnte nur gelten, wenn man den erneuten Vertragsschluss im Oktober 2012 so auslegt, dass sich die Beklagte zur Hilfestellung verpflichtet habe, weil sie die Unfähigkeit der Klägerin erkannt und akzeptiert haben. Dies widerspricht aber der Aussage, dass aufgrund der geänderten internen Abläufe die Schwierigkeiten behoben seien.

(2) Mitwirkungspflicht gem. §§ 241 II, 242 BGB

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte hätte die Vorgängermodelle der Firma Kloebbert übergeben müssen, damit die Feinjustierung der Rotoren und Lamellen gelingen kann. Sie meint, es sei treuwidrig, dass die Beklagte nicht mitgeholfen habe, obwohl ihr das zuzumuten gewesen sei.

Dem steht entgegen, dass der Vertrag keinen Nachbau der Kloebbert-Geräte vorsieht, sondern die Ausführung des technischen Patents der Beklagten. Also schuldete diese auch nicht die Aushändigung der Altmodelle. Hinzu kommt, dass es ja zum Vertrag mit der Klägerin gekommen ist, weil die Beklagte mit den Kloebbert-Trockenkühlern nicht zufrieden war.

Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben ergibt sich nichts anderes. Die vereinbarten Materialien hat die Beklagte geliefert. Weitere Mithilfe kann die Klägerin nicht

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

verlangen, schließlich ist die Herstellung die Hauptleistungspflicht der Klägerin. Der Unternehmer muss selbst kalkulieren, ob er dieser Pflicht gerecht werden kann, oder nicht.

Folglich besteht kein Anspruch aus §§ 642, 643 BGB.

3. Anspruch auf entgangenen Gewinn gem. § 649 S. 2 BGB (§ 648 S. 2 n.F.)

Sähe man im Schreiben vom 01.12.2014 eine Kündigung, könnte ein Anspruch aus § 649 S.2 BGB (§ 648 S. 2 BGB n.F.) bestehen. Das Schreiben vom 01.12.2014 ist jedoch ein Rücktritt (s.u.).

Außerdem spricht gegen den Entschädigungsanspruch das Erfordernis der Abnahme. Die Abnahme wird wegen endgültiger Verweigerung der Leistung seitens der Klägerin (s.u.) nicht geschuldet.

4. Anspruch auf Zahlung von 5.000,- €Initialkosten

Ein solcher Anspruch hängt von den Voraussetzungen des § 3 III des Vertrages ab, die nicht erfüllt sind.

Also besteht ein solcher Anspruch nicht.

Die Klage ist nicht begründet.

5. Nebenforderung

Die Nebenforderung aus §§ 291, 288 BGB besteht mangels Begründetheit nicht.

II. Gegenansprüche der Beklagten gegen die Klägerin

1. Anspruch auf Rückzahlung der Initialkosten in Höhe von 5.000,- €

Ein Anspruch auf Rückzahlung ergibt sich aus § 346 I BGB, wenn ein Rückgewährschuldverhältnis besteht.

Der Werkvertrag wurde erneuert im Oktober 2012.

Die Beklagte könnte erneut zurückgetreten sein. Dies setzt eine Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB voraus. Im Schreiben vom 01.12.2014 hat die Beklagte geschrieben, die weitere Abwicklung nunmehr selbst in die Hand zu nehmen. Diese Äußerung muss ein objektiver Dritter bei verständiger Würdigung gem. §§ 133, 157 als Rücktrittserklärung deuten.

Fraglich ist aber das Rücktrittsrecht gem. § 323 I BGB. Es fehlt an einer Fristsetzung. Diese kann jedoch entbehrlich gem. § 323 II Nr. 1 BGB sein, wenn eine endgültige Leistungsverweigerung der Klägerin vorliegt.

Diese könnte im Schreiben der Klägerin vom 15.11.2014 liegen, in der die Klägerin die Fertigstellung von der Mitwirkung der Beklagten abhängig machte. Weil diese nicht geschuldet war, ist dies der Fall.

Hilfsweise kann der Rücktritt auf § 323 II Nr. 3 BGB gestützt werden, weil das Begehren der Klägerin Ausweis ihres Versagens ist.

Folglich besteht ein Rückgewährschuldverhältnis. Folglich besteht ein Anspruch auf Rückzahlung der 5.000,- €

2. Ansprüche auf Vergütung der Materialkosten in Höhe von 9.500,- €gem. § 346 II 1 Nr. 2, S. 2 BGB

Aufgrund der Verarbeitung der gelieferten Materialien und der daraus folgenden Unmöglichkeit der Herausgabe in Natur besteht ein Anspruch aus § 346 II 1 Nr. 2 in Verbindung mit S.2 BGB auf Wertersatz in Höhe von 9.500,- €

D. Prozessuale Zweckmäßigkeitserwägungen

I. Klageerwiderung

Nach Aufklärung über das Prozesskostenrisiko ist die Klageerwiderung zu empfehlen. Die Klage ist unbegründet.

II. Rügen

Die Zuständigkeit des LG Mainz liegt im Interesse des Mandanten. Hier sollte nicht gerügt werden.

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

Gerügt werden kann der unbestimmte Antrag. Dies würde allerdings zur Korrektur durch die Klägerseite führen. Bleibt es ohne richterlichen Hinweis bei diesem fehlerhaften Antrag kann später eine Vollstreckung sowohl durch eine Erinnerung gem. § 766 I ZPO, als auch durch eine Titelgegenklage analog § 767 I ZPO verhindert werden. Dies kann ein Vorteil sein.

Deshalb sollte man den unbestimmten Antrag nicht rügen.

III. Widerklage

Widerklagen haben grundsätzlich Vorteile.

Es muss kein Prozesskostenvorschuss gem. §§ 10 ff. GKG eingezahlt werden, der Gerichtsstand der Klage bleibt gem. § 33 ZPO der Gerichtsstand der Widerklage, was Reisekosten spart. Hier befürwortet der Beklagte die Zuständigkeit des LG Mainz.

Die Kostenkurve ist auch bei Streitwertaddition gem. § 45 I 1 GKG degressiv.

Der Beklagte erlangt einen eigenen Vollstreckungstitel aus dem man später vollstrecken kann.

Sie wäre gem. § 33 ZPO zulässig, weil die Streitgegenstände konnex sind. § 261 III Nr. 1 ZPO stünde nicht entgegen, weil sich die Streitgegenstände von Klage und Widerklage unterscheiden.

Jedoch ergibt sich aufgrund der gültigen Gerichtsstandsvereinbarung gem. §§ 38, 40 ZPO ein Problem. Vereinbart ist, dass Rechtsstreitigkeiten in Koblenz anhängig gemacht werden. Nach einer Auffassung soll für die örtliche Zuständigkeit der Widerklage erforderlich sein, dass zumindest ein in der Klage geltend gemachter prozessualer Anspruch beim örtlich zuständigen Gericht erhoben wurde.

[Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 33 Rn 19].

Dies ist hier der nicht der Fall.

Die Gegenauffassung verlangt hingegen nur die Rechtshängigkeit.

[Zöller-Vollkommer, ZPO, § 33 Rn 17].

Dies ist hier der Fall, weshalb Zulässigkeit gegeben ist.

Trotzdem droht die Zuständigkeitsrüge. Jedoch ist es wahrscheinlich, dass das Gericht sogar bei Unzuständigkeit des LG Mainz beide Prozesse gem. § 147 ZPO aus Gründen der Prozessökonomie verbindet. In jedem Fall sollte um richterlichen Hinweis gebeten werden, damit der Widerklageantrag nicht gestellt wird.

IV. Hilfsaufrechnung

Die Hilfsaufrechnung empfiehlt sich hier nicht. Wenn die Klage unbegründet ist, besteht für die Aufrechnung kein Bedürfnis. Der Angriff mit der Widerklage ist nicht nur sprichwörtlich die bessere Verteidigung.

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

[Aus didaktischen Gründen stellen wir den Praktischen Entwurf **zweimal** dar. Zunächst zeigen wir Ihnen unter „E. Praktischer Entwurf“, wie man eine Klageerwiderung in der Praxis und im Examen für den Fall schreiben würde, in dem nicht - wie hier in Punkt II. 6. des Bearbeitervermerks - die „Spitzklammertechnik“ erlaubt wäre. Unter „F. Praktischer Entwurf unter Anwendung der Spitzklammertechnik“ zeigen wir Ihnen anschließend, wie sich Punkt II. 6. aus dem Bearbeitervermerk auswirkt.]

E. Praktischer Entwurf

Rechtsanwalt
 Dr. Ernst-Ludwig Naescher
 Große Bleiche 12
55116 Mainz

An das
 Landgericht Mainz
 Diether-von-Isenburg-Straße
 Postfach 3020
55116 Mainz

- Aktenzeichen 8 O 123/15
- Anzeige der Übernahme der Prozessführung und Klageerwiderung

In dem Rechtsstreit

der Dr. Sarrasin GmbH, Hohenzollernstr. 100, 56068 Koblenz, vertreten durch die Geschäftsführer Nils Peller und Andrea Fischer, ebenda,

Klägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. Undine von Holsterhausen,
 Peter-Altmeier-Ufer 20, 56068 Koblenz,

gegen

die PROFESSOR SCHULTZE GmbH, Essenheimerstr. 52, 55270 Ober-Olm. vertreten durch den Geschäftsführer Hans Windscheid, ebenda,

Beklagte,

bestelle ich mich mit anliegender Prozessvollmacht zur Prozessbevollmächtigten und zeige die Übernahme der Prozessführung an.

I.

Ich zeige namens und in Vollmacht meines Mandanten an, dass wir uns gegen die Klage verteidigen und beantrage, die Klage abzuweisen.

Auf die Klageschrift erwidern wir wie folgt:

Die Klage ist nicht begründet. Der Klägerin steht kein Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu. Die Beklagte ist mit Schreiben vom 01.12.2014 wirksam vom Werkvertrag zurückgetreten. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 08.12.2014 geht der Zugang des Schreibens hervor.

- Beweis: Urkundenbeweis durch Vorlage der Schreiben vom 01.12.2014 (Anlage B1) und 08.12.2014 (Anlage B2)

Der Rücktritt ist gem. § 323 I, II Nr. 1 BGB begründet, jedenfalls gem. § 323 I, II Nr. 3 BGB, denn im Schreiben der Klägerin vom 15.11.2014 liegt eine endgültige und ernstliche Leistungsverweigerung der Klägerin. Die Klägerin hat bis

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

zu diesem Datum kein abnahmefähiges Werk hergestellt und macht in ihrem Schreiben die weitere Leistungserbringung von nicht geschuldeten Mitwirkungshandlungen abhängig.

- Beweis: Urkundenbeweis durch Vorlage des Schreibens der Klägerin vom 15.11.2014 (Anlage B3).

Die Mitwirkungshandlungen werden weder nach § 6 des Vertrages, noch nach Treu und Glauben gem. §§ 241 II, 242 BGB geschuldet, weil sie zur Hauptleistungspflicht der Klägerin gehören. Die Beklagte hat sämtliche Mitwirkungspflichten erfüllt, alle Pläne und jedes Material der Klägerin zur Verfügung gestellt. Die geforderten Kloebbert – Geräte können der Klägerin nicht weiterhelfen, weil die aktuell herzustellenden Geräte sich weiterentwickelt haben.

Mindestens liegt im Schreiben (Anlage B3) das Eingeständnis der Unfähigkeit, die geschuldete Leistung vertragsgerecht erbringen zu können. Doch nicht nur aus diesem Grund war es der Beklagten nicht mehr zuzumuten, die Vertragsbeziehung fortzusetzen. Die Beklagte war bereits am 23.08.2012 schriftlich vom Vertrag zurückgetreten. Vorausgegangen war eine im Schreiben vom 14.08.2012 ausgesprochene Fristsetzung zur Erbringung der geschuldeten Leistung, dessen Eingang die Klägerin schriftlich bestätigt hatte.

- Beweis: Fristsetzungsschreiben vom 14.08.2012 (Anlage B4), Bestätigungsschreiben vom 17.08.2012 (Anlage B5) und Rücktrittserklärung vom 23.08.2012 (Anlage B6)

Auf Drängen der Klägerin und weil diese den Geschäftsführer der Beklagten von einer Umstrukturierung des Betriebes der Klägerin überzeugt hatte, wurde der Klägerin eine weitere Chance durch Fortsetzung der Vertragsbeziehung gewährt. Indem diese nicht genutzt wurde und die Klägerin eingesteht, ohne die nicht geschuldete Mitwirkung der Beklagten die Leistung nicht erbringen zu können, liegen besondere Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den Rücktritt rechtfertigen.

Aufgrund des Rücktritts, liegt keine Kündigung im Schreiben vom 01.12.2014 vor. Ansprüche der Klägerin wegen Rücktritts bestehen somit nicht.

Die geltend gemachten 5.000,- € wegen der Initialkosten kann die Klägerin nicht verlangen, weil die Voraussetzungen aus § 3 III des Werkvertrages nicht erfüllt sind. Die Klägerin hat kein abnahmefähiges Werk hergestellt und keine Trockenkühler übergeben.

II.

Namens und in Vollmacht der Mandantin erhebe ich Widerklage und werde in der mündlichen Verhandlungen beantragen,

die Klägerin zur Zahlung von 14.500,- € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Widerklage ist zulässig gem. § 33, 1. Fall ZPO, weil die Streitgegenstände konnex sind.

Sollte das Gericht die Widerklage für unzulässig halten, wird um einen richterlichen Hinweis gebeten. In diesem Fall wird vorsorglich angeregt, die Prozesse zu verbinden.

Die Widerklage ist auch begründet.

Die Beklagte hat einen Anspruch auf Rückzahlung von 5.000,- € aus dem am 01.12.2014 aufgrund des Rücktritts entstandenen Rückgewährschuldverhältnisses. Unstreitig hat die Beklagte an die Klägerin 5.000,- € Initialkosten gem. § 3 I des Werkvertrages gezahlt. Dieser Betrag ist gem. § 346 I BGB zurückzugewähren. Sollte das Gericht einen Beweisantritt für nötig halten, wird um einen richterlichen Hinweis gebeten.

Die Beklagte hat ferner der Klägerin Material im Wert von 9.500,- € geliefert, das die Klägerin in die nicht abnahmefähigen Trockenkühler eingebaut hat. Aufgrund der Verarbeitung liegt Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur vor, weshalb die Pflicht zum Wertersatz aus § 346 II 1 Nr. 2, S. 2 BGB besteht.

Demnach sind 9.500,- € zu vergüten.

Mit freundlichen Grüßen

Unterschrift

Rechtsanwalt

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

[Lesen Sie noch einmal den Prüfervermerk. Dort finden Sie unter II. 6. folgenden Satz: „Bei den rechtlichen Ausführungen sind Bezugnahmen auf konkrete Passagen des Gutachtens zulässig.“ Dieser Satz erlaubt Ihnen die so genannte „Spitzklammertechnik“. Bei dieser dürfen Sie in spitzen Klammern auf das Gutachten inhaltlich Bezug nehmen anstatt in der Klageerwiderung noch einmal dasselbe rechtlich auszuführen. Diese Technik erlaubt eine starke Komprimierung, was den Text deutlich verkürzt und Ihnen hilft, die Aufgabe im Zeitlimit zu bewältigen.]

F. Praktischer Entwurf

Rechtsanwalt
 Dr. Ernst-Ludwig Naescher
 Große Bleiche 12
55116 Mainz

An das
 Landgericht Mainz
 Diether-von-Isenburg-Straße
 Postfach 3020
55116 Mainz

- Aktenzeichen 8 O 123/15
- Anzeige der Übernahme der Prozessführung und Klageerwiderung

In dem Rechtsstreit

der Dr. Sarrasin GmbH, Hohenzollernstr. 100, 56068 Koblenz, vertreten durch die Geschäftsführer Nils Peller und Andrea Fischer, ebenda,

Klägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. Undine von Holsterhausen,
 Peter-Altmeier-Ufer 20, 56068 Koblenz,

gegen

die PROFESSOR SCHULTZE GmbH, Essenheimerstr. 52, 55270 Ober-Olm. vertreten durch den Geschäftsführer Hans Windscheid, ebenda,

Beklagte,

bestelle ich mich mit anliegender Prozessvollmacht zur Prozessbevollmächtigten und zeige die Übernahme der Prozessführung an.

I.

Ich zeige namens und in Vollmacht meines Mandanten an, dass wir uns gegen die Klage verteidigen und beantrage, die Klage abzuweisen.

Auf die Klageschrift erwidern wir wie folgt:

Die Klage ist nicht begründet. Der Klägerin steht kein Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu, weil zum einen keine Abnahme des Werks erfolgt ist und zum anderen die Beklagte vom Vertrag zurückgetreten ist. **<Siehe Gutachten C. I. 1. und II. 1.>**

- Beweis: Urkundenbeweis durch Vorlage der Schreiben vom 01.12.2014 (Anlage B1) und 08.12.2014 (Anlage B2)

Die Klägerin hat weder einen Anspruch aus § 642 BGB noch aus §§ 241 II BGB wegen unterlassener Mitwirkungshandlungen. **<Siehe Gutachten C.I.2. >**

Standort: ZPO I / Assex
Schwerpunkte: Anwaltsklausur / Klageerwiderung

Der Rücktritt ist gem. § 323 I, II Nr. 1 BGB begründet. <Siehe Gutachten C. II. 1.>

- Beweis: Urkundenbeweis durch Vorlage des Schreibens der Klägerin vom 15.11.2014 (Anlage B3).

Mindestens liegt im Schreiben (Anlage B3) das Eingeständnis der Unfähigkeit, die geschuldete Leistung vertragsgerecht erbringen zu können. Doch nicht nur aus diesem Grund war es der Beklagten nicht mehr zuzumuten, die Vertragsbeziehung fortzusetzen. Die Beklagte war bereits am 23.08.2012 schriftlich vom Vertrag zurückgetreten. Vorausgegangen war eine im Schreiben vom 14.08.2012 ausgesprochene Fristsetzung zur Erbringung der geschuldeten Leistung, dessen Eingang die Klägerin schriftlich bestätigt hatte.

- Beweis: Fristsetzungsschreiben vom 14.08.2012 (Anlage B4), Bestätigungsschreiben vom 17.08.2012 (Anlage B5) und Rücktrittserklärung vom 23.08.2012 (Anlage B6)

Aufgrund des Rücktritts liegt im Schreiben vom 01.12.2014 keine Kündigung vor. <Siehe Gutachten C. I. 3>
 Die geltend gemachten 5.000,- € wegen der Initialkosten kann die Klägerin nicht verlangen. <Siehe Gutachten C. I. 4.>

II.

Namens und in Vollmacht der Mandantin erhebe ich Widerklage und werde in der mündlichen Verhandlungen beantragen,

die Klägerin zur Zahlung von 14.500,- € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Widerklage ist zulässig gem. § 33, 1. Fall ZPO, weil die Streitgegenstände konnex sind.

Sollte das Gericht die Widerklage für unzulässig halten, wird um einen richterlichen Hinweis gebeten. In diesem Fall wird vorsorglich angeregt, die Prozesse zu verbinden.

Die Widerklage ist auch begründet. <Siehe Gutachten C. II. 1. und 2.>

Demnach sind 9.500,- € zu vergüten.

Mit freundlichen Grüßen
 Unterschrift
 Rechtsanwalt

G. Mandantenschreiben
 Von diesem war abzusehen.

Standort: Assessorkurs Strafrecht / StA
Schwerpunkte: Die Verdachtsstufen

Die Verdachtsstufen der StPO

**Anfangs-
verdacht:**

Voraussetzung für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, vgl. § 152 II StPO.

Dieser ist gegeben, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Möglichkeit einer Tatbegehung sprechen.

Diese Verdachtsstufe hat für die Examensklausur regelmäßig keine Bedeutung. Alle Aktenstücke sind über dieses Stadium hinaus.

**Hinreichender
Tatverdacht:**

Prüfungsmaßstab für die Erhebung der öffentlichen Klage.

§ 170 I StPO spricht nur vom „hinreichenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage“. Der „hinreichende Tatverdacht“ steht in § 203 StPO. Daraus folgt für den Klausurtyp Abschlussverfügung: **Die Anklageschrift ist quasi ein Antrag an das Gericht, das Hauptverfahren zu eröffnen.** Für diesen „Antrag“ hat die StPO in § 203 StPO die „Genehmigungsvoraussetzung“ geregelt. Folglich muss im Gutachten unter den „hinreichenden Tatverdacht“ subsumiert werden.

Hier ist die richtige **Definition** extrem wichtig!

Notwendig ist die **Wahrscheinlichkeit von Tatbegehung und Verurteilung !**

Die o.g. Definition gliedert bereits den Prüfungsablauf: Schon im Prüfungspunkt des hinreichenden Tatverdachts ist zu prüfen, ob dem Täter die Tat auch zu **beweisen** ist. Ist das nicht der Fall, ist die Verurteilung nicht wahrscheinlich und es fehlt am hinreichenden Tatverdacht. **Damit rutschen alle typischen prozessualen Probleme (Besteht ein Beweisverwertungsverbot ?) in das materiell-rechtliche Gutachten ! Sie haben im prozessualen Gutachten bei den Verfahrensfragen nichts verloren !** Dort wird z.B. „nur“ geklärt, ob eine Einstellungsverfügung zu erstellen ist, vor welchem Gericht Anklage zu erheben ist, etc.

Beweisprobleme sind also im Gutachten niemals abstrakt vorweg oder hinterher zu prüfen! **Vielmehr hat die Prüfung bei dem Tatbestandsmerkmal zu erfolgen, welches durch das fragliche Beweismittel bewiesen werden soll.**

Beispiel: Ein Dieb soll mit einer heimlichen Videoaufzeichnung überführt werden. Die Frage, ob dies ein zulässiges Beweismittel ist, ist im Rahmen des Merkmals der „Wegnahme“ zu prüfen, da dieses Tatbestandsmerkmal mit diesem Beweismittel nachgewiesen werden soll.

Aus rechtsstaatlichen Gründen (möglichst keinen Unschuldigen vor Gericht stellen) existieren also vor Eröffnung des Hauptverfahrens 2 Kontrollinstanzen: StA und Gericht prüfen, ob ein hinreichender Tatverdacht vorliegt.

**Dringender
Tatverdacht:**

Dieser ist z.B. notwendig für den Erlass eines Haftbefehls (§ 112 StPO).

Definition: Hohe Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung. NICHT AUCH DER VERURTEILUNG !!

Haftgrund nach § 112 StPO ist z.B. die Verdunkelungsgefahr. Damit soll durch die U-Haft auch die Beweissicherung gewährleistet werden. Die Sicherung von Beweisen kann jedoch erst die Voraussetzung für die später (!) zu klärende Frage nach der Wahrscheinlichkeit der Verurteilung und damit nach dem Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts schaffen.

Folge: Häufig besteht der dringende Tatverdacht VOR dem hinreichenden Tatverdacht!
 Beachte aber: Im Zeitpunkt der Anklageerhebung ist der dringende TV stets stärker als der hinreichende TV (MG, § 112 Rn 6). Auch fehlt der dringende TV, wenn die vorliegenden Beweismittel nicht gerichtsverwertbar sind oder Verfahrenshindernisse vorliegen (MG, § 112 Rn 5).

© nur echt mit dem JI - Logo

Standort: Assessorkurs Strafrecht / StA
Schwerpunkte: Die Stellung als Beschuldigter

Zum Zeitpunkt der Beschuldigtenbelehrung

Sachverhalt (BGH, 1 StR 3/07 = JuS 2007, 962 = JA 2008, 151): Ehefrau und Kind des Angeklagten waren seit Anfang April 2002 spurlos verschwunden, die Vermissten nahmen keinen Kontakt zu Angehörigen oder Freunden auf, auch Kontobewegungen ließen sich nicht feststellen. Alle Suchaktionen waren erfolglos. Allerdings meldeten sich immer wieder Personen bei der Polizei, welche die Vermissten nach ihrem Verschwinden gesehen haben wollten.

Am 26.9.2002 wurde der Angeklagte 10 Stunden lang - nur von kurzen Pausen unterbrochen - vernommen. Bereits zu Beginn äußerte der Vernehmungsbeamte seine Überzeugung, dass die Vermissten tot seien. Er hielt dem Angeklagten Widersprüchlichkeiten in seiner Aussage - u.a. mit der Bemerkung „Ich glaube Ihnen kein Wort“ - vor und wies ihn daraufhin, dass - wenn er bei seiner Aussage bleibe- er sich nur „noch verdächtiger“ mache. Mittels Vorhalten und Fragen sollten offensichtlich „Schwachstellen“ in den bisherigen Aussagen aufgedeckt werden. Vor dem Hintergrund erheblicher Probleme des Angeklagten mit der Zeugungsfähigkeit hielt ihm der Vernehmungsbeamte vor, der Angeklagte könne in einem Streitgespräch mit seiner Ehefrau erfahren haben, dass er nicht der Erzeuger Tochter sei. Um diese Sachverhaltsvariante „in den Griff zu bekommen“, forderte er die Entbindung des behandelnden Arztes von der Schweigepflicht, die der Angeklagte auch N erteilte. Der Vernehmungsbeamte wurde zunehmend eindringlicher („Das Gewissen plagt Sie nicht?“). Zuletzt forderte er noch die Zustimmung des Angeklagten zu einer Nachschau in seinem Haus und die Abgabe einer Speichelprobe für eine DNA-Analyse; der Angeklagte war mit beidem einverstanden.

Die darauf erfolgenden Suchmaßnahmen im Anwesen des Angeklagten blieben ohne Erfolg. Am 21.3.2003 und am 29.8.2005 machte der Angeklagte, diesmal nach ordnungsgemäßer Beschuldigtenbelehrung (§§ 136 12, 163 a IV StPO), ergänzende Angaben, ohne seine früheren Angaben zu bestätigen. Der Verteidiger des Angeklagten widersprach der Verwertung der Aussagen des Angeklagten.

Problemstellung: Vom LG war der Angeklagte wegen Totschlags in zwei Fällen zu lebenslanger Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt worden. Hiergegen legte er Revision ein und stützte sich dabei auf die Verfahrensrüge, welche die unterbliebene Beschuldigtenbelehrung bei der Vernehmung am 26.9.2002 betraf. Der Erfolg des Rechtsmittels hing maßgeblich davon ab, ob der Angeklagte zum Zeitpunkt der Vernehmung am 26.9.2002 Beschuldigter war, so dass nach §§ 136 I 2, 163 a IV StPO eine Belehrung als Beschuldigter erforderlich war. Der BGH nutzte das Urteil, um nochmals die **Grundprinzipien für die Begründung des Beschuldigtenstatus** zu unterstreichen. In konsequenter Anwendung derselben kommt der BGH zur Bejahung der Beschuldigteneigenschaft zum Zeitpunkt der Vernehmung und gab der Verfahrensrüge des Angeklagten daher (zutreffend) statt.

I. Begründung der Beschuldigtenstellung: Zum Beschuldigten wird man nicht deshalb, weil man in den Augen der Strafverfolgungsorgane „verdächtig“ ist. Denn die StPO geht – wie §§ 55, 60 Nr. 2 eindeutig beweisen – von der Möglichkeit eines „verdächtigen Zeugen“ aus. Der BGH greift insoweit auf eine **subjektiv-objektive Abgrenzung** zurück: Subjektiv setzt die Beschuldigteneigenschaft den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde voraus. Dieser muss sich – objektiv – in einem Willensakt manifestieren. Wichtig ist dabei, dass es darauf ankommt, wie dieser Akt sich nach der Wahrnehmung des davon Betroffenen objektiv darstellt.

Explizit kommt ein Verfolgungswille zum Ausdruck, wenn die Strafverfolgungsbehörden ein formelles Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen einleiten. Die Begründung der Beschuldigtenstellung ist allerdings auch durch bestimmte Handlungen der Strafverfolgungsbehörden möglich, die konkludent einen entsprechenden Willen zum Ausdruck bringen, weil sie nur gegenüber einem Beschuldigten zulässig sind (z.B. §§ 81 a, b; 112 StPO) oder auch nur an einen Tatverdacht anknüpft (z. B. § 102 StPO).

Standort: Assessorkurs Strafrecht / StA
Schwerpunkte: Die Stellung als Beschuldigter

Allerdings würden Beschuldigtenrechte unzulässig umgangen, wenn die Strafverfolgungsbehörden selbst bei einem noch so starken Tatverdacht auf einen entsprechenden Willensakt verzichten würden. Zwar steht den Strafverfolgern grds. ein Beurteilungsspielraum bzgl. der Frage zu, ab welcher Stärke des Tatverdachts der Betroffene durch einen Willensakt als Beschuldigter behandelt wird. Dieser Spielraum ist aber überschritten, wenn der Tatverdacht so stark ist, dass das Vorenthalten der Beschuldigtenstellung als willkürlich erscheint. **Ab einem bestimmten Verdachtsgrad wird das Erfordernis eines Willensaktes also praktisch aufgegeben.**

II. Bei der Vernehmung ist – nicht zuletzt wegen der unterschiedlichen Belehrungspflichten – zwischen Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen zu unterscheiden. Denn da der Verdacht die Zeugeneigenschaft nicht ausschließt (s.o.), muss es möglich sein, einen Zeugen mit einem Tatverdacht zu konfrontieren und entsprechende Vorhalte zu machen, ohne dass deshalb auf einen Verfolgungswillen geschlossen werden dürfte. **Der BGH stellt klar, dass sich der Verfolgungswille hier aber aus dem Ziel, der Gestaltung und den Begleitumständen der Befragung ergeben kann.**

III. **Im Fall** stellt der BGH zunächst fest, dass der Tatverdacht gegen den Angeklagten im Zeitpunkt der Vernehmung objektiv jedenfalls nicht so stark war, dass eine Vernehmung als Beschuldigter geboten gewesen wäre. Immer wieder berichteten Personen, dass sie die Vermissten gesehen hätten. Auch andere Hinweise auf den Tod der Personen oder gar auf ein Tötungsdelikt des Angeklagten lagen nicht vor. Jedoch geht der BGH überzeugend davon aus, dass bei Gesamtschau aller relevanten Umstände eine Vernehmung des Angeklagten als Beschuldigter vorlag: Dafür spricht neben der Dauer der Vernehmung die darin erkennbare Tendenz, auf ein Geständnis des Angeklagten hinzuwirken. Außerdem hätten die Fragen und Vorhalte erkennbar dazu gedient, neue Ermittlungsansätze zu gewinnen (Schweigepflichtsentbindung, Nachschau im Haus, DNA-Analyse). Die Aufdeckung der Widersprüche hatte offensichtlich den Hintergrund, den Tatnachweis gegen den Angeklagten führen zu können, nicht nur, die Hintergründe des Verschwindens der Vermissten zu klären. Darüber hinaus könne auch die Durchsichtung des Anwesens des Angeklagten, mit der sich dieser einverstanden erklärt hatte, nur als Ausdruck eines Verfolgungswillens verstanden werden, weil diese auf das Auffinden von Leichen oder Tatspuren gerichtet war und – im Erfolgsfall – nur die Täterschaft des Angeklagten realistischerweise in Betracht gekommen wäre.

IV. Die **späteren Vernehmungen mit Belehrung** können **keine Heilung** der unterbliebenen Belehrung bei der ersten Beschuldigtenvernehmung erbringen. Der Angeklagte hat seine vorherige Aussage nämlich nicht bestätigt, sondern nur ergänzt. Eine Heilung wäre richtiger Ansicht nach nur dann möglich, wenn der Angeklagte seine ursprüngliche Aussage nach **qualifizierter Belehrung** (d. h. unter ausdrücklichem Hinweis auf die Nichtverwertbarkeit der ersten Aussage) bestätigt hätte (zu beachten ist jedoch, dass der BGH hinsichtlich eines Beweisverwertungsverbots einen Automatismus ablehnt und auf den Einzelfall abstellen will, BGH-Urteil vom 18. 12. 2008 - 4 StR 455/08).

Hinweis: Schließlich weist der BGH ergänzend darauf hin, dass die Belehrungen, vor der Polizei nicht aussagen zu müssen, und die Belehrung eines Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 55 II, 163 III 1 StPO bzgl. selbstbelastender Angaben die fehlende Belehrung nach § 136 I 2 StPO nicht ersetzen kann, wenn er in diesem Zeitpunkt Beschuldigter war. Auch fehlt die – spezifisch für Beschuldigte vorgesehene – Belehrung über die Verteidigerkonsultation, deren Unterbleiben zu einem Verwertungsverbot führt (s. BGHSt 47, 172).

BGH, 1 StR 186/17:

Die Strafverfolgungsbehörden haben einen Zeugen erst dann als Beschuldigten zu behandeln, wenn sich der Verdacht gegen ihn so verdichtet hat, dass der Zeuge ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt. Die Grenzen des den Strafverfolgungsbehörden eingeräumten Beurteilungsspielraums sind erst dann überschritten, wenn trotz starken Tatverdachts nicht von der Zeugen zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen wird und auf diese Weise die Beschuldigtenrechte umgangen werden.

Zum Begriff des Beschuldigten: MG, Einl. Rn 76 ff. (unbedingt lesen!)

Standort: Assessorkurs Strafrecht / StA
Schwerpunkte: Zuständigkeiten der Gerichte

Zuständiges Gericht in 1. Instanz

Relevanz in der Klausur:

- a) StA-Klausur:
 Die Anklage muss zu einem bestimmten Gericht erhoben werden. Deshalb müssen schon in diesem Klausurtyp die Regeln zur Zuständigkeit beherrscht werden.
- b) Revisionsklausur
 In der Revisionsklausur sind gerade Fragen der sachlichen Zuständigkeit absolute Prüfungsklassiker.

Sachliche Zuständigkeit:

Welches Gericht (AG, LG, OLG) ist für die Strafsache in erster Instanz zuständig?
 Gibt es innerhalb eines Gerichts unterschiedliche Spruchkörper mit unterschiedlicher Strafgewalt (z.B. Einzelrichter, Schöffengericht)?

Örtliche Zuständigkeit:

Welches von mehreren sachlich zuständigen Gerichten ist nach örtlichen Gesichtspunkten zuständig (§§ 7 ff. StPO)?
 Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit ist der sachlichen Zuständigkeit logisch nachrangig, da es weniger AG als LG gibt.
 Gem. § 16 StPO (nur) bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens von Amts wegen zu prüfen, danach lediglich auf Einwand des Angeklagten. Eine Rüge ist allerdings nur bis zum Beginn der Vernehmung zur Sache in der Hauptverhandlung möglich. (Näheres im RevisionsR)

Funktionelle Zuständigkeit:

Z.B. Zuständigkeitsverteilung zwischen Spruchkörpern mit gleicher Strafgewalt (Bsp.: allgemeine Strafkammer oder Wirtschaftsstrafkammer), Aufgabenverteilung innerhalb der Spruchkörper (z.B. Verhandlungsleitung des Vorsitzenden, § 238 I StPO), Zuständigkeiten des Ermittlungsrichters.

Sachliche Zuständigkeit

Sie ist gem. § 6 StPO in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Gem. § 269 StPO darf sich ein Gericht nicht deshalb für unzuständig erklären, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehört. (Näheres im RevisionsR)

Amtsgericht:

Regelzuständigkeit gem. § 24 I GVG. Strafgewalt endet gem. § 24 II GVG bei 4 Jahren.

Ausnahmen:

- Zuständigkeit gewisser Spruchkörper des LG oder des OLG
- Straferwartung über 4 Jahre Freiheitsstrafe
- besondere Bedeutung des Falles

- a) **Strafrichter** (1 Berufsrichter, § 25 GVG): Zuständig für leichtere Kriminalität, wenn
- AG sachlich zuständig **und**
 - Vergehen, das entweder im Wege der Privatklage verfolgt werden kann oder bei dem keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe von zwei Jahren zu erwarten ist.

(Achtung: Strafgewalt dennoch bis vier Jahre!)

- b) **Schöffengericht** (1 Berufsrichter, 2 Schöffen, § 29 I GVG): Zuständig für mittlere Kriminalität, wenn
- AG sachlich zuständig **und**
 - die Zuständigkeit des Strafrichters nicht begründet ist (arg. § 28 GVG), d.h. insbes. bei Straferwartung von über zwei Jahren bis zu max. vier Jahren.

- c) **Erweitertes Schöffengericht** (2 Berufsrichter, 2 Schöffen, § 29 II StPO) bei besonders umfangreichen Sachen, i.d.R. auf Antrag der StA. (In StA-Klausur ausgeschlossen.)

Standort: Assessorkurs Strafrecht / StA
Schwerpunkte: Zuständigkeiten der Gerichte

Landgericht:

Zuständig in den Fällen des § 74 GVG, vor allem bei:

- zu erwartender Freiheitsstrafe von über 4 Jahren
- bei besonderer Bedeutung des Falles oder
- bei den in § 74 II GVG genannten Verbrechen

a) Große Strafkammer (3 Berufsrichter, 2 Schöffen, § 76 I 1 GVG, in einfachen Fällen 2 Berufsrichter, 2 Schöffen, § 76 II GVG).

b) Schwurgericht (für die in § 74 II GVG genannten Verbrechen)
 „Besondere Strafkammern“ sind

- **Wirtschaftsstrafkammer** (für die in § 74c GVG genannten Fälle)
- **Staatsschutzkammer** (für die in § 74a GVG genannten Fälle)

**OLG
 (Berlin: KG):**

Zuständig in den Fällen des § 120 I, II GVG (Staatsschutzdelikte u.a.).

Spruchkörper: Senate, Besetzung mit 5 Berufsrichtern, in einfacheren Fällen mit 3 Berufsrichtern, § 122 II GVG.



Standort: StPO/Assex

Fall: "Koslowski"

Aktenstück 1

Polizeirevier Gießen

Gießen, den 19.2.2014

Aktenvermerk:

Heute um 23.55 Uhr erhielten wir einen Anruf von Frau Karla Koslowski, Mozartweg 17, 35390 Gießen. Sie berichtete ganz aufgeregt, dass Sie gerade, als sie noch eine Zigarette auf ihrem Balkon rauchen wollte, gesehen habe, wie zwei zwielichtige Gestalten bei Ihrem Nachbar gegenüber herumgeschlichen seien. Der Große, der eine auffällige rote Jacke getragen habe, habe dann mit einer Stange oder ähnlichem, was Sie nur unklar sehen konnte, die seitliche Tür des Hauses aufgebrochen und sei dann in dem Haus verschwunden, während der Kleinere, dieser habe wohl eine Glatze, weiter vor dem Haus gestanden habe. Die würden sicherlich etwas unredliches im Schilde führen, zumal in dem Haus auch der Gerichtsvollzieher Gerd Kuckuck wohnen würde.

Ich habe dann sofort unsere Streife Lothar 1 informiert, die sich zurzeit in dem betreffenden Stadtbezirk aufhielt.

gez. POM Bernd Bude

Aktenstück 2

Polizeipräsidium Gießen

Gießen, den 20.2.2014
 Tagebuch-Nr.: ...

P o l i z e i b e r i c h t

In der Nacht vom 19.2.2014 auf den 20.2.2014 erhielten wir von der Zentrale einen Anruf, dass auf dem Mozartweg 16 ein Einbruch beim Gerichtsvollzieher Gert Kuckuck von einer Nachbarin gemeldet worden wäre. Einer der Täter sei als recht groß und bekleidet mit einer roten Jacke beschrieben worden. Während ein andere mit auffälliger Glatze vor dem Haus wohl Schmiere gestanden habe.

Unmittelbar nach dem Einbiegen in den Mozartweg kam uns dann ein Mofa mit einer großen Person bekleidet mit einer roten Jacke entgegen. Wir habe das Fahrzeug dann sofort angehalten und mein Kollege POM Erich Stahl hat zunächst mit einer Überprüfung der Personalien des Fahrers begonnen. Während dessen kam unvermittelt eine weitere Person mit Glatze um die Ecke und rief zu unserem Erstaunen: "Haltet den Dieb, das ist mein Mofa". Wir haben dann zunächst beide Personen zur weiteren Aufklärung mit auf das Präsidium genommen.

(POM Cliff Hänger)

Standort: StPO/Assex

Aktenstück 3

Polizeipräsidium Gießen

Gießen, den 20.2.2014
Tagebuch-Nr.: ...

Die nachstehende Person wurde heute um 1.45 Uhr als Beschuldigter gem. §§ 163 a, 136 StPO belehrt und nachfolgende Personalien wurden festgestellt:

1. Zur Person:
Anton Koslowski, Polier, geb. 13.5.74 in Wetzlar, ledig, deutscher Staatsangehöriger, Kruppstraße 61, 35390 Gießen

2. Zur Sache:
"Ich weiß überhaupt nicht, was das Ganze hier soll. Es handelt sich um mein Mofa, was ich hier mit den Papieren beweisen kann. Ich bin ein freier Mann und lasse mich doch nicht auf eine derartige Art und Weise von der Polizei überfallen. Daher möchte ich unverzüglich wieder frei gelassen werden. Das ist alles, was ich zu dieser Sache sagen kann."

gez. POM Erwin Köster

Aktenstück 4

Polizeipräsidium Gießen

Gießen, den 20.2.2014
Tagebuch-Nr.: ...

Die nachstehende Person wurde heute um 2.15 Uhr als Beschuldigter gem. §§ 163 a, 136 StPO belehrt und nachfolgende Personalien wurden festgestellt:

1. Zur Person:
Werner Kaczmarek, Gastwirt, geb. 2.9.1956 in Ehringhausen, geschieden, deutscher Staatsangehöriger, Bredeneyer Straße 289, 35390 Gießen

2. Zur Sache:
"Ich betreibe die Gaststätte "Zum alten Bock" in der Frankfurter Allee hier in Gießen. Vor zwei Tagen war der Herr Koslowski bei mir Gast und hat es sich gut gehen lassen. Als meine Kellnerin Maria Korn bei ihm abrechnen wollte, stellte dieser nach seinen Angaben fest, dass er wohl sein Geld vergessen habe. Ich bin dann zum Tisch gerufen worden und erklärte mich auf Bitte von Herrn Koslowski bereit, die Rechnung anschreiben zu lassen. Da ich diese Typen aber kenne, wollte ich dies natürlich nicht ohne Pfand machen. Herr Koslowski hat mir dann sein Mofa überlassen, was ich dann in der zum Haus gehörenden Garage abgestellt habe.

Leider bin ich zur Zeit ein wenig klamm, da der Laden nicht so rund läuft. Da ich hohe Ausstände habe und daher ein wenig in Schieflage geraten bin, kam am nächsten Tag der Gerichtsvollzieher Herr Kuckuck mal wieder vorbei und hat dann das Mofa in der Garage gesehen. Obwohl ich noch beteuert habe, dass dies nicht meins sei, hat er das Mofa zur Vollstreckung mitgenommen."

Standort: StPO/Assex

Am Abend ist dann Herrr Koslowski vorbeigekommen und wollte seine Zeche bezahlen. Sie können sich ja wohl vorstellen, dass dieser dann vor Wut gekocht hat, als ich ihm die Sache mit dem Mofa erklärt habe. Da wir den Vorgang als himmelschreiendes Unrecht angesehen haben beschlossen wir, die Rechte des Herrn Koslowski gemeinsam wiederherzustellen. Wir sind daher zum Haus des Gerichtsvollziehers Kuckuck gegangen und dort stand zufälligerweise das Mofa an der Hauswand. Herr Koslowski hat sich dann einfach auf das Mofa gesetzt und ist ohne mir die Zeche zu bezahlen weggefahren, so dass ich nur noch hinterher laufen konnte. Das ist alles, was ich zur Sache sagen kann.

gez. POM Erwin Köster

Aktenstück 5

Polizeipräsidium Gießen

Gießen, den 20.2.2014
 Tagebuch-Nr.: ...

Aktenvermerk:

Die Beschuldigten Anton Koslowski und Werner Kaczmarek wurden um 2:00 Uhr wieder entlassen, da weitere Gründe für den Erlass eines Haftbefehls nicht ersichtlich waren. Das Mofa der Marke Zündapp mit dem Haftpflichtkennzeichen 346 KNC sowie ein Brecheisen, welches sich in dem Aufbewahrungsfach des Mofas befand, wurden sichergestellt.

Der Gerichtsvollzieher Gerd Kuckuck wurde zur Zeugenvernehmung geladen.

gez. POM Erwin Köster

Aktenstück 6

Polizeipräsidium Gießen

Gießen, den 27.2.2014
 Tagebuch-Nr.: ...

Auf Vorladung erscheint heute um 8.00 Uhr Frau Karla Koslowski. Sie wurde als Zeugin belehrt und machte dann folgende Angaben:

1. Zur Person:
 Karla Koslowski, geb. 13.5.76 in Wetzlar, verheiratet, deutsche Staatsangehörige, wohnhaft Mozartweg 17, 35390 Gießen
2. Zur Sache:
 Ich bin gerade darüber belehrt worden, dass sich dieses Verfahren gegen meinen Bruder richtet. Ich mache daher von meinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch.

gez. POM Erwin Köster

Standort: StPO/Assex

Aktenstück 7

Polizeipräsidium Gießen

Gießen, den 3.3.2014
Tagebuch-Nr.: ...

Auf Vorladung erscheint heute um 8.00 Uhr Herr Gerd Kuckuck. Er wurde als Zeuge belehrt und machte dann folgende Angaben:

1. Zur Person:
Gerd Kuckuck, Gerichtsvollzieher, geb. 11.11.1970, verheiratet, deutscher Staatsangehöriger, Mozartweg 16, 35390 Gießen

2. Zur Sache:
Am 19.2.2014 bin ich bei dem Gastwirt Werner Kaczmarek, Bredeneyer Straße 289, 35390 Gießen vorbeigegangen und habe dort wegen einer Forderung seiner Brauerei, der Licher (B)rauerei, nach Zustellung des Zahlungstitels ein Mofa der Marke Zündapp gepfändet und in meine Pfandkammer neben meinem Haus verbracht. Am Morgen des 20.2.2014 habe ich dann gesehen, dass die Tür zu meiner Pfandkammer aufgebrochen worden ist und auch das Mofa nicht mehr dort war. Irgendwelche Personen habe ich nicht gesehen.

gez. POM Erwin Köster

Aktenstück 8

Polizeipräsidium Gießen

Gießen, den 4.3.2014
Tagebuch-Nr.: ...

Aktenvermerk:

Die Ermittlungen in der obigen Sache sind abgeschlossen. Der Vorgang wird zur zuständigen Staatsanwaltschaft hier in Gießen weitergeleitet.

gez. POM Erwin Köster

Der Sachverhalt ist zu begutachten und die Entschließung der Staatsanwaltschaft (Az. 32 Js 357/14) ist zu entwerfen. Die Staatsanwaltschaft trifft ihre Abschlussverfügung am 16.5.2014. Die Brauerei Licher, der Gerichtsvollzieher Gerd Kuckuck und der Gastwirt Werner Kaczmarek haben am 21.3.2014 unter allen rechtlichen Gesichtspunkten Strafanträge gestellt.

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

Lösungsskizze zum Fall "Koslowski"

1. Teil: Materiell-rechtliches Gutachten
- A. Hinreichender Tatverdacht bzgl. des Beschuldigten Anton Koslowski (A)
- I. Hinreichender Tatverdacht gem. § 263 I StGB ggü. und zum Nachteil des W durch das Bestellen der Getränke
 - II. Hinreichender Tatverdacht gem. § 242 I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa
 - III. Hinreichender Tatverdacht gem. § 136 I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa
 - IV. Hinreichender Tatverdacht gem. § 133 I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa
 - V. Hinreichender Tatverdacht gem. § 289 I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa
 - VI. Hinreichender Tatverdacht gem. § 248 b I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa
 - VII. Hinreichender Tatverdacht gem. § 303 I StGB durch das Aufbrechen der Pfandkammertür
 - VIII. Hinreichender Tatverdacht gem. § 123 I StGB durch das Betreten der Pfandkammer
- B. Hinreichender Tatverdacht bzgl. des Beschuldigten (W)erner Kaczmarek
- I. Hinreichender Tatverdacht wegen mittäterschaftlich begangener Straftaten gemäß den §§ 136 I, 133 I, 303 I, 123 I StGB i.V.m. § 25 II StGB
 - II. Hinreichender Tatverdacht gem. § 288 I StGB zum Nachteil der B
- C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen
2. Teil: Verfahrensfragen
- A. Zuständigkeit/Verfahrensart
 - B. Einstellungen
 - C. Beschränkung gem. § 154 a StPO
 - D. Besondere Wiedervorlagefrist
3. Teil: Entschließung der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft kann die Beschuldigten Koslowski (A) und Kaczmarek (W) anklagen, wenn gem. §§ 170 I, 203 StPO hinreichender Tatverdacht besteht. Dies ist der Fall, wenn die Verurteilung der Beschuldigten nach Aktenlage wahrscheinlich ist, die Verurteilung also wahrscheinlicher ist als ein Freispruch.

1. Teil: Materiell-rechtliches Gutachten

A. Hinreichender Tatverdacht bzgl. des Beschuldigten Anton Koslowski (A)

I. Hinreichender Tatverdacht gem. § 263 I StGB ggü. und zum Nachteil des W durch das Bestellen der Getränke

Die Einlassung des Beschuldigten W, der Beschuldigte A habe nach dem Verzehr in der Gaststätte nicht bezahlen können, gibt Anlass zur Prüfung des hinreichen Tatverdachts eines Betrugs gem. § 263 I StGB.

Voraussetzung ist, dass der Beschuldigte A durch eine Täuschungshandlung einen Irrtum bei dem Beschuldigten W erregt hat. Vorliegend kommt durch das Bestellen der Getränke ein Täuschen durch schlüssiges Verhalten in Betracht. Das Eingehen einer Vertragsverpflichtung enthält konkludent die Erklärung des Erfüllungswillens und bei Bargeschäften die Erklärung der Erfüllungsfähigkeit (Fischer, § 263 Rn 22).

Das Vorliegen der übrigen objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 263 I StGB kann dahinstehen, wenn dem A im entscheidenden Zeitpunkt der Bestellung der Vorsatz fehlte, den Gastwirt zu betrügen. A hat sich zu diesem Vorgang selbst nicht geäußert. Der Aussage des W nach, wurde dieser von der Kellnerin zum Tisch des A gebeten, da dieser ihr gegenüber zuvor bei der Abrechnung gesagt hatte, dass er leider sein Geld vergessen habe. Es gibt daher keinerlei Anhaltspunkte, um dem A vorsätzliches Verhalten nachweisen zu können.

Somit scheidet ein hinreichender Tatverdacht gem. § 263 I StGB aus.

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

II. Hinreichender Tatverdacht gem. § 242 I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa

Die Einlassungen der Beschuldigten W und A, sie hätten das Mofa des A vom Grundstück des Gerichtsvollziehers Kuckuck geholt, geben Anlass zur Prüfung des hinreichen Tatverdachts eines Diebstahls gem. § 242 I StGB.

Ein hinreichender Tatverdacht wegen Diebstahls des Mofas scheidet bereits daran, dass dieses für den Beschuldigten A keine fremde Sache war. Das Bestellen eines Pfandrechts (§§ 1204 f. BGB) wirkt sich ebensowenig auf das Eigentum des A aus, wie die Pfändung des Mofas durch den Gerichtsvollzieher. Die Annahme, A habe dem W das Mofa zur Sicherheit sicherungsübereignet, ist lebensfremd und kann bei dem vorliegenden Sachverhalt ohne weitere Anhaltspunkte nicht angenommen werden. Ein hinreichender Tatverdacht bzgl. § 242 I StGB scheidet demnach aus.

III. Hinreichender Tatverdacht gem. § 136 I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa

Die Aussage der Zeugin Karla Koslowski, sie habe gesehen, wie eine Person in die Pfandkammer des Gerichtsvollziehers Kuckuck eingebrochen sei, gibt Anlass zur Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts wegen Verstrickungsbruchs gem. § 136 I StGB.

1. Tatbestand

Das Mofa war vom Gerichtsvollzieher Kuckuck gepfändet und – nach seiner Aussage – in seine Pfandkammer verbracht – worden. Durch eine eigenmächtige Entfernung aus der Pfandkammer wird die Pfandsache auch ganz der Verstrickung entzogen, womit der Tatbestand des § 136 I StGB verwirklicht wäre. Der Beschuldigte A hat die Tat jedoch – pauschal – bestritten.

Fraglich ist deshalb, ob ihm diese mit einer für die Verurteilung notwendigen Sicherheit nachgewiesen werden kann. Der Mitbeschuldigte W in seiner Vernehmung aus, dass das Mofa zufälligerweise vor dem Haus des Gerichtsvollziehers Kuckuck gestanden habe, was einer Entziehung aus der Pfandkammer entgegenstehen würde.

[Anm.: In eine Beweiswürdigung sollte (nach Ansicht vieler Prüfer darf [!]) erst eingetreten werden, wenn die Tat, so sie denn bewiesen werden könnte, auch strafbar ist. Es ergibt wenig Sinn, eine ausführliche Beweiswürdigung zu machen, um dann zu dem Ergebnis zu kommen, dass die nunmehr nachweisbare Tathandlung gar nicht strafbar ist. Deshalb wird oben kurz die – bzgl. § 136 I StGB wenig problematische – Strafbarkeit bejaht und dann erst das Beweisproblem behandelt.]

Der Gerichtsvollzieher Kuckuck dagegen bekräftigte in seiner glaubhaften Aussage, dass das Mofa innerhalb seiner Pfandkammer neben seinem Haus abgestellt gewesen wäre und die Pfandkammer in der Tatnacht aufgebrochen worden wäre. Dies bestätigt letztendlich aber noch nicht die Tathandlung des Aufbrechens der Pfandkammer durch den Beschuldigten A. Diese Tathandlung könnte aber durch die telefonische Aussage der Zeugin Karla Koslowski vom 20.02. bewiesen werden, die in ihrer nächtlichen Beobachtung gesehen hatte, wie eine Person, auf die die Beschreibung des Beschuldigten A zutrifft, die Pfandkammer aufgebrochen habe. Hinzu kommt, dass auch bei dem sichergestellten Mofa ein Brecheisen gefunden wurde, welches das Tatgeschehen plausibel macht und die Aussage als glaubhaft erscheinen lässt.

Die Zeugin Karla Koslowski hat aber in Ihrer späteren Zeugenvernehmung am 27.02. klargestellt, dass sie von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, welches ihr aufgrund der Verwandtschaft zu dem Beschuldigten A gem. § 52 StPO zusteht. Damit ist nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen auch klar, dass Sie in einem späteren Prozess ebenso nicht weiter aussagen wird. Somit steht der Verlesung der Aussage (mittels Verlesung des polizeilichen Aktenvermerks vom 19.02.) in einem späteren Prozess möglicherweise das Verlesungsverbot des § 252 StPO entgegen.

Diese Vorschrift bezieht sich auf alle Aussagen, die vor einer Hauptverhandlung getätigt wurden. Erfasst sind nicht nur förmlich protokollierte Vernehmungen, sondern auch Angaben in einem von der Polizei zugesandten Fragebogen und unprotokolliert gebliebene Auskünfte nach einer informatorischen Anhörung (MG, § 252 Rn 7). Nicht erfasst sind jedoch Äußerungen, die ein Zeuge vor oder außerhalb der Vernehmung aus freien Stücken getan hat, so in einer Strafanzeige, mit der keine Vernehmung verbunden ist (MG, § 252 Rn 8). So liegt der Fall hier. Damit schließt das Berufen auf das Zeugnisverweigerungsrecht in diesem Fall vor allen Dingen nicht aus, den Polizeibeamten POM Bernd Bude über den nächtlichen Anruf von der Zeugen Karla Koslowski zu vernehmen, aber auch eine ergänzende Verlesung des Aktenvermerks vom 19.02. wäre zulässig. Zusammen mit den Aussagen der anderen Polizeibeamten ist es somit möglich, dem Beschuldigten A die Tathandlung nachzuweisen.

Schließlich handelte der Beschuldigte A auch vorsätzlich.

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

2. Rechtmäßigkeit der Pfändung gem. § 136 III StGB

Eine Strafbarkeit wegen Verstrickungsbruchs gem. § 136 I StGB setzt gem. § 136 III StGB voraus, dass die Diensthandlung rechtmäßig war. Dabei kann offenbleiben, wie § 136 III StGB dogmatisch einzuordnen ist (vgl. dazu Fischer, § 136 Rn 13 und § 113 Rn 10). Rechtmäßig im strafrechtlichen Sinne ist eine Pfändung dann, wenn diese unter Beachtung der wesentlichen Förmlichkeiten gem. §§ 808 ff. ZPO ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Diesbezüglich bestehen hier lediglich insoweit Bedenken, als es sich bei dem Mofa um eine schuldnerfremde Sache gehandelt hat. Wie sich aus dem Wortlaut des § 808 I ZPO ergibt, prüft der Gerichtsvollzieher nicht die Eigentumsverhältnisse, sondern nur den Gewahrsam des Schuldners an der zu pfändenden Sache. Zu unterbleiben hat die Pfändung i.S.d. § 808 ZPO, wenn der Pfändungsgegenstand offensichtlich zum Vermögen eines Dritten gehört (T/P, § 808 Rn 9). Der bloße Hinweis des Pfändungsschuldners W auf das Eigentum des G begründet einen solchen Fall nicht (LG Bonn, MDR 1987, 770; LG Dortmund, NJW-RR 1986, 1497).

Der förmlichen Rechtmäßigkeit steht auch nicht § 808 II ZPO entgegen. Zwar handelt es sich bei dem Mofa um eine Sache, die nach dem Normwortlaut grundsätzlich im Gewahrsam des Schuldners zu belassen wäre. Es greift hier jedoch die Ausnahme gem. § 808 II 1 ZPO ein, denn bei der Pfändung von Kraftfahrzeugen jeder Art liegt immer eine Gefährdung der Gläubigerinteressen vor (OLG Düsseldorf, MDR 1968, 424), wenn diese mit der Möglichkeit zum Gebrauch beim Schuldner belassen werden (vgl. T/P, § 808 Rn 14).

Folglich war die Diensthandlung im Sinne des § 136 III StGB rechtmäßig.

3. Rechtswidrigkeit

Für den Rechtfertigungsgrund der Notwehr gem. § 32 StGB fehlt es an einem rechtswidrigen Angriff des G, da dieser das Mofa rechtmäßig beschlagnahmt und mit in seine Pfandkammer genommen hatte. Der Rechtfertigungsgrund des Notstandes gem. § 34 StGB scheitert daran, dass die Gefahr für einen Eigentumsverlust des A durch Versteigerung auf andere Weise, nämlich durch Drittwiderspruchsklage und eine vorgeschaltete einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§§ 771 I, III; 769 ZPO) abgewendet werden kann. Die Tat des A war daher rechtswidrig.

4. Schuld

Da A irrig annahm, die Pfändung sei zu Unrecht geschehen, ist auf §§ 136 IV, 113 IV StGB einzugehen. § 113 IV StGB stellt eine Spezialregelung gegenüber dem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB dar. Danach handelt der Täter ohne Schuld, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte. Zwar hält A die Pfändung für "himmelschreiendes Unrecht". Dieser Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung war jedoch vermeidbar, da A jederzeit den Rat eines Anwalts oder anderen Rechtskundigen hätte einholen können. Gemäß § 136 IV i.V.m. § 113 IV besteht allerdings die Möglichkeit einer Strafmilderung.

5. Ergebnis

Damit ist der Beschuldigte A des Verstrickungsbruchs gem. § 136 I StGB hinreichend tatverdächtig.

IV. Hinreichender Tatverdacht gem. § 133 I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa

Durch das – nach obigen Ausführungen erwiesene – Herausholen des Mofas aus der Pfandkammer, könnte sich A eines Verwahrungsbruchs gem. § 133 I StGB hinreichend verdächtig gemacht haben.

1. Tatbestand

Das Mofa befand sich nach der Beschlagnahme und Wegnahme durch den G in dessen dienstlicher Verwahrung (§ 808 I ZPO) und wurde durch das nach den obigen Ausführungen nachweisebare Entfernen aus der Pfandkammer auch der dienstlichen Verfügung des G entzogen.

A hat vorsätzlich gehandelt. Seine Vorstellung, G habe "himmelschreiendes Unrecht" begangen, schließt den Vorsatz zum Verwahrungsbruch nicht aus (vgl. § 16 I StGB). A wusste, dass sich das Mofa in der Pfandkammer in dienstlicher Verwahrung des Gerichtsvollziehers befand und wollte es daraus entfernen. Die Vorstellung, dass der Gerichtsvollzieher nicht berechtigt war, das Mofa dorthin zu verbringen, hat keinen Einfluss auf den Vorsatz hinsichtlich des Verwahrungsbruchs.

2. Rechtswidrigkeit war die Tat gem. obiger Ausführungen.

© nur echt mit dem II - Logo

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft. Insoweit könnte der Irrtum des A ("Himmelschreiendes Unrecht") zwar als Verbotsirrtum gem. § 17 StGB angesehen werden, dieser war jedoch aus den o.g. Gründen vermeidbar. Die Strafe kann lediglich gem. §§ 17 S. 2, 49 I StGB gemildert werden.

4. Ergebnis

Damit ist der Beschuldigte A des Verwahrungsbruchs gem. § 133 I hinreichend tatverdächtig.

V. Hinreichender Tatverdacht gem. § 289 I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa

Durch das – nach obigen Ausführungen erwiesene – Herausholen des Mofas aus der Pfandkammer, könnte sich A einer Pfandkehr gem. § 289 I StGB hinreichend verdächtig gemacht haben.

1. Strafantrag gem. § 289 III StGB

Sowohl die B als auch W haben den zur Strafverfolgung zwingend erforderlichen Strafantrag gestellt.

2. Tatbestand

a) Taugliches Tatobjekt

Das Mofa ist eine tätereigene bewegliche Sache, an der A dem W ein Pfandrecht bestellt hatte (§ 1204 BGB). Das vertragliche Pfandrecht war durch die weitergehende Pfändung durch den Gerichtsvollzieher auch nicht aufgehoben worden (vgl. §§ 1252 f. BGB). Folglich ist W nach wie vor Pfandgläubiger.

Fraglich ist, ob nicht auch die B Pfandgläubiger im Sinne des § 289 I StGB ist, zu deren Nachteil A gehandelt haben könnte. Hier könnte allein ein Pfändungspfandrecht der B in Betracht kommen, sofern es entstanden ist. Nach h.M. (sog. gemischt privatrechtlich-öffentlichrechtliche Pfandrechtslehre (T/P, § 804 Rn 2)) richtet sich die Entstehung des Pfändungspfandrechts nach den Voraussetzungen, die für die Entstehung eines rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Pfandrechts erforderlich sind. Gem. §§ 1205, 1207 BGB ist grundsätzlich nur der Eigentümer einer Sache zur rechtsgeschäftlichen Pfandbestellung an einer Sache berechtigt; die gesetzlichen Pfandrechte entstehen ebenfalls nur an den Sachen, die dem Schuldner gehören (vgl. etwa §§ 557, 647 BGB). Deshalb kann auch ein Pfändungspfandrecht an einer schuldnerfremden Sache nicht entstehen. Die B war demnach kein Pfandgläubiger im Sinne des § 289 I StGB.

b) Wegnahme

Fraglich ist, ob A dem W die Pfandsache im Sinne des § 289 I StGB weggenommen hat. Dies richtet sich maßgeblich danach, wie der Wegnahmebegriff i.S.d. § 289 I StGB zu verstehen ist.

Im Rahmen des § 289 I StGB ist im Hinblick auf einen effektiven Schutz aller Pfandrechte von einem anderen Wegnahmebegriff als in § 242 StGB auszugehen. Demnach ist kein Gewahrsamsbruch erforderlich; tatbestandsmäßig ist allein schon das räumliche Entfernen der Sache aus dem tatsächlichen Macht- und Zugriffsbereich des Rechtsinhabers (Fischer, § 289 Rn 4). Der Grund hierfür liegt darin, dass es nicht überzeugt, den Inhabern besitzloser Pfandrechte (vgl. §§ 562, 592, 704 BGB) nur den allg. Schutz des § 288 I StGB angedeihen zu lassen, da sie im Gegensatz zu Inhabern eines Besitzpfandrechts kaum eigene Sicherungsvorkehrungen treffen können.

Ursprünglich hatte W das Mofa in seinem Machtbereich, nachdem ihm A das Fahrzeug zur Sicherung der Zechforderung überließ. Durch die Pfändung des Mofas zur Sicherung der Forderung der B und dessen Inbesitznahme (§ 808 I ZPO) durch den G gelangte das Mofa jedoch in den Machtbereich der B, die den G beauftragt hatte. Dabei ist der Umstand, dass es sich um eine schuldnerfremde Sache handelte, ohne Bedeutung. W wurde dadurch mittelbarer Besitzer zweiten Grades, was für das Fortbestehen des Zugriffsbereichs nicht ausreichend ist.

Durch das Wegfahren wurde das Mofa demnach nicht dem Zugriffsbereich des W entzogen, da es bereits zuvor durch G aus diesem entfernt worden war, so dass keine Wegnahme i.S.d. § 289 I StGB vorlag.

3. Ergebnis

Damit ist der Beschuldigte A der Pfandkehr gem. § 289 I StGB nicht hinreichend tatverdächtig.

VI. Hinreichender Tatverdacht gem. § 248b I StGB durch das Wegfahren mit dem Mofa

Durch das Wegfahren mit dem Mofa könnte sich A gem. § 248b I StGB hinreichend verdächtig gemacht haben.

© nur echt mit dem II - Logo

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

1. Strafantrag gem. § 248 b III StGB

Sowohl die B als auch W haben einen Strafantrag gestellt, der gem. § 248b III StGB zur Strafverfolgung zwingend erforderlich ist.

2. Tatbestand

A könnte dadurch, dass er mit dem Mofa wegfuhr, dieses im Sinne des § 248b StGB gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch genommen haben. Als Berechtigter könnte hier W aufgrund des zu seinen Gunsten bestellten Pfandrechts in Betracht kommen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass A selbst Eigentümer des Mofas ist.

Die Frage, ob auch der Eigentümer eines Fahrzeuges eine Tat gem. § 248b StGB begehen kann, hängt von der systematischen Einordnung des § 248b I StGB ab. Sieht man, ähnlich wie in § 289 StGB, selbstständig und ausschließlich das Gebrauchsrecht als geschützt an (Fischer, § 248 b Rn 4), so muss konsequenterweise auch der Eigentümer gegenüber dem Gebrauchsberechtigten eine Tat im Sinne des § 248b I StGB begehen können. Erblickt man dagegen in der Gebrauchsberechtigung lediglich einen Ausfluss des Eigentums, das jeweils mit verletzt sein muss (S/S-Eser/Bosch, § 248b Rn 1), so scheidet § 248b I StGB aus, da der Eigentümer nicht gegenüber sich selbst Täter sein kann.

Vorliegend kommt aber nach beiden Auffassungen eine Tat im Sinne des § 248b I StGB nicht in Betracht. Denn auch dann, wenn man das Gebrauchsrecht als geschützt ansehen sollte, ist W lediglich aufgrund seines Pfandrechts nicht befugt, das Mofa als Fortbewegungsmittel zu nutzen. Das von A bestellte Pfandrecht dient ihm nur zur Sicherung der Zechforderung. W ist demnach nicht Berechtigter im Sinne des § 248b I StGB, so dass es auf seinen entgegenstehenden Willen nicht ankommt und somit ein hinreichender Tatverdacht des A bzgl. § 248 b I StGB ausscheidet.

VII. Hinreichender Tatverdacht gem. § 303 I StGB durch Aufbrechen der Pfandkammertür

Der gem. § 303 c StGB als Verfolgungsvoraussetzung grundsätzlich erforderliche Strafantrag durch den Gerichtsvollzieher (G) ist gestellt. Eine Sachbeschädigung bzgl. der Tür zur Pfandkammer lässt sich den obigen Ausführungen nach beweisen, so dass der Beschuldigte A bzgl. § 303 I StGB hinreichend tatverdächtig ist.

VIII. Hinreichender Tatverdacht gem. § 123 I StGB durch das Betreten der Pfandkammer

Der gem. § 123 II StGB als Verfolgungsvoraussetzung zwingend erforderliche Strafantrag des G ist gestellt. Die Pfandkammer ist ein abgeschlossener Raum, welcher zum öffentlichen Dienst bestimmt ist. In diesen ist A, wie sich wieder beweisen lässt, widerrechtlich eingedrungen, als er die Tür aufbrach. Folglich ist der Beschuldigte A des Hausfriedensbruchs gem. § 123 I StGB hinreichend tatverdächtig.

B. Hinreichender Tatverdacht bzgl. des Beschuldigten (W)erner Kaczmarek

I. Hinreichender Tatverdacht wegen mittäterschaftlich begangener Straftaten gemäß den §§ 136 I, 133 I, 303 I, 123 I StGB i.V.m. § 25 II StGB

Dadurch das vom selbst in seiner polizeilichen Vernehmung eingeräumte „Schmierestehen“ vor der Pfandkammer des Gerichtsvollziehers Kuckuck könnte sich W an den Taten des A als Mittäter gem. § 25 II StGB beteiligt haben.

1. Tatbestand

Soweit W das Mofa nicht selbst aus der Pfandkammer entfernt hat und somit den objektiven Tatbestand der §§ 136 I, 133 I, 303 I, 123 I StGB nicht in seiner Person erfüllt hat, könnten ihm die Tatbeiträge des A gem. § 25 II StGB zugerechnet werden. Dazu müssten W und A aufgrund eines gemeinsamen gefassten Tatplans die Tat in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken ausgeführt haben. Mittäterschaft kann auch in der Form vorliegen, dass ein Komplize die „eigentliche“ Tathandlung vornimmt, wohingegen ein anderer „Schmiere steht“. Dies gilt vor allem dann, wenn die „Beute“ der Tat geteilt werden soll. Dem ist der Fall gleichzustellen, dass ein Komplize eine Sache erstrebt, weil sie sein Eigentum sei und der andere, weil ihm an der Sache ein vertragliches Pfandrecht zustehe. Dass ein Komplize sich während der Tat oder kurz danach innerlich von der „Beuteteilung“ und damit vom gemeinsamen Plan lossagt, ist insoweit ohne Bedeutung, solange „nach außen“ die gemeinsame Tat weiterhin durchgeführt wird.

Zur Frage der Beweisführung kann zunächst auf die Argumentation zu dem Beschuldigten A verweisen werden. Zwar hätte sich ein Verwertungsverbot gem. § 252 StPO gegenüber allen Beschuldigten auswirkt, auch wenn das Angehörigenverhältnis nur zu einem von ihnen besteht, wenn und soweit gegen sie ein sachlich nicht trennbarer Vorwurf erhoben wird (MG, § 252 Rn 2). Da die Zeugin Karla Koslowski aber eine

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

spontane Anzeige gegenüber der Polizei getätigt hat, greift § 252 StPO nicht und deshalb können die Polizeibeamten über diese Anzeige vernommen werden (s.o.). In ihrer so verwertbaren Aussage hat die Zeugin Koslowski weiterhin von einem kleinen Mann mit Glatze berichtet, der vor der Pfandkammer gewartet habe. Die auch in soweit glaubhafte Aussage passt sowohl zu der Einlassung der Beschuldigten W, der seine Anwesenheit am Tatort in seiner polizeilichen Vernehmung eingeräumt hat, als auch zum Polizeibericht vom Tattag. Sofern sich der Beschuldigte W dahin einlässt, dass das Mofa an der Hauswand gelehnt habe, ist dies schon nach den obigen Ausführungen zum Beschuldigten A als Schutzbehauptung widerlegt.

Somit kann dem Beschuldigten W ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mit dem Beschuldigten A mit einer für die Verurteilung notwendigen Wahrscheinlichkeit bewiesen werden.

Dies gilt auch für den Hausfriedensbruch gem. § 123 I StGB, da dieser nach überwiegender Ansicht kein eigenhändiges Delikt ist (S/S-Sternberg-Lieben § 123 Rn 35; Hinweis fehlt soweit ersichtlich im Fischer).

2. Rechtswidrigkeit

Dem W steht auch kein Rechtfertigungsgrund gem. § 34 StGB zur Seite, da das bei seiner Bestellung mit Besitz verbundene Pfandrecht nicht zur eigenmächtigen Entfernung aus der Pfandkammer – natürlich auch nicht zur Sachbeschädigung und zum Hausfriedensbruch – berechtigte. W hätte gleichfalls die Rechtsbehelfe der §§ 771 I und III, 769 ZPO gegen die Pfändung geltend machen müssen (s.o.)

3. Schuld

Gegen die Annahme der Schuld des W bestehen keine Bedenken. Soweit auch bei W ein Verbotsirrtum vorliegt, war dieser jedenfalls vermeidbar, was dem Gericht lediglich die Milderungsmöglichkeit gem. § 49 II StGB eröffnet, nicht aber die Schuld entfallen lässt.

4. Ergebnis

W ist hinreichend tatverdächtig bzgl. der §§ 136 I, 133 I, 303 I, 123 I, 25 II StGB.

II. Hinreichender Tatverdacht gem. § 288 I StGB zum Nachteil der B

Durch das nachgewiesene (gemeinschaftliche) Herausholen des Mofas aus der Pfandkammer könnte sich B einer Vereitelung der Zwangsvollstreckung gem. § 288 I StGB hinreichend verdächtig gemacht haben.

Dem W müsste die Zwangsvollstreckung gedroht haben. Dies war solange der Fall, als noch nicht alle Vollstreckungsmaßnahmen abgeschlossen waren, also bis zur Versteigerung oder bis zu einer Freigabe des Mofas auf eine Intervention hin (S/S-Heine/Hecker, § 288 Rn 8 f.; knapp bei Fischer, § 288 Rn 4). Da das Mofa weder versteigert noch freigegeben wurde, hat dem W die Zwangsvollstreckung seitens der Brauerei gedroht.

Fraglich ist allerdings, ob das Mofa zum Vermögen des W gehörte. Bei der Auslegung des Vermögensbegriffs ist nach dem Normschutzzweck des § 288 I StGB zu fragen. Er besteht in der Sicherung des Vollstreckungsanspruchs und erfasst den tatsächlichen und rechtlichen Bereich, in dem der Schuldner die Zwangsvollstreckung zu dulden hat. Hierbei kommt es darauf an, ob vorliegend das Mofa dem Schuldner derart zuzurechnen ist, dass sich der Gläubiger aus ihm im Wege der Vollstreckung Befriedigung verschaffen kann (knapp bei Fischer, § 288 Rn 6).

Da es sich bei dem Mofa um eine schuldnerfremde Sache handelt, kann sich die Brauerei hieraus grundsätzlich nicht im Wege der Vollstreckung befriedigen. Selbst wenn man bereits in dem bloßen Besitz einer fremden Sache einen Vermögensbestandteil sieht, fällt dieser nur unter den Schutzzweck des § 288 I StGB, wenn sich die Vollstreckung alleine auf den Besitz richtet (Fischer, § 288 Rn 6).

Dies ist jedoch nicht der Fall, da das Pfandrecht kein selbstständiges Recht darstellt, in das die Vollstreckung möglich wäre. Demnach hätte sich die Brauerei lediglich aus dem Mofa, also der Sache selbst, nicht aber aus dem Pfandrecht an der Sache und nicht aus dem bloßen Besitz befriedigen können. Das vertragliche Pfandrecht gehört daher nicht zu dem von § 288 I StGB geschützten Vermögen.

Somit scheidet ein hinreichender Tatverdacht des A bzgl. § 288 I StGB aus.

C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

I. Straftaten des Beschuldigten A (Koslowski)

Der Hausfriedensbruch und die Sachbeschädigung an der Tür zur Pfandkammer stehen zueinander in Tateinheit (§ 52 StGB). Dasselbe gilt für die Straftaten gem. §§ 133 I, 136 I StGB, die zueinander ebenfalls in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen. Die Straftaten, die das Eindringen in die Pfandkammer ermöglichen (§§ 123 I, 303 I StGB)

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

stehen zu den Straftaten, die nach dem Eindringen verwirklicht wurden (§§ 136 I, 133 I StGB) in Tatmehrheit gem. § 53 StGB (Fischer, § 123 Rn 45).

[Anm.: Möglich ist hier auch die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit: Nur eine Tat liegt vor, wenn und soweit sich das rechtsgutverletzende Verhalten des Täters bei "natürlicher Betrachtung" als Einheit darstellt. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung (bereits RGSt 58, 116; BGH NJW 1996, 1605) dann anzunehmen, wenn zwischen mehreren strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht und das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweiseobjektiv auch für einen Dritten als einheitliches Tun erscheint (Fischer, Vor § 52 Rn 3)]

II. Straftaten des Beschuldigten W (Kaczmarek)

Der Beschuldigte W hat tateinheitlich (§ 52 StGB) die Straftaten gem. §§ 136 I, 133 I StGB begangen, dazu tatmehrheitlich (§ 53 StGB) eine Sachbeschädigung (§ 303 I StGB) in Tateinheit gem. § 52 StGB mit Hausfriedensbruch gem. § 123 I StGB.

[Anm.: Auch hier kann mit entsprechender Begründung Tateinheit zwischen den §§ 133 I, 136 I StGB und §§ 123 I, 303 I StGB angenommen werden.]



Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

2. Teil: Verfahrensfragen

A. Zuständigkeit/Verfahrensart

Die Beschuldigten Kaczmarek und Koslowski sind gemeinsam gem. §§ 25 Ziff. 2 GVG, 7, 3 StPO vor dem Strafrichter in Essen anzuklagen. Anhaltspunkte für eine getrennte Strafverfolgung bestehen hier nicht.

Ein Strafbefehlsantrag gem. § 407 I StPO kommt nur in Betracht, wenn die Durchführung einer Hauptverhandlung als entbehrlich angesehen werden kann (§ 407 I 2 StPO). Dies ist vorliegend angesichts der inneren Haltung der Beschuldigten trotz teilweise geständiger Einlassungen nicht der Fall, da die Einräumung des Verhaltens nur in tatsächlicher, nicht jedoch in rechtlicher Hinsicht (Unrechtsbewusstsein) erfolgte. Aus diesem Grund scheidet auch ein beschleunigtes Verfahren i.S.d. §§ 417 ff. StPO aus. Darüber hinaus liegt kein einfacher Sachverhalt i.S.d. § 417 StPO vor, wenn sich das Verfahren gegen mehrere Beschuldigte (§ 3 StPO) richtet und zudem diesen mehrere Straftaten vorgeworfen werden (MG, § 417 Rn 15).

B. Einstellungen

Hinsichtlich einer Straftat des Koslowski gem. § 263 I StGB zum Nachteil des Kaczmarek besteht kein hinreichender Tatverdacht, weshalb das Ermittlungsverfahren gem. § 170 II 1 StPO einzustellen ist. Soweit die Voraussetzungen gem. § 170 II 2 StPO vorliegen, erhält der Beschuldigte Koslowski hiervon eine Nachricht.

Gem. § 171, 1 StPO ist dem Kaczmarek als Anzeigerstatter hinsichtlich dieser möglicherweise zu seinem Nachteil begangenen Straftat unter Angabe von Gründen ein Bescheid zu erteilen, der gem. § 171, 2 StPO mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen ist.

C. Beschränkung gem. § 154a StPO

Die Verfolgung der von A und W mittäterschaftlich begangenen Straftaten gem. § 303 I und § 123 I StGB kann gem. § 154a I Nr. 1 StPO beschränkt werden, da sie neben der wegen der anderen Straftaten gem. §§ 136 I, 133 I StGB bzw. §§ 136 I, 133 I StGB zu erwartenden Strafe nicht ins Gewicht fallen.

Eines Bescheides an die Antragsteller bedarf es hier nicht, da die begangene prozessuale Tat angeklagt wird (vgl. Nr. 101a III RiStBV im Gegensatz zu Nr. 101 II RiStBV).

Die Beschränkung der Verfolgung nach § 154a StPO ist gem. § 154a I 3 StPO unter Bezeichnung der Gesetzesverletzungen in der Begleitverfügung und der Anklageschrift (Nr. 101a III RiStBV) aktenkundig zu machen.

D. Besondere Wiedervorlagefrist

Im Hinblick auf die Möglichkeit eines Klageerzwingungsverfahrens gem. §§ 172 ff. StPO durch den Verletzten Kaczmarek ist eine kurze Wiedervorlagefrist erforderlich, wofür in der Regel ein Monat ausreichend ist.

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

3. Teil: Entschließung der Staatsanwaltschaft

Staatsanwaltschaft Gießen
 - 32 Js 357/14 -

Gießen, 16.5.2014

An das
 Amtsgericht
 - Strafrichter -
 35390 Gießen

Anklageschrift

1. Der Gastwirt Werner Kaczmarek,
 geb. am 2.9.1956 in Ehringshausen,
 wohnhaft Bredeneyer Str. 289 in 35390 Gießen,
 geschieden, deutscher Staatsangehöriger,
2. der Polier Anton Koslowski,
 geb. am 13.5.1974 in Wetzlar,
 wohnhaft Kruppstr. 61 in 35390 Gießen,
 ledig, deutscher Staatsangehöriger,

werden – unter Beschränkung gemäß § 154a StPO im Übrigen – angeklagt,

am 19.2.2014 in Gießen

durch dieselbe Handlung
 gemeinschaftlich

- a) eine bewegliche Sache, die sich in dienstlicher Verwahrung befand, der dienstlichen Verfügung entzogen zu haben,
- b) eine Sache, die gepfändet ist, ganz der Verstrickung entzogen zu haben.

Am 19.2.2014 nahm der Angeschuldigte Koslowski aufgrund eines gemeinsam mit dem Angeschuldigten Kaczmarek gefassten Tatplanes ein Mofa aus der Pfandkammer des Gerichtsvollziehers Kuckuck mit sich, welches sich in dringend dienstlicher Verwahrung befand und zuvor von ihm gepfändet worden war, was den Angeschuldigten bekannt war.

Vergehen strafbar nach §§ 133, 136, 25 II, 52 StGB.

Hinsichtlich der §§ 123 I, 303 I StGB wurde die Anklage gem. § 154a I StPO beschränkt.

[Anm. Die Beschränkung der Anklage ist gem. § 154a Abs. 1 S. 3 stop, Nr. 101a Abs. 3 RiStBV aktenkundig zu machen. Wo dies im Einzelnen aufgeführt wird, wird von den Staatsanwaltschaften selbst in demselben Bundesland z.T. unterschiedlich gehandhabt. Zweckmäßigerweise sollten zumindest die beschränkten Vorschriften nicht vor dem abstrakten Anklagesatz aufgeführt werden, da sie dann mit verlesen werden müssten und dies nur zu Irritationen beim Angeklagten führen könnte.]

Strafanträge sind form- und fristgerecht gestellt worden.

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

Beweismittel:

I. Einlassung der Angeschuldigten

II. Zeugen:

1. POM Bernd Bude

2. POM Cliff Hänger

3. POM Erich Stahl

- jeweils zu laden über das Polizeipräsidium Gießen.

4. Gert Kuckuck, Mozartweg 16, 35390 Gießen

[Anm.: Auf die Benennung der Karla Koslowski kann vor dem Hintergrund ihrer angekündigten Zeugnisverweigerung verzichtet werden.]

Wesentliches Ergebnis der Ermittlungen:

I. Zur Person:

...

II. Zur Sache:

...

Die Angeschuldigten Koslowski und Kaczmarek haben die ihnen vorgeworfenen Straftaten nur zum Teil eingestanden.

Es wird beantragt,

die Anklage zuzulassen und
 das Hauptverfahren vor dem Amtsgericht – Strafrichter – in Gießen zu eröffnen.

Unterschrift
 (Name/Dienstbezeichnung)

[Anm.: Der Antrag „die Anklage zuzulassen“ ist eigentlich überflüssig, doch aber sehr verbreitet und in manchen Bundesländern üblich.]

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Gießen
 - 32 Js 357/14 -

Gießen, 16.5.2014

VfG.

1. Die Ermittlungen sind abgeschlossen.
2. Fotokopien für die HA fertigen von Bl. ... d.A.
3. Anklage in Reinschrift fertigen.
4. Durchschrift der Anklage zur HA.
5. Auskunft aus dem Bundeszentralregister für die Angeschuldigten Koslowski (Bl. ... d.A.) und Kaczmarek (Bl. ... d.A.) anfordern
6. Doppel oder Fotokopie der Auskunft zu den Handakten.
7. Vermerk:
 Bezüglich des Vorwurfs des Hausfriedensbruchs und der Sachbeschädigung gegen die Angeschuldigten Koslowski und Kaczmarek wird die Anklage gem. § 154a I StPO auf die Anklagesatz bezeichneten Taten beschränkt.

[Anm.: Es ergeht bei der Beschränkung kein Einstellungsbescheid, und es wird keine Einstellungsnachricht erteilt, weil eine Tat vorliegt, deren Lebenssachverhalt Gegenstand der Anklage ist und gem. § 154a StPO nur eine rechtliche Beschränkung erfolgt. Die StA soll möglichst früh im Ermittlungsverfahren gem. Nr. 101 a Abs. 3 RiStBV von der Verfolgungsbeschränkung Gebrauch machen. Da die Beschränkung gem. 154a StPO, wie bereits erwähnt, aktenkundig zu machen ist, muss dieses jedenfalls in der Begleitverfügung erfolgen.]

8. Handakten wieder vorlegen am ...
9. Urschriftlich mit ... Bd. Akten
 dem Amtsgericht
 - Strafrichter -
 in Gießen
 übersandt unter Hinweis auf die Anklageschrift.

 Unterschrift
 (Name/Dienstbezeichnung)

Standort: StPO/Assex
Fall: Koslowski

VfG.

1. Das Ermittlungsverfahren gegen Anton Koslowski, Kruppstr. 61, 35390 Gießen, wegen Verdachts des Betruges (Strafanzeige des Werner Kaczmarek, Bredeneyer Straße 289, 35390 Gießen, vom 21.02.2014) wird eingestellt (§ 170 Abs. 2 StPO)

Gründe:

...

Der Anzeigerstatter wirft dem Beschuldigten vor, er habe bei ihm in der Gastwirtschaft Getränke bestellt, ohne diese bezahlen zu können. Der Beschuldigte hat sich zu diesem Tatvorwurf dahingehend eingelassen, er habe erst zu diesem Zeitpunkt, als er die Zeche bezahlen wollte, bemerkt, dass er kein Geld bei sich habe. Diese Einlassung ist dem Beschuldigten nicht mit der für eine Anklage erforderlichen Sicherheit zu widerlegen.

RMB (§ 171 S. 2 StPO i.V.m. § 172 I StPO)

2. Abschriften von Ziff. 1 fertigen und übersenden an
 - Anzeigerstatter Kaczmarek (Bl. ... d.A.)
3. Durchschrift von Ziff. 1 zu den Akten
4. Mitteilung über Teileinstellung an den Beschuldigten Koslowski (Bl. ... d.A.)

 Unterschrift
 (Name/Dienstbezeichnung)

Literatur:

- * Kretschmer: Der strafprozessuale Tatbegriff des § 264 StPO (...) im Assessorexamen, JA 2017, 139

LEITSÄTZE

1. Die Regelung des zulässigen Ausmaßes von Tätowierungen bei Polizeibeamten bedarf einer hinreichend bestimmten parlamentsgesetzlichen Grundlage, die im Land Berlin fehlt.
2. Bis zu einer ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers über das zulässige Ausmaß von Tätowierungen sind Polizeibeamte im Land Berlin ohne Rücksicht auf anderslautende dienstliche Vorschriften berechtigt, jedenfalls solche Tätowierungen zu tragen, die nach ihrem Sinngehalt nicht gegen andere beamtenrechtliche Pflichten verstoßen.
3. Eine Tätowierung als solche kann ohne parlamentsgesetzliche Grundlage der Einstellung eines Bewerbers in den Polizeivollzugsdienst nicht entgegengehalten werden, auch wenn sie durch Dienstbekleidung nicht verdeckt wird.

Das VG Berlin hat hier einen unkonventionellen Aufbau gewählt, der so in der Klausur keinesfalls übernommen werden sollte. Vielmehr ist der allgemein anerkannte Aufbau zu wählen: Unter I. ist der Tatbestand und unter II. sind die Entscheidungsgründe darzustellen.

Zustände und Beschreibungen, die die Gegenwart betreffen, werden in der Geschichtserzählung im **Indikativ Präsens** wiedergegeben. Übrige Geschichtserzählung: **Indikativ Imperfekt**

Die Motive müssten hier näher beschrieben werden, da sie auch in den Entscheidungsgründen erläutert werden (Tatbestand als Spiegelbild der Entscheidungsgründe).

Hier wäre noch der Vortrag des Antragstellers zu ergänzen (**Konjunktiv Präsens**).

Der Hinweis „wörtlich“ signalisiert die Auslegungsbedürftigkeit des Antrags.

Richtig muss es heißen: „ ..., **ihm** vorläufig einen Ausbildungsplatz...“. Ein häufiger, aber leicht zu vermeidender Fehler!

Unzulässige Vermischung von Tatbestand und Entscheidungsgründen (s. oben). In einer Klausur wären hier der Antrag des Antragsgegners (**Indikativ Präsens**) sowie etwaiges Vorbringen des Antragsgegners (**Konjunktiv Präsens**) wiederzugeben.

Speziell für Referendare**Problem: Einstellung in den Polizeivollzugsdienst trotz großflächiger Tätowierung****Einordnung: Beamtenrecht/Grundrechte**

VG Berlin, Beschluss vom 23.07.2018, 5 L 248.18

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.08.2018, OVG 4 S 36.18

EINLEITUNG

Das Verwaltungsgericht Berlin hatte in einem Eilverfahren über einen Antrag auf Zulassung zum Auswahlverfahren für den Polizeivollzugsdienst zu entscheiden. Der Antragsgegner hatte eine Zulassung des Bewerbers mit dem Hinweis auf dessen großflächige und sichtbare Tätowierungen abgelehnt. Das Gericht hat sich in seiner Entscheidung insbesondere mit der Frage auseinandergesetzt, auf welcher Rechtsgrundlage Bewerbern Tätowierungen als Einstellungshindernis entgegengehalten werden können.

GRÜNDE

„Der 26 Jahre alte Antragsteller **ist** am linken Arm und der linken Schulter, dem Handgelenk rechts und dem rechten Unterarm tätowiert. Er **bewarb** sich um die Einstellung in den Vorbereitungsdienst des mittleren Polizeivollzugsdienstes der Berliner Schutzpolizei zum Einstellungstermin 3. September 2018. Aufgrund der in dem polizeilichen Einstellungstest erreichten Prüfungsergebnisse belegte er einen der zur Einstellung vorgesehenen Ranglistenplätze. Nach weiterer Prüfung teilte der Polizeipräsident in Berlin dem Antragsteller mit Schreiben vom 24. Mai 2018 mit, seine Einstellung sei ausgeschlossen. Die auf dem linken Unterarm befindlichen Tätowierungen seien nicht zulässig. Sie seien in dienstlicher Sommerkleidung sichtbar und enthielten Motive, die aufgrund ihres Gesamterscheinungsbildes, insbesondere ihrer Größe und ihrer Motivvielfalt, geeignet seien, die Repräsentationsziele der Polizei zu beeinträchtigen. Eine Einstellung komme nur in Betracht, falls der Antragsteller seine Tätowierungen entfernen lasse.

Dagegen **hat** der Antragsteller am 22. Juni 2018 Klage erhoben und zugleich um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht.

Sein **wörtlicher** Antrag,

im Wege der einstweiligen Anordnung den Antragsgegner zu verpflichten, **dem Antragsteller** vorläufig einen Ausbildungsplatz im Auswahlverfahren für die Ausbildung für den mittleren Dienst der Berliner Schutzpolizei zum Einstellungstermin 03.09.2018 freizuhalten, bis über seine Bewerbung abschließend entschieden wurde, dem Antragsgegner aufzugeben, die **dem Kläger** im Auswahlverfahren zugeordnete Ranglistenplatznummer mitzuteilen und diesen Ranglistenplatz **dem Kläger** vorzubehalten, bis über seine Bewerbung abschließend entschieden worden ist, **hat – recht verstanden – nach Maßgabe des Entscheidungstenors Erfolg.**

I.

Das Rechtsschutzziel des Antragstellers ist entgegen des durch die gestellten Anträge vermittelten Anscheins auf die ausgesprochene vorläufige Zulassung zum Auswahlverfahren der von ihm angestrebten Polizeilaufbahn gerichtet. Die Kammer ist bei ihrer Entscheidung gemäß der Vorschriften des **§ 122 VwGO in Verbindung mit §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO** nicht an die wörtliche Fassung des tatsächlich gestellten Antrags gebunden, sondern hat das Begehren zu ermitteln, dem der gestellte Antrag Gestalt zu geben versucht. Dabei ist auch die Interessenlage des Antragstellers zu berücksichtigen, soweit sie sich aus dem Beteiligtenvortrag oder sonstigen für das Gericht und den Antragsgegner als Empfänger der Prozessklärung erkennbaren Umständen ergibt.

Insbesondere in **einstweiligen Rechtsschutzverfahren**, in denen die rechtliche Präzision vor der Grenze der oft notwendigen Beschleunigung steht, ist bei der Auslegung des Rechtsschutzziels ein **großzügiger Maßstab** angezeigt. Gleiches gilt für die Verwirklichung des Rechtsschutzziels im Entscheidungsausspruch. Nach der auf den Erlass einstweiliger Anordnungen über § 123 Abs. 3 VwGO entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 938 Abs. 1 der Zivilprozessordnung bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks – d.h. des Rechtsschutzzieles – erforderlich sind.

Daran gemessen, konnte die Entscheidung der Kammer an dem wörtlich gestellten Antrag nicht haften bleiben. Der Antragsteller begründet seinen Antrag zum Schluss des Schriftsatzes vom 22. Juni 2018 mit dem Hinweis, ein mehrmonatiges oder gar jahrelanges Zuwarten sei ihm nicht zumutbar, weil ihm erhebliche Nachteile drohten, wenn er die Ausbildung erst zu einem späteren Zeitpunkt beginnen könne. Danach zielt der Antragsteller erkennbar darauf, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Voraussetzungen wiederherzustellen, unter denen seine Einstellung zum gewünschten Einstellungstermin am 3. September 2018 in Betracht kommt. Dahingehend ist der von dem Antragsteller wörtlich benannte Antrag nicht sachdienlich. Die danach (vermeintlich) beantragte Freihaltung eines Ausbildungsplatz bzw. Ranglistenplatz bis zur abschließenden Entscheidung über seine Bewerbung ist nicht geeignet, das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers zu verwirklichen. **Wird dem Antragsteller ein Ausbildungsplatz freigehalten, kommt seine Einstellung zu dem begehrten Einstellungstermin nur in Betracht, soweit die Ausbildung noch nicht so weit vorangeschritten ist, dass er noch nachzurücken vermag. Dies ist grundsätzlich nur im ersten Ausbildungsmonat der Fall, innerhalb dessen ein Hauptsacheverfahren erfahrungsgemäß nicht abgeschlossen sein wird.** Ohnehin vermag der Antragsteller über das bloße Freihalten eines Platzes bis zu einem späteren Termin nicht die durch die spätere Einstellung ihm entstehenden Nachteile abzuwenden.

Der Verwirklichung des recht verstandenen Begehrens des Antragstellers in dem durch sein Vorbringen gesteckten Rahmen dient **die tenorierte vorläufige Zulassung zum weiteren Auswahlverfahren für diesen Einstellungstermin.** Einem noch weiteren Verständnis seines Rechtsschutzziels – auf unmittelbare Verpflichtung zur Einstellung in den Vorbereitungsdienst – gibt das Vorbringen des Antragstellers

Auslegung des Antrags muss in einer Klausur zu Beginn der Gründe zu **II.** erfolgen.

Antrag ist so auszulegen, dass der Antragsteller effektiven Rechtsschutz erhält.

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.1.2009, 5 S 21.08, juris Rn 2; Beschluss vom 15.6.2012, 12 S 172.17, BA S. 4

Nach Darlegung der allgemeinen Grundsätze folgt die Subsumtion des konkreten Sachverhalts. Weitere Formulierungsmöglichkeiten zur Einleitung der Subsumtion: „Hiernach ...“; „Unter Anwendung dieser Maßstäbe ...“

Begründung, warum der wörtlich gestellte Antrag nicht sinnvoll ist

Der Tenor lautete: „Der Antragsgegner wird im Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, den Antragsteller vorläufig weiter zum Auswahlverfahren für die Einstellung in den Vorbereitungsdienst des mittleren Polizeivollzugsdienstes der Schutzpolizei zum Einstellungsdatum 3. September 2018 zuzulassen.“

Begründung, warum nur die Zulassung zum Auswahlverfahren und nicht die Einstellung in den Vorbereitungsdienst tenoriert werden kann.

Prüfungsmaßstab darlegen! Es empfiehlt sich, in der Klausur den Wortlaut des § 123 I 2 VwGO vollständig und genau wiederzugeben.

Wichtig: Die Vorwegnahme der Hauptsache gehört im Urteilsstil an den Anfang der Begründetheit, da sich in diesem Fall der Prüfungsmaßstab verschärft!

Anordnungsanspruch

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt keinen Anspruch auf Begründung eines Beamtenverhältnisses.

Die Auswahlentscheidung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn. Der Bewerber hat daher lediglich einen Anspruch auf eine ordnungsgemäße Ermessensausübung, die nur eingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

demgegenüber keine Grundlage. Eine weitergehende Verpflichtung kommt auch nach dem aus dem Akteninhalt ersichtlichen Stand des Einstellungsverfahrens, in dem der Antragsteller etwa die zuletzt mit E-Mail vom 18. Mai 2018 für den 5. Juni 2018 bestimmte Gesundheitsuntersuchung nicht mehr absolviert hatte, nicht in Betracht.

II.

Der so verstandene Antrag ist begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung –VwGO – kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung – etwa um wesentliche Nachteile abzuwenden – nötig erscheint. Dabei sind nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung – ZPO – die besondere Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) und das Bestehen des zu sichernden Rechtes (Anordnungsanspruch) glaubhaft zu machen. Wird – wie hier – die (vorläufige) **Vorwegnahme der Hauptsache** begehrt, ist Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung, dass der Antragsteller eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr rechtzeitig erwirken kann, dem Betroffenen ohne Erlass einer einstweiligen Anordnung schlechthin unzumutbare Nachteile drohen und sein Begehren schon aufgrund der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anzustellenden summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten bei Anlegung eines strengen Maßstabes erkennbar Erfolg haben muss.

Nach diesen Maßstäben hat der Antragsteller einen **Anordnungsanspruch** glaubhaft gemacht. Denn der seine Einstellung versagende Bescheid des Polizeipräsidenten in Berlin vom 24. Mai 2018 erweist sich nach der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung als (offensichtlich) rechtswidrig. Der Antragsteller hat einen Anspruch darauf, am weiteren Auswahlverfahren teilzunehmen.

Weder Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) noch die zu seiner Konkretisierung ergangenen beamtenrechtlichen Vorschriften gewähren einen Anspruch auf Begründung eines Beamtenverhältnisses. Die Ernennung eines Bewerbers zum Beamten auf Widerruf steht vielmehr im **pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn**, der innerhalb des ihm durch die verfassungsrechtlichen und beamtenrechtlichen Vorschriften gesetzten Rahmens sowohl den Bedarf an Beamten als auch die aus seiner Sicht maßgeblichen Eignungs-, Befähigungs- und Leistungskriterien (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) bestimmen kann. **Die im Rahmen dieser Ermessensentscheidung vorzunehmende Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ist ein Akt wertender Erkenntnis, der vom Gericht nur beschränkt darauf zu überprüfen ist, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff verkannt, der Beurteilung einen unrichtigen Tatbestand zu Grunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat.** Dem pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn ist es auch überlassen, welchen (sachlichen) Umständen er bei seiner Auswahlentscheidung das größere Gewicht beimisst und in welcher Weise er den verfassungsrechtlichen Grundsatz des gleichen Zugangs zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verwirklicht, sofern nur das Prinzip selbst nicht infrage gestellt ist.

Der dem Dienstherrn verfassungsrechtlich gesetzte Rahmen findet seine **Grenze unter anderem in dem aus dem Rechtsstaatsprinzip** des Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes – GG – herzuleitenden **Vorbehalt des (formellen) Gesetzes, der insbesondere die wesentlichen Entscheidungen der Verfassungskonkretisierung dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehält**. Der Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung – und der ihr nachfolgenden Ermessensentscheidung – darf der Dienstherr nur solche Maßstäbe und Gesichtspunkte zugrunde legen, die entweder durch gesetzliche Regelung bestimmt sind, deren weitere Bestimmung durch gesetzliche Regelung eröffnet ist sind oder die einer gesetzlichen Bestimmung nicht bedürfen. Ein Rückgriff auf Beurteilungskriterien, die dem Dienstherrn angemessen und förderlich erscheinen, aber der erforderlichen gesetzlichen Vorgabe entbehren, ist dem Dienstherrn versagt. Erfolgt er gleichwohl, ist die darauf gestützte Beurteilung fehlerhaft.

Daran gemessen hat der Antragsgegner dem Antragsteller die Einstellung in den Vorbereitungsdienst des mittleren Dienstes wegen Sichtbarkeit seiner inhaltlich unbeanstandeten Tätowierungen zu Unrecht versagt.

Die zuletzt auf eine geänderte Verwaltungspraxis gestützte Entscheidung bedarf – wie das Bundesverwaltungsgericht in einer von dem Beklagten zum Berliner Landesrecht erstrittenen Entscheidung entschieden hat – einer **parlamentsgesetzlichen Grundlage**. Diese fehlt.

Das Verbot, bestimmte Tätowierungen zu tragen, greift in das **Persönlichkeitsrecht** des Beamten ein, das verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist. Anders als allgemeine Bekleidungs Vorschriften lässt es sich seiner Natur nach nicht auf die Zeit der Dienstausbildung beschränken. Der Beamte, dem bestimmte Tätowierungen zu tragen im Dienst untersagt ist, ist gezwungen, darauf insgesamt zu verzichten. **Für den Einstellungsbewerber bedeuten ein schon im Einstellungsverfahren manifestierter Verstoß gegen Tätowierungsvorschriften ein absolutes Einstellungshindernis und die Vorschriften selbst ein Berufswahlverbot**. Er hat bereits im Vorfeld einer nur etwa zukünftig angestrebten Bewerbung – ohne bereits mit dienstlichen Pflichten belegt zu sein oder auch nur voraussichtlich zu werden – zu wägen, ob er auf eine Tätowierung verzichtet oder sich der Einstellungsaussicht in das Beamtenverhältnis begibt.

Sowohl den bereits tätowierten Einstellungsbewerber als auch den im Dienst befindlichen tätowierten Beamten, der nachträglich von einem entsprechenden Verbot betroffen ist, berührt das Verbot auch in dem **Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit** (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Sie können sich jeweils gezwungen sehen, zur Begründung des Beamtenverhältnisses bzw. zur Meidung disziplinarischer Folgen vorhandene (insbesondere stets sichtbare) Tätowierungen entfernen zu lassen.

Der damit verbundene körperliche Eingriff übersteigt erkennbar die Bagatellgrenze. Das Betroffensein der benannten Grundrechte und das Gewicht der Betroffenheit der jeweiligen Grundrechtsträger weist die Entscheidung, ob und in welchem Umfang Tätowierungen im öffentlichen Dienst untersagt sein sollen, dem **Parlamentsgesetzgeber** zu. **Es obliegt ihm, widerstreitende Grundrechte oder kollidierende Verfassungspositionen zum Ausgleich zu bringen**. Allein der Parlamentsgesetzgeber vermag der erforderlichen Selbstverständigung

Grenze des Auswahlermessens ist u.a. Vorbehalt des Gesetzes (Parlamentsvorbehalt/Wesentlichkeitstheorie) → evtl. wurde auf ein unzulässiges Auswahlkriterium zurückgegriffen

Subsumtion des konkreten Sachverhalts

BVerwG, Urteil vom 17.11.2017, 2 C 25.17, juris Rn 32 ff. im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 21.4.2015, 2 BvR 1322/12, juris Rn 52 ff.

Verbot von Tätowierungen: Eingriff in Art. 2 I GG

Eingriffsintensität des Auswahlkriteriums

„Vermischung“ mit Art. 12 I GG – sollte in einer Klausur nicht erfolgen, sondern klare Trennung der Grundrechte

Ferner Eingriff in Art. 2 II 1 GG möglich

BVerwG, Urteil vom 17.11.2017, 2 C 25.17 – juris Rn 40; VG Düsseldorf, Urteil vom 8.5.2018, 2 K 15637/17, juris Rn 35; VG Meiningen, Beschluss vom 21.6.2018, 1 K 457/18 Me, juris Rn 32 zu den jeweiligen Landesrechten

Wesentlichkeitstheorie

der Gesellschaft über im Wandel begriffene Anschauungen durch die parlamentarische Debatte Raum zu geben, daraus im Wege der Mehrheitsentscheidung gefundene Folgen abzuleiten und sie in die jeweils gebotene rechtliche Form – ggf. auch eine Verordnungsermächtigung – zu fassen. Im Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG gilt nicht ein anderes.

BVerwG, Urteil vom 17.11.2017, 2 C 25.17, juris Rn 38

BVerfG, Beschluss vom 21.4.2015, 2 BvR 1322/12, juris Rn 52 ff.

Die Verpflichtung zum Tragen von Dienstkleidung stellt keine ausreichende Rechtsgrundlage dar.

Die folgenden Erwägungen sind für die Entscheidung nicht tragend und daher eigentlich nicht (mehr) erforderlich. Es kommt allerdings in der Praxis durchaus des Öfteren vor, dass die Gerichte auch auf nicht tragende Erwägungen eingehen, wenn die Beteiligten hierzu umfassend vorgetragen haben, denn die Beteiligten sollen sich vor Gericht „gehört fühlen“.

Bzgl. Tätowierungen hat sich gesellschaftliche Anschauung verändert.

vgl. BVerwG, Urteil vom 17.11.2017, 2 C 25.17, juris Rn 50

Änderung der Polizeidienstvorschrift nicht ausreichend, da es nach wie vor an einem Parlamentsgesetz mangelt.

Wesentliche Inhalte des Beamtenverhältnisses sind durch Gesetz zu regeln. Dies gilt insbesondere für Regelungen mit statusbildendem oder statusberührenden Charakter, durch die Bedingungen der Einstellung oder Entlassung normiert werden. Die früher gegen-teilige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, in die sich noch die von dem Beklagten zitierten Entscheidungen fügen, hat nach dem insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aktualisierten verfassungsrechtlichen Blickwinkel – dem Stand der Verfassungsentwicklung unter dem Grundgesetz – keinen Bestand.

Die danach **unerlässliche gesetzliche Grundlage** hat der Landesgesetzgeber **bislang nicht geschaffen**. Wie bereits das Bundesverwaltungsgericht eingehend ausgeführt hat, gibt insbesondere die Vorschrift des § 70 Landesbeamtengesetzes - LBG - dem Verbot von Tätowierungen keine, jedenfalls keine genügende, Grundlage. Nach dieser Vorschrift sind Beamtinnen und Beamte zum Tragen von Dienstkleidung verpflichtet; die Einzelheiten der Dienstkleidung können unter anderem durch oberste Dienstbehörden geregelt werden. **Diese Bestimmung trifft schon nach ihrem unzweideutigen Wortlaut keine Vorgaben für die Haut des Beamten, sondern allein für die Art und Weise deren Bedeckung. Sie kann auch nach Sinn und Zweck nicht auf die mit der Tätowierung verbundenen körperlichen Veränderungen selbst erstreckt werden.** Denn eine solche Regelung ist nach Zielrichtung und Intensität von der (bloßen) Vorschrift über Dienstkleidung grundlegend verschieden. [...]

Selbst soweit man die Dienstkleidung betreffende Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auf Tätowierungen erstrecken würde, wäre sie jedenfalls unzureichend. Eine parlamentarische Leitentscheidung für die Grenzen zulässiger Reglementierung fehlt. Bezugspunkt einer solchen Reglementierung ist die **Neutralität des Amtes**, die durch die Dienstbekleidung gewahrt werden soll und nach der in dem angegriffenen Bescheid zum Ausdruck gekommenen hergebrachten Auffassung durch Tätowierungen beeinträchtigt werden mag. **Ob aber tatsächlich Tätowierungen geeignet sind, die Neutralität des sie tragenden Polizeibeamten zu beeinträchtigen und seine Individualität in einem mit der Ausübung seines Amtes und der für diese erforderlichen Selbstdistanzierung unvereinbaren Maße hervorzukehren, hängt insbesondere von den Wandlungen unterworfenen gesellschaftlichen Anschauungen ab.** Für ein jedenfalls teilweise gewandeltes Verständnis spricht, dass nach Erhebungen bereits im Jahr 2014 fast ein Viertel der Zielgruppe der Einstellungsbewerber des Antragsgegners – der 16- bis 29-jährigen – Tätowierungen trugen. In Ostdeutschland lag dieser Anteil sogar bei 41 Prozent.

Es trägt den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in genügendem Umfang Rechnung, dass der Antragsgegner gewandelte Anschauungen erkannt und diese durch eine Neufassung der maßgeblichen Polizeidienstvorschrift aufzunehmen versucht hat. Die von dem Antragsgegner angeführte,

nunmehr im Vorgriff auf die beabsichtigte – nach letzter Mitteilung indes noch nicht vollzogene – Änderung der Ziffer 3.2.3 Polizeidienstvorschrift 350 Berliner Teil (PDV 350 BE) seit Januar 2018 geänderte Verwaltungspraxis erlaubt zwar in gewissem Umfang Tätowierungen, legt aber weiterhin offen getragene Tätowierungen ungeachtet ihres Inhaltes als unzulässig zugrunde. Es kann offen bleiben, ob eine derartige Vorgabe hinreichend bestimmt und in materieller Hinsicht geeignet ist, die zugrunde liegenden Rechtspositionen zu einem Ausgleich zu bringen. **Denn sie hat schon deshalb außer Betracht zu bleiben, weil sie auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Regelung nicht beruht.** Bis zu einer ausdrücklichen (etwaigen) Entscheidung des Gesetzgebers über das zulässige Ausmaß von Tätowierungen sind Polizeibeamte im Land Berlin ohne Rücksicht auf anderslautende dienstliche Vorschriften berechtigt, jedenfalls solche Tätowierungen zu tragen, die nach ihrem Sinngehalt nicht gegen andere beamtenrechtliche Pflichten verstoßen.

Eine Untersagung kommt nicht aufgrund der Tätowierung als solcher, sondern allein aus (bestimmten und hinreichend gewichtigen) Gründen in Betracht, die den Sinngehalt, d.h. den verbalen Inhalt und die Bedeutung der Symbolik, der Tätowierung betreffen. So liegt es insbesondere, wenn mit dem Tragen der Tätowierung eine Straftat verbunden ist oder ihr ein Verstoß gegen die verfassungsunmittelbar Geltung beanspruchende Verfassungstreuepflicht zu entnehmen ist.

Daran gemessen stehen die Tätowierungen des Antragstellers seiner Einstellung in den Polizeidienst auch insoweit nicht entgegen, als sie in dienstlicher Sommerbekleidung sichtbar blieben. Aus der in dem Verwaltungsvorgang enthaltenen „Begutachtung von Tätowierungen anhand von Fotos für Bewerber/innen für den Polizeivollzugsdienst zum 3. September 2018“ vom 22. Mai 2018 ergibt sich, dass der Antragsgegner inhaltliche Bedenken gegen die Tätowierungen des Antragstellers nicht hegt.

Er hat dort vielmehr festgestellt, sämtliche Zeichen, Schriftzüge und Bilder seien inhaltlich unbedenklich. Bedenken drängen sich auch der Kammer nicht auf. Es ist jedenfalls nachvollziehbar, dass nach der Würdigung des Antragsgegners die Tätowierungen des Antragstellers auf seine Fußballvorlieben verweisen, allgemeine Lebenseinstellungen in Bild und Sinnspruch zum Ausdruck bringen und teilweise familiäre Bezüge aufweisen. Der Antragsgegner hat vielmehr seine Bedenken gegen die Tätowierung allein – nach dem Vorstehenden unzulässig – auf die Repräsentationsziele der Berliner Polizei gestützt. Das Verwaltungsverfahren lässt die Unschärfe der ohne gesetzliche Grundlage gefundenen maßgeblichen Kriterien klar erkennen. Denn während der erstbegutachtende Sachbearbeiter des Antragstellers wegen der farblichen Unauffälligkeit dafür gehalten hat, diese Tätowierungen seien mit den Repräsentationszielen noch zu vereinbaren, hat der zweitbefragte Sachgebietsleiter – lediglich – ausgeführt, dass Größe und Motivvielfalt im sichtbaren Bereich nicht akzeptabel seien, diese Auffassung hat sich sodann durchgesetzt. Worauf sie ruht, wird aus dem Verwaltungsvorgang nicht ersichtlich.

Wichtig! Zulässig ist nicht jede Tätowierung

BVerwG, Urteil vom 17.11.201, 2 C 25.17, juris Rn 53 ff.

Subsumtion

S.o., da die Entscheidungsgründe auch auf die tätowierten Motive eingehen, hätten die Tätowierungen in den Gründen zu I. näher erläutert werden müssen.

Anordnungsgrund

Der Anordnungsgrund folgt aus dem am 3. September 2018 bevorstehenden Einstellungstermin bei grundsätzlich fehlender Möglichkeit der Nacheinstellung.[...]"

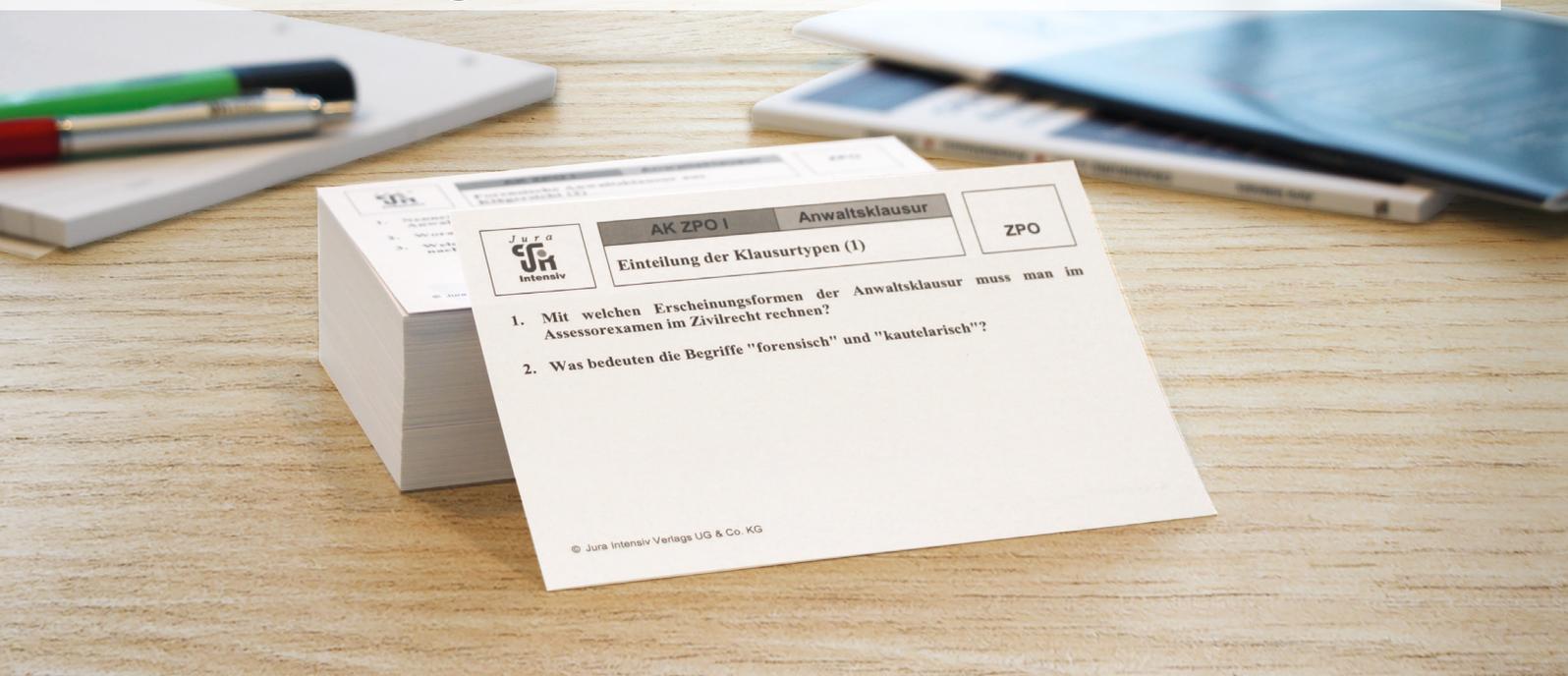


FAZIT

Jüngst auch OVG Münster, Beschluss vom 12.9.2018, 6 A 2272/18, das sich unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung ebenfalls der Auffassung des BVerwG (Urteil vom 17.11.2017, 2 C 25.17) angeschlossen hat, wonach die Versagung der Einstellung eines Bewerbers in den Polizeivollzugsdienst wegen einer Tätowierung einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedarf.

Der Beschluss des VG Berlin beschäftigt sich mit der aktuellen Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Tätowierungen ein Einstellungshindernis für den Polizeidienst darstellen. Diese Thematik und die in der Entscheidung angesprochenen (verfassungs-)rechtlichen Probleme sind aufgrund ihrer Aktualität besonders examensrelevant. Der Beschluss bietet zudem Anlass, die Auslegung von Klage-/Eilanträgen sowie den Aufbau eines Beschlusses nach § 123 I VwGO zu wiederholen. Der vom VG Berlin gewählte Aufbau sollte hierbei jedoch aus den dargelegten Gründen nicht als Vorbild genommen werden.

Das Prüfungswissen in Karteikartenform



Speziell für Kursteilnehmer: ASSESSORKURS Karteikarten



- ✓ Prozessrecht und materielles Recht
- ✓ Tenorierungen und Formulierungsbeispiele
- ✓ Länderspezifische Formalien im Öffentlichen Recht
- ✓ Im Frage- und Antwortsystem aufgebaut

Unser Karteikartenprogramm für das Zweite Staatsexamen:

Zivilrecht

Zivilrechtliche Nebengebiete

- Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Strafrecht

Öffentliches Recht

- Baden-Württemberg
- Berlin
- Brandenburg
- Hessen
- Nordrhein-Westfalen
- Rheinland-Pfalz

Alle
Karteikarten
sind in unserem
Onlineshop
erhältlich!



verlag.jura-intensiv.de

Stand: Juli 2022

JURA
INTENSIV



Vor K wie Karriere,

kommt J wie Jura Intensiv

**JETZT
KOSTENLOSES
PROBEHÖREN
OHNE VORHERIGE
ANMELDUNG**

NEUE KURSE

ASSESSORKURSE - Die Vorbereitung auf das 2. Staatsexamen

Jura Intensiv bietet:

- über 2000 Seiten Unterlagenprogramm mit Aufbauübersichten (Gutachten / Urteil mit Formalien), Problemübersichten, Original-Examensklausuren mit ausführlichen Musterlösungen (u. a. Gutachten und Urteil / Beschluss / Anklageschrift) und Anwaltsklausuren mit ausführlichen Musterlösungen
- die monatlich erscheinende Ausbildungszeitschrift RA - RechtsprechungsAuswertung mit einem Sonderteil für Referendare

