



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

41. Jahrg.

August 2016

Heft 08

Aus dem Inhalt

- BGH:** Löschung Intimer Aufnahmen nach beendeter Beziehung
- OLG Koblenz:** Missbräuchliche Nutzung einer betrieblichen Tankkarte
- OVG Berlin-Bbg.:** Polizeilicher Notstand bei blockierender Gegendemonstration
- BGH:** Grenzen des Pfändungsschutzes bei Pflichtteilsanspruch
- BVerfG:** Wohnungsdurchsuchung beim Nichtverdächtigen
- VGH Mannheim:** Nachbarklage gegen Gaststättenbetrieb
- VGH Mannheim:** Wirksamkeit einer Ersatzzustellung



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreise: vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Brandaktuell

BVerfG:	Rechtswidrige Ingewahrsamnahme (Schmerzensgeldanspruch eines Castor-Gegners).....	1
---------	--	---

Zivilrecht

OLG Saarbrücken:	Verwirkung des Widerrufsrechts (Beanstandungsfreie Vertragsdurchführung nach Reklamation).....	2
BGH:	Intime Aufnahmen nach beendeter Beziehung (Löschungsanspruch des Ex-Partners).....	6

Strafrecht

BGH:	Ausspähen von Daten (Zugangssicherung).....	10
OLG Koblenz:	Missbräuchliche Nutzung einer betrieblichen Tankkarte (Betankung von Privatfahrzeug kein Computerbetrug).....	12

Öffentliches Recht

OVG Berlin-Bbg.:	Polizeilicher Notstand (Blockierende Gegendemonstration).....	16
BVerwG:	Bebauungsplan für Gewerbegebiet (Zulässigkeit des Ausschlusses einzelner Nutzungen).....	18

Kurzauslese I

OLG Frankfurt:	Widerruf eines Verbraucherdarlehens (Kein Rechtsmissbrauch bei Widerruf zur Sicherung günstigerer Konditionen)....	21
BAG Berlin-Bbg.:	Exzessive Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses (Kein Beweisverwertungsverbot bei Kündigung).....	22
BHG:	Kündigung langfristigen Fitnessstudio-Vertrags (Berufsbedingter Wohnortwechsel).....	22
BGH:	Gefährliche Körperverletzung (Lebensgefährdende Behandlung durch Messereinsatz).....	22
BGH:	Schuldfähigkeit bei „isoliertem Beziehungswahn“ (Und sowie trotz latenter Bedrohung und vorangegangener Körperverletzung)....	23
BGH:	Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage).....	24
OVG Bautzen:	Versammlungsrechtliche Auflage (Ausweisungspflicht für Ordner).....	25
OVG Bautzen:	Beseitigung einer Ölspur (Öffentlicher Notstand).....	26
BVerfG:	Ermittlungsbefugnisse des BKA (Terrorismusbekämpfung).....	27
OVG Lüneburg:	Erweiterte Gewerbeuntersagung (Insolvenzverfahren).....	27

Zivilrecht

BGH:	Grenzen des Pfändungsschutzes (Pflichtteilsansprüche als sonstige Einkünfte).....	28
BGH:	Öffentliche Bekanntmachung und Beschwerdefrist (Zustellungswirkung im Insolvenzverfahren).....	31

Strafrecht

BGH:	Konkretisierung der Beweisbehauptung (Anforderungen an Beweisantrag).....	34
BVerfG:	Wohnungsdurchsuchung beim Nichtverdächtigen (Auffinden von Beweismitteln).....	37

Öffentliches Recht

VGH Mannheim:	Nachbarklage gegen Gaststättenbetrieb (Nachbarschützender Charakter einer Norm).....	39
VGH Mannheim:	Wirksamkeit einer Ersatzzustellung (Fehlen eines Vermerks über Zustelldatum).....	42

Kurzauslese II

BGH:	Verwerfung der Berufung einer Naturalpartei Notwendigkeit einer Rechtsmittelbelehrung).....	45
BGH:	Schenkungsanfechtung (Einräumung des Bezugsrechts an Risikolebensversicherung).....	45
BAG:	Rücktritt vom Prozessvergleich (Wegfall der prozessbeendenden Wirkung).....	46
BGH:	Ablehnung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit).....	47
LG Lüneburg:	Mündliche Durchsuchungsanordnung (Dokumentation).....	48
BGH:	Schweigen des Angeklagten (Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung).....	49
OVG Bautzen:	Antrag auf Zulassung der Berufung (fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung in Bezug auf die Begründungsfrist).....	50
BVerwG:	Normenkontrolle einer Verordnung zur Ladenöffnung (Klagebefugnis der Gewerkschaften).....	50
VGH Mannheim:	Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens (Einlegung des Widerspruchs).....	51
VGH Kassel:	Bürgerbegehren (Zulässigkeit einer Klage auf Zulassung).....	51

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

OVG Bautzen:	Wahl des Rechtsanwalts (Größerer Spielraum im Verwaltungsprozess).....	52
OLG Bremen:	Zuständigkeit für Streitwertentscheidung (Einzelrichter oder Kammer).....	52
VGH Kassel:	Kostenentscheidung (Aufeinander folgenden Eilverfahren).....	53

Aus der Praxis

VGH Mannheim:	Notwendigkeit der Zuziehung des Bevollmächtigten (Entscheidung nach Erledigungserklärung).....	54
BVerfG:	Verfassungswidrige Versagung von Prozesskostenhilfe (Alternative Klagebegründung).....	54
OLG Hamm:	Verfahrenskostenhilfe (Verwertung eines selbstbewohnten Hauseigentumsanteils).....	55
OVG Bautzen:	Aufhebung der Prozesskostenhilfe (Kann Ausschluss der Beschwerde).....	55

Steuerrecht

BVerwG:	Auftreten von Steuerberatern (Widerspruchsverfahren und Verwaltungsgericht).....	56
BFH:	Zivilprozesskosten als außergewöhnliche Belastung (Geltendmachung von Schmerzensgeldansprüchen).....	58
BFH:	Häusliches Arbeitszimmer (Keine Berücksichtigung der Aufwendungen für Nebenräume).....	59

Weitere Schrifttumsnachweise:	60
--	----

Brandaktuell

GG

Rechtswidrige Ingewahrsamnahme

VerfR

Art. 8 I, 2 II 1

Schmerzensgeldanspruch eines Castor-Gegners

(BVerfG in BeckRS 2016, 49717; Beschluss vom 29.06.2016 - 1 BvR 1717/15)

Fall: Der Beschwerdeführer nahm während eines Castortransports nach Gorleben im November 2011 an einer Sitzblockade auf der betreffenden Bahnstrecke teil. Der Aufforderung der Polizei, sich zu entfernen, kam er nicht nach. Daraufhin verbrachte die Polizei ihn in eine naheliegende Gewahrsamseinrichtung, die er gegen Mittag des folgenden Tages wieder verlassen konnte. Auf Antrag des Beschwerdeführers stellte das zuständige Landgericht zunächst fest, dass die Freiheitsentziehung wegen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt rechtswidrig gewesen war. Die Frage der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme als solcher ließ das LG offen.

Die anschließend erhobene Klage auf Zahlung eines Schmerzensgeldes wies das LG mit dem angefochtenen Urteil mangels einer hinreichenden Schwere der Persönlichkeitsverletzung ab. Es begründete dies damit, dass die Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme allein darauf beruht habe, dass der Beschwerdeführer nicht unverzüglich einem Richter vorgeführt worden sei. Ferner habe der Beschwerdeführer bereits durch die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme Genugtuung erhalten. Die Gehörsrüge blieb ebenfalls ohne Erfolg. Mit seiner daraufhin eingelegten Verfassungsbeschwerde rügte der Beschwerdeführer hauptsächlich eine Verletzung seines Grundrechts auf Freiheit der Person (Art. 2 II 2 GG) und seiner Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG). Zu Recht?

Der Anspruch auf Schmerzensgeld kann hier gestützt werden auf § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG. Bei der Auslegung und Anwendung dieser zivilrechtlichen Vorschrift haben die Gerichte die Grundrechte hinreichend zu berücksichtigen. Dies war nach Auffassung des BVerfG im vorliegenden Fall nicht gegeben.

„Nach diesem Maßstab können die angegriffenen Entscheidungen keinen Bestand haben, denn die Erwägungen, aufgrund derer das Landgericht einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Geldentschädigung für den erlittenen rechtswidrigen Freiheitsentzug verneint hat, werden der Bedeutung der Grundrechte aus Art. 2 II 2 und Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG nicht gerecht.

*Das Bundesverfassungsgericht hat bereits entschieden, dass der **Schutzauftrag des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** durch den Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens verwirklicht wird, wobei die Gerichte die Fundierung in der Menschenwürde zu beachten haben (vgl. BVerfGK 3, 49 [52]). Dies gilt nicht weniger, wenn auch das Grundrecht auf Freiheit der Person betroffen ist, weil es bereits an einer Rechtsgrundlage für die freiheitsentziehende Maßnahme als solcher fehlte oder eine **richterliche Entscheidung** entgegen Art. 104 II 2 GG **nicht unverzüglich herbeigeführt** wird. Zwar muss der hiernach gebotene Ausgleich, wie die angegriffenen Entscheidungen im Ausgangspunkt zutreffend festgestellt haben, nicht zwingend in der Zubilligung eines Zahlungsanspruchs bestehen (vgl. BVerfGK 3, 49 [52]; 7, 120 [123 f.]). Daher begegnet es grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass eine Geldentschädigung wegen der Verletzung immaterieller Persönlichkeitsbestandteile nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGHZ 39, 124 [133]; 161, 33 [36 f]) nur unter der Voraussetzung einer **hinreichenden Schwere** und des **Fehlens einer anderweitigen Genugtuungsmöglichkeit** beansprucht werden kann (vgl. BVerfGE 34 269 [286]; BVerfGK 16, 389 [394 f.]). Dies begegnet auch im Lichte der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte keinen insoweit durchgreifenden Bedenken (vgl. EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 25.03.1999 - EGMR Aktenzeichen 31195/96 31195/96 -, NJW 2000, 2883 [2886] m.w.N.).*

*Das Landgericht hat seine Auffassung, dass die von dem Beschwerdeführer erlittene Rechtseinbuße **durch die gerichtlich festgestellte Rechtswidrigkeit des Gewahrsams hinreichend ausgeglichen** sei, allein auf eine Würdigung der - weitgehend unstrittigen - Umstände der Durchführung des Gewahrsams gestützt. Zudem stützt es sich darauf, dass die Einsatzleitung der Polizei aus der alleinigen Feststellung der Rechtswidrigkeit bereits **Konsequenzen für die Einsatzplanung zur Absicherung zukünftiger Castortransporte** gezogen habe. Daran bestehen jedoch erhebliche Zweifel, was gerade das vorliegende Verfahren zeigt. Darüber hinaus wird die Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 II 2 GG zwar erwähnt, aber nicht in die **gebotene Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles** einbezogen, dass die Grundrechtsverletzung bereits in der rechtswidrigen Freiheitsentziehung selbst und damit unabhängig von den Bedingungen ihres Vollzuges zu sehen ist. Dies gilt für die **Missachtung des Richtervorbehalts** des Art. 104 II 2 GG auch im Lichte des Art. 5 III EMRK, der sowohl eine zusätzliche verfahrensrechtliche als auch eine materielle Freiheitsgarantie entfaltet (vgl. BVerfGE 10, 302 [323]; EGMR, Urteil der Großen Kammer vom 03.10.2006 - 543/03 -, NJW 2007, 3699 [3700]). Die Tatsache, dass das Landgericht im Verfahren über die Frage der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme verschiedene Zweifel an derselben geäußert und insbesondere eine Aufklärung hinsichtlich etwaig erteilter Platzverweise unterlassen hat, findet ebenfalls keine hinreichende Berücksichtigung.*

*Das Absehen von einer Entschädigung kann auch nicht darauf gestützt werden, dass die durchgeführte **Freiheitsentziehung ohne richterliche Entscheidung** lediglich ein Abwicklungsproblem der Polizei angesichts der großen Anzahl festgesetzter Versammlungsteilnehmer war. Die Polizei hat vielmehr **über viele Stunden nicht die gebotenen Anstrengungen unternommen**, um eine richterliche Entscheidung herbeizuführen oder die Festsetzung zu beenden.*

Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Verstöße gegen Art. 8 I, Art. 19 IV und Art. 103 I GG liegen Annahmegründe nicht vor. Insoweit wird gemäß § 93d I 3 BVerfGG von einer Begründung abgesehen.“ (BVerfG aaO.)

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Verwirkung des Widerrufsrechts

SR BT

§ 242

Beanstandungsfreie Vertragsdurchführung nach Reklamation

(OLG Saarbrücken in NJW-RR 2016, 630; Urteil vom 06.08.2015 – 4 U 156/14)

Bei Erwerb eines Nachschlagewerks in einer **Haustürsituation** zum **Teilzahlungspreis** kann sich die Ausübung eines nicht erloschenen Widerrufsrechts als Rechtsmissbrauch (**venire contra factum proprium**) darstellen, wenn der Vertragspartner des Verbrauchers auf dessen nach Vertragsabschluss erhobene Beanstandungen eingegangen ist und die Erklärung des Widerrufs **mehrere Jahre nach beiderseitiger vollständiger Erbringung** aller Leistungen einschließlich der Teilzahlungen des Verbrauchers erfolgt.

Fall: Der Kl. begehrt von der Bekl. Rückabwicklung eines Kaufvertrags über Bücher und andere Wissensmedien. Die Bekl. ist im Direktvertrieb hochwertiger multimedialer Bildungssysteme, Nachschlagewerke und Faksimiles tätig und vertreibt ihre Produkte über selbstständige Handelsvertreter, die mit Abschlussvollmacht ausgestattet sind. Der Kl. kaufte in einer Haustürsituation auf Grund der „Bestell-Urkunde“ vom 16.12. bei der Bekl. zum Teilzahlungspreis von insgesamt 5.097 € die Lexikothek „Unser Jahrhundert in Wort, Bild, Film und Ton“ und die Brockhaus (Weltbibliothek) Thementeil Gesundheit. Laut „Produkt-Steckbrief“ enthält das Produkt „Unser Jahrhundert in Wort, Bild, Film und Ton“ als Einband „LII-blaues Cabraleder, erhabene Bünde, Goldprägung Rücken und Zierleiste“ und umfasst Tondokumente (Phonos) in zehn Bänden, einen Ergänzungsband Tondokumente bis 2000, einen Generalindex für Phonos und einen Band mit zwei DVD-Videos, die Filme zum 20. Jahrhundert enthalten. Die Brockhaus Bibliothek Gesundheit besteht aus sechs Bänden mit insgesamt 4277 Seiten, jeder Band gebunden in schwarzes Cabraleder mit Goldprägung auf der Vorderseite, dem Rücken und der Rückseite und Kopfgoldschnitt. Die Leistung der Bekl. umfasste außerdem „Wissens-Center für 3 Jahre“ und „LEXIKOTHEKplus für 3 Jahre“. In der „Bestell-Urkunde“ heißt es:

„Der Käufer kann die Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder durch Rücksendung der Sache widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs oder der Sache. Der Widerruf ist zu richten an: ...“

Der Kaufpreis wurde im Wege der Teilzahlung bezahlt. Mit Datum vom 26.07. Bestellte der Kl. Ergänzungen zum gekauften Werk, widerrief diese Bestellung aber mit Schreiben vom 04.08. in diesem Schreiben, auf dessen weiteren Inhalt Bezug genommen wird, heißt es unter anderem:

„Am 16.12. hatte ich bei Herrn ..., mit dessen Beratung ich sehr zufrieden war, die Werke „Unser Jahrhundert in Wort, Bild, Film und Ton“ sowie „Brockhaus: Gesundheit“ bestellt. Bei diesem Angebot war auch die Nutzung des Wissenscenters für 3 Jahre eingeschlossen. ...

Mitte Juli erhielt ich einen Anruf von Ihrer Firma, in der mir wieder ein Außendienstmitarbeiter avisiert wurde mit der Begründung, dass ich zu meinem Auftrag vom 16.12. ein kostenloses Buch erhalten soll. Am 26.07. erschien dann Herr K bei mir. Bei dessen Besuch stellte sich dann heraus, dass es sich bei dem kostenlosen Buch um ein Buch zur Nutzung des Wissenscenters handelt und das die zur Nutzung dieses Wissenscenters erforderliche CD-Rom nicht mitgeliefert wurde. Der eigentliche Anlass des Besuches war jedoch ein ganz anderer: Herr K teilte mir mit, dass zu meinem bereits erworbenen Werk „Unser Jahrhundert in Wort, Bild, Film und Ton“ Ergänzungsbücher erschienen wären. Da ich eigentlich an einer Ergänzung interessiert war, habe ich auch unterschrieben. Gestern ... musste ich feststellen, dass ich zusätzlich zu den gewünschten Ergänzungsbüchern Jahrbücher 2002 noch ein Abonnement (genannt Abo 04) sowie die „Brockhaus Bibliothek Kunst, Kultur und Weltgeschichte“ abgeschlossen habe. Mit dieser Geschäftspraxis bin ich überhaupt nicht einverstanden. ...

Da ich nun wiederholt diese Erfahrung gemacht habe, bin ich endgültig nicht mehr bereit weitere Außendienstmitarbeiter Ihres Hauses zu empfangen. Ich überlege sogar daran, den Vertrag vom 16.12. rückgängig zu machen; warte jedoch noch auf eine Stellungnahme aus Ihrem Haus.

Ich fordere nun Folgendes von Ihnen:

- schriftliche Bestätigung meines Widerrufs
- schriftliche Stellungnahme Ihres Hauses
- unverzügliche Eingabe in meine Kundenakte, dass ich keine weiteren Anrufe und Besuche von Außendienstmitarbeiter wünsche
- unverzügliche Zusendung der nicht mitgelieferten CD-Rom zur Nutzung des Wissenscenters (Bestandteil des Vertrags vom 16.12.) ...“

Mit Schreiben vom 06.08. nahm die Bekl. Stellung, entschuldigte sich für das Verhalten ihrer Verlagsrepräsentanten, bestätigte den Widerruf des Kaufvertrags vom 26.07. und die Sperrung der Anschrift des Kl., fügte die Berechtigungs-CD zum Wissenscenter bei und erklärte, den Berechtigungszeitraum selbstverständlich entsprechend bis August 2007 verlängert zu haben. Am 24.11. bat der Kl. telefonisch um Unterbreitung eines Ablösungsangebots, um Zinsen zu sparen. Ihm wurde daraufhin mitgeteilt, dass sich die zu zahlenden Beträge für die noch bestehenden Zahlungsverpflichtungen aus den Verträgen auf 879,44 € bzw. 37,56 € belaufen. Eine vorzeitige Ablösung erfolgte nicht. Die letzte Kaufpreisrate wurde am 14.4. geleistet. Mit Anwaltsschreiben vom 10.12. erklärte der Kl. den Widerruf des Kaufvertrags vom 16.12. Zu Recht?

Der Kläger könnte gegen die Beklagte infolge des am 10.12. seitens des Klägers erklärten Widerrufs des Kaufvertrags vom 16.12. einen Zahlungsanspruch gemäß §§ 312, 355, 357, 346 BGB i.V.m. § 14 BGB a.F. haben.

I. Bestehen eines Widerrufsrechts

1. Haustürgeschäft

„Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung bestimmt worden ist (Haustürgeschäft), steht dem Verbraucher nach § 312 I 1 Nr. 1 BGB in der vom 01.01.2002 bis zum 10.06. gültigen Fassung ein Widerrufsrecht gem. § 355 BGB zu. Folglich ist er gem. § 355 I 1 BGB in der vom 01.08.2002 bis zum 07.12. gültigen Fassung an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Das nach § 355 III 1 BGB a.F. grundsätzlich auf sechs Monate befristete Widerrufsrecht erlischt nach Satz 3 der Vorschrift nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist.“ (OLG Saarbrücken aaO.)

2. Ausschluss des Widerrufsrechts bei Teilzahlungsgeschäften

Allerdings sah § 312a BGB a.F. vor, dass das Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 312 BGB ausgeschlossen ist, wenn dem Verbraucher zugleich nach Maßgabe anderer Vorschriften ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 355 oder § 356 BGB zusteht. § 356b BGB a.F. sah dementsprechend für Verbraucherdarlehensverträge ein entsprechendes Widerrufs- und Rückgaberecht vor, sodass das Widerrufsrecht nach § 312 BGB ausgeschlossen sein könnte.

„Ob dieser Ausschluss im Wege richtlinienkonformer Auslegung zu korrigieren ist (so Palandt/Heinrichs, BGB, Ergänzungsbd. zur 61. Aufl. 2002, § 312 a Rn. 2) oder ob es bei der Anwendung der §§ 346 I, 501 S. 1, 495 I BGB a.F. bewendet (so OLG Schleswig, OLG-Report 2007, 929 = NJOZ 2008, 1477 [ohne diesbezügliche Begründung]; OLG Celle, Ur. v. 21.05.2015 – 13 U 38/14, BeckRS 2015, 15747 m.w.N.), kann vorliegend dahinstehen. Auch bei unterstellter Anwendbarkeit der verbraucherfreundlicheren Bestimmungen des § 312 BGB a.F. ändert sich an dem nachfolgend dargestellten Ergebnis nichts.“ (OLG Saarbrücken aaO.)

3. Nichterlöschen des Widerrufsrechts wegen unzureichender Widerrufsbelehrung

Die Anwendbarkeit von § 312 BGB unterstellt, stellt sich die Frage, ob das Widerrufsrecht im vorliegenden Fall möglicherweise deshalb fortbesteht, weil die erteilte Widerrufsbelehrung unzureichend war.

„Auf Grund der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass eine Widerrufsbelehrung, die die – von der Bekl. gegenüber dem Kl. in der „Bestell-Urkunde“ vom 16.12. verwendete – Formulierung „Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung.“ enthält, unzureichend ist und deshalb den Lauf der Widerrufsfrist nicht in Gang setzen kann. Der Verbraucher kann der Verwendung des Wortes „frühestens“ zwar entnehmen, dass der Beginn des Fristlaufs noch von weiteren Voraussetzungen abhängt, wird jedoch darüber im Unklaren gelassen, um welche Voraussetzungen es sich dabei handelt (BGH, NJW 2011, 1061 [1062] = MMR 2011, 166“ (OLG Saarbrücken aaO.)

Hieran ändert es auch nichts, dass die erteilte Belehrung dem Muster der Anlage 2 zu § 14 I BGB-InfoV in der vom 01.09.2002 bis zum 10.06. gültigen Fassung entsprochen hat. Hiernach entspricht eine Belehrung den Anforderungen des § 355 II BGB a.F., wenn das Muster der Anlage 2 in Textform verwandt wird.

„Ein Unternehmer kann sich auf die Schutzwirkung des § 14 I BGB-InfoV a.F. nur dann berufen, wenn er gegenüber dem Verbraucher ein Formular verwendet hat, das dem Muster in der jeweils maßgeblichen Fassung sowohl inhaltlich als auch in der äußeren Gestaltung vollständig entspricht (BGH, NJW 2011, 1061 [1062] = MMR 2011, 166 Rn. 15; OLG Celle, Ur. v. 21.05.2015 – 13 U 38/14, BeckRS 2015, 15747). Diese Voraussetzung ist indes schon dann nicht erfüllt, wenn es – wie hier – an der im Muster vorgeschriebenen Überschrift „Widerrufsbelehrung“ und den die Belehrung gliedernden Zwischenüberschriften „Widerrufsrecht“, „Widerrufsfolgen“ und „finanzierte Geschäfte“ fehlt (BGH, NJW 2011, 1061 [1062] = MMR 2011, 166 Rn. 16).“ (OLG Saarbrücken aaO.)

4. Ausschluss des Widerrufsrechts nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)

a) Verwirkung

Der Kläger könnte sein insoweit Fortbestehen des Widerrufsrecht jedoch nach § 242 BGB verwirkt haben.

*„Die Verwirkung setzt voraus, dass der **Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat**, obwohl er dazu in der Lage gewesen wäre, der Gegner sich also mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde und die **verspätete Geltendmachung daher gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt** (BGH, NJW-RR 2005, 180 [182] = NZM 2005, 33 = NZG 2005, 35, zu § 1 I Nr. 1 HWiG a.F.). Gerade im Falle einer Haustürsituation sind daran strenge Anforderungen zu stellen. Die mit der **unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung** verbundenen Nachteile hat grundsätzlich der Geschäftspartner des Verbrauchers zu tragen (BGH, NJW-RR 2005, 180 [182] = NZM 2005, 33 = NZG 2005, 35). Das LG hat im Streitfall angenommen, eine Verwirkung scheidet aus, weil der Kl. **auf Grund der damals unklaren Rechtslage** noch davon habe ausgehen dürfen, dass die Widerrufsfrist hinsichtlich des streitgegenständlichen Vertrags tatsächlich abgelaufen gewesen sei. Darüber hinaus wird in der Rechtsprechung vertreten, dem gesetzlich geregelten Widerrufsrecht könne bereits **„denklogisch“ der Vorwurf einer Verwirkung nicht entgegengehalten werden**; dies könne allenfalls der Fall sein, wenn mit dem bewussten Zuwarten ein Schaden gerade erst herbeigeführt werde (LG Stade, Urt. v. 26.02.2014 – 2 O 262/13).“ (OLG Saarbrücken aaO.)*

Jedoch kann es dahinstehen, ob ein Fall der Verwirkung vorliegt, wenn das Widerrufsrecht aus sonstigen Gründen nach Treu und Glauben ausgeschlossen ist.

b) venire contra factum proprium

Die Ausübung des Widerrufs Rechts könnte nach den Grundsätzen *“venire contra factum proprium“* rechtsmissbräuchlich sein.

aa) Berücksichtigungsfähigkeit

Zwar hat sich der Beklagte hierauf nicht berufen, jedoch könnte widersprüchliches Verhalten gleichwohl zu prüfen sein.

*„Der Einwand von Treu und Glauben ist **von Amts wegen zu berücksichtigen** (BGHZ 202, 102 = NJW 2014, 2723 [2728] Rn. 41), die maßgeblichen Gesichtspunkte sind überdies von der Bekl. – wenn auch im Zusammenhang mit der Verwirkung – bereits erstinstanzlich angeführt worden. Überdies wird die **Verwirkung in Folge Zeitablaufs** allgemein als **besondere Fallgruppe widersprüchlichen Verhaltens** angesehen (MüKo-BGB/Roth/Schubert, 6. Aufl. 2012, § 242 Rn. 146; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl. 2015, § 242 Rn. 55, 87; Staudinger/Olzen/Looschelders, BGB, Neubearb. 2015, § 242 Rn. 300). Der Einwand widersprüchlichen Verhaltens ist **nicht** etwa **deswegen ausgeschlossen**, weil das **Widerrufsrecht auf einer Richtlinie** beruht. Nach der Rechtsprechung des EuGH (ECLI:EU:C:2014:75 = GRUR 2014, 368 [370 f.] Rn. 42, 49) unterliegen nationale Rechtsmaximen, die einem Anspruch entgegengehalten werden können, dem nationalen Recht, das unter Beachtung des **gemeinschaftsrechtlichen Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes** angewandt werden muss. Diese vom EuGH anerkannten Verfahrensgrundsätze gebieten, dass die verfahrensrechtlichen Vorgaben des nationalen Rechts nicht ungünstiger sind als bei vergleichbaren Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (**Äquivalenzgrundsatz**) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung eingeräumten Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (**Effektivitätsgrundsatz**). Die Grundsätze finden auch bei materiellen Ausschlussgründen nach nationalem Recht – wie dem Grundsatz von Treu und Glauben – Anwendung (BGHZ 202, 102 = NJW 2014, 2723 [2728] Rn. 41). Die Anwendung einer nationalen Vorschrift – wie hier § 242 BGB – darf allerdings die Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen (EuGH, ECLI:EU:C:2000:150 = NZG 2000, 534 [536] Rn. 34). Es obliegt dem nationalen Gericht, im bei ihm anhängigen Rechtsstreit festzustellen, ob die **Anwendung der nationalen Vorschrift mit dieser Anforderung zu vereinbaren** ist (EuGH, ECLI:EU:C:2000:150 = NZG 2000, 534 [536] Rn. 35).“ (OLG Saarbrücken aaO.)*

bb) Voraussetzungen für die Annahme widersprüchlichen Verhaltens

*„Widersprüchliches Verhalten ist **nach der Rechtsordnung grundsätzlich zulässig** und nur dann rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein **Vertrauenstatbestand** geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Eine Rechtsausübung kann unzulässig sein, wenn sich bei objektiver Betrachtung (BGHZ 64, 5 [9] = NJW 1975, 827) das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das **frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar** ist und die Interessen der Gegenpartei im Hinblick hierauf vorrangig schutzwürdig erscheinen (BGH, NJW 2009, 1343 [1346] Rn. 41; BGHZ 202, 102 = NJW 2014, 2723 [2727] Rn. 33). Für den aus widersprüchlichem Verhalten hergeleiteten Einwand des Rechtsmissbrauchs sind **weder unredliche Absichten noch ein Verschulden***

des Rechtsinhabers erforderlich. Durch sein Verhalten muss nur ein ihm erkennbares, schutzwürdiges Vertrauen der Gegenseite auf eine bestimmte Sach- oder Rechtslage hervorgerufen worden sein (BGHZ 202, 102 = NJW 2014, 2723 [2727] Rn. 37; Staudinger/Olzen/Looschelders, § 242 Rn. 292).“ (OLG Saarbrücken aaO.)

cc) Anwendung auf den Fall

Der Widerruf wurde mit Anwaltsschreiben vom 10.12. circa neun Jahre nach Vertragsabschluss, mehr als acht Jahre nach vollständiger Leistungserbringung der Bekl. und mehr als zweieinhalb Jahre nach vollständiger Erbringung aller Teilzahlungen durch den Kl. erklärt.

*„In dem gut sieben Monate nach Vertragsabschluss verfassten **Schreiben** vom 04.08. hat der Kl. nicht nur hinsichtlich des nach dem hier interessierenden Kaufvertrag abgeschlossenen Kaufvertrags vom 26.07. den Widerruf erklärt und erhebliche Kritik an dem Geschäftsgebaren der Bekl. geäußert. Er hat vielmehr ausdrücklich erklärt, er **überlege, (auch) den Kaufvertrag vom 16.12. rückgängig zu machen, warte insoweit jedoch noch auf eine Stellungnahme der Bekl.** Danach hat er gegenüber der Bekl. vier Forderungen erhoben, an deren Erfüllung er nach seinen vorangehenden Ausführungen den Fortbestand des Vertrags vom 16.12. knüpfte. Daraufhin gab die Bekl. **zeitnah mit Schreiben vom 06.08. die erbetene Stellungnahme** ab, kam den Beanstandungen des Kl. nach und übersandte diesem insbesondere die nach seinen Angaben noch fehlende Berechtigungs-CD zum Wissenscenter, ferner verlängerte sie den Berechtigungszeitraum entsprechend um mehr als sieben Monate bis August 2007. Es liegt auf der Hand, dass die Bekl. weder die Berechtigungs-CD übersandte, noch einen bis August 2007 verlängerten Zugang zum Wissenscenter gewährt hätte, wenn sie gewusst hätte, dass der Kl. in vielen Jahren von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen und überdies einer Nutzungsentschädigung entgegentreten würde.*

*Auf Grund des eindeutigen Verhaltens des Kl. im Jahre **durfte sich die Bekl. darauf einrichten**, dass der Kl. auch in Zukunft an dem Vertrag festhalten werde. **Bei lebensnaher, verständiger Würdigung** durfte die Bekl., nachdem sie allen Anforderungen des Kl. sogleich nachgekommen war, darauf vertrauen, dass der Vertrag wirksam blieb und (weiter) abgewickelt werden konnte. Demgemäß hat sie z.B. dem Kl. weiterhin über Jahre die vertraglich vorgesehene Teilzahlung eingeräumt.“ (OLG Saarbrücken aaO.)*

Es liegt daher eine unzulässige Rechtsausübung nach den Grundsätzen des „venire contra factum proprium“ vor mit der Folge, dass das Widerrufsrecht des Klägers nach § 242 BGB ausgeschlossen ist. Sein Widerruf ist daher nicht wirksam erfolgt.

Intime Aufnahmen nach beendeter Beziehung
Lösungsanspruch des Ex-Partners
 (BGH in NJW 2016, 1094; Urteil vom 13.10.2015 – VI ZR 271/14)

Fertigt im Rahmen einer intimen Beziehung ein Partner vom anderen **intime Bild- oder Filmaufnahmen**, kann dem Abgebildeten gegen den anderen nach dem Ende der Beziehung ein **Lösungsanspruch wegen Verletzung seines Persönlichkeitsrechts** zustehen, wenn er seine Einwilligung in die Anfertigung und Verwendung der Aufnahmen auf die Dauer der Beziehung – konkludent – beschränkt hat.

Fall: Die Kl. nimmt den Bekl. auf Löschung von Fotos und Filmaufnahmen in Anspruch, die sie zeigen und sich auf elektronischen Speichermedien des Bekl. befinden. Die Parteien hatten eine – für die Kl. außereheliche – intime Liebesbeziehung. Der Bekl., der von Beruf Fotograf ist, erstellte während dieser Zeit zahlreiche Bild- und Filmaufnahmen von der Kl., auf denen diese unbedeckt und teilweise bekleidet sowie vor, während und nach dem Geschlechtsverkehr mit dem Bekl. zu sehen ist. Teilweise hat die Kl. intime Fotos von sich selbst erstellt und dem Bekl. in digitalisierter Form überlassen. Ferner besitzt der Bekl. Aufnahmen von der Kl., die sie bei alltäglichen Handlungen ohne intimen Bezug zeigen. Die Beziehung ist mittlerweile beendet, die Parteien sind zerstritten. Der Bekl. ist – auf sein Anerkenntnis hin – rechtskräftig verurteilt, es zu unterlassen, die Kl. zeigende Lichtbilder und/oder Filmaufnahmen ohne deren Einwilligung Dritten und/oder öffentlich zugänglich zu machen oder machen zu lassen. Dem weiteren Antrag der Kl., den Bekl. zur Löschung aller in seinem Besitz befindlichen elektronischen Vervielfältigungsstücke von die Kl. zeigenden Lichtbildern und Filmaufnahmen zu verurteilen, hat das LG Koblenz teilweise stattgegeben. Es hat den Bekl. verurteilt, die in seinem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz befindlichen elektronischen Vervielfältigungsstücke von die Kl. zeigenden Lichtbildern und/oder Filmaufnahmen, auf denen die Kl.

- in unbedecktem Zustand,
 - in teilweise unbedecktem Zustand, soweit der Intimbereich der Kl. (Brust und/oder Geschlechtsteil) zu sehen ist,
 - lediglich ganz oder teilweise nur mit Unterwäsche bekleidet,
 - vor, während oder im Anschluss an den Geschlechtsverkehr
- abgebildet ist, vollständig zu löschen. Zu Recht?

Die Klägerin könnte gegen den Beklagten einen **quasinegatorischen Unterlassungsanspruch** aus §§ 823 I, 1004 BGB auf Löschung der Aufnahmen mit Intimbezug wegen Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) haben.

I. Störung eines geschützten Rechtsguts i. S. der §§ 823 ff. BGB

Es muss ein von §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut gestört sein. Hier kommt eine Betroffenheit des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) in Betracht.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein **absolutes, umfassendes Recht auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit**. Es gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen. Sein Inhalt ist nicht allgemein und abschließend zu definieren. Das BVerfG hat insofern die **Sphärentheorie** entwickelt. Danach ist der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in 3 Sphären zu unterteilen:

Die **Intimsphäre** schützt die innere Gedanken- und Gefühlswelt sowie den Sexualbereich. Die **Privatsphäre** schützt das Leben im häuslichen Bereich, im Familienkreis sowie das Privatleben. Die **Individualsphäre** sichert den Schutz des Selbstbestimmungsrechts und beinhaltet das Recht auf informationelle selbst Bestimmung, das Recht auf Resozialisierung sowie das Recht auf Kenntnis von der eigenen Abstammung.

*“Im Streitfall sind bei der Kl. aus dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ihr **Recht auf Bildnisschutz** und – mit diesem verknüpft – ihre **absolut geschützte Intimsphäre** berührt. Denn die fraglichen Aufnahmen zeigen sie in intimsten Situationen.“* (BGH aaO.)

Ein von § 823 BGB geschütztes Rechtsgut ist daher gestört.

II. Rechtswidrigkeit, keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB

Die Störung muss rechtswidrig sein, insbesondere darf keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB bestehen. Ein Verschulden hinsichtlich der Störung ist hingegen nicht erforderlich.

Die Rechtswidrigkeit wird in der Regel durch die Rechtsgutverletzung indiziert. Dies gilt nicht für die sog. Rahmenrechte wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Hierbei ist eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erforderlich.

1. Schutzzumfang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

“Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein Rahmenrecht, dessen Reichweite nicht absolut feststeht. Diese muss vielmehr durch eine **Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange** bestimmt werden, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der EMRK interpretationsleitend zu berücksichtigen sind. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann rechtswidrig, wenn das **Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt** (vgl. Senat, NJW 2015, 782 = AfP 2014, 534 [536]; NJW 2014, 2276 = AfP 2014, 325 Rn. 8; BGHZ 199, 237 = NJW 2014, 2029 Rn. 22).“ (BGH aaO.)

2. Abwägung bezüglich des Eingriffs in die Intimsphäre

“Der Bereich der **Intimsphäre genießt überragend bedeutenden Schutz** (vgl. BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 Rn. 102). Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist **einer Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zugänglich** (BVerfG, NJW 2009, 3357 = AfP 2009, 365 Rn. 25).“ (BGH aaO.)

3. Abwägung bezüglich des Eingriffs in das Recht am eigenen Bild

“Von der gesetzlichen Regelung des **Rechts am eigenen Bild** in §§ 22 ff. KUG, die eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, wird das bloße Innehaben und Betrachten von Bildaufnahmen gegen den Willen des Abgebildeten wie im Streitfall nicht erfasst. Aus dieser Regelung wird abgeleitet, dass **grundsätzlich allein dem Abgebildeten die Befugnis** zusteht, darüber zu befinden, ob und in welcher Weise er der Öffentlichkeit im Bild vorgestellt wird (st. Rspr.; vgl. nur Senat, BGHZ 131, 332 [336] = NJW 1996, 1128; BGHZ 171, 275 = NJW 2007, 1977 Rn. 5, jew. m.w.N.). Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gibt Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG kein **allgemeines oder gar umfassendes Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person**. Das Recht am eigenen Bild gewährleistet dem Einzelnen aber Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeiten, soweit es um die **Anfertigung und Verwendung von Bildaufzeichnungen seiner Person durch andere** geht. Das Schutzbedürfnis ergibt sich vor allem aus der Möglichkeit, dass auf eine bestimmte Situation bezogene Erscheinungsbild eines Menschen davon zu lösen und das Abbild jederzeit unter für den Betroffenen nicht überschaubaren und/oder nicht beherrschbaren Voraussetzungen vor Dritten zu reproduzieren. Je leichter dies ist, umso größer kann das Schutzbedürfnis sein. So sind mit dem **Fortschritt der Aufnahmetechniken wachsende Möglichkeiten der Gefährdung von Persönlichkeitsrechten** verbunden (vgl. BVerfGE 101, 361 [381] = NJW 2000, 1021; BVerfGE 120, 180 [198] = NJW 2008, 1793).

a) Schutz über § 22 KUG hinaus

Der Schutz, den das allgemeine Persönlichkeitsrecht insofern bietet, geht insoweit über den Schutz hinaus, den § 22 KUG bietet. Dieser zielt vorrangig auf das Verbreiten und die öffentliche Zurschaustellung des hergestellten Bildes ab.

„Er stellt aber nur eine teilweise Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar und **schließt einen weitergehenden Bildnisschutz nicht aus** (vgl. Lorenz in Kahl/Waldhoff/Walter, BK, Art. 2 I Rn. 297[Stand April 2008]). Durch die Sonderregelung des § 22 KUG wird ein **Rückgriff auf das Persönlichkeitsrecht nicht verwehrt** (vgl. Senat, NJW 1974, 1947 [1948] = GRUR 1975, 561). Zum rechtlich geschützten Bereich des Persönlichkeitsrechts gehört in Ausformung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung der Art. 1 und 2 GG zu Gunsten des freien, eigenverantwortlichen Individuums auch, dass der Einzelne **grundsätzlich allein zur Verfügung über die Verwendung seines Bildnisses – nicht nur in der Öffentlichkeit, sondern auch sonst – berechtigt** ist.“ (BGH aaO.)

Vor diesem Hintergrund zielt das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur auf die Verbreitung eines Bildes in der Öffentlichkeit, sondern unter besonderen Umständen kann schon das **Innehaben der Verfügungsmacht über Bildaufnahmen durch einen Dritten gegen den Willen** des abgebildeten dessen Persönlichkeitsrecht verletzen.

b) Sexualität als Kernbereich des Persönlichkeitsrechts

Für die Frage der Rechtswidrigkeit des Eingriffs ist daher relevant, ob Aufnahmen im Zusammenhang mit der Sexualität eines Menschen zum Kernbereich des Persönlichkeitsrechts gehören.

„Das aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG folgende allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt mit der Privat- und Intimsphäre des Einzelnen **auch Aspekte des Geschlechtslebens und das Interesse, diese nicht offenbaren zu müssen**. Der Schutz der Privat- und Intimsphäre umfasst Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsinhalts typischerweise als „privat“ eingestuft werden insbesondere, weil ihre öffentliche Erörterung oder Zurschaustellung als unschicklich gilt, das Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder **nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst**, wie es gerade auch im Bereich der Sexualität der Fall ist. Fehlte es hier an einem Schutz vor der Kenntniserlangung anderer, wäre die sexuelle Entfaltung erheblich beeinträchtigt, obwohl es sich um grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen handelt (vgl. BVerfGE 101, 361 [382] = NJW 2000, 1021 m.w.N.). Mit dem Recht auf Achtung der Privat- und Intimsphäre spezifisch geschützt ist das Recht, geschlechtliche Beziehungen zu einem Partner nicht offenbaren zu müssen, sondern selbst darüber befinden zu können, ob, **in welcher Form und wem Einblick in die Intimsphäre und das eigene Geschlechtsleben gewährt** wird (vgl. BVerfGE 117, 202 [233] = StAZ 2007, 113 = NJW 2007, 753 m.w.N.; BVerfG, NJW 2015, 1506 Rn. 29).

Wie bereits dargelegt, gewährt das Grundgesetz dem Einzelnen im **Kernbereich höchstpersönlicher, privater Lebensgestaltung einen unantastbaren Bereich** zur Entfaltung der Persönlichkeit, der wegen seiner besonderen Nähe zur Menschenwürde absolut geschützt und einer Einschränkung durch **Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zugänglich** ist (Senat, NJW 2012, 767 = VersR 2012, 66 Rn. 11; vgl. auch BVerfGE 80, 367 [373] = NJW 1990, 563; BVerfGE 120, 224 [239] = NJW 2008, 1137; BVerfGE 130, 1 [22] = NJW 2012, 907; BVerfG, NJW 2009, 3357 = AfP 2009, 365 Rn. 25). Diesem **Kernbereich** gehören grundsätzlich **Ausdrucksformen der Sexualität** an (vgl. BVerfGE 119, 1 [29] = NJW 2008, 39). Die Beurteilung, ob ein Sachverhalt diesem Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob der Betroffene ihn geheim halten will, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt (Senat, NJW 2012, 767; vgl. auch BVerfGE 80, 367 [374] = NJW 1990, 563; BVerfGE 120, 224 [239] = NJW 2008, 1137; BVerfGE 130, 1, 22 = NJW 2012, 907; BVerfG, NJW 2009, 3357 = AfP 2009, 365 Rn. 25).“ (BGH aaO.)

Damit gehören Aufnahmen im Zusammenhang mit der Sexualität der Klägerin zum Kernbereich ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

c) Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts allein durch Besitz von Bildern mit Sexualbezug

Vor diesem Hintergrund könnte, unabhängig von der Veröffentlichung und Verbreitung, schon allein der Besitz von Bildern der Klägerin mit Sexualbezug in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzen.

„Die **Funktionsherrschaft des Bekl. über die intimen Aufnahmen** gegen den Willen der Kl. ist dem vorbeschriebenen Kernbereich zuzuordnen. Wer nämlich – wie hier – Bildaufnahmen oder Fotografien, die einen anderen darstellen, besitzt, erlangt **allein durch diesen Besitz eine gewisse Herrschafts- und Manipulationsmacht über den Abgebildeten** (vgl. Götting in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 22 KUG Rn. 1), selbst wenn eine Verbreitung oder Weitergabe an Dritte nicht beabsichtigt oder untersagt ist. Diese **Macht ist umso größer**, als Aufnahmen eine **vollständige Entblößung des gänzlich Privaten**, der grundsätzlich absolut geschützten Intimsphäre des Einzelnen, insbesondere im Zusammenhang mit gelebter Sexualität, zeigen. Diese **Entblößung** wird von dem Abgebildeten **regelmäßig als peinlich und beschämend** empfunden, wenn sich der Situationszusammenhang wie hier durch die Beendigung der Beziehung geändert hat. Die zur Anregung des gemeinsamen Sexuallebens erbrachte Entblößung wird als demütigend wahrgenommen, wenn das gemeinsame Erleben entfällt, sie aber dauerhaft sichtbar bleibt, wenn das aktive Subjekt gegen seinen Willen zum reinen Objekt des Bildbetrachters wird. So liegt es im Streitfall. Die Kl. erfährt durch die gegen ihren Willen fortbestehende Verfügungsmacht des Bekl. über die Aufnahmen, die die Öffnung ihrer Intimsphäre sichtbar festschreiben, ein Ausgeliefertsein und eine Fremdbestimmung, durch die sie im unantastbaren Kernbereich ihres Persönlichkeitsrechts verletzt wird.“ (BGH aaO.)

d) Kein Schutz des Kernbereiches bei freiwilliger Öffnung gegenüber der Öffentlichkeit

Allerdings hatte die Klägerin zunächst der Anfertigung der Bilder und dem Besitz durch den Beklagten zugestimmt. Fraglich ist, ob sie ihr durch wirksam auf den Schutz ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Hinblick auf das Vorhandensein und Betrachten der Bilder verzichtet hat.

„Der Schutz des Persönlichkeitsrechts kann allerdings entfallen oder zumindest im Rahmen der Abwägung zurücktreten, wenn der **Grundrechtsträger den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung von sich aus öffnet**, bestimmte, an sich dem unantastbaren Kernbereich zuzurechnende Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht und damit zugleich die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. Senat, NJW 2012, 767Rn. 12 m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 80, 367 [374] = NJW 1990, 563; BVerfGE 101, 361 [385] = NJW 2000, 1021; BVerfG, NJW 2009, 3357 = AfP 2009, 365 Rn. 25). Denn niemand kann sich auf den Schutz seiner Intim- oder Privatsphäre hinsichtlich solcher Tatsachen berufen, die er **selbst der Öffentlichkeit preisgegeben** hat (vgl. Senat, NJW 2009, 3576 = VersR 2009, 1085 Rn. 26; NJW 2012, 767; NJW 2012, 771 = VersR 2012, 368 Rn. 16, jew. m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 101, 361 [385] = NJW 2000, 1021; BVerfG, NJW-RR 2007, 1191 [1193]). So liegt der Streitfall jedoch nicht.

Zwar hat die Kl. nicht der Öffentlichkeit, aber dem Bekl. **Einblick in ihre Intimsphäre** gewährt und ihm die Aufnahmen zum Teil selbst überlassen, im Übrigen gestattet. Diese Einwilligung war aber **begrenzt auf die Dauer ihrer Beziehung** zu dem Bekl. Das ergibt sich aus der – rechtlich nicht zu beanstandenden – Auslegung der von der Kl. **konkludent erklärten Gestattung** durch das BerGer.“ (BGH aaO.)

e) Anwendung auf den Fall

Im vorliegenden Fall wurden die Bilder nur zu persönlichen bzw. privaten Zwecken im privaten Bereich und nur im Rahmen dieser Liebesbeziehung ohne vertragliche Vereinbarung und unentgeltlich gefertigt. Insofern war die Einwilligung in die Nutzung zeitlich auf die Dauer der zwischen den Parteien bestehenden Beziehung beschränkt.

Allerdings könnte das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin durch grundrechtlich geschützte Positionen des Beklagten zurückgedrängt werden.

„Nach den Feststellungen des BerGer. ist der Schutzbereich der **Berufsausübungsfreiheit** des Bekl. (Art. 12 I GG) nicht berührt. Dagegen ist von Rechts wegen nichts zu erinnern. Das ideelle Interesse des Bekl., die Bilder zur Pflege der Erinnerung an die gemeinsame Beziehung behalten zu dürfen, kann eine schutzwürdige Rechtsposition schon deshalb nicht begründen, weil ihm der Gewahrsam an den Bildern von vornherein nur für die Dauer der Beziehung gestattet war. Aus entsprechenden Gründen ist dem Bekl. auch die Berufung auf **Art. 14 GG** und die **Kunstfreiheit** (Art. 5 III GG) versagt.“ (BGH aaO.)

Damit liegt ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl. – in seiner Bildnis- und Intimsphäre schützenden Funktion – dahingehend vor, dass der Bekl. die Verfügungsmacht über die vorbeschriebenen, die Kl. zeigenden Aufnahmen gegen deren Willen weiterhin ausübt. Die Verurteilung ist daher zu Recht erfolgt.

(BGH in StV 2016, 356; Beschluss vom 21.07.2015 – 1 StR 16/15)

1. Die **Zugangssicherung** i.S.v. § 202a I StGB muss darauf angelegt sein, den **Zugriff Dritter** auf die Daten **auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren**.
2. Darunter fallen insbesondere **Schutzprogramme**, welche geeignet sind, unberechtigten Zugriff auf die auf einem Computer abgelegten Daten zu verhindern, und die **nicht ohne fachspezifische Kenntnisse überwunden** werden können und den Täter zu einer Zugangsart zwingen, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte.

Fall: Anfang des Jahres 2012 schloss sich der Angekl. mit dem [...] anderweitig verurteilten Heranwachsenden R. zusammen, um ein sog. Botnetzwerk – d.h. ein der Ressourcengewinnung dienendes Netzwerk jeweils missbräuchlich durch automatisierte Computerprogramme zusammengeschlossener Rechner – aufzubauen und dieses dann ebenfalls missbräuchlich zum Generieren von Bitcoins zu nutzen. Zu diesem Zweck entwickelte er gemeinsam mit dem gesondert Verurt. R. eine spezielle Schadsoftware, die unerkannt über das Usenet – ein selbstständig neben dem Internet bestehendes Netzwerk, welches überwiegend zum Download illegal gefertigter Kopien von Filmen oder Musikdateien genutzt wird – verbreitet werden sollte. Der Angekl. stellte zu diesem Zweck im Zeitraum v. 01.01.2012 bis zum 04.10.2013 diverse Dateien im Usenet zum Download bereit. An diese war die programmierte Schadsoftware für den Anwender nicht wahrnehmbar angekoppelt, die sich nach dem Download einer infizierten Datei automatisch auf dem betroffenen Computer installierte. Die Schadsoftware, ein Trojaner, war für die Betriebssysteme ab Windows XP bis Windows 7 bestimmt, „welche standardmäßig eine „Firewall“ aktiviert haben, um derartige Angriffe abzuwehren“. Diese Firewall „wurde durch den Trojaner umgangen“ und das jeweilige Betriebssystem des Computers verändert. An späterer Stelle in den Urteilsgründen findet sich die Feststellung, dass in vielen Fällen der Trojaner „durch Virenprogramme der Nutzer nicht erkannt wurde“. Detaillierte Feststellungen zu den auf den betroffenen Computern installierten Schutzprogrammen hat das LG nicht, auch nicht exemplarisch, getroffen. Die Schadsoftware führte dazu, dass jede Eingabe an dem infizierten Rechnersystem, darunter Zugangsdaten zu diversen Accounts nebst Passwörtern, an eine von dem Angekl. und R. eingerichtete Datenbank übertragen wurde. Sie hatte außerdem die Eigenschaft, bei einer Inaktivität ab 120 Sekunden die Rechenleistung des Computers für die Lösung komplexer Rechenaufgaben zu nutzen, wofür dem Angekl. und R. Bitcoins gutgeschrieben werden konnten.

Im Zeitraum zwischen dem 19.11.2012 und dem 17.03.2013 mietete der Angekl. oder von ihm beauftragte „Spreader“ in insgesamt 18 Fällen aufgrund jeweils neuen Tatentschlusses für den Betrieb ihres Netzwerks und die Verbreitung der Schadsoftware unter missbräuchlicher Verwendung zuvor ausgespähter Personaldaten Server an. Die Freischaltung der Server erfolgte nach Übermittlung der Zugangsdaten automatisiert. Der Angekl. wollte eine Zurückverfolgbarkeit von Datenströmen zu ihm ausschließen und sich die durch den jeweiligen Vertragsschluss anfallenden Anschluss- und Nutzungsgebühren ersparen. Dies gelang ihm durch die Verwendung ausgespähter Daten, wodurch den Anbietern jeweils ein entsprechender Schaden, insgesamt in einer Größenordnung von 7.000 €, entstand.

Das LG (JugK) hat den Angekl. wegen Ausspähens von Daten in Tateinheit mit Datenveränderung sowie wegen Computerbetruges in 18 Fällen jeweils tateinheitlich mit Fälschung beweiserheblicher Daten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. verurteilt. Zu Recht?

I. Strafbarkeit wegen des Ausspähens von Daten (§ 202a I StGB)

Nach § 202a I StGB macht sich strafbar, wer sich oder einem anderen **unbefugten Zugang zu Daten unter Überwindung der Zugangssicherung** verschafft, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Hierbei sind **Daten** i.S.d. § 202a nur solche, die **elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert** sind oder übermittelt werden.

1. Anforderungen an die Zugangssicherung

Es sind nur solche Daten vom Schutz des § 202a StGB erfasst, bei denen der Verfügungsberechtigte durch seine Sicherung sein **Interesse an der Geheimhaltung der Daten dokumentiert** hat (vgl. BGH, Beschl. v. 06.07.2010 – 4 StR 555/09, NStZ 2011, 154 [= StV 2011, 17]).

„Die Zugangssicherung i.S.v. § 202a I StGB muss darauf angelegt sein, den Zugriff Dritter auf die Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren (vgl. BGH aaO.; LK-StGB/Hilgendorf, § 202a Rn. 30; MüKo-StGB/Graf, § 202a Rn. 35; Rübenstahl/Debus NZWiSt 2012, 129 [131]). Darunter fallen insbes. Schutzprogramme, welche geeignet sind, unberechtigten Zugriff auf die auf einem Computer abgelegten Daten zu verhindern, und die nicht ohne fachspezifische Kenntnisse überwunden werden können und den Täter zu einer Zugangsart zwingt, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte (vgl. BT-Drs. 16/3656, S. 10). Schließlich muss der Zugangsschutz auch gerade im Zeitpunkt der Tathandlung bestehen (vgl. Graf aaO., Rn. 20).“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Eine Verurteilung wegen des ausspähen von Daten setzt voraus, dass die Wirkweise der von dem Angeklagten bereitgestellten Schadsoftware hinreichend genau dargestellt wird und die im konkreten Einzelfall umgangenen Zugangssicherung benannt wird.

*„Der **pauschale Verweis auf deren Bestehen** reicht dafür ohne nähere Darlegung nicht aus, denn eine revisionsgerichtliche Kontrolle der eingangs genannten Voraussetzungen ist nur auf der Grundlage einer **ausreichend deskriptiven Darlegung der konkreten tatsächlichen und technischen Umstände** möglich. Die insoweit bestehende Lücke lässt sich durch die Feststellungen auch in ihrer Gesamtheit nicht schließen.*

*Hinzu kommt, dass das LG **zwischen den Begrifflichkeiten der Firewall und des Virenschutzprogrammes nicht erkennbar differenziert** hat, wodurch unklar bleibt, ob es die technischen Voraussetzungen der Zugangssicherung in tatsächlicher Hinsicht zutreffend bewertet hat. Während es zunächst nämlich darauf abstellt, der **Trojaner sei so konzipiert** gewesen, die **vorinstallierte Firewall bestimmter Betriebssysteme zu umgehen**, findet sich im Widerspruch dazu an späterer Stelle der Urteilsgründe die Feststellung und Wertung, die vom Angekl. bereitgestellte Schadsoftware sei durch die Virenprogramme der 327.379 Nutzer nicht erkannt worden. Unter Zugrundelegung der zu der Schadsoftware zuletzt getroffenen Feststellungen käme eine **Firewall als tatbestandsmäßige Schutzvorrichtung** bereits dem Grunde nach **nicht in Betracht**.*

*Die aufgezeigten Mängel haben die **Aufhebung auch der tateinheitlich angenommenen Datenveränderung gem. § 303a I StGB** zur Folge (§ 353 I StPO; vgl. BGH, Urt. v. 20.02.1997 – 4 StR 642/96, BGHR StPO § 353 Aufhebung 1; Beschl. v. 02.07.2015 – 2 StR 134/15). Ob sich der Tatbestand – wofür einiges spricht – auch auf Programmdateien wie hier die Registrierung der von der Schadsoftware befallenen Computer erstreckt, braucht der Senat deshalb nicht zu entscheiden.“ (BGH aaO.)*

II. Strafbarkeit wegen Computerbetruges (§ 263a StGB) in Tateinheit mit Fälschung beweis erheblicher Daten (§ 269 I StGB)

Nach § 263a I Var. 3 StGB macht sich strafbar, wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er das **Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unbefugte Verwendung von Daten beeinflusst**. Nach § 269 I StGB macht sich strafbar, wer zur Täuschung im Rechtsverkehr beweis erhebliche Daten so speichert oder verändert, dass **bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde** oder derart gespeicherte oder veränderte Daten gebraucht.

*„Schon auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen besorgt der Senat, dass das LG das **konkurrenzrechtliche Verhältnis** des Ausspähens von Daten (in Tateinheit mit Datenveränderung) zu dem Tatbestand der Fälschung beweis erheblicher Daten (§ 269 StGB) **nicht zutreffend bewertet** hat. Das LG hat nicht erkennbar bedacht, dass sich die **betroffenen Tatzeiträume** v. 01.01.2012 bis zum 17.03.2013 **überschneiden**. Abhängig von den konkreten Umständen des Handlungs- und Tatablaufs kann dies die Annahme von Tateinheit (§ 52 I StGB) zur Folge haben (vgl. auch Fischer, StGB, 62. Aufl., § 269 Rn. 12 und § 303a Rn. 18). Da nach den Feststellungen nahe liegt, dass die 18 [...] namentlich benannten Computernutzer bereits zu den 327.379 Geschädigten [...] und Feststellungen zum Vorliegen möglicherweise automatisierter technischer Abläufe fehlen, kann der Senat eine **(Teil-)Überschneidung von Handlungseinheiten** und damit **einer einheitlichen Tat im Rechtssinne** jedenfalls nicht sicher ausschließen.“ (BGH aaO.)*

III. Ergebnis

Die dargelegten Rechtsfehler führen insgesamt zur Aufhebung des Urteils.

„Auf Grund des aufgezeigten Widerspruchs und um dem neuen Tatrichter zu ermöglichen, umfassend stimmige eigene Feststellungen treffen zu können, waren auch die Feststellungen aufzuheben (§ 353 II StPO).

Das neue Tatgericht wird Gelegenheit haben, sich mit den Handlungsabläufen in technischer und zeitlicher Hinsicht umfassender als bislang auseinanderzusetzen. Erst die hinreichend genaue Feststellung der technischen Gegebenheiten ermöglicht die strafrechtliche Bewertung der in Frage kommenden – als solche bereits zutreffend erkannten – Straftatbestände.“ (BGH aaO.)

StGB
§ 211**Missbräuchliche Nutzung einer betrieblichen Tankkarte
Betankung von Privatfahrzeug kein Computerbetrug**

StR AT

(OLG Koblenz in StV 2016, 371; Urteil vom 02.02.2015 – 2 OLG 3 Ss 170/14)

Ein Arbeitnehmer, der die ihm von seinem Arbeitgeber überlassene Tankkarte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zurückgibt, sondern sie für Betankungen eines privaten PKW weiterverwendet, begeht keinen Computerbetrug nach § 263a StGB

Fall: Nach den Feststellungen des LGs war der Angekl. seit April 2009 bei der Geschädigten als Auslieferungsfahrer beschäftigt und erhielt für diese Tätigkeit eine S.-Tankkarte seines Arbeitgebers. Nachdem diese (erste) Karte aufgrund Zeitablaufs ungültig geworden war und er sie zurückgegeben hatte, gelangte eine weitere S.-Tankkarte in seinen Besitz, wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass ihm diese ein verantwortlicher Mitarbeiter der Geschädigten ausgehändigt hatte. Diese Tankkarte, die zum Tanken an Tankstellen des Anbieters Shell auf Kosten der Geschädigten berechnete, nutzte er für dienstlich veranlasste Tankvorgänge bis zu seinem Ausscheiden aus der Firma. [Bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses] Anfang Oktober 2012 forderte [der Arbeitgeber] den Angekl. auf, sämtliche noch in seinem Besitz befindlichen Arbeitsmittel zurückzugeben. Dieser behielt die in seinem Besitz befindliche Tankkarte jedoch zurück, wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass er sie zunächst vergaß und erst später in seinem Portemonnaie wiederentdeckte. Zu einem nicht mehr genau bestimmbareren Zeitpunkt Ende des Jahres 2012 fasste er dann den Entschluss, die Tankkarte für sich zu verwenden, wobei ihm bewusst war, dass er hierzu gegenüber der Geschädigten nicht befugt war. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass er dies deswegen tat, weil er der Auffassung war, ihm sei die Lohnzahlung für den Monat September 2012 zu Unrecht vorenthalten worden. Unter Einsatz der Tankkarte verschaffte sich der Angekl. in der Zeit v. 07.01. bis zum 07.05.2013 bei verschiedenen Tankstellen in 43 Fällen insgesamt 3.790 Liter Diesel im Wert von insgesamt 5.334,92 €, den er für einen Preis von 0,80 bis 0,90 € pro Liter an Dritte weiterverkaufte. Der Geschädigten, die als Karteninhaberin für die vom Angekl. veranlassten Tankvorgänge aufkommen musste, entstand hierdurch ein Schaden i.H.v. 5.334,92 €. Der Angekl. wurde freigesprochen. Zu Recht?

I. Strafbarkeit wegen Betruges (§ 263 StGB)

Der Angeklagte könnte wegen Betruges zum Nachteil der Geschädigten gemäß § 263 StGB strafbar sein. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs kommt in den Fällen der **Nutzung einer Tankkarte** dann in Betracht, wenn der Täter die ihm vom Arbeitgeber überlassene Tankkarte für eigene Zwecke einsetzt und seinen **Arbeitgeber über die fehlende berufliche Veranlassung des Tankvorgangs täuscht**.

1. Betrug bei Täuschung über berufliche Veranlassung

*„Dies kann etwa dadurch geschehen, dass er die entsprechenden **Tankquittungen auf dem hierfür vorgeschriebenen Weg beim Arbeitgeber einreicht** und damit konkludent wahrheitswidrig zum Ausdruck bringt, die entsprechenden Tankvorgänge seien beruflich veranlasst gewesen. Die **Vermögensverfügung** des insoweit getäuschten Arbeitgebers liegt in solchen Fällen darin, dass er es **im Vertrauen auf die berufliche Verwendung** der mit der Tankkarte bezahlten Waren **unterlässt, Regressansprüche** gegen den Arbeitnehmer **geltend zu machen** (vgl. Senat, v. 01.04.2014 – 2 Ss 157/13; OLG Celle, v. 05.11.2010 – 1 Ws 277/10, StV 2011, 164 [Rn. 20 f.]; Küpper, jurisPR-StrafR 6/2011, Anm. 3 m.w.N.; Brand/HotzJuS 2015, 714 [717]).“* (OLG Koblenz aaO.)

Im vorliegenden Fall sind die verfahrensgegenständlichen Tankvorgänge allesamt **nach dem Ausscheiden** des Angeklagten erfolgt, sodass er gegenüber dem Arbeitgeber weder ausdrücklich noch konkludent zum Ausdruck gebracht hat, dass die Tankvorgänge beruflich veranlasst waren. Es **fehlt** insofern an einer für § 263 I StGB erforderlichen **Täuschung**.

2. Benutzung der Karte als Dreiecksbetrug

Allerdings könnte die Konstellation des sog. Dreiecksbetrugs vorliegen, indem der Angekl. die jeweiligen **Tankstellenbetreiber** durch die Benutzung der Tankkarte bei den veranlassten Tankvorgängen **darüber getäuscht** hat, dass er im Innenverhältnis zur Geschädigten als Karteninhaberin **zur Nutzung der Tankkarte nicht mehr berechtigt** war.

*„Dabei ist schon zweifelhaft, ob sich die **Tankstellenbetreiber überhaupt Gedanken über das Bestehen einer Nutzungsbeschränkung** für den Angekl. im Innenverhältnis zur Geschädigten gemacht haben. Durch die Herausgabe des Kraftstoffs **verfügten die Tankstellenbetreiber jedenfalls nicht über das Vermögen der Geschädigten**, sondern über ihr Eigenes, wobei ihnen auch kein Vermögensschaden entstand, da die Bezahlung des Kraftstoffes durch den ordnungsgemäßen Einsatz der Tankkarte gesichert war.“* (OLG Koblenz aaO.)

Eine Strafbarkeit wegen Betrug es gemäß § 263 I StGB kommt daher unter keinem denkbaren Gesichtspunkt in Betracht.

II. Strafbarkeit wegen gewerbsmäßigen Computerbetrugs nach § 263a I, II i.V.m. § 263 III 2 Nr. 1 StGB

Der Angeklagte könnte sich wegen gewerbsmäßigen Computerbetrugs nach § 263a I, II i.V.m. § 263 III 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er durch den Einsatz der Tankkarte als nicht mehr Berechtigter unbefugt auf den Ablauf eines Datenverarbeitungsvorgangs eingewirkt und dadurch den bei der Geschädigten eingetretenen Vermögensschaden herbeigeführt hat.

1. Vorliegen eines Datenverarbeitungsvorgangs

Bei dem Bezahlen mit einer Tankkarte müsste es sich zunächst überhaupt um einen Datenverarbeitungsvorgang handeln.

„Bei der vom Angekl. eingesetzten Tankkarte handelt es sich um eine **Codekarte**, die – wie eine ec-Karte bzw. Barcodekarte oder Geldkarte – im bargeldlosen Zahlungsverkehr eingesetzt wird. Der Zahlungsvorgang an der Kasse des Tankstellenbetreibers erfolgt dadurch, dass die **Karte in das entsprechende Lesegerät eingeschoben** und die **dazugehörige PIN eingegeben** wird. Der Computer überprüft anhand der auf der Karte gespeicherten Daten, ob die eingegebene PIN zu der benutzten Tankkarte passt und belastet, wenn dies der Fall ist, das Konto des Kartenausstellers mit dem eingegebenen Betrag.

Der Angekl. hat zwar durch das Bezahlen mit der Tankkarte auf einen Datenverarbeitungsvorgang i.S.d. § 263a I StGB eingewirkt, denn die auf der Karte gespeicherten Informationen waren für eine im Wege der automatisierten Verarbeitung nutzbaren Darstellungsform kodiert und wurden eingesetzt, um Rechenergebnisse nach einem Computerprogramm zu erzielen (vgl. hierzu Fischer, StGB, 62. Aufl., § 263a Rn. 3; Brand/Hotz JuS 2014, 714 [716]). Wie dargestellt, überprüft das Computerprogramm die Übereinstimmung von Karte und PIN und generiert, wenn dies der Fall ist, die den Zahlungsvorgang ersetzende Belastungsbuchung. § 263a I StGB setzt nicht voraus, dass der Täter einen bereits laufenden Datenverarbeitungsvorgang nachträglich beeinflusst. Es reicht aus, wenn der Vorgang – wie hier – überhaupt erst durch den Täter und die von ihm benutzte Codekarte in Gang gesetzt wird (BGH, v. 22.11.1991 – 2 StR 376/91, BGHSt 38, 120 [Rn. 5]). (OLG Koblenz aaO.)

2. Unbefugtes Einwirken auf einen Datenverarbeitungsvorgang

Es müsste zudem auch auf den Datenverarbeitungsvorgang und eingewirkt worden sein.

a) Betrugsspezifische Auslegung

„Der Tatbestand des § 263a I StGB ist wegen seiner Struktur- und Wertgleichheit mit dem Betrugstatbestand **betrugsspezifisch auszulegen** (vgl. BGH, v. 21.11.2011 – 2 StR 260/01, BGHSt 47, 160 [Rn. 10]; v. 31.03.2004 – 1 StR 482/03, StraFo 2004, 284 [Rn. 7]; OLG Koblenz, v. 17.06.1998 – 1 Ss 161/98). Deshalb ist nur eine solche Verwendung von Daten als „unbefugt“ anzusehen, welche **täuschungsäquivalent** ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Verwendung der Daten **gegenüber einem menschlichen Empfänger**, der sich mit denselben Fragen befasst, die auch das Computerprogramm prüft, **eine Täuschung darstellen** würde (vgl. BGHSt 47, 160 aaO.; v. 20.12.2012 – 4 StR 580/11, NJW 2013, 1017 [Rn. 62]).“ (OLG Koblenz aaO.)

b) Täuschungsäquivalenz bei Codekarten

„Nach herrschender Auffassung in Rspr. und Lit. ist in den Fällen des **Einsatzes von Codekarten** die für die Erfüllung von § 263a StGB zu fordernde Täuschungsäquivalenz daher nur dann gegeben, wenn der Täter die **Karte gefälscht, manipuliert oder mittels verbotener Eigenmacht erlangt** hat (BGH NJW 2013, 1017 [BGH 20.12.2012 - 4 StR 580/11]; v. 29.06.2005 – 4 StR 559/04 BGHSt 50, 174 [Rn. 20]; v. 31.03.2004 – 1 StR 482/03, StraFo 2004, 284 [Rn. 7]). Mit verbotener Eigenmacht handelt, wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitz stört, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet (§ 858 I BGB). Nur in einem solchen Fall, also wenn der Täter die Karte gegen den Willen des Besitzers erlangt hat, würde der Täter im Falle der Verwendung der Daten gegenüber einer natürlichen Person konkludent über seine Berechtigung täuschen, die Karte verwenden zu dürfen. Der Getäuschte würde über die Befugnis eines solchen Kartennutzers irren, denn er würde davon ausgehen, dass es sich angesichts der Verwendung der Kombination von PIN und Karte um einen berechtigten Kartennutzer handeln würde, was tatsächlich aber nicht der Fall ist.“ (OLG Koblenz aaO.)

c) Fehlende Berechtigung im Innenverhältnis

Im vorliegenden Fall wurde die Codekarte dem Angeklagten zunächst mit dem Willen des Berechtigten überlassen, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses benutzt dieser Karte nur im Innenverhältnis abredewidrig.

„[Die] nur im Innenverhältnis abredewidrig erfolgte Benutzung einer im Außenverhältnis wirksam überlassenen Codekarte [stellt] **keine für § 263a StGB erforderliche täuschungsgleiche Handlung** dar (vgl. BGH, v. 17.12.2002 – 1 StR 412/02, BGHR StGB § 263a Anwendungsbereich 1 [Rn. 2]; v. 31.03.2004 – 1 StR 482/03, NSTZ 2005, 213 [Rn. 7]; OLG Celle, v. 05.11.2010 – 1 Ws 277/10, NSTZ 2011, 218 [Rn. 8] für Tankkarte; OLG Köln, v. 09.07.1991 – Ss 624/90, NJW 1992, 125 [126 f.] für EC-Karte; LG Bonn, v. 18.06.1999 – 32 Qs 144/99, NJW 1999, 3726 für Mobilfunkcodekarte; Fischer aaO., Rn. 13; Sch/Sch-StGB/Perron aaO., Rn. 16; Küpper, jurisPR-StrafR 6/2011 Anm. 3; LK-StGB/Tiedemann/Valerius, 12. Aufl., § 263a Rn. 55; Brand/Hotz JuS 2014, 714 [716]). Die abredewidrige Benutzung entspricht dem **Missbrauch einer im Außenverhältnis wirksamen Bankvollmacht**, weshalb es an der erforderlichen Täuschungsgleichheit regelmäßig fehlt. Das **Computerprogramm überprüft nicht** – ebenso wenig, wie dies eine natürliche Person tun könnte –, **ob die im Außenverhältnis wirksame Berechtigung zur Nutzung der Karte, die aus dem Besitz der Karte und Kenntnis der PIN folgt, im Innenverhältnis durch etwaige Absprachen eingeschränkt** ist. Deshalb macht sich derjenige, der mit der ihm vom Arbeitgeber überlassenen Tankkarte auch sein privates Fahrzeug betankt, grundsätzlich nicht gem. § 263a I StGB strafbar.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den hier zu entscheidenden Fall führt dazu, dass der Angekl. die Karte nicht täuschungsäquivalent eingesetzt hat.

„Nach den Feststellungen der StrK kann **nicht ausgeschlossen werden**, dass ihm die Karte von einer für die Geschädigte verantwortlich handelnden Person samt dazugehöriger PIN ausgehändigt worden war. In diesem Fall war er auch **ermächtigt, die Karte im Außenverhältnis einzusetzen**. Dass er die Karte, wie ihm mit Anklageschrift v. 10.10.2013 vorgeworfen wurde, gestohlen hatte, konnte nicht nachgewiesen werden. Damit scheidet eine Besitzerlangung durch verbotene Eigenmacht aus. Auch hat er die **Karte nach den Feststellungen der StrK nicht gefälscht oder sonst manipuliert**. Auch wenn er die Tankkarte unter Überschreitung seiner Rechte aus dem Innenverhältnis einsetzte, um sich zu bereichern, handelte er nicht unbefugt i.S.v. § 263a I StGB.

Das der Angekl. die Karte nach **Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zurückgegeben** hat, stellt **keine verbotene Eigenmacht dar**. Zwar ist ein Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich verpflichtet, dem Arbeitgeber alles, was er zur Ausführung der ihm übertragenen Arbeit erhalten und was er aus dem Arbeitsverhältnis erlangt hat, herauszugeben (vgl. BAG, v. 14.12.2011 – 10 AZR 283/10, Rn. 17). Dementsprechend hatte die Geschädigte den Angekl. auch aufgefordert, alle in seinem Besitz befindlichen Arbeitsmittel zurückzugeben. Mit **verbotener Eigenmacht** handelt jedoch nur derjenige, der **in gesetzlich nicht gestatteter Weise den unmittelbaren Besitzer in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt** (Staudinger/Gutzeit, BGB, Neubearb. 2012, § 858 Rn. 4). Die Geschädigte hatte aber **nur mittelbaren Besitz an der Tankkarte**, nachdem sie diese dem Angekl. zur berechtigten Nutzung ausgehändigt hatte (§ 868 BGB). Unmittelbarer Besitzer der Tankkarte war der Angekl. selbst. Die Fortsetzung des eigenen bestehenden Besitzes ist selbst dann keine verbotene Eigenmacht, wenn eine Pflicht zur Herausgabe besteht (MüKo-BGB/Joost, 6. Aufl., § 858 Rn. 3).“ (OLG Koblenz aaO.)

Die mit der Benutzung der Tankkarte verbundene Einwirkung auf das Datenverarbeitungssystem durch den Angekl. erfolgte in den hier verfahrensgegenständlichen Fällen jedoch nicht unbefugt i.S.d. § 263a I, III. Alt. StGB. Nach alledem scheidet eine Verurteilung wegen Computerbetrugs aus.

III. Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB)

Nach § 266 StGB ist derjenige wegen Untreue strafbar, der die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt.

„Eine Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 266 StGB hat die StrK mangels Vorliegen einer qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht des Angekl. betreffend verneint (vgl. auch OLG Celle aaO., Rn. 6 m.w.N.).“ (OLG Koblenz aaO.)

IV. Strafbarkeit wegen Missbrauchs von Kreditkarten (§ 266b I StGB)

Nach § 266 b I StGB macht sich strafbar, wer die ihm durch die Überlassung einer Scheckkarte oder einer Kreditkarte eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen, missbraucht und diesen dadurch schädigt.

„Auch eine Strafbarkeit des Angekl. wegen Missbrauchs von Kreditkarten gem. § 266b I StGB kommt hier nicht in Betracht. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei der hier verwendeten **Tankkarte um eine Universalkreditkarte** i.S. dieser Vorschrift handelt, was nur dann der Fall wäre, wenn sich die S. als Aussteller der Karte gegenüber den angeschlossenen Tankstellenbetreibern unter Abgabe einer entsprechenden Garantie dazu verpflichtet hätte, deren Forderungen gegenüber der Geschädigten als Karteninhaber auszugleichen (sog. Drei-Partner-System, vgl. OLG Koblenz, v. 17.06.1998 – 1 Ss 161/98; Fischer aaO., § 266b Rn. 10a m.w.N.). Ob dies der Fall ist, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen. I.d.R. werden **Tankkarten jedoch als Zahlungskarten im Zwei-Parteien-System** ausgegeben, d.h. der Aussteller räumt dem Karteninhaber Kredite ein, die dieser sodann durch Zahlungen gegenüber dem Aussteller auszugleichen hat (vgl. OLG Celle aaO., Rn. 10 m.w.N.; Sch/Sch-StGB/Perron, 29. Aufl., § 266b Rn. 5; LK-StGB/Möhrenschläger, 12. Aufl., § 266b Rn. 33; Brand/Hotz JuS 2014, 714 [715]). Für eine Strafbarkeit des Angekl. nach § 266b StGB **fehlt** es jedenfalls an einer **Tathandlung in Gestalt des Missbrauchs der Karte**, die nur darin gesehen werden kann, dass der berechnigte Karteninhaber **sein rechtliches Können im Außenverhältnis unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis zum Kartenaussteller ausnutzt** (vgl. Fischer aaO., Rn. 15). Das ist für den vorliegenden Fall zu verneinen, weil es der **Geschädigten im Innenverhältnis gestattet war, die Tankkarte an ihre Mitarbeiter weiterzugeben**, damit diese sie für von ihnen getätigte Tankvorgänge einsetzen. Auch ist weder der S. noch den Tankstellenbetreibern ein Schaden entstanden, weil die Geschädigte entsprechend ihrer vertraglichen Pflichten im Innenverhältnis die von der S. möglicherweise kreditierten Zahlungsvorgänge des Angekl. rückerstattet hat.“ (OLG Koblenz aaO.)

V. Strafbarkeit wegen Unterschlagung des Kraftstoffs (§ 246 I StGB)

Nach § 246 I StGB macht sich strafbar, wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet.

„Der Angekl. hat sich auch nicht wegen Unterschlagung des von ihm mit der Tankkarte bezahlten Kraftstoffs strafbar gemacht (§ 246 I StGB). Die **Übertragung des Eigentums** an dem Kraftstoff (§ 929 S. 1 BGB) erfolgte **nicht an die Geschädigte**, sondern an den Angekl. selbst, wobei es den Tankstellenbetreibern nur auf die durch die ordnungsgemäße Verwendung der Tankkarte gesicherte Bezahlung ankam; wer Eigentümer des Kraftstoffes wurde, war ihnen gleichgültig. **Fragen des Innenverhältnisses** zwischen dem Angekl. und der Geschädigten als Karteninhaberin **berührten die Tankstellenbetreiber nicht** (vgl. OLG Celle aaO., Rn. 11).“ (OLG Koblenz aaO.)

VI. Ergebnis

Nach alledem hat das LG den Angekl. zu Recht freigesprochen.

(OVG Berlin-Brandenburg in LKV 2016, 139; Urteil vom 10.12.2015 – OVG 12 B 2.15)

Sofern kein polizeilicher Notstand vorliegt, hat die Polizei wirksame Maßnahmen zur Durchsetzung des Versammlungsgrundrechts eines angemeldeten und friedlichen Aufzugs nach Art. 8 I GG gegenüber einer blockierenden Gegendemonstration (Verhinderungsblockade) zu ergreifen und ggf. die Wegstrecke für den Aufzug freizumachen.

Fall: Die Beteiligten streiten darüber, ob das Nichteinschreiten der Polizei zur Sicherung des für den 15.09.2012 angemeldeten Aufzugs des Kl. rechtmäßig war. Der Bekl. hatte die Route des angemeldeten Aufzugs bestätigt. Aufgrund einer Blockade durch Gegendemonstranten auf der L.-Brücke, die von der Polizei nicht geräumt wurde, konnte der Kl. den Aufzug nicht durchführen. Der Beklagte beruft sich darauf, dass er nach Art. 8 GG rechtlich gezwungen gewesen sei, die Gegendemonstration als Spontandemonstration zuzulassen. Die Klägerin ist der Auffassung, dass es sich schon um keine Spontandemonstration handelt, jedenfalls sei die Gegendemonstration in jedem Fall rechtswidrig gewesen, all diese unter dem Motto "reichen Bürgersteig für Bürgeranführung reichen mit der Absicht angemeldet worden sei, die gemeinsame Ablehnung der politischen Betätigung des Klägers durch eine zeitweilige Blockade zum Ausdruck zu bringen. Der Kläger ist der Auffassung, dass er wegen der besonderen Bedeutung des Versammlungsrechts einen Anspruch darauf gehabt hätte, dass seine ordnungsgemäß angemeldete Versammlung weder durch ein behördliches Verbot unterbunden noch rein faktisch zum Spielball von Gegendemonstrationen gemacht wurde. Der Beklagte hingegen beruft sich auf das Vorliegen eines polizeilichen Notstandes. War das Nichteinschreiten rechtswidrig?

I. Rechtmäßigkeit der Gegendemonstration

Auch Spontanversammlung ist spätestens dann nicht mehr zulässig und fällt nicht mehr unter den Schutz von Art. 8 I GG, wenn sie **ausschließlich den Zweck verfolgt**, eine angemeldete Demonstration wegen ihres Inhalts **zu blockieren**.

1. Begrenzung des Schutzes von Gegendemonstrationen

*„Nach der **gefestigten Rechtsprechung des BVerfG** (vgl. nur Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u.a., BVerfGE 104, 92 [104 f.], juris Rn. 42–44) ist der Schutzbereich von Art. 8 I GG auch bei **Blockadeaktionen** eröffnet, wenn dadurch ein Widerstand gegen ein Vorhaben zum Ausdruck gebracht oder auf bestimmte Gefahren aufmerksam gemacht werden soll, soweit „**der öffentliche Protest** mit dem Ziel der Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung (...) **im Vordergrund**“ des gewaltfreien Widerstands steht und die Blockade „nicht Selbstzweck, sondern ein dem Kommunikationsanliegen untergeordnetes Mittel zur symbolischen Unterstützung ihres Protests und damit zur Verstärkung der kommunikativen Wirkung in der Öffentlichkeit“ ist und „jedenfalls nicht in erster Linie“ (...) der „**zwangsweise(n) oder sonst wie selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener Forderungen**“ dient*

*Danach **genießt eine Gegendemonstration den Schutz des Grundrechts** der Versammlungsfreiheit nur, solange sie sich kommunikativer Mittel bedient und **nicht „ausschließlich“ bezweckt, die Veranstaltung, gegen die sie sich richtet, mit physischen Mitteln zu verhindern** (vgl. zum Ganzen: Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 15. Aufl., § 15 Rn. 195 f., § 1 Rn. 254 m.w.N.; Senat, Urte. v. 20.11.2008 – 1 B 5.06, OVG BE 29, 170 ff., juris Rn. 36; OVG Schleswig, Urte. v. 14.02.2006 – 4 LB 10/05, juris zu Ls. 1; VG Braunschweig, Urte. v. 28.02.2007 – 5 A 685/05, juris Rn. 34 ff.; Rusteberg, NJW 2011, 2999 ff.; Tölle, NVwZ 2001, 153 [156]; Dahm/Peters, LKV 2012, 443 [447], jeweils m.w.N.). Dem entsprechend endet der Schutz des Art. 8 I GG auch dort, wo es nicht um die Teilnahme an einer Versammlung, sondern um Verhinderung einer solchen geht (vgl. dazu BVerfGE 84, 203 [209]).“ (OVG Berlin-Brandenburg aaO.)*

2. Anwendung auf den Fall

„Von einer solchen Zweckrichtung der Gegenveranstaltung auf der L.-Brücke als reine Verhinderungsblockade ist das VG ausgegangen, wenn es u. a. ausführt, dass „nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass nach Darstellung des Bekl. die Anmelder die Blockade des klägerischen Vorhabens durch das Verweilen auf der Brücke bis um 17.00 Uhr durchführen wollten, auch mit der beabsichtigten endgültigen Verhinderung des klägerischen Aufzugs gerechnet werden“ musste.“ (OVG Berlin-Brandenburg aaO.)

Die vorliegende Gegendemonstration genießt daher, unabhängig von der Frage, ob es sich um eine Spontanversammlung handelt, nicht mehr den Schutz von Artikel 8 I GG.

II. Vorliegen der Voraussetzungen für einen polizeilichen Notstand

Gleichwohl hat das Gericht sich mit der Frage befasst, ob hätte die Gegendemonstration den Schutz von Art. 8 I GG genossen- die Voraussetzungen für einen polizeilichen Notstand vorgelegen haben.

1. Voraussetzung für ein Vorgehen gegen die Versammlung

„Gehen Störungen der öffentlichen Sicherheit, worunter auch die Störung des Versammlungsgrundrechts fällt, wie hier lediglich von Gegendemonstranten aus, so ist die Durchführung der angemeldeten friedlichen Versammlung dadurch zu schützen, dass behördliche **Maßnahmen primär gegen die störenden Gegendemonstrationen** zu richten sind. Es ist Aufgabe der zum Schutz der rechtsstaatlichen Ordnung berufenen Polizei, in unparteiischer Weise und ungeachtet der jeweils vertretenen politischen Ansichten auf die Verwirklichung des Versammlungsrechts hinzuwirken. Deshalb darf **gegen die friedliche Versammlung**, die lediglich den Anlass für die Gegendemonstration bildet, **nur unter den besonderen Voraussetzungen des polizeilichen Notstands eingeschritten** werden (st. Rspr. des BVerfG, vgl. nur Kammerbeschlüsse vom 12.05.2010 – 1 BvR 2636/04, juris Rn. 18, und vom 20.12.2012 – 1 BvR 2794/10, juris Rn. 17; ebenso Senat, Ur. v. 20.11.2008 [aaO., Rn. 36 ff.], wobei der Senat in jenem Ausnahmefall das Vorliegen eines polizeilichen Notstandes bejaht hatte). Aus der **grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit im freiheitlich demokratischen Staat** folgt ferner, dass das Recht auf Versammlungsfreiheit ggf. auch mit Zwangsmitteln gegenüber der störenden Gegendemonstration durchgesetzt werden muss; denn andernfalls bliebe dieses Grundrecht bei einer Untätigkeit der zu seinem Schutz verpflichteten staatlichen Organe, insbesondere der Polizei, inhaltsleer und dem Druck der Straße schutzlos ausgeliefert.“ (OVG Berlin-Brandenburg aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Das Verhalten des Beklagten wäre demnach nur dann rechtmäßig gewesen, wenn für ein Nichteinschreiten gegen die Gegendemonstration mit der Folge, dass die friedliche, angemeldete Versammlung nicht stattfinden konnte, die Voraussetzungen des polizeilichen Notstands vorlagen.

„In Anbetracht des Umstands, dass die Polizei die **Gegendemonstration auf der Wegstrecke des klägerischen Aufzugs ausdrücklich zugelassen** und damit quasi sehenden Auges die Verhinderung des Aufzugs des Kl. in Kauf genommen („proviziert“) hat, kann die Zulassungsbegründung nicht damit durchdringen, dass die Grundrechte der Versammlungsfreiheit aller Teilnehmer der verschiedenen Versammlungen **im Wege der praktischen Konkordanz schonend auszugleichen** gewesen seien und das Nichteinschreiten diesem Zweck entsprechen habe. Denn um einen angemessenen Ausgleich zwischen den gegenüberstehenden Rechtsgütern zu schaffen, kann nicht **das eine Recht zugunsten des anderen maximal zurückgedrängt** und dem anderen Recht mehr Raum, als für dessen Verwirklichung notwendig wäre, gegeben werden. Der **Konflikt zwischen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern** ist nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, „der fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren“ (st. Rspr. des BVerfG, vgl. nur Beschl. v. 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 [21], juris Rn. 51 m.w.N.).

Von einem solchen „schonenden“ Ausgleich kann hier keine Rede sein. Denn dafür wären **Maßnahmen des Bekl. erforderlich** gewesen, um auch die versammlungsrechtlich geschützten Interessen des Kl. zur Geltung kommen zu lassen. Soweit der Bekl. einwendet, dass die Versammlung des Kl. zumindest als stationäre Kundgebung hätte durchgeführt werden können und dabei auf eine breite mediale Aufmerksamkeit gestoßen sei, wird verkannt, dass sich der Kl. – anstelle des angemeldeten Aufzuges – nur unter den Voraussetzungen eines polizeilichen Notstandes und einer insoweit von der Behörde substantiiert darzulegenden Gefahrenprognose, die vorliegend fehlt, auf eine stationäre Versammlung hätte verweisen lassen müssen (vgl. auch dazu BVerfG [Kammer], Beschl. v. 20.12.2012, aaO., juris Rn. 17).“ (OVG Berlin-Brandenburg aaO.)

Nach diesen Grundsätzen wären hier wirkungsvolle Maßnahmen geboten gewesen, um den Aufzug des Kl. zu ermöglichen, nachdem eine Verlegung der nach den Feststellungen des VG erwartbaren Gegendemonstration an einen nicht mit dem Aufzug des Kl. kollidierenden Versammlungsort nicht verfügt und die Gegendemonstration sogar bis 13.30 Uhr „polizeilich zugelassen“ worden war, und nachdem die auf der Brücke verbliebenen Personen nach Auflösung der Gegendemonstration die wiederholten Aufforderungen der Polizei, die Brücke freizumachen, nicht befolgten.

III. Ergebnis

Somit hätte der Beklagte zur Sicherung des klägerischen Aufzuges tätig werden und die L.-Brücke letztlich räumen müssen.

„Denn auch unter der vorstehenden Prämisse wäre die Polizei nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz, mit deren Anwendung der Bekl. sein Unterlassen begründet, verpflichtet gewesen, geeignete Maßnahmen gegen die Blockierer zu ergreifen, um dem Kl. die Durchführung seines Aufzuges zu ermöglichen.“ (OVG Berlin-Brandenburg aaO.)

BauGB
§§ 1 III 1, VII

Bebauungsplan für Gewerbegebiet
Zulässigkeit des Ausschlusses einzelner Nutzungen
(BVerwG in NVwZ 2016, 704; Urteil vom 10.09.2015 – 4 CN 8/14)

BauR

Der festgesetzte **Ausschluss einzelner Nutzungen eines Gewerbegebiets** ist bereits dann i.S.d. § 1 III 1 BauGB städtebaulich gerechtfertigt, wenn sich die Gemeinde im Rahmen ihrer durch Planungsziele konkretisierten städtebaulichen Entwicklungs- und Ordnungsvorstellungen hält und den **Festsetzungen** in Bezug auf diese Ziele **Förderpotenzial** zukommt. Den Ausschluss sämtlicher Nutzungen, die die städtebauliche Zielsetzung in gleicher Weise gefährden, fordert § 1 III 1 BauGB nicht.

Fall: Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist die Wirksamkeit des Bebauungsplans „Bernhäuser-Straße Süd“ der Ag. Das Plangebiet liegt am westlichen Ortseingang. Es besteht aus weitgehend bebauten, industriell und gewerblich genutzten Grundstücken. Nördlich des Plangebiets schließen sich festgesetzte Gewerbegebiete an, südlich liegen Wohn- und Mischgebiete. Die westlich gelegenen Flächen sind unbebaut. Der Bebauungsplan setzt für das Plangebiet Gewerbegebiete gem. § 8 BauNVO fest, in denen „Lagerhäuser, Speditionen und Einzelhandelsläden nach § 8 II Nr. 1 BauNVO und Tankstellen nach § 8 II Nr. 3 BauNVO gem. § 1 V BauNVO“ sowie „Ausnahmen nach § 8 III Nr. 3 BauNVO (Vergnügungsstätten) ... gem. § 1 VI Nr. 1 BauNVO“ nicht zulässig sind.

Der Ast. ist Eigentümer eines im Plangebiet gelegenen, ca. 14.300 qm großen Grundstücks, das nach seinen Angaben an Firmen des produzierenden und des Dienstleistungsgewerbes, aber auch des Einzelhandels-, Lager- und Speditionsgewerbes vermietet ist. Im Rahmen der öffentlichen Auslegung erhob er Einwendungen und machte im Wesentlichen geltend, dass durch die festgesetzte Branchenbeschränkung die ohnehin problematische Nutzungs- und Vermietungssituation der im Plangebiet gelegenen Grundstücke verschärft werde. Dies sei mit dem von der AG vorgegebenen städtebaulichen Ziel eines hochwertigen, Dienstleistung und Produktion vorbehaltenen Gewerbegebiets ohne strukturelle Störungen nicht zu vereinbaren.

Sind die im Bebauungsplan vorgesehenen Nutzungsausschlüsse rechtlich zulässig?

I. Allgemeine Vorgaben für die Planfestsetzungen

Nach § 1 II BauNVO können die für die Bebauung vorgesehenen Flächen nach der besonderen Art ihrer baulichen Nutzung dargestellt werden als **Baugebiete**, wie sie in den §§ 2 bis 9 BauNVO vorgesehen sind. § 8 BauNVO sieht als solches Baugebiet das **Gewerbegebiet** vor. In einem solchen sind **grundsätzlich zulässig**:

- **Gewerbebetriebe aller Art, Lagerhäuser, Lagerplätze und öffentliche Betriebe,**
- Geschäfts-, Büro- und Verwaltungsgebäude,
- **Tankstellen,**
- Anlagen für sportliche Zwecke.

Nach § 8 III BauNVO können darüber hinaus **ausnahmsweise zugelassen** werden:

- Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter, die dem Gewerbebetrieb zugeordnet und ihm gegenüber in Grundfläche und Baumasse untergeordnet sind,
- Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale und gesundheitliche Zwecke,
- **Vergnügungsstätten.**

II. Zulässigkeit abweichender Planfestsetzungen

Allerdings sieht § 1 V BauNVO vor, dass **Abweichungen von den grundsätzlich zulässigen Nutzungen** im Bebauungsplan festgelegt werden können, sofern die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebiets gewahrt bleibt. In Ergänzung dazu regelt § 1 VI Nr. 1 BauNVO, dass ein Bebauungsplan auch vorsehen kann, die in § 8 III BauNVO vorgesehenen **ausnahmsweise zulässigen Nutzungen auszuschließen**. In diesem Zusammenhang sieht § 1 IX BauNVO sogar vor, dass der Bebauungsplan auch regeln kann, **nur bestimmte Arten** der in den Baugebieten allgemein oder ausnahmsweise zulässigen baulichen oder sonstigen Anlagen **zuzulassen, auszuschließen oder nur ausnahmsweise zuzulassen**.

Der hier vorliegende Bebauungsplan sieht insofern vor, dass die nach § 8 II Nr. 1 BauNVO allgemein zulässigen Lagerhäuser, Speditionen und Einzelhandelsläden und die nach § 8 II Nr. 3 BauNVO allgemein zulässigen Tankstellen im Baugebiet unzulässig sein sollen.

Darüber hinaus schließt der Bebauungsplan die nach § 8 III Nr. 3 BauNVO ausnahmsweise zulässige Genehmigung von Vergnügungsstätten aus.

Fraglich ist, ob dies auf der Grundlage von § 1 V, VI Nr. 1 und IX BauNVO einer rechtlichen Prüfung standhält.

III. Beachtung der Vorgaben des § 1 BauGB

Unabhängig von den Vorgaben der BauNVO sind in erster Linie die planungsrechtlichen Vorgaben des BauGB für die Rechtmäßigkeit eines Bebauungsplanes zu beachten. Hierbei sieht § 1 III 1 BauGB vor, dass die Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen haben, sobald und **soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich** ist. Vor diesem Hintergrund kann eine Planung dann rechtswidrig sein, wenn sie für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung gerade nicht erforderlich ist.

1. Erforderlichkeit der Planung

„Welche Anforderungen § 1 III 1 BauGB an die Erforderlichkeit der Planung stellt, hat der Senat in seinen Urteilen vom 26.03.2009 (BVerwGE 133, 310 = NVwZ 2009, 1228 Rn. 17) und vom 27.03.2013 (BVerwGE 146, 137 = NVwZ 2013, 1157 Rn. 8 f. m.w.N.; s. zuletzt BVerwG, NVwZ 2015, 1537 = ZfBR 2015, 689 Rn. 10) zusammengefasst und näher erläutert.“ (BVerwG aaO.)

a) Einklang mit den gesetzlich zulässigen Planungszielen

*„Dem Kriterium der Erforderlichkeit kommt in der gemeindlichen Bauleitplanung dieselbe Funktion zu wie demjenigen der Planrechtfertigung im Planfeststellungsrecht, nämlich die Planung, die ihre Rechtfertigung nicht in sich selbst trägt, im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtseinwirkungen in **Einklang mit den gesetzlich zulässigen Planungszielen** zu bringen und auf diese Weise grundsätzlich zu rechtfertigen. Welche Planungsziele in der Bauleitplanung zulässig sind, hat der Bundesgesetzgeber in § 1 III 1 BauGB geregelt. Hiernach haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit dies für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Was in diesem Sinne erforderlich ist, **bestimmt sich nach der planerischen Konzeption der Gemeinde**. Der Gesetzgeber ermächtigt die Gemeinden, diejenige Städtebaupolitik zu betreiben, die ihren städtebaulichen Entwicklungs- und Ordnungsvorstellungen entspricht. Nicht erforderlich i.S.d. § 1 III 1 BauGB sind u.a. Pläne, die einer positiven städtebaulichen Planungskonzeption entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuches nicht bestimmt sind.“ (BVerwG aaO.)*

b) Unterscheidung zwischen städtebauliche Rechtfertigung (§ 1 III BauGB) und Abwägungsgebot (§ 1 VII BauGB)

*„In dieser Auslegung setzt § 1 III 1 BauGB der Bauleitplanung eine erste, wenn auch **strikt bindende Schranke**, die **lediglich grobe und einigermaßen offensichtliche Missgriffe** ausschließt. Für die Einzelheiten einer konkreten planerischen Lösung ist demgegenüber das **Abwägungsgebot** maßgeblich, das gem. § 1 VII BauGB darauf gerichtet ist, die von der Planung berührten **öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen** und unverhältnismäßige oder gleichheitswidrige Belastungen zu vermeiden (BVerwGE 134, 355 = NVwZ-RR 2010, 304 Rn. 27). Erforderlichkeit und Abwägungsgebot unterliegen im Hinblick auf gerichtliche Kontrolldichte, Fehlerunbeachtlichkeit und heranzuziehende Erkenntnisquellen unterschiedlichen rechtlichen Maßstäben. Die Abgewogenheit einer Planung und ihrer Festsetzungen kann deshalb **nicht bereits zum Maßstab für deren städtebauliche Rechtfertigung** gemacht werden.*

*Die dem **Abwägungsgebot** unterfallenden Einzelheiten der Planung werden auch dann **nicht Teil der städtebaulichen Erforderlichkeit** i.S.d. § 1 III 1 BauGB, wenn die Gemeinde ihre planerischen Zielsetzungen mit einer konkreten Planung nur teilweise umsetzt. Für den Fall, dass die Gemeinde die Erforderlichkeit ihrer Planung durch eine Bezugnahme auf ein von ihr beschlossenes städtebauliches Entwicklungs- oder Einzelhandelskonzept begründet, hat der Senat (BVerwGE 146, 137 = NVwZ 2013, 1157 Rn. 11) dies bereits entschieden. Er hat dies damit begründet, dass **förmliche Planungskonzepte**, wie sich aus § 1 VI Nr. 11 BauGB ergibt, nur als Belang **im Rahmen der planerischen Abwägung zu berücksichtigen** sind mit der Folge, dass eine Bindung, etwa im Sinne eines Alles-oder-nichts-Prinzips, bereits von daher nicht bestehen kann. Nichts Anderes gilt, wenn die Gemeinde ihre **Planungsziele in nicht formalisierter Form festlegt** (vgl. hierzu im Überblick z.B. Gaentzsch in BlnKomm-BauGB, 3. Aufl. 2002, Stand Mai 2015, § 1 Rn. 23 f.). Eine Bindung der Gemeinde an vorangehende Zielsetzungen kann es auch insoweit nicht geben. Im Gegenteil kann es im Rahmen einer ordnungsgemäßen Abwägung im Hinblick auf das Gewicht bestimmter abwägungsrelevanter Interessen **sogar geboten sein, die planerischen Zielsetzungen nicht oder nur mit Abstrichen zu verfolgen**. Allein aus dem Umstand, dass eine Planung eine planerische Zielsetzung nur unvollständig umsetzt, lässt sich folglich nicht der Schluss ziehen, dass der Planung die städtebauliche Rechtfertigung abzusprechen wäre. Die Gemeinde betreibt auch dann noch eine von der gesetzlichen Ermächtigung in § 1 III 1 BauGB getragene städtebauliche Planung, wenn die getroffenen Festsetzungen jedenfalls geeignet sind, einen **Beitrag zur Förderung der Planungsziele** zu leisten. Davon ist erst dann nicht mehr auszugehen, wenn die Festsetzungen die Aufgabe der verbindlichen Bauleitplanung von vornherein verfehlen, etwa weil sie aus tatsächlichen oder*

aus Rechtsgründen auf Dauer oder auf unabsehbare Zeit der Vollzugsfähigkeit entbehren oder weil die realistische Gefahr besteht, dass die Festsetzungen die planerische Zielsetzung konterkarieren.“ (BVerwG aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Vor dem Hintergrund des gesetzten städtebaulichen Ziels eines hochwertigen, Dienstleistung und Produktion vorbehaltenen Gewerbegebiets ohne strukturelle Störungen könnten die im Bebauungsplan vorgesehenen Nutzungsausschlüsse eben gerade nicht zur **städtebaulichen Entwicklung und Ordnung erforderlich sein**.

a) Zulässigkeit der städtebaulichen Zielsetzung

“Der Senat (BVerwG, NVwZ 1999, 1338 = NJW 2000, 754 Ls. = Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 27, S. 3 f.) hat bereits entschieden, dass es unter städtebaulichen Gesichtspunkten gerechtfertigt sein kann, in einem Gewerbegebiet das **Mittel des Nutzungsausschlusses gezielt zu dem Zweck einzusetzen, das produzierende Gewerbe zu stärken**. Dass diese Zwecksetzung auf Dienstleistungsbetriebe ausgeweitet und mit bestimmten Qualitätsvorstellungen verknüpft werden kann, unterliegt keinen Zweifeln. Das gilt umso mehr, als Bauleitplanung ein Mittel ist, auch aktiv auf eine Änderung des städtebaulichen Status quo hinzuwirken (BVerwGE 133, 310 = NVwZ 2009, 1228 Rn. 19). Stellt sich die Gemeinde deshalb für die Zukunft ein qualitativ hochwertiges Gewerbegebiet ohne strukturelle Störungen vor, das Dienstleistungsbetrieben und dem produzierenden Gewerbe vorbehalten sein soll, ist diese **Zielsetzung grundsätzlich von der gesetzlichen Ermächtigung in § 1 III 1 BauGB gedeckt**.“ (BVerwG aaO.)

b) Geeignetheit zur Förderung dieses Ziels

Der festgesetzte Nutzungsausschluss müsste auch geeignet sein, einen Beitrag zur Förderung dieses Ziels zu leisten. Jedenfalls steht der Ausschluss einzelner in den Baugebieten allgemein oder ausnahmsweise zulässigen Nutzungen nicht im planerischen Belieben der Gemeinde (BVerwG, Beschl. v. 25.04.2002 – 4 BN 20/02, BeckRS 2002, 22320).

“Von planerischem Belieben kann aber bereits dann **keine Rede** mehr sein, wenn die Gemeinde **mit der Planung städtebauliche Ziele** verfolgt und Festsetzungen trifft, die der Verwirklichung dieser Ziele dienen. Die auf eigene Rechtsprechung (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2006, 11 = BauR 2005, 1740) gestützte **Auffassung des VGH**, „Nutzungsausschlüsse (seien) durch städtebauliche Gründe **nicht gerechtfertigt**, wenn die Festsetzungen **kein schlüssiges Planungskonzept** erkennen lassen, das eine Überprüfung der Nutzungsausschlüsse auf ihre Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit erlaubt“, findet in der Rechtsprechung des Senats demgegenüber keine Stütze. Sie **überspannt die Anforderungen**, die § 1 III 1 BauGB an die Umsetzung planerischer Zielsetzungen stellt, weil die Frage der **Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit** planerischer Festsetzungen der Abwägungskontrolle unterliegt und **nicht zum Maßstab der städtebaulichen Rechtfertigung** gemacht werden darf (BVerwGE 146, 137 = NVwZ 2013, 1157 Rn. 11).

Jedenfalls muss sich die Gemeinde nicht – wie vom VGH gefordert – im Hinblick auf die von ihr selbst formulierten Ziele in der Weise „konsistent“ verhalten, dass sich auch die konkrete Ausgestaltung des Nutzungsausschlusses „schlüssig“ aus der planerischen Zielformulierung ableiten oder nachvollziehen lassen müsste. Die Gemeinde betreibt **bereits dann städtebauliche Planung**, wenn sie sich **im Rahmen ihrer durch Planungsziele konkretisierten eigenen städtebaulichen Entwicklungs- und Ordnungsvorstellungen** hält und den Festsetzungen in Bezug auf diese Ziele Förderpotenzial zukommt. Mehr ist grundsätzlich nicht zu verlangen. **Auf eine vollständige Verwirklichung des Planungsziels kommt es nicht an**, die Zweck-Mittel-Relation ist nicht notwendigerweise kongruent. Folglich ist es im Hinblick auf § 1 III 1 BauGB nicht zu beanstanden, wenn die Gemeinde im Hinblick auf ein von ihr formuliertes planerisches Ziel nur solche Festsetzungen trifft, für die in der gegebenen Planungssituation Anlass besteht, weitergehende, aber ebenfalls der Zielverwirklichung dienende Festsetzungen jedoch unterlässt, weil sie hierfür aktuell keinen Handlungsbedarf sieht.“ (BVerwG aaO.)

IV. Ergebnis

Die streitigen, getroffenen Festsetzungen im Bebauungsplan finden ihre rechtliche Grundlage grundsätzlich in § 1 V, VI Nr. 1 und IX BauNVO. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass sie wegen Fehlens einer städtebaulichen Erforderlichkeit gegen § 1 III 1 BauGB verstoßen. Die weitere Rechtsprüfung hat das BVerwG offengelassen, da auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen eine Abwägungskontrolle nicht möglich war.

Kurzauslese I

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

BGB

Widerruf eines Verbraucherdarlehens

SR BT

§§ 242, 355

Kein Rechtsmissbrauch bei Widerruf zur Sicherung günstigerer Konditionen

(OLG Frankfurt in MDR 2016, 537; Urteil vom 17.02.2016 – 23 U 135/15)

Das Verbraucherwiderrufsrecht wird **nicht rechtsmissbräuchlich** ausgeübt nur, weil es nicht zeitnah nach Vertragsschluss erfolgt. Dies gilt auch, wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht **lediglich ausübt**, um sich **günstigere wirtschaftliche Konditionen** zu sichern.

„Der verbraucherkreditrechtliche Widerruf war insbesondere nicht verfristet, weil **mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung** der **Lauf der Widerrufsfrist noch nicht begonnen** hätte, vgl. § 355 II 1 BGB a.F. Zu Unrecht meint das LG jedoch, dass der Widerrufserklärung der Beklagten der **Einwand der unzulässigen Rechtsausübung** entgegengestanden habe. Tatsächlich steht § 242 BGB der Ausübung des Widerrufsrechts hier nicht entgegen, und zwar weder unter Gesichtspunkten der Verwirkung, noch wegen sonstigen Rechtsmissbrauchs.

Das Widerrufsrecht der Beklagten ist **nicht verwirkt gewesen** (vgl. zu ähnlich gelagerten Fällen: Senat, Beschl. v. 17.10.2014 – 23 U 13/14 – und vom 24.11.2014 – 23 U 41/14 –; wie hier kürzlich: OLG Frankfurt am Main, Ur. v. 26.08.2015 – 17 U 202/14; OLG Dresden, Ur. v. 11.06.2015 – 8 U 1760/14; OLG Celle, Ur. v. 21.05.2015 – 13 U 38/14; OLG Hamm ZIP 2015, 1113). Zwar können auch grundsätzlich unbefristete Gestaltungsrechte wie das Widerrufsrecht **im Falle illoyaler Verspätung der Verwirkung unterliegen** (Palandt-Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 242 Rn. 88, 107 jew. m.w.N.). Jedenfalls das für die Annahme der Verwirkung erforderliche Umstandsmoment ist jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben. Nach der Rechtsprechung des BGH verstößt die verspätete Geltendmachung eines Rechts gegen Treu und Glauben, wenn seit **der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment)** und **besondere Umstände hinzutreten**, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (**Umstandsmoment**): letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde, und sich im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (BGH NJW 2014, 2646; NJW 2014, 1230; NJW 2011, 212; jew. m.w.N.; Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 242 Rn. 87). Weder ist nur das Vorliegen des sog. Zeitmoments ausreichend, noch kommt es allein darauf an, dass der Vertragspartner mit der Ausübung des Rechts nicht mehr zu rechnen brauchte (vgl. BGH NJW 2014, 1230 m.w.N.). Vorliegend ist schon nichts dazu vorgetragen, dass die **Beklagte sich auf die Nichtausübung des Widerrufsrechts irgendwie eingerichtet** oder im Hinblick auf das Vertrauen in die Nichtausübung des Widerrufsrechts gar irgendwelche Dispositionen getroffen hätte, so dass ihr nun ein unzumutbarer Nachteil entstünde. Die Annahme eines unzumutbaren Nachteils erscheint in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der verbraucherkreditrechtliche Widerruf zu einer an sich wertneutralen Rückabwicklung führt, auch eher fernliegend. Gegen die Annahme, die Klägerin habe sich wegen des erheblichen Zeitablaufs darauf eingerichtet, dass ein Widerrufsrecht ungeachtet seines Bestehens nicht mehr geltend gemacht werden würde, spricht auch, dass sie nach eigenen Angaben die Fehlerhaftigkeit der Belehrung gar nicht erkannt haben will.

Es liegt auch **kein Fall eines sonstigen rechtsmissbräuchlichen Vorgehens** vor. Soweit das LG meint, dass die Mängel der Belehrung die Beklagten nicht von der Ausübung des Widerrufsrechts in zeitlicher Nähe zum Vertragsschluss hätten abhalten können, führt es „durch die Hintertür“ ein Kausalitätskriterium ein, dem der BGH schon lange eine Absage erteilt hat (vgl. BGH NJW 2009, 3020). Tatsächlich gibt es **keine Widerrufsbelehrung „zweiter Klasse“**, die zwar nicht ordnungsgemäß ist, aber den Verbraucher trotzdem zur baldigen Ausübungen seines Widerrufsrechts anhalten könnte. Damit wäre die Sanktion des § 355 III 3 BGB a.F. letztlich auf die Fälle aktiv irreführender oder gänzlich fehlender Belehrungen beschränkt, was erkennbar nicht der Rechtsprechung des BGH entspricht. Auch ist ein widersprüchliches Verhalten der Beklagten hier nicht erkennbar. Insbesondere kann es natürlich nicht zu ihrem Nachteil gereichen, dass sie sich vor der Widerrufserklärung, also während der Vertragslaufzeit an ihre darlehensvertraglichen Verpflichtungen gehalten und auch darlehensvertragliche Rechte wahrgenommen haben. Dies gilt umso mehr, wenn man annimmt, dass die Belehrung ungeachtet der Mängel einen Verbraucher über ein zweiwöchiges Widerrufsrecht belehrt. Denn dann kann aus dem Umstand, dass der Verbraucher seinen vertraglichen Verpflichtungen in der Folgezeit – z.B. im Glauben an eine Verfristung des Widerrufsrechts – nachgekommen ist und keine Anstalten gemacht hat, sich vom Vertrag zu lösen, logischerweise kein Schluss auf ein unredliches Verhalten gezogen werden. Der Verbraucher kann das **Widerrufsrecht auch ohne besondere Begründung ausüben**, vgl. § 355 I 2 BGB a.F.; eine wie auch immer geartete „Gesinnungsprüfung“ findet nicht statt – und zwar weder innerhalb der Zwei-Wochen-Frist noch danach. Genauso wenig wie bei ordnungsgemäßer Belehrung ein am letzten Tag der Widerrufsfrist nicht wegen Übereilung, sondern allein wegen gesunkener Zinsen erklärter Widerruf rechtsmissbräuchlich wäre, ist es ein späterer Widerruf, der nur wegen unzureichender Belehrung noch fristgemäß ist.

Soweit die angebliche **Schutzzweckwidrigkeit des Widerrufs** argumentativ herangezogen wird, ist dies grundlegend verfehlt und stellt letztlich einen Zirkelschluss dar. Wenn nur Widerrufe zulässig wären, deren Zweck in dem Berufen auf den gesetzgeberisch beabsichtigten zweiwöchigen Übereilungsschutz besteht, wäre die Nichterteilung einer ordnungsgemäßen Belehrung immer folgenlos, weil ein außerhalb der vom Gesetzgeber vorgesehenen Frist erklärter Widerruf ungeachtet der Frage, ob die Frist im konkreten Fall auch wirksam in Lauf gesetzt worden ist, zwangsläufig nicht mehr aus den gesetzgeberischen Zwecken erklärt wäre. Tatsächlich setzt die Begrenzung des Übereilungsschutzes auf den gesetzlich vorgesehenen kurzen Zeitraum aber gerade eine ordnungsgemäße Belehrung über die Frist voraus.

Es ist und bleibt nach alledem im Grundsatz **ohne weiteres legitim, in laufender Frist das Verbraucherwiderrufsrecht aus rein wirtschaftlichen Erwägungen heraus geltend zu machen**. Abgesehen davon kann die Beklagte ohnehin keine vorrangige Schutzwürdigkeit für sich beanspruchen, nachdem sie es versäumt hat, die Kläger ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht zu belehren (vgl. BGH NJW 2014, 2646). Nach alledem kann die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer „Vorfälligkeitsentschädigung“ keinen Bestand haben.“ (OLG Frankfurt aaO.)

BGB
§ 626**Exzessive Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses
Kein Beweisverwertungsverbot bei Kündigung**

ArbeitsR

(BAG Berlin-Bbg. in MDR 2016, 533; Urteil vom 14.01.2016 – 5 Sa 657/15)

1. Die fortwährend über einen Zeitraum von **30 Arbeitstagen** andauernde und während der Arbeitszeit erfolgende **private Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses** im Umfang von **knapp 40 Stunden** berechtigt den Arbeitgeber wegen der darin liegenden Verletzung der Arbeitspflicht auch dann zur **außerordentlichen Kündigung**, wenn dem Arbeitnehmer die Privatnutzung arbeitsvertraglich in Ausnahmefällen innerhalb der Arbeitspausen erlaubt ist.
2. Im Kündigungsschutzprozess können zu Lasten des Arbeitnehmers die vom **Arbeitgeber ohne Hinzuziehung des Arbeitnehmers ausgewerteten Einträge** der aufgerufenen Internetseiten in der Chronik des auf dem Dienstrechner des Arbeitnehmers installierten **Internet-Browsers** zum Beweis einer exzessiven Internetnutzung verwertet werden. Obwohl es sich dabei um personenbezogene Daten handelt und auch wenn eine wirksame Einwilligung in die Kontrolle dieser Daten nicht vorliegt, besteht **kein Beweisverwertungsverbot**, weil das Bundesdatenschutzgesetz auch ohne Einwilligung des Arbeitnehmers die Speicherung und Auswertung der Verlaufsdaten in der Chronik eines Internetbrowsers **zu Zwecken der Missbrauchskontrolle** erlaubt. Unabhängig davon besteht jedenfalls dann kein Beweisverwertungsverbot, wenn dem Arbeitgeber ein mit anderen Mitteln zu führender konkreter Nachweis des Umfangs des Missbrauchs des dienstlichen Internets nicht zur Verfügung steht.
3. Auch aus § 88 III TKG folgt in diesem Falle kein Beweisverwertungsverbot, weil das TKG nicht anwendbar ist, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern eine private Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses erlaubt.

BGB
§ 543 I**Kündigung langfristigen Fitnessstudio-Vertrags
Berufsbedingter Wohnortwechsel**

MietR

(BGH in becklink 2003210; Meldung vom 04.05.2016 – XII ZR 62/15)

Ein **berufsbedingter Wohnortwechsel** berechtigt den Kunden eines Fitnessstudios grundsätzlich **nicht** dazu, seinen langfristigen Vertrag mit dem Studio **außerordentlich zu kündigen**.

Fall: Die Klägerin verlangt als Betreiberin eines Fitnessstudios vom Beklagten restliches Nutzungsentgelt für die Zeit von Oktober 2013 bis einschließlich Juli 2014. Die Parteien schlossen 2010 einen Vertrag über die Nutzung des Fitnessstudios in Hannover für einen Zeitraum von 24 Monaten (Fitnessstudio-Vertrag). Sie vereinbarten ein monatliches Nutzungsentgelt von 65 € zuzüglich einer - zweimal im Jahr fälligen - Pauschale von 69,90 € für ein "Trainingspaket". Ferner enthält der Vertrag eine Verlängerungsklausel um jeweils zwölf Monate für den Fall, dass er nicht bis zu drei Monate vor Ablauf gekündigt wird. Der Vertrag verlängerte sich entsprechend bis zum 31.07.2014. Im Oktober 2013 wurde der bis dahin in Hannover lebende Beklagte zum Soldaten auf Zeit ernannt. Ab diesem Zeitpunkt zahlte er keine Mitgliedsbeiträge mehr. Als Soldat wurde er für die Zeit von Oktober bis Dezember 2013 nach Köln und für die Zeit von Januar bis Mai 2014 nach Kiel abkommandiert; seit Juni 2014 ist er in Rostock stationiert. Am 05.11.2013 kündigte er den Fitnessstudio-Vertrag. Die Klägerin fordert ein restliches Nutzungsentgelt von 719,90 €. Zu Recht?

„Der BGH hat die Revision des Beklagten zurückgewiesen, weil der Beklagte den Vertrag **nicht wirksam vorzeitig gekündigt** hat und er deswegen bis zum regulären Vertragsende Nutzungsentgelt schuldet. Ein Dauerschuldverhältnis, wie der vorliegende Fitnessstudio-Vertrag, könne zwar von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund **ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist** gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liege vor, wenn dem Kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die **Fortsetzung** des Vertragsverhältnisses **bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet** werden kann. Allerdings trage der Kunde grundsätzlich das Risiko, die vereinbarte Leistung des Vertragspartners aufgrund einer Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse nicht mehr nutzen zu können. Etwas anderes gilt laut BGH nur dann, wenn ihm aus Gründen, die er nicht beeinflussen kann, eine weitere Nutzung der Leistungen des anderen Vertragspartners nicht mehr zumutbar ist.

Bei einem Vertrag über die Nutzung eines Fitnessstudios könne ein solcher - nicht in seinen Verantwortungsbereich fallender - Umstand etwa in einer die Nutzung ausschließenden Erkrankung gesehen werden. Ebenso könne eine Schwangerschaft die weitere Nutzung der Leistungen des Studiobetreibers bis zum Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit unzumutbar machen. Ein **Wohnsitzwechsel** stelle dagegen grundsätzlich **keinen wichtigen Grund** im Sinne der §§ 314 I, 543 I 626 I BGB für eine außerordentliche Kündigung eines Fitnessstudio-Vertrags dar. Die **Gründe für einen Wohnsitzwechsel** - sei er auch berufs- oder familienbedingt - lägen in aller Regel **allein in der Sphäre des Kunden** und seien von ihm beeinflussbar. Besondere Umstände, die hier die Übernahme des Verwendungsrisikos für den Kunden gleichwohl als unzumutbar erscheinen ließen, seien weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

Die Vorschrift des § 46 VIII 3 TKG, die dem Nutzer einer Telekommunikations-Leistung (etwa DSL) ein Sonderkündigungsrecht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten einräumt, wenn die Leistung am neuen Wohnsitz nicht angeboten wird, sei weder unmittelbar noch entsprechend auf die Kündigung eines Fitnessstudio-Vertrags anzuwenden.“ (BGH aaO.)

StGB
§ 224 I Nr. 5**Gefährliche Körperverletzung
Lebensgefährdende Behandlung durch Messereinsatz**

StR BT

(BGH in NSTz-RR 2016, 81; Beschluss vom 24.11.2015 – 3 StR 444/15)

Fall: Mit dem Ziel der Rache machte sich am 17.05.2014 der Nebenkl. C, dessen Cousin am Vortag von den Angekl. durch Messerstiche verletzt worden war, mit Freunden auf die Suche nach diesen. Als beide Gruppen aufeinandertrafen, schlug der Nebenkl. mit einer Holzlatte in Richtung der Angekl., traf jedoch lediglich eine Hauswand, wodurch die Latte zerbrach und zu Boden fiel. Als die Angekl. sowie der Nichtrevident F ihre mitgeführten Messer zogen, ergriff die Gruppe um den Nebenkl. die Flucht; der Nebenkl. kam dabei zu Sturz. Nunmehr versetzte ihm der Angekl. K mit bedingtem Tötungsvorsatz einen Messerstich in den

Unterbauch. Dabei fühlte er sich „durch die Anwesenheit der ebenfalls ... bewaffneten Mitangekl. ... unterstützt, da er davon ausging, dass die Mitangekl. jederzeit eingreifen und eine eventuelle Gegenwehr des Opfers unterbinden würden. Die Angekl. F und H hatten sich ihrerseits bewusst in die Nähe des Geschehens begeben und billigten, dass der Angekl. K den Nebenkl. mit dem Messer traktierte und sich hierbei von ihnen bestärkt fühlte. Sie rechneten jedoch nicht damit, dass der Angekl. K dem Gesch. nach dem Leben trachten würde und waren hiermit auch nicht einverstanden. Die genaue Stichführung konnten beide Mitangekl. nicht sehen, da sie unmittelbar hinter dem Angekl. K standen und die Einzelheiten des Geschehens vom Körper des Angekl. K verdeckt wurden“. Nachdem ein Freund dem Gesch. zunächst zu Hilfe gekommen war und die Angekl. vertrieben hatte, setzten diese dem Nebenkl., der nach etwa 100 m auf Grund der erlittenen Stichverletzung erneut zusammengebrochen war, abermals nach. Während der Angekl. K und der Nichtrevident auf den Gesch. einschlugen, stach der Bf. mit einem Küchenmesser auf ihn ein. Dabei handelte er „in der Absicht, den Nebenkl. mit Hilfe des Messers zu verletzen, und nahm dabei billigend in Kauf, dass dem Nebenkl. durch dessen Abwehrbewegungen mit Armen und Beinen ebenfalls Schnittverletzungen zugefügt werden könnten“. Tatsächlich erlitt der Gesch. eine Schnittverletzung am linken Daumen sowie eine Stichverletzung am rechten Knie.

Das LG verurteilte den Angekl. H wegen gefährlicher Körperverletzung, Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung sowie Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Gegen den Mitangekl. K erkannte es wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung sowie wegen gefährlicher Körperverletzung in 3 Fällen unter Einbeziehung von 2 Einzelstrafen aus einem früheren Urteil auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren und 2 Monaten. Zu Recht?

Fraglich ist, ob die getroffenen Feststellungen die Verurteilung des Angekl. H wegen gefährlicher Körperverletzung (Fall II. 4. der Urteilsgründe) bzw. der Beihilfe hierzu (Fall II. 3. der Urteilsgründe) nach § 224 I Nr. 5 StGB tragen.

„In Fall II. 4. der Urteilsgründe ist bereits die Erfüllung des objektiven Tatbestandes nicht belegt. Dieser verlangt, dass die **Behandlung** nach den Umständen des Einzelfalles **generell dazu geeignet ist, das Leben des Verletzten zu gefährden** (st. Rspr., siehe nur BGH, Urt. v. 31.07.2013 – 2 StR 38/13 = NSZ-RR 2013, 342). **Trotz der generell hohen Gefährlichkeit eines Messereinsatzes versteht sich dies nicht von selbst. Deshalb hätte das LG mitteilen müssen, auf welche Körperregionen der Angekl. H zielte.** Auch hinsichtlich der diesem zurechenbaren (§ 25 II StGB) Schläge des Angekl. K sowie des Nichtrevidenten verhält sich das Urteil nicht dazu, auf welche Körperstellen des Gesch. diese mit welcher Intensität einwirkten. Eine **abstrakte Lebensgefährlichkeit** der Behandlung ist damit **nicht dargetan**.

Diese folgt in Fall II. 3. der Urteilsgründe zwar ohne weiteres aus der **konkret dargestellten Stichführung** durch den Angekl. K. Die StrK setzt sich indes nicht damit auseinander, ob beim Angekl. H insoweit auch der erforderliche **Gehilfenvorsatz** gegeben war, der sich nicht nur auf die Unterstützungshandlung, sondern auch auf die Vollendung der Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen beziehen muss (BGH, Urt. v. 30.06.1982 – 1 StR 757/81 = NJW 1982, 2453 [2454]). Letzteres ist indes nicht selbstverständlich. Dies gilt umso mehr, als die StrK ausdrücklich festgestellt hat, dass der Angekl. H die **Einzelheiten des Geschehens nicht sehen konnte**.“ (BGH aaO.)

StGB

§§ 20, 21, 63

Schuldfähigkeit bei „isoliertem Beziehungswahn“ Und sowie trotz latenter Bedrohung und vorangegangener Körperverletzung

StR AT/BT

(BGH in NSZ-RR 2016, 72; Urteil vom 11.11.2015 – 5 StR 259/15)

1. Gerade wenn **krankhafte ‚Wahnsysteme‘** festgestellt sind, **steht der** Beeinträchtigung oder gar Aufhebung der **Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ein ‚folgerichtiges‘, ‚zielgerichtetes‘ Verhalten regelmäßig indiziell nicht entgegen**, weil die Aufhebung der inneren Sinnstruktur nicht regelmäßiges Kennzeichen wahnhaften Erlebens ist.
2. Nach st. Rspr. des BGH steht eine auf **früheren Aggressionen** und einer **feindseligen Atmosphäre** beruhende **latente Angst des Opfers** der Annahme von Arglosigkeit nicht entgegen; es kommt vielmehr darauf an, ob das Opfer **gerade im Tatzeitpunkt mit Angriffen auf sein Leben gerechnet** hat

Fall: Nach den Feststellungen ist der Angekl. Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in Hamburg, in dem er zur Tatzeit auch selbst wohnte. Der später Getötete J W war Mieter einer im 1. Obergeschoss des Hauses gelegenen Wohnung. Seit einem von W nicht akzeptierten Mieterhöhungsverlangen des Angekl. lebten die beiden in Streit. Dessen Grund lag hauptsächlich in der Persönlichkeit des Angekl., die durch zwanghafte, von hoher Kränkbarkeit geprägte impulsiv-aggressive Züge bestimmt ist. Bei Begegnungen mit W geriet der Angekl. oftmals in hochgradige Wut, beschimpfte ihn und forderte ihn zum Auszug auf. Darüber hinaus entwickelte er seit Sommer 2011 ein wahnhaftes Ideengebäude, das sich in einer paranoid gesteigerten Überzeichnung und Umdeutung alltäglicher Situationen auswirkte. Er glaubte sich von W verfolgt und mit Hilfe von „Wanzen“ überwacht sowie durch Dritte beschattet. Schließlich sah er ihn als Kopf einer konspirativen Bande an, der ihm nach dem Haus und weiteren Vermögenswerten trachte. Im Herbst 2012 stellte er – mit einer Axt bewaffnet – W wegen eingebildeter negativer Äußerungen zur Rede. Dieser konnte flüchten. Jedoch gelang es dem Angekl., ihn zu stellen und mit der Faust bewusstlos zu schlagen. Hierfür wurde der Angekl. unter Strafaussetzung zur Bewährung zu 8 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. Jedoch entspannte sich die Lage nicht.

Am Morgen des 12.02.2014 begab sich W ins Treppenhaus, um die Tageszeitung zu holen. Wie stets, wenn er sich dort befand, trug er eine Dose Pfefferspray und ein für einen sofortigen Notruf vorbereitetes Mobiltelefon bei sich. Der Angekl. hörte W und wollte ihn wegen eines kurz zuvor eingegangenen anwaltlichen Schreibens zur Rede stellen. Er betrat das Treppenhaus und sprach ihn in barschem Ton an. Auf Grund seiner wahnhaften Beziehungsverarbeitung deutete er die – durch das LG nicht festgestellte – Reaktion von W als herabsetzend und glaubte sich von ihm als „Wurzelzwerg“ bezeichnet. Zornentbrannt versetzte er ihm einen kräftigen Faustschlag ins Gesicht. W ging zu Boden und blieb mit schmerzverzerrtem Gesicht liegen. In wahnbedingter Verkennung der Situation meinte der Angekl., dass W ihn grinsend verhöhne. „Dies ließ ihn raptusartig derart in Wut geraten, dass infolge eines aggressiven Impulsdurchbruchs die letzten Schranken brachen und er sich spontan entschloss, dieses ihn vermeintlich angrinsende Gesicht seines ihn erhöhenden Feindes endgültig zu vernichten und den Menschen auszulöschen“. Aus einer Abstellkammer holte er einen Zimmermannshammer und schlug damit mehrfach auf das Gesicht und den Kopf seines Opfers ein, um es zu töten. Hierdurch verursachte er schwerste, möglicherweise schon tödliche Verletzungen.

Nach wie vor rasend vor Wut stach er anschließend mit einem Messer mehrfach und mit großer Wucht in den Hals- und Brustbereich. Währenddessen rief er „Jetzt reicht es. Es ist genug“.

Das sachverständig beratene LG ging davon aus, dass der Angekl. auf Grund eines durch die Wahnstörung verursachten und sein Verhalten intendierenden aggressiven Impulsdurchbruchs im Zustand verminderter Steuerungsfähigkeit nach § 21 StGB gehandelt habe. Eine vollständige Aufhebung der Steuerungsfähigkeit habe hingegen nicht vorgelegen. Das Mordmerkmal der Heimtücke sei mangels Arglosigkeit des Opfers nicht verwirklicht. Wie die Mitnahme des Pfeffersprays und des Mobiltelefons zeige, habe W ständig mit erheblichen Angriffen des Angekl. auf seine körperliche Integrität gerechnet. Das LG verurteilte den Angekl. wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 8 Jahren und ordnete seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an. Zu Recht?

I. Schuldfähigkeitsprüfung

„Der GBA hat in seiner Antragschrift insoweit Folgendes ausgeführt:

Die **Diagnose der isolierten Wahnstörung** i.S. eines Beziehungswahns wird im Urteil **nicht näher klassifiziert**. Die gewählte Formulierung lässt auch offen, welches Eingangskriterium des § 20 StGB erfasst sein soll. Zwar ist die **krankhafte seelische Störung ausdrücklich benannt**; jedoch ist wegen der sich daran anschließenden Formulierungen unklar, ob die StrK tatsächlich (begründet) von diesem Eingangskriterium ausgeht.

Dem Kontext des Urteils lässt sich allenfalls entnehmen, dass eine **exogene Psychose** als Unterfall der krankhaften seelischen Störung **wohl nicht in Betracht** kommt, **ebenso wenig** wie eine **akute Intoxikationspsychose**. Von Relevanz wäre mithin allenfalls eine endogene Psychose als Unterfall der krankhaften seelischen Störung. Diese könnte aus dem Formenkreis der Schizophrenie stammen, aber auch aus einer bipolaren Störung mit Wahnsymptomen oder affektiven Psychosen resultieren. Insoweit kommt jedoch auch eine ‚andere seelische Abartigkeit‘ i.S.d. § 20 StGB in Betracht, wobei der Beziehungswahn dann allein auf wahnhaftem Erleben und wohl nicht auf der Persönlichkeitsstörung beruhen würde. In einem derartigen Fall wäre jedoch **zwingend die Frage nach dem Tatvorsatz und der Unrechtseinsicht zu diskutieren** gewesen. Daran fehlt es hier.

Gerade wenn **krankhafte ‚Wahnsysteme‘** festgestellt sind, **steht der Beeinträchtigung oder gar Aufhebung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ein ‚folgerichtiges‘, ‚zielgerichtetes‘ Verhalten regelmäßig indiziell nicht entgegen**, weil die Aufhebung der inneren Sinnstruktur nicht regelmäßiges Kennzeichen wahnhaften Erlebens ist. Insgesamt erfassen diese Störungen eine große Bandbreite von Ausprägungen und Schweregraden. Daher ist die bloße Feststellung einer Diagnose ohne weitere nachvollziehbare Darlegungen zur Einordnung der Störung in den Kreis psychischer Störungen **mit unterschiedlichen**

Der Senat tritt dem bei. Allerdings wird der **Schwerpunkt der Schuldfähigkeitsprüfung** u.a. wegen Äußerungen des Angekl. nach der Tat, die auf eine erhaltene Unrechtseinsicht hindeuten, **bei der Steuerungsfähigkeit** liegen. Die Sache bedarf wegen der rechtsfehlerhaften Erörterung der Schuldfähigkeit auch hinsichtlich des Maßregelausspruchs neuer Verhandlung und Entscheidung. Die Zuziehung eines anderen psychiatrischen Sachverständigen liegt nahe. “ (BGH aaO.)

II. Mordmerkmal der Heimtücke

Zudem hat der BGH sich mit der Frage befasst, ob bei Bestehen einer feinsinnigen Sphäre und früheren Körperverletzungen überhaupt von einer Arglosigkeit ausgegangen werden kann.

„Die Revisionsführer weisen zu Recht darauf hin, dass das LG seiner Prüfung des Mordmerkmals der Heimtücke unzutreffende rechtliche Maßstäbe zu Grunde gelegt hat. Nach st. Rspr. des BGH steht eine auf **früheren Aggressionen** und einer **feindseligen Atmosphäre** beruhende **latente Angst des Opfers** der Annahme von Arglosigkeit nicht entgegen; es kommt vielmehr darauf an, ob das Opfer **gerade im Tatzeitpunkt mit Angriffen auf sein Leben gerechnet** hat (vgl. etwa BGH, Ur. v. 20.10.1993 – 5 StR 473/93 = BGHSt 39, 353 [368 f.] = NJW 1994, 187 = NSZ 1994, 125; v. 23.08.2000 – 3 StR 234/00 = NSZ-RR 2001, 14; v. 09.09.2003 – 5 StR 126/03 = NSZ-RR 2004, 14 [15 f.]; v. 30.08.2012 – 4 StR 84/12 = NSZ 2013, 337 [338]). Ferner kann bei einem zunächst in Körperverletzungsabsicht geführten Angriff Arglosigkeit bejaht werden, wenn der ursprüngliche Verletzungswille des Täters so schnell in einen Tötungsvorsatzschlägt, dass der Überraschungseffekt bei Beginn der eigentlichen Tötungshandlung noch andauert (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Ur. v. 27.06.2006 – 1 StR 113/06 = NSZ 2006, 502 [503] m.w.N.).

Nach den im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen erscheint danach eine Arglosigkeit des keine Abwehrverletzungen aufweisenden Opfers nicht ausgeschlossen. Im Blick auf die Wahnstörung des Angekl. und den durch die Kammer angenommenen Impulsdurchbruch wäre ggfls. jedoch eingehend zu erörtern, ob der Angekl. mit Ausnutzungsbewusstsein gehandelt hat (hierzu Jähne, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 211Rn 45 m.w.N.). “ (BGH aaO.)

StGB

§§ 177 I Nr. 3, 174 a, 179

Vergewaltigung

Ausnutzung einer schutzlosen Lage

StR BT

(BGH in NSZ-RR 2016, 78; Beschluss vom 18.11.2015 – 4 StR 410/15)

Fall: Nach den Feststellungen ist er Angekl. ausgebildeter Altenpfleger. Ab dem 01.11.2005 arbeitete er im Altenpflegeheim in W. Die zur Tatzeit 50jährige Z litt unter einer leichten Intelligenzminderung und einer katatonen Schizophrenie. Nach ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus wurde Frau Z auf der Station 5 für psychisch erkrankte Bewohner des Altenpflegeheims in W untergebracht. Sie war in ihrer Auffassungsfähigkeit eingeschränkt, ihre Fähigkeit, Entscheidungen zu treffen, war herabgesetzt und ihre Widerstandskraft gegen Forderungen Dritter war deutlich vermindert. Der Angekl., dem das Krankheitsbild bekannt war, suchte Frau Z etwa 1 Woche lang allabendlich auf und berührte sie an der unbedeckten Brust und am unbedeckten Geschlechtsteil. An 1 Tag zwischen April und Anfang Juli 2006 forderte er Frau Z auf, ihm in ein unbelegtes Zimmer zu folgen. Frau Z tat dies auf Grund ihres psychischen Zustands; auch glaubte sie, der Angekl. habe ein ehrliches – nicht nur sexuelles – Interesse an ihr. In dem Zimmer führte der Angekl. den Geschlechtsverkehr mit Frau Z aus (Fall 1). Frau Z äußerte während des Geschlechtsakts, dass sie das nicht wolle, leistete jedoch auf Grund ihrer psychischen Verfassung keinen aktiven körperlichen Widerstand. Dem Angekl. war bewusst, dass sie wegen ihrer Erkrankung und ihrer Medikation ihren entgegenstehenden Willen nicht betätigen konnte.

Ab dem 01.12.2011 arbeitete der Angekl. im Altenpflegeheim „Am B“ in M. An einem Tag zwischen Anfang November 2012 und Mitte Dezember 2012 begab sich der Angekl. gegen 22 Uhr in das Zimmer der schlafenden 84-jährigen S, die zur Tatzeit noch geistig rüstig, aber nahezu erblindet war. Er forderte sie in harschem Befehlston auf, aufzustehen und sich mit dem Gesicht zur Wand zu stellen. Frau S fühlte sich an Vorgänge im Dritten Reich erinnert und war zutiefst verängstigt, so dass sie den Forderungen des Angekl. nachkam. Sie hielt ihr Nachthemd vor der Brust zusammen, der Angekl. zog im rückwärtigen Bereich daran. Dann kniff er von hinten in ihre bedeckte Brust, was ihr Schmerzen bereitete. Der Angekl. griff ihr an das Geschlechtsteil und führte mehrere Finger in die Vagina ein, wobei er sehr grob vorging und ihr erhebliche Schmerzen zufügte. Dann führte er mehrere Finger in den Anus ein und berührte sodann erneut den Vaginalbereich (Fall 2). Er forderte Frau S auf, sich wieder in ihr Bett zu legen, was sie aus Angst vor ihm auch tat. Der Angekl. legte ihr eine zusammengerollte Decke auf den Bauch oder auf die Beine

und warf sich mit Wucht auf sie. Sodann ging er in das Badezimmer, nahm einige Unterhosen aus dem Wäschekorb und roch daran, um sich zu erregen. Auf Grund der Progredienz seiner Uro- und Koprophilie, seiner fetischistischen Devianz, seiner dissozialen Persönlichkeitsakzentuierung und einer sadistischen Tendenz war die Steuerungsfähigkeit des Angekl. bei dieser Tat erheblich vermindert.

Das LG verurteilte den Angekl. wegen Vergewaltigung unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage i.S.d. § 177 I Nr. 3 StGB in 2 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch einer Hilfsbedürftigen in einer Einrichtung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten und verbot ihm für immer, den Beruf des Altenpflegers auszuüben.

I. Anforderungen an Ausnutzung einer schutzlosen Lage im Sinne des § 177 I Nr. 3 StGB

„Nach der neueren Rspr. des BGH erfordert die Verwirklichung des Tatbestandes des § 177 I Nr. 3 StGB u.a., dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es möglichen nötigen Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert ist. Diese Schutzlosigkeit muss eine Zwangswirkung auf das Opfer in der Weise entfalten, dass es **aus Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters** in Gestalt von Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen einen – ihm **grundsätzlich möglichen -Widerstand unterlässt und entgegen seinem eigenen Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet**; auf diese Umstände muss sich der – zumindest bedingte – Vorsatz des Täters erstrecken (vgl. dazu BGH, Ur. v. 27.03.2003 – 3 StR 446/02 = NStZ 2003, 533 [534]; v. 25.01.2006 – 2 StR 345/05 = BGHSt 50, 359 [366] = NJW 2006, 1146 = NStZ 2006, 395; Beschl. v. 04.04.2007 – 4 StR 345/06 = BGHSt 51, 280 [284] = NJW 2007, 2341 = NStZ 2008, 50; v. 11.06.2008 – 5 StR 193/08 = NStZ 2009, 263; v. 10.05.2011 – 3 StR 78/11 = NStZ-RR 2011, 311 [312]; v. 20.10.2011 – 4 StR 396/11 = NStZ 2012, 209; v.21.12.2011 – 4 StR 404/11 = NStZ 2012, 570 [571] – jew. m.w.N.; anders noch BGH, Ur. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99 = BGHSt 45, 253 [255 ff.] = NJW 2000, 1048 = NStZ 2000, 140 = NStZ-RR [bei Pfister] 2000, 359.“ (BGH aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

„Das LG hat im Fall 1 zwar Feststellungen dazu getroffen, dass sich die Gesch. Z zum Tatzeitpunkt **aus psychischen Gründen objektiv in einer schutzlosen Lage** befand. Dass sie die sexuellen Handlungen des Angekl. gerade aus Angst vor Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen hingenommen hat und der Angekl. dies erkannte und zumindest billigend in Kauf nahm, ergeben die Urteilsfeststellungen jedoch nicht. Die Gesch. Z wurde danach vielmehr auch durch den Glauben, der Angekl. habe ein „ehrliches“ Interesse an ihr, dazu veranlasst, ihm zu folgen.

Im Fall 2 kann der Schuldpruch nicht bestehen bleiben, weil sich das Urteil nicht zum Vorsatz des Angekl. verhält. Das LG hat keine Feststellungen dazu getroffen, **welche Vorstellung der Angekl. hatte**, weshalb sich die Gesch. S nicht gegen seine Handlungen zur Wehr setzte und ob er es jedenfalls billigend in Kauf nahm, dass die – wie es an anderer Urteilsstelle heißt – vor Angst zitternde Frau **gerade im Hinblick auf ihre Schutzlosigkeit auf möglichen Widerstand verzichtet hat.**“ (BGH aaO.)

VersammlG
§§ 9 I, 15 III

Versammlungsrechtliche Auflage Ausweisungspflicht für Ordner

POR

(OVG Bautzen in LKV 2016, 223; Urteil vom 02.02.2016 – 3 A 181/14)

1. Die **Verpflichtung von Ordnern** durch eine versammlungsrechtliche Auflage, auf Verlangen zur Identitätsfeststellung einen **gültigen Personalausweis vorzuzeigen**, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.
2. Eine **Verpflichtung des Versammlungsleiters** durch eine versammlungsrechtliche Auflage, die **Ordner in Anwesenheit des Einsatzleiters der Polizei in ihre Aufgaben einzuweisen** und über ihre Rechte und Pflichten zu belehren, ist rechtswidrig.

Fall: Der Kl. begehrte die Feststellung, dass u.a. die ihm erteilten versammlungsrechtlichen Verpflichtung, die Einweisung der Ordner in ihre Aufgaben durch den Versammlungsleiter in Anwesenheit des Einsatzleiters durchzuführen und die Auflage, dass die Ordner einen gültigen Personalausweis auf Verlangen zwecks Identitätsfeststellung vorzuzeigen hätten, rechtswidrig gewesen seien.

I. Vorlage von Personalausweisen zur Identitätskontrolle der Ordner

1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

„Die Verpflichtung zum Vorzeigen eines gültigen Personalausweises auf Anforderung der Polizei berührt das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Dieses Recht trägt Gefährdungen und Verletzungen der Persönlichkeit Rechnung, die sich für den Einzelnen aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben. Der hieraus folgende grundrechtliche Schutz entfällt dabei nicht durch den Umstand, dass der Einzelne gesetzlich verpflichtet ist, Angaben zu seinen Personalien zu machen (vgl. § 111 I OWiG), einen gültigen Ausweis zu besitzen und ihn auf Verlangen einer zur Feststellung der Identität berechtigten Behörde vorzulegen (vgl. § 1 I 1 und 2 PAuswG). Hierdurch wird **keine Befugnis der Behörde begründet, einen Ausweis zu verlangen**. Es gibt keine allgemeine Verpflichtung, sich ohne Grund auf amtliche Aufforderung auszuweisen oder sonstige Angaben zu Personalien zu machen (BVerfG [Kammer], Beschl. v. 24.07.2015 – 1 BvR 2501/13, juris Rn. 11 m.w.N.).

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende **Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu bestimmen, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden** (BVerfG, aaO. Rn. 12 m.w.N.). Zwar ist das Gewicht des Grundrechtseingriffs verhältnismäßig gering, wenn die Identitätsfeststellung durch Vorzeigen eines Ausweispapiers weder heimlich noch anlasslos erfolgt und die Persönlichkeitsrelevanz der im Zusammenhang mit einer Identitätsfeststellung erhobenen Informationen von vornherein begrenzt ist. Gleichwohl bedarf ein solcher Eingriff einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Einzelfall, im Rahmen derer die Gerichte gehalten sind, die Bedeutung und Tragweite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinreichend zu berücksichtigen (BVerfG, aaO.).

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darf **im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit** und unter Beachtung des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weitergehen als es zum Schutz des öffentlichen Interesses unerlässlich ist. Danach sind die Gesetze ihrerseits unter Berücksichtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auszulegen und anzuwenden, damit dessen Bedeutung für das einfache Recht auch auf der Ebene der Rechtsanwendung zur Geltung kommt.

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gebietet dabei insbesondere eine Auslegung des einfachen Rechts, bei der abschreckende Effekte auf den Gebrauch des Grundrechts möglichst geringgehalten werden (BVerfG, aaO. Rn. 13 m.w.N.). Hiergegen würde es verstoßen, wenn etwa im Fall des Anfertigen von Aufnahmen eines Polizeieinsatzes die bloße Möglichkeit einer späteren strafbaren Verwendung zur Grundlage einer polizeilichen Identitätsfeststellung gemacht würde (BVerfG, aaO. Rn. 14).“ (OVG Bautzen aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

„Hiervon ausgehend begegnet die Verpflichtung der Ordner durch die Auflage Nr. 1.5, auf Verlangen zur Identitätsfeststellung einen gültigen Personalausweis vorzuzeigen, keinen rechtlichen Bedenken.

Die Zulässigkeit des Einsatzes von Ordnern ist in § 18 II VersammlG geregelt. Hiernach bedarf ihr Einsatz der polizeilichen Erlaubnis. Diese ist bei der Anmeldung zu beantragen und ergeht auf der Grundlage einer Ermessensentscheidung. Eine Versagung der Erlaubnis kommt in Betracht, wenn die **für die Tätigkeit als Ordner gemeldete Person als unzuverlässig oder ungeeignet bekannt** ist (OVG Bautzen, Urt. v. 04.06.2009 – 3 B 59/06, juris Rn. 26 m.w.N.). Aus dieser Regelung, die nach § 19 I VersammlG auch auf Aufzüge entsprechend anwendbar ist, folgt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass die Polizei auch die Zuverlässigkeit von Ordnern überprüfen kann (OVG Bautzen, Beschl. v. 04.04.2002 – 3 BS 103/02, juris Rn. 28). Die zuständige **Behörde muss die Möglichkeit haben**, die vom Veranstalter bestellten Ordner vor Beginn der Versammlung daraufhin zu überprüfen, ob sie die **Voraussetzungen des § 9 I VersammlG erfüllen** (OVG Münster, Beschl. v. 09.02.2001 – 5 B 180/01, juris Rn. 10; Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 16. Aufl. [2011], § 18 Rn. 24 m.w.N.; ähnlich Peters/Janz, Handb. VersammlungsR, 2015, F Rn. 24). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Versammlung und ihr Ablauf prognostisch keinerlei Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erwarten lassen und auch ansonsten offensichtlich kein Anlass besteht, die Zuverlässigkeit und Geeignetheit der Ordner in Frage zu stellen.

Die Beurteilung der Zuverlässigkeit und Geeignetheit eines Ordners hängt davon ab, ob die betreffende Person die **Gewähr dafür bietet, dass sie ihre Aufgaben als Ordner ordnungsgemäß ausüben** wird. Seine Aufgabe besteht in der Mitwirkung bei der Abwehr unmittelbarer Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die aus der Versammlung drohen. Hinreichende Tatsachen für die Annahme einer Unzuverlässigkeit können sich insbesondere aus **einschlägigen Vorstrafen** ergeben (OVG Bautzen, Urt. v. 04.06.2009 aaO. Rn. 28 m.w.N.).

Die hiernach **erforderliche Prüfung der Zuverlässigkeit von eingesetzten Ordnern** sowie ihrer Volljährigkeit (vgl. § 18 I, § 9 I 2 VersammlG) ist aber **nur möglich, wenn deren Identität bekannt** ist, so dass die auf Feststellung der Identität der Ordner gerichtete Auflage Nr. 1.5 zulässig (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 04.04.2002 aaO.; OVG Münster, aaO.).

Die Verpflichtung der vom Kl. gestellten Ordner, auf Verlangen ein gültiges Ausweispapier vorzulegen, stellt eine solche beschränkende Verfügung dar. Sie dient der **Sicherstellung, dass die Ordner im vorgenannten Sinne geeignet und volljährig** (vgl. § 18 I, § 9 I VersammlG) sind. Sie soll die polizeiliche Entscheidung über zulässige Verwendung der Ordner nach § 18 II 1 VersammlG ermöglichen und dient damit der **Kontrolle der Einhaltung der Auflage** i.S.v. § 15 III VersammlG. Dient die Verpflichtung zur Vorlage von gültigen Ausweispapieren auf Anforderung der Sicherstellung einer Einhaltung der Auflage i.S.v. § 15 III VersammlG, bedarf es keiner konkreten Feststellung, dass einzelne Ordner zu einer unmittelbaren und konkreten Gefahr i.S.v. § 15 I VersammlG für die Versammlung werden könnten.“ (OVG Bautzen aaO.)

Die gegen diese Auflage gerichtete Fortsetzungsfeststellungsklage ist daher nicht begründet.

II. Verpflichtung der Versammlungsleitung zur Einweisung der Ordner

„Erfolgreich ist die Fortsetzungsfeststellungsklage hinsichtlich der Verpflichtung des Versammlungsleiters durch die Auflage Nr. 1.5, soweit sie ihn dazu verpflichtet, die **Ordner in Anwesenheit des Einsatzleiters der Polizei in ihre Aufgaben einzuweisen** und über ihre Rechte und Pflichten zu belehren. Entgegen der Begründung dieser Anordnung kann diese nicht auf die Verpflichtung des Versammlungsleiters des hier über § 18 I VersammlG anwendbaren § 8 S. 2 VersammlG gestützt werden, wonach der Versammlungsleiter während der Versammlung für Ordnung zu sorgen hat. **Natürgemäß erfolgt die Einweisung und Belehrung der Ordner vor und nicht während der Versammlung.** Zwar dient die Einweisung und Belehrung der Ordner auch dem Zweck, während der Versammlung für Ordnung zu sorgen. Die Auflage hat allerdings auch Auswirkungen auf die Versammlung selbst, weil sie letztlich auch den Beginn der Versammlung von dem Eintreffen des Einsatzleiters der Polizei beim Versammlungsleiter oder von dem Aufsuchen und Auffinden des Einsatzleiters durch den Versammlungsleiter nebst den Ordnern abhängig macht, was schon für sich genommen einen **erheblichen Eingriff in die Versammlungsfreiheit** darstellt. Sofern der Einsatzleiter der Polizei verhindert oder nicht auffindbar wäre, dürfte die Versammlung mangels möglicher Einweisung der Ordner in seiner Anwesenheit nicht beginnen. Für eine solche Vorgehensweise ist **weder eine konkrete Rechtsgrundlage noch ist ein sachlicher Grund** dafür ersichtlich, dass die Einweisung und Belehrung in Anwesenheit des Einsatzleiters der Polizei erfolgen müsste.“ (OVG Bautzen aaO.)

SächsBRKG
§§ 2 I, 69

Beseitigung einer Ölspur Öffentlicher Notstand

ÖffR

(OVG Bautzen in DÖV 2016, 532; Urteil vom 15.07.2015 – 5 A 701/13)

1. Eine Ölspur auf öffentlicher Straße ist nur dann ein öffentlicher Notstand i.S.d. § 2 I 2 SächsBRKG, wenn sie **nicht mit polizeilichen Maßnahmen schnell und effektiv beseitigt** werden kann.
2. **Polizeiliche Maßnahmen** i.S.d. § 2 I 3 SächsBRKG sind alle Maßnahmen, die der **Abwehr von Gefahren** oder Beseitigung von **Störungen der öffentlichen Sicherheit** dienen.
3. Liegt kein öffentlicher Notstand vor, handelt es sich bei den Maßnahmen der Feuerwehr zur **Beseitigung einer Ölspur nicht um eine technische Hilfe** i.S.d. § 2 I 1 SächsBRKG. Für den Ersatz der Kosten eines solchen Einsatzes bedarf es dann einer entsprechenden Satzungsregelung.

(BVerfG in DÖV 2016, 530; Urteil vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 u. 1140/09)

1. Die Ermächtigung des Bundeskriminalamts zum **Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen** (Wohnraumüberwachungen, Online-Durchsuchungen, Telekommunikationsüberwachungen, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebungen und Überwachungen außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung) ist **zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus** im Grundsatz mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar.
2. Die **Ausgestaltung solcher Befugnisse muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen**. Befugnisse, die tief in das Privatleben hineinreichen, müssen auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein, setzen voraus, dass eine **Gefährdung** dieser Rechtsgüter **hinreichend konkret absehbar** ist, dürfen sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nichtverantwortliche Dritte aus dem Umfeld der Zielperson erstrecken, verlangen überwiegend besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie einen Schutz von Berufsheimnisträgern, unterliegen **Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle** und müssen mit Löschungspflichten bezüglich der erhobenen Daten flankiert sein.
3. Anforderungen an die **Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten** richten sich nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung.
 - a) Die **Reichweite** der Zweckbindung richtet sich **nach der jeweiligen Ermächtigung** für die Datenerhebung; die Datenerhebung bezieht ihren Zweck zunächst aus dem jeweiligen Ermittlungsverfahren.
 - b) Der Gesetzgeber kann eine Datennutzung über das für die Datenerhebung maßgebende Verfahren hinaus im Rahmen der ursprünglichen Zwecke dieser Daten erlauben (**weitere Nutzung**). Dies setzt voraus, dass es sich um eine Verwendung der Daten durch dieselbe Behörde zur Wahrnehmung derselben Aufgabe und zum Schutz derselben Rechtsgüter handelt. Für **Daten aus Wohnraumüberwachungen** oder einem **Zugriff auf informationstechnische Systeme** müssen zusätzlich für jede weitere Nutzung auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sein.
 - c) Der Gesetzgeber kann darüber hinaus eine Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (**Zweckänderung**).
Die Verhältnismäßigkeitsanforderungen für eine solche Zweckänderung orientieren sich am **Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung**. Danach muss die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dienen, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten. Eine konkretisierte Gefahrenlage wie bei der Datenerhebung ist demgegenüber grundsätzlich nicht erneut zu verlangen; erforderlich, aber auch ausreichend, ist in der Regel das **Vorliegen eines konkreten Ermittlungsansatzes**.
Für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen darf die Verwendung zu einem geänderten Zweck allerdings nur erlaubt werden, **wenn auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt** sind.
4. Die Übermittlung von Daten **an staatliche Stellen im Ausland** unterliegt den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen von Zweckänderung und Zweckbindung. Bei der Beurteilung der neuen Verwendung ist die Eigenständigkeit der anderen Rechtsordnung zu achten. Eine Übermittlung von Daten ins Ausland verlangt eine Vergewisserung darüber, dass ein **hinreichend rechtsstaatlicher Umgang mit den Daten im Empfängerstaat** zu erwarten ist.

(OVG Lüneburg in GewA 2016, 214; Beschluss vom 04.02.2016 – 7 LB 81/14)

1. Die **Untersagung einer unselbständigen leitenden Tätigkeit** nach § 35 I 2 GewO setzt voraus, dass sie erforderlich und der Betroffene **auch dafür unzuverlässig** ist. Grundsätzlich bestehen keine Bedenken, dass die technische Leitung eines Betriebes sich von der mit unternehmerischen Entscheidungen verbundenen kaufmännischen Leitung trennen lässt.
2. Ein erst **nach Abschluss des Insolvenzverfahrens eröffnetes Insolvenzverfahren** bewirkt nicht die Unterbrechung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 240 ZPO und hat nicht die Rechtswidrigkeit einer Gewerbeuntersagung wegen einer auf ungeordneten Vermögensverhältnissen beruhenden Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zur Folge.

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§§ 850c, 850i

**Grenzen des Pfändungsschutzes
Pflichtteilsansprüche als sonstige Einkünfte**

ZwVollstrR

(BGH in NZI 2016, 457; Beschluss vom 07.04.2016 – IX ZB 69/15)

1. Sonstige Einkünfte, die **kein Erwerbseinkommen** sind, können nur für unpfändbar erklärt werden, soweit dies erforderlich ist, damit dem Schuldner ein **unpfändbares Einkommen in Höhe** der von § 850c I, IIa ZPO **bestimmten Grundbeträge verbleibt**.
2. Sonstige Einkünfte sind **nur eigenständig erwirtschaftete Einkünfte**. Ansprüche aus einem Pflichtteilsanspruch zählen nicht hierzu.

Fall: Mit Beschluss vom 17.01.2012 eröffnete das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners und bestellte den weiteren Beteiligten zum Treuhänder. Der Schuldner hat Restschuldbefreiung beantragt. Er erzielt laufende Einkünfte aus einer Berufsunfähigkeits- und zwei Unfallrenten in einer Höhe von - im Jahr 2011 - monatlich insgesamt 1.057,74 €; mit Beschluss vom 14.03.2012 bestimmte das Insolvenzgericht die Reihenfolge, in der der nach § 850c ZPO unpfändbare Betrag zu entnehmen ist. Zugunsten der Masse ergab sich ein pfändbarer Betrag von 35,78 € monatlich, der seither zur Masse abgeführt wird. Der Treuhänder erstattete am 15.10.2012 seinen Schlussbericht und beantragte, einen Schlusstermin zu bestimmen. Das Insolvenzverfahren ist nicht abgeschlossen.

Am 03.06.2012 verstarb der Vater des Schuldners. Der Schuldner erhob im Jahr 2013 eine Pflichtteilsklage gegen seine Mutter. Am 24.03.2014 schlossen der Schuldner und seine Mutter einen Vergleich über die Pflichtteilsansprüche des Schuldners. Danach verpflichtete sich die Mutter, an den Schuldner 6.750 € zu zahlen. Am 31.07.2014 führte der Schuldner 3.375 € an den Treuhänder ab. Mit Schreiben vom 15.08.2014 beantragte der Schuldner, den pfandfreien Betrag nach § 36 IV InsO anzuheben und ihm aus dem an die Insolvenzmasse abgeführten Teil des Vergleichsbetrags einen Betrag von 1.956,18 € zu belassen, weil er in dieser Höhe eine Krankenhausrechnung bezahlen müsse. Es handele sich um eine außergewöhnliche Belastung gemäß § 850f I lit. b ZPO. Der Treuhänder forderte den Schuldner auf, auch den Restbetrag des Pflichtteilsanspruchs an die Insolvenzmasse abzuführen. Der Schuldner wies darauf hin, dass er von diesem Betrag Kautions- und Umzugskosten habe bezahlen müssen und auf den Kauf einer Küche angewiesen sei. Er beantragte deshalb mit Schreiben vom 23.12.2014 weiter, ihm auch den noch nicht an die Insolvenzmasse abgeführten Betrag von 3.375 € zu belassen.

Das Amtsgericht hat die Anträge zurückgewiesen. Mit seiner Beschwerde hat der Schuldner beantragt, ihm aus dem Pflichtteilsanspruch einen Betrag in Höhe von 4.138,18 € zu belassen und als unpfändbaren Betrag zu behandeln. Zu Recht?

I. Pfändungsschutz nach § 850i ZPO

Dem Schuldner könnte Pfändungsschutz nach § 850i ZPO hinsichtlich seiner Forderungen aus dem Pflichtteilsanspruch zu stellen.

1. Zulässigkeit eines solchen Antrags im Insolvenzverfahren

Das Insolvenzgericht hat als besonderes Vollstreckungsgericht (§ 36 IV InsO) gemäß § 36 I 2 InsO auch § 850i ZPO anzuwenden.

2. Insolvenzbeschlagnahme von Pflichtteilsansprüchen

Es ist fraglich, ob die Pflichtteilsansprüche überhaupt dem Insolvenzbeschlagnahme unterliegen.

*„Gemäß § 35 I InsO umfasst das Insolvenzverfahren das **gesamte Vermögen**, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Insolvenzverfahrens erlangt. Dies **gilt auch für Pflichtteilsansprüche**, die ungeachtet § 852 ZPO **in vollem Umfang zur Insolvenzmasse** gehören, wenn der Erbfall **vor der Aufhebung des Insolvenzverfahrens** (§ 200 InsO) eintrat (BGH, Beschluss vom 02.12.2010 - IX ZB 184/09, ZIP 2011, 135 Rn. 8; HK-InsO/Ries, 7. Aufl. § 35 Rn. 45). Im Streitfall trat der Erbfall am 03.06.2012 und damit vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens ein. Nachdem der Schuldner den Pflichtteilsanspruch gegen seine Mutter gerichtlich geltend machte, war er **mit Rechtshängigkeit der Pfändung unterworfen** (§ 852 I ZPO). Von diesem Zeitpunkt an konnte der Anspruch für die Insolvenzmasse verwertet werden.“* (BGH aaO.)

3. Freistellung von Teilbeträgen nach § 850i ZPO

Allerdings könnte dem Schuldner aus dem Pflichtteilsanspruch ein unpfändbarer Betrag gemäß § 850i ZPO zur Verfügung zu stellen sein. Nach § 850i ZPO hat das Gericht dem

Schuldner bei der Pfändung von **nicht wiederkehrend zahlbaren Vergütungen für persönlich geleistete Arbeiten oder Dienste** oder sonstiger Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind, auf Antrag während eines angemessenen Zeitraums so viel zu belassen, als ihm nach freier Schätzung des Gerichts verbleiben würde, wenn sein Einkommen auslaufendem Arbeits- oder Dienstlohn bestünde

a) Regelungszweck der Vorschrift

„Handelt es sich bei den sonstigen Einkünften **nicht um Erwerbseinkünfte**, können solche Einkünfte nach § 850i I ZPO nur für unpfändbar erklärt werden, soweit dies **erforderlich ist, damit dem Schuldner ein unpfändbares Einkommen** in Höhe der von § 850c I, 2a ZPO bestimmten Beträge **verbleibt**. Hingegen dient § 850i I 1 Fall 2 ZPO nicht dazu, sonstige Einkünfte, die kein Erwerbseinkommen darstellen, in einem die Pfändungsfreigrenzen des § 850c I, IIa ZPO übersteigenden Umfang von der Pfändbarkeit freizustellen. Mithin kann der Schuldner nicht verlangen, sonstige Einkünfte nach § 850i I ZPO ganz oder teilweise für unpfändbar zu erklären, wenn er - wie im Streitfall - **aus anderen Quellen über ein pfändungsfreies Einkommen in Höhe der nach § 850c I, IIa ZPO unpfändbaren Beträge** verfügt.“ (BGH aaO.)

aa) Gleichstellung des Pfändungsschutzes von Selbstständigen mit Arbeitnehmern

„Dies ergibt sich aufgrund der **gesetzgeberischen Interessenabwägung und Wertung**, die § 850i I ZPO zugrunde liegt. Danach ist Ziel der Norm ein doppeltes: Die Reform zielt in erster Linie dahin, den **Pfändungsschutz für nicht abhängig Erwerbstätige** zu erweitern (BT-Drucks. 16/7615 S. 9, 11 f, 14). Die Neuregelung soll die bisherige Ungleichbehandlung von abhängig beschäftigten und selbstständig tätigen Personen beseitigen (BT-Drucks. aaO S. 12, 18; BGH, Beschluss vom 26.06.2014 - IX ZB 87/13, ZIP 2014, 1598 Rn. 11). Hierzu soll der **Pfändungsschutz für Selbstständige** dem Pfändungsschutz für Arbeitnehmer angeglichen werden (BT-Drucks. aaO. S. 12).

Um dieses Ziel zu verwirklichen, ist es nur erforderlich, das Erwerbseinkommen eines Selbständigen entsprechend den für ein Arbeitseinkommen geltenden Bestimmungen pfändungsfrei zu stellen. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte **Gleichbehandlung von selbstständig tätigen und abhängig beschäftigten Personen** erfordert jedoch nicht, Einkünfte, die nicht auf einer Erwerbstätigkeit beruhen, als Arbeitseinkommen zu behandeln und im gleichen Umfang wie Arbeitseinkommen pfändungsfrei zu stellen. Im Gegenteil ergibt sich aus der vom Gesetzgeber angestrebten Gleichbehandlung von abhängig und nicht abhängig beschäftigten Personen, dass dann, wenn ein Arbeitnehmer für bestimmte Einkünfte keinen Pfändungsschutz genießt, ein selbstständig tätiger Schuldner für entsprechende Einkünfte ebenfalls keinen Pfändungsschutz erhalten kann. Das **Gesetz zielt nicht darauf, jedwede Geldforderungen** eines Schuldners umfassend und uneingeschränkt **wie Arbeitseinkommen zu behandeln**. Dass dem erwerbstätigen Schuldner nach der gesetzlichen Wertung in der Vollstreckung mehr als das Existenzminimum verbleiben soll, damit er sich weiter um Arbeit bemüht (Lohnabstandsgebot; vgl. BGH, Beschluss vom 26.06.2014 - IX ZB 88/13, ZIP 2014, 1542 Rn. 13; Ahrens, ZInsO 2010, 2357; Meller-Hannich, WM 2011, 529, 530), erfordert keine zusätzliche Freistellung solcher Einkünfte, die nicht auf Erwerbstätigkeit beruhen.“ (BGH aaO.)

bb) Entlastung öffentlicher Haushalte

„Hinsichtlich der sonstigen Einkünfte, die kein Erwerbseinkommen darstellen, greift vielmehr die zweite Wertung, die § 850i ZPO zugrunde liegt. Die von § 850i ZPO ermöglichte Unpfändbarkeit soll nämlich auch die **öffentlichen Haushalte von ansonsten notwendig werdenden Transferleistungen öffentlicher Kassen entlasten** (BT-Drucks. aaO. S. 12, 30). Danach soll sichergestellt werden, dass dem Schuldner **die für ein menschenwürdiges Dasein benötigten Mittel zur Verfügung stehen** und ihm nicht im Wege der Zwangsvollstreckung entzogen werden (BT-Drucks. aaO. S. 12). Der Pfändungsschutz soll dem **Eintritt der Hilfebedürftigkeit infolge einer Pfändung entgegenwirken**, die Sozialhilfeträger sollen dauerhaft entlastet und der Steuerzahler nicht indirekt für private Verbindlichkeiten aufkommen müssen (BT-Drucks. aaO.).

Diese Erwägung trägt jedoch **nur den Pfändungsschutz für das Existenzminimum**. Denn im Rahmen des § 850i ZPO hat der Gesetzgeber auch die Interessen der Gläubiger berücksichtigt (BT-Drucks. aaO. S. 12); es sind die Belange von Schuldner und Gläubiger abzuwägen (BGH, ZIP 2014, 1598 Rn. 14). Das **Gläubigerrecht auf effektive Befriedigung** berechtigter Forderungen tritt danach **nur insoweit zurück**, wie es erforderlich ist, um das Existenzminimum des Schuldners zu sichern. Sobald dieses gesichert ist, ergibt sich aus den gesetzlichen Wertungen des § 850i ZPO keine weitere Einschränkung für die Pfändbarkeit sonstiger Einkünfte des Schuldners, die kein Erwerbseinkommen darstellen.“ (BGH aaO.)

b) Höhe des Pfändungsfreibetrages

Im Rahmen des § 850i I 1 ZPO ist insofern auf die in § 850c I, 2a ZPO geregelten unpfändbaren Grundbeträge abzustellen. Für die Frage, ob dem Schuldner nach

§ 850i I 1 ZPO sonstiges Einkommen, das nicht Erwerbseinkommen ist, pfändungsfrei zu belassen ist, kommt es daher darauf an, ob der Schuldner zum Zeitpunkt der Pfändung ein **unpfändbares Einkommen in geringerer Höhe** als die von § 850c I, 2a ZPO bestimmten Beträge erzielt.

„Da diese Beträge **regelmäßig höher liegen als der übliche Sozialhilfebedarf** (vgl. Meller-Hannich, WM 2011, 529, 530), wird der Schuldner schon dadurch motiviert, Einkünfte selbst zu erzielen und die eigene Leistungsfähigkeit zu erhöhen (vgl. BGH, Beschluss vom 26.06.2014 - IX ZB 88/13, ZIP 2014, 1542 Rn. 12). Hingegen erfordert es die zweite, § 850i I 1 ZPO zugrundeliegende Wertung, öffentliche Kassen von Transferleistungen zu entlasten, nicht, zugunsten des Schuldners sonstige, nicht auf seiner selbstständig oder unselbstständig ausgeübten Erwerbstätigkeit beruhende Einkünfte auch in einem über die Grundbeträge des § 850c I, 2a ZPO hinausgehenden Umfang von der Pfändung freizustellen. Soweit § 850c II ZPO **erhöhte Freibeträge bei einem Mehrverdienst** gewährt, der die Grundbeträge übersteigt, beruht dies hingegen auf der hiermit nicht vergleichbaren Erwägung, den **Schuldner an einer Erhöhung seines Verdienstes** und damit an einer Erhaltung und Verbesserung seiner Arbeitsleistung **zu interessieren** (Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl. § 850c Rn. 1; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 4. Aufl. § 850c Rn. 22). Dieser Anreiz, für eine Steigerung seiner Bezüge über den Grundbetrag hinaus zu sorgen, trifft auf die angestrebte Entlastung der öffentlichen Kassen nicht zu. Deshalb ermöglicht das Gesetz dem Gericht eine **freie Schätzung auf das, was dem Schuldner verbleiben würde**, wenn sein Einkommen auslaufendem Arbeits- oder Dienstlohn bestünde. Beruhen die Einkünfte nicht auf einer Erwerbstätigkeit, so bleibt als rechtfertigender Grund der Unpfändbarkeit nur der Schutz des Existenzminimums; darüberhinausgehende Interessen des Schuldners bestehen nicht. Gleiches gilt für die vom Gesetzgeber genannten fiskalischen Interessen.“ (BGH aaO.)

c) Anwendung auf den Fall

Im vorliegenden Fall erzielte der Schuldner laufende **Einkünfte aus 3 Rentenversicherungen**. Diese übersteigen den nach § 850c I, IIa ZPO unpfändbaren Grundbetrag. Der über den Pfändungsfreibetrag hinausgehende Betrag dieser Einkünfte unterfällt ohnehin der Pfändung und somit auch dem Insolvenzbeschluss. Dem Schuldner verbleibt damit schon vor diesem Hintergrund das gesetzlich vorgesehene Existenzminimum. Die Freistellung weiterer Beträge aus den Pflichtteilsansprüchen des Schuldners ist damit vor dem Hintergrund der vorstehenden Regelungszwecke unter keinem Gesichtspunkt angezeigt. Ein weitergehender Pfändungsschutz nach § 850i I 1 ZPO steht dem Schuldner daher nicht zu.

II. Pfändungsschutz nach § 850f I ZPO

Allerdings könnte dem Schuldner nach § 850f I ZPO i.V.m. § 850i ZPO Pfändungsschutz bezüglich des Pflichtteilsanspruchs zu stehen. Danach kann das Vollstreckungsgericht dem Schuldner auf Antrag von dem nach den Bestimmungen der §§ 850c, 850d und 850i pfändbaren Teil seines Arbeitseinkommens einen Teil belassen, wenn **besondere Bedürfnisse des Schuldners aus persönlichen oder beruflichen Gründen** dies erfordern und überwiegende Belange des Gläubigers nicht entgegenstehen.

„Zwar ermöglicht es § 850f I ZPO, individuelle Bedürfnisse des Schuldners bei der Bemessung der Pfändungsgrenzen zu berücksichtigen, insbesondere die pauschalierten Freigrenzen des § 850c ZPO an den individuellen Sozialhilfebedarf anzupassen (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 850f Rn. 2). Diese Vorschrift ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung **auch auf den nach § 850i ZPO pfändbaren Teil eines Arbeitseinkommens** anzuwenden. Dabei kann dahinstehen, ob dies lediglich eine erweiterte Unpfändbarkeit von Erwerbseinkünften ermöglicht oder sich auf sämtliche von § 850i ZPO erfassten Einkünfte erstreckt. Denn die Pflichtteilsansprüche fallen - anders als das Beschwerdegericht annimmt - nicht unter § 850i ZPO.“

§ 850i I 1 Fall 2 ZPO setzt voraus, dass es sich bei den sonstigen Einkünften um **selbst erwirtschaftete Einkünfte** handelt (BGH, Beschluss vom 26.06.2014 - IX ZB 88/13, ZIP 2014, 1542 Rn. 10). Ansprüche aus einem Pflichtteilsanspruch zählen nicht hierzu. Ziel des Gesetzgebers ist es, dass die Mittel, die der Schuldner zu seinem Lebensunterhalt braucht, vorrangig von ihm selbst erwirtschaftet werden sollen. Mithin erfasst § 850i I ZPO **Miet- und Pachteinnahmen aus einem Nießbrauch** (BGH, Beschluss vom 26.06.2014, aaO. Rn. 16) sowie **Einkünfte aus einer Untervermietung** (BGH, Beschluss vom 23.04.2015 - VII ZB 65/12, WM 2015, 1291 Rn. 9). § 850i ZPO soll vermeiden, dass ein Schuldner seinen **Lebensunterhalt nicht durch eigene, wirtschaftliche Bemühungen sichern** kann. Ein weitergehender Schutz des Schuldners ist aber vom Gesetz nicht beabsichtigt, weil das Gesetz auch die Interessen des Gläubigers an einer effektiven Befriedigung berechtigter Forderungen berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund stellen Geldforderungen, die der Schuldner nicht aufgrund wirtschaftlicher Betätigung erwirbt, keine sonstigen Einkünfte im Sinne des § 850i ZPO dar... Damit kann sich ein Schuldner gegenüber der Pfändung von Pflichtteilsansprüchen von vornherein nicht auf § 850f I ZPO berufen.“ (BGH aaO.)

Auch über § 850f I ZPO ist den Schuldner daher kein Pfändungsschutz für die Pflichtteilsansprüche zu gewähren.

ZPO
§§ 232, 233**Öffentliche Bekanntmachung und Beschwerdefrist
Zustellungswirkung im Insolvenzverfahren**

ZivilProzR

(BGH in NJW-RR 2016, 623; Beschluss vom 24.03.2016 – IX ZB 67/14)

Die **öffentliche Bekanntmachung** einer im Insolvenzverfahren ergangenen Entscheidung wirkt als Zustellung und **setzt die Beschwerdefrist in Gang**, auch wenn die gesetzlich vorgeschriebene Rechtsbehelfsbelehrung fehlt oder fehlerhaft ist. Der Belehrungsmangel kann allenfalls eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründen.

Fall: Der weitere Bet. ist Verwalter in dem am 22.06.2010 beantragten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Am 03.05.2013 beantragte er eine Vergütung i.H.v. 17.200,92 €. Mit Beschluss vom 26.01.2014 setzte das InsG seine Vergütung auf 13.535,72 € fest. Der Beschluss wurde nach den Feststellungen des BeschwGer. am 31.01.2014 mit folgendem Wortlaut im Internet öffentlich bekanntgemacht:

„In dem Insolvenzverfahren ... sind Vergütung und Auslagen des Insolvenzverwalters durch Beschluss des InsG ... vom 26.01.2014 festgesetzt worden. Der vollständige Beschluss kann von den Bet. in der Geschäftsstelle des InsG ... eingesehen werden“.

Zusätzlich stellte das InsG den Beschluss am 06.02.2014 dem weiteren Bet. persönlich zu. Sowohl bei der Bekanntmachung im Internet als auch bei der persönlichen Zustellung war dem Beschluss eine Rechtsbehelfsbelehrung mit – auszugsweise – folgendem Inhalt beigelegt:

„Diese Entscheidung kann mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden ... Die sofortige Beschwerde ist innerhalb einer Frist von 2 Wochen ... einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der Entscheidung. Soweit die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgt ist, beginnt sie, sobald nach dem Tag der Veröffentlichung zwei weitere Tage verstrichen sind. Erfolgt die öffentliche Bekanntmachung neben der Zustellung, ist für den Beginn der Frist das frühere Ereignis maßgebend. Die sofortige Beschwerde ist bei dem AG Offenbach einzulegen“.

Am 20.02.2014 hat der weitere Bet. beim AG Offenbach als InsG sofortige Beschwerde gegen die Festsetzung seiner Vergütung eingelegt. Ist die Beschwerdefrist eingehalten?

Nach § 64 I InsO setzt das Insolvenzgericht die Vergütung und die zu erstattenden Auslagen des Insolvenzverwalters **durch Beschluss** fest. Nach § 64 III InsO steht dem Insolvenzverwalter gegen den seiner Vergütung festzusetzenden Beschluss die **sofortige Beschwerde** zu. Da die InsO hierzu keine weiteren Regelungen enthält, gilt der Verweis des § 4 InsO auf die ZPO. Nach §§ 4, 64 III InsO i.V.m. § 567 I Nr. 2 ZPO ist gegen dergestalt im ersten Rechtszug ergangene Entscheidungen der Amtsgerichte die sofortige Beschwerde eröffnet, da es sich bei dem vom Festsetzungsantrag abweichenden Beschluss über die Vergütung des Insolvenzverwalters um eine Entscheidung handelt, die ohne mündliche Verhandlung getroffen werden konnte. Für die sofortige Beschwerde läuft insofern die Frist des § 569 I ZPO. Danach ist die sofortige Beschwerde binnen einer **Notfrist von zwei Wochen** bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, oder bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die Notfrist beginnt **mit der Zustellung des anzufechtenden Beschlusses** zu laufen.

I. Fristberechnung bei Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung

§ 64 II InsO sieht die **öffentliche Bekanntmachung** des Beschlusses vor und regelt darüber hinaus, dass auch den Insolvenzverwalter der **Beschluss besonders zuzustellen** ist. Fraglich ist daher, ob hier die Zustellung erst mit der persönlich an den weiteren Bet. adressierten Zustellung am 06.02.2014 erfolgt ist, so dass dann die am 20.02.2014 eingegangene Beschwerde fristgerecht gewesen wäre, oder ob angesichts der öffentlichen Bekanntmachung von einem früheren Zustellzeitpunkt auszugehen ist.

Nach § 9 I InsO erfolgt die öffentliche Bekanntmachung erfolgt durch eine zentrale und länderübergreifende Veröffentlichung im Internet. § 9 I 3 InsO sieht vor, dass die Bekanntmachung als bewirkt gilt, sobald nach dem Tag der Veröffentlichung zwei weitere Tage verstrichen sind. Nach § 9 III InsO genügt in diesem Zusammenhang die öffentliche Bekanntmachung zum Nachweis der Zustellung an alle Beteiligten, auch wenn das Gesetz eine besondere Zustellung vorschreibt.

„Die zweiwöchige Frist zur Erhebung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss über die Festsetzung der Vergütung des Insolvenzverwalters (§§ 4, 64 III 1 InsO, § 569 I 1 ZPO) knüpft an die Zustellung dieser Entscheidung an (§ 6 II InsO). Nach der Regelung in §§ 9 III, 64 II InsO genügt zum Nachweis der Zustellung die öffentliche Bekanntmachung der Vergütungsfestsetzung. Diese erfolgt gem. § 9 I InsO seit dem 01.07.2007 (§ 103 c I 1 EGInsO) zentral und länderübergreifend durch Veröffentlichung auf der Internetseite www.insolvenz-bekanntmachungen.de. Die Veröffentlichung im Internet ist gegenüber dem Insolvenzverwalter auch dann maßgeblich, wenn

ihm der Beschluss später noch persönlich zugestellt wird (BGH, NZI 2010, 159 Rn. 9; WM 2012, 1876 = BeckRS 2012, 18031 Rn. 6; NJW-RR 2014, 162 Rn. 5). Seine verfassungsmäßigen Rechte werden dadurch nicht verletzt (vgl. BGH, WM 2012, 1876 = BeckRS 2012, 18031 Rn. 7; NJW-RR 2014, 162).“ (BGH aaO.)

II. Ordnungsgemäßheit der öffentlichen Bekanntmachung

Dies gilt jedoch nur, wenn die öffentliche Bekanntmachung gemäß den rechtlichen Vorgaben erfolgt ist.

„Ist die öffentl. Bekanntmachung unrichtig, kann dies zur Folge haben, dass sie die Zustellungswirkung des § 9 III InsO nicht auslöst und die Beschwerdefrist nicht in Gang setzt (BGH, NJW-RR 2012, 179 Rn. 9).“ (BGH aaO.)

Insofern stellt sich im vorliegenden Fall die Frage, ob die Bekanntmachung unrichtig war.

„Soweit darin die **Höhe der Vergütung nicht mitgeteilt** wurde, entspricht dies der gesetzlichen Regelung (§ 64 II 2 InsO) und berührt die Wirksamkeit der Bekanntmachung nicht. Auch der verfassungsrechtliche **Anspruch des Insolvenzverwalters auf effektiven Rechtsschutz** ist nicht verletzt (BGH, NJW-RR 2012, 179 Rn. 18 m.w.N.; WM 2012, 814 = BeckRS 2012, 07963 Rn. 6). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist auch nicht erforderlich, dass in der Bekanntmachung angegeben wird, ob dem Vergütungsantrag voll oder nur zum Teil entsprochen worden ist. Mit einer **teilweisen Ablehnung** seines Antrags muss der Verwalter stets rechnen. Es ist ihm zuzumuten, den **genauen Betrag der Festsetzung durch Einsichtnahme beim InsG** in Erfahrung zu bringen. Im Streitfall hat er im Übrigen durch die persönliche Zustellung des Beschlusses lange vor Ablauf der Beschwerdefrist Kenntnis von der Höhe der festgesetzten Vergütung erlangt.

Der weitere Einwand der Rechtsbeschwerde, die Bekanntmachung im Internet habe das **Datum der Veröffentlichung nicht erkennen** lassen, trifft nicht zu. Recherchiert man auf der Internetseite www.insolvenz-bekanntmachungen.de nach dem angefochtenen Beschluss, trifft man auf das Datum der Veröffentlichung (hier: 30.01.2014), unter dem der Inhalt der Veröffentlichung verlinkt ist. Dass der **Name des Verwalters** aus der öffentlichen Bekanntmachung **nicht ersichtlich** ist, schränkt die Möglichkeiten des weiteren Beteiligten, seine Rechte wahrzunehmen, nicht ein.“ (BGH aaO.)

Die Bekanntmachung war daher nicht unrichtig.

III. Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung

§ 4 InsO i.V.m. § 232 I 1 ZPO sieht vor, dass jede anfechtbare gerichtl. Entscheidung eine Belehrung über das statthafte Rechtsmittel, sowie über das Gericht, bei dem der Rechtsbehelf einzulegen ist, über den Sitz des Gerichts und über die einzuhaltende Form und Frist zu enthalten hat. Hiergegen könnte verstoßen worden sein.

„Die von der Rechtsbeschwerde beanstandete **Unrichtigkeit** der dem angefochtenen Beschluss gem. § 4 InsO, § 232 ZPO beigefügten und auch im Internet veröffentlichten **Rechtsbehelfsbelehrung** hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Beschlusses, seiner Bekanntmachung und auf den Lauf der Rechtsbehelfsfrist. Sie kann allenfalls eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründen. Der BGH hat bereits im Zusammenhang mit der aus verfassungsrechtlichen Gründen gebotenen Rechtsmittelbelehrung in Wohnungseigentumssachen und in Zwangsversteigerungsverfahren entschieden, dass das **Fehlen einer erforderlichen Rechtsmittelbelehrung** weder der Wirksamkeit der gerichtlichen Entscheidung **noch dem Beginn des Laufs der Rechtsmittelfrist entgegensteht**, der Belehrungsmangel aber im Einzelfall eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen kann, wenn er für das Versäumen der Rechtsmittelfrist ursächlich geworden ist (BGH NJW 2002, 2171; BGH, NJW-RR 2008, 1084 Rn. 8; BGH NJW-RR 2009, 890 Rn. 11). Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber aufgegriffen, als er Regelungen über obligatorische Rechtsmittelbelehrungen in das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 39 FamFG) und in die ZPO (§ 232 ZPO) eingefügt und sich dabei bewusst für die Wiedereinsetzungslösung entschieden hat (§ 17 II FamFG und § 233 S. 2 ZPO; vgl. BT-Drs. 16/6308, 183 und BT-Drs. 17/10490, 14; BGH,; NJW 2012, 453; NJW 2012, 2445 Rn. 5). Dementsprechend hängt auch die Zustellungswirkung einer öffentlichen Bekanntmachung in Insolvenzverfahren (§ 9 III InsO) nicht davon ab, ob überhaupt eine Rechtsbehelfsbelehrung mit veröffentlicht wurde oder ob die mitveröffentlichte Belehrung fehlerfrei war.“ (BGH aaO.)

IV. Fristversäumnis im vorliegenden Fall

Die Notfrist von zwei Wochen, innerhalb der die sofortige Beschwerde nach § 4 InsO, § 569 I 1 ZPO einzulegen war, lief gem. § 569 I 2 ZPO, §§ 64 II, 9 I 3, III InsO ab dem Beginn des dritten Tages nach der öffentlichen Bekanntmachung der Vergütungsfestsetzung im Internet und endete, gleichviel ob die Bekanntmachung am 30. oder am 31.01.2014 erfolgte, am 17.02.2014 (§ 187 II, § 188 II BGB, § 222 II ZPO; vgl. BGH, NJW-RR 2014, 162 Rn. 8 ff.). Sie war beim Eingang der sofortigen Beschwerde am 20.02.2014 verstrichen.

V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Allerdings könnte dem weiteren Bet. Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdefrist nach den vorstehenden Ausführungen zu Fehlern bei der Rechtsbehelfsbelehrung zu gewähren

sein. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 4 InsO i.V.m. § 233 ZPO kommt nur in Betracht, wenn der betreffende ohne Verschulden verhindert war, die Notfrist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde einzuhalten.

1. Unverschuldete Säumnis wegen fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung

Nach § 4 InsO i.V.m. § 233 S. 2 ZPO wird ein Fehlen des Verschuldens vermutet, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder fehlerhaft ist. Die vom Insolvenzgericht erteilte Rechtsbehelfsbelehrung enthielt den Hinweis, dass die sofortige Beschwerde beim Insolvenzgericht, also beim Amtsgericht Offenbach einzulegen sei. Tatsächlich kann die sofortige Beschwerde aber nach § 569 I 1 ZPO auch beim Beschwerdegericht eingelegt werden. Insofern war die Rechtsbehelfsbelehrung unvollständig.

„Die insoweit abweichende, am 01.03.2012 in Kraft getretene Sonderregelung in § 6 I 2 InsO ist im Streitfall nach der Übergangsregelung in Art. 103 g S. 1 EGIInsO noch nicht anwendbar.“ (BGH aaO.)

Allerdings kommt eine Wiedereinsetzung wegen fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung nur dann in Betracht, wenn diese Fehlerhaftigkeit auch für die Fristversäumnis ursächlich war.

„Es unterliegt keinem Zweifel, dass der weitere Bet., der die Beschwerde entsprechend der Belehrung beim InsG eingelegt hat, die Frist auch dann versäumt hätte, wenn die Belehrung die Möglichkeit der Beschwerdeeinlegung beim BeschwGer. erwähnt hätte. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann aber grundsätzlich nur gewährt werden, wenn das unverschuldete Hindernis ursächlich für die Fristversäumung war (MüKo-ZPO/Gehrlein, 4. Aufl., § 233 Rn. 18; Hk-ZPO/Saenger, 6. Aufl., § 233 Rn. 16). Dies gilt auch für den Fall einer fehlerhaften oder unterbliebenen Rechtsbehelfsbelehrung (BGHZ 180, 199 = NJW-RR 2009, 890 Rn. 12, 21; NJW 2012, 2443 Rn. 8 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Für die verspätete Einlegung der sofortigen Beschwerde war daher nicht der Fehler in der Rechtsbehelfsbelehrung maßgeblich, sondern allein der Umstand, dass der weitere Bet. für den Fristlauf ausschließlich auf den Zeitpunkt der Zustellung an ihn persönlich abgestellt hat. Wegen der fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung kann daher keine Wiedereinsetzung gewährt werden, weil die Fehlerhaftigkeit nicht dazu führt, dass die Säumnis als unverschuldet anzusehen ist.

2. Unverschuldete Säumnis mangels Mitteilung des maßgeblichen Zustellzeitpunkts aus der öffentlichen Bekanntmachung im Rahmen der persönlichen Zustellung

Die an den weiteren Beteiligten gerichtete persönliche Zustellung enthielt keinen Hinweis auf den maßgeblichen Zustellzeitpunkt aus der öffentlichen Bekanntmachung. Hierin könnte eine die Wiedereinsetzung rechtfertigende Fehlerhaftigkeit zu sehen sein.

*„Die mit der Zustellung erteilte Rechtsbehelfsbelehrung war **deshalb nicht fehlerhaft**. Eine solche Belehrung muss den Beginn einer Rechtsbehelfsfrist notwendig allgemein beschreiben, etwa in der Weise, dass die Frist mit der Verkündung, der Zustellung oder auch der öffentlichen Bekanntmachung einer Entscheidung beginnt. Es obliegt dann dem Betr., den **konkreten Fristbeginn selbst zu ermitteln**.*

*Der Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung brauchte dem weiteren Bet. bei der Zustellung des Beschlusses auch **nicht außerhalb der Rechtsbehelfsbelehrung gesondert mitgeteilt** zu werden. Der Hinweis in der Rechtsbehelfsbelehrung, dass die Zustellung auch durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen konnte und dass für den **Beginn der Beschwerdefrist** der gegebenenfalls **frühere Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung maßgebend** sei, gab ihm Anlass zu prüfen, ob und wann eine öffentliche Bekanntmachung erfolgt war. Eine solche Prüfung ist für einen Insolvenzverwalter ohne weiteres zumutbar. Das Gesetz mutet eine entsprechende Überwachung selbst solchen Bet. zu, denen – wie Insolvenzgläubigern – der Vergütungsbeschluss nicht gem. § 64 II InsO besonders zuzustellen ist. Das Verschulden des weiteren Bet., den Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung nicht im Internet ermittelt zu haben, schließt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus.“* (BGH aaO.)

Ein Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ergibt sich daher auch nicht daraus, dass der weitere Bet. der ihm persönlich zugestellten Ausfertigung des Beschlusses den Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung und damit den Beginn der Beschwerdefrist nicht unmittelbar entnehmen konnte.

VI. Ergebnis

Die Einlegung der sofortigen Beschwerde war daher verfristet. Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in vor. Die sofortige Beschwerde ist daher unzulässig.

(BGH in StV 2016, 337; Beschluss vom 09.07.2015 – 3 StR 516/14)

1. Ob der Antragsteller eines Beweisantrags eine **Beweisbehauptung in der erforderlichen Konkretisierung** aufstellt, ist ggf. durch Auslegung des Antrags nach dessen Sinn und Zweck zu ermitteln. Bei dieser Auslegung hat das Gericht die **Beweisbehauptung unter Würdigung aller in der Hauptverhandlung zugage getretenen Umstände**, des sonstigen Vorbringens des Antragstellers sowie ggf. des Akteninhalts zu beurteilen.
2. Dabei dürfen **keine überspannten Anforderungen** gestellt werden. Dies gilt insbesondere beim Antrag auf **Sachverständigenbeweis**; denn dort ist der Antragsteller **vielfach nicht in der Lage**, die seinem Beweisziel zugrundeliegenden Vorgänge oder Zustände **exakt zu bezeichnen**.
3. Ein **Sachverständiger** ist **nicht** schon dann ein **völlig ungeeignetes Beweismittel**, wenn er absehbar aus den Anknüpfungstatsachen keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermag. Als Beweismittel eignet er sich vielmehr auch dann, wenn seine **Folgerungen** die unter Beweis gestellte **Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen** lassen und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses **Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts** erlangen können.
4. Ob eine **sachverständige Begutachtung** auf der verfügbaren tatsächlichen Grundlage zur Klärung der Beweisbehauptung nach diesen Maßstäben **geeignet** ist, kann und muss der Tatrichter in Zweifelsfällen im **Wege des Freibeweises** klären.

Fall: Mit der unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklageschrift hatte die StA dem Angekl. zur Last gelegt, den K. von hinten mit einem Messerstich in den Rücken heimtückisch getötet zu haben.

Der Angekl. hat sich im Wesentlichen dahin eingelassen, dass ihn K. nach einem verbal geführten Streit in seiner Wohnung mit einem – dem Angekl. gehörenden – Messer bedroht und zur Herausgabe von Marihuana aufgefordert habe. Er habe sich entschlossen, sich zu wehren. Im Verlauf des sich anschließenden Kampfgeschehens sei es ihm schließlich gelungen, K. das Messer aus der Hand zu reißen. Er habe das Messer mit seiner linken Hand genommen und es mit dem angewinkelten Arm in Richtung des ihm den Rücken zuwendenden K. gehalten. Dieser habe seinen Oberkörper unvermittelt nach hinten geschleudert und ihm mit dem Hinterkopf eine »Kopfnuss« verpasst. Diese Bewegung habe dazu geführt, dass das Messer in K's Rücken eingedrungen sei. Seine Hand sei immer noch am Griff des Messers gewesen, als er – ein erfahrener Kampfsportler – »Sekundenbruchteile« später mit seinem rechten Fuß in K.s Kniekehle getreten habe, um ihn zu Boden zu bringen. Dieser habe das Gleichgewicht verloren und beide seien gemeinsam gegen die Haustür gestürzt. Er habe gespürt, dass das Messer dadurch noch tiefer in den Körper eingedrungen sei. Sie seien beide zu Boden gegangen. Er habe das Messer sofort herausgezogen, nachdem ihn K. dazu aufgefordert habe. Er habe sich verteidigen und den Kampf beenden, K. aber nicht töten wollen.

Das LG hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, dass diese Angaben des Angekl. zum Tathergang unrichtig sind und er den Tod des K. vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat. Außerdem sei nicht auszuschließen, dass sich der Angekl. in einer Notwehrsituation befunden habe. Die StrK hat den Angekl. deshalb unter Zugrundelegung des Zweifelsatzes insoweit freigesprochen. Allerdings hatte es einen Beweisantrag des Nebenklägers abgelehnt.

Der Nebenkl. hat in der Hauptverhandlung den – näher begründeten – Antrag gestellt, »ein kriminaltechnisches Sachverständigengutachten zur Rekonstruktion von Geschehensabläufen und Tatgeschehen einzuholen«. Das Sachverständigengutachten werde ergeben, dass das vom Angekl. »im Rahmen einer sog. geschlossenen Verteidigererklärung geschilderte Tatgeschehen, welches zum Tode des K. geführt haben soll, nicht in der geschilderten Art und Weise stattgefunden haben kann«.

Das LG hat den Antrag gem. § 244 III 2 StPO im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, die begehrte Einholung eines kriminaltechnischen Sachverständigengutachtens sei für den Beweis der behaupteten Tatsache völlig ungeeignet; die objektiv feststehenden Parameter, wie etwa insbes. Körpergröße und Körpergewicht des Angekl. sowie des Opfers, Maße und Beschaffenheit des Tatmessers, die im Rahmen der Obduktion des Leichnams erhobenen Befunde zur Stichverletzung, zum Verlauf und zur Tiefe des Stichkanals sowie zur Beschaffenheit der Eintrittswunde, weiterhin die in Augenschein genommenen Lichtbilder aus der Wohnung des Angekl., insbes. des Wohnungsflurs sowie einer Planskizze des Flurs, aus denen sich dessen Größe, die Lage der Türen und der vorgefundenen Blutspuren ergeben, stellten keine ausreichende Grundlage für eine Rekonstruktion des Tathergangs dar und ließen keinen »sicheren Rückschluss« zu.

Der Nebenkl. hat insofern Revision mit der Verfahrensrüge wegen Verstoß gegen § 244 III 2 StPO erhoben. Ist die Verfahrensrüge zulässig und begründet?

I. Zulässigkeit der Verfahrensrüge

Eine Verfahrensrüge ist zulässig erhoben, wenn die Angriffsrichtung der Rüge hinreichend deutlich wird und ausreichend dargetan ist, welcher Verfahrensmangel geltend gemacht wird (§ 344 II 2 StPO). Hierbei muss der Begründung zweifelsfrei zu entnehmen sein, welcher bestimmte Verfahrensmangel gemeint ist.

„*Kommen nach den durch den Bf. vorgetragene(n) Tatsachen mehrere Verfahrensmängel in Betracht, muss er innerhalb der die Angriffsrichtung seiner Rüge deutlich machen und dartun, welcher Verfahrensmangel geltend gemacht wird. Die Angriffsrichtung bestimmt den Prüfungsumfang seitens des Revisionsgerichts (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschl. v. 09.12.2014 – 3 StR 308/14, juris; v. 29.08.2006 – 1 StR 371/06, NStZ 2007, 161 [162] [= StV 2007, 121] sowie Urt. v. 26.08.1998 – 3 StR 256/98, NStZ 1999, 94; KK/Gericke, StPO, 7. Aufl., § 344 Rn. 34 m.w.N.).*

An diesen Maßstäben gemessen erweist sich die vom Bf. erhobene Verfahrensrüge auch unter diesem Gesichtspunkt als zulässig. In der Revisionsrechtfertigung hat der Bf. zunächst den **Verfahrensgang dargelegt und dann vorgetragen**, dass er im Hauptverhandlungstermin [...] das beschriebene **Beweisbegehren erhoben** hat. Den Antrag und seine Begründung hat er vollständig mitgeteilt. Weiterhin ergibt sich aus der Revisionsrechtfertigung, dass das LG diesen **Antrag als Beweisantrag angesehen und gem. § 244 III 2 StPO abgelehnt** hat, da die begehrte Einholung eines kriminaltechnischen Sachverständigengutachtens für den Beweis der behaupteten Tatsache völlig ungeeignet sei. Auch die Amtsaufklärungspflicht gem. § 244 II StPO gebiete die Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens nicht. Er macht im Rahmen seiner rechtlichen Bewertung dieser Ablehnungsentscheidung auch geltend, dass das LG diesen **Antrag nicht wegen völliger Ungeeignetheit des bezeichneten Beweismittels hätte ablehnen dürfen**. Der Umstand, dass er in diesem Zusammenhang auch eine Verletzung der Aufklärungspflicht des Gerichts rügt und § 244 II StPO sowie § 244 IV StPO anführt, steht der Zulässigkeit der Verfahrensbeanstandung nicht entgegen. Zum einen hat das LG in seinem Ablehnungsbeschl. den Antrag auch unter dem Aspekt der Aufklärungspflicht abgelehnt und kann der Ast. die Zurückweisung seines Beweisantrages sowohl als Verstoß gegen § 244 III bis V StPO als auch als Verletzung des § 244 II StPO rügen (vgl. LR-StPO/Becker, 26. Aufl., § 244 Rn. 380 m.w.N.). Zum anderen **schadet es im Allgemeinen nicht**, dass – bei sonst ordnungsgemäßer Darlegung und Erkennbarkeit der Angriffsrichtung – **(auch) eine unzutreffende Rechtsnorm als verletzt angegeben wird** (vgl. KK-StPO/Gericke aaO.). Danach ist hier in Ansehung des gesamten Rügevorbringens nicht zweifelhaft, dass der Bf. die Ablehnung seines Antrags durch das LG jedenfalls auch wegen der Annahme völliger Ungeeignetheit des Beweismittels beanstandet.“ (BGH aaO.)

Die Verfahrensrüge ist mithin zulässig erhoben.

II. Begründetheit der Verfahrensrüge

Die Verfahrensrüge ist begründet, wenn der vom Bf. gestellte Antrag ein Beweisantrag i.S.v. § 244 III StPO ist und seine Ablehnung mit § 244 III 2 StPO nicht vereinbar erscheint

1. Vorliegen eines Beweisantrags i.S.v. § 244 III StPO

a) Anforderungen an einen Beweisantrag

„*Ein Beweisantrag i.S.v. § 244 III, IV StPO erfordert inhaltlich die **Behauptung einer bestimmten Beweistatsache**. Dies setzt voraus, dass der tatsächl. Vorgang oder Zustand bezeichnet wird, der **mit dem benannten Beweismittel unmittelbar belegt** werden kann. Nicht genügend ist allein die Benennung des Beweisziels, also der Folgerung, die das Gericht nach Auffassung des Ast. aus von ihm gerade nicht näher umschriebenen tatsächl. Vorgängen oder Zuständen ziehen soll. Ob der Ast. eine Beweisbehauptung **in der gebotenen Konkretisierung** aufstellt, ist ggf. durch Auslegung des Antrags nach dessen Sinn und Zweck zu ermitteln. Bei dieser Auslegung hat das Gericht die **Beweisbehauptung unter Würdigung aller in der Hauptverhandlung zutage getretenen Umstände**, des sonstigen Vorbringens des Ast. sowie ggf. des Akteninhalts **zu beurteilen**. Dabei dürfen **keine überspannten Anforderungen** gestellt werden. Dies gilt insbes. beim Antrag auf Sachverständigenbeweis; denn dort ist der Ast. **vielfach nicht in der Lage**, die seinem Beweisziel zugrundeliegenden Vorgänge oder Zustände **exakt zu bezeichnen** (vgl. LR-StPO/Becker aaO., § 244 Rn. 96).“ (BGH aaO.)*

b) Anwendung auf den Fall

Unter Anwendung dieser Maßstäbe stellt das Beweisbegehren des

„*Zwar erweckt die Antragsformel für sich genommen den **Anschein**, der Nebenkl. **behauptet lediglich ein** – von ihm noch dazu negativ formuliertes – **Beweisziel**. Aus der folgenden Begründung ergibt sich jedoch mit ausreichender Deutlichkeit, was er durch das Sachverständigengutachten tatsächlich zu belegen trachtet, nämlich dass **nach wissenschaftlichen Erfahrungssätzen der auf der Grundlage der vorhandenen Beweise und Spuren festzustellende Tathergang** nicht mit den Angaben des Angekl. zum Ablauf der Tat zu vereinbaren ist. Hierzu ist zum einen die (schriftlich vorbereitete) **»geschlossene Verteidigererklärung«** mit der Einlassung des Angekl. in die Antragsbegründung eingestellt, zum anderen werden aber auch beispielhaft die – den Akten entnehmbaren – Parameter (Rauminhalt, Quadratmeterzahl, Blutanhaftungen, Stichkanal etc.) aufgelistet, anhand derer nach **kriminaltechnischem Erfahrungswissen** der Beleg zu führen sei, dass die Beschaffenheit des Tatortes, das Spuren- und*

Verletzungsbild sowie die weiteren objektivierbaren Tatumstände die Tatschilderung des Angekl. widerlegen; es werden damit **umfangreich Anknüpfungstatsachen** benannt, auf die das Gutachten aufbauen soll. Damit wird gleichzeitig deutlich, dass es sich bei dem Beweisbegehren **weder um einen bloßen Aufklärungsantrag** handelt, der darauf gerichtet ist, durch Versuche oder Rekonstruktion der Tat hypothetisch mögliche andere Tatabläufe zu ermitteln (vgl. dazu LR-StPO/Becker aaO., § 244 Rn. 171 ff. m.w.N.), noch dass der Nebenkl. die allein **dem Gericht obliegende abschließende Würdigung des Beweisergebnisses durch die Bewertung des Sachverständigen ersetzt wissen will**. Deshalb unterscheidet sich das Beweisthema im vorliegenden Fall entscheidend von dem eines Antrags, der begehrt, lediglich die Ergebnisse eines operativen Fallanalysegutachtens in die Hauptverhandlung einzuführen (vgl. BGH, Urt. v. 01.06.2006 – 3 StR 77/06, NStZ 2006, 712 [= StV 2007, 17]). Somit ist der Anwendungsbereich des § 244 III bis VI StPO eröffnet.“ (BGH aaO.)

2. Zulässigkeit der Ablehnung des Beweisantrags

Nach § 244 III StPO darf ein Beweisantrag abgelehnt werden, wenn eine Beweiserhebung **wegen Offenkundigkeit überflüssig** ist, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung oder **schon erwiesen** ist, wenn das Beweismittel **völlig ungeeignet** oder wenn es **unerreichbar** ist, wenn der Antrag zum Zweck der **Prozessverschleppung** gestellt ist oder wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, **so behandelt werden kann**, als wäre die **behauptete Tatsache wahr**. Hier wurde der Beweisantrag wegen Ungeeignetheit abgelehnt. Fraglich ist, ob diese Wertung haltbar ist.

a) Ungeeignetheit eines Beweismittels

„Ein Beweismittel ist völlig ungeeignet i.S.d. § 244 III 2 StPO, wenn ungeachtet des bisher gewonnenen Beweisergebnisses **nach sicherer Lebenserfahrung feststeht**, dass sich mit ihm das im Beweisantrag in Aussicht gestellte **Ergebnis nicht erreichen lässt** und die Erhebung des Beweises sich deshalb in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste. Wird eine Beweiserhebung durch Einholung eines **Sachverständigengutachtens** beantragt, kommt dies in Betracht, wenn es nicht möglich ist, dem Sachverständigen die tatsächlichen Grundlagen zu verschaffen, deren er für sein Gutachten bedarf. Umgekehrt ist ein Sachverständiger **nicht aber schon dann ein völlig ungeeignetes** Beweismittel, wenn er absehbar aus den Anknüpfungstatsachen **keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermag**. Als Beweismittel eignet er sich vielmehr schon dann, wenn seine Folgerungen die unter Beweis gestellte **Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen** und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen können. Ob eine sachverständige Begutachtung auf der verfügbaren tatsächlichen Grundlage zur Klärung der Beweisbehauptung nach diesen Maßstäben geeignet ist, kann und muss der Tatrichter **in Zweifelsfällen im Wege des Freibeweises** – etwa durch eine Befragung des Sachverständigen zu den von ihm für eine Begutachtung benötigten Anknüpfungstatsachen – klären (vgl. BGH, Urt. v. 01.12.2011 – 3 StR 284/11, NStZ 2012, 345 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Danach vermag die vom LG gegebene Begründung die Ablehnung des Beweisantrags nicht zu rechtfertigen.

„Sie stützt sich maßgeblich darauf, die vorhandenen **Anknüpfungstatsachen** seien **für eine genaue Tatrekonstruktion nicht ausreichend** und es fehle an zwingend erforderlichen weiteren Anknüpfungstatsachen, die »einen sicheren Rückschluss dahin zulassen, ob der von dem Angekl. geschilderte Tathergang (...) sich keineswegs so zugetragen haben kann«. Damit werden zum einen schon die **rechtlichen Maßstäbe** für die Einstufung des Sachverständigenbeweises als völlig ungeeignetes Beweismittel **verkannt**. Zum anderen ist aber auch nicht belegt, dass ein Sachverständiger nicht in der Lage wäre, aus den zahlreich vorhandenen Beweisergebnissen und Spuren **nicht zumindest Wahrscheinlichkeitsaussagen** zu deren Übereinstimmung mit der vom Angekl. abgegebenen Tatschilderung zu machen. Eine **Klärung dieser Fragen im Freibeweis** durch Anhörung eines kompetenten Sachverständigen hat das LG **nicht vorgenommen**.“ (BGH aaO.)

Die Verfahrensfrage ist damit auch begründet. Der Beweisantrag des Bef. durfte nicht wegen Ungeeignetheit des Beweismittels abgelehnt werden. Es liegt daher ein revisionsrechtlich relevanter Verfahrensverstoß vor.

3. Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensverstoß

Der festgestellte Verfahrensverstoß führt jedoch nur dann zur Aufhebung des Urteils, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieses auf dem Verfahrensfehler beruht.

„Auf der fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags beruht das Urt., da **nicht ausgeschlossen** werden kann, dass das LG nach Einholung des kriminaltechnischen Sachverständigengutachtens **zu einer anderen Beurteilung des Tathergangs** und der Einlassung des Angekl. hierzu gekommen wäre. Die Voraussetzungen, unter denen in Fällen der fehlerhaft begründeten Ablehnung eines Beweisantrags ausnahmsweise ein Beruhen ausgeschlossen werden kann (vgl. BGH, NStZ-RR 2010, 211 [212 f.] liegen nicht vor.“ (BGH aaO.)

**Wohnungsdurchsuchung beim Nichtverdächtigen
Auffinden von Beweismitteln**

(BVerfG in NJW 2016, 1645; Beschluss vom 11.01.2016 – 2 BvR 1361/13)

1. Notwendiger und grundsätzlich auch hinreichender **Anlass für Zwangsmaßnahmen** im Strafverfahren ist der **Verdacht einer Straftat**. Der Verdacht muss auf konkreten Tatsachen beruhen.
2. Der Verdacht muss auf **konkreten Tatsachen** beruhen; vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus.
3. An eine **Durchsuchung** nach § 103 StPO **bei einer nicht verdächtigen Person**, die durch ihr Verhalten auch aus Sicht der Ermittlungsbehörden in keiner Weise Anlass zu den Ermittlungsmaßnahmen gegeben hat, sind besondere Anforderungen zu stellen (vgl. BVerfGK 1, 126 [132] = NJW 2003, 2669). **Konkrete Gründe** müssen dafür sprechen, dass der **gesuchte Beweisgegenstand in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten** des Unverdächtigen gefunden werden kann.

Fall: Der Bf. wandte sich gegen eine Durchsuchung seiner Wohnung. Diese erfolgte bei dem Bf. als Drittem gem. § 103 StPO zur Auffindung eines Banners einer Fanggruppierung eines Fußballvereins als Beweismittel.

Einer Fanggruppierung eines Fußballvereins in A. wurde ein regelmäßig im Stadion aufgehängtes Banner entwendet. Die seitens der StA aufgenommenen Ermittlungen wegen Raubs führten zu Hinweisen, dass das Banner nunmehr im Besitz einer Fanggruppierung eines anderen Vereins aus B. sei. Im Zuge der Ermittlungen vermerkte der ermittelnde Staatsanwalt, dass ihm kürzlich eine Person mitgeteilt habe, sie habe gehört, dass sich das Banner bei der Ultragruppierung C. aus B. befinde und die dritte Person dieses dort gesehen habe. Die Person habe wegen befürchteter Racheakte höchsten Wert darauf gelegt, dass ihr Name nicht in den Akten auftauche. Dies habe er zugesichert. Die mitteilende Person schätzte er als sehr vertrauenswürdig ein. Auf Anforderung der StA gab die Polizei in B. eine anlassbezogene Beschreibung der Ultra-Szene in B. ab. Nach polizeilichen Erkenntnissen sei der Bf. Kopf der Gruppe C. Es sei jedoch unbekannt, in wessen Besitz sich das Banner befinde.

Auf Antrag der StA ordnete das AG München mit angegriffenem Beschluss gem. §§ 103, 105 I StPO die Durchsuchung der Wohnung des Bf. zur Auffindung des Banners als Beweismittel an. Es bestehe der Verdacht, dass die bislang unbekanntes Täter das Banner zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt an die Ultra-Gruppierung C. übergeben hätten. Das Verhalten der Täter sei strafbar als Raub in Mittäterschaft gem. §§ 249 I, 25 II StGB. Der benannte Gegenstand könne als Beweismittel von Bedeutung sein. Nach dem Ergebnis der bisherigen Ermittlungen handele es sich bei dem Bf. um den Gründer bzw. die Führungspersönlichkeit der Ultra-Gruppierung C. Nach Vollstreckung des Durchsuchungsbeschlusses legte der Bf. Beschwerde gegen den Beschluss ein, die vom LG München I zurückgewiesen wurde. Der Bf. hat Verfassungsbeschwerde erhoben und rügt die Verletzung von Art. 13 GG. Zu Recht?

Die Durchsuchung der Wohnung des Bf. könnte ihn in seinem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung gemäß Art. 13 GG verletzen.

I. Eingriff in den Schutzbereich

„Mit der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung durch Art. 13 I GG erfährt die **räumliche Lebenssphäre des Einzelnen** einen **besonderen grundrechtlichen Schutz**, in den mit einer Durchsuchung schwerwiegend eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 42, 212 [219 f.] = NJW 1976, 1735; BVerfGE 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163; BVerfGE 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121 = NSTz 2001, 382; BVerfG, NJW 2015, 2787 Rn. 56).“ (BVerfG aaO.)

II. Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 I GG könnte aber gerechtfertigt sein. Hier handelt es sich um eine Durchsuchung nach Art. 13 GG aufgrund von § 103 StPO. Es sollen bei einer der verfolgten Straftat nicht verdächtigen Person Beweismittel aufgefunden werden.

1. Besondere Verfahrensvorgaben

Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung steht nach Art. 13 II GG unter einem Richtervorbehalt. Eine solche Entscheidung wurde hier jedoch vorab eingeholt.

2. Vorliegen der Voraussetzungen des § 103 StPO

a) Prüfungsanforderungen

„Notwendiger und grundsätzlich auch hinreichender Anlass für Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren ist der **Verdacht einer Straftat**. Der Verdacht muss auf **konkreten Tatsachen** beruhen; vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus (vgl. BVerfGE 44, 353 [381 f.] = NJW 1977, 1489; BVerfGE 59, 95 [97 f.] = BeckRS 1981, 01944; BVerfGK 1, 126 [131] = NJW 2003, 2669).

Dem erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen entspricht ein **besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Die Durchsuchung muss mit Blick auf den bei der Anordnung verfolgten Zweck verhältnismäßig sein. Ferner muss gerade diese Zwangsmaßnahme **zur Ermittlung und Verfolgung der vorgeworfenen Tat erforderlich** sein; dies ist nicht der Fall, wenn andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen. Schließlich muss der jeweilige Eingriff in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen (vgl. BVerfGE 96, 44 [51] = NJW 1997, 2165). Hierbei sind auch die **Bedeutung des potenziellen Beweismittels für das Strafverfahren** sowie der Grad des auf die verfahrensrelevanten Informationen bezogenen Auffindeverdachts zu bewerten. Im Einzelfall können die **Geringfügigkeit** der zu ermittelnden Straftat, eine geringe Beweisbedeutung der zu beschlagnahmenden Gegenstände sowie die **Vagheit** des Auffindeverdachts der Durchsuchung entgegenstehen (vgl. BVerfGE 113, 29 [57] = NJW 2005, 1917; BVerfGE 115, 166 [197] = NJW 2006, 976).

An eine **Durchsuchung nach § 103 StPO bei einer nicht verdächtigen Person**, die durch ihr Verhalten auch aus Sicht der Ermittlungsbehörden in keiner Weise Anlass zu den Ermittlungsmaßnahmen gegeben hat, sind besondere Anforderungen zu stellen (vgl. BVerfGK 1, 126 [132] = NJW 2003, 2669). **Konkrete Gründe** müssen dafür sprechen, dass der **gesuchte Beweisgegenstand in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten** des Unverdächtigen gefunden werden kann. Dies unterscheidet die Durchsuchung beim Unverdächtigen nach § 103 StPO von einer Durchsuchung bei einer verdächtigen Person nach § 102 StPO, bei der es bereits nach der Lebenserfahrung in gewissem Grad wahrscheinlich ist, dass Beweisgegenstände zu finden sind, die zur Prüfung des Tatverdachts beitragen können und bei der durch die Verknüpfung des personenbezogenen Tatverdachts mit einem eher abstrakten Auffindeverdacht ein hinreichender Eingriffsanlass besteht (vgl. BVerfGK 1, 126 [132] = NJW 2003, 2669; BVerfGK 15, 225 [241] = NJW 2009, 2518).“ (BVerfG aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der Durchsuchungsbeschluss diesen Anforderungen gerecht wird.

„**Konkrete Gründe**, die für ein Auffinden des Banners bei dem Bf. sprachen, **lagen nicht vor**. Es kann insoweit dahinstehen, ob der durch den Staatsanwalt gefertigte Vermerk Grundlage für die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung sein konnte oder ob der Verwertung desselben verfahrensrechtliche Hindernisse entgegenstanden. Denn auch die in dem Vermerk niedergelegten Aussagen des **Zeugen vom Hörensagen sind nicht geeignet, einen konkreten Auffindeverdacht zu begründen**. Zwar sind die weiteren Einschätzungen in der von einem szenekundigen Beamten gefertigten anlassbezogenen Beschreibung, nach der das Banner gut versteckt, aber jederzeit verwendbar vermutet und es als **eher unwahrscheinlich angenommen** wird, dass eine der **Führungskräfte das Banner in seinen Privaträumen aufbewahren** würde, für das Gericht nicht bindend und die Erwägungen, mit denen das LG diese Annahmen zurückgewiesen hat, zumindest verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Ungeachtet dessen **mangelt es jedoch an konkreten Tatsachen, die einen Auffindeverdacht hätten begründen können**.

So hat der namentlich nicht benannte Informant angegeben, dass die ihm bekannte, namentlich ebenfalls nicht benannte dritte Person lediglich habe angeben können, dass sich das gesuchte Banner im Besitz der Ultra-Gruppierung C. befinde, **ihr der Aufbewahrungsort jedoch nicht bekannt** sei. Aus der polizeilichen anlassbezogenen Beschreibung der Ultra-Szene in B. lässt sich zu Gunsten eines Auffindeverdachts nur entnehmen, dass sich der Bf. bei der Abspaltung der Ultragruppe C. als führender Kopf der Gruppe herauskristallisiert habe und davon ausgegangen werde, dass er weiterhin eine Führungsposition innehabe. Die **Annahme**, dass sich das Banner bei ihm befinde, ist auf dieser Grundlage **nicht mehr als eine Vermutung**. Die Annahme, dass der Bf. zur mehrköpfigen Führungsriege der Ultragruppierung C. gehört, lässt sich auf die Entstehungsgeschichte der Ultragruppierung stützen. Zu dieser gehören nach polizeilichen Erkenntnissen jedoch auch circa 20 gewaltsuchende und 40 gewaltbereite bzw. -geneigte Fans. Daraus ergibt sich eine erhebliche Anzahl an Personen, die potenziell in Betracht kommen, das Banner aufzubewahren oder versteckt zu haben. Anhaltspunkte dafür, dass das Banner in einer Privatwohnung, bei einer Person der mehrköpfigen Führungsriege oder unabhängig davon bei dem Bf. aufbewahrt wird, liegen nicht vor. Ein Verdacht für das Auffinden des Banners bei dem Bf. lässt sich mithin nicht anhand von konkreten Tatsachen begründen.“ (BVerfG aaO.)

Damit lagen die Voraussetzungen für den Erlass der Durchsuchungsanordnung nicht vor und der Beschwerdeführer wurde durch die Durchsuchung seiner Wohnung in seinem Grundrecht aus Art. 13 GG verletzt.

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2016, 337; Beschluss vom 04.01.2016 – 6 S 475/15)

1. Einem Rechtssatz kommt dann ein nachbarschützender Charakter zu, wenn er **nicht (nur) den Interessen der Allgemeinheit, sondern – zumindest auch – den Individualinteressen (hier des Kl.)** derart zu dienen bestimmt ist, dass die Träger der Individualinteressen die Einhaltung des Rechtssatzes beanspruchen können.
2. Dies setzt voraus, dass sich aus den individualisierbaren Tatbestandsmerkmalen einer Norm ein **einschlägiger Personenkreis** entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet. Aus dem im Wege der Auslegung zu ermittelnden **Schutzzweck der Norm** muss sich ergeben, dass diese **unmittelbar (auch) den rechtlichen Interessen** dieses Personenkreises zu dienen bestimmt ist und nicht nur tatsächlich, also reflexartig, seine Rechte berührt.
3. Ein Nachbar kann sich in einem Verfahren, das die Erteilung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis betrifft, nicht darauf berufen, dass der Gaststättenbetrieb wegen seiner örtlichen Lage gegen Vorschriften des Bauplanungsrechts verstößt. Dies gilt auch dann, wenn die bauplanungsrechtlichen Vorschriften ihrerseits nachbarschützenden Charakter haben.

Fall: Der Kl. wandte sich gegen die Zulassung eines Gaststättenbetriebs in seiner Nachbarschaft. Der Kläger hatte Drittanfechtungsklage gegen eine genehmigte Diskothek mit Barbetrieb und Tanzunterhaltung mit der Begründung erhoben, dass diese an dem vorgesehenen Standort deshalb dem öffentlichen Interesse im Sinne des § 4 I 1 Nr. 3 GaststättenG widerspreche, weil sie aufgrund der Festsetzungen im Bebauungsplan „...“, der Vergnügungsstätten ausschließe, gegenwärtig bauplanungsrechtlich unzulässig sei und mangels Baugenehmigung keinen Bestandsschutz genieße. Das Verwaltungsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Zu Recht?

Fraglich ist, ob die Drittanfechtungsklage zulässig ist.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 I VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I VwGO müsste eröffnet sein. Dies ist der Fall in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier wird um die Zulässigkeit eines Vorhabens nach dem BauGB gestritten. Dieses gehört als öffentliches Baurecht ohne weiteres dem öffentlichen Recht an. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten ist folglich der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Bei der den Gaststättenbetreiber erteilten Baugenehmigung handelt es sich um einen **begünstigenden Verwaltungsakt**. Fühlt sich hierdurch, wie im vorliegenden Fall, jedoch ein Dritter seinen Rechten verletzt, so kann er gegen den einen anderen begünstigenden Verwaltungsakt mit der Drittanfechtungsklage vorgehen. Diese ist im vorliegenden Fall daher statthaft.

III. Klagebefugnis, § 42 VwGO

Der Kläger müsste auch klagebefugt nach § 42 II VwGO sein. Da er jedoch nicht Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist, **greift die Adressatentheorie hier nicht ein** vielmehr muss der Kläger nach der **Möglichkeitstheorie** geltend machen, dass es nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist, dass er **in einem subjektiv öffentlichen Recht verletzt** ist. Bei Drittanfechtungsklagen liegt die Klagebefugnis demgemäß nur dann vor, wenn der klagende Dritte sich auf die Verletzung einer ihn schützenden Norm berufen kann. Hier beruft sich der Kläger auf eine Verletzung von § 4 I 1 Nr. 3 GaststättenG. Fraglich ist daher, ob es sich hierbei um eine drittschützende Norm handelt.

1. Anforderungen an den nachbarschützenden Charakter einer Norm

*“Einem Rechtssatz kommt dann ein nachbarschützender Charakter zu, wenn er **nicht (nur) den Interessen der Allgemeinheit, sondern – zumindest auch – den Individualinteressen (hier des Kl.)** derart zu dienen*

bestimmt ist, dass die Träger der Individualinteressen die Einhaltung des Rechtssatzes beanspruchen können. Dies setzt voraus, dass sich aus den individualisierbaren Tatbestandsmerkmalen einer Norm ein **ein-schlägiger Personenkreis** entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet. Aus dem im Wege der Auslegung zu ermittelnden Schutzzweck der Norm muss sich ergeben, dass diese unmittelbar (auch) den rechtlichen Interessen dieses Personenkreises zu dienen bestimmt ist und **nicht nur tatsächlich, also reflexartig**, seine Rechte berührt (BVerwGE 117, 93 [95 f.] = NVwZ 2003, 605 = MMR 2003, 241; Sodan in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 42 Rn. 388 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO.)

2. Regelungsgehalt des § 4 I 1 Nr. 3 GastG

„Nach § 4 I 1 Nr. 3 GastG ist die Gaststättenerlaubnis zu versagen, wenn der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. BImSchG oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten lässt.“ (VGH Mannheim aaO.)

Fraglich ist, ob sich aus dieser Regelung nach den vorstehenden Maßstäben ein Nachbarschutz herleiten ist.

a) Wortlautauslegung

„Seinem Wortlaut nach stellt § 4 I 1 Nr. 3 GastG auf den **Widerspruch zum öffentlichen Interesse** ab und unterscheidet in der Konkretisierung („insbesondere“) dieses unbestimmten Rechtsbegriffs zwischen den **schädlichen Umwelteinwirkungen** i.S.d. BImSchG einerseits und sonstigen erheblichen Nachteilen, Gefahren oder Belästigungen **für die Allgemeinheit** andererseits. Die erst genannte Alternative nimmt auf die Begriffsbestimmung des § 3 I BImSchG Bezug, die ausdrücklich die **Nachbarschaft in den durch das BImSchG vermittelten Schutz einbezieht**. Diese – wenn auch mittelbare – Einfügung der Nachbarschaft in den Wortlaut des § 4 I 1 Nr. 3 GastG hat zur Folge, dass in Bezug auf die schädlichen Umwelteinwirkungen nicht nur der Schutz der Allgemeinheit, sondern auch der Nachbarn sichergestellt werden soll (vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 17.07.1984 – 14 S 1054/84, GewArch 1985, 136; OVG Münster, Urt. v. 09.12.1992 – 4 A 2033/90, GewArch 1993, 254 = BeckRS 1992, 09951; VGH Kassel, NVwZ 1991, 278; Michel/Kienzle/Pauly, GaststättenG, 14. Aufl., § 4 Rn. 89). Darüber hinaus lässt sich dem Wortlaut des § 4 I 1 Nr. 3 GastG, der auf das öffentliche Interesse und auf erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit abstellt, nichts dafür entnehmen, dass ein **individualisierbarer Personenkreis** geschützt sein soll, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet.“ (VGH Mannheim aaO.)

b) Entstehungsgeschichte

Dieses Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte des § 4 I 1 Nr. 3 GastG und den sich aus ihr ergebenden Willen des Gesetzgebers bestätigt.

„Nach der **Vorgängerregelung** des GastG vom 28.04.1930 (RGBl. I, 146) war die gaststättenrechtliche Erlaubnis zu versagen, wenn die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widersprach (§ 2 I Nr. 4 GastG 1930). Da diese Vorschrift ausdrücklich auf das öffentliche Interesse und nicht auf die Interessen einzelner abstellte, wurde ihr **in der Rechtsprechung keine nachbarschützende Wirkung beigemessen** (vgl. BVerwGE 10, 91 = NJW 1960, 1361). Das GastG vom 05.05.1970 (BGBl. I 1970, 465) führte diesbezüglich keine Rechtsänderungen herbei. Dessen § 4 I Nr. 3 normierte, dass ein Versagungsgrund für eine Erlaubnis dann bestand, wenn der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage dem öffentlichen Interesse widersprach, insbesondere erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten ließ. Es war **ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers, Nachbarn nicht das Recht zu geben**, gegen die Erteilung der gaststättenrechtlichen Erlaubnis im Verwaltungsstreitverfahren vorzugehen. [wird ausgeführt].

Erst mit der **Einbeziehung des Schutzes vor schädlichen Umwelteinwirkungen** durch § 69 II Nr. 1 BImSchG vom 15.03.1974 (BGBl. I 1974, 721, 724) in § 4 I Nr. 3 GastG hat der Gesetzgeber **nicht mehr in jeder Hinsicht am fehlenden Nachbarschutz des § 4 I Nr. 3 GastG festgehalten**. Durch diese Ergänzung verfolgte der Gesetzgeber die Absicht, Immissionen nach einem einheitlichen Maßstab (im BImSchG und im GastG) zu beurteilen (BT-Drs. 7/179 Begründung zu § 54 S. 49), was zur Folge hat, dem **Nachbarn** im Rahmen des § 4 I Nr. 3 (jetzt: § 4 I 1 Nr. 3) GastG genauso wie im BImSchG ein **Recht auf Abwehr nicht mehr hinnehmbarer Immissionen einzuräumen**. Andererseits ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem wiedergegebenen gesetzgeberischen Willen aber **keinerlei Ansatzpunkt** dafür, dass **darüber hinaus** § 4 I 1 Nr. 3 GastG **nachbarschützende Wirkung** beizumessen ist. Damit bleibt weiterhin die gesetzgeberische Wertung zu beachten, dass erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen, die keine schädlichen Umwelteinwirkungen sind, **nur im öffentlichen Interesse geprüft** werden und damit eine Nachbarklage nicht begründen können.“ (VGH Mannheim aaO.)

c) Anwendung auf den Fall

Im vorliegenden Fall beruft der Kläger sich jedoch nicht auf den vorgesehenen Schutz schädlichen Umwelteinwirkungen und partizipiert insofern an dem nachbarrechtlichen Schutz der Vorschrift. Vielmehr beruft er sich darauf, dass die Gaststättenerlaubnis gegen planungsrechtliche Vorschriften verstoßen und daher das öffentliche Interesse verletzt werde. Nach dem Vorstehenden gewährt § 4 I 1 Nr. 3 GastG insofern aber keinen Nachbarschutz.

3. Vermittlung von Nachbarschutz durch die verletzten baurechtlichen Vorschriften

Fraglich ist jedoch, ob der Ausschluss des Nachbarschutzes im Rahmen des § 4 I 1 Nr. 3 GastG auch dann gilt, wenn sich das öffentliche Interesse, auf das sich der Dritte beruft, aus der Verletzung solcher planungsrechtlichen Vorschriften ergibt, die ihrerseits nachbarschützenden Charakter haben. Der Kläger beruft sich hier darauf, dass die Festsetzungen im Bebauungsplan zur Art der Nutzung Vergnügungsstätten ausschließen. Die bauplanungsrechtlichen Festlegungen zur Art der Nutzung sind insofern ihrerseits nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nachbarschützenden. Insofern könnten jedenfalls diese einen Nachbarschutz auch im Zusammenhang mit vermitteln.

„[§ 4 I 1 Nr. 3 GastG gewährt] auch dann [keinen Nachbarschutz], wenn die **bauplanungsrechtlichen Vorschriften ihrerseits nachbarschützenden Charakter** haben (OVG Koblenz, NVwZ-RR 1998, 556 = GewArch 1998, 209; Metzner, Gaststättengesetz, 6. Aufl., § 4 Rn. 348; Michel/Kienzle/Pauly, Gaststättengesetz, § 4 Rn. 89, S. 323 f.). Der Betroffene bleibt insoweit auch **nicht schutzlos gestellt**. So hat er als Grundstückseigentümer die **Möglichkeit, sich im Baugenehmigungsverfahren** bzw. für den Fall, dass ein Vorhaben nach dem Baurecht genehmigungsfrei ist, im Rahmen eines Antrags auf baurechtliches Einschreiten **auf bauplanungsrechtliche Vorschriften mit drittschützendem Charakter zu berufen** (zur insoweit bestehenden Anfechtungslast vgl. auch: Steinberg, DÖV 1991, 354 [358]). Insoweit vermag der Senat keine „Wertungswidersprüche zwischen Baurecht und Gaststättenrecht“ und eine „Aushöhlung des Nachbarschutzes“ (vgl. Pörtl, § 4 GastG Rn. 149) für den Fall eines – im Übrigen hier nicht vorliegenden – genehmigungsfreien Vorhabens zu erkennen.“ (VGH Mannheim aaO.)

IV. Ergebnis

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht mangels Klagebefugnis als unzulässig abgewiesen.

VwGO
§§ 56 I, 57

Wirksamkeit einer Ersatzzustellung Fehlen eines Vermerks über Zustelldatum

VerwProzR

(VGH Mannheim in DÖV 2016, 492; Beschluss vom 15.02.2016 – 6 S 1870/15)

1. Der Wirksamkeit einer **Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten** steht nicht entgegen, dass der Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks keinen Vermerk über das Datum der Zustellung enthält. In diesem Fall ist für den Lauf einer Rechtsmittelfrist das **Datum der (wirksamen) Ersatzzustellung maßgeblich** und kommt es nicht darauf an, wann dem Empfänger das zuzustellende Schriftstück tatsächlich zugegangen ist.
2. **Zwingende Zustellungsvorschriften** i.S.d. § 189 ZPO sind solche Vorschriften, deren Nichteinhaltung zur Unwirksamkeit der Zustellung führt.

Fall: Ein Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Klage gegen einen belastenden Verwaltungsakt wurde durch Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 13.08.2015 abgelehnt. Der Beschluss wurde der Antragstellerin mit Postzustellungsurkunde zugestellt. Die Zustellungsurkunde wies als Zustelldatum den 20.08.2015 aus. Auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks befand sich kein Vermerk über das Datum der Zustellung. Die Antragstellerin befand sich vom 10.08. bis zum 30.08.2015 in Urlaub und hat den Umschlag mit dem angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts am 31.08.2015 im Briefkasten vorgefunden und geöffnet. Die Beschwerde der Antragstellerin ist am 08.09.2015 beim Verwaltungsgericht eingegangen. Vorsorglich hat die Antragstellerin ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt. Wurde die Beschwerdefrist des § 147 I 1 VwGO eingehalten?

I. Einhaltung der Beschwerdefrist, § 147 I 1 VwGO

Nach § 147 I 1 VwGO ist die Beschwerde bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen. Fraglich ist, ob die Antragstellerin diese Frist gewahrt hat.

1. Beginn des Fristlaufs

„Gemäß §§ 56 I, 57 I VwGO beginnt der Lauf der hier in Rede stehenden Beschwerdefrist **mit der Zustellung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses**. Dieser Beschluss wird von Amts wegen nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung zugestellt (§ 56 II VwGO). Hier wurde der Beschluss des Verwaltungsgerichts gemäß § 56 II VwGO, § 180 ZPO, dessen Voraussetzungen - was zwischen den Beteiligten auch nicht streitig ist - gegeben sind, im Wege der Ersatzzustellung zugestellt. **Mit der Einlegung des Schriftstücks in den Briefkasten** gilt das entsprechende Schriftstück als zugestellt (§ 56 II VwGO, § 180 II ZPO). Die hierüber gemäß § 56 II VwGO, § 182 ZPO gefertigte **Postzustellungsurkunde** (Blatt 472b der Akte des Verwaltungsgerichts) benennt als Zustellungsdatum den 20.08.2015 (vgl. § 56 II VwGO, § 182 II Nr. 7 ZPO). Diese Urkunde ist eine öffentliche Urkunde, die gemäß § 418 I ZPO den vollen Beweis unter anderem für das Einlegen des Schriftstücks in den Briefkasten zu dem angegebenen Zeitpunkt erbringt (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 16.05.1986 - 4 CB 8.86 -, NJW 1986, 2127 und vom 19.03.2002 - 2 WDB 15.01 -, Buchholz 235.0 § 82 WDO Nr. 1).“ (VGH Mannheim aaO.)

2. Fehlerhaftigkeit der Zustellung

Allerdings sieht § 56 II VwGO, § 180 S. 3 ZPO vor, dass das Datum der Zustellung auf dem Umschlag des in den Briefkasten eingelegten Schriftstücks zu vermerken ist. Gegen diese Vorgabe wurde verstoßen. Fraglich ist, ob dem Beginn des Fristlaufs entgegensteht

a) Rechtliche Relevanz des Datums Vermerks auf dem Umschlag

„Der Wirksamkeit der Zustellung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses steht nicht entgegen, dass der Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks, der von der Antragstellerin zur Beschwerdeakte gereicht wurde (Blatt 65), keinen Vermerk über das Datum der Zustellung gemäß § 56 II VwGO, § 180 III ZPO enthält (ebenso: Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 180 Rn. 4, § 182 Rn. 10; Stöber, in: Zöller, ZPO, § 180 Rn. 7, § 182 Rn. 19; in: MüKo-ZPO/Häublein, § 182 Rn. 12; Dörndorfer, in: BeckOK ZPO, § 180 ZPO Rn. 3; vgl. auch: OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 02.08.2012 - 2 M 58/12 -, NVwZ-RR 2013, 85; für die Regelung des § 195 II 2 ZPO a.F. vgl. Oberste Gerichtshöfe des Bundes (Gemeinsamer Senat), Beschluss vom 09.11.1976 - GmS - OBG 2/75 -, NJW 1977, 621; BGH, Beschluss vom 31.03.2003 - II ZB 12/01 -, NJOZ 2003, 1050; anderer Ansicht: BFH, Urteil vom 28.07.2015 - VIII R 2/09 - sowie Beschluss vom 19.01.2005 - II B 38/04 -, jew. juris; für § 3 VwZG in Verbindung mit § 180 Satz 3 ZPO: Sadler, VwVG, VwZG, 9. Aufl., § 3 VwZG Rn. 139, 182). Denn der **Vermerk des Tages der Zustellung auf dem Umschlag** bringt lediglich das Datum der Zustellung dem Empfänger nachrichtlich zur Kenntnis, ist aber **nicht notwendiger Bestandteil der Zustellung** (vgl. BayVGh, Beschluss vom 31.01.2011 - 4 ZB 10.3088 -, BayVBl. 2013, 185; Stöber/Geimer, in Zöller, aaO., § 182 Rn. 19; Roth, in: Stein/Jonas, aaO., § 180 Rn. 4). Dementsprechend wird in der Gesetzesbegründung

zum Zustellungsreformgesetz ausgeführt, dass für den Fall, dass der Vermerk des Zustellungsdatums auf dem Umschlag, der das zuzustellende Schriftstück enthält, fehlt oder dieses von dem auf der Zustellungsurkunde ausgewiesenen Datum abweicht, die Zustellung dennoch wirksam ist (BT-Drs. 14/4554, S. 22).

Mit der wirksamen (Ersatz-)Zustellung **durch Einlegung in den Briefkasten fängt die Rechtsmittelfrist an zu laufen** (§ 57 I VwGO). Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 56 II VwGO, § 189 ZPO, weil keine zwingende Zustellungsvorschrift verletzt wurde. Für den Fall, dass sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen lässt oder das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen ist, gilt nach § 189 ZPO das **Dokument** in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, **tatsächlich zugegangen** ist. § 189 ZPO heilt im Wege einer Fiktion eine unwirksame Zustellung, wenn der Zustellungszweck, nämlich dem Adressaten eine zuverlässige Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück zu verschaffen, auf andere Weise erreicht ist. Die Zustellung wird dann als wirksam angesehen, wenn das Schriftstück **dem Adressaten oder einem Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen** und damit der Zweck des § 166 I ZPO erreicht ist (Roth, in: Stein/Jonas, aaO., § 189 Rn. 1). Ein erneuter Zustellungsversuch muss in diesem Fall, auch wenn die Zustellung wegen eines Zustellungsmangels an sich unwirksam war, nicht mehr unternommen werden (Kimmel, in: Posser/Wolff, VwGO, 2. Aufl., § 56 Rn. 76). Damit wird vermieden, dass ein starres Festhalten an den Formalien, von denen nach den maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen die Wirksamkeit der Zustellung abhängt, zu unbilligen Ergebnissen führt, wenn auch auf andere Weise als durch die formgerechte Zustellung eindeutig nachweisbar ist, dass der Empfänger von dem Schriftstück Kenntnis erhalten hat (Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 56 Rn. 72).

Demgemäß sind **zwingende Zustellungsvorschriften** im Sinne des § 189 ZPO solche Vorschriften, deren **Nichteinhaltung zur Unwirksamkeit der Zustellung führen**, da nur diese einer Heilung bedürfen (Roth, in: Stein/Jonas, aaO., § 189 Rn. 13; ebenso, aber ohne nähere Begründung: Thomas/Putzo, ZPO, 36. Aufl., § 189 Rn. 6; Saenger, ZPO, 4. Aufl., § 189 Rn. 6). So geht auch der Gesetzgeber davon aus, dass § 189 ZPO zur Unwirksamkeit der Zustellung führende Zustellungsmängel heilen soll, wenn er in der Gesetzesbegründung davon spricht, dass eine fehlerhafte Zustellung mit dem Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs an den Adressaten oder einem Empfangsberechtigten „wirksam wird“ (BT-Drs. 14/4554, S. 25). Damit ist hier für den Beginn des Laufs der Beschwerdefrist das **Datum der (wirksamen) Zustellung** maßgebend und kommt es **nicht** darauf an, ob und wann der Antragstellerin der verwaltungsgerichtliche Beschluss im Sinne des § 56 II VwGO, § 189 ZPO **besser von selbst gekommen** **dass er nett auch das sehr schön ihr Sinn war da schon mal los** ist (vgl. Roth, in: Stein/Jonas, aaO., § 180 Rn. 4; Stöber/Gmeiner, in: Zöller, aaO., § 182 Rn. 19). “ (VGH Mannheim aaO.)

Fraglich ist, ob der sich aus Art. 103 I Grundgesetz ergebende Anspruch auf rechtliches Gehör eine abweichende Beurteilung erfordert.

„Art. 103 I GG zwingt zu keiner anderen Auslegung des § 189 ZPO, da **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** (dazu noch unten) in Betracht kommt, wenn der Zustellungsadressat durch einen **Zustellungsmangel, der nicht zur Unwirksamkeit der Zustellung führt**, in seinen Rechtsschutzmöglichkeiten betroffen ist (BVerwG, Beschluss vom 31.01.2001 - 4 A 46.00 -, NVwZ-RR 2001, 484; OVG Berlin, Beschluss vom 18.05.2004 - 2 N 27.03 -, NVwZ-RR 2004, 724; OLG Hamburg, Beschluss vom 18.02.2005 - 2 Ws 5/05 -, NJW 2006, 1685; Stöber/Gmeiner, in: Zöller, aaO., § 182 Rn. 19). Soweit der Bundesfinanzhof (BFH Großer Senat, Beschluss vom 06.05.2014 -, NJW 2014, 2524; BFH, Urteil vom 21.09.2011 - 1 R 50/10 -, BB 2012, 184 und vom 19.01.2005, aaO.) davon ausgeht, dass die Regelung des § 180 S. 3 ZPO zu den zwingenden Zustellungsvorschriften gehört, so dass bei Verstoß gegen diese das Schriftstück gemäß § 189 ZPO erst im Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs als zugestellt gilt, bezieht er sich letztlich auf den Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 09.11.1976, aaO. (ebenso: Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier, aaO., § 65 Rn. 74; in: MüKo-ZPO/Häublein, aaO., § 181 Rn. 12). In diesem Beschluss hatte der Gemeinsame Senat für das vor dem 01.07.2002 geltende Zustellungsrecht, das die Ersatzzustellung durch Einlegung in den Briefkasten und dementsprechend die Regelung des § 180 Satz 3 ZPO noch nicht kannte, und vor dem Hintergrund, dass nach § 9 II VwZG in seiner damaligen Fassung die Heilungsvorschrift des § 9 I VwZG a.F. nicht auf Klage- und Rechtsmittel(begründungs)fristen anzuwenden war, entschieden, dass es sich bei § 195 II 2 ZPO a.F. um eine zwingende Zustellungsvorschrift handele. Nach dieser Vorschrift konnte die Übergabe einer Abschrift der Zustellungsurkunde dadurch ersetzt werden, dass der Postbedienstete den Tag der Zustellung auf der Sendung vermerkt, was er in der Zustellungsurkunde zu bezeugen hatte. Diese Rechtsprechung zum alten Zustellungsrecht kann aber nicht ohne Weiteres auf die Rechtslage nach Inkrafttreten des Zustellungsreformgesetzes vom 25.06.2001 (BGBl I 2001, 1206) mit Wirkung zum 01.07.2002 und die oben erörterten Rechtsfragen übertragen werden (vgl. Roth, in: Stein/Jonas, aaO., § 182 Rn. 10; vgl. auch BGH, Beschluss vom 18.09.2003 - IX ZB 40/03 -, NJW 2004, 71: „grundsätzliche Bedeutung“ der Frage; in: MüKo-ZPO/Häublein, aaO., § 181 RdNr. 12: „umstrittene Rechtslage“).“ (VGH Mannheim aaO.)

Die Frist des § 147 I 1 VwGO zur Beschwerde gegen den mit einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbelehrung versehenen Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 13.08.2015 begann hier am 20.08.2015 zu laufen (§ 57 I VwGO) und ist am 03.09.2015 abgelaufen (vgl. § 57 II VwGO, § 222 II ZPO, §§ 188 II, 187 I BGB).

Die Beschwerdeschrift ist erst am 08.09.2015 und damit verspätet bei dem Verwaltungsgericht eingegangen. Die Beschwerdefrist ist daher nicht eingehalten.

II. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Nach vorstehenden Ausführungen kann die Antragstellerin, wenn die Zustellungsmangel behaftet ist, ohne dass dies zur Unwirksamkeit der Zustellung führt, einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stellen. Ein solcher Antrag wurde von ihr gestellt.

Allerdings ist ihr nur dann Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn sie nach § 60 II 2 VwGO ohne Verschulden daran gehindert war, die 2-wöchige Beschwerdefrist des § 147 I 1 VwGO einzuhalten

*„In der zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags vorgelegten eidesstattlichen Versicherung ihres Geschäftsführers macht dieser geltend, sich vom 10.08. bis zum 30.08.2015 in Urlaub befunden und den Umschlag mit dem angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts erst am 31.08.2015 geöffnet zu haben. Ungeachtet der Sorgfaltsverpflichtungen des Geschäftsführers einer GmbH für eine sachgerechte Wahrung fristgebundener Terminsachen während seiner Urlaubsabwesenheit (vgl. dazu: BFH, Urteile vom 13.03.1991 - I R 38/90 - und vom 08.04.2004 - VII B 283/03 -, jew. juris), zu denen sich die Antragstellerin nicht hat äußern wollen, hat der Geschäftsführer der Antragstellerin **am 31.08.2015 und damit noch innerhalb der bis zum 03.09.2015 laufenden Beschwerdefrist Kenntnis von der (wirksamen) förmlichen Zustellung** des Beschlusses des Verwaltungsgerichts erlangt. Auch wenn auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks nicht das Datum der Zustellung vermerkt ist, war es dem Geschäftsführer zumutbar, sich **bei der Antragsgegnerin nach dem Datum der auf der Postzustellungsurkunde vermerkten Zustellung zu erkundigen**, um dann noch fristwährend Beschwerde einlegen zu können (vgl. BVerwG, Beschluss vom 31.01.2001, OVG Berlin, Beschluss vom 18.05.2004, jew. aaO.). Dass die in diesem Fall noch verbliebene Restfrist nicht ausreichend gewesen wäre, um eine Entscheidung über die Einlegung des Rechtsmittels herbeizuführen, ist nicht ersichtlich und von der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht worden (zu den diesbezüglichen Anforderungen vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 21.05.1986 - 6 CB 33/85 -, Buchholz 310 § 60 VwGO Nr. 150). Hiergegen spricht auch, dass eine Begründung innerhalb der Frist des § 147 I 1 VwGO nicht abzugeben war (vgl. § 146 IV 1 VwGO) und die Bevollmächtigte der **Antragstellerin nach entsprechender Information durch die Antragstellerin noch am gleichen Tag (07.09.2015) die Einlegung der Beschwerde veranlasste**. Dass sich der Geschäftsführer der Antragstellerin in einem (wegen der hier gegebenen unklaren Rechtslage unverschuldeten) Rechtsirrtum über den Beginn des Laufs der Beschwerdefrist befunden hätte, wird in der von ihm vorgelegten eidesstattlichen Versicherung nicht ausgeführt und damit nicht glaubhaft gemacht. Darüber hinaus hätte es in diesem Fall der Bevollmächtigten der Antragstellerin obliegen, mit ihrem Beschwerdeschriftsatz vom 07.09.2015 einen (vorsorglichen) Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu stellen (vgl. zu den diesbezüglichen Sorgfaltsanforderungen eines Rechtsanwaltes: BVerfG, Beschluss vom 27.09.2002 - 2 BvR 855/02 -, NJW 2003, 575). Diesen Antrag hat sie erst am 25.09.2015 und damit **außerhalb der Frist des § 60 II 1 VwGO** gestellt.“ (VGH Mannheim aaO.)*

Der von der Antragstellerin - vorsorglich - gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 I und II 1 VwGO) hinsichtlich der Versäumung der Frist des § 147 I 1 VwGO hat daher keinen Erfolg.

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 232

**Verwerfung der Berufung einer Naturalpartei
Notwendigkeit einer Rechtsmittelbelehrung**

ZivilVerfR

(BGH in MDR 2016, 544; Beschluss vom 28.01.2016 – V ZB 131/15)

Legt eine anwaltlich nicht vertretene Partei Berufung ein und verwirft das Berufungsgericht die Berufung deshalb als unzulässig, ist die Entscheidung **mit einer Rechtsmittelbelehrung** zu versehen.

„Das Berufungsgericht hat die Berufungsverwerfung nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Eine Belehrung war hier jedoch erforderlich. Zwar gilt gem. § 232 S. 2 Halbs. 1 ZPO die **Pflicht zur Belehrung grundsätzlich nicht in Verfahren, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt gem. § 78 ZPO vorgeschrieben ist**. Denn in Verfahren mit obligatorischer anwaltlicher Vertretung ist der Rechtsanwalt gleichermaßen wie das Gericht in der Lage, eine auf den konkreten Einzelfall zugeschnittene Beratung und Belehrung über die statthaften MDR 2016, 545 Rechtsbehelfe zu erteilen; das Schutzbedürfnis der Parteien entfällt dadurch (BT-Drucks. 17/10490, 12).

Der **Grundsatz**, dass eine Belehrungspflicht nur in Verfahren gilt, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht gem. § 78 ZPO vorgeschrieben ist, **gilt aber nicht ausnahmslos**. Nach § 232 S. 2 Halbs. 2 ZPO besteht auch in Verfahren mit Anwaltszwang die Verpflichtung zur Belehrung über die Möglichkeiten zum Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und zum Widerspruch gegen Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz. Dahinter steht die Überlegung, dass solche Entscheidungen auch gegenüber der nicht anwaltlich vertretenen Partei ergehen können (BT-Drucks. 17/10490, 12).

Diese Ausnahmen machen deutlich, dass auch in Fällen mit obligatorischer Vertretung durch einen Rechtsanwalt eine **Rechtsbehelfsbelehrung zu erteilen** ist, wenn aufgrund der Verfahrenssituation eine **Beratung und Belehrung durch einen Rechtsanwalt nicht sichergestellt** ist (vgl. OLG Schleswig v. 20.05.2014 – 11 U 55/14, NJW-RR 2014, 1338 Rn. 7). Eine solche Verfahrenssituation liegt hier vor. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Kläger deshalb als unzulässig verworfen, weil sie entgegen § 78 ZPO nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten waren. Die Vorschrift des § 232 S. 2 Halbs. 2 ZPO muss nach ihrem Sinn und Zweck auch in derartigen Fällen Anwendung finden, da es sich um eine Entscheidung handelt, die zwangsläufig gegenüber einer anwaltlich nicht vertretenen Partei ergeht und dieser damit gerade kein Rechtsanwalt zur Seite steht, der sie über die statthaften Rechtsbehelfe beraten kann.“ (BGH aaO.)

InsO

§§ 134 I, 143 II 1, 2

Schenkungsanfechtung

Einräumung des Bezugsrechts an Risikolebensversicherung

InsolvenzR

(BGH in DB 2016, 1253; Urteil vom 24.03.2016 – IX ZR 159/15)

Der **Empfänger einer unentgeltlichen Leistung** muss den Umständen nach wissen, dass diese die Gläubiger benachteiligt, wenn ihm Umstände bekannt sind, die **mit auffällender Deutlichkeit dafürsprechen** und deren Kenntnis auch einem Empfänger mit durchschnittlichem Erkenntnisvermögen ohne gründliche Überlegung die Annahme nahelegt, dass die Befriedigung der Gläubiger infolge der Freigiebigkeit verkürzt wird.

Fall: Der Kläger ist Verwalter in dem am 12.04.2012 beantragten und am 14.06.2012 eröffneten Insolvenzverfahren über den Nachlass des verstorbenen S. Die Beklagte ist dessen Witwe.

Im Jahr 1997 schloss der Erblasser einen am 01.04.2012 ablaufenden Risikolebensversicherungsvertrag. Versicherte Person war der Erblasser. Widerruflich bezugsberechtigt war die beklagte Ehefrau. Ein nachrangiges Bezugsrecht bestand zugunsten der beiden damals damals bereits geborenen Kinder der Ehegatten.

Mit Schreiben vom 28.03.2012 erklärte der Erblasser gegenüber dem Versicherer eine Änderung der ursprünglichen Bezugsrechtsregelung. Nunmehr sollten die Beklagte i.H.v. 70% der Versicherungssumme bezugsberechtigt sein und die nunmehr drei leiblichen Kinder des Erblassers i.H.v. jew. 10%. Am 31.03.2012 nahm sich der Erblasser das Leben. Am 12.04.2012 erklärte die Beklagte die Ausschlagung der Erbschaft. Die nach dem Tod des Erblassers fällige Todesfallleistung wurde im Mai 2012 anteilig i.H.v. 378.020,30 € (= 70% der Versicherungssumme) an die Beklagte ausgezahlt. Einen Teil dieses Betrages verwendete die Beklagte zur Tilgung von Schulden des Erblassers.

Der Kläger nimmt die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung auf Rückgewähr i.H.d an sie ausgezahlten Versicherungssumme nebst Zinsen in Anspruch. Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch und beruft sich hilfsweise auf den Wegfall der Bereicherung. Sie hat von dem Betrag Beerdigungskosten bestritten und Teilbeträge an Verwandte ausgezahlt

I. Anfechtbarkeit der Zuwendung der Versicherungssumme

„Die **unentgeltliche Zuwendung des Bezugsrechts** aus einer Risikolebensversicherung kann als Rechtshandlung des Erblassers im Insolvenzverfahren über dessen Nachlass als mittelbare Zuwendung an die Bezugsberechtigten nach § 134 I InsO **anfechtbar** sein. An einer Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 I InsO kann es allerdings fehlen, wenn die innerhalb der Anfechtungsfrist des § 134 I InsO erfolgte **Bezugsrechtseinräumung unwirksam** ist, weil dem Berechtigten wird eingeräumt worden ist. So liegt der Fall hier aber nicht. Die 1997 erfolgte Bezugsrechtseinräumung war nach den im Streitfall getroffenen Feststellungen widerruflich und gab der Beklagten deshalb nur eine ungesicherte Hoffnung auf den Erwerb eines künftigen Anspruchs.“ (BGH aaO.)

II. Kein Wegfall der Bereicherung durch teilweise Weitergabe der erhaltenen Versicherungssumme

„Der Empfänger einer anfechtbar erhaltenen unentgeltlichen Leistung **haftet** nach der Vorschrift des § 143 II 1 InsO nur **bereicherungsrechtlich**. Die Regelung schränkt die Haftung auf Wertersatz wegen Unmöglichkeit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes ein. Soweit die Leistung des Insolvenzschuldners in Natur noch vorhanden ist, hat der Anfechtungsgegner sie allerdings unabhängig von gutem oder bösem Glauben zurück zu gewähren. Gleiches gilt, soweit eine **Bereicherung noch vorhanden** ist. Aufwendungen, welche der Anfechtungsgegner vor dem Empfang der unentgeltlichen Leistung getätigt hat, begründen keine Entreicherung. Den Nachweis, dass **Rückgewähr in Natur unmöglich** ist und dass und warum der Anfechtungsgegner auch sonst nicht mehr bereichert ist, hat dieser zu führen. Das Berufungsgericht hat insoweit unterstellt, dass die Beklagte aus dem von der Versicherung erlangten Betrag im Juni 2012 an ihre Eltern 50.000 €, an ihren Bruder 20.000 €, im Juli 2012 an ihre Freundin in München 20.000 € und im September 2012 an ihre Eltern noch einmal 65.000 € ausgezahlt, i.H.v. 2.758,90 € Beerdigungs- und i.H.v. 1.132,88 € Grabsteinkosten getragen hat.

Die Beklagte kann sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung durch die teilweise Weitergabe des an sie ausgezahlten Betrags aus der Risikolebensversicherung berufen, weil sie bei Befriedigung bestimmter gegen den Erblasser gerichteter Forderungen und Begleichung der Beerdigungskosten aus Mitteln der Versicherung zumindest wissen musste, dass die anteilige Zuwendung der Versicherungssumme an sie die Gläubiger benachteiligte (§ 143 II 2 InsO).“ (BGH aaO.)

III. Keine Haftungsmilderung gem. § 143 II 1 InsO

1. Voraussetzungen für Haftungsmilderung

„Die in § 143 II 1 InsO geregelte **Milderung der Haftung des Empfängers einer unentgeltlichen Leistung** entfällt gem. § 143 II 2 InsO, wenn dieser weiß oder den Umständen nach wissen muss, dass die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt. Ist dies der Fall, haftet der Anfechtungsgegner nach § 819 I BGB § 143 I InsO. In zeitlicher Hinsicht scheidet die Haftungserleichterung aus, wenn der Empfänger bei Empfang der Leistung weiß oder den Umständen nach wissen muss, dass diese die Gläubiger des Schuldners benachteiligt. Erfährt er erst später, aber noch vor der Weggabe des Erhaltenen von der Benachteiligung der Gläubiger, haftet er von diesem Zeitpunkt an ebenfalls nach der allgemeinen Vorschrift des § 143 I InsO. Die Pflicht zum Wertersatz nach § 143 I InsO entfällt nur dann, wenn der Anfechtungsgegner vom Zeitpunkt der Leistungsvornahme bis zum Wegfall der Bereicherung gutgläubig war. Beweispflichtig für die Kenntnis des Empfängers ist der Insolvenzverwalter. Dies gilt mangels einer gesetzlichen Beweiserleichterung auch für den Fall der Begünstigung einer dem Schuldner nahestehenden Person; in diesem Fall kann das Näheverhältnis allerdings in die Beweiswürdigung nach § 286 ZPO einfließen.“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob die Beklagte aufgrund der ihr bekannten Umstände auf eine Gläubigerbenachteiligung schließen musste.

„Die Beklagte wusste aufgrund des **Abschiedsbriefes** des Erblassers, in dem es hieß, dieser sei **überschuldet** und habe sich schon seit über 20 Jahren Geld von seinen Kunden anvertrauen lassen, mit dem er dann immer wieder weiteren finanziellen Schaden überbrückt habe, dass der **Nachlass überschuldet** war. Schon hieraus musste sie zwingend den Schluss ziehen, dass jede unentgeltliche Weitergabe von Vermögen des Erblassers die Befriedigungsaussichten der Gläubiger weiter schmälerte. Das Ausmaß der Überschuldung des Nachlasses konnte sie aus der Mitteilung entnehmen, der „Schuldenturm“ sei auf über 3 Mio. € angewachsen. Von einem Abbau der Verbindlichkeiten konnte sie im Hinblick darauf, dass der Erblasser nach seinen eigenen Worten keine Kraft mehr hatte, um Mittel zu erarbeiten, mit denen er Schulden bei den von ihm **geschädigten 50 Personen** hätte zurückzahlen können, nicht ausgehen. Der weitere, in dem Brief besonders hervorgehobene Hinweis, die Beklagte müsse das Erbe unbedingt ausschlagen, sie und die Kinder dürften es nicht annehmen, weil sie sonst seine Schulden übernehmen müssten, konnte, wie das Berufungsgericht beanstandungsfrei angenommen hat, von ihr nur dahin verstanden werden, dass keine ausreichenden Mittel vorhanden waren, um die Nachlassverbindlichkeiten zu befriedigen.“ (BGH aaO.)

BGB
§ 139

**Rücktritt vom Prozessvergleich
Wegfall der prozessbeendenden Wirkung**

ZivilVerfR

(BAG in NZA 2016, 716; Urteil vom 24.09.2015 – 2 AZR 716/14)

1. Einem **Prozessvergleich fehlt die verfahrensbeendende Wirkung**, wenn er als materiell-rechtlicher Vertrag wegen Mängeln in der Regelung sonstiger, prozessfremder Gegenstände nach § 779 I i.V.m. § 139 BGB **insgesamt nichtig** ist.
2. Der **wirksame Rücktritt** von einem zur Erledigung eines Kündigungsrechtsstreits geschlossenen Vergleich führt dazu, dass dessen **prozessbeendende Wirkung entfällt**.

Fall: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung sowie darüber, ob der Rechtsstreit durch einen Prozessvergleich beendet ist. Der Kläger war seit 2005 bei der A GmbH als EDV-Fachkraft tätig und übertrug dieser eine sog. „ERP-Entwicklerlizenz“ zur Erstellung von Softwarelösungen. Zum 30.11.2011 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis. In einem am 15.02.2012 geschlossenen Prozessvergleich verpflichtete sie sich u.a. zur „Rückübertragung“ der Lizenz auf den Kläger. Da dies nicht erfolgte, erklärte der Kläger mit Schreiben vom 11.03.2013 den Rücktritt von dem Vergleich. Ohne die Rückübertragung der Lizenz ergebe die einvernehmliche Aufgabe des Arbeitsverhältnisses für ihn keinen Sinn, da er diese für die Wiederaufnahme einer selbstständigen Tätigkeit benötige. Einem Vergleich hätte er unter diesen Umständen nicht zugestimmt. Die Arbeitgeberin trug vor, sie könne die Lizenz nicht rückübertragen, da diese in Unkenntnis des am Vergleichsschluss beteiligten Geschäftsführers bereits zuvor gekündigt worden sei. Beklagter ist der Insolvenzverwalter über das Vermögen der A GmbH, über welches im August 2013 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

I. Streit um Wirksamkeit eines Prozesses im Ausgangsverfahren

„Streiten die Parteien über die **Wirksamkeit eines Prozessvergleichs**, ist dieser Streit jedenfalls dann **im Ausgangsverfahren auszutragen**, wenn der Vergleich nicht allein aus Gründen unwirksam ist, die erst nach seinem Abschluss entstanden sind (BAG, NZA 2015, 185 = NJW 2014, 3741 Rn. 16; NZA 2012, 1316 = NJW 2012, 3390 Rn. 14; BGH, NJOZ 2011, 108 Rn. 15; BSG, Urt. v. 24.01.1991 – 2 RU 51/90, BeckRS 1991, 06827; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rn. 71; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., § 130 Rn. 48 ff.; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 794 Rn. 15 a; PG/Scheuch, ZPO, 5. Aufl., § 794 Rn. 24; vgl. auch BGH, NJW 2014, 394 Rn. 14). Einer **neuen Klage**, mit der das ursprüngliche Prozessziel bei unverändert gebliebenem Streitgegenstand weiterverfolgt werden soll, stünde der **Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit entgegen**, weil der unwirksame Prozessvergleich nicht zur Beendigung des Ursprungsverfahrens geführt hätte (BGHZ 142, 253 = NJW 1999, 2903 [zu 2]). Ist der Vergleich wirksam, so ist auszusprechen, dass der Rechtsstreit durch ihn erledigt ist (BAG, NZA 2012, 1316 = NJW 2012, 3390; BGHZ 16, 388 = NJW 1955, 705).“ (BAG aaO.)

Es kommt daher darauf an, ob hier eine anfängliche oder nachträgliche Unwirksamkeit des Vergleiches geltend gemacht wird.

„Der Kl. hat zwar **ausdrücklich nur geltend gemacht, wirksam von dem Vergleich zurückgetreten zu sein**. Er hat sich dafür aber u.a. darauf berufen, dass er den Vergleich ohne die Aussicht auf eine erfolgreiche Rückübertragung der Entwicklerlizenz nicht abgeschlossen hätte. Werden hinsichtlich eines Prozessvergleichs **sowohl anfängliche als auch nachträgliche Mängel geltend gemacht**, ist die Klärung seiner Wirksamkeit im Ausgangsverfahren herbeizuführen (BAG, NZA 2015, 185 = NJW 2014, 3741 Rn. 29; NZA 2012, 1316 = NJW 2012, 3390 Rn. 14).“ (BAG aaO.)

Die Frage der Wirksamkeit des Prozessvergleiches ist daher im Rahmen der Fortsetzung des Ausgangsverfahrens beantworten.

II. Fehlen der prozessbeendenden Wirkung

„Einem Prozessvergleich fehlt die verfahrensbeendende Wirkung auch dann, wenn er als **materiell-rechtlicher Vertrag** wegen Mängeln in der Regelung sonstiger, nicht rechtshängiger Fragen nach § 139 BGB **insgesamt nichtig** ist (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 1026 [zu II 1 b und c]; MüKo-BGB/Habersack, 6. Aufl., § 779 Rn. 90).

Nach den bisherigen Feststellungen ist nicht ausgeschlossen, dass die Vereinbarung über die **Verpflichtung zur „Rückübertragung“** der Entwicklerlizenz auf den Kl. in Nr. 3 des Vergleichs **nach § 779 I BGB unwirksam** ist.

Gem. § 779 I BGB ist der Vergleich ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis **im Wege gegenseitigen Nachgebens** beseitigt wird. Ausreichend ist, dass in Elementen eines Rechtskonflikts Streit oder Ungewissheit bestanden hat und ausgeräumt worden ist; dabei kommt es auf die subjektive Beurteilung durch die Bet. im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses an (MüKo-BGB/Habersack, 6. Aufl., § 779 Rn. 24). Gegenseitiges Nachgeben im fraglichen Sinne ist **weit zu verstehen** und kann auch dann gegeben sein, wenn eine Seite in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis ihre Position zwar ohne Einschränkung durchsetzt, dafür aber eine Gegenleistung verspricht (MüKo-BGB/Habersack, 6. Aufl., § 779 Rn. 26).

Nach den bisherigen Feststellungen ist offen, ob die Regelung über die „Rückübertragung“ der Entwicklerlizenz auf den Kl. einen Vergleich i.S.d. § 779 BGB darstellt. Es ist unklar, ob zwischen den Parteien des Vergleichs **Streit über eine solche Verpflichtung der Insolvenzschuldnerin** bestand. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Parteien einen möglichen Streit über die Verpflichtung zur „Rückübertragung“ der Lizenz im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt haben. Soweit der Kl. seinen vermeintlichen Anspruch ohne Einschränkung durchgesetzt haben sollte, ist nicht auszuschließen, dass er dafür an anderer Stelle – etwa mit Blick auf die Höhe der Abfindung für seine Einwilligung in die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – nachgegeben hat.

Gem. § 779 I BGB ist ein Vergleich unwirksam, wenn der nach seinem Inhalt **als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht** und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden wäre. Der Irrtum der Parteien muss sich auf einen streitausschließenden Umstand beziehen (Staudinger/Marburger, 2015, § 779 BGB Rn. 73 aE). Demzufolge kommt eine Unwirksamkeit der Vereinbarung in Nr. 3 des Vergleichs in Betracht, falls der mögliche Streit über eine Rückübertragung der Lizenz nicht entstanden wäre, sofern die damaligen Parteien die **wahre Situation betreffend die Möglichkeit einer „Rückübertragung“ der Lizenz** gekannt hätten.

Danach ist **nicht ausgeschlossen**, dass der Vergleich vom 15.02.2012 insgesamt **unwirksam** ist. Dies wäre gem. § 139 BGB der Fall, wenn **nicht anzunehmen** ist, dass die Parteien ihn **auch ohne die Abrede über die Rückübertragung der Lizenz** vereinbart hätten.“ (BAG aaO.)

StPO
§ 244 III

Ablehnung eines Beweisantrages
Bedeutungslosigkeit

StrafProzR

(BGH in StV 2016, 341; Beschluss vom 10.11.2015 – 3 StR 322/15)

Wird ein Beweisantrag wegen **Bedeutungslosigkeit von unter Beweis gestellten Indiz- oder Hilfstatsachen** abgelehnt, bedarf es der Darlegung, warum das Gericht die vom Antragsteller erstrebte Schlussfolgerung nicht ziehen will. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte Tatsache so, als sei sie erwiesen, in **das aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangte Beweisergebnis** einzustellen und im Wege einer prognostischen Betrachtung zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung – gegebenenfalls in Anwendung des Zweifelssatzes – in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde.

Fall: Das LG hat den Angekl. wegen schwerer Vergewaltigung in zwei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 4 J. verurteilt.

Das LG hat festgestellt, dass der Angekl. zu zwei nicht näher feststellbaren Zeitpunkten zwischen April und Juni 2008 in der gemeinsamen Ehemohnung seine Frau mit einer Waffe, die jedenfalls wie eine echte Schusswaffe aussah, bedrohte und hierdurch zwang, gegen ihren Willen den vaginalen Geschlechtsverkehr zu dulden. Der Angekl. hat die Taten in der Hauptverhandlung bestritten. Seine Überzeugung stützt das LG auf die Angaben der Nebenkl., denen es Glauben geschenkt hat.

Der Angekl. hat in der Hauptverhandlung u.a. beantragt, zwei Personen als Zeugen zu der Behauptung zu vernehmen, seine Ehefrau habe kurz vor ihrer Trennung im Jahr 2011 ihnen gegenüber erklärt, dass sie alles daran setzen werde, den Angekl. in den Knast zu bekommen. Dieser Umstand sei für die Bewertung der Glaubwürdigkeit der Zeugin von erheblicher Bedeutung. Das LG hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, die Beweistatsache sei aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung ohne Bedeutung. Es handele sich um eine bloße Indiztatsache, die zwar in einem Sachzusammenhang zum Gegenstand der Urteilsfindung stehe, aus der zwingende Folgerungen aber nicht zu ziehen seien und die Kammer »die möglichen Schlüsse« nicht ziehen wolle.

„Zwar ist es dem Tatgericht **grundsätzlich nicht verwehrt, Indiz- oder Hilfstatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos zu betrachten**, wenn es aus diesen eine mögliche Schlussfolgerung, die der Ast. erstrebt, nicht ziehen will. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte **Tatsache so, als sei sie erwiesen, in das aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangte Beweisergebnis einzustellen** und im Wege einer prognostischen Betrachtung zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung – ggf. in Anwendung des Zweifelssatzes – in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde (LR-StPO/Becker, 26. Aufl., § 244 Rn. 220).

Diese **antizipierende Würdigung** ist in dem den Antrag ablehnenden Beschl. (§ 244 VI StPO) näher darzulegen. Denn dieser hat zum einen den Ast. sowie die weiteren Prozessbeteiligten soweit über die Auffassung des Gerichts zu unterrichten, dass diese sich auf die neue Verfahrenslage einstellen und ggf. noch in der Hauptverhandlung das Gericht von der Erheblichkeit der Beweistatsache überzeugen oder aber neue Anträge mit demselben Beweisziel stellen können; zum anderen muss er dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglichen, ob der Beweisantrag rechtsfehlerfrei zurückgewiesen worden ist und ob die Feststellungen und Erwägungen des Ablehnungsbeschlusses mit denjenigen des Urteils übereinstimmen. Deshalb ist **mit konkreten Erwägungen zu begründen**, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, **warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss geblieben** ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Ur. v. 26.01.2000 – 3 StR 410/99, NStZ 2000, 267 [268]; v. 07.04.2011 – 3 StR 497/10, NStZ 2011, 713 [714]; Beschl. v. 01.10.2013 – 3 StR 135/13, NStZ 2014, 110 [= StV 2014, 262]). Nach diesen Maßstäben erweist es sich in aller Regel als rechtsfehlerhaft, wenn die Ablehnung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit allein auf die inhaltsleere Aussage gestützt wird, die **unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache lasse keinen zwingenden, sondern lediglich einen möglichen Schluss zu**, den das Gericht nicht ziehen wolle (vgl. LR/Becker aaO., § 244 Rn. 225).

So verhält es sich hier. Die StrK hat keine konkreten Erwägungen mitgeteilt, aufgrund derer sie das von ihr bisher gefundene Beweisergebnis, das allein auf der Aussage der Nebenkl. gründet, **durch die unter Beweis gestellten Tatsachen nicht als erschüttert angesehen** hat. Die Bedeutungslosigkeit lag auch nicht auf der Hand (vgl. BGH, Ur. v. 15.05.1990 – 5 StR 594/89, BGHR StPO § 244 III 2 Bedeutungslosigkeit 12; v. 23.09.1999 – 4 StR 700/98, StraFo 2000, 53 [54] [= StV 2000, 133]). Das LG selbst hat einen Sachzusammenhang zwischen der Beweistatsache und dem Gegenstand der Urteilsfindung gesehen. Die unter Beweis gestellte Tatsache betraf **tatsächlich einen die Glaubwürdigkeit der Zeugin in der vorliegenden Sache berührenden Umstand** (vgl. Ur. v. 23.09.1999 – 4 StR 700/98, StraFo 2000, 53 [54] m.w.N.). In der pauschalen Begründung, die vom Angekl. behauptete Äußerung der Nebenkl., sie wolle den Angekl. »in den Knast bringen«, ließe keinen zwingenden Schluss zu, liegt daher ein Rechtsfehler.“ (BGH aaO.)

StPO
§§ 105 I, 102

Mündliche Durchsuchungsanordnung Dokumentation

StrafverfR

(LG Lüneburg in StV 2016, 348; Beschluss vom 07.12.2015 – 26 Qs 281/15)

Aus einer **fehlenden oder verspäteten Dokumentation** in den Akten kann sich die Rechtswidrigkeit einer mündlichen richterlichen Durchsuchungsanordnung ergeben, wenn **mangels eines Eilfalls eine schriftliche Anordnung erforderlich** gewesen wäre.

Fall: Am 07.10.2015 gegen 13:18 Uhr haben Polizeibeamte den Besch., den sie aufgrund der Angaben eines Zeugen eines versuchten Diebstahls eines E-Bikes am Allgemeinen Krankenhaus in C. verdächtigten, kontrolliert. Beim Besch. haben sie u.a. einen Bolzenschneider, Kneifzangen und Schraubendreher sowie ein durchgekniffenes Seilringschloss und ein als gestohlen gemeldetes Smartphone aufgefunden und ihn sodann um 13:35 Uhr festgenommen. Das E-Bike war durch ein fest installiertes Schloss abgeschlossen. Der Besch. hat gegenüber den Polizeibeamten angegeben, dass das Seilringschloss zu dem E-Bike gehöre. Bei der Durchsuchung auf der Wache haben die Polizeibeamten noch eine Subutex Tablette und eine Rivotril Tablette gefunden. In der Vernehmung des Besch. von 14:30 Uhr bis 15:00 Uhr hat er angegeben, dass er wegen Ladendiebstahls unterlaufender Bewährung stehe und auch schon einmal wegen Ladendiebstahls inhaftiert gewesen sei. Das Handy habe er in Hamburg gekauft, das Werkzeug habe er dabei, weil er jemanden bei der Gartenarbeit habe helfen wollen und die beiden Tabletten seien ihm von Dr. U. verschrieben worden, so glaube er.

In dem polizeilichen Durchsuchungsbericht v. 13.10.2015 ist angegeben, dass die Durchsuchung »um 15:00 Uhr, durch Richter K. am AG Celle, mündlich angeordnet« worden sei. Die Durchsuchung hat um 16:30 Uhr begonnen, den Besch. haben die Polizeibeamten um 17:35 Uhr aus dem Gewahrsam entlassen.

Mit seiner Beschwerde v. 11.11.2015 begehrt der Besch. die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchsuchung am 07.10.2015. Die Anordnung genüge nicht den Anforderungen des § 105 I StPO, das Auffinden weiterer Beweismittel sei nicht zu erwarten gewesen, Gefahr im Verzuge habe nicht vorgelegen und die Anordnung sei unverhältnismäßig gewesen.

I. Grundsatz der Schriftlichkeit der Durchsuchungsanordnung

„**Grundsätzlich hat eine Durchsuchungsanordnung schriftlich zu erfolgen**; in Eilfällen kann sie jedoch auch mündlich erlassen werden (Meyer-Goßner aaO., Rn. 3; KK-StPO, 7. Aufl., § 105 Rn. 3; BVerfG 2 BvR 2267/06; BGH NStZ 2005, 392). Insbes. bei einem Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 I GG, dient der **Richtervorbehalt der Kontrolle der Einhaltung der Verfassung und des einfachen Rechts** (BVerfGNJW 2015, 2787 [= StV 2016, 67]). Durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses trifft ihn die Pflicht, sicherzustellen, dass der Eingriff in Grundrechte messbar und kontrollierbar bleibt (BVerfG 2 BvR 1440/00). Durch die Beschreibung des Tatvorwurfs und ein Abstecken des äußeren Rahmens wird auch dem Betroffenen ermöglicht, die Durchsuchung zu kontrollieren und einer etwaigen Ausuferung entgegen zu treten (BVerfG aaO.). Dies kann am effektivsten mit einer schriftlichen Anordnung erreicht werden, die dem Betroffenen – und auch den Durchsuchungsbeamten – ausgehändigt werden kann (so auch LG Tübingen 1 Qs 38/07). Eine solche kann dann auch erst Grundlage

für eine ggf. zu treffende Entscheidung des Rechtsmittelgerichts sein (LG Dresden 3 Qs 105/11; LG Tübingen aaO.; LG Mühlhausen 6 Qs 9/06) und einen effektiven Rechtsschutz, Art. 19 IV GG, gewährleisten (BVerfG 2 BvR 784/08).“ (LG Lüneburg aaO.)

II. Vorliegen eines Eilfalls

„Ein eine mündliche Anordnung rechtfertigender Eilfall kann dagegen etwa gegeben sein, wenn bei einer erst schriftlichen Anordnung durch den Richter ein **Beweismittelverlust droht**. Ein solcher drohender Beweismittelverlust ergibt sich vorliegend aus den Akten nicht ohne weiteres, insbes. fehlt ein **die Eilbedürftigkeit begründender Vermerk der Ermittlungsrichterin** (oder wenigstens der Ermittlungsbehörden). Der Besch. wurde gegen 13:18 Uhr kontrolliert und das aufgebrochene Schloss auch zu diesem Zeitpunkt bereits aufgefunden. Seine Verhaftung erfolgte um 13:35 Uhr. Um 15:00 Uhr erging die mündliche Durchsuchungsanordnung. Den Akten ist bereits nicht zu entnehmen, wann die Ermittlungsrichterin über den Sachverhalt und den Antrag der StA informiert wurde bzw. ggf. **warum ein entsprechender Antrag nicht bereits nach der Festnahme des Besch. gestellt wurde**. Aus den Akten ergibt sich auch nicht, weshalb sich die Ermittlungsrichterin zeitlich gehindert hätte sehen können, den Besch. – bei dem einfach gelagerten Sachverhalt – **vor der Durchsuchung schriftlich abzufassen** und der Polizei per Telefax zu übermitteln, zumal die Durchsuchung erst um 16:30 Uhr erfolgt ist. Immerhin sah sich die Ermittlungsrichterin um 15:00 Uhr zum Erlass eines mündlichen Beschl. in der Lage. Weshalb für die schriftliche Ausformulierung des Beschl. in Hinblick auf einen drohenden Beweismittelverlust eine »längerfristige Festnahme« des Besch. erforderlich gewesen sein sollte, erschließt sich ebenfalls nicht, zumal er erst um 17:35 Uhr, und damit mehr als zweieinhalb Stunden nach dem mündlichen Beschl., aus dem Gewahrsam entlassen worden ist.“ (LG Lüneburg aaO.)

Vom Vorliegen eines Eilfalls ist daher nicht auszugehen.

III. Dokumentationspflichten bei mündlicher Durchsuchungsanordnung

„Darüber hinaus ist die **mündliche Anordnung der Durchsuchung** durch die Ermittlungsrichterin auch überhaupt nicht und durch die Ermittlungsbehörden – soweit dies ausnahmsweise ausreichend sein könnte (BVerfG 2 BvR 2267/06; BGH NSTZ 2005, 392 [= StV 2006, 174]) – **nur unzureichend dokumentiert**. Dies macht die Anordnung zwar **nicht unwirksam** (BGH aaO.), aber aus Sicht der Kammer jedenfalls im vorliegenden Fall, in dem gerade eine schriftliche Anordnung erforderlich gewesen wäre, in Hinblick auf Art. 13 I GG und Art. 19 IV GG **rechtswidrig**.

Die **nachträgliche Dokumentation im Rahmen der Nichtabhilfeentscheidung**, vorliegend ca. sieben Wochen nach der Anordnung, vermag vorliegend die Rechtswidrigkeit nicht mehr zu beseitigen. Nach Auffassung der Kammer birgt die **verspätete Dokumentation** nicht nur hinsichtlich des zeitlichen Ablaufs (BVerfG NJW 2015, 2787 [= StV 2016, 67]; BVerfG 2 BvR 1444/00) die **Gefahr von Ungenauigkeiten und Erinnerungsfehlern** oder gar einer Umgehung, so dass eine Überprüfung nicht mehr gleichermaßen effektiv ist wie bei einer zeitnahen schriftlichen Darlegung (so auch LG Tübingen aaO.), sondern auch etwa hinsichtlich des zum Zeitpunkt der Anordnung dem Ermittlungsrichter bekannten Sachverhalts. Gerade der Ermittlungsrichter bei einem AG hat zudem oft in kurzer Zeit über mehrere Durchsuchungsanordnungen zu entscheiden, so dass die **Erinnerung an einzelne Entscheidungen nach mehreren Tagen oder gar Wochen eingeschränkt** sein dürfte. Zudem führt die Pflicht zur Dokumentation – wie auch das Abfassen einer schriftlichen Entscheidung – dazu, dass sich der Anordnende **in besonderem Maße der Rechtmäßigkeit der Maßnahme vergewissert** (BVerfG 2 BvR 1444/00). Auch ist nicht sichergestellt, dass zu einem späteren Zeitpunkt noch der Ermittlungsrichter zuständig ist, der die Anordnung auch erlassen hatte. All dies gebietet eine Dokumentation – je nach Einzelfall – vor, bei oder jedenfalls unmittelbar nach einer mündlichen Anordnung, sofern deren Voraussetzungen überhaupt vorliegen.“ (LG Lüneburg aaO.)

StPO

§ 136 I 2, 243 V, 261

Schweigen des Angeklagten

Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung

StrafVerfR

(BGH in NSTZ 2016, 220; Beschluss vom 13.10.2015 – 3 StR 344/15)

Fall: Das LG hat den Angekl. wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln zu der Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Die Revision des Angekl. hat mit der Sachrüge Erfolg. Sie deckt einen Beweiswürdigungsfehler auf. Hierfür ist Folgendes belangvoll: Der Angekl. hat eingeräumt, die in seinem Fahrzeug sichergestellten Betäubungsmittel erworben zu haben, um sie weiterzuverkaufen bzw. kostenlos weiterzugeben. Er hat aber bestritten, von der Waffe unter dem Fahrersitz – einer mit fünf Patronen geladenen Gaspistole, bei der das Gas durch den Lauf nach vorne austritt – Kenntnis gehabt zu haben. Diese habe er vielmehr zu Hause aufbewahrt. Seine Verlobte habe sie dann ohne sein Wissen ins Fahrzeug gelegt, da sie bei einem Kindergeburtstag nicht in der Wohnung habe vorhanden sein sollen.

Die StrK hat diese bestreitende Einlassung als widerlegt angesehen. Der Zeugenaussage der Verlobten, die die Angaben des Angekl. bestätigt hat, hat das LG keinen Glauben geschenkt. Es sei kein Grund ersichtlich, warum die Angaben der Zeugin, die diese bereits im Januar 2015 dem Angekl. und dem Verteidiger mitgeteilt habe, nicht so schnell wie möglich den Ermittlungsbehörden zur Kenntnis gebracht worden seien. Dass die Zeugin ihre Angaben erstmals in der Hauptverhandlung gemacht habe, spreche für eine konstruierte und mit der insoweit ebenfalls erst in der Hauptverhandlung abgegebenen Einlassung des Angekl. abgestimmte Aussage.

„Diese Erwägung **verstößt gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit** des Angekl. Diesem kann der Zeitpunkt, zu dem er erstmals eine entlastende Einlassung vorbringt, nicht zum Nachteil gereichen.

Der Grundsatz, dass **niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht**, insoweit also ein Schweigerecht besteht, ist notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens. Es steht dem Angekl. frei, sich zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (vgl. § 136 I 2, § 243 V 1 StPO). Macht ein Angekl. **von seinem Schweigerecht Gebrauch**, so darf dies **nicht zu seinem Nachteil gewertet** werden (BGH Ur. v. 26.10.1983 – 3 StR 251/83, BGHSt 32, 140, 144; v. 26.05.1992 – 5 StR 122/92, BGHSt 38, 302, 305; v. 22.12.1999 – 3 StR 401/99, NJW 2000, 1426; Beschl. v. 3.5.2000 – 1 StR 125/00, NSTZ 2000, 494, 495; v. 28.05.2014 – 3 StR 196/14, NSTZ 2014, 666, 667). Der unbefangene Gebrauch dieses Schweigerechts wäre nicht gewährleistet, wenn der Angekl. die Prüfung und Bewertung der Gründe für sein Aussageverhalten befürchten müsste. Deshalb dürfen weder aus der durchgehenden noch aus der anfänglichen Aussageverweigerung – und damit auch nicht aus dem Zeitpunkt, zu dem sich der Angekl. erstmals einlässt – **nachteilige Schlüsse** gezogen werden (st. Rspr.; vgl. Beschl. v. 28.05.2014 – 3 StR 196/14, NSTZ 2014, 666, 667 m.w.N.).

Dem Urteil kann entnommen werden, dass der Angekl. sich **erstmalig in der Hauptverhandlung** geäußert hat. Dass er die Ermittlungsbehörden nicht früher über die Angaben seiner Verlobten in Kenntnis gesetzt hatte, darf deshalb bei der Bewertung seiner Aussage keine Berücksichtigung finden. Dieser Rechtsfehler ist auf die Sachrüge hin zu beachten (Beschl. v. 28.05.2014 – 3 StR 196/14, NSTZ 2014, 666, 667 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

VwGO
§§ 58 II, 60

Antrag auf Zulassung der Berufung
Fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung in Bezug auf die Begründungsfrist
(OVG Bautzen in DÖV 2016, 536; Beschluss vom 21.10.2015 – 5 A 467/15.A)

VerwProzR

„Ist die Rechtsmittelbelehrung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils **nur hinsichtlich der Begründungsfrist** des § 78 IV 4 AsylG fehlerhaft, ansonsten aber ordnungsgemäß, so ist der Antrag auf Zulassung der Berufung **unzulässig, wenn er nicht innerhalb der einmonatigen Antragsfrist** des § 78 IV 1 AsylG von einem postulationsfähigen Bevollmächtigten gestellt wird, keine Wiedereinsetzung in die Antragsfrist möglich ist und der Antrag auch nicht als ein solcher auf Prozesskostenhilfe für ein noch durchzuführendes Berufungszulassungsverfahren ausgelegt werden kann.“ (OVG Bautzen aaO.)

VwGO
§ 47 II

Normenkontrolle einer Verordnung zur Ladenöffnung
Klagebefugnis der Gewerkschaften
(BVerwG in NVwZ 2016, 689; Urteil vom 11.11.2015 – 8 CN 2/14)

VwProzR

1. Eine **Gewerkschaft** ist nach § 47 II 1 VwGO **antragsbefugt** für einen Normenkontrollantrag gegen eine gemeindliche Rechtsverordnung, die in ihrem Tätigkeitsbereich gestützt auf § 14 LadSchlG eine **Öffnung von Verkaufsstellen aus Anlass eines Markts an einem Sonn- oder Feiertag** zulässt.
2. Die **Sonntagsöffnung** von Verkaufsstellen mit uneingeschränktem Warenangebot „aus Anlass“ eines Markts ist nach § 14 I LadSchlG **nur zulässig**, wenn die **prägende Wirkung des Markts** für den öffentlichen Charakter des Tages gegenüber der typisch werktäglichen Geschäftigkeit der Ladenöffnung überwiegt, weil sich letztere lediglich als Annex zum Markt darstellt. Das setzt regelmäßig voraus, dass die Ladenöffnung in **engem räumlichen Bezug zum konkreten Marktgeschehen** steht und prognostiziert werden kann, dass der Markt für sich genommen einen beträchtlichen Besucherstrom anzieht, der die bei einer alleinigen Öffnung der Verkaufsstellen zu erwartende Zahl der Ladenbesucher übersteigt.

Fall: Die Ast. wendet sich gegen die Rechtsverordnung der Ag. zur Freigabe verkaufsoffener Sonn- und Feiertage aus Anlass von Märkten vom 11.03.2013 (im Folgenden: Rechtsverordnung). Als Gewerkschaft vertritt sie nach ihrer Satzung im Dienstleistungsbereich tätige Arbeitnehmer. Die Ag. ist eine Gemeinde mit rund 13.300 Einwohnern. Ist die Ast. antragsbefugt?

Die Ast. ist antragsbefugt, wenn sie geltend machen kann, durch die zur Prüfung gestellte Norm in ihren Rechten verletzt zu sein (§ 47 II 1 VwGO). Sie macht geltend, die angegriffene Rechtsverordnung sei mit der Ermächtigungsgrundlage des § 14 LadSchlG i.d.F. der Bekanntmachung vom 02.06.2003 (BGBl. I 2003, 744), für den hier maßgeblichen Zeitraum zuletzt geändert durch Art. 228 der Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I 2006, 2407) – LadSchlG – nicht vereinbar.

„Die **Ausgestaltung des Sonntagschutzes** nach § 14 LadSchlG dient auch dem **Schutz des Interesses von Vereinigungen und Gewerkschaften** am Erhalt günstiger Rahmenbedingungen für gemeinschaftliches Tun und ist in diesem Sinne drittschützend. Die Ast. kann sich deshalb als Gewerkschaft darauf berufen, die Voraussetzungen des § 14 LadSchlG hätten nicht vorgelegen und die Rechtsverordnung verstoße dadurch gegen eine auch sie schützende Rechtsnorm.

§ 14 LadSchlG **konkretisiert den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag**, der sich für den Gesetzgeber aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV ergibt. Nach Art. 139 WRV bleiben der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt. Der objektivrechtliche Schutzauftrag, der in der Sonn- und Feiertagsgarantie begründet ist, ist auf die Stärkung des Schutzes derjenigen Grundrechte angelegt, die in besonderem Maße auf Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung angewiesen sind (BVerfGE 125, 39 [84] = NVwZ 2010, 570). Dazu zählen auch die **Vereinigungs- und die Koalitionsfreiheit** nach Art. 9 GG. Der zeitliche Gleichklang einer für alle Bereiche regelmäßigen Arbeitsruhe ist ein grundlegendes Element für die Wahrnehmung der verschiedenen Formen sozialen Lebens. Rhythmisch **wiederkehrende Tage kollektiver Arbeitsruhe** und die damit verbundene **synchrone Taktung des sozialen Lebens** erleichtern das gemeinschaftliche Tun im Rahmen von Vereinigungen und Gewerkschaften. Die Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen ist deshalb auch für die Rahmenbedingungen des Wirkens von Gewerkschaften und sonstigen Vereinigungen bedeutsam (BVerfGE 125, 39 [83] = NVwZ 2010, 570; BVerwGE 150, 327 = NVwZ 2015, 590 Rn. 15 f.).

Obgleich die Ast. **nicht unmittelbar Adressatin der durch die Rechtsverordnung gestatteten Ladenöffnung** ist, ist sie durch die angegriffene Rechtsverordnung in ihrem Tätigkeitsbereich betroffen. Hierfür genügt, dass sich die Öffnung der Verkaufsstellen an einem Sonntag **negativ auf die Grundrechtsverwirklichung der Ast.** auswirken kann. Die Rechtsverordnung erlaubt die Sonntagsöffnung von Verkaufsstellen, die dem Dienstleistungsbereich zuzuordnen sind; die Ast. **vertritt in diesem Bereich tätige Arbeitnehmer**. Die Sonntagsöffnung kann deshalb zur Folge haben, dass Mitglieder der Ast. an diesem Tag **an der Teilnahme gemeinschaftlicher Veranstaltungen der Ast. gehindert** sind. Außerdem betroffen ist der Bereich der Mitgliederwerbung der Ast. bezogen auf solche im Dienstleistungsbereich tätigen und in den von der Sonntagsöffnung erfassten Verkaufsstellen beschäftigten Arbeitnehmer, die an der gewerkschaftlichen Tätigkeit der Ast. interessiert sind.

Die Interessen der Ast. werden **mehr als nur geringfügig beeinträchtigt** (vgl. BVerwGE 59, 87 [102] = NJW 1980, 1061, und BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 63 = NJW 1992, 2844 = NVwZ 1992, 1198 Ls.). Im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes ist ... auf die **Gesamtbelastung** abzustellen, die sich für die landesweite Betätigung der Ast. durch den Erlass einzelner gemeindlicher Verordnungen auf der Grundlage des § 14 LadSchlG ergeben kann. Danach kann **jede bayerische Gemeinde bis zu viermal im Jahr** einen verkaufsoffenen Sonn- oder Feiertag aus Anlass eines Markts, einer Messe oder einer ähnlichen Veranstaltung freigeben. So kann über das ganze Jahr gesehen ein „**Flickenteppich**“ **sonntäglicher Ladenöffnungen** entstehen, der die Organisation gemeinschaftlicher gewerkschaftlicher Tätigkeiten an Sonntagen spürbar erschweren kann.“ (BVerwG aaO.)

**Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens
Einlegung des Widerspruchs**

(VGH Mannheim in DÖV 2016, 356; Urteil vom 10.12.2015 – 2 S 1516/14)

1. Die Einlegung eines Widerspruchs gegen einen kommunalen Abgabenbescheid bei einem privatrechtlich organisierten Unternehmen wahrt die Widerspruchsfrist nicht. Die Kenntnis und das Verhalten eines solchen Unternehmens ist der zur Gebührenerhebung berechtigten Behörde im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Vorverfahrens nicht – auch nicht auf Grund einer Duldung oder eines gesetzten Anscheines – zuzurechnen. Dies würde die gesetzlich bestimmten Grenzen (vgl. § 2 III KAG) der Beleihung überschreiten; das Unternehmen kann insoweit nur als Verwaltungshelfer für die gebührenerhebende Behörde tätig werden.
2. Der in einer Rechtsbehelfsbelehrung enthaltene Hinweis, dass Widerspruch auch schriftlich oder zur Niederschrift bei dem Fachbereich „Stadtentwässerung“ eingelegt werden könne, enthält keinen unzutreffenden oder irreführenden Zusatz, welcher die Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig macht.
3. Die Widerspruchsbehörde ist nicht ermächtigt, über einen verspätet eingelegten Widerspruch gegen einen kommunalen Abgabenbescheid sachlich zu entscheiden.
4. Dem Widerspruchsführer steht im Bereich des kommunalen Abgabenrechts ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Widerspruchsbehörde über die Frage, ob über einen verspäteten Widerspruch sachlich entschieden wird, nicht zu.

**Bürgerbegehren
Zulässigkeit einer Klage auf Zulassung**

(VGH Kassel in DÖV 2015, 490; Beschluss vom 30.11.2015 – 8 A 889/13)

I. Statthafte Klageart

Eine **Klage, gerichtet darauf, ein Bürgerbegehren für zulässig zu erklären** (§ 8b IV 2 HGO) könnte als **Verpflichtungsklage** statthaft sein, wenn die begehrte Erklärung ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 HessVwVfG ist.

„Die **Gemeindevertretung** ist **Behörde** i.S.d. § 1 II HessVwVfG; danach ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, eine Behörde i.S.d. Gesetzes (sog. funktionaler Behördenbegriff). Die Gemeindevertretung ist - trotz Wahl durch die Bürger - Teil der Exekutive und handelt mit einem Beschluss über die (Nicht-)Zulassung eines Bürgerbegehrens eigenverantwortlich und im eigenen Namen gegenüber den Initiatoren des Bürgerbegehrens.

Der Entscheidung kommt mithin **sowohl Regelungscharakter als auch Außenwirkung** zu, so dass sie als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist. An der Senatsrechtsprechung, wonach die Feststellungsklage statthaft ist (vgl. Hess. VGH, Urteil vom 28.10.1999 - 8 UE 3683/97 - juris, Rn. 25 f.), wird nicht festgehalten.“ (VGH Kassel aaO.)

sicher schon wieder tolles Wetter

II. Entbehrlichkeit des Vorverfahrens

„Die Klage ist auch trotz fehlenden Vorverfahrens nach § 68 VwGO zulässig. Die Klägerin hat gegen den ablehnenden Beschluss der Stadtverordnetenversammlung der Beklagten zwar keinen Widerspruch eingelegt. Die Durchführung des Vorverfahrens war jedoch - entgegen der Auffassung der Beklagten - hier ausnahmsweise entbehrlich. Vor Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage sind zwar **grundsätzlich** nach § 68 I und II VwGO **Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit** des angefochtenen bzw. begehrten Verwaltungsakts in einem **Vorverfahren** nachzuprüfen, dessen erfolglose Durchführung im Hinblick auf die Zulässigkeit der Klage von Amts wegen zu prüfen ist. Der Senat geht jedoch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts davon aus, dass über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Ausnahmefälle hinaus ein **Vorverfahren zumindest auch dann entbehrlich ist, wenn dem Zweck des Vorverfahrens bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann** (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 15.09.2010 - 8 C 21/09 - juris, Rn. 24 f.).

Insoweit mag dahinstehen, ob bereits eine nur hilfsweise Einlassung zur Sache die Durchführung des Vorverfahrens entbehrlich macht, denn dem Zweck des Vorverfahrens ist jedenfalls mit einer **unbedingten Einlassung zur Sache** Rechnung getragen. Vorliegend hat die zum damaligen Zeitpunkt anwaltlich nicht vertretene Beklagte in der Klageerwiderung vom 04.01.2012 (Bd. I, Bl. 26 f. d. GA) **Klageabweisung beantragt** und sich - nach Darstellung des Sachverhalts - unter II. hinsichtlich der Begründetheit der Klage **in der Sache** auf die zur Frage der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens eingeholten Gutachten und den Beschluss der Stadtverordnetenversammlung bezogen. Auch der Bevollmächtigte der Beklagten hat in seinem Schriftsatz vom 09.01.2012 (Bd. I, Bl. 30 f. d. GA), mit dem er sich zum Verfahren gemeldet hat, auf diesen Schriftsatz der Beklagten Bezug genommen und **erst später** - im Schriftsatz vom 09.02.2012 (Bd. I, Bl. 60 f. d. GA) - **das unterbliebene Vorverfahren gerügt**.“ (VGH Kassel aaO.)

III. Klagebefugnis

„Die Klägerin ist als **Mitunterzeichnerin des Bürgerbegehrens** auch klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO. Denn die Mitunterzeichner eines Bürgerbegehrens - zu denen in der Regel auch die Vertrauenspersonen gehören - können durch die verfahrensfehlerhafte Behandlung des Bürgerbegehrens bzw. -entscheid in der **jedem einzelnen Unterzeichner** durch § 8b HGO verliehenen verfahrensrechtlichen Rechtsposition auf Mitwirkung verletzt werden (Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 16.07.1996 - 6 TG 2264/96 - juris, Rn. 3).“ (VGH Kassel aaO.)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

VwGO
§ 162 I

Wahl des Rechtsanwalts Größerer Spielraum im Verwaltungsprozess

KostenR

(OVG Bautzen in DÖV 2016, 536; Beschluss vom 08.03.2016 – 3 E 10/16)

Der Beteiligte im Verwaltungsprozess ist in der Wahl des Rechtsanwalts seines Vertrauens nach der spezielleren Vorschrift des § 162 I VwGO freier gestellt als nach § 91 II 1 und 2 ZPO.

„Zu den **Verfahrenskosten** gehören nach § 162 I VwGO die Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) und **die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beteiligten** einschließlich der Kosten des Vorverfahrens. Auch im Verwaltungsprozess ist danach jeder Beteiligte aus dem prozessrechtlichen Verhältnis heraus verpflichtet, die Kosten auf das Notwendige zu beschränken (BVerwG, Beschl. v. 22.06.1993 - 1 ER 103.93 -, juris Rn. 4). Jedoch ist der **Beteiligte im Verwaltungsprozess** in der Wahl des Rechtsanwalts seines Vertrauens nach der spezielleren Vorschrift des § 162 I VwGO **freier gestellt**, als nach § 91 II 1 und 2 ZPO (OVG MV, Beschl. v. 10.01.1995 - 3 O 89/94 -, juris Rn. 4). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll es die Vorschrift den Beteiligten erleichtern, einen qualifizierten Rechtsanwalt zu finden, um „Verwaltungsrechtsschutz wirksamer zu gestalten“ (BT-Drs. III/55, S. 48).

Wegen der **Verpflichtung, die Kosten zu minimieren**, sind auch nach § 162 I VwGO im Grundsatz **Reisekosten** eines Rechtsanwalts nur erstattungsfähig, wenn er seine **Kanzlei am Sitz oder im Bezirk des angerufenen Gerichts oder am Wohnsitz seines Mandanten oder in dessen Nähe** hat (Olbertz, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. EL Oktober 2015, § 162 Rn. 50). Im Einzelfall können aber auch die **Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts** erstattungsfähig sein. Dies ist der Fall, wenn der beauftragte Rechtsanwalt **über besondere Fachkenntnisse verfügt und der Streitfall Fragen aus dem betreffenden Gebiet von solcher Schwierigkeit aufwarf**, dass eine verständige Partei zur angemessenen Wahrnehmung ihrer Rechte die Zuziehung eines solchen Rechtsanwalts für ratsam halten durfte oder wenn zwischen dem beteiligten und ihm **ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht** (Olbertz aaO. m.w.N.). Ersteres ist hier der Fall, wie sowohl die beauftragte Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des Verwaltungsgerichts als auch das Verwaltungsgericht richtig angenommen haben.“ (OVG Bautzen aaO.)

VwGO
§ 87 a

Zuständigkeit für Streitwertentscheidung Einzelrichter oder Kammer

KostenR

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2016, 440; Beschluss vom 23.12.2015 – 1 S 288/15)

1. Über die **Streitwertbeschwerde** entscheidet beim Oberverwaltungsgericht auch dann der **Einzelrichter**, wenn in der Vorinstanz der Berichterstatter den Streitwert festgesetzt hat.
2. Der Berichterstatter ist jedenfalls dann nicht mehr zuständig für die Entscheidung über den Streitwert nach § 87 a III, I Nr. 4 VwGO, wenn die **Kammer bereits eine Sachentscheidung** erlassen hat.

Fall: Der Kl. wandte sich mit seiner Beschwerde gegen eine Streitwertfestsetzung in einem verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren, das die Weigerung des Kl., Rundfunkbeiträge zu zahlen, zum Gegenstand hatte. Eine Übertragung auf den Einzelrichter erfolgte nicht. Mit Gerichtsbescheid vom 26.10.2015 hat das VG die Klage mit der Begründung abgewiesen, es lasse sich ihr schon kein hinreichend bestimmtes Klagebegehren entnehmen. Der Gerichtsbescheid ist dem Kl. am 29.10.2015 zugestellt worden. Nachdem sich der Kl. in der Folgezeit mit weiteren Schreiben an das Gericht wandte, deren Zielrichtung nicht bestimmt werden konnte, ist er mit gerichtlichem Schreiben vom 19.11.2015 darauf hingewiesen worden, dass das Verfahren nach Ablauf der im Gerichtsbescheid genannten Rechtsmittelfrist abgeschlossen und archiviert werde. Hiergegen hat der Kl. Einwendungen erhoben, die in erster Linie die Ausfertigung des gerichtlichen Hinweisschreibens betrafen. Mit Beschluss vom 01.12.2015 hat die Berichterstatterin den Streitwert für das Klageverfahren gem. § 52 II GKG auf 5.000 € festgesetzt. Am selben Tag ist das Verfahren als erledigt ausgetragen worden. Der Beschluss über die Streitwertfestsetzung ist dem Kl. am 04.12.2015 zugestellt worden. Mit Schreiben vom 07.12.2015 hat sich der Kl. erneut an das VG gewandt. Der Schriftsatz enthält folgende Passage: „Der Kl. gibt dem Gericht zur Erinnerung mit Beschwer gem. § 63 [2] GKG und § 21 GKG auf, das einer Streitwertfestsetzung u.a. nach Grundgesetz auf null zu setzen ist. Gerichtskosten des Verfahrens gehen zulasten der Staatskasse.“ Mit Beschluss vom 09.12.2015 hat das VG (Berichterstatterin) der (Streitwert-)Beschwerde nicht abgeholfen.

„Das VG hat den Schriftsatz des Kl. vom 07.12.2015 zutreffend als **Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung** vom 01.12.2015 gedeutet. Über die **Streitwertbeschwerde** entscheidet gem. § 68 I 5 i.V.m. § 66 VI 1 GKG der **Einzelrichter**, weil auch die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter erlassen wurde. Dies schließt den Fall ein, **dass in der Vorinstanz die Berichterstatterin bzw. der Berichterstatter allein entschieden hat** (so auch – mit überzeugender Begründung – VGH Mannheim, NVwZ-RR 2006, 648; vgl. zur Gegenansicht nur OVG Magdeburg, Beschl. v. 02.02.2007 – 4 O 17/07, BeckRS 2007, 28561 jew. m.w.N.). Dies entspricht der **ständigen Entscheidungspraxis** des 1. Senats des OVG Bremen (vgl. zuletzt etwa Beschl. v. 19.03.2014 – 1 S 37/14, BeckRS 2016, 44050 sowie Beschl. v. 18.08.2014 – 1 S 178/14, BeckRS 2016, 44051). Die Voraussetzungen für eine Übertragung auf den Senat gem. § 68 I 5 i.V.m. § 66 VI 2 GKG liegen deshalb nicht vor.

Die **Beschwerde ist zulässig**, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 € übersteigt (§ 68 I 1 GKG). Ausgehend von einem Streitwert i.H.v. 5.000 € hat der Kl. Gerichtskosten i.H.v. 438 € zu tragen. Mit seiner Beschwerde macht er geltend, der Streitwert sei „auf null“ zu setzen.

Die Beschwerde ist **begründet**, weil der angefochtene Beschluss **an einem Verfahrensfehler leidet**. Die **Berichterstatterin** war für die Entscheidung über die Streitwertfestsetzung **nicht zuständig**. Stattdessen hätte hierüber die Kammer in der Besetzung mit drei Berufsrichtern entscheiden müssen. Aus diesem Grund ist der Beschluss aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung über die Streitwertfestsetzung an das VG zurückzuverweisen.

Eine **Zuständigkeit der Berichterstatterin** könnte sich nur aus § 87 a III, I Nr. 4 VwGO ergeben. Soweit, wie hier, ein Berichterstatter bestellt ist, entscheidet dieser über den Streitwert, wenn die Entscheidung im vorbereitenden Verfahren ergeht. Die Voraussetzungen dieser Zuständigkeitsregelung sind nicht erfüllt, weil die **Streitwertfestsetzung nicht mehr im vorbereitenden Verfahren** erging.

Der Begriff des vorbereitenden Verfahrens ist **gesetzlich nicht definiert**. Hierzu werden im Detail unterschiedliche Ansichten vertreten. **Jedenfalls aber endet das vorbereitende Verfahren** bei einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren wie bei Erlass eines Gerichtsbescheids **mit dem Erlass der Sachentscheidung** (Stuhlfauth in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth u.a., VwGO, 6. Aufl. 2014, § 87 a Rn. 6; Jacob in Gärditz, VwGO, 2013, § 87 a Rn. 4; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 87 a Rn. 2; widersprüchlich Eyermann/Geiger, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 87 a Rn. 11 einer- und Rn. 3 andererseits). Dies folgt aus dem Wortlaut der Regelung, ihrem Sinn und Zweck, den Spruchkörper von Nebenentscheidungen zu entlasten, sofern er sich nicht ohnehin in der Sache mit der Angelegenheit zu befassen hat, ihrem systematischen Zusammenhang mit § 87 VwGO sowie aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (vgl. BT-Drs. 11/7030, 27 f.).“ (OVG Bremen aaO.)

VwGO
§ 80 V, VII

Kostenentscheidung
Aufeinander folgenden Eilverfahren

KostenR

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2016, 479; Beschluss vom 28.12.2015 – 2 B 1631/15)

1. Bei **zeitlich aufeinander folgenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren** nach § 80 V und VII VwGO ist auch für das zweite nach Abschluss des ersten Rechtsschutzverfahrens anhängig gewordene Verfahren **sowohl eine Kostenentscheidung als auch eine Streitwertfestsetzung erforderlich**.
2. Bei der **Kostenentscheidung nach Hauptsacheerledigung** können einem Beigeladenen auch dann keine Kosten auferlegt werden, wenn er sich durch eigene Antragstellung am Kostenrisiko beteiligt hat.

„Gemäß § 161 I VwGO hat das Gericht im Urteil oder, wenn das **Verfahren in anderer Weise beendet** worden ist, durch **Beschluss über die Kostentragung** zu entscheiden. Entgegen der Auffassung der Ast. ergibt sich aus Vorb. 5.2 II des Kostenverzeichnisses zum GKG für den vorliegenden Fall nichts anderes. In dieser Vorbemerkung ist geregelt, dass **mehrere Verfahren nach § 80 V und VII VwGO für die Gerichtskosten innerhalb eines Rechtszugs als ein Verfahren** gelten mit der Folge, dass nicht mehrfach Kosten anfallen. Dies trifft für den vorliegenden Fall aber nicht zu, weil die hier gegenständlichen Verfahren zuerst nach § 80 V und dann nach § 80 VII VwGO **nacheinander geführt** worden sind und deshalb nicht ein Verfahren „innerhalb eines Rechtszugs“ vorliegt. Die Vorb. 5.2 II 2 ist etwa dann anwendbar, wenn der Ast. zum Beispiel zunächst die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs und später noch im selben Verfahren die aufschiebende Wirkung der Klage begehrt hat (Hartmann, Kostengesetze, 45. Aufl., S. 519 Vorb. zu KV 5210).

Soweit das **OVG Bautzen** (Beschl. v. 10.07.2009 – 2 BS 369/07, BeckRS 2009, 35870 sowie erneut Beschluss vom 05.10.2015 – 5 B 248/15, BeckRS 2015, 56043 Rn. 15) hierzu eine **andere Auffassung** vertritt, kann dieser nicht gefolgt werden. Diese Auffassung verkennt die Voraussetzung, dass die mehreren vorläufigen Rechtsschutzanträge „innerhalb eines Rechtszugs“ gestellt sein müssen. Deshalb geht die ganz **überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung** (konkulent etwa: BVerwG, NVwZ 2012, 1053 Rn. 9; VGH München, Beschl. v. 29.01.2015 – 21 AS 14.50074, BeckRS 2015, 41663; OVG Magdeburg, Beschl. v. 21.10.2014 – 1 M 116/14, BeckRS 2015, 40777; OVG Münster, Beschl. v. 22.05.2015 – 8 B 1029/14, BeckRS 2015, 48965; VGH Kassel, NVwZ 2011, 1530; VGH Kassel, Beschl. v. 29.07.2013 – 9 B 1362/13, BeckRS 2013, 53760 Rn. 42 f.; VGH Kassel, Beschl. v. 13.01.2014 – 2 B 1779/13.T, BeckRS 2016, 43893; ausdrücklich: VGH Mannheim, NVwZ-RR 2015, 637 Rn. 24 f.) davon aus, dass bei **zeitlich aufeinander folgenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren** nach § 80 V und VII VwGO auch für das zweite nach Abschluss des ersten Rechtsschutzverfahrens anhängig gewordene Verfahren sowohl eine Kostenentscheidung als auch eine Streitwertfestsetzung erforderlich ist (ebenso aus der Literatur: Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl., § 80 Rn. 68 m.w.N.). Dagegen kann es zutreffen, dass die **Rechtsanwaltsgebühren in einem Abänderungsverfahren nach § 80 VII VwGO nicht erneut anfallen** (s. dazu etwa VG München, Beschl. v. 10.09.2014 – M 11 M 14.50469, BeckRS 2015, 42697; OVG Münster, Beschl. v. 05.03.2015 – 8 E 124/15, BeckRS 2015, 43076; VG Düsseldorf, Beschl. v. 23.10.2014 – 17 L 1610/14, BeckRS 2014, 58228). Die von der Ast. zitierte Entscheidung des VG Potsdam (Beschl. v. 03.09.2014 – 11 KE 27/14, BeckRS 2014, 56161) betrifft ebenfalls allein das Entstehen von Rechtsanwaltsgebühren. Die von der Ast. weiter zitierte Entscheidung des OVG Hamburg (Beschluss vom 18.02.2011 – 5 Bs 196/10, BeckRS 2011, 49601) enthält dagegen eine eigene Kostenentscheidung für das Abänderungsverfahren, ob dem Beschluss die Rechtsauffassung des OVG Bautzen zu Grunde liegt, lässt sich nicht erkennen.“ (VGH Kassel aaO.)

Aus der Praxis

VwGO
§§ 161 II 1, 162 II 2

Notwendigkeit der Zuziehung des Bevollmächtigten Entscheidung nach Erledigungserklärung

VerwProzR

(VGH Mannheim in NJW 2016, 1530; Beschluss vom 09.12.2015 – 8 S 1542/14)

Über die Kosten des Verfahrens ist gemäß § 161 II 1 VwGO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands zu entscheiden.

*„Billigem Ermessen entspricht es hier, die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen der Beklagten sowie den beiden Beigeladenen zu gleichen Teilen aufzuerlegen. Es entspricht nämlich in der Regel billigem Ermessen, demjenigen Verfahrensbeteiligten die Verfahrenskosten aufzuerlegen, der das **erledigende Ereignis aus eigenem Willensentschluss herbeigeführt hat oder** der ohne die Erledigung bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage **voraussichtlich unterlegen** wäre. Wenn das erledigende Ereignis eine entscheidungserhebliche Änderung der Rechtslage ist, kommt es darauf an, wie **der Rechtsstreit ohne die Rechtsänderung voraussichtlich entschieden worden wäre** (VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 08.12.1994 - 10 S 1603/94 -juris; Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 161 Rn. 17).*

Nach dem eben Ausgeführten hätten die **Kläger** ohne Änderung des Baugesetzbuchs hier **sehr wahrscheinlich obsiegt**, so dass es billigem Ermessen entspricht, der Beklagten und den Beigeladenen, die auch erstinstanzlich Sachanträge gestellt haben (vgl. § 154 III VwGO) die Verfahrenskosten zu gleichen Teilen aufzuerlegen (vgl. § 159 I VwGO, § 100 I ZPO). Unerheblich ist insoweit, dass die Kläger - bezogen auf die Einführung des § 246 X BauGB - nicht unverzüglich auf die Rechtsänderung reagiert haben. Denn das **Prozessrecht kennt keine zeitliche Grenze für den Übergang zur Erledigungserklärung** und auch keine Pflicht zur unverzüglichen Reaktion auf den Eintritt eines erledigenden Ereignisses (BVerwG, Urteil vom 22.01.1993 - 8 C 40.91 -NVwZ 1993, 979).

Dem entsprechend **hatten** auch die **Berufungen** der Beklagten und der Beigeladenen bis zu den Änderungen des § 246 BauGB **keine Aussicht auf Erfolg**, das verwaltungsgerichtliche Urteil hätte sich ohne diese Rechtsänderungen wohl als zutreffend erwiesen. Daher ist keine getrennte Kostenlastentscheidung für das erstinstanzliche und das Berufungsverfahren zu treffen.

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die **Notwendigkeit der Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren** bleibt von dem - deklaratorischen - Ausspruch der Unwirksamkeit des Urteils nach beidseitiger Erledigungserklärung in der Berufungsinstanz unberührt. Das erstinstanzliche Urteil wird mit Eingang der übereinstimmenden Erledigungserklärungen zwar wirkungslos, weil die Rechtshängigkeit mit Rückwirkung beendet wird (Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 161 Rn. 10). Hingegen ist die Entscheidung über die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren nach § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO **ein das Kostenfestsetzungsverfahren betreffender Ausspruch des Gerichts**. Dieser darf in das Urteil aufgenommen werden. Dadurch wird er aber nicht materieller Bestandteil des Urteils (BVerwG, Urteil vom 28.04.1967 - 7 C 128.66 - BVerwGE 27, 39). Insbesondere kann er - vorbehaltlich des Erreichens der Beschwerdegegenstandswerts aus § 146 III VwGO selbstständig mit der Beschwerde angefochten werden (vgl. Senatsbeschluss vom 22.08.1988 - 8 S 2479/88 - juris). **Als nur formeller Urteilsbestandteil** wird die Entscheidung nach § 162 II 2 VwGO demzufolge auch **nicht unwirksam**.“ (VGH Mannheim aaO.)

GG
Art. 3 I, 20 III

Verfassungswidrige Versagung von Prozesskostenhilfe Alternative Klagebegründung

KostenR

(BVerfG in NJW 2016, 1377; Beschluss vom 15.10.2015 – 1 BvR 1790/13)

Fall: Die Verfassungsbeschwerde wandte sich gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Zahlungsklage vor den Zivilgerichten. Der Bf., Ast. des Ausgangsverfahrens, stützte den Zahlungsanspruch auf ein Darlehensverhältnis. Der Ag. stellte den Abschluss von Darlehensverträgen in Abrede. Daraufhin stützte der Bf. seinen Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung. Sein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wurde mit der Begründung zurückgewiesen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Erfolgsaussicht biete. Der Vortrag zum Abschluss eines Darlehensvertrages sei unschlüssig. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung seien nicht ersichtlich, weil dies eine Zahlung ohne Rechtsgrund voraussetze, der Ast. aber vorliegend Darlehensverträge behauptete.

*„Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG gebietet eine **weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten** bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 9, 124 [130 f.] = NJW 1959, 715; BVerfGE 10, 264 [270] = NJW 1960, 331; BVerfGE 22, 83 [86] = NJW 1967, 1267; BVerfGE 51, 295 [302] = NJW 1979, 2608; BVerfGE 63, 380 [394 f.] = NJW 1983, 1599; BVerfGE 67, 245 [248] = NJW 1985, 425). Zwar ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, die Gewährung von Prozesskostenhilfe davon abhängig zu machen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende **Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint**. Die Prüfung der Erfolgsaussichten darf jedoch nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Verfahren der Prozesskostenhilfe zu verlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen. Das Prozesskostenhilfeverfahren will den Rechtsschutz, den der Rechtsstaatsgrundsatz erfordert, nämlich nicht selbst bieten, sondern ihn erst zugänglich machen (vgl. BVerfGE 81, 347 [357] = NJW 1991, 413).*

Von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden ist ... die Annahme des OLG, das Vorbringen des Bf. zu den für die Jahre 2001 und 2002 behaupteten Darlehenshingaben sei unschlüssig [wird ausgeführt]. Das OLG hat jedoch in seinem die sofortige Beschwerde zurückweisenden Beschluss die Anforderungen an die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung überspannt und damit die Bedeutung des **verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs auf Rechtsschutzgleichheit** verkannt, indem es Zahlungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung mit der Begründung verneint hat, diese setzten eine Zahlung ohne Rechtsgrund voraus, wohingegen der Bf. Darlehensverträge behauptete.

Dabei hat das OLG außer Betracht gelassen, dass nach der vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertretenen Auffassung **Gegenstand des – hier beabsichtigten – Rechtsstreits ein prozessualer Anspruch** ist; dieser wird bestimmt durch das allgemeine Rechtsziel und die erstrebte Rechtsfolge, wie sie sich aus dem Klageantrag ergeben, sowie aus dem Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem die klagende Partei die begehrte Rechtsfolge herleitet (vgl. nur BGH, NVwZ 2002, 1535 [1536]; NJW 2004, 1252 [1253]; st. Rspr.). Dabei wird der einheitliche Lebenssachverhalt nicht dadurch in Frage gestellt, dass **unterschiedliche materiell-rechtliche Ansprüche zu ihrer Schlüssigkeit zwangsläufig einen mehr oder weniger abweichenden Tatsachenvortrag erfordern**, ohne dass darin ein Verstoß gegen die Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO) zu sehen ist. Dementsprechend ist anerkannt, dass bei einer auf Vertragserfüllung gestützten Klage das Gericht, falls es einen wirksamen Vertragsschluss verneint, auch gesetzliche Ansprüche etwa aus ungerechtfertigter Bereicherung zu prüfen hat, soweit sie an die vermeintlich vertraglich erbrachten Leistungen anknüpfen und dasselbe Klageziel

rechtfertigen (vgl. BGH, NVwZ 2002, 1535 [1536]; ferner Assmann in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 260 Rn. 9; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, Einl. Rn. 70 f.).

Entsprechendes gilt dann, wenn die klagende Partei sich das ihr Klagebegehren im Ergebnis stützende Vorbringen der Gegenseite zumindest hilfsweise zu eigen gemacht hat (vgl. nur BGH, NJW 1989, 2756; WM 2000, 670 [671]; BGH, WM 2001, 1421 [1422]). So liegt der Fall hier.“ (BVerfG aaO.)

ZPO
§ 115 III 2

Verfahrenskostenhilfe
Verwertung eines selbstbewohnten Hauseigentumsanteils
(OLG Hamm in FamRZ 2016, 928; Beschluss vom 23.12.2015 – II-2 WF 156/15)

ZivilProzR

1. Ein **(Mit-) Eigentumsanteil** an einem Hausgrundstück - hier: Alleineigentum an einem Dreifamilienhaus - zählt grundsätzlich zum **Vermögen** des Beteiligten, soweit es sich **nicht um ein angemessenes, von dem Beteiligten selbst bewohntes Hausgrundstück** i.S.d. §§ 115 III 2 ZPO, 90 II Ziff. 8 SGB XII handelt.
2. Voraussetzung für den Vermögenseinsatz ist jedoch stets, dass die **Verwertung des Vermögens zeitnah überhaupt möglich und zumutbar** ist.
3. Die **Veräußerung eines Hausgrundstücks** nimmt **erfahrungsgemäß eine gewisse Zeit in Anspruch** und kann daher regelmäßig nicht zeitnah genug erfolgen, um noch mit dem Ziel der Verfahrenskostenhilfe vereinbar zu sein, dem bedürftigen Beteiligten im Wesentlichen denselben Rechtsschutz zu gewährleisten wie dem bemittelten Beteiligten.
4. Eine **Beleihung des Objekts zum Zwecke einer Darlehensaufnahme** scheidet aus, sofern der Antragsteller ausweislich seiner aktuellen Einkommensverhältnisse **offensichtlich nicht in der Lage**, ein (weiteres) Darlehen aufzunehmen und die **Darlehensraten zu zahlen**.

VwGO
§ 146 II, 166 III

Aufhebung der Prozesskostenhilfe
Kann Ausschluss der Beschwerde
(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2016, 439; Beschluss vom 15.02.2016 – 3 E 98/15)

VerwProzR

Der Beschwerdeausschluss des § 146 II VwGO erfasst nur die erstmalige Entscheidung über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 166 II 2 VwGO, **nicht aber Entscheidungen über deren nachträgliche Änderung oder Aufhebung** nach § 166 III VwGO.

Fall: Im Beschwerdeführer wurde zunächst Prozesskostenhilfe durch Beschluss des Verwaltungsgerichts bewilligt. Später erfolgte eine nachträgliche Aufhebung der Prozesskosten die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde als unzulässig zurückgewiesen. Zu Recht?

„Die Beschwerde der Ast. zu 2 ist zulässig. Für das Beschwerdeverfahren gegen die Entscheidung des VG nach § 166 VI VwGO besteht **kein Vertretungszwang**, da es sich hierbei um eine Entscheidung im Verfahren zur Prozesskostenhilfe handelt (Bader in Bader/Funke/Kaiser/Stuhlfauth u.a., VwGO, 6. Aufl. 2014, § 166 Rn. 64; Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 67 Rn. 29).

Die Beschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts ist insbesondere nicht nach § 146 II VwGO ausgeschlossen. Der **Beschwerdeausschluss** des § 146 II VwGO **erfasst nur die erstmalige Entscheidung über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe** nach § 166 II 2 VwGO, nicht aber Entscheidungen über deren nachträgliche Änderung oder Aufhebung nach § 166 III VwGO.

Nach § 146 II VwGO können Beschlüsse über die Ablehnung der Prozesskostenhilfe nicht mit der Beschwerde angefochten werden, wenn das Gericht ausschließlich die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe verneint. Bereits ihrem **Wortlaut** nach ist der Anwendungsbereich des Beschwerdeausschlusses auf Beschlüsse über die Ablehnung der Prozesskostenhilfe beschränkt (Bader, Rn. 64; zum inhaltsgleichen Beschwerdeausschluss in § 172 III Nr. 2 SGG: LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.10.2014 – L 25 AS 2137/14 B, BeckRS 2015, 65322; a.A. Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 166 Rn. 27). **Gegenstand der angefochtenen Entscheidung** des VG ist jedoch nicht die Ablehnung der Prozesskostenhilfe, sondern die Bestätigung einer Entscheidung des Urkundsbeamten nach § 166 III VwGO i.V.m. § 124 Nr. 2 ZPO a.F. über die **(nachträgliche) Aufhebung der Prozesskostenhilfe**.

Dieses Verständnis des in § 146 II VwGO geregelten Beschwerdeausschlusses steht auch in Einklang mit der **amtlichen Begründung der Bundesregierung** zum Entwurf der Änderung des § 146 II VwGO durch das Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts (BT-Drs. 17/11472, 48 f.): Dort heißt es: „In Anpassung an § 172 III Nr. 2 SGG wird in § 146 II die Beschwerdemöglichkeit im Verfahren der Prozesskostenhilfe eingeschränkt. Die Ablehnung der Prozesskostenhilfe kann mit der Beschwerde nur noch angefochten werden, wenn die Erfolgsaussichten in der Hauptsache vom Gericht verneint wurden. Hat das Gericht hingegen die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen verneint, ist die Beschwerde gegen diese Entscheidung nicht statthaft.“

Zwar verfolgt das Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts u.a. den **Zweck**, den Richter im Bewilligungsverfahren durch die Übertragung von Zuständigkeiten auf den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu entlasten (zu Art. 11 Nr. 2 [§ 73 a IV–IX SGG]: BT-Drs. 17/11472, 48 f.). Dem Zweck der Entlastung des Richters dient freilich auch der Beschwerdeausschluss in Fällen der Ablehnung der Prozesskostenhilfe, wenn das Gericht ausschließlich die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe verneint. Doch daraus folgt nicht zwingend, dass der Beschwerdeausschluss in § 146 II VwGO **über die Fälle der Ablehnung der Prozesskostenhilfe hinaus** auch die weiteren in § 166 III VwGO geregelten Fälle erfassen soll, in denen nunmehr der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle anstelle des Richters zur Entscheidung im Bewilligungsverfahren berufen ist. Dies lässt sich der Begründung der Bundesregierung nicht entnehmen. Folglich ist gegen die Entscheidung des Gerichts über die Erinnerung in Fällen der (nachträglichen) Aufhebung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe wegen Verstoßes gegen die Erklärungspflicht des Ast. (§ 120 a I 3 ZPO) nach § 146 I VwGO das Rechtsmittel der Beschwerde an das OVG gegeben.“ (OVG Bautzen aaO.)

Steuerrecht

RDG
§ 5 I

Auftreten von Steuerberatern Widerspruchsverfahren und Verwaltungsgericht

BerufsR

(BVerwG in NVwZ-RR 2016, 394; Urteil vom 20.01.2016 – 10 C 17/14)

1. **Steuerberater sind vor den Verwaltungsgerichten und Oberverwaltungsgerichten** auch in Beitragsstreitigkeiten nach § 67 II 2 Nr. 3, IV 7 VwGO **zur Vertretung befugt**.
2. Die Vertretung in **beitragsrechtlichen Widerspruchsverfahren** ist Steuerberatern **als Nebenleistung zur Prozessvertretung** nach § 5 I RDG gestattet.

Fall: Die Kl. begehrten die Feststellung, in Widerspruchsverfahren zu Fremdenverkehrsbeiträgen als Bevollmächtigte auftreten zu dürfen. Sie sind Steuerberater und betreuen im Bereich der bekl. Stadt Fremdenverkehrsbetriebe in steuerlicher Hinsicht. Zugleich geben sie in Vollmacht der Fremdenverkehrsbetriebe Erklärungen zur Höhe der Fremdenverkehrsbeiträge ab. Die Bekl. bestreitet die Befugnis der Kl., auch in Widerspruchsverfahren über Fremdenverkehrsbeiträge als Bevollmächtigte auftreten zu dürfen. Die Klage auf Feststellung der entsprechenden Vertretungsbefugnis ist vom VG abgewiesen worden. Die Berufung der Kl. hat der VGH zurückgewiesen. Mit ihrer Revision rügten die Kl. insbesondere eine Verkennung des § 67 VwGO, weil der darin verwendete Begriff der Abgabensachen nicht nur Steuern, sondern auch Gebühren und Beiträge umfasse. Auch der Begriff der öffentlichen Abgaben in § 80 II 1 Nr. 1 VwGO werde i.d.S. weit ausgelegt. Die Kl. beantragten, die Urteile des VG Regensburg vom 15.05.2012 und des VGH München vom 16.05.2014 zu ändern und festzustellen, dass sie zur Vertretung von Widerspruchsführern in Fremdenverkehrsbeitragsangelegenheiten gegenüber der Bekl. berechtigt sind.

I. Vertretung vor Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichten

Fraglich ist zunächst, ob Steuerberater nach § 67 II 2 Nr. 3, IV 7 VwGO in Beitragsangelegenheiten auch vor den Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichten zur Vertretung befugt sind.

1. Wortlautauslegung

*„Für dieses Verständnis spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift. Denn die Vertretungsbefugnis wird **uneingeschränkt für „Abgabensachen“** gewährt, **nicht nur für Steuer- und Monopolsachen**. Der Begriff der „Abgabe“ gehört zu den Grundbegriffen des Rechts und wird im Allgemeinen in der Rechtssprache als Oberbegriff für **Steuern, Zölle, Beiträge, Gebühren und Sonderabgaben** verwendet (vgl. Creifelds, Rechtswörterbuch, 21. Aufl. 2014, S. 5). Dementsprechend hat auch das BVerfG bereits entschieden, dass unter den Oberbegriff der Abgabe nicht nur Steuern als ohne Gegenleistung zu erbringende „Gemeinlasten“, sondern auch die mit der Vorhaltung einer Gegenleistung verbundenen Beiträge als sog. „Vorzugslasten“ fallen, wobei es die Fremdenverkehrsbeiträge als echte Beiträge im abgabenrechtlichen Sinne qualifiziert hat (BVerfGE 42, 223 [228 f.] = NJW 1976, 1837). Es ist zwar denkbar, dass der Begriff der Abgabensachen im Regelungszusammenhang des § 67 VwGO in einem engeren, auf Steuer- und Monopolsachen beschränkten Sinne verstanden wird. Für eine solche **vom Üblichen abweichende Interpretation** bedürfte es jedoch besonderer Gründe.“* (BVerwG aaO.)

2. Entstehungsgeschichte

*„Solche Gründe lassen sich nicht in der Entstehungsgeschichte der Norm finden. Die Vertretungsbefugnis von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern an Oberverwaltungsgerichten ist durch das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG) vom 01.11.1996 (BGBl. I 1996, 1626) mit Wirkung zum 01.01.1997 eingeführt worden. Diese Regelung stand **im Zusammenhang mit der Einführung der Berufungszulassung und des Anwaltszwangs bei den Oberverwaltungsgerichten**. In der Begründung des Regierungsentwurfs zum damaligen § 67 I 5 VwGO (BT-Drs. 13/4069, 1) wurde ausgeführt, dass in Abgabensachen entsprechend Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Entlastung des BFH – BFHEntlG – (BGBl. I 1975, 1861) auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer als Prozessbevollmächtigte zugelassen werden sollten. Es wurde also ein **Gleichklang mit den Regeln der FGO angestrebt**. Der in § 33 I Nr. 1 FGO verwendete Begriff der „Abgabensachen“ wird jedoch nicht einschränkend i.S.v. „Steuerangelegenheiten“ interpretiert. Er umfasst nach der gesetzlichen Definition des § 33 II FGO „alle mit der Verwaltung der Abgaben einschließlich der Abgabengewährungen oder sonst mit der Anwendung der abgabenrechtlichen Vorschriften durch die Finanzbehörden zusammenhängenden Angelegenheiten.“ Davon umfasst sind neben Steuern, Zöllen und Säumniszuschlägen auch Gebühren und Beiträge (Gräber, FGO, 8. Aufl. 2015, § 33 Rn. 15). Daher hat der BFH seine Zuständigkeit etwa bei der Prüfung von Gebühren für steuerliche Auskünfte unproblematisch bejaht (BFHE 232, 406 = BeckRS 2011, 95139).“* (BVerwG aaO.)

3. Gesetzgebungsmaterialien

*„Im Gesetzgebungsverfahren trat ein **enges, auf Steuer- und Monopolsachen beschränktes Verständnis** des Begriffs der Abgabensachen weder in der Einwendung des Bundesrats (BT-Drs. 13/3993, 17 f.) gegen diese Regelung noch in der Erwidern der Bundesregierung zutage (BT-Drs. 13/4069, 1). Jedenfalls wurde im Zuge des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes vom 24.08.2004 (BGBl. I 2004, 2198) die enge Formulierung „**Steuersachen**“ gerade unter Hinweis auf den damaligen § 67 I 5 VwGO geändert und durch die Formulierung „**in Abgabensachen auch eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers**“ ersetzt. Zur Begründung hieß es in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, dass die Kostenregelung dem Vertretungsrecht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in Abgabensachen angepasst werde (BT-Drs. 15/3482, 24). Hätte sich die Vertretungsbefugnis der Steuerberater nach Auffassung des Gesetzgebers ohnedies nur auf Steuersachen bezogen, hätte eine Änderung des § 67 VwGO und nicht des § 162 VwGO nahegelegen.“* (BVerwG aaO.)

4. Systematische Auslegung

„Für ein weites Begriffsverständnis spricht ferner, dass es auch den **übrigen einschlägigen prozessualen Regeln** zu Grunde liegt. Dies gilt zum einen für den in § 33 FGO und § 162 II 1 VwGO verwendeten wortgleichen Begriff der „Abgabenangelegenheiten“, die – wie bereits ausgeführt – in einem weiten, Beiträge und Gebühren einschließenden Sinne auszulegen sind. Es gilt zum anderen für den **Begriff der „öffentlichen Abgaben“ in § 80 II 1 Nr. 1 VwGO**, der ebenfalls **nicht nur Steuern, sondern auch Gebühren und Beiträge** erfasst (BVerwG, NVwZ 1993, 1112 = NJW 1994, 273 Ls. = Buchholz 406.11 § 154 BauGB Nr. 1, S. 1 f.; Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 80 Rn. 57; Eyermann/Schmidt, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 19; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Okt. 2015, § 80 Rn. 130).

Auch die Vorschriften des Beratungsrechts können keine enge Auslegung des § 67 II 2 Nr. 3 VwGO begründen. Nach seinem § 1 gilt das RDG **nur noch für die außergerichtliche Beratung** (BT-Drs. 16/3655, 33) und beansprucht keine akzessorische Wirkung für die gerichtliche Rechtsbesorgung (BT-Drs. 16/3655, 33). Regelungen in anderen Gesetzen über die Befugnis, Rechtsdienstleistungen zu erbringen, bleiben nach § 1 II RDG unberührt. Das RDG schränkt mit anderen Worten die ebenfalls im Zuge des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007 (BGBl. I 2007, 2840) neu gefassten prozessualen Vertretungsbefugnisse des § 67 II 2 Nr. 3, IV 7 VwGO in keiner Weise ein.

Die berufsrechtlichen Regelungen StBerG vermögen eine einschränkende Auslegung des § 67 II 2 Nr. 3 VwGO nicht zu tragen. Es trifft zwar zu, dass die **allgemeine Tätigkeit der Steuerberater** in § 32 I und § 33 StBerG als **geschäftsmäßige Hilfe in Steuersachen** charakterisiert wird und dass in § 33 S. 2 StBerG lediglich ergänzend die Hilfeleistung in Steuerstrafsachen und Bußgeldsachen sowie die Hilfeleistung bei der Erfüllung von Buchführungspflichten, die auf Grund von Steuergesetzen bestehen, erwähnt wird. Allerdings können die Regelungen der §§ 32 und 33 StBerG hinsichtlich der berufsrechtlichen Befugnisse der Steuerberater nicht als abschließend angesehen werden. Dies folgt schon daraus, dass in diesen Vorschriften nicht das ganze Spektrum der im Steuerberatungsgesetz genannten Hilfeleistungsbereiche wiedergegeben wird.

Darüber hinaus ist § 1 III StBerG in den Blick zu nehmen, wonach die Vorschriften der einzelnen Verfahrensordnungen über die Zulassung von Bevollmächtigten und Beiständen unberührt bleiben. **In den Prozessordnungen eingeräumte Vertretungsbefugnisse**, die über die Hilfeleistung in Steuersachen hinausgehen, werden demnach durch das StBerG **nicht eingeschränkt**. Dies gilt nicht nur für die sozialgerichtliche Vertretungsbefugnis bei der Einziehung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags nach § 73 II 2 Nr. 4 SGG oder für die in § 327 II Nr. 2 LAG den Steuerberatern eingeräumte Vertretungsbefugnis in Lastenausgleichssachen, sondern auch für die verwaltungsgerichtliche Vertretungsbefugnis nach § 67 II 2 Nr. 3, IV 7 VwGO.“ (BVerwG aaO.)

5. Teleologische Auslegung

„Schließlich führt auch die teleologische Auslegung nicht zu einem engen Verständnis des Abgabenbegriffs. Die Einschränkung der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vertretungsbefugten Personen dient – wie vergleichbare Regelungen in anderen Prozessordnungen – einerseits der **Sicherstellung einer sachgerechten Vertretung** der Parteien **im gerichtlichen Verfahren** und andererseits der **Ordnung des Prozesses** (vgl. BGH, NJW 2011, 929 = GRUR 2011, 352; § 79 II Rn. 23 ZPO; BT-Drs. 16/3655, 34; BVerfG, NJW 2010, 3291 = ZEV 2011, 36; § 10 II Rn. 12 u. 3 FamFG). Aus diesem Grunde wurde im Zuge des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, mit dem auch § 67 II VwGO grundlegend geändert worden ist, der Rechtsberatungsmarkt nicht völlig dereguliert. Zur **Sicherung einer hinreichend qualifizierten Rechtsberatung** wurde **kein allgemeiner Rechtsdienstleistungsberuf unterhalb der Rechtsanwaltschaft** zugelassen (BT-Drs. 16/3655, 30–32). Ferner wurde wegen des bei der gerichtlichen Vertretung besonders starken Bedürfnisses der Qualitätssicherung keine Akzessorietät von außergerichtlicher und gerichtlicher Prozessvertretung begründet. Vielmehr wurde die gerichtliche Vertretungsmacht selbstständig, abschließend und zwischen den Prozessordnungen harmonisiert geregelt. Dabei wurde dem Kriterium der **Befähigung zum sach- und interessengerechten Sachvortrag im Prozess** entscheidende Bedeutung beigemessen (BT-Drs. 16/3655, 33). Die prozessualen Vertretungsbefugnisse wurden nur vorsichtig erweitert.

Vor allem war für den vom Gesetzgeber gewollten Schutz des Verbrauchers bei der Ausgestaltung der Prozessvertretungsregelungen die Erwägung leitend, dass die Befähigung zum forensischen Auftreten und zum sach- und interessengerechten Prozessvortrag gegeben sein muss (BT-Drs. 16/3655, 33; vgl. auch BVerfG, NJW 2010, 3291 = ZEV 2011, 36 Rn. 13). Diese Voraussetzung erfüllt die Berufsgruppe der Steuerberater, die nicht nur vor Finanzämtern, sondern auch vor den Finanzgerichten bis hin zum BFH als Bevollmächtigte auftreten dürfen und eine entsprechende Prozessenerfahrung besitzen. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass sich die Prozessordnung der Verwaltungsgerichte von der FGO unterscheidet. Beide Verfahrensordnungen weisen zahlreiche Übereinstimmungen auf, die es nach Einschätzung des Gesetzgebers dem Steuerberater ermöglichen, auch vor den Verwaltungsgerichten und Oberverwaltungsgerichten hinreichend sicher aufzutreten.“ (BVerwG aaO.)

Damit sind Steuerberater nach § 67 II 2 Nr. 3, IV 7 VwGO in Beitragsangelegenheiten auch vor den Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichten zur Vertretung befugt.

II. Vertretung im Widerspruchsverfahren in Beitragsangelegenheiten

Fraglich ist weiterhin, ob Steuerberater in Beitragsangelegenheiten auch im Widerspruchsverfahren zur Vertretung befugt sind.

„Steuerberater besitzen in Beitragssachen auch die nach dem RDG erforderliche Erlaubnis zur Vertretung im behördlichen Widerspruchsverfahren.

Der VGH ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass in dem **Tätigwerden eines Steuerberaters im Widerspruchsverfahren** grundsätzlich eine **erlaubnispflichtige selbstständige Erbringung einer außergerichtlichen Rechtsdienstleistung** liegt (§ 1 RDG). Die Kl. bezweifeln zu Unrecht, dass der Schwerpunkt der Interessenvertretung i.S.d. § 2 I RDG in einer rechtlichen Prüfung des Einzelfalls liegt. Zwar können Tätigkeiten, die schwerpunktmäßig der wirtschaftlichen Interessenvertretung durch Erforschung und Beibringung von Tatsachen dienen, nicht als Rechtsdienstleistung begriffen werden (vgl. BVerfG, NJW 2002, 3531 [3532] = ZEV 2003, 119; sowie BVerwGE 118, 319 [325] = NJW 2003, 2767 und BVerwGE 122, 130 [142 f.] = NJW 2005, 1293 zu Art. 1 § 1 RBERG). Demzufolge wird man eine **Rechtsdienstleistung i.S.d. § 2 I RDG** nur annehmen können, wenn jedenfalls ein **gewisses Maß an substanzialer Prüfung** vorgenommen wird, mag auch die ursprünglich im Gesetzentwurf enthaltene Formel von der „besonderen“ rechtlichen Prüfung im Gesetzgebungsverfahren als missverständlich verworfen und als Abgrenzungskriterium bewusst nicht ins Gesetz aufgenommen worden sein (BSGE 115, 18 = NJW 2014, 493 Rn. 32 m.w.N.).

Steuerberatern ist die **Vertretung im beitragsrechtlichen Widerspruchsverfahren** jedoch als **Nebenleistung nach § 5 I 1 RDG** gestattet. Nach dieser Vorschrift sind Rechtsdienstleistungen erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Hierfür kann offenbleiben, ob die Betreuung in Beitragssachen zum eigentlichen Berufsbild des Steuerberaters gehört. Nach § 5 I 1 RDG ist auch das sonstige „Tätigkeitsbild“ in den Blick zu nehmen. Der Gesetzgeber hat bewusst anders als bei Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG für die Anerkennung als erlaubte Nebenleistung **keinen unmittelbaren und engen Zusammenhang zur beruflichen Tätigkeit** des Steuerberaters gefordert. Vielmehr genügt der sachliche Zusammenhang mit einer erlaubten Haupttätigkeit (BT-Drs. 16/3655, 52).“ (BVerwG aaO.)

III. Ergebnis

Das Berufungsurteil verletzt Bundesrecht, indem es die Vertretungsbefugnis von Steuerberatern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach § 67 II 2 Nr. 3 VwGO in Beitragssachen bestreitet. Das Vertretungsrecht im Verwaltungsprozess schließt die Vertretungsbefugnis in Widerspruchsverfahren als erlaubte Nebenleistung i.S.d. § 5 I RDG ein.

EStG
§ 33

Zivilprozesskosten als außergewöhnliche Belastung Geltendmachung von Schmerzensgeldansprüchen (BFH in FamRZ 2016, 905; Urteil vom 17.12.2015 – VI R 7/14)

SteuerR

1. Kosten im Zusammenhang mit einem Zivilprozess sind **nicht als außergewöhnliche Belastung** abziehbar, soweit der Prozess die **Geltendmachung von Schmerzensgeldansprüchen** betrifft.
2. Sind die Kosten für einen Zivilprozess **nur zum Teil als außergewöhnliche Belastung abziehbar**, ist der abziehbare Teil der Kosten mit **Hilfe der Streitwerte** der einzelnen Klageanträge zu ermitteln.

Fall: Der Kl. wurde für das Streitjahr (2011) einzeln zur Einkommensteuer veranlagt. Die 1976 geborene Ehefrau (E) des Kl. erkrankte an Krebs. Der Kl. hatte mit E zwei gemeinsame Kinder, die 1999 geborene Tochter J und die 2002 geborene Tochter F. E verstarb im August 2006 an den Folgen ihres Krebsleidens. Der Kl., J, F und die Erbengemeinschaft nach E, bestehend aus dem Kl. sowie J und F, nahmen den Frauenarzt der E, Dr. A, mit Klageschrift vom 28.01.2011 auf Schadensersatz wegen eines von ihnen geltend gemachten Behandlungsfehlers in Anspruch. Sie begehrten Schmerzensgeld sowie die Feststellung, dass ihnen sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu erstatten seien, die ihnen aus Anlass der bei E in der Zeit ab August 2001 durchgeführten Behandlung entstanden seien oder entstehen würden, soweit die Ansprüche nicht auf Dritte übergegangen seien.

Der Kl. machte in seiner Einkommensteuererklärung von ihm im Streitjahr gezahlte Kosten des Zivilprozesses gegen Dr. A in Höhe von insgesamt 12.137,50 € geltend, die sich wie folgt zusammensetzten: Gerichtskosten (4.068 und 2.550 €), Rechtsanwaltskosten (1.519,50 €) und Sachverständigenkosten (4.000 €). Der Bekl. (das Finanzamt) erkannte die Aufwendungen auch im Einspruchsverfahren nicht als außergewöhnliche Belastungen an. Zu Recht?

I. Begriff der außergewöhnlichen Belastung

*“Erwachsen einem Steuerpflichtigen zwangsläufig **größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands** (außergewöhnliche Belastung), so wird auf Antrag die Einkommensteuer in bestimmtem Umfang ermäßigt (§ 33 I EStG). Gemäß § 33 II 1 EStG erwachsen dem Steuerpflichtigen Aufwendungen zwangsläufig, wenn er sich ihnen **aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen** kann und soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen. Ziel des § 33 EStG ist es, **zwangsläufige Mehraufwendungen für den existenznotwendigen Grundbedarf** zu berücksichtigen, die sich wegen ihrer Außergewöhnlichkeit einer pauschalen Erfassung in allgemeinen Freibeträgen entziehen. Aus dem Anwendungsbereich des § 33 EStG **ausgeschlossen** sind dagegen die **üblichen Aufwendungen der Lebensführung**, die in Höhe des Existenzminimums durch den Grundfreibetrag abgegolten sind (st. Rspr., z.B. BFHE 158, 380 und BFHE 246, 326).“* (BFH aaO.)

II. Prozesskosten als außergewöhnliche Belastung

1. bisherige Rechtsprechung des Senats

*“Bei den Kosten eines Zivilprozesses sprach **nach der langjährigen Rechtsprechung des BFH eine Vermutung gegen die Zwangsläufigkeit** (Senat, BFHE 67, 379; BFHE 147, 171 ; BFH NJW 1997, 542; NJW 2002, 1975; NJW 2004, 2407 und BFH BeckRS 2008, 25014579). Solche Kosten wurden nur als zwangsläufig erachtet, wenn auch das die Zahlungsverpflichtung oder den Zahlungsanspruch adäquat verursachende Ereignis zwangsläufig war (BFHE 181, 12 = BStBl. II 1996, 596 = NJW 1997, 542). Daran **fehlte es** nach der Rechtsprechung des BFH **im Allgemeinen bei einem Zivilprozess** (BFH NJW 2004, 2407 und BFH, BeckRS 2008, 25014579). Als zwangsläufige Aufwendungen erkannte die Rechtsprechung Zivilprozesskosten nur an, wenn der Prozess **existenziell wichtige Bereiche oder den Kernbereich menschlichen Lebens** berührte. Liefere der Steuerpflichtige ohne den Rechtsstreit Gefahr, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können, könne er trotz unsicherer Erfolgsaussichten gezwungen sein, einen Zivilprozess zu führen (BFH NJW 1997, 542 und BFH, BeckRS 2008, 25014579).*

*Demgegenüber nahm der Senat (BFH NJW 2011, 3055) die Unausweichlichkeit von Zivilprozesskosten unter der Voraussetzung an, dass die **beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg** biete und nicht mutwillig erscheine. Diese Auffassung hat auch das FG dem angefochtenen Urteil zu Grunde gelegt.“* (BFH aaO.)

2. Rechtsprechungsänderung

*“Der Senat hält an seiner im Urteil BFH NJW 2011, 3055 vertretenen Auffassung allerdings nicht mehr fest. Wie er im Urteil BFH NJW 2015, 3054 entschieden hat, kehrt er **unter Aufgabe** seiner im Urteil BFH NJW 2011, 3055 **vertretenen Ansicht** zu der früheren Rechtsprechung des BFH zur Abziehbarkeit der Kosten eines Zivilprozesses als außer gewöhnliche Belastung zurück. Wegen der Einzelheiten wird auf das Senatsurteil BFH NJW 2015, 3054 Bezug genommen.*

Zivilprozesskosten sind demnach nur insoweit abziehbar, als der Prozess existenziell wichtige Bereiche oder den Kernbereich menschlichen Lebens berührt. Liefere der Steuerpflichtige ohne den Rechtsstreit Gefahr, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können,

kann der Steuerpflichtige auch bei unsicheren Erfolgsaussichten aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gezwungen sein, einen Zivilprozess zu führen, sodass die Prozesskosten zwangsläufig i.S.v. § 33 II 1 EStG erwachsen.“ (BFH aaO.)

III. Anwendung auf den Fall

*“Die vom Kl. getragenen Prozesskosten sind im Ergebnis nicht als außergewöhnliche Belastungen steuermindernd zu berücksichtigen. Die Kl. des Zivilprozesses beehrten in dem Verfahren vor dem LG nach dem vom FG festgestellten Inhalt der Klageschrift Schmerzensgeld. Die geltend gemachten **Ansprüche** wegen immaterieller Schäden **betrafen weder hinsichtlich der Zahlungs- noch der Feststellungsklage existenziell wichtige Bereiche oder den Kernbereich menschlichen Lebens**. Der Kl. lief ohne die Geltendmachung dieser Ansprüche nicht Gefahr, die Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse und die seiner Kinder in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können. Schmerzensgeldansprüche sollen den dem Geschädigten entstandenen immateriellen Schaden ausgleichen. Schmerzensgeld kann nur für Nichtvermögensschäden verlangt werden. Der Verletzte soll einen Ausgleich für erlittene Schmerzen und Leiden erhalten (Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 253 Rn. 4, m.w.N.). Für die Bemessung des Schmerzensgeldes ist in erster Linie die Höhe und das Maß der Lebensbeeinträchtigung zu berücksichtigen (BGH [GSZ], BGHZ 18, 149 [157]).*

***Ansprüche wegen immaterieller Schäden betreffen aber nicht den existenziellen Bereich** i.S.d. § 33 EStG, auch wenn sie auf den Ausgleich von Nichtvermögensschäden durch eine Beeinträchtigung der körperlichen Gesundheit gerichtet sind (ebenso FG Münster, EFG 2006.). Sie mögen zwar von erheblicher wirtschaftlicher, nicht aber von existenzieller Bedeutung sein.“ (BFH aaO.)*

Vor diesem Hintergrund können im vorliegenden Fall die Prozesskosten nicht als außergewöhnliche Belastung geltend gemacht.

ESTG
§ 9

Häusliches Arbeitszimmer
Keine Berücksichtigung der Aufwendungen für Nebenräume
(BFH in beclink 2003577; Urteil vom 17.02.2016 – X R 26/13)

SteuerR

Fall: Die Klägerin unterhielt in ihrer Wohnung ein häusliches Arbeitszimmer, das sie so gut wie ausschließlich für ihre nur von diesem Arbeitszimmer aus betriebene gewerbliche Tätigkeit nutzte. Während das Finanzamt die Aufwendungen dafür als Betriebsausgaben anerkannte, versagte es die Berücksichtigung der hälftigen Kosten für die jedenfalls auch privat genutzten Nebenräume (Küche, Bad und Flur).

Bei einem steuerrechtlich anzuerkennenden Arbeitszimmer sind Aufwendungen für Nebenräume (Küche, Bad und Flur), die in die häusliche Sphäre eingebunden sind und zu einem nicht unerheblichen Teil privat genutzt werden, nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abziehbar.

Der Große Senat des BFH hatte in seinem Beschluss vom 27.07.2015 (DStR 2016, 210) bereits entschieden, dass die Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer, das nicht nahezu ausschließlich betrieblich oder beruflich genutzt wird ("gemischt genutztes Arbeitszimmer") steuerlich nicht zu berücksichtigen sind. Mit der vorliegenden Entscheidung knüpft der BFH hieran auch für Nebenräume der häuslichen Sphäre an. Die Nutzungsvoraussetzungen sind individuell für jeden Raum und damit auch für Nebenräume zu prüfen. Eine zumindest nicht unerhebliche private Mitnutzung derartiger Räume ist daher abzugsschädlich.

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Altmeppen:** Verwirrung über die gesamtschuldnerische Kommanditistenhaftung (in: NJW 2016, 1761)

Der BGH hat in einem für die amtliche Sammlung bestimmten Urteil zu Fragen der Gesamtschuld von Kommanditisten, in concreto zur analogen Anwendung des § 426 BGB auf nur mittelbar über eine GmbH als Treuhandkommanditistin an einer Publikumsgesellschaft beteiligte Anleger, Stellung genommen. Der Autor legt dar, dass dem BGH dabei ein Fehler bei der Anwendung des Rechts der Gesamtschuld von Kommanditisten unterlaufen ist, was bisher offenbar von niemandem bemerkt wurde. Das Urteil wird erhebliche Verwirrung anrichten, wenn der Fehler nicht korrigiert wird.

2. **Popp:** Das formal korrekte Arbeitszeugnis (in: DB 2016, 1075)

Arbeitszeugnisse gelten gemeinhin als intransparent. Diese Einschätzung wird durch zahlreiche Meinungsbeiträge geschürt, insb. durch solche, die kontinuierlich in der Tagespresse erscheinen und den Ausstellern solcher Zeugnisse unlautere Absichten unterstellen: Von „Geheimcodes“ ist da die Rede; von kryptischen Formulierungen, die abfällige Informationen transportieren sollen, um dem Zeugnisempfänger auf seinem weiteren Berufsweg zu schaden. Vor diesem Hintergrund ist es nicht immer einfach, eine abschließende Bewertung des ausgestellten Zeugnisses abzugeben. Der nachfolgende Beitrag bemüht sich darum, zumindest Unsicherheiten, die bei solchen Bewertungsversuchen in formeller Hinsicht auftreten können, so weit wie möglich vermeidbar zu machen.

3. **Herrler:** Gefahr unbemerkter Beschaffenheitsvereinbarungen im Immobilienkaufvertrag (in: NJW 2016, 1767)

Mit Urteil vom 06.11.2015 hat der V. Zivilsenat des BGH bei einem beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft sehr hohe Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 I 1 BGB außerhalb des notariellen Vertrags (etwa aufgrund von Angaben in einer Internetanzeige) gestellt und damit die Bedeutung der Notarurkunde gestärkt. Die weit verbreiteten Eigenschaftsangaben im Vorfeld des Vertragsschlusses sind gleichwohl nicht unproblematisch, weshalb in diesem Beitrag die hier für Verkäufer und Käufer lauenden Risiken unter Berücksichtigung der aktuellen Vorgaben des BGH näher erörtert werden.

4. **Nicola:** AGB-Kontrolle nach neuem Schuldrecht: Verjährungsverkürzungs- und Haftungsausschlussklauseln bei geschlossenen Fonds (in: VuR 2016, 203)

Die Vertragsparteien schuldrechtlicher Verträge verfolgen oft gegenläufige Interessen. Dies gilt vor allem für Regelungen zur Beschränkung und Verjährung der Haftung. In AGB oder vergleichbaren vorformulierten Vertragsregeln (z. B. Gesellschaftsverträgen) versuchen die Verfasser meist, ihre eigenen Interessen durchzusetzen, die Haftung möglichst zu beschränken und die Verjährung bzgl. der evtl. noch verbleibenden Haftungspflichten auf ein Mindestmaß zu verkürzen.

In dem Beitrag wird die Frage beleuchtet, inwieweit Verjährungsverkürzungs- und Haftungsausschlussklauseln in Bezug auf Beteiligungen an einem geschlossenen Fonds zulässig sind. Vorangestellt sind die Grundsätze der Prospekthaftung und die geltenden Verjährungsregeln. Anschließend wird die Zulässigkeit entsprechender Klauseln behandelt.

II. Strafrecht

1. **Ladiges:** Die Erlangung von Kontozugangsdaten durch Täuschung – Strafbarkeit des „analogen Phishings“ (in: Wistra 2016, 180)

Es kommt immer wieder vor, dass Kriminelle sich durch ein täuschendes Verhalten die Bankkarte und PIN oder die Zugangsdaten und Transaktionsnummern für das Onlinebanking vom Kontoinhaber verschaffen, um so eine Zugriffsmöglichkeit auf das Konto zu erlangen. Der BGH sieht in diesen Fällen einen Vermögensschaden schon durch das Weggeben der Bankkarte und der PIN und bejaht daher einen vollendeten Betrug, während die nachfolgende Datenverwendung am Geldautomaten nicht unbefugt im Sinne von § 263a I 3. Var. StGB sei, wenn die Daten willentlich herausgegeben werden. Der Verfasser dieses Beitrags zeigt dagegen – auch unter Rückgriff auf die bisherigen Grundsätze zum

digitalen Phishing, dass die Täter durch das Erlangen der Zugangsdaten allein noch keine schadensgleiche Vermögensgefährdung verursachen, sondern sich durch die Verwendung der erlangten Daten wegen Computerbetrugs strafbar machen können.

- Putzke:** Strafbarkeit nach § 185 StGB und Meinungsfreiheit – oder: Zur Sorgfalt bei Gerichtsurteilen und Presseberichterstattung - Zugleich eine Besprechung von LG Neubrandenburg, Urteil vom 05.02.2016 – 90 Ns 75/15 (in: NJW 2016, 177)

Die Ehre und ihr Schutz haben gerade Konjunktur. Schon lange vor dem musikalischen Beitrag „Erdowie, Erdowo, Erdogan“ der Sendung „extra 3“ und dem darauf Bezug nehmenden sog. Gedicht „Schmähhkritik“ des Moderators Jan Böhmermann, gewidmet jeweils dem türkischen Präsidenten Recep Tayyip Erdogan, hat die Verurteilung des Journalisten der Tageszeitung „Nordkurier“ bundesweit Aufsehen erregt, der einen Jäger in einer Artikelüberschrift als „Rabauken-Jäger“ bezeichnete. Das eine ist zwar viele Nummern kleiner als das andere, doch geht es im Kern um das Gleiche, nämlich um den Wert und die Grenzen des Grundrechts der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG.

III. Öffentliches Recht

- Pfeffer:** Ferienwohnungen im Wohngebiet – Ende oder Wende? (in: NVwZ 2016, 729)

Jüngst haben die Oberverwaltungsgerichte Greifswald und Lüneburg Ferienwohnungen in Wohngebieten für unzulässig erklärt und diese den Sondergebieten zugewiesen. Im Beitrag werden diese Entscheidungen kritisch hinterfragt. Dabei erweisen sich Ferienwohnungen als Teil des allgemeineren Begriffs des Wohnens, so dass sie systemkonform in Wohngebieten zulässig sind. Städtebauliche Fehlentwicklungen in Form außersaisonal leerstehender Geisterstädte sind also unnötig.

- Scheidler:** Aushebelung des Bauplanungsrechts für Flüchtlingsunterkünfte durch die Sonderbestimmung des § 246 XIV BauGB? (in: NVwZ 2016, 744)

Um den dringenden Bedarf an Unterbringungsmöglichkeiten für Flüchtlinge und Asylsuchende besser befriedigen zu können, hat der Bundesgesetzgeber mit den beiden BauGB-Flüchtlingsnovellen von 2014 und 2015 bauplanungsrechtliche Erleichterungen für Flüchtlingsunterkünfte vorgenommen. Besonders weitreichend ist dabei der am 24.10.2015 in Kraft getretene und zeitlich bis 31.12.2019 befristete § 246 XIV BauGB. Da dieser es bei Vorliegen seiner Voraussetzungen zulässt, von den Vorschriften des BauGB oder der BauNVO „in erforderlichem Umfang“ abzuweichen, stellt sich die Frage, ob damit das gesamte Bauplanungsrecht ausgehebelt werden kann.

- Schenke:** Altes und Neues zum Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen (in: NVwZ 2016, 720)

Der durch Art. 19 IV GG gebotene Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen lässt sich nicht immer durch inzidente Normenkontrollen sicherstellen, die durch die Norm begründete Rechtsverhältnisse zum Gegenstand haben. Lehnt man hier mit der heute h.M. die Zulässigkeit einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde ab, ist der Rechtsschutz durch eine auf das Nichtbestehen des Normgebungsrechts gerichtete verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zu gewähren. Ansätze zu einer solchen Lösung finden sich bereits in der verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Sie bedürfen jedoch einer Modifikation und werfen die Frage auf, welche Konsequenzen sich aus der verwaltungsgerichtlichen Feststellung des Nichtbestehens eines Normgebungsrechts ergeben.

- Lachenmann:** Das Ende des Rechtsstaates aufgrund der digitalen Überwachung durch die Geheimdienste? (in: DÖV 2016, 501)

Spätestens seit den Veröffentlichungen interner Geheimdienst Dokumente durch Edward Snowden steht im Fokus der Öffentlichkeit, in welchem Umfang angloamerikanische und deutsche Geheimdienste die Privatsphäre der Bürger ausspionieren. Auch der Bundesnachrichtendienst (BND) und der Verfassungsschutz verstoßen regelmäßig vorsätzlich gegen Grundrechte. Der Beitrag stellt die betroffenen Grundrechte dar, fragt nach möglichem Rechtsschutz durch die Bürger und untersucht die Auswirkungen auf das Datenschutzrecht.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare / Steuerberater

1. **Müller/von Kummer/Wengenroth:** Praxis der Beschäftigung von Syndikusrechtsanwälten: Herausforderung und Lösungswege (in: DB 2016, 1193)

Seit dem 01.01.2016 besteht die Möglichkeit, für eine Rechtsanwaltschaft im Unternehmen gem. §§ 46 ff. BRAO eine Zulassung als „Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)“ bzw. „Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin)“ zu beantragen. Für Unternehmen stellt sich die Frage, ob sie Juristen gezielt als Rechtsanwälte beschäftigen und die Voraussetzungen für eine Syndikuszulassung schaffen wollen. Die Praxis zeigt, dass zahlreiche Unternehmen ihren Unternehmensjuristen die Möglichkeit einer Syndikuszulassung eröffnen wollen, schon um im Wettbewerb um qualifizierten juristischen Nachwuchs nicht gegenüber den Kanzleien erhebliche Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Der Beitrag geht auf Besonderheiten im Zusammenhang mit der Einstellung und Beschäftigung von Syndikusrechtsanwälten ein.

2. **Pohlmann:** Die Zulassung zum Syndikusrechtsanwalt: Handlungsempfehlung für die Antragstellung (in: DB 2016, 1299)

Zu Jahresbeginn ist das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte in Kraft getreten. Die BRAO definiert nun, welche Voraussetzungen Unternehmensjuristen erfüllen müssen, um zur Anwaltschaft zugelassen zu werden. Die Tätigkeit eines Syndikusrechtsanwalts muss u.a. anwaltlich geprägt (§ 46 III BRAO) und die fachliche Unabhängigkeit der anwaltlichen Berufsausübung vertraglich und tatsächlich gewährleistet sein (§ 46 IV BRAO). Die Zulassung erfolgt durch die örtlich zuständige Rechtsanwaltskammer. Allein bei der Rechtsanwaltskammer München sind per Ende März rund 1.800 Anträge auf Zulassung zur Anwaltschaft als Syndikusrechtsanwalt eingegangen. Frühzeitig hat die Kammer Gespräche mit den Beteiligten – der Deutschen Rentenversicherung Bund, den Vertretern anderer Regionalkammern, Großunternehmen und dem Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V. – geführt und die gesetzlichen Anforderungen im Rahmen des Zulassungsverfahrens erörtert. Über 200 Syndikusrechtsanwälte wurden bereits zugelassen. Basierend auf diesen umfangreichen Erfahrungen wird im Folgenden dargestellt, welche Kriterien der Antrag erfüllen muss, um den gesetzlichen Voraussetzungen zu entsprechen.

3. **Cornelius:** Cloud Computing für Berufsgeheimnisträger (in: StV 2016, 380)

Die Nutzung dezentraler IT-Ressourcen ist sowohl aus dem unternehmerischen als auch dem privaten Alltag nicht mehr wegzudenken. Wer einmal die Bequemlichkeiten der automatischen Synchronisierung des aktuellen Standes bearbeiteter Dateien und deren unmittelbare Verfügbarkeit auf jedem verknüpften Gerät kennengelernt hat, möchte diesen Service nicht mehr missen. Dem können (und wollen) sich Berufsgeheimnisträger, die letztlich auch unternehmerisch tätig sind, nicht entziehen. Allerdings haben diese eine besonders hohe Hürde zu überwinden: die über § 203 StGB strafbewehrte Verschwiegenheitspflicht. Der nachfolgende Beitrag diskutiert, ob unter bestimmten Voraussetzungen dennoch ein Cloud Computing für Berufsgeheimnisträger in Betracht kommt. Zur Verdeutlichung der abstrakten Problematik werden exemplarisch die Regelungen für die Berufsgruppe der Rechtsanwälte herangezogen. Hierzu wird zunächst der Begriff des Cloud Computings erläutert und anschließend der Rechtsrahmen aus Datenschutz, Berufsrecht und insbesondere den Anforderungen des § 203 StGB dargestellt. Schließlich werden Lösungsansätze vorgestellt, die auch strafprozessuale Überlegungen mit einbeziehen und es wird ein abschließendes Fazit gezogen.

4. **Kalaitzis:** Haftungsfalle Empfangsbekanntnis (in: NJW 2016, 1542)

Mit seiner Entscheidung, wonach Anwälte keine Berufspflicht trifft, an Zustellungen von Anwalt zu Anwalt mitzuwirken, hat der BGH im Oktober 2015 für einen berufsrechtlichen Paukenschlag gesorgt. Bis dahin war eine Verweigerung der Mitwirkung völlig unbestritten als Berufsrechtsverstoß angesehen und auch sanktioniert worden. Das Urteil des BGH wirft über das Berufsrecht hinaus zahlreiche verfahrens-, haftungs- und strafrechtliche Folgefragen auf. Diesen geht der Autor nach und gibt Handlungsempfehlungen zur Vermeidung von Haftungsrisiken.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform www.juridicus.de tragt Ihr Eure Prüfung ein und erhaltet die Protokolle Eurer Prüfer aus den letzten Jahren. Im Gegenzug versprecht Ihr uns, von Eurer Prüfung ebenfalls entsprechende Protokolle abzuliefern. Euch stehen alle Protokolle von den jeweiligen Prüfern zum Download bereit. Falls Euer Prüfer sowohl im 1. als auch im 2. Staatsexamen prüft, habt Ihr die Möglichkeit beide Protokollmappen herunterzuladen.

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen



