



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

40. Jahrg.

April 2015

Heft 04

Aus dem Inhalt

OLG Düsseldorf: Wechselbezüglichkeit eines gemeinschaftlichen Testamentes

BGH: Vermieterpfandrechte versus Sicherungsübereignung

BGH: Erforderlichkeit der Notwehrhandlung

VGH Mannheim: Zugang zur kommunalen Einrichtung

BGH: Computerfax und elektronisches Dokument

LG Regensburg: Voraussetzungen für Wohnungsdurchsuchung

OVG Münster: Bekanntgabe per E-Mail

ISSN 1868 – 1514



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 Redakteurin:

Silke Wollburg, 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 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Das Gesetz gegen Hasskriminalität.....	1
--	---

Brandaktuell

BGH: Verweigerung von Instandsetzungsarbeiten (kein Vorrang der Duldungsklage vor fristloser Kündigung).....	2
---	---

Zivilrecht

OLG Düsseldorf: Gemeinschaftliches Testament (Wechselbezüglichkeit)	3
BGH: Veräußerungsbedingter Vermieterwechsel (Vermieterpfandrechte versus Sicherungsübereignung).....	7

Strafrecht

BGH: Erforderlichkeit der Notwehrhandlung (Auswahl des Verteidigungsmittels).....	10
BGH: Falschbeurkundung im Amt (Eintragung anderer „Halter“ in Kfz-Zulassungsbescheinigung II).....	13

öffentl. Recht

VGH Mannheim: Zugang zur kommunalen Einrichtung (Bundestagsveranstaltung der NPD).....	17
OVG Koblenz: Übersichtsaufnahmen von Versammlungen (nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage).....	20

Kurzauslese I

BGH: An Kinder gerichtete Kaufaufforderung (Runes of Magic II).....	23
OLG Saarbrücken: Unfall bei Geschwindigkeitsverstoß (Pauschale Erhöhung der Haftungsquote).....	23
OLG Hamm: Testamentsauslegung (Grenzen der Auslegung).....	24
BGH: Räuberischer Diebstahl (Handeln in Besitzerhaltungsabsicht).....	25
KG: Vorsätzliche Trunkenheitsfahrt (Nachweis der inneren Tatseite).....	26
OVG Saarlouis: Untersagung einer gewerblichen Alttextiliensammlung (Gründe für Unzuverlässigkeit).....	26
BVerwG: Identitätsfeststellung auf Bahnhofsvorplatz (Zuständigkeit der Bundespolizei).....	27
BGH: Zuständigkeit der Bundespolizei für Abschiebungshaft (Aufgreifen im grenznahen Raum).....	28

Zivilrecht

BGH:	Darlegungslast (vorsätzlich unredlicher Erwerb einer Grundschuld).....	29
BGH:	Computerfax und elektronisches Dokument (Sorgfaltspflichten des Rechtsanwalts).....	32

Strafrecht

BVerfG:	Beruhensprüfung bei Mitteilungsverstößen (Verfassungsrechtliche Vorgaben).....	35
LG Regensburg:	Voraussetzungen für Wohnungsdurchsuchung (Tatverdacht auf der Grundlage erlaubten Verhaltens).....	37

öffentl. Recht

OVG Münster:	Bekanntgabe per E-Mail (Wirksamkeit der Bekanntgabe).....	41
OVG Bremen:	Fortsetzungsfeststellungsklage (Beförderungsrechtsstreit).....	44

Kurzauslese II

OLG Celle:	Räumungsverfügung gegen Dritten (keine entsprechende Anwendbarkeit bei Gewerberaummiete).....	47
BGH:	Bezeichnung eines Zeugen „NN“ (kein zulässiger Beweisantritt).....	47
BGH:	Anforderungen an Beweisantrag (Konnextität zwischen Beweisziel und Beweismittel).....	48
BGH:	Urteilsabsetzungsfrist (unvorhersehbarer und unabwendbarer Grund).....	48
OVG Magdeburg:	Klagefrist (Berichtigung fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung).....	49
VG Wiesbaden:	Anforderungen an eine elektronische Akte (Kontrollpflichten).....	50
VGH München:	Verzicht auf mündliche Verhandlung (keine Unwirksamkeit aufgrund von Zeitablauf).....	51

Weitere Schrifttumsnachweise:	52
--	----

Übersicht:	Rechtsbehelfe gegen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss.....	54
------------	---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Öffentliches Recht.....	56
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	57

Aus der Gesetzgebung

Das Gesetz gegen Hasskriminalität

A. Regelungsziel

Nach Bekanntwerden des „Nationalsozialistischen Untergrundes“ (**NSU**) im November 2011 wurde offenbar, dass es dieser rechtsterroristischen Gruppierung über einen Zeitraum von fast 14 Jahren gelungen war, von den Sicherheitsbehörden in Bund und Ländern unentdeckt schwerste Straftaten zu begehen. Die Untersuchung möglicher Versäumnisse der betroffenen Verfassungsschutz-, Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden in der Folgezeit brachte für den Bereich der Strafverfolgung als wesentlichen Kritikpunkt zutage, dass die Ermittlungen zu den in mehreren Ländern begangenen Taten bis zum Bekanntwerden des NSU im November 2011 **weder von polizeilicher Seite noch auf justizieller Ebene zentral geführt** worden waren. Der NSU-Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages kommt in seinem Abschlussbericht (Bundestagsdrucksache 17/14600, dort insbesondere Seite 861 ff.) fraktionsübergreifend zu der Auffassung, dass Korrekturen und Reformen auch für den Bereich der Strafverfolgung dringend geboten sind.

B. Regelungsinhalt

Der Gesetzentwurf setzt die **Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses** des Deutschen Bundestages für den Bereich der Justiz um, soweit die Bundesebene betroffen ist. Die Begründung der **Zuständigkeit des Generalbundesanwalts** wird vereinfacht, und es wird durch gesetzliche Änderungen sichergestellt, dass der Generalbundesanwalt frühzeitig in laufende Ermittlungen eingebunden wird, wenn sich aus diesen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass seine Zuständigkeit in Betracht kommt. Zudem wird der bisherige Lösungsmechanismus für **Kompetenzkonflikte zwischen Staatsanwaltschaften verschiedener Länder** in § 143 III GVG derart erweitert, dass er auf Antrag einer übernahme- oder abgabewilligen Staatsanwaltschaft auch zur Herstellung eines Sammelverfahrens genutzt werden kann.

Darüber hinaus ist eine ausdrückliche Regelung vorgesehen, wonach **rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende Beweggründe und Ziele bei der Strafzumessung zu berücksichtigen** sind. Dadurch soll die Bedeutung dieser Motive für die gerichtliche Strafzumessung verdeutlicht werden. Zudem soll unterstrichen werden, dass auch die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen schon frühzeitig auf solche für die Bestimmung der Rechtsfolgen bedeutsamen Motive zu erstrecken hat.

Der Deutsche Bundestag hat den Gesetzentwurf am 19.03.2015 in zweiter und dritter Lesung beraten und in Ausschussfassung angenommen

Brandaktuell

BGB
§ 554

Verweigerung von Instandsetzungsarbeiten kein Vorrang der Duldungsklage vor fristloser Kündigung

ZivilR

(BGH in Pressemitteilung Nr. 060/2015; Urteil vom 15. April 2015 – VIII ZR 281/13)

Fall: Die Klägerin stellte im Jahr 2010 am Dachstuhl des Gebäudes, in dem sich die an die Beklagten vermietete Wohnung befindet, einen Befall mit Hausschwamm fest. Die Beklagten zogen deshalb im November 2010 in ein Hotel, um der Klägerin Notmaßnahmen zu ermöglichen. Nach Beendigung der Notmaßnahmen erhielten die Beklagten die Wohnung von der Klägerin zurück. Erneuten Zutritt zwecks Durchführung weiterer Maßnahmen zur Schwamm-beseitigung gewährten sie der Klägerin zunächst nicht. Unter dem 30.06.2011 kündigte die Klägerin deshalb das Mietverhältnis fristlos. Nachdem das Amtsgericht am 01.08.2011 eine einstweilige Verfügung auf Zutritt zu der Wohnung erlassen und diese durch Urteil vom 29.09.2011 aufrechterhalten hatte, wurde der Klägerin am 04.10.2011 der Wohnungszutritt gewährt. Mit Schriftsatz vom 21.11.2011 wiederholte die Klägerin die fristlose Kündigung und stützte sie auch darauf, dass die Beklagten im November 2011 den Zugang zu einem zu ihrer Wohnung gehörenden Kellerraum zwecks Durchführung von Installationsarbeiten verweigert hätten.

Die Räumungsklage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Das Landgericht hat darauf abgestellt, dass die Mieter die **Einzelheiten der Duldungspflicht** (§ 554 BGB aF) zunächst **in einem Rechtsstreit klären lassen dürften**, ohne befürchten zu müssen, allein deshalb die Wohnung zu verlieren. Der Vermieter müsse deshalb zunächst das **Mittel der Duldungsklage wählen**; etwas anderes gelte nur bei einem - hier nicht vorliegendem - querulatorischen Verhalten der Mieter.

Dies hat der BGH unter bestimmten Umständen nunmehr anders gesehen und entschieden, dass eine auf die Verletzung von Duldungspflichten gestützte Kündigung des Mietverhältnisses (§ 543 I BGB) nicht generell erst dann in Betracht kommt, wenn der Mieter einen gerichtlichen Duldungstitel missachtet oder sein Verhalten "querulatorische Züge" zeigt.

*„Eine derartige "schematische" Betrachtung, auf die das Landgericht abgestellt hat, lässt außer Acht, dass Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen für die **Erhaltung des Mietobjekts und seines wirtschaftlichen Werts von wesentliche Bedeutung** sein können, so dass ein erhebliches wirtschaftliches Interesse des Vermieters an der alsbaldigen Durchführung derartiger Maßnahmen bestehen kann. Zudem steht die schematische Betrachtungsweise des Landgerichts nicht im Einklang mit der gesetzlichen Vorschrift zur fristlosen Kündigung (§ 543 I BGB). Denn danach ist zu prüfen, ob für den Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses "unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines **Verschuldens der Vertragsparteien**, und unter **Abwägung der beiderseitigen Interessen** die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist.*

Der BGH hat daher entschieden, dass zunächst hätte festgestellt werden müssen, um welche Arbeiten es im Einzelnen ging, wie umfangreich und dringend sie waren, welche Beeinträchtigungen sich hieraus für die Beklagten ergaben, welche Bedeutung die alsbaldige Durchführung der Arbeiten aus wirtschaftlicher Sicht für die Klägerin hatte und welche Schäden und Unannehmlichkeiten der Klägerin dadurch entstanden sind, dass die Beklagten ihr den mit Schreiben vom 08.04.2011 zwecks Durchführung von Instandsetzungsarbeiten begehrten Zutritt erst rund ein halbes Jahr später unter dem Eindruck des die einstweilige Verfügung bestätigenden Urteils des Amtsgerichts vom 29.09.2011 gewährt haben.“ (BGH aaO.)

Hinsichtlich der von den Beklagten geltend gemachten Gegenrechte und einem darauf gestützten Zurückbehaltungsrecht kam es – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nicht darauf an, ob das Vorbringen der Beklagten "plausibel" war, sondern darauf, ob die geltend gemachten Gegenrechte bestanden und die Beklagten berechtigten, die Gewährung des Zutritts von der Erfüllung dieser (etwaigen) Ansprüche abhängig zu machen.

Die Sache ist daher zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen an eine andere Kammer des Landgerichts zurückverwiesen worden.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 2270 I

Gemeinschaftliches Testament Wechselbezüglichkeit

ZivilR

(OLG Düsseldorf in FGPrax 2015, 31; Beschluss vom 11.09.2014 – I-3 Wx 128/13)

1. Eine Verfügung ist **wechselbezüglich**, wenn **jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen** worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen, wobei der zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgeblich ist.
2. Aus der Bestimmung im Ehegattentestament, dass der „Überlebende ... über das gesamte Vermögen **unter Lebenden (soll) frei** verfügen“ können, kann sich ein Indiz für einen Bindungswillen des Erblassers im Sinne einer Wechselbezüglichkeit in Bezug auf die **Schlusserbeneinsetzung** ergeben.

Fall: Der am 24.02.1927 geborene, am 16.11.2011 verstorbene Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau A. hatten keine Kinder; die Bet. zu 1 und 2 sind die Töchter der Schwester der Ehefrau des Erblassers; die am 16.04.1980 verstorbene H.D. war die Mutter des Erblassers und ist von diesem beerbt worden. Die Bet. zu 3 ist die vom Erblasser adoptierte Tochter seiner Lebensgefährtin. Die Eheleute errichteten am 25.05.1975 ein u.a. wie folgt lautendes gemeinschaftliches Testament:

„... Wir setzen uns gegenseitig zum Alleinerben ein. Der Überlebende kann über das gesamte Vermögen unter Lebenden frei verfügen. Nach dem Tode des Letztlebenden von uns erhält:

- Frau H.D. geb. B., ... das Barvermögen (ausgestellte Bankvollmachten).
- Unsere Nichten U.K., ... und A. Kü. das Erbteil B. str. (die Häuser Nr. 138 + 144 und 1/3 Anteil der Erbengemeinschaft) je zur Hälfte.
- Frau H.D. ... erhält das Haus in Krefeld-Forstwald, einschließlich allen Hab und Gutes. ...

Zur Testamentsvollstreckerin bestimmen wir: Frau H.D. ...

Sollte die Testamentsvollstreckerin versterben, geht alles von uns vererbte Hab und Gut an unsere Nichten U.K. ... und A.K. je zur Hälfte, auch das von uns vermachte Barvermögen. ...”

Nachdem seine Ehefrau 1976 an Krebs erkrankt und am 05.08.1979 verstorben war, wandte sich der Erblasser 1987 einer neuen Lebensgefährtin, der Mutter der Bet. zu 3, zu. Der Erblasser errichtete am 15.07.2010 ein notarielles Testament mit u.a. folgenden Wortlaut:

„... § 1 ... Hiermit widerrufe ich alle in dem vorausgeführten Testament von mir als Längstlebenden getroffenen Verfügungen von Todes wegen. Die in dem vorausgeführten Testament von dem Längstlebenden getroffenen Verfügungen sind nicht wechselbezüglich, sondern einseitig getroffen worden. Vorsorglich widerrufe ich hiermit alle etwaigen weiteren früheren Verfügungen von Todes wegen dem gesamten Inhalt nach, soweit dies gesetzlich zulässig ist. ...

... § 2 ... Hiermit bestimme ich zu meinem Erben meine Tochter ... S. ... M. ...

Sollte meine Tochter vor mir versterben oder sonst wie fortfallen, so bestimme ich für den Fall zum Ersatzerben ... A.P. ... Sollte auch ... A.P. vor mir versterben oder sonst wie fortfallen, so bestimme ich zum weiteren Ersatzerben ... J.M., ...”

Die Bet. zu 1 hat unter dem 10./16.1.2012 die Unwirksamkeit des Testaments vom 15.07.2010 reklamiert und, gestützt auf das gemeinschaftliche Testament der Eheleute vom 25.05.1975 einen Erbschein beantragt, der als Erben nach dem Erblasser zu 1/2 Anteil sie sowie ihre Schwester, die Bet. zu 2, ausweist. Die Bet. zu 3 ist dem entgegen getreten und hat geltend gemacht, ihre Begünstigung durch das Testament vom 15.07.2010 sei wirksam, insbesondere stehe eine die Bet. zu 1 und 2 als Erben begünstigende wechselbezügliche Verfügung aus dem Ehegattentestament vom 25.05.1975 nicht entgegen. Wer ist Erbe?

Im vorliegenden Fall geht es um eine gewillkürte Erbfolge. Hierbei stellt sich die Frage, ob der Erblasser nach § 2271 BGB mit seiner vorverstorbenen ersten Ehefrau eine wechselseitige Verfügung getroffen hat, an welche er nach deren Tod gebunden ist.

I. Regelungen des gemeinschaftlichen Testaments vom 25.05.1975

Nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 25.05.1975 könnten die die Bet. zu 1 und 2 gemeinschaftliche Erben zu 1/2 Anteil nach dem Erblasser sein.

„Das NachlassG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Bet. zu 1 und 2 in dem gemeinschaftlichen Testament vom 25.05.1975 als **Erben nach dem Letztversterbenden** eingesetzt sind.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

II. Testament vom 15.07.2010 als Widerrufstestament

Fraglich ist, ob der Erblasser diese Erbeinsetzung durch sein Testament vom 15.07.2010 wirksam widerrufen konnte. Dies war ausgeschlossen, wenn das Testament vom 25.05.1975 **wechselbezüglich** war.

„**In diesem Fall** war der Erblasser gemäß § 2271 II 1 BGB nach dem Tode seiner Ehefrau an einem Widerruf dieser in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügung gehindert. Die Feststellungslast tragen insoweit die ihr Erbrecht auf die Wechselbezüglichkeit stützenden Bet. zu 1 und 2 (vgl. Senat NJW-RR 2008, 236 (238); Palandt/Weidlich, BGB 72. Aufl., § 2270 Rn. 4).“ (OLG Düsseldorf aaO.)

1. Anforderungen an die Wechselbezüglichkeit

Wechselbezüglichkeit liegt vor, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre.

„Wenn also **jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere** getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BGH NJW-RR 2008, 236 m.w.N.), wobei der **übereinstimmende Wille der Ehegatten** zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgeblich ist (BGH NJW 1991, 169; Senat NJW-RR 2008, 236 (238)).“

Enthält das gemeinschaftliche Testament **keine klare und eindeutige Anordnung** zur Wechselbezüglichkeit, so ist diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung **gesondert zu ermitteln** (BGH NJW-RR 1987, 1410; OLG Hamm FGPrax 2010, 136). Kann der Wille der testierenden Ehegatten im Wege der Auslegung nicht zuverlässig festgestellt werden, so ist die **Auslegungsregel des § 2270 II BGB** heranzuziehen (OLG Hamm FGPrax 2010, 136), wonach **im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen** ist, wenn sich die Ehegatten **gegenseitig bedenken** oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Diese Auslegungsregel ist erst dann heranzuziehen, wenn nach Überprüfung aller inner- und außerhalb des Testaments liegenden Umstände verbleibende Zweifel nicht zu beseitigen sind (Senat NJW-RR 2008, 236 m.w.N.; Zimmer NJW 2009, 2364 (2365)).“ (OLG Düsseldorf aaO.)

Vor diesem Hintergrund ist hier Wechselbezüglichkeit anzunehmen. Damit ist der Erblasser nach dem Tod seiner Ehefrau an die wechselbezüglichen Erklärungen nach § 2271 II BGB gebunden.

2. Anwendung auf den Fall

Diese Bindung führt aber nur dazu, dass der Erblasser solche Verfügung nicht treffen kann, welche die Rechte eines **aufgrund einer wechselbezüglichen Verfügung Bedachten** beeinträchtigen (§ 2289 I 2 BGB analog; Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., § 2271 Rn. 12).

„Die Rechte der Bet. zu 1 und 2 als im Ehegattentestament vom 25.05.1975 eingesetzte (Schluss-)Erben werden **zweifellos beeinträchtigt**, weil sie in der nachfolgenden Verfügung des Erblassers als Erben nicht mehr bedacht sind.“

Fraglich kann nur sein, ob das Testament vom 15.07.2010 eine die Bet. zu 1 und 2 **begünstigende Verfügung des Ehegattentestament** vom 25.05.1975 **mit Wechselbezug** beeinträchtigt.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

Es kommt daher darauf an, welcher Wechselbezug zwischen der Einsetzung der Bet. zu 1 und 2 als (Schluss-)Erben durch den Erblasser gegeben sein kann im Verhältnis zur Einsetzung des Erblassers als Alleinerben durch seine Ehefrau oder der Mutter des Erblassers durch seine Ehefrau.

„In keinem der genannten Verhältnisse führt die Auslegung (§§ 133, 2084 BGB) zu einem eindeutigen Wechselbezug im Rechtssinne.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

a) Wechselbezüglichkeit aufgrund der Lebensumstände

Die Annahme von Wechselbezüglichkeit kann auf erhebliche Unterschiede in den Vermögensverhältnissen der Ehegatten gestützt werden. Diese können einen Hinweis darauf geben, dass zumindest der Ehegatte, der nach der testamentarischen Regelung **erheblich geringere Zuwendungen zu erwarten** hat als der andere, **nicht daran interessiert** ist, seine Verfügung von der seines Partners **abhängig**

sein zu lassen (MüKo-BGB/Musielak, 6. Aufl., § 2270 Rn. 7) und erhebliche Unterschiede in der Lebenserwartung aufgrund der Alters- oder Gesundheitsverhältnisse der Ehegatten, der Wunsch, den Partner materiell zu sichern oder eine Dankeschuld für geleistete Dienste abzutragen, ebenfalls gegen Wechselbezüglichkeit sprechen können (MüKo-BGB/Musielak, 6. Aufl., § 2270 Rn. 7).

aa) Vermögensdifferenz

*„Dass zum Zeitpunkt der Errichtung des Ehegattentestaments das **Vermögen des Erblassers dasjenige seiner Ehefrau bei Weitem überstieg**, bzw. die Ehefrau kein nennenswertes Vermögen besaß, lässt sich **nicht feststellen**; immerhin hatte sie Grundbesitz in die Ehe eingebracht, so dass sich aus den Vermögensverhältnissen ein Indiz gegen die Bindung des Erblassers im Sinne eines Wechselbezuges nicht herleiten lässt.“* (OLG Düsseldorf aaO.)

bb) Lebenserwartung

*„Nahmen die Eheleute seinerzeit an, dass der **Erblasser seine Ehefrau** wegen ihrer Erkrankung **nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge überleben** werde, so könnte dies für einen Wechselbezug sprechen, da es im Falle einer nicht gewollten Bindung des Erblassers an die **von ihm erklärte Schlusserbeneinsetzung** einer solchen Erklärung womöglich **nicht bedurft** hätte. Dass allerdings die Eheleute bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments vom 25.05.1975 davon ausgingen, die **Ehefrau befinde sich in Todesnähe**, ist mit Blick darauf, dass die Krebserkrankung der Ehefrau (1976) bei Errichtung des Ehegattentestaments (1975) noch nicht bekannt war, nicht ersichtlich.*

Ebenso wenig deutet das Alter der Eheleute zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung von 48 (Erblasser) bzw. 49 Jahren (Ehefrau) auf einen Ausschlusswillen eines der Partner in Bezug auf die Wechselbezüglichkeit seiner Verfügungen hin. (OLG Düsseldorf aaO.)

b) Wechselbezüglichkeit wegen Schlusserbeneinsetzung

Fraglich ist, ob allein der Umstand, dass die Ehegatten gemeinsam einen Schlusserben eingesetzt haben, auf eine Wechselbezüglichkeit schließen lässt.

*„Für das Verhältnis der Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Alleinerben gegenüber der Einsetzung des Schlusserben gibt es keine Regel, die Schlüsse auf eine bestimmte Willenslage beider Ehegatten zuließe (BayOLG FamRZ 1994, 1422). Es gibt auch **keine allgemeine Lebenserfahrung**, dass jeder der sich gegenseitig bedenkenden Ehegatten den Schlusserben **nur deshalb bedenken will, weil auch der andere dies tut** (BayOLG FamRZ 1994, 1422).*

*Für eine Willensauslegung im Sinne eines solchen Wechselbezuges ergibt die für jede einzelne Beziehung gesondert vorzunehmende **individuelle Auslegung** nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 2084 BGB) keinen Anhalt, insbesondere nicht in Gestalt einer Andeutung im gemeinschaftlichen Testament.*

*Die Motivation der Ehefrau des Erblassers, ihn als Alleinerben einzusetzen, dürfte eher darin gelegen haben, dass auch er, der über nicht unerhebliche finanzielle Mittel verfügte, sie zur Alleinerbin eingesetzt hat und **nicht in der „Belohnung“ der Erbeinsetzung ihrer Nichten durch den Erblasser.**“* (OLG Düsseldorf aaO.)

c) Wechselbezüglichkeit wegen Zuwendung an Mutter des Erblassers

Allerdings könnte sich eine Wechselbezüglichkeit dergestalt ergeben, dass die vorverstorbene Ehefrau die Mutter des Erblassers nur bedacht hat, weil der Erblasser seinerseits ihre Nichten, nämlich die Bet. zu 1 und 2 eingesetzt hat.

*„Hierfür könnte sprechen, dass **ansonsten ein Grund** für die Ehefrau des Erblassers, ihre **Schwiegermutter zu bedenken, nicht ersichtlich** war, was es nahe legen könnte, die Verfügung als wechselbezüglich zu der ihre Nichten bedenkenden letztwilligen Verfügung des Erblassers anzusehen. Andererseits setzt die Erlangung der Schlusserbenstellung gerade voraus, dass die Mutter des Erblassers verstirbt; diesen Fall aber haben die Eheleute im Testament bedacht und geregelt.“* (OLG Düsseldorf aaO.)

d) Wechselbezüglichkeit wegen „freier Verfügbarkeit“

Eine Wechselbezüglichkeit könnte sich aber daraus ergeben, dass wegen der Schlusserbeneinsetzung klargestellt wurde, dass der ... über das gesamte Vermögen unter Lebenden (soll) frei verfügen“ können. Die Bedeutung einer solchen Formulierung ist **umstritten**.

*„Während **Litzenburger** (BeckOK BGB, Stand 01.05.2014, § 2270 Rn. 11) – ohne hierfür eine Begründung zu geben – meint, das Hervorheben der lebzeitigen Verfügungsbefugnis des Längstlebenden in einem Berliner Testament rechtfertige für sich allein nicht den Umkehrschluss, dass damit die erbrechtliche Verfügungsfreiheit ausgeschlossen sein soll, hält das **BayOLG** (FamRZ 1994, 1422) den aus dem Umstand, dass der überlebende Ehegatte zu seinen Lebzeiten frei über den Nachlass soll verfügen*

können, gezogenen Umkehrschluss, dass dem überlebenden Ehegatten nur zu seinen Lebzeiten, dagegen nicht von Todes wegen ein freies Verfügungsrecht habe eingeräumt werden sollen, für möglich und nahe liegend.

Es spricht Einiges dafür, der letzteren Meinung den Vorzug zu geben, weil es ansonsten **keinen plausiblen Grund** gäbe, **hinsichtlich der freigestellten Verfügungen entsprechend zu differenzieren**. So aber liegt der nachvollziehbare Grund der Differenzierung allgemein – und so auch hier – darin, es einerseits dem überlebenden Ehegatten zu Lebzeiten zu ermöglichen, ohne eine Schlusserbenstellung (der Bet. zu 1 und 2) berücksichtigen zu müssen, **sein Leben nach Belieben wirtschaftlich zu gestalten** und hierbei auch das **Erbe zu verbrauchen** – von seiner Verfügungsbefugnis in diesem Sinne hatte der Erblasser bereits Gebrauch gemacht, indem er der Bet. zu 3 eines der Grundstücke verkauft hat –, andererseits aber nicht „fremdnützig“ über den eigenen Tod hinaus zu verfügen.

Hierin zeigt sich zugleich, dass weder eine nachhaltige Absicherung der Bet. zu 1 und 2 noch ein Abtragen einer (angeblichen) Schuld des Erblassers gegenüber der Mutter der Bet. zu 1 und 2 im Plan der testierenden Eheleute gestanden hat, sondern dass das nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten verbleibende „Restvermögen“ **nicht in (familien-)fremde Hände gelangt**.

Ob aber hieraus indes bereits zwingend folgt, dass die Ehefrau den Erblasser hinsichtlich der Schlusserben endgültig hat binden und unabänderlich hierauf hat festlegen wollen, bedarf letztlich nicht der Entscheidung.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

e) Wechselbezüglichkeit nach § 2270 II BGB

Lässt sich der Wille der testierenden Eheleute dem Testament insoweit im Wege der Auslegung nicht zuverlässig entnehmen, so kann sich die Wechselbezüglichkeit auch § 2270 II BGB ergeben.

„Die **Auslegungsregel** des § 2270 II BGB ist nicht bereits anwendbar, wenn ausreichende Anhaltspunkte für eine Auslegung „entgegen der Annahme einer Wechselbezüglichkeit nicht ersichtlich“ sind, sondern **nur heranzuziehen**, wenn die **Auslegung** durch Willenserforschung weder die **gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt** (Staudinger/Kanzleiter, BGB, Bearb. 2013, § 2270 Rn. 26a m.w.N.).

Nach § 2270 II BGB ist Wechselbezüglichkeit der Verfügungen **im Zweifel anzunehmen**, wenn die Ehegatten einander **gegenseitig bedenken** oder wenn ein Ehegatte den anderen bedenkt und dieser für den Fall seines Überlebens einen Dritten bedenkt, der mit dem Erstgenannten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

Nach der Zweifelsregel ist also davon auszugehen, dass beim Fehlen verwandtschaftlicher Beziehungen zwischen dem testierenden Ehegatten und dem eingesetzten Schlusserben der eine Ehegatte dem anderen regelmäßig das Recht belassen will, die Schlusserbeneinsetzung nach dem Tod des Erstversterbenden jederzeit zu ändern (OLG Hamm FamRZ 2001, 1647; Staudinger/Kanzleiter, BGB, Bearb. 2013, § 2270 Rn. 31b), **nicht so im Zweifel, wenn der vorverstorbene Ehegatte** – wie hier die Ehefrau des Erblassers mit den Bet. zu 1 und 2 – **mit dem Schlusserben verwandt** ist (§ 1589 I 2 BGB); in diesem Fall geht die Lebenserfahrung nicht dahin, dass der Vorversterbende bei seinem Tod dem anderen Ehegatten die jederzeitige Änderungsbefugnis überlassen wollte.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

III. Ergebnis

Damit ist von einer Wechselbezüglichkeit auszugehen, so dass der Erblasser nicht wirksam nach dem Tod seiner Ehefrau die Bet. zu 3 als Erbin einsetzen konnte. Die Bet. zu 1 und 2 sind daher gemeinschaftliche Erben.

Veräußerungsbedingter Vermieterwechsel
Vermieterpfandrechte versus Sicherungsübereignung
(BGH in NZI 2015, 63; Urteil vom 15.10.2014 – XII ZR 163/12)

1. Soweit es für den Inhalt der **mietvertraglichen Rechte und Pflichten zwischen Erwerber und Mieter** auf den Beginn des Mietverhältnisses ankommt, ist auf den Beginn des ursprünglichen Mietverhältnisses zwischen Veräußerer und Mieter abzustellen.
2. Dafür, ob eine in die Mieträume eingebrachte Sache dem **Vermieterpfandrecht** des Erwerbers unterfällt, kommt es auf den **Zeitpunkt der Einbringung der Sache** in die Mieträume an. Eine Sicherungsübereignung der Sache im Zeitraum nach ihrer Einbringung in die Mieträume und vor einem **veräußerungsbedingten Vermieterwechsel** verhindert daher nicht, dass das Vermieterpfandrecht des Erwerbers die Sache erfasst (Fortführung von BGHZ 170, 196 = NJW 2007, 593; BGH, NJW 1986, 2426).
3. Neben dem Vermieterpfandrecht des Veräußerers, das dessen Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert, entsteht ein **eigenständiges Vermieterpfandrecht des Erwerbers**. Die beiden Vermieterpfandrechte erfassen dieselben Sachen und stehen im gleichen Rang.

Fall: Die Kl. nimmt den Bekl. Insolvenzverwalter auf Schadensersatz in Anspruch mit der Begründung, er habe unter Missachtung ihres Vermieterpfandrechts den Erlös aus der Verwertung des Mieterinventars an Dritte ausgekehrt. Der Bekl. ist der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Mieterin von Gewerberaum (= Schuldnerin). Deren Rechtsvorgängerin schloss am 31.08.2006 einen Mietvertrag mit der damaligen Grundstückseigentümerin. Zu diesem Zeitpunkt befand sich bereits das Mieterinventar in den Mieträumen. Die Kl. kaufte das Objekt mit notariellem Vertrag vom 22.12.2006 und wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Nachdem am 01.02.2008 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Bekl. zum Insolvenzverwalter bestellt worden war, machte die Kl. geltend, ihr stehe das Vermieterpfandrecht am Inventar und daher insoweit ein Absonderungsrecht zu. Der Bekl. verwies auf einen Raumsicherungsübereignungsvertrag, der am 06.10.2006 zwischen der Schuldnerin und der H-Bank zu Stande gekommen sei, sowie auf eine Vereinbarung zwischen den ursprünglichen Mietvertragsparteien und der H-Bank, die ebenfalls vom 06.10.2006 stamme und mit der die Vermieterin auf ihr Vermieterpfandrecht verzichtet habe. In dieser Vereinbarung war zudem ein Sicherungsübereignungsvertrag zwischen der Schuldnerin und der H-Bank vom 30.08.2006 in Bezug genommen. Die Kl. stellte eine wirksame Sicherungsübereignung und die Wirksamkeit des Verzichts in Abrede. Gleichwohl zahlte der Bekl. aus dem durch die Veräußerung des Inventars erzielten Erlös einen Betrag von 782.000 € an die H-Bank aus. In dieser Höhe nimmt ihn die Kl. auf Schadensersatz in Anspruch. Zu Recht?

Es kommt darauf an, ob die Kl. ein Vermieterpfandrecht nach § 562 I BGB hatte.

I. Übergang des Mietverhältnisses auf die Kl.

Ursprünglich hatte Sie nicht mit der Mieterin den Mietvertrag abgeschlossen, allerdings tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Grundstücks gem. §§ 578 I, 566 I BGB an Stelle des Veräußerers als Vermieter in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis – hier mit der Schuldnerin – ergebenden Rechte und Pflichten ein. Hierbei entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, jedoch mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat (stRspr; vgl. Senat, NJW 2012, 3032 Rn. 25 m.w.N.).

II. Bestehen eines Vermieterpfandrechts

Der Vermieter hat nach §§ 578 I, 562 I BGB wegen seiner Forderungen an gesetzliches Pfandrecht an den vom Mieter eingebrachten Sachen. Das setzt jedoch voraus, dass diese Sachen im Eigentum des Mieters stehen.

Grundsätzlich hat die Kl. daher ein Vermieterpfandrecht gegen die Schuldnerin erworben. fraglich ist aber, ob sich dieses auch auf die sicherungsübereigneten Gegenstände bezog.

III. Verhältnis zwischen Vermieterpfandrecht und Sicherungsübereignung

Maßgeblich kommt es darauf an, ob abzustellen ist auf den ursprünglichen Abschluss des Mietvertrages. Zu diesem Zeitpunkt lag zweifellos noch keine Sicherungsübereignung vor. Es könnte jedoch auch auf die Entstehung des neuen Mietverhältnisses mit der Kl. als Erwerberin abzustellen sein. Zu diesem Zeitpunkt war die Sicherungsübereignung bereits erfolgt.

Jedenfalls erfolgt hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche durch den Eigentumsübergang und das Entstehen eines neuen Mietvertrags mit dem Erwerber gem. § 566 BGB eine Zäsur.

„Die schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter, und **nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu** (stRspr; vgl. Senat, NJW 2012, 3032 Rn. 32 m.w.N.; zur Ausnahme bei Nebenkosten vgl. NZM 2005, 17), weshalb die Wirkung der Zäsur auch mit dem Begriff „Fälligkeitsprinzip“ umschrieben wird (vgl. Streyll in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 566 Rn. 86 m.w.N.). Diese Zäsur bewirkt **aber keinen Einschnitt dergestalt, dass der vor ihr liegende Zeitraum bei der Bestimmung des Inhalts der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten i.S.d. § 566 I BGB unberücksichtigt bliebe.**“ (BGH aaO.)

1. mietvertragliche Rechte und Pflichten

Ist für die Rechtsposition der Kl. auf den Beginn des Mietverhältnisses abzustellen, so ist das ursprüngliche Mietverhältnis zwischen Veräußerer und Mieter maßgeblich.

„Dies hat beispielsweise zur Folge, dass für das neue Mietverhältnis, sofern es Wohnraum betrifft, gem. § 573 c I 2 BGB gegebenenfalls **längere Kündigungsfristen** gelten (Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 566 Rn. 69, § 573 c Rn. 10; MüKo-BGB/Häublein, 6. Aufl., § 573 c Rn. 8; Blank in Schmidt-Futterer, § 573 c Rn. 12; vgl. auch OLG Hamm, NJW 1981, 584 [zu § 565 II BGB aF]).“ (BGH aaO.)

2. Einbringungszeitpunkt für Vermieterpfandrecht

Vor diesem Hintergrund könnte es auch für das Vermieterpfandrecht darauf ankommen, ob die eingebrachten Sachen beim ursprünglichen Abschluss des Mietverhältnisses im Eigentum der Schuldnerin standen.

„Das **gesetzliche Vermieterpfandrecht** entsteht gem. § 562 I 1 BGB mit der **Einbringung** der dem Mieter gehörenden Sache in die Mieträume. Dies gilt auch, soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert. Der **Zeitpunkt der Einbringung** bestimmt daher entsprechend §§ 1257, 1209 BGB **den Rang des Vermieterpfandrechts** im Verhältnis zu anderen Pfandrechten (BGHZ 170, 196 = NZI 2007, 158 Rn. 11 m.w.N.; BGH, NJW 1986, 2426 [2427]). Dabei gelten auch solche Sachen des Mieters als eingebracht, die sich schon vor **Beginn des Mietverhältnisses in den Mieträumen** befunden haben und die der Mieter dann in den Mieträumen belässt (BeckOK BGB/Ehlert [Stand 1.8.2012], § 562 Rn. 11; von der Osten in Bub/Treier, HdB d. Geschäfts- u. Wohnraummiete, 4. Aufl., III A Rn. 2190; MüKo-BGB/Artz, § 562 Rn. 12; Lammel in Schmidt-Futterer, § 562 BGB Rn. 33). Ein gutgläubiger Erwerb des Vermieterpfandrechts ist hingegen nicht möglich (BGHZ 34, 153 = NJW 1961, 502 [503]; allg. zum gesetzlichen Pfandrecht BGHZ 119, 75 = NJW 1992, 2570 [2574]; BGHZ 87, 274 = NJW 1983, 2140 [2141]).

Eine erst **nach der Einbringung** – auch durch Raumsicherungsübereignungsvertrag – **erfolgende Sicherungsübereignung** der Sache des Mieters lässt das **bereits entstandene Pfandrecht des Vermieters unberührt**. Dieses genießt insoweit Vorrang (Senat, BGHZ 117, 200 = NJW 1992, 1156 [1157]; BGH, NZI 2004, 209 = NJW-RR 2004, 772 [773]).“ (BGH aaO.)

3. eigenständiges Vermieterpfandrecht des Erwerbers

Dies hat aber nicht zur Folge, dass ein schon zugunsten des Veräußerers entstandenes Vermieterpfandrecht auf den Erwerber übergeht.

„Denn der **Erwerber ist nicht der Rechtsnachfolger** des Veräußerers, sondern es findet ein **unmittelbarer Rechtserwerb kraft Gesetzes** statt (Senat, NJW 2000, 2346; BGH, NZI 2012, 406 Rn. 17; NJW 2008, 2256 Rn. 17). Daher entsteht neben dem Vermieterpfandrecht des Veräußerers, das dessen Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert, ein **eigenständiges Vermieterpfandrecht des Erwerbers** (vgl. BeckOK BGB/Ehlert, § 562 Rn. 7; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 562 Rn. 15; MüKo-BGB/Artz, § 562 Rn. 24; Lammel in Schmidt-Futterer, § 562 Rn. 55).“ (BGH aaO.)

4. Relevanz der Neuentstehung für den Einbringungszeitpunkt

Erlangt der Erwerber aber ein eigenständiges Vermieterpfandrecht so könnte doch darauf abzustellen sein, ob zum Erwerbszeitpunkt die eingebrachten Sachen noch im Eigentum des Mieters stehen.

„Dieses Vermieterpfandrecht bleibt seinem Umfang nach nicht hinter demjenigen des Veräußerers zurück und wird insbesondere **nicht durch eine Sicherungsübereignung nach Einbringung der Sache** berührt. Eine Sicherungsübereignung der Sache im Zeitraum zwischen ihrer Einbringung in die Mieträume und dem Eigentumswechsel verhindert daher nicht, dass das Vermieterpfandrecht des Erwerbers die Sache erfasst.

Vielmehr ist für die Frage, ob dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers die bei Eigentumsübergang in den Mieträumen befindlichen Sachen unterfallen, ebenfalls der **Zeitpunkt von deren Einbringung maßgeblich**, so dass die Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber insoweit dieselben Sachen erfassen (vgl. BeckOK BGB/Ehlert, § 562 Rn. 7; Jaeger/Henckel, InsO, § 50 Rn. 37; Lammel in Schmidt-Futterer, § 562 Rn. 55; Kellendorfer in Spielbauer/Schneider, § 562 Rn. 28).

Dass das Vermieterpfandrecht **nicht vor Beginn des Mietverhältnisses entstehen** kann (BeckOK BGB/Ehlert, § 562 Rn. 11; Blank in Blank/Börstinghaus, § 562 Rn. 11; von der Osten in Bub/Treier, III A Rn.

2190; Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 11. Aufl., § 562 Rn. 6; Soergel/Heintzmann, *BGB*, 13. Aufl., § 562 Rn. 25; zum „vorzeitigen Einzug“ vgl. Staudinger/Emmerich, § 562 Rn. 11), steht dem somit nicht entgegen. Denn **wegen § 566 I BGB ist der ursprüngliche Vertragsbeginn auch für das neue Vertragsverhältnis maßgeblich.**“ (BGH aaO.)

Dieses Ergebnis entspricht zudem Sinn und Zweck des § 566 I BGB. Bei dieser Norm handelt es sich um eine mieterschützende Vorschrift.

„Sie bezweckt, dem Mieter gegenüber dem neuen Vermieter die Rechtsposition zu erhalten, die er auf Grund des Mietvertrags hätte, wenn der frühere Vermieter Eigentümer geblieben wäre (BGH, NJW 2005, 1187 [1188]). Dagegen soll sie **keine Besserstellung des Mieters**, dessen Vermieter veräußerungsbedingt gewechselt hat, gegenüber dem Mieter ohne Vermieterwechsel bewirken.“ (BGH aaO.)

Eine derartige Besserstellung wäre aber die Folge der Annahme, dass es für die Frage des Vermieterpfandrechts des Erwerbers darauf ankommt, ob die eingebrachte Sache bei dem Erwerb noch im Eigentum des Mieters steht.

„Denn diese würde dazu führen, dass die sicherungsübereigneten Sachen für die ab dem Eigentumsübergang entstehenden Neuverbindlichkeiten nicht mehr dem Vermieterpfandrecht unterfielen. Demgegenüber hat eine **nachträgliche Sicherungsübereignung der eingebrachten Sachen bei unverändertem Vermieter keinen Einfluss auf den Umfang des Vermieterpfandrechts** (Senat, BGHZ 117, 200 = NJW 1992, 1156 [1157]; BGH, NJW-RR 2005, 1328 [1329]; NZI 2004, 209 = NJW-RR 2004, 772 [773]), das auch erst zukünftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert (BGHZ 170, 196 = NZI 2007, 158 Rn. 11 m.w.N.; BGH, NJW 1986, 2426 [2427]).“ (BGH aaO.)

Außerdem stehen die Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber gleichrangig nebeneinander.

„[Ein] solcher **Gleichrang kann nur bestehen**, wenn beide **Pfandrechte den gleichen Entstehungszeitpunkt** haben (dies ausdrücklich bejahend Jaeger/Henckel, § 50 Rn. 37; MüKo-InsO/Ganter, § 50 Rn. 91 a; RGRK/Gelhaar, § 571 Rn. 22; Stern/Mittelstein, S. 557). Andernfalls müsste das Vermieterpfandrecht des Veräußerers nach dem gem. §§ 1257, 1209 BGB geltenden **Prioritätsprinzip Vorrang genießen**. Für einen solchen Vorrang ist auch kein durchgreifender Grund ersichtlich.“ (BGH aaO.)

Das Vermieterpfandrecht trägt dem Sicherheitsbedürfnis des Vermieters Rechnung. Dieses ist für Veräußerer und Erwerber nicht unterschiedlich, nachdem sich die vor und nach dem Eigentumsübergang bestehenden Mietverhältnisse inhaltlich entsprechen.

IV. Ergebnis

Da hier die Sicherungsübereignung zwar vor dem Erwerb der Kl., aber nach ursprünglichem Abschluss des Mietvertrages erfolgt war, hat das Vermieterpfandrecht der Kl. Vorrang und der Anspruch ist begründet.

**Erforderlichkeit der Notwehrhandlung
Auswahl des Verteidigungsmittels**

(BGH in NStZ 2015, 151; Urteil vom 01.07.2014 – 5 StR 134/14)

1. Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 II StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer **sofortigen und endgültigen Abwehr** des Angriffs führt und es sich bei ihr um das **mildeste Abwehrmittel** handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand.
2. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer **objektiven ex-ante-Betrachtung** der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden
3. Danach muss der Angegriffene auf **weniger gefährliche Verteidigungsmittel** nur dann zurückgreifen, wenn deren **Abwehrwirkung unzweifelhaft** ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht
4. Die Anwendung der **zweiten Alternative des § 213 StGB** ist zwingend, wenn eine Notwehrlage vorlag, die Rechtfertigung jedoch an der Erforderlichkeit oder Gebotenheit scheitert und eine „**Tötung im Grenzbereich der Notwehr**“ vorliegt.

Fall: Nach den Feststellungen des LG wohnte der Angekl. zur Tatzeit in einem Männerwohnheim. Dort hielt sich häufiger auch das dem Trinkermilieu zugehörige spätere Tatopfer R auf, um mit Bekannten Alkohol zu trinken. Am Nachmittag des Tattages war es bereits zu einem Konflikt zwischen dem Angekl. und dem ihm flüchtig bekannten R gekommen, als dieser zweimal versucht hatte, in das Zimmer des Angekl. zu gelangen. Der Angekl. hatte dem aggressiv auftretenden und, wie er bemerkte, stark alkoholisierten R jeweils den Zutritt zum Zimmer verwehrt. Dabei hatte der Angekl., als R. zum zweiten Mal und nunmehr gemeinsam mit einem ebenfalls stark angetrunkenen Freund in aggressiver Stimmung an der Tür erschienen war, einen im Zimmer liegenden Hammer ergriffen und ihn beiden drohend entgegen gehalten. Hierdurch eingeschüchtert hatten R und sein Begleiter sogleich das Zimmer des Angekl. verlassen.

Abends ging der Angekl. gemeinsam mit einem Mitbewohner des Wohnheims zu einem nahe gelegenen Einkaufsmarkt, wo sie Getränke kauften. Der Aidskranke, körperlich schwächliche Angekl. war bewaffnet mit einem Küchenmesser mit einer Klingenslänge von 13 cm, das er möglicherweise stets zu seinem Schutz bei sich zu tragen pflegte. Auf dem Rückweg kamen sie an einem Haus vorbei, in dem R eine Wohnung im ersten Obergeschoss dazu nutzte, gelegentlich dort mit Freunden zu feiern und Alkohol zu trinken. Als der Angekl. sich mit seinem Begleiter auf dem Gehweg dem Haus näherte, bemerkte ihn R, der mit mehreren Personen auf dem Balkon stand. Dieser rief ihm in aggressivem Ton zu, ob „er immer noch seinen Hammer dabei habe“, was der Angekl. verneinte. Der Angekl., der nun damit rechnete, dass R ihn verprügeln wolle, blieb trotzdem auf dem Gehweg stehen, weil er nicht als Feigling gelten und Widerstand leisten wollte. Sein Begleiter, der die Gefährlichkeit der Situation erkannt hatte und in die Auseinandersetzung nicht hineingezogen werden wollte, ging unterdessen weiter und forderte den Angekl. auf, sich ebenfalls zu entfernen. Dies lehnte der Angekl., der alkoholbedingt enthemmt, jedoch uneingeschränkt steuerungs-fähig war, lautstark mit dem Zuruf ab, dass er die Angelegenheit „mal klären müsse“. Als R, der eine Blutalkoholkonzentration von 2,76 Promille hatte, aus dem Haus auf ihn zugelaufen kam, erkannte der Angekl. dessen hohe Alkoholisierung und fehlende Bewaffnung. R versuchte ihm mit der Faust in das Gesicht zu schlagen. Aufgrund seiner Alkoholisierung kam er jedoch ins Straucheln und verfehlte den Angekl., der ihm hatte ausweichen können. Dann erhob er erneut die Faust zum Schlag. Nunmehr zog der Angekl. sein in der Hosentasche verborgenes Messer hervor, „um sich nicht ausschließbar damit gegen einen weiteren Angriff zu wehren“. Obwohl ihm ein erneutes Ausweichen ohne weiteres möglich gewesen wäre, stach der Angekl. ohne Vorwarnung und mit bedingtem Tötungsvorsatz mit dem Messer in Richtung des Oberkörpers seines Kontrahenten, wobei er möglicherweise dessen Schlagfaust treffen wollte. Der Stich traf R jedoch direkt in die Brust und verletzte dort die Hauptschlagader. Er brach infolge dieser Verletzung sofort zusammen und verstarb noch am Tatort, von dem der Angekl. flüchtete. Das LG hat den Angekl. wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Es hat weder ein Handeln in Notwehr noch einen minder schweren Fall angenommen. Zu Recht?

I. Rechtfertigung durch Notwehr, § 32 StGB

Der Angekl. hat in Notwehr gehandelt, wenn die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr nach § 32 StGB vorlagen.

1. Notwehrlage

Dazu müsste zunächst eine Notwehrlage vorgelegen haben, mithin ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff.

Da der Geschädigte erneut mit erhobener Faust auf den Angekl. zugegangen ist, hat objektiv eine Notwehrlage bestanden.

2. Notwehrhandlung

Fraglich ist, ob eine taugliche Notwehrhandlung vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Notwehrhandlung gegen den Angreifer gerichtet ist, erforderlich und geboten ist.

a) gegen den Angreifer gerichtet

Hier war die Handlung des Angekl. ohne weiteres gegen den Angreifer gerichtet.

b) Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob die Notwehrhandlung erforderlich war.

aa) Anforderungen an Erforderlichkeit

*„Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 II StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer **sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs** führt und es sich bei ihr um das **mildeste Abwehrmittel** handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand (st. Rspr.; vgl. BGH Urf. v. 21.03.1996 – 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97, 100, u. v. 19.12.2013 – 4 StR 347/13, NStZ 2014, 147, 148 m.w.N.). Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer **objektiven ex-ante-Betrachtung** der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden (BGH Urf. v. 27.09.2012 – 4 StR 197/12, NStZ-RR 2013, 139, 140 m.w.N.; Beschl. v. 21.11.2012 – 2 StR 311/12, NStZ-RR 2013, 105, 106, u. v. 21.08.2013 – 1 StR 449/13, NJW 2014, 1121, 1122).*

*Danach muss der Angegriffene **auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel** nur dann zurückgreifen, wenn deren **Abwehrwirkung unzweifelhaft** ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Auch der **sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz einer Waffe** kann mithin durch Notwehr gerechtfertigt sein. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines bis dahin **noch nicht in Erscheinung getretenen Messers** allerdings **in der Regel anzudrohen** (BGH Urf. v. 27.09.2012 – 4 StR 197/12, NStZ-RR 2013, 139, 140 m.w.N., v. 19.12.2013 – 4 StR 347/13, NStZ 2014, 147, 148 f., u. v. 25.03.2014 – 1 StR 630/13; Beschl. v. 11.08.2010 – 1 StR 351/10, NStZ-RR 2011, 238, u. v. 21.11.2012 – 2 StR 311/12, NStZ-RR 2013, 105, 106).“ (BGH aaO.)*

bb) Anwendung auf den Fall

Es kommt daher für die Erforderlichkeit darauf an, ob dem Angekl. erfolgversprechende mildere Mittel zur Angriffsabwehr zur Verfügung standen:

*„Er hätte seinen **Messereinsatz zunächst androhen** müssen, zumal er bei der vorausgehenden Auseinandersetzung am Nachmittag die Erfahrung gemacht hatte, R **mit einer Waffe erfolgreich drohen und von sich fernhalten** zu können. Das einer Bewaffnung des Angekl. für das Verhalten von R weiterhin Bedeutung zukam, wird auch durch dessen unmittelbar vor Beginn der neuen Auseinandersetzung gestellte Frage nach einem fortdauernden Mitsichführen des Hammers belegt. Erst nach deren Verneinung durch den Angekl. kündigte R an, „dass er dann jetzt runterkommen würde“.*

*Darüber hinaus hat das LG eine Erforderlichkeit des lebensgefährlichen Messereinsatzes zu Recht auch deshalb verneint, weil der Angekl. **zumindest auf einen weniger sensiblen Körperteil** des Angreifers hätte **zielen** müssen. Eine solche mildere Abwehrhandlung war dem Angekl. nach den Feststellungen zur Kampfsituation ohne weiteres möglich, da er auch **in der Lage war**, den gegen ihn geführten Schlagbewegungen des erheblich betrunkenen R **auszuweichen**.“ (BGH aaO.)*

Die Notwehrhandlung des Angekl. war daher nicht geboten.

c) Gebotenheit

*„Danach kann dahinstehen, ob hier das Notwehrrecht des Angekl. außerdem unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit der Verteidigung eine Einschränkung erfahren musste, wie das LG gemeint hat, ohne allerdings zu prüfen, ob das **Vorverhalten des Angekl.** als **sozialethisch verwerflich** zu werten ist (vgl. zur Einschränkung der Notwehr nach Provokation BGH Urf. v. 21.03.1996 – 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97, 100 f., v. 02.11.2005 – 2 StR 237/05, NStZ 2006, 332, 333 f. u. v. 25.03.2014 – 1 StR 630/13; Beschl. v. 04.08.2010 – 2 StR 118/10, NStZ 2011, 82, 83 m.w.N.). Eine entsprechende Einschränkung liegt indes schon allein angesichts der dem Angekl. bekannten **massiven alkoholischen Beeinträchtigung des Opfers** nahe (vgl. Perron in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 32 Rn. 52; Rosenau in SSW-StGB, 2. Aufl., § 32 Rn. 32), und zwar trotz der eigenen Alkoholisierung des Angekl.“ (BGH aaO.)*

II. Ablehnung eines minder schweren Falls

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall nicht ein minder schwerer Fall des Totschlags anzunehmen ist.

1. Totschlag im Zorneffekt (§ 213 1. Alt. StGB)

Beim Totschlag aufgrund eines unverschuldeten Provokationsaffekts wird der Strafrahmen aus zwei Gründen gemildert, zum einen wegen der affektbedingten Schuldminde- rung beim Täter, zum anderen wegen der Mitverantwortung des Opfers für die Eskalation des Geschehens (BeckOK-StGB/Eschelbach, Rn. 5).

*„Es ist schon zweifelhaft, ob die erste Alternative des § 213 StGB verneint werden durfte. Angesichts der **aggressiven Ansprache des Angekl.** durch das spätere Opfer vom Balkon unter Bezugnahme auf dessen vorangegangene Aggressionen am Nachmittag im Wohnheim und angesichts seines versuchten Faustan- griffs auf den Angekl. (vgl. dazu BGH Urt. v. 01.08.1996 – 5 StR 214/96, BGHR StGB § 213 1. Alt. Misshand- lung 5) ist die unter Verweisung auf das „Trinkermilieu“ vom LG angenommene Verneinung einer Provokation im Sinne der Vorschrift fehlerhaft. Ein Verschulden des Angekl. in seinem **beharrlichen Verbleiben am Tat- ort** zu sehen, ist angesichts der maßgeblich vom späteren Opfer ausgehenden Aggression gleichfalls be- denklich. Zweifelhaft bleibt freilich, ob der Umstand, dass der Angekl. **damit gerechnet hatte, angegriffen zu werden**, ein „Hingerissen sein“ zur Tat im Sinne der Norm hindert (vgl. dazu Fischer StGB, 61. Aufl., § 213 Rn. 9 a). Der Senat kann dies offenlassen.“ (BGH aaO.)*

2. sonstiger minder schwerer Fall (§ 213 2. Alt StGB)

§ 213 2. Alt StGB gestattet eine Strafrahmenmilderung bei unbenannten sonst minder schweren Fällen. Diese Fälle haben mit der Provokationsalternative nicht notwendiger- weise etwas zu tun, auch wenn der unbenannte minder schwere Fall nach Verneinung einer Provokation im Sinne der ersten Alternative einen Auffangtatbestand bildet. (BeckOK-StGB/Eschelbach, Rn. 22.)

*„Denn die Anwendung der zweiten Alternative des § 213 StGB war hier aufgrund der **Notwehrlage** und „einer **Tötung im Grenzbereich der Notwehr**“ **zwingend**. Diese Problematik hat das LG zwar erkannt, das in glei- chem Maße wie beim Vorliegen der ersten Alternative anzuerkennende Gewicht dieses ausschlaggebenden Strafrahmensfaktors aber nicht ausreichend gewichtet, weil es ihn lediglich im Rahmen einer „Gesamtabwä- gung“ mit den sonstigen Strafmilderungsgründen für die Strafrahmenswahl herangezogen hat.“ (BGH aaO.)*

Ergebnis: Die Rechtfertigung der Tat durch Notwehr nach § 32 StGB wurde zu Recht abgelehnt, allerdings liegt ein minder schwerer Fall des Totschlags nach § 213 StGB vor, so dass die Strafzumessung zu korrigieren ist.

StGB
§ 348 I**Falschbeurkundung im Amt**
Eintragung anderer „Halter“ in Kfz-Zulassungsbescheinigung II
(BGH in NJW 2015, 802; Beschluss vom 02.12.2014 – 1 StR 31/14)

StR BT

Die Zulassungsbescheinigung Teil II ist hinsichtlich der darin enthaltenen Angaben zur Person keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 348 StGB. Sie **beweist weder zu öffentlichem Glauben**, dass die Eintragungen **zur Person richtig** sind, noch dass die eingetragene Person **Verfügungsberechtigter** oder Halter des Fahrzeugs ist, auf das sich die Zulassungsbescheinigung bezieht.

A. Grundlagenwissen: Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB)**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Amtsträger**

Der Begriff des Amtsträgers ist legal definiert. Nach § 11 II Nr. 2 StGB ist Amtsträger, wer nach deutschem Recht Beamter oder Richter ist, in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen.

b) Beurkunden**aa) Verkörperung einer Gedankenerklärung**

Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist und einen Aussteller erkennen lässt und die zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache geeignet und bestimmt ist (Lackner-Kühl/Lackner, § 267 Rn. 2)

bb) bezogen auf rechtlich erhebliche Tatsache

Die Beurkundung in einer öffentlichen Urkunde oder die Eintragung oder Eingabe in öffentliche Register, Bücher oder Dateien muss eine rechtlich erhebliche Tatsache mit Beweiskraft für und gegen jedermann festlegen. Hierbei muss die rechtlich erhebliche Tatsache aus der Beurkundung als ausdrücklicher und wenigstens konkludent erklärter Inhalt hervorgehen; sie darf sich nicht erst aus gedanklichen Schlussfolgerungen ergeben (vgl. Lackner-Kühl/Lackner, § 348 StGB, Rn. 4/6).

cc) im Rahmen des öffentlichen Glaubens (öffentliche Urkunde)

§ 415 I ZPO enthält eine Legaldefinition des Begriffs der öffentlichen Urkunde und lautet: „Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.“ (MüKo-StGB/Freund, § 348, Rn. 9)

vgl. hierzu näher Kindhäuser/Neumann/Paefgen- Ingeborg Puppe, 3 348, Rn. 5 – 24)

dd) Falschbeurkundung

Falsch beurkundet, eingetragen oder eingegeben ist eine Tatsache, wenn das mit öffentlichem Glauben Beurkundete usw. nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt (Lackner/Kühl-Lackner, § 348 Rn. 8)

c) **Zuständigkeit zur Beurkundung**

Der Amtsträger muss zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt sein. Dies setzt die Berechtigung voraus, durch schriftliche (oder elektronische) Festlegung einer vor ihm abgegebenen **Erklärung**, einer von ihm gemachten **Wahrnehmung** oder einer durch ihn oder vor ihm geschehenen **Tatsache** ein Beweismittel **für und gegen jedermann** zu schaffen.

2. **subjektiver Tatbestand**

Die Falschbeurkundung im Amt ist ein Vorsatzdelikt, wobei bedingter Vorsatz ausreicht.

II. **Rechtswidrigkeit**

III. **Schuld**

B. **Falschbeurkundung im Amt durch Eintragung von Personen in die Zulassungspapiere, die niemals Halter waren (vgl. BGH NJW 2015, 802)**

Fall: Die Mitangekl. J war seit dem Jahr 1999 bis zum 22.03.2012 als Verwaltungsangestellte in der Kfz-Zulassungsstelle des Landratsamts M. tätig. Im Rahmen ihrer Tätigkeit war sie fast ausschließlich mit der Bearbeitung von Anträgen auf Zulassung von Fahrzeugen betraut. Der Angekl. H leitete seit dem Jahr 2007 den Zulassungsdienst „E.“ und bot dabei verschiedenen Fahrzeughändlern an, für diese Fahrzeugzulassungen vorzunehmen. Die Fahrzeughändler legten in einer Vielzahl von Fällen Wert darauf, dass in den Fahrzeugpapieren – den Zulassungsbescheinigungen Teil I und Teil II – als letzter Halter eine Privatperson eingetragen war. In Fällen, in denen die Fahrzeuge zuvor auf einen gewerblichen Halter zugelassen waren, bevorzugten es diese Händler, wenn eine neue Zulassungsbescheinigung Teil II ausgestellt wurde, aus der der gewerbliche Vorhalter nicht mehr ersichtlich war. Den Angekl. H hatte die Mitangekl. J schon im Jahr 2003 im Rahmen von dessen Tätigkeit für einen Autohändler kennengelernt. Sie hatte ihm dabei erklärt, dass sie für einen üblichen „Bakschisch-Satz“ von 20 € problematische Kfz-Zulassungen vornehme. Spätestens im Jahr 2008 trat der Angekl. H an die Mitangekl. J mit dem Ansinnen heran, bei Fahrzeugzulassungen in die Fahrzeugpapiere unbeteiligte Privatpersonen einzutragen. Auf seine Veranlassung stellte die Mitangekl. J in der Folge im Zeitraum 26.02.2009 bis 15.03.2012 in insgesamt 491 Fällen Zulassungsbescheinigungen Teil I und Teil II aus, in denen unbeteiligte Privatpersonen trotz ihrer fehlenden Haltereigenschaft und Verfügungsberechtigung als letzte Fahrzeughalter angegeben waren. Diese Personen hatten die Fahrzeuge nie gesehen und standen auch sonst in keiner Beziehung zu den Fahrzeugen. In nahezu allen Fällen stellte die Mitangekl. J neue Zulassungsbescheinigungen Teil II aus, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen. Sowohl dem Angekl. H als auch der Mitangekl. J war dabei bewusst, dass die eingetragenen Personen nicht Halter der Fahrzeuge waren und auch keine Verfügungsberechtigung über diese hatten. Gemäß § 12 I der Fahrzeug-Zulassungsverordnung (FZV) hätten solche Zulassungen nur bei Nachweis der Verfügungsberechtigung über das jeweilige Fahrzeug vorgenommen werden dürfen. In 81 dieser Fälle machte die Mitangekl. J in den neu ausgestellten Zulassungsbescheinigungen Teil II zudem falsche Eintragungen über die Zahl der Vorhalter. In 84 Fällen verlegte sie das Datum, bis zu dem die nächste Hauptuntersuchung (HU) fällig war, in die Zukunft. In einigen Fällen ließ sie auch Fahrzeuge zu, bei denen dieses Datum bereits verstrichen war. Die Mitangekl. J forderte und erhielt von dem Angekl. H für die beschriebenen, nicht vorchriftsmäßigen Zulassungsvorgänge jeweils einen Geldbetrag von 20 €.

Hat sich J wegen Falschbeurkundung im Amt strafbar gemacht?

Nach § 348 I StGB macht sich ein Amtsträger, der zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt ist, strafbar, wenn er innerhalb seiner Zuständigkeit eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register, Bücher oder Dateien falsch einträgt oder eingibt.

I. **Tatbestand**

1. **Objektiver Tatbestand**

1. **Amtsträger**

J als Verwaltungsangestellte ist ohne weiteres Amtsträgerin nach § 11 II Nr. 2 c) StGB.

2. **Beurkunden**

Fraglich ist jedoch, ob die Ausstellung der Zulassungsbescheinigung II als Ausstellen von Urkunden angesehen werden kann.

a) Begriff der Urkunde

„Der Begriff der öffentlichen Urkunde i.S.v. § 348 StGB umfasst nur solche Urkunden, die **bestimmt und geeignet sind, Beweis für und gegen jedermann zu erbringen** (allgM; vgl. nur BGHSt 22, 201 [203] = NJW 1968, 2153; BGHSt 42, 131 = NJW 1996, 2170 = NStZ 1996, 385; LK-StGB/Zieschang, § 271 Rn. 22, 29 ff.). Dabei erfasst auch bei einer öffentlichen Urkunde die Strafbewehrung in § 348 StGB nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen und Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, das heißt die **volle Beweiswirkung für und gegen jedermann**, erstreckt. Welche Angaben dies im Einzelnen sind, ist, wenn es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, mittelbar den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, die für die Errichtung und den Zweck einer Urkunde maßgeblich sind (vgl. BGHSt 53, 34 = NJW 2009, 1518 = NStZ 2009, 387 und BGHSt 22, 201 = NJW 1968, 2153 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

b) Beweiskraft der Urkunde

„Der **erhöhten Beweiskraft** unterliegen insbesondere diejenigen **Tatsachen**, deren **Angabe gesetzlich zwingend vorgeschrieben** ist, in der Regel dagegen nicht solche Tatsachen, die weder nach dem Gesetz noch nach anderen Vorschriften zwingend anzugeben sind und deren unwahre Kundgabe die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berührt (vgl. BGH St 44, 186 = NJW 1998, 3790 = NStZ 1998, 620; BGHSt 47, 39 = NJW 2001, 3135; BGH, NJW 2004, 3195 = NStZ 2005, 42 = wistra 2004, 466).

Fehlt es an einer **klaren Bestimmung der Reichweite der Beweiskraft** durch den Gesetzgeber, sind nach der Rechtsprechung des BGH zur Auslegung neben dem Beurkundungsinhalt als solchem das Verfahren und die Umstände des Beurkundungsvorgangs sowie die Möglichkeit des die Bescheinigung ausstellenden Amtsträgers, die Richtigkeit der Beurkundung zu überprüfen, in den Blick zu nehmen; auch ist die **Anschauung des Rechtsverkehrs** zu beachten (vgl. BGHSt 53, 34 = NJW 2009, 1518 = NStZ 2009, 387 und BGH St 22, 201 = NJW 1968, 2153 [zum Fahrzeugschein] m.w.N. sowie BGH St 44, 186 = NJW 1998, 3790 = NStZ 1998, 620). Die den öffentlichen Glauben legitimierende **erhöhte Beweiswirkung** kann dabei auf den **eigenen Wahrnehmungsmöglichkeiten** des die Urkunde ausstellenden Amtsträgers beruhen (vgl. BGH, NJW 1996, 470 = NStZ 1996, 231 = wistra 1996, 142). Sie kann sich für den Urkundenaussteller aber auch aus den im Verfahren vorzulegenden **Bescheinigungen anderer Stellen mit erhöhter Richtigkeitsgewähr** ergeben (vgl. BGHSt 53, 34 = NJW 2009, 1518 = NStZ 2009, 387). Kann der Amtsträger hingegen die Richtigkeit der Angabe nicht überprüfen, fehlt ihm regelmäßig auch der Wille, die entsprechende Tatsache zu öffentlichem Glauben zu beurkunden (vgl. BGH, NJW 1996, 470 = NStZ 1996, 231).

Jedenfalls ist bei der Prüfung, ob einer Tatsache, die in einer von einer Verwaltungsbehörde ausgestellten Urkunde enthalten ist, die **besondere Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde** zukommt, ein **strenger Maßstab** anzulegen. Eine Beweiswirkung für und gegen jedermann kann nur dann angenommen werden, wenn **kein Zweifel besteht**, dass dies unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung **dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht** (vgl. BGH St 22, 201 [203] = NJW 1968, 2153; BGH St 42, 131 = NJW 1996, 2170 = NStZ 1996, 385; vgl. auch OLG Hamburg, NStZ 2014, 95 mit Hinweis auf Art. 103 II GG).“ (BGH aaO.)

c) Anwendung auf den Fall

Nach diesen Maßstäben ist fraglich, ob es sich bei der Haltereigenschaft oder bei der Verfügungsberechtigung des Antragstellers oder des Zulassungsinhabers um Tatsachen handelt, die in einer Zulassungsbescheinigung Teil II mit der besonderen Beweiswirkung einer öffentlichen Urkunde i.S.d. § 348 StGB beurkundet werden.

„Bereits für das Vorgängerdokument der Zulassungsbescheinigung Teil II, den Fahrzeugbrief, hatte der BGH entschieden, dass es sich bei ihm um eine rein **verwaltungsrechtliche Urkunde ohne öffentlichen Glauben** handele (BGH, Urt. v. 06.11.1952 – 5 StR 341/52, BeckRS 1952, 31192411). Der Fahrzeugbrief dokumentierte zwar, auf welche Person ein Kraftfahrzeug zugelassen war; aus ihm könnte aber **weder zwingend auf den Halter des Fahrzeugs noch auf den Eigentümer geschlossen** werden (vgl. OLG Koblenz, VRS 55 [1978], 428). Für die Zulassungsbescheinigung Teil II gilt jedenfalls im Hinblick auf die Haltereigenschaft und die Verfügungsberechtigung über das Fahrzeug nichts anderes. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

Dies gilt auch für die neue Zulassungsbescheinigung Teil II, zumal in dieser schon gar keine Person ausdrücklich als Halter ausgewiesen wird. Auch wird die Verfügungsberechtigung des Antragstellers nicht in die Zulassungsbescheinigung Teil II eingetragen.

aa) keine Verknüpfung zwischen Verfügungsberechtigung und Person in der Urkunde

„Nach der Rechtsprechung erstreckt sich die **besondere Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde** aber allein auf die in der Urkunde enthaltenen Angaben (vgl. BGHSt 22, 201 = NJW 1968, 2153; BGHSt 20, 186 = NJW 1965, 826 und BGHSt 20, 309 = NJW 1966, 359; OLG Hamm, NSTz 1988, 26). Die Zulassungsbescheinigung Teil II kann damit schon deshalb die Verfügungsberechtigung des Antragstellers nicht mit besonderer Beweiskraft belegen, weil es bei ihr im **Urkundeninhalt an einer Verknüpfung zwischen Verfügungsberechtigung und einer bestimmten Person** fehlt. Dass der Nachweis der Verfügungsberechtigung gem. §§ 12, 47 I Nr. 1 FZV zwingende Voraussetzung für die Ausstellung einer Zulassungsbescheinigung Teil II ist, ändert daran nichts.“ (BGH aaO.)

bb) Zweck der Zulassungsbescheinigung Teil II

Aus dem **Zweck der Zulassungsbescheinigung** Teil II ergibt sich ebenfalls nicht, dass durch sie die Haltereigenschaft des Eingetragenen oder die Verfügungsberechtigung des Eingetragenen oder des Antragstellers mit voller Beweiskraft gegenüber jedermann nachgewiesen werden soll.

„Zweck der Zulassungsbescheinigung Teil II ist der **Nachweis der Verfügungsberechtigung über das Fahrzeug im Zulassungsverfahren** (vgl. die amtliche Begründung zu § 12 FZV, VerkBl. 2006, 606, sowie Abschnitt 1 der Richtlinie zur Zulassungsbescheinigung Teil I und Teil II des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung – LA23/7362. 2/4-1226484 v. 06.08.2010), **nicht** der Nachweis der **Identität des Fahrzeughalters oder des Verfügungsberechtigten mit Beweiskraft gegenüber jedermann**. Hierin unterscheidet sich die Zulassungsbescheinigung Teil II vom Führerschein, der die Identität der Person, für die eine Fahrerlaubnis besteht, gegenüber jedermann beweist (vgl. BGHSt 25, 95 [96] = NJW 1973, 474; BGH, NJW 1996, 470 = NSTz 1996, 231 = wistra 1996, 142).“ (BGH aaO.)

cc) Konformität der Rechtsprechung mit der RL 2003/127/EG der Kommission vom 23.12.2003

Der Rechtsprechung des BGH kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass sich mit der RL 2003/127/EG der Kommission vom 23.12.2003 und deren nationale Umsetzung in der Fahrzeug-Zulassungsverordnung geänderten rechtlichen Grundlagen nicht konform und daher nicht mehr haltbar sei.

„Zwar kann sich die **erhöhte Beweiskraft** grundsätzlich auch auf Eintragungen **über die Person des Zulassungsinhabers** beziehen (so auch BGH St 53, 34 = NJW 2009, 1518 = NSTz 2009, 387). Allerdings bestehen die Gründe, aus denen der BGH eine besondere Beweiskraft der Halterdaten im Fahrzeugschein (dem Vorgängerdokument der Zulassungsbescheinigung Teil I) verneint hat (vgl. BGH St 20, 294 = NJW 1966, 358), auch für die Zulassungsbescheinigung Teil II fort. Der Umstand, dass ihr die Rechtsprechung eine **Schutzfunktion für den Eigentümer oder sonst dinglich an einem Kraftfahrzeug Berechtigten** bei Erwerbsvorgängen beimisst (vgl. BGH, NJW 2013, 1946 m.w.N.; vgl. auch BGH, Ur. v. 06.11.1952 – 5 StR 341/52, BeckRS 1952, 31192411; OLG Koblenz, NZV 1991, 406), ändert daran nichts. Aus der Tatsache, dass es regelmäßig zu den **Mindestanforderungen eines gutgläubigen Erwerbs** eines Kraftfahrzeugs gehört, dass sich der Erwerber die Zulassungsbescheinigung Teil II vorlegen lässt, um die Berechtigung des Veräußerers prüfen zu können (vgl. BGH, NJW 2013, 1946 m.w.N.), **folgt nicht**, dass die dort enthaltenen **Eintragungen öffentlichen Glauben genießen**. Regelmäßig ist beim gutgläubigen Erwerb nämlich die **Zusammenchau von Besitz und Zulassungsbescheinigung** entscheidend. Allein an Eintragungen in die Zulassungsbescheinigung Teil II werden auch hier keine unmittelbaren Folgen geknüpft.“ (BGH aaO.)

II. Ergebnis

Es ergibt sich somit, dass bei der Zulassungsbescheinigung Teil II weder der Haltereigenschaft noch der Verfügungsberechtigung von Antragsteller oder Zulassungsinhaber besondere Beweiskraft im Sinne eines öffentlichen Glaubens zukommt. J kann daher keine Falschbeurkundung im Amt begangen haben.

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2015, 148; Beschluss vom 16.10.2014 – 1 S 1855/14)

1. Hält sich eine geplante Veranstaltung (hier: Bundesparteitag der NPD) in einer öffentlichen Einrichtung **im Rahmen des** in einer Benutzungsordnung ausdrücklich bestimmten **Widmungszwecks**, so kann eine Beschränkung des Widmungszwecks nicht daraus abgeleitet werden, dass in der betreffenden Einrichtung noch keine vergleichbaren nicht-öffentlichen Parteiveranstaltungen stattgefunden haben.
2. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die **Zulassung** zu einer öffentlichen Einrichtung **nach dem Prioritätsprinzip** erfolgt.

A. Grundlagenwissen: Zugang zur kommunalen Einrichtung

1. Handelt es sich bei den Anspruchstellern um Einwohner der Gemeinde?

Der kommunalrechtliche Benutzungsanspruch steht nur den Einwohnern zu, die selbst und mittelbar die gemeindlichen Einrichtungsleistungen in Anspruch nehmen wollen. (OVG Münster, NVwZ 84, 665).

Über die engen Grenzen des § 8 II GO hinaus ist ein **Zulassungsanspruch sonstiger Interessenten** vom Widmungszweck der Einrichtung abhängig.

2. Liegt eine öffentliche Einrichtung vor?

Der Begriff der öffentlichen Einrichtung in § 8 II GO ist weit gefasst und umfasst alle **Sachen im weitesten Sinn**, welche die Gemeinde den **Einwohnern zur Nutzung zur Verfügung** stellt (= öffentl. Sache).

Hierbei ist eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde **nicht nur die von der Gemeinde selbst unterhaltene**, sondern auch die von einem rechtlich verselbständigten Träger betriebene öffentliche Einrichtung, sofern die Gemeinde diesen tatsächlich kontrolliert und dessen Entscheidungen bestimmt. In diesem Fall richtet sich der öffentlich-rechtliche Zulassungsanspruch - auch - gegen den Träger (OVG Koblenz, DÖV 86, 153).

Öffentliche Sachen sind solche Sachen, die

- öffentlichen Zwecken dienen und
- nach öffentlichen Recht zu beurteilen sind.

Eine Sache wird zu einer öffentlichen durch Widmung und tatsächliche Indienststellung.

a) Widmung

Die Widmung ist der Rechtsakt, mit dem eine Sache zur öffentlichen wird. Sie kann erfolgen durch Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung und Verwaltungsakt. Erfolgt sie durch VA liegt ein dinglicher Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung gem. § 35 2 VwVfG vor. Die Widmung bestimmt auch den Inhalt und dem Umfang der Nutzung sowie die Nutzungsberechtigten.

b) Indienststellung

Neben der Widmung ist auch erforderlich, dass die Sache tatsächlich dem Kreis der Nutzungsberechtigten zur Verfügung gestellt wird.

3. Hält sich die Art der begehrten Nutzung im Rahmen des Widmungszwecks?

Der nach der Gemeindeordnung gegebene Zulassungsanspruch zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde besteht **nicht unbeschränkt**; er wird durch den **Zweck der Einrichtung** begrenzt. Die Zulassung zur Benutzung darf jedenfalls abgelehnt werden, wenn diese sich nicht mit dem Zweck der Einrichtung, der durch die Widmung festgelegt wird, vereinbaren lässt (VGH München, NVwZ 82, 120).

Vor dem Hintergrund des **Widmungszwecks** darf der Inhalt des Benutzungsverhältnisses auch durch Vorgaben nur insoweit eingeschränkt werden, als diese zur Sicherung des Widmungszwecks dienen und den Zulassungsanspruch nicht aushöhlen (VGH Mannheim, NVwZ 95, 813).

4. Kapazitätsvorbehalt / Prioritätsprinzip

Grundsätzlich kann ein Anspruch auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung **nur im Rahmen ihrer Kapazität** bestehen, ein Recht auf Erweiterung oder Schaffung einer öffentlichen Einrichtung ergibt sich aus der Gemeindeordnung nicht. Die im Rahmen der Zulassung zu treffende Ausweitung ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere nach sachlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu treffen (VGH München, NVwZ 82, 120).

Im Regelfall ist dabei nach dem **Prioritätsprinzip** zu entscheiden, d.h. die zeitliche Reihenfolge der Anmeldung ist ausschlaggebend.

Allerdings gebietet der **Gleichheitssatz** nicht äußerlich-formalen Schematismus, sondern eine **Orientierung an materiell-inhaltlicher Gerechtigkeit**. Es ist ermessensfehlerfrei und entspricht sachlichen Gesichtspunkten, wenn bei der Zulassung zu Veranstaltungen (z.B. Markt oder Volksfest) nach dem Prinzip "bekannt und bewährt" verfahren wird (VGH München, NVwZ 82, 120; OVG Lüneburg, NVwZ 83, 49).

B. Anspruch auf Nutzung für Bundesparteitag (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2015, 148)

Fall: Am 13.02.2014 beantragte die Ast. bei der Ag., ihr die Stadthalle der Stadt W. für ihren Bundesparteitag am 01. und 02.11., 08. und 09.11., 22. und 23.11. oder am 29. und 30.11.2014 zur Verfügung zu stellen. Stadthalle ist laut Benutzungsordnung gewidmet dem kulturellen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Leben der Stadt W. Sie wird darüber hinaus für überörtliche Veranstaltungen vermietet. Dieser Antrag wurde von der Ag. u.a. mit der Begründung abgelehnt, dass die Halle an den genannten Terminen bereits belegt sei. Einsicht in den Hallenbelegungsplan wurde nicht gewährt. Die Ablehnung wird zudem damit begründet, dass bislang noch keine Parteitage oder ähnliche Parteiveranstaltungen in der Stadthalle stattgefunden haben und ein Bundesparteitag daher außerhalb des Widmungszwecks liege. Hat die Ast. einen Zulassungsanspruch?

Ein Anspruch der Ast, ihr die Stadthalle in W. für die Durchführung ihres Bundesparteitags zur Verfügung zu stellen, könnte sich aus § 5 I 1 PartG i.V.m. Art. 3 I und III 1 sowie Art. 21 GG ergeben.

I. Grundsätzlicher Zulassungsanspruch

*„Danach ist es geboten, **politische Parteien gleich zu behandeln**, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt den Parteien (kommunale) Einrichtungen zur Nutzung zur Verfügung stellt (vgl. VGH Mannheim, BWGZ 1995, 927 = NVwZ-RR 1996, 681). Das **Recht auf Chancengleichheit** ist verletzt, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt die Nutzung einer öffentlichen Einrichtung einer Partei verweigert, obwohl er sie anderen Parteien einräumt oder eingeräumt hat (BVerfGK 10, 363 = BeckRS 2007, 21805).“* (VGH Mannheim aaO.)

II. Zulassungsanspruch nur im Rahmen der Widmung der Einrichtung

Der grundsätzlich gegebene Zulassungsanspruch zu einer öffentlichen Einrichtung besteht allerdings nicht unbeschränkt. Vielmehr wird er durch den Zweck der öffentlichen Einrichtung, wie er in der Widmung zum Ausdruck kommt, begrenzt (vgl. VGH Mannheim, BWGZ 1995, 927 = NVwZ-RR 1996, 681).

1. Bestimmung des Widmungszwecks

*„Der **Zweck einer öffentlichen Einrichtung** wird von der Gemeinde in der Regel in einer Benutzungsatzung oder einem Beschluss des Gemeinderats über die **Widmung** der Einrichtung festgelegt. Maßgeblich ist danach hier die **Benutzungsordnung** für die Stadthalle W. Nach A. 1. dieser Benutzungsordnung dient die Stadthalle als öffentliche Einrichtung dem **kulturellen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Leben** der Stadt W. Sie wird darüber hinaus für überörtliche Veranstaltungen vermietet.“* (VGH Mannheim, aaO.)

2. Einhaltung des Widmungszwecks

Bei dem Bundesparteitag handelt es sich um eine überörtliche Veranstaltung des politischen Lebens, die sich damit innerhalb des Widmungszwecks bewegt. Fraglich ist, ob dem entgegen gehalten werden kann, dass in der Stadthalle noch keine Parteiveranstaltungen stattgefunden haben.

„Nur wenn es an einer **ausdrücklichen Widmung** durch Satzung oder Beschluss des Gemeinderats **fehlen** würde, käme es maßgeblich auf die tatsächliche Vergabepaxis an, aus der sich eine konkludente Widmung für bestimmte Arten von Veranstaltungen ergeben könnte. Hier vermag dagegen der Umstand, dass tatsächlich noch keine Parteitage in der Stadthalle abgehalten wurden, den in der Benutzungsordnung niedergelegten Widmungszweck nicht einzuschränken, zumal dies möglicherweise allein darauf zurückzuführen ist, dass der Ag. entsprechende Anfragen politischer Parteien noch nicht vorlagen.“ (VGH Mannheim aaO.)

Die Veranstaltung wahrt daher den Widmungszwecks.

3. Anspruch nur im Rahmen vorhandener Kapazitäten

Für die Vergabe an grundsätzlich anspruchsberechtigte Interessenten gilt jedoch das Prioritätsprinzip.

„Die Ag. hat unter Vorlage der Verfügung ihres Amtes für Immobilienwirtschaft vom 12.12.2013 zu den Sperrzeiten der Stadthalle 2014 plausibel dargelegt, dass die Stadthalle am 01./02.11.2014 geschlossen ist und für keinerlei Veranstaltungen zur Verfügung gestellt wird.

Für die hilfsweise beanspruchten Termine hat die Ag. – ebenfalls unter Vorlage entsprechender Belege – nachvollziehbar dargelegt **nachvollziehbar dargelegt**, dass die **Reservierungen zeitlich jeweils vor der Anfrage der Ast.** vorgenommen wurden. Die insoweit seitens der Ast. geäußerten Zweifel teilt der Senat nicht. Für eine weitergehende Sachaufklärung bezüglich einzelner Umstände der jeweils vorgenommenen Reservierungen besteht kein Anlass.

Rechtlich unerheblich ist, dass die **Mietverträge** mit den jeweiligen Veranstaltern teilweise **erst im Oktober 2014** abgeschlossen wurden. Zwar erfolgt die verbindliche Überlassung der Stadthalle ausweislich der Benutzungsordnung erst auf Grund eines schriftlichen Mietvertrags. Etwaige Terminvormerkungen ohne schriftlichen Vertrag sind unverbindlich und begründen keinerlei Rechte (A. 3.3 der Benutzungsordnung). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Ag. **in ihrer Verwaltungspraxis die angemeldeten Termine als verbindlich bestätigt** und die eigentliche Vergabe nach der Reihenfolge der Vormerkungen, d.h. nach dem Prioritätsprinzip, vornimmt. Eine solche Vergabepaxis entspricht den Forderungen der Ast. und ist auch vom Senat als sachgerecht anerkannt worden (vgl. VGH Mannheim, BWGZ 2003, 804). Auch die jeweiligen Veranstalter vertrauen nach Erhalt einer Reservierungsbestätigung auf eine entsprechende endgültige Vergabe, was sich insbesondere daran zeigt, dass für die Veranstaltungen bereits vor Abschluss des Mietvertrags (mit dem S.-Theater erst am 06.10.2014 und mit dem X. erst am 02.10.2014) geworben wird.“ (VGH Mannheim aaO.)

III. Ergebnis

Die Ast. hat keinen Anspruch darauf, an einem der möglichen Termine die Stadthalle für ihren Bundesparteitag zu benutzen.

**Übersichtsaufnahmen von Versammlungen
nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage**

(OVG Koblenz in BeckRS 2015, 41909; Urteil vom 05.02.2015 – 7 A 10683/14)

Auch durch die **Anfertigung von bloßen Übersichtsaufnahmen** einer Versammlung durch die Polizei, die von einer Kamera auf einen Monitor der Einsatzleitung in Echtzeit übertragen und **nicht aufgezeichnet und gespeichert** werden, wird in die verfassungsrechtlich geschützte Versammlungsfreiheit eingegriffen. Deshalb bedürfen auch solche Aufnahmen einer **gesetzlichen Grundlage**.

Fall: Am 24.03.2012 fand in Bad Neuenahr-Ahrweiler eine vom Kläger angemeldete und geleitete Versammlung unter dem Motto «Keine Straße, keine Stadt, kein Haus für Nazis» statt. Anlass war das sogenannte «Braune Haus», das dort seinerzeit von Mitgliedern einer rechtsextremen Organisation bewohnt und als Zentrale genutzt wurde. Die Polizei setzte einen mit einer Kamera ausgestatteten Übertragungswagen ein, mit dem sie zur Lageorientierung Übersichtsaufnahmen der Versammlung anfertigte, die von der Kamera auf einen Monitor der Einsatzleitung übertragen, aber nicht aufgezeichnet und gespeichert wurden. Am 24.03.2012 fand in Bad N.-A. eine vom Kläger angemeldete und geleitete Versammlung statt unter dem Motto „keine Straße, keine Stadt, kein Haus für Nazis“. Anlass hierzu war seinen Angaben zufolge das sogenannte „Braune Haus“ in Bad N., das damals von Mitgliedern einer rechtsextremen Organisation bewohnt und als Zentrale genutzt wurde. An der Versammlung nahmen etwa 200 bis 300 Personen teil. Sie wurde als Aufzug durch verschiedene Straßen in Bad N. durchgeführt, verbunden mit einer Auftakt- und Schlusskundgebung am Bahnhof sowie zwei Zwischenkundgebungen an der Aufzugsstrecke. Am gleichen Tag fand in Bad N. am Rathaus eine sogenannte „bürgerliche“ Versammlung statt, die sich ebenfalls gegen Rechtsextremismus vor Ort richtete. Eine weitere ursprünglich an diesem Tag in Bad N. geplante Versammlung mit gegenläufiger Zielrichtung wurde hingegen abgesagt.

Im Kooperationsgespräch hatten Vertreter des Beklagten gegenüber dem Kläger erklärt, dass bei der Versammlung eine Bildübertragung ohne Aufzeichnung zur Einsatzsteuerung (Kamera-Monitor-Prinzip) erfolgen würde und sich etwaige erforderliche Dokumentationsmaßnahmen durch Videografie in dem hierfür vorgesehenen gesetzlichen Rahmen bewegen würden. Während des Aufzugs wurde ein Übertragungswagen der Bereitschaftspolizei des Beklagten eingesetzt, der mit einer schwenkbaren Kamera ausgestattet ist. Nach den Angaben des Beklagten wurden mit diesem Wagen an sieben Punkten der Aufzugsstrecke, unter anderem während der vier stehenden Kundgebungen, Bilder hiervon in Echtzeit zur Lageorientierung des Polizeiführers in die Befehlsstelle nach dem Kamera-Monitor-Prinzip übertragen, das heißt ohne Aufzeichnung und Speicherung der Bildaufnahmen.

Mit seiner Klage beehrte der Kläger die Feststellung, dass die polizeilichen Bildaufnahmen der Versammlung rechtswidrig waren. Zu Recht?

Fraglich ist, ob für die Anfertigung der Übersichtsaufnahme überhaupt eine hinreichende rechtliche Grundlage vorhanden ist.

I. Ermächtigung nach §§ 12, 19a VersG

Die Übersichtsaufnahmen könnten auf §§ 12a, 19a VersG als Rechtsgrundlage gestützt werden. Nach § 12a II 1 VersG darf die Polizei Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden. Diese Regelung für Versammlungen in geschlossenen Räumen gilt gemäß § 19a VersG bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen entsprechend.

Dann müsste aber eine solche **erhebliche Gefahr** feststellbar sein. Eine erhebliche Gefahr bedeutet eine Gefahr für **gewichtige Rechtsgüter wie Leib und Leben** (vgl. VG Frankfurt/Oder, Urteil vom 06.12.2004 - 6 K 2014/06 -, juris, Rn. 26; Kiesel/Poscher, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, K Rn. 381). Ausreichend dürfte auch das Vorliegen von Verbotgründen nach § 5 VersG sein (vgl. VG Frankfurt/Oder, aaO.).

„Tatsächliche Anhaltspunkte für eine solche von den Versammlungsteilnehmern ausgehende Gefahr sind weder vom Beklagten dargelegt worden noch sonst ersichtlich.

*Die vom Beklagten angeführten Umstände für seine Annahme, an den sieben Punkten entlang der Aufzugsstrecke, an denen Bildaufnahmen angefertigt wurden, habe ein erhöhtes Gefahrenpotenzial bestanden, vermögen die Prognose einer erheblichen Gefahr nicht zu begründen. So ist die angeführte **räumliche Nähe eines Aufzugspunktes zum sogenannten „Braunen Haus“**, das seinerzeit von Mitgliedern einer rechtsextremen Organisation bewohnt und als Zentrale genutzt wurde, kein nachvollziehbarer Umstand für die Annahme einer erheblichen Gefahr, nachdem der Verlauf der Aufzugsstrecke auf Wunsch des Beklagten im Kooperationsgespräch so verlegt wurde, dass der **Aufzug des Klägers nicht mehr unmittelbar am „Braunen Haus“ vorbeiführte**. Ebenso lässt die angeführte räumliche Nähe zur sogenannten bürgerlichen Versammlung beim Rathaus kein Konfliktpotenzial erkennen,*

da diese Versammlung im Wesentlichen die gleiche Ziel-richtung wie die des Klägers verfolgte. Sie richtete sich nämlich ebenfalls gegen Rechtsextremismus in Bad N.

Hinsichtlich der Bildaufnahmen während der Auftakt- und Schlusskundgebung am Bahnhof in Bad N. sind keine **gefährerhöhenden Tatsachen** vom Beklagten vorgetragen worden. Hierfür ist auch nichts ersichtlich. Soweit der Beklagte von einer **erheblichen Gefahr wegen einer links-rechts-konfliktlastigen Versammlungslage** ausgegangen ist, ist dies nicht nachvollziehbar, nachdem die ursprünglich geplante „rechte“ Demonstration mit gegenläufiger Zielrichtung vor Beginn der vom Kläger angemeldeten „linken“ Versammlung abgesagt worden war.

Die Annahme einer erheblichen Gefahr lässt sich auch nicht darauf stützen, dass **einzelne Personen „gerade noch nicht als verummumt“** vom Beklagten eingestuft wurden und ein anderer Versammlungsteilnehmer durch Aufkleber und Anbringen von Plakaten an Hauswänden bzw. Straßenschildern sich dem **Verdacht der Sachbeschädigung** ausgesetzt sah. Nach Einschätzung des zuständigen Staatsanwalts, der seinerzeit vor Ort war, lag **keine Vermummung** und damit keine Straftat im Sinne des Versammlungsgesetzes vor (vgl. §§ 17a II, 27 II Nr. 2 VersG). Hinsichtlich des **Verdachts der Sachbeschädigung** wurde das Verfahren von der Staatsanwaltschaft nach § 170 StPO mangels hinreichenden Tatverdachts **eingestellt**, da die Aufkleber sich ohne Mühe wieder ablösen ließen. Tatsächlich ist es mithin zu keinen Straftaten durch Teilnehmer der Versammlung des Klägers gekommen. Unabhängig davon wäre bei diesen beiden Vorkommnissen **nur die Bildaufnahme einzelner Versammlungsteilnehmer** und unvermeidbar mitbetroffener Dritter nach § 12 I 1 und 2 VersG gerechtfertigt gewesen. Hierauf hat sich der Beklagte jedoch nicht beschränkt, sondern Bildaufnahmen von der gesamten Versammlung angefertigt.“ (OVG Koblenz aaO.)

II. Ermächtigung nach § 27 II 1 RPfPOG

Nach § 27 II 1 RPfPOG kann die Polizei bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen, die nicht dem Versammlungsgesetz unterliegen, personenbezogene Daten von Teilnehmern durch den offenen Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bild- und Tonaufzeichnungen erheben, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Gefahren für die öffentliche Sicherheit entstehen, insbesondere Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung begangen werden.

Da es hier jedoch um eine Veranstaltung geht, die ohne weiteres dem Versammlungsgesetz unterliegt, kann § 27 II 1 RPfPOG nicht als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden.

III. Polizeiliche Generalklausel

Aufgrund der Allgemeinheit dieser Ermächtigungsgrundlage kann die polizeiliche Generalklausel für Maßnahmen, die gegen eine Versammlung gerichtet sind nicht herangezogen werden.

IV. Entbehrlichkeit einer gesetzlichen Grundlage

Möglicher Weise ist aber eine gesonderte gesetzliche Grundlage für die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen in Echtzeitübertragung durch die Polizei, die nicht aufgezeichnet und gespeichert werden, entbehrlich.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass jeder Eingriff in die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 II GG einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Eine gesetzliche Grundlage kann daher nur entbehrlich sein, wenn die Anfertigung der Übersichtsaufnahmen ohne Speicherung keine Beschränkung der Versammlungsfreiheit darstellen würde.

1. Eingriff in den Schutzbereich durch Übersichtsaufnahmen

„Der Schutzbereich des Art. 8 GG wird nicht **nur durch final** auf eine Beschränkung der Versammlungsfreiheit **gerichtete Maßnahmen berührt**, sondern auch durch faktische Beeinträchtigungen der Versammlungsfreiheit, die nach dem Gewicht der **beeinträchtigenden Wirkung auf die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit** einem zielgerichteten Eingriff gleichkommen (vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 63; Hoffmann-Riem, in: Mertens/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band IV, 2011, § 106 Rn. 29 f., jeweils m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen überschreitet das Anfertigen von bloßen Übersichtsaufnahmen durch die Polizei, die lediglich von der Kamera auf einen Monitor in Echtzeit übertragen und nicht gespeichert werden, verbunden mit der **Möglichkeit des Heranzoomens einzelner Teilnehmer der Versammlung**, die Schwelle zum Eingriff in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit (ebenso VG Münster, Urteil vom 21.08.2009 - 1 K 1403/08 -, juris, Rn. 13 und 15; VG Berlin, Urteil vom 05.07.2010 - 1 K 905/09 -, juris, Rn. 15 f.; VerfGH Berlin, Urteil vom 11.04.2014 - 129/13 -, juris, Rn. 47 ff.; Schulze-Fielitz, aaO.; Hoffmann-Riem, aaO., Rn. 31).

Denn auch Übersichtsaufnahmen ohne Aufzeichnung sind **geeignet**, eine **einschüchternde Wirkung auf Versammlungsteilnehmer** zu entfalten und sie in ihrer Grundrechtsausübung zu beeinflussen oder sogar von ihr abzuhalten. Der einzelne Versammlungsteilnehmer kann regelmäßig nicht erkennen, ob eine auf die Versammlung gerichtete Kamera lediglich in Echtzeit Bilder auf einen Monitor überträgt oder aber zeitgleich darüber hinaus die Aufnahme aufgezeichnet und gespeichert wird. **Wer damit rechnet**, dass die Teilnahme

an einer Versammlung **behördlich registriert** wird und ihm dadurch **persönliche Risiken** entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seines Grundrechts verzichten (vgl. VG Münster, aaO.; VG Berlin, aaO.; VerfGH Berlin, aaO., Rn. 48 f.).“ (OVG Koblenz aaO.)

2. Vorstellung des Gesetzgebers bei Einfügung der §§ 12a, 19a VersG

Hieran ändert es auch nichts, dass der Gesetzgeber bei Einfügung der §§ 12a, 19a in das Versammlungsgesetz im Jahr 1989 davon ausging, dass für bloße Übersichtsaufnahmen eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich sei. Er ging davon aus, dass eine Identifizierung einzelner Demonstranten ohne weitere technische Verfahren nicht möglich ist und daher keine Grundrechte von Versammlungsteilnehmern betroffen seien.

„Diese **Einschätzung des Gesetzgebers** aus dem Jahr 1989 zur mangelnden Identifizierungsmöglichkeit einzelner Versammlungsteilnehmer mithilfe von Übersichtsaufnahmen ist **durch den technischen Fortschritt der letzten 25 Jahre als überholt anzusehen**. So hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Beschluss vom 17.02.2009 darauf hingewiesen, dass nach dem heutigen Stand der Technik in Übersichtsaufzeichnungen des gesamten Versammlungsgeschehens die **Einzelpersonen in der Regel individualisierbar miterfasst** sind. Sie können, ohne dass technisch weitere Bearbeitungsschritte erforderlich sind, **durch schlichte Fokussierung erkennbar gemacht** werden, so dass einzelne Personen identifizierbar sind. Ein prinzipieller Unterschied zwischen Übersichtsaufzeichnungen und personenbezogenen Aufzeichnungen besteht diesbezüglich, jedenfalls nach dem Stand der heutigen Technik, nicht (vgl. BVerfGE 122, 342 [368 f.]).

Sowohl Bayern als auch mehrere andere Bundesländer haben nach der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.02.2009 eine deren Vorgaben entsprechende Regelung für Übersichtsaufnahmen ohne Aufzeichnung getroffen (vgl. Art. 9 II 1 Bayerisches Versammlungsgesetz; § 1 III des Berliner Gesetzes über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen; § 12 II Niedersächsisches Versammlungsgesetz; § 20 II Sächsisches Versammlungsgesetz; jeweils in der aktuell geltenden Fassung).“ (OVG Koblenz aaO.)

V. Ergebnis

Nach alledem bedurfte die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen der Versammlung des Klägers wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht in Rheinland-Pfalz im Gegensatz zu mehreren anderen Bundesländern jedoch nicht. Die Maßnahme war daher rechtswidrig.

„Dahinstehen kann, ob die polizeilichen Übersichtsaufnahmen ohne Aufzeichnung auch einen Eingriff in das **Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung** darstellen, da sich aus diesem Grundrecht im vorliegenden Zusammenhang jedenfalls keine weitergehenden Anforderungen ergeben.“ (OVG Koblenz aaO.)

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.

UWG
§ 3 III

An Kinder gerichtete Kaufaufforderung
Runes of Magic II

ZivilR

(BGH in NJW 2015, 485; Urteil vom 18.09.2014 – I ZR 34/12)

Fall: Die Bekl. bietet im Internet unter der Bezeichnung „Runes of Magic“ ein Fantasierollenspiel an. Die für die Spielteilnahme erforderliche Software steht zum kostenlosen Herunterladen zur Verfügung. Die Ausstattung der Spielcharaktere kann durch virtuelle Gegenstände erweitert werden, die entgeltlich erworben und unter anderem per SMS bezahlt werden können. Die Bekl. wirbt auf ihrer Internetseite für den Erwerb virtueller Gegenstände unter anderem mit folgenden Aussagen: „Pimp deinen Charakter-Woche (Überschrift) – Ist Dein Charakter bereit für kommende Abenteuer und entsprechend gerüstet? – Ohne die entsprechende Vorbereitung kann die nächste Ecke im Dungeon der letzte Schritt gewesen sein. – Von Montag, den 20.04. 17.00 bis Freitag, den 24.04. 17.00 hast du die Chance, Deinen Charakter aufzuwerten!“

Der Kl., der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, hat dies als wettbewerbswidrig beanstandet und sieht er darin einen Verstoß gegen Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG sowie gegen § 4 Nr. 1 u. 2 UWG.

Nach § 3 I UWG sind **unlautere geschäftliche Handlungen** unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Hierbei sind nach § 3 III UWG solche geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern stets unzulässig, die im Anhang aufgeführt sind. Nach Nr. 28 dieses Anhangs ist damit unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 III UWG die in eine Werbung einbezogene **unmittelbare Aufforderung an Kinder**, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen.

I. Der Senat hält auch nach erneuter Prüfung in der Sache daran fest, dass sich die vom Kl. beanstandete Werbeaussage gezielt an Kinder richtet.

„Die Bekl. trägt ... vor, 85 % der Spieler von Online-Rollenspielen wie dem von ihr angebotenen seien keine Kinder und das Durchschnittsalter der Spieler liege bei 32 Jahren. Bei der Altersstruktur der Spieler, die somit von ihrer Werbung angesprochen würden, entspreche die Anrede mit „Du“ dem Standard.

Entscheidend ist [aber], dass mit der in Rede stehenden Werbung **auch Minderjährige**, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, **gezielt angesprochen** werden. Unerheblich ist dagegen, dass sich von derselben Werbung möglicherweise auch Erwachsene angesprochen fühlen (Köhler in Köhler/Bornkamm, Anh. zu § 3 III Rn. 28.7). Dieser Umstand steht einer Anwendung der Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG nicht entgegen. Die dem **Schutz von Kindern dienende Verbotsvorschrift** ist nicht nur anwendbar, wenn ausschließlich oder zumindest hauptsächlich diese Konsumentengruppe Adressat von unmittelbaren Kaufaufforderungen in einer Werbung ist. Andernfalls würde ihr Anwendungsbereich weitgehend leerlaufen, da Werbung sich häufig nicht nur an einen eng oder genau umgrenzten Adressatenkreis richtet, sondern regelmäßig Konsumentengruppen verschiedener Altersstrukturen anspricht. Der **gesetzliche Schutzzweck** der Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG **entfällt deshalb nicht schon dann, wenn „gemischte“ oder sogar überwiegend aus Erwachsenen bestehende Zielgruppen angesprochen werden** (vgl. Ernst, jurisPR-WettbR 4/2014, Anm. 3; Großkomm. UWG/Pahlow, 2. Aufl., § 3 [E] Anh. Nr. 28 Rn. 17; Köhler in Köhler/Bornkamm, Anh. zu § 3 III Rn. 28.7; Mankowski, EWIR 2014, 161 [162]).“ (BGH aaO.)

II. Der Senat hat in seinem Versäumnisurteil des Weiteren ausgeführt, dass die mit der in Rede stehenden Werbeaussage verknüpfte Internetseite es dem kindlichen Verbraucher ermöglicht, einen auf den angegriffenen Appell hin gefassten Erwerbsentschluss sogleich in die Tat umzusetzen.

„Lässt sich – wie im Streitfall – aus den Gesamtumständen eine **unmittelbare Aufforderung zum Erwerb** feststellen, bedarf es für die Anwendung der Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG keiner weitergehenden Feststellungen dazu, dass sich der auf den verbotswürdigen Kaufappell hin gefasste Erwerbsentschluss unmittelbar umsetzen lässt. Ausreichend für die Annahme einer unmittelbaren Aufforderung zum Erwerb im Sinne der Verbotsvorschrift ist allein das **Vorliegen einer Aufforderung**, bei der **kein zusätzlicher**, vom Umworbene(n) (gedanklich) **zu vollziehender Schritt** zwischen Aufforderung in der Werbung und Entstehung des Erwerbsentschlusses erforderlich ist, sondern der Erwerbsentschluss auf einen Kaufappell hin sogleich gefasst werden kann (BGH, NJW 2014, 1014 = GRUR 2014, 298 Rn. 25 m.w.N. – Runes of Magic). Dass dieser Entschluss **sogleich in einen Kauf umgesetzt** werden kann, ist **keine tatbestandliche Voraussetzung** der Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG. Dies gilt für eine Werbung im Internet in gleicher Weise wie für jedes andere Werbemedium. Allein entscheidend ist, dass der Nutzer die Internetseite mit dem Kaufappell und die mit einem Link verknüpfte Internetseite als **zusammengehörig ansieht**.“ (BGH aaO.)

StVO
§§ 7, 17

Unfall bei Geschwindigkeitsverstoß
Pauschale Erhöhung der Haftungsquote

ZivilR

(OLG Saarbrücken in NJW 2015, 639; Urteil vom 14.08.2014 – 4 U 150/13)

- Ein **Geschwindigkeitsverstoß** ist für den Schaden auch dann **kausal** – und bei der Haftungsabwägung nach § 17 StVG zu gewichten –, wenn der Unfall bei Einhaltung der vorgeschriebenen Geschwindigkeit zwar nicht vermieden, die **Unfallfolgen** aber **wesentlich geringer** ausgefallen wären.
- Ist eine Aufklärung, wie sich der Schaden bei verkehrsgerechtem Verhalten exakt ereignet hätte, mit zumutbarem forensischen Aufwand nicht zu leisten, kann der Verursacherbeitrag in Gestalt einer **einheitlichen Haftungsquote** angerechnet werden.

Fall: Im Rechtsstreit geht es um Schadensersatz aus Verkehrsunfall. Der Kl. war mit seinem Fahrzeug mit überhöhter Geschwindigkeit in Richtung O. unterwegs. Vor ihm fuhr der Bekl. mit einem Fahrzeug mit Anhänger. Um zu wenden, lenkte der Bekl. sein Gespann zunächst auf den rechten Gehweg, um sodann von dort aus in einem Zug zu wenden. Bei diesem Manöver fuhr der Geschädigte von hinten auf das im Wenden begriffene Gespann auf. Das LG Saarbrücken hat den Bekl. hinsichtlich der Sachschäden auf der Grundlage einer Haftungsquote von 1/3 zu 2/3 zum Nachteil des Bekl., hinsichtlich der Personenschäden auf hälftiger Haftungsgrundlage verurteilt.

Nach § 17 I, II StVG hängt im Verhältnis der beteiligten Fahrzeughalter zueinander die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

I. Haftung des Bekl.

„Der Wendende muss sich so verhalten, dass eine **Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen** ist. Da sich der Unfall noch während des Wendemanövers ereignete, steht die objektive Gefährdung der Verkehrsteilnehmer durch das Wendemanöver fest. Auch in subjektiver Hinsicht kann sich der Bekl. nicht entlasten. [wird ausgeführt]. Darüber hinaus ist für die Bestimmung der Haftungsquote von Relevanz, dass der Bekl. zu 1 auch die Sorgfaltsanforderungen des § 10 StVO nicht wahrte: Gemäß § 10 StVO hat sich derjenige, der vom Fahrbahnrand anfahren will, so zu verhalten, dass eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen ist. Gegen diese Verkehrsvorschrift hat der Bekl. zu 1 nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nachweislich verstoßen. [wird ausgeführt].“ (OLG Saarbrücken, aaO.).

II. Mitursächliches Verschulden des Kl.

1. Anscheinsbeweis bei Auffahrunfall

„Nach anerkannten Rechtsgrundsätzen streitet der **Anscheinsbeweis** dafür, dass ein auf ein vorausfahrendes Fahrzeug auffahrender Hintermann **entweder zu schnell oder nicht aufmerksam** fuhr (Nachw. bei Hentschel/König/Dauer, § 4 StVO Rn. 35 ff.). Diese **empirische Typizität** ist **nicht nachgewiesen**, wenn sich ein Unfall im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem **Anfahrvorgang** ereignet: Da der Verkehr an einem anhaltenden oder abgestellten Fahrzeug vorbeifahren darf, muss der Verkehr seine Geschwindigkeit nicht danach ausrichten, noch vor dem abgestellten Fahrzeug anhalten zu können. Ereignet sich ein Unfall demnach im räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem Anfahrvorgang, ist – gewissermaßen mit umgekehrter Blickrichtung – regelmäßig der Schluss erlaubt, dass der **Anfahrende** seinerseits die ihm aus § 10 StVO obliegenden **Sorgfaltsanforderungen missachtete** (Senat, MDR 2003, 506 = BeckRS 2002, 17732; OLG Köln, NJW-RR 2012, 540; OLG Celle, NJW-RR 2003, 1536; Hentschel/König/Dauer, § 10 StVO Rn. 11).“ (BGH aaO.)

2. Mithaftung wegen Geschwindigkeitsverstoß

a) Vermeidbarkeit des Unfalls

„Ein Geschwindigkeitsverstoß wird zum einen dann **ursächlich** für den Schadensfall, wenn der **Unfall** bei Einhaltung der zulässigen **vermieden worden wäre** (Senat, MDR 2005, 1287 = BeckRS 2005, 08067; BGH, NJW 2003, 1929 = NZV 2004, 21). Davon ist auszugehen, wenn der Geschädigte sein Fahrzeug **noch hätte rechtzeitig abbremsen** können, falls er zum Zeitpunkt der Reaktionsaufforderung mit 50 km/h gefahren wäre. Die Frage nach der Vermeidbarkeit des Unfalls hat der Sachverständige in seinem Gutachten beantwortet und ausgeführt, dass eine Vermeidbarkeit des Unfalls nicht sicher festgestellt werden könne.“

b) geringere Unfallfolgen

„Ein Geschwindigkeitsverstoß kann zum anderen auch dann **unfallursächlich** werden, wenn der Schaden zwar nicht gänzlich vermieden, die **Unfallfolgen** bei Einhaltung der vorgeschriebenen Geschwindigkeit aber **wesentlich geringer** ausgefallen wären. Davon ist bei der Verursachung von Personenschäden dann auszugehen, wenn es zu einer deutlichen Abmilderung des Unfallverlaufs und der dabei erlittenen Verletzungen gekommen wäre (BGH, NJW 2005, 1940; NJW 2004, 187; KG, NJW 2006, 1677 = MDR 2006, 810; vgl. BGH, NJW 2002, 2324 = VersR 2002, 911 [912]; NJW 2001, 152 = VersR 2000, 1556 [1557]; NJW 2000, 3069).“ (OLG Saarbrücken aaO.)

BGB
§ 2084

Testamentsauslegung Grenzen der Auslegung

ZivilR

(OLG Hamm in NJW-RR 2015, 9; Beschluss vom 22.07.2014 – I-15 W 98/14)

Die Bestimmung in einem privatschriftlichen Einzeltestament: „Nach meinem Ableben soll die Erbschaft gemäß dem Berliner Testament erfolgen einschließlich der Wiederverheiratursklausel“ kann nicht dahin ausgelegt werden, dass der Erblasser seine Ehefrau als Alleinerbin eingesetzt hat.

Fall: Der Erblasser war mit der Bet. zu 1 in zweiter Ehe verheiratet. Die Bet. zu 2 und 3 sind seine Kinder aus erster Ehe, die geschieden worden ist. Am 28.08.2012 errichtete der Erblasser ein handschriftlich geschriebenes und unterschriebenes Testament, das folgenden Wortlaut hat:

„Mein Testament - Nach meinem Ableben soll die Erbschaft gemäß dem „Berliner Testament“ erfolgen einschließlich der Wiederverheiratursklausel.“

Lässt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist nach § 2084 BGB im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann.

I. Grundsätze der Testamentsauslegung

„Bei der Auslegung eines jeden Testaments ist der **wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen** und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB), selbst in den – seltenen – Fällen „klaren und eindeutigen“ Wortlauts ist der Auslegung eines Testaments durch eben diesen Wortlaut keine Grenze gesetzt. Dabei darf sich der Richter nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken, sondern muss auch alle ihm zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments auswerten, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können. Dabei geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten

Willens, sondern um die Klärung der Frage, **was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte**. Dem liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass der Sprachgebrauch nicht immer so exakt ist oder sein kann, dass der Erklärende mit seinen Worten genau das unmissverständlich wiedergibt, was er zum Ausdruck bringen wollte. Demgemäß hat der BGH wiederholt ausgesprochen, dass der Richter auch bei einer ihrem Wortlaut nach scheinbar eindeutigen Willenserklärung an den Wortlaut nicht gebunden ist, wenn der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGHZ 86, 41 = NJW 1983, 672).“ (OLG Hamm aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

„Vorliegend lässt sich **nicht feststellen**, was der Erblasser mit den von ihm gewählten Worten sagen wollte. Nach dem Wortlaut seines Testaments – „Nach meinem Ableben soll die Erbschaft gemäß dem „Berliner Testament“ erfolgen einschließlich der Wiederverheiraturungsklausel“ – hat der Erblasser nur einen Wunsch ausgedrückt, nämlich den, dass sich die Erbfolge nach dem Berliner Testament richten und auch eine Wiederverheiraturungsklausel gelten soll. Was er unter einem „**Berliner Testament**“ verstand, erschließt sich aus diesem Text nicht, insbesondere kann ihm nicht entnommen werden, dass der Erblasser die Bet. zu 1 zu seiner Alleinerbin einsetzen wollte. Da er **offensichtlich nicht wusste**, dass ein „**Berliner Testament**“ **nicht als Einzeltestament** errichtet werden kann, sondern nur als gemeinschaftliches Testament, das abzuschließen Eheleuten nach § 2269 BGB vorbehalten ist, kann **nicht festgestellt werden, welche Vorstellungen** er inhaltlich mit einem „Berliner Testament“ verband, zumal er nicht andeutungsweise im Testament geschrieben hat, wer ihn beerben sollte, geschweige denn, ob als Alleinerbe, Vorerbe, Miterbe, Schlusserbe oder Nacherbe, und was geschehen soll, wenn der Fall der Wiederverheiraturung eintritt. Nach dem Vortrag der Bet. zu 1 soll er unter anderem gegenüber der als Zeugin benannten Frau T gesagt haben, „alles im Sinn seiner Ehefrau und künftigen Witwe geregelt zu haben“. Auch diese Aussage, deren Richtigkeit unterstellt werden kann, bietet keine tragfähige Grundlage für die Annahme, dass dem Erblasser klar war, dass ein Berliner Testament den Inhalt hat, dass sich die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Erben einsetzen und bestimmen, dass nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten fallen soll. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Erblasser den juristischen Begriff „Wiederverheiraturungsklausel“ verwandt hat. Denn auch insoweit ist nicht klar, was der Erblasser hierunter verstanden hat, zumal er nur den Begriff benutzt hat, ohne auch nur andeutungsweise zu bestimmen, welchen Inhalt die Klausel haben soll.

Da ein Wille des Erblassers, seine Ehefrau als Alleinerbin einzusetzen, in dem Testament auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist und auch sonst nicht festgestellt werden kann, welchen Inhalt ein „Berliner Testament“ und eine Wiederverheiraturungsklausel nach seiner Vorstellung hat, kann dem Erbscheinsantrag der Bet. zu 1 nicht stattgegeben werden.“ (OLG Hamm aaO.)

StGB
§ 252

Räuberischer Diebstahl Handeln in Besitzerhaltungsabsicht

StrafR BT

(BGH in StV 2015, 179; Beschluss vom 04.09.2014 – 1 StR 389/14)

Die für den Tatbestand eines räuberischen Diebstahls notwendige **Besitzerhaltungsabsicht** setzt voraus, dass es dem Täter auch **bei einer Flucht gerade auch auf die Erhaltung der Beute** ankommt und er **nicht lediglich fliehen** will und hierbei die **Beute** – ohne dies in seine subjektive Vorstellung aufzunehmen – **mitnimmt**.

Fall: Am 18.01.2014 entwendete [der Angekl.] gegen 14.45 Uhr aus dem M. markt in Bayreuth 17 Speicherkarten im Gesamtwert von 637,92 €. Bei dieser Tat führte er wesentlich ein scharfes Taschenmesser sowie eine Schere bei sich. Im Kassenbereich wurde der Angekl., der die Ware in seinem Jackenärmel verborgen hielt, von einem Detektiv gestellt. Nach den Feststellungen des LG wollte er nun »mitsamt seiner Diebesbeute fliehen« und versuchte dabei, »den Detektiv zur Seite zu stoßen«. Dieser hielt ihn jedoch mit erheblichem Kraftaufwand fest und verbrachte ihn nach einem kurzen Gerangel unter Mithilfe eines anderen Mitarbeiters in das Detektivbüro. Auch dort versuchte der Angekl., »sich zu entreißen und mit der Beute zu fliehen«, was nur unter Mithilfe eines dritten Mitarbeiters des Fachgeschäfts verhindert werden konnte. Liegen die Voraussetzungen eines räuberischen Diebstahls vor?

Der räuberische Diebstahl setzt voraus, dass sich der Dieb durch die Gewaltanwendung im Besitz des Diebesgutes halten will. Fraglich ist, ob eine solche Besitzerhaltungsabsicht hier angenommen werden kann.

„Der Täter eines räuberischen Diebstahls muss in **Besitzerhaltungsabsicht** handeln; dies bedeutet, dass die Gewaltanwendung oder Drohung zum Ziel haben muss, sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten (vgl. OLG Köln NJW-RR 2004, 299). Diese Absicht muss **nicht der einzige Beweggrund** des Täters für die Gewaltanwendung oder den Einsatz des Nötigungsmittels sein (vgl. BGH, Beschl. v. 12.07.2005 – 4 StR 170/05, NStZ-RR 2005, 340 [= StV 2005, 606] m.w.N.). Eine **bloße Fluchtabsicht genügt jedoch nicht** (vgl. OLG Köln, aaO.).

Bereits die von der StrK gefundene Formulierung, der Angekl. habe »mitsamt seiner Diebesbeute fliehen« wollen, lässt offen, ob es dem Angekl. gerade auch auf die Erhaltung der Beute ankam, oder ob er lediglich fliehen wollte und hierbei die Beute – ohne dies in seine subjektive Vorstellung aufzunehmen – mitnahm. Gleiches gilt für die im Zusammenhang mit dem späteren Geschehen im Büro des Detektivs getroffene Feststellung, der Angekl. habe versucht, »sich zu entreißen und mit der Beute zu fliehen«. Die **Flucht unter (objektiver) Mitnahme der Beute** begründet die für den Tatbestand des § 252 StGB erforderliche **Besitzerhaltungsabsicht nicht ohne weiteres**, sondern legt sie allenfalls nahe (OLG Köln, aaO; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 252 Rn. 9 m.w.N.).

Die Annahme einer Besitzerhaltungsabsicht fände im Übrigen auch keine Grundlage in der Beweiswürdigung der StrK. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters, der sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angekl. zu bilden hat (vgl. BGH, Beschl. v. 10.04.2014 – 1 StR 649/13; Urt. v. 01.10.2013 – 1 StR 403/13 jew. m.w.N.). Das Revisionsgericht ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters mit Rechtsfehlern behaftet ist, weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht übereinstimmt oder sich so weit von einer Tatsachengrundlage entfernt, dass sich die gezogenen Schlussfolgerungen letztlich als reine Vermutung erweisen (st. Rspr.; vgl. BGH, jew. aaO. m.w.N.).

Vor diesem Hintergrund erweist sich die **Beweiswürdigung** der StrK jedenfalls als **lückenhaft**, denn die Urteilsausführungen lassen nicht erkennen, **woraus die StrK den Schluss gezogen hat**, der – die Umstände des Geschehens im Kassenbereich insgesamt bestreitende – Angekl. habe sich durch die Anwendung von Gewalt gegen den Kaufhausdetektiv **den Besitz der entwendeten Speicherkarten erhalten** wollen. Allein aus dem – erwiesenen – Umstand, dass er sich seiner Beute nicht entschiedigte, sondern diese bis zum Eintreffen der Polizei im Büro des Kaufhausdetektivs bei sich trug, lässt sich eine Besitzerhaltungsabsicht nicht ableiten (Fischer, aaO, Rn. 9 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

(KG in NSTz-RR 2015, 91; Urteil vom 24.11.2014 – (3) 121 Ss 155/14)

1. Die von dem Tatgericht gezogene Schlussfolgerung, eine 4 Jahre zurückliegende Vorverurteilung wegen Trunkenheit im Verkehr habe den Angeklagten so nachdrücklich gewarnt, dass er bei der neuerlichen Tat seine alkoholbedingte Fahrsicherheit zumindest billigend in Kauf genommen hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
2. Einer detaillierten Darstellung der Feststellungen des vorangegangenen Urteils bedarf es, wenn dies nicht außergewöhnliche Umstände erfordern, nicht.

Fall: Das AG verurteilte den Angekl. wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe, entzog ihm die Fahrerlaubnis und setzte eine Sperrfrist von 8 Monaten fest. Die Berufung des Angekl. verwarf das LG. Es stellte fest, dass der Angekl., der bereits im Jahr 2009 wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr verurteilt worden war, am Tattag mit einer BAK von zumindest 1,8‰ am Steuer eines PKW öffentliches Straßenland befuhr und sodann an einer innerstädtischen Ampel bei rotem Licht einschloß und erst nach einigen Schaltphasen durch andere Verkehrsteilnehmer geweckt werden konnte. Es nahm daher eine vorsätzliche Trunkenheitsfahrt an. Zu Recht?

I. kein Erfahrungssatz bezüglich der Vorsätzlichkeit bei erheblichem Alkoholkonsum

„Für die Würdigung der inneren Tatseite bei den §§ 315 c I Nr. 1 a, 316 StGB ist darüber hinaus anerkannt, dass bei einer die Grenze der absoluten Fahrsicherheit weit übersteigenden Alkoholisierung zwar die Annahme nahe liegt, der Täter habe die Auswirkungen seines Trinkens zumindest billigend in Kauf genommen. Allerdings ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei steigender Alkoholisierung die Kritik- und Erkenntnisfähigkeit in aller Regel abnimmt. Daher gibt es auch keinen Erfahrungssatz, dass derjenige, der in erheblichen Mengen Alkohol getrunken hat, seine Fahrsicherheit erkennt, so dass allein von der Höhe der BAK nicht ohne Weiteres auf eine vorsätzliche Tatbestandsverwirklichung geschlossen werden kann (vgl. Senat, VRS 126, 95; Beschl. v. 26.11.1997 – [3] 1 Ss 272/97 [93/97] – juris; OLG Brandenburg, VRS 117, 195). Deswegen kann die tattrichterliche Überzeugung von einer vorsätzlichen Trunkenheitsfahrt nur auf eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles gestützt werden (vgl. Senat, VRS 80, 448; 126, 95). Einschlägige Vorverurteilungen können – ggfls. neben weiteren Umständen – Anlass zur Annahme vorsätzlicher Tatbegehung geben (vgl. OLG Celle, NZV 1996, 204; StraFo 1998, 278; OLG Frankfurt a.M., NSTz-RR 1996, 85).“ (KG aaO.)

II. Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der Strafvorgeschichte

„Das Urteil teilt mit, dass der Angekl. sich nicht eingelassen hat, so dass die Kammer keine Feststellungen zu den Umständen, namentlich dem Zeitpunkt und der Menge des Alkoholkonsums, treffen konnte. Auch die Täterpersönlichkeit konnte das LG nur bedingt aufklären. Das LG hat auf den Vorsatz u. a. jedoch daraus geschlossen, dass der Angekl. bereits im Juli 2009 und damit weniger als 4 Jahre vor der neuerlichen Tat wegen – fahrlässiger – Trunkenheit im Verkehr verurteilt worden war, wobei ihm die Fahrerlaubnis entzogen und eine 8-monatige Sperrfrist angeordnet worden war. Die Kammer hat aus diesem Umstand gefolgert, dass dem Angekl. bekannt und bewusst war, dass die konsumierte – den Grenzwert erheblich übersteigende – Alkoholmenge zur Fahrunfähigkeit führt, so dass er die Auswirkungen seines Trinkens und die daraus resultierende von ihm ausgehende Gefährdung der Sicherheit des öffentlichen Verkehrs zumindest billigend in Kauf genommen hat. Die von der StrK gezogene Schlussfolgerung, die Vorverurteilung habe den Angekl. über die Wirkung des Alkohols aufgeklärt und ihn zugleich nachdrücklich und gewissermaßen anhaltend gewarnt, ist möglich und nachvollziehbar (vgl. auch Fischer, StGB 61. Aufl., § 316 Rn 45 m.w.N.); zwingend braucht sie ... nicht zu sein (vgl. BGH, NSTz 2014, 451).“ (KG aaO.)

(OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2015, 101; Beschluss vom 06.10.2014 – 2 B 348/14)

1. Bedenken gegen die Zuverlässigkeit können sich daraus ergeben, dass der Anzeiger einer Sammlung häufig und systematisch Sammelbehälter ohne die erforderliche Sondernutzungserlaubnis aufgestellt oder dies zu verantworten hat.
2. Wer sämtliche die Aufstellung der Sammelbehälter betreffende Verpflichtungen einem Dritten auferlegt und diesem ein Auskunftsverweigerungsrecht hinsichtlich der Standorte einräumt, versucht bewusst, sich der – zu seinen Pflichten gehörenden – Beaufsichtigung der Durchführung der Sammlung zu begeben.
3. Die Androhung von Zwangsgeld für jeden Fall der Zuwiderhandlung je Sammeltag ist rechtmäßig.

Fall: Der Rechtsvorgänger der Ast., die Firma zeigte dem Ag. mit Schreiben vom 24.08.2012 die gewerbliche Sammlung von Altkleidern und Altschuhen im Saarland an. Dabei teilte er die Landkreise, in denen die Altkleidercontainer aufgestellt werden sollten, und die jeweilige Anzahl mit. Mit Schreiben vom 30.08.2012 forderte der Ag. den Rechtsvorgänger der Ast. auf, eine Liste der exakten Containerstandorte (Straße und Hausnummer) vorzulegen, was dieser mit E-Mail vom 10.09.2012 ablehnte. Mit Schreiben vom 12.11.2012 forderte der Ag. den Rechtsvorgänger der Ast. zwecks Prüfung des Ausmaßes der Betroffenheit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zur Angabe konkreter Umsatzzahlen z.B. aus dem Vorjahr 2011, zur Vorlage einer Liste mit den exakten Containerstandorten (Adresse mit Straßenangabe) sowie zur Vorlage konkreter Verwertungsnachweise zum Vorjahr 2011 auf. Dies lehnte der Ast. selbst – unter Hinweis auf die zwischenzeitliche Rechtsnachfolge – per E-Mail am 15.11.2012 ab. Mit Schreiben vom 24.06.2013 teilte der Ag. der Ast. mit, dass er beabsichtige, ihr die Sammlung von Alttextilien und Schuhen aus privaten Haushalten im Saarland zu untersagen. Mit Bescheid vom 31.01.2014 untersagte der Ag. der Ast. unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, im Saarland eine gewerbliche Sammeltätigkeit entsprechend der Anzeige vom 24.08.2012 auszuüben. Für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung je Sammeltag wurde ein Zwangsgeld i.H.v. 5.000 € angedroht und aufschiebend bedingt festgesetzt. Zu Recht?

I. Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

Bei der Ast. bzw. ihrem Geschäftsführer besteht eine **Unzuverlässigkeit i.S.d. § 18 V 2 KrWG** und deshalb ist die Untersagungsverfügung gerechtfertigt.

„Bei der Anwendung dieser Norm ist zu berücksichtigen, dass die Untersagung einer gewerblichen Sammlung regelmäßig einen **Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG** darstellt. Die Regelung des § 18 V 2 Alt. 1 KrWG als Ermächtigungsgrundlage für eine Sammlungsuntersagung bedarf daher von vornherein einer einschränkenden Auslegung. Da eine Untersagung bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen zwingend ist, d.h. kein Ermessen der Behörde besteht, und eine Untersagung jedenfalls hinsichtlich gewerblicher Sammlungen regelmäßig den Schutzbereich des Art. 12 I GG (und unter Umständen auch des Art. 14 GG) tangiert, spricht einiges dafür, dass **bloße Bedenken gegen die Zuverlässigkeit** ungeachtet des weit gefassten Wortlauts allein **nicht** für eine Untersagung **ausreichen**. Vielmehr müssen die Bedenken ein **so starkes Gewicht** haben, dass sie, gemessen am **Rang der Grundrechte** und der **Schwere des potenziellen Schadens**, eine Untersagung rechtfertigen. Die Unzuverlässigkeit des Betroffenen muss daher mit hinreichender Sicherheit feststellbar sein (s. VGH Mannheim, NVwZ 2014, 1253; OVG Münster, Beschl. v. 19.07.2013 – 20 B 607/13).

Solche Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Anzeigepflichtigen können sich auch daraus ergeben, dass dieser **häufig durch widerrechtliches Aufstellen von Sammelcontainern** aufgefallen ist, weil diese ohne die erforderliche Sondernutzungserlaubnis im öffentlichen Straßenraum oder ohne Einverständnis des Grundstückseigentümers aufgestellt worden sind. Bei **systematischen und massiven Verstößen** gegen die öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Erlaubnispflicht durch den Anzeigenden einer gewerblichen Altkleidersammlung oder durch diejenigen Personen, denen sich der Anzeigende als Dienstleister bedient, können **durchgreifende Bedenken gegen die Zuverlässigkeit** i.S.d. § 18 V 2 Alt. 1 KrWG angenommen werden, wenn bei prognostischer Betrachtung die Gefahr besteht, dass es im Fall der Durchführung der angezeigten Sammlung ebenfalls zu derartigen gewichtigen Verstößen kommen wird; dies kann bei systematischen und massiven Verstößen in der Vergangenheit in der Regel angenommen werden (s. VGH Mannheim, NVwZ 2014, 1253; OVG Münster, Beschl. v. 19.07.2013 – 20 B 607/13; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2014, 343).

Das VG ist vorliegend zutreffend zu dem Schluss gelangt, dass eine ausreichende Tatsachengrundlage gegeben ist, welche die Annahme eines systematischen Fehlverhaltens der Ast. bzw. der von ihr beauftragten und mit ihr verflochtenen Firmen stützt mit der Folge, dass von einer Unzuverlässigkeit des Geschäftsführers der Ast. und damit ihrer eigenen auszugehen ist. [wird ausgeführt]“ (OVG Saarlouis aaO.)

II. Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung

Die der Untersagungsverfügung beigelegte Zwangsgeldandrohung ist ebenfalls rechtmäßig.

„Die auf den §§ 13 I Nr. 1, 18 I, 19, 20 SVwVG beruhende Zwangsgeldandrohung, in der ein Zwangsgeld für jeden einzelnen Fall der **Zu widerhandlung** je Sammeltag i.H.v. 5.000 € angedroht wurde, ist entgegen der Ansicht der Ast. hinreichend bestimmt (§ 37 I SVwVG). Dem **Bestimmtheitsgrundsatz** ist genügt, wenn für den Vollstreckungsschuldner erkennbar ist, für welchen Fall ihm ein Zwangsgeld in welcher Höhe droht. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Aus der Sicht des Senats bestehen keine Zweifel daran, dass – für die Ast. erkennbar – in der **Aufstellung jedes einzelnen Sammelcontainers eine Zu widerhandlung** liegt und dass für jeden Tag der Aufstellung eines jeden Containers ein Zwangsgeld droht.

Entgegen der Ansicht der Ast. liegt auch **kein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes** vor. Zwar hat das BVerwG für den Geltungsbereich des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes entschieden, dass eine Zwangsgeldandrohung „für jeden Fall der Zu widerhandlung“ unzulässig ist, da dort eine entsprechende Regelung fehlt (BVerwG, Urt. v. 26.06.1997 – 1 A 10/95). Im Unterschied dazu existiert im **Saarland** eine Regelung, die jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, dass eine **Unterlassung erzwungen** werden soll, eine Zwangsgeldandrohung für jeden Fall der Zu widerhandlung ermöglicht. Gemäß § 20 II 2 SVwVG kann von einer erneuten Androhung einer Zwangsgeldfestsetzung abgesehen werden, wenn der Pflichtige bei Androhung des ersten Zwangsgeldes auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist. Dies entspricht im Ergebnis denjenigen Vorschriften anderer Länder, nach denen ein Zwangsmittel für jeden Fall der Zu widerhandlung angedroht bzw. festgesetzt werden kann (s. Sadler, VwVG/VwZG Komm. 9. Aufl. 2014, § 13 VwVG Rn. 93).“ (OVG Saarlouis aaO.)

BPOlG
§ 23

Identitätsfeststellung auf Bahnhofsvorplatz Zuständigkeit der Bundespolizei

POR

(BVerwG in NVwZ 2015, 91; Urteil vom 28.05.2014 – 6 C 4/13)

1. Die Bundespolizei hat die Aufgabe, **auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes** Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren (§ 3 I BPOlG). Maßgeblich für die Bestimmung des Begriffs „Bahnanlage“ ist die Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung (EBO).
2. Als Bahnanlage sind danach nur solche Flächen im Vorfeld eines Bahnhofs einzustufen, bei denen objektive, äußerlich klar erkennbare, d.h. **räumlich präzise fixierbare Anhaltspunkte** ihre **überwiegende Zuordnung zum Bahnverkehr** im Unterschied zum Allgemeinverkehr belegen.

Fall: Der Kl. begehrt die Feststellung, dass die Feststellung seiner Identität durch Beamte der Bundespolizei rechtswidrig war. Er stand am 23.06.2011 zusammen mit mehreren Jugendlichen vor dem Hauptbahnhof in Trier neben der Treppe des Haupteingangs zur Bahnhofshalle und unterhielt sich mit ihnen. Gegen 17.50 Uhr forderten zwei Beamte der Bundespolizei den Kl. und die Jugendlichen zur Vorlage ihrer Ausweise auf. Anhand der Ausweise führten sie mit Hilfe eines Funkgerätes einen Datenabgleich durch. Dabei wurde festgestellt, dass zu einer Person Erkenntnisse älteren Datums als Betäubungsmittelkonsument vorlagen. Die von ihr mitgeführten Sachen wurden daraufhin in Augenschein genommen, ohne etwas festzustellen. Zu dem Kl. und den anderen Personen lagen keine Erkenntnisse über Handel oder Konsum von Betäubungsmitteln vor. Zu einer Person bestand eine Sachfahndung. Anschließend erhielten alle Personen ihren Ausweis zurück. Der Kl. hat am 07.10.2011 Klage erhoben, gerichtet auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der gegen ihn ergriffenen polizeilichen Maßnahmen. Zu Recht?

Die Bundespolizei kann nach § 23 I Nr. 1 BPOlG die **Identität einer Person zur Abwehr einer Gefahr** feststellen, soweit sie hierbei zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach den §§ 1–7 BPOlG handelt. Da sie als Bahnpolizei tätig geworden ist, müssten die Voraussetzungen für ihre sachliche Zuständigkeit nach § 3 BPOlG vorgelegen haben.

I. Begriff der Bahnanlage

„Nach § 3 I BPOlG hat die Bundespolizei die Aufgabe, **auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes** Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, die den Benutzern, den Anlagen oder dem Betrieb der Bahn drohen oder beim Betrieb der Bahn entstehen oder von den Bahnanlagen ausgehen. Voraussetzung für die Zuständigkeit der Bundespolizei ist demnach mindestens, dass der **Einsatzort** sich „**auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes**“ befindet. Dies war bei dem vom OVG festgestellten Einsatzort nicht der Fall.

Maßgeblich für die Bestimmung des Begriffs „**Bahnanlage**“ ist § 4 I der Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung vom 08.05.1967 (BGBl. II 1967, 1563), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung vom 25.07.2012 (BGBl. I 2012, 1703) geändert worden ist (EBO). Bahnanlagen sind danach alle Grundstücke, Bauwerke und sonstigen Einrichtungen einer Eisenbahn, die unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse **zur Abwicklung oder Sicherung des Reise- oder Güterverkehrs auf der Schiene** erforderlich sind. Dazu gehören auch Nebenbetriebsanlagen sowie sonstige Anlagen einer Eisenbahn, die das Be- und Entladen sowie den Zu- und Abgang ermöglichen oder fördern. Es gibt Bahnanlagen der Bahnhöfe, der freien Strecke und sonstige Bahnanlagen. Fahrzeuge gehören nicht zu den Bahnanlagen. **Gemeinsames Kriterium** für die (objektive) Zugehörigkeit zur Bahnanlage ist – nach der Rechtsprechung des BVerwG – unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse die so genannte **Eisenbahnbetriebsbezogenheit**, d.h. die **Verkehrsfunktion** und der räumliche Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb (BVerwGE 102, 269 [274 f.] = NVwZ 1997, 920).

Als „Anlagen einer Eisenbahn, die das **Be- und Entladen** sowie den **Zu- und Abgang** ermöglichen oder fördern“ (§ 4 I 2 EBO) sind danach nur solche Flächen im Vorfeld eines Bahnhofs einzustufen, bei denen objektive, äußerlich klar erkennbare, d.h. **räumlich präzise fixierbare, Anhaltspunkte ihre überwiegende Zuordnung zum Bahnverkehr** im Unterschied zum Allgemeinverkehr belegen. Dies ist insbesondere bei Treppen und überdachten Flächen im Eingangsbereich eines Bahnhofsgeländes der Fall.“ (BVerwG aaO.)

II. Bahnhofsvorplatz ist keine Bahnanlage

Fraglich ist somit, ob der Bahnhofsvorplatz nach diesen Maßstäben als Bahnanlage angesehen werden kann.

„Ein Bahnhofsvorplatz beginnt, wo das Bahnhofsgebäude endet. Er ist genauso der Platz vor dem Bahnhof wie er eine **sonstige Verkehrsfläche** in der jeweiligen Gemeinde ist. Dementsprechend ist er nicht nur „eisenbahnbetriebsbezogen“, sondern bezieht sich auch auf den sonstigen Verkehr auf dem Gemeindegebiet. Für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auf einer solchen Fläche ist, sofern nicht in der vorbezeichneten erwähnten Weise Anhaltspunkte die überwiegende Zuordnung zum Bahnverkehr belegen, nicht eine Sonderpolizei des Bundes zuständig, sondern die **nach Landesrecht zu bestimmende Gefahrenabwehrbehörde**. Dem Ansatz des OVG, in „unmittelbarer Nähe des Eingangs zur Bahnhofshalle“ liegende Bereiche von Bahnhofsvorplätzen in den Bahnanlagenbegriff einzubinden, folgt der Senat nicht. Er erweist sich als nicht hinreichend trennscharf. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Bundespolizei als Bahnpolizei auch auf Flächen eingesetzt wird, die rechtlich nicht zum Gebiet der Eisenbahnen des Bundes gehören. Dann muss die Zuständigkeit aber kooperationsrechtlich nach § 65 I BPolG ermöglicht werden. Dafür ist vorliegend nichts erkennbar. Oder es müssen die Voraussetzungen einer Nacheile nach § 58 III BPolG gegeben sein; auch an diesen Voraussetzungen fehlte es offensichtlich im streitgegenständlichen Fall.“ (BVerwG aaO.)

Die Identitätsfeststellung war mangels Zuständigkeit rechtswidrig.

AufenthG
§ 71 III Nr. 1 a, b

Zuständigkeit der Bundespolizei für Abschiebungshaft
Aufgreifen im grenznahen Raum

POR

(BGH in NVwZ 2015, 240; Beschluss vom 09.10.2014 – V ZB 127/13)

Gemäß § 71 III Nr. 1 a und b AufenthG i.d.F. vom 22.11.2011 ist die Bundespolizei für Abschiebungen zuständig, sofern der **unerlaubt eingereiste Ausländer im grenznahen Raum** (innerhalb von 30 km Entfernung von der Grenze) **aufgegriffen** wird; eines unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs mit der unerlaubten Einreise bedarf es nicht mehr.

Fall: Der Betr., ein georgischer Staatsangehöriger, wurde am 10.07.2013 am Bahnhof Frankfurt/Oder festgenommen und äußerte ein Asylbegehren. Über einen Pass oder einen Aufenthaltstitel verfügte er nicht. Mit Beschluss vom 11.07.2013 ordnete das AG Frankfurt (Oder) zunächst Sicherungshaft bis zum 18.07.2013 an. Am gleichen Tag ging das Asylgesuch des Betr. bei dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) ein. Der Betr. wurde in Eisenhüttenstadt inhaftiert. Mit Bescheid vom 31.07.2013 lehnte das BAMF den Asylantrag als offensichtlich unbegründet ab. Auf Antrag der beteiligten Behörde, der Bundespolizeidirektion Berlin, hat das AG Eisenhüttenstadt mit Beschluss vom 18.07.2013 Haft bis zum 19.09.2013 angeordnet. Die Beschwerde des Betr. hat das LG Frankfurt (Oder) nach dessen Anhörung durch Beschluss vom 15.08.2013 (15 T 98/13, BeckRS 2014, 21644) zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Betr. mit der Rechtsbeschwerde, mit der er nach der am 29.08.2013 erfolgten Abschiebung die Rechtswidrigkeit der Haftanordnung feststellen lassen will. Zu Recht?

Der Rechtmäßigkeit der Haftanordnung könnte entgegenstehen, dass die Bundespolizei gar nicht zuständig war.

I. Bestimmung der Zuständigkeit der Bundespolizei nach AufenthG

„Allerdings hat der Senat für die Zuständigkeitsvorschrift des § 71 III Nr. 1 AufenthG in der bis zum 25.11.2011 geltenden Fassung angenommen, dass eine die Zuständigkeit der Bundespolizei begründende **Grenzmaßnahme** nur vorlag, wenn ein Ausländer in grenznahem Gebiet in **unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang** mit seiner unerlaubten Einreise angetroffen wurde (BGH [Senat], FGPrax 2011, 200 = BeckRS 2011, 13989). Dies ist jedoch seit der Neufassung des § 71 III AufenthG vom 22.11.2011 überholt, die mit Wirkung zum 26.11.2011 in Kraft getreten ist (BGBl. I 2011, 2258).

Gemäß § 71 III Nr. 1 a AufenthG ist die Bundespolizei seither für **Abschiebungen an der Grenze** zuständig, sofern der Ausländer **„bei oder nach“ der unerlaubten Einreise** über eine Binnengrenze aufgegriffen wird. Dass das Erfordernis eines unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs mit der unerlaubten Einreise nicht mehr besteht, bestätigt zudem die Regelung des § 71 III Nr. 1 b AufenthG, wonach es sogar ausreicht, wenn sich der unerlaubt eingereiste Ausländer fortbewegt und in einem anderen Grenzraum aufgegriffen wird (vgl. GK-AufenthG/Gutmann, 2012, § 71 Rn. 137). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich nichts Anderes aus der Gesetzesbegründung. Zwar ist dort ausgeführt, dass die Zuständigkeit der Bundespolizei unverändert bleiben sollte (BT-Drs. 17/5470, 25 f.); der Gesetzgeber hat die Änderung aber offenbar als Klarstellung verstanden.“ (BGH aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

„Danach reichte es für die Begründung der Zuständigkeit aus, dass der Betr. **unerlaubt eingereist** war und im **grenznahen Raum** aufgegriffen wurde (also **innerhalb von 30 km Entfernung von der Grenze**, vgl. BGH [Senat], FGPrax 2011, 200 = BeckRS 2011, 13989 Rn. 7). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war die Bundespolizei auch für die Beantragung der Haft (weiter) zuständig. Dies ergibt sich aus § 71 III Nr. 1 e AufenthG. Dass zwischen dem Aufgreifen und dem Haftantrag mehrere Tage lagen, ändert nichts daran, dass eine Abschiebung an der Grenze erfolgte; der Betr. war bereits zuvor auf Antrag der Bundespolizei inhaftiert worden.“ (BGH aaO.)

Entscheidungen Verfahrensrecht

BGB

Darlegungslast

ZPO

§§ 1157 S. 2, 892 I

vorsätzlich unredlicher Erwerb einer Grundschuld

(BGH in NJW 2015, 619; Urteil vom 24.10.2014 – V ZR 45/13)

Bei einem auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht, der Zessionar habe bei dem Erwerb einer Grundschuld gewusst, dass der Zedent sich diese durch Betrug verschafft hat oder sie treuwidrig verwendet, **trifft den Zessionar eine sekundäre Darlegungslast** über die Umstände seines Erwerbs und über den mit diesem verfolgten Zweck.

Fall: Der Kl. zeichnete Anfang März 2000 eine atypische stille Beteiligung an der S-AG, einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, i.H.v. 60.000 DM, für die die S-AG eine Verzinsung in Aussicht stellte. Der Einlagebetrag sollte zu 100 % finanziert werden. Zur Sicherung der von der S-AG zu vermittelnden Finanzierung sollte der Kl. unter anderem eine Grundschuld an einem Grundstück bestellen, dessen Miteigentümer er und sein Bruder zu je 1/2 waren. Seinen Gesellschaftsanteil sollte der Kl. bis zur Höhe von 30.000 DM beleihen können, um auf diese Weise liquide Geldmittel zu erhalten. Mit notarieller Urkunde vom 14.03.2000 bestellten der Kl. und sein Bruder eine mit 10 % p. a. zu verzinsende Buchgrundschuld i.H.v. 60.000 DM zu Gunsten der S-AG und unterwarfen sich hinsichtlich der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die S-AG (im Folgenden: Zedentin) trat die Grundschuld am 18.05.2000 an die Bekl. ab, um damit eigene Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Bekl. abzusichern. Die Bekl. betreibt die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld. Der Kl. will diese verhindern. Er ist der Auffassung, dass die Grundschuldbestellung wegen Betrug der Zedentin unwirksam sei und die Bekl. dies gewusst habe, so dass ein gutgläubiger einredefreier Erwerb ausscheide. Trifft dies zu?

Die Bekl. könnte einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach §§ 1192 II, 1147 BGB gegen den Kl. haben. Gegen diesen Anspruch erhebt der Kl. Einreden.

I. Voraussetzungen für Einreden des Schuldners gegen den Zedenten

Allerdings kann er sich gegenüber der Bekl. Zessionarin nur dann auf die ihm aus dem Rechtsverhältnis mit der Zedentin zustehenden Einreden berufen kann, wenn die Bekl. bei dem Erwerb der Grundschuld in Ansehung dieser Einreden bösgläubig war. Dies ergibt sich aus der Verweisung des § 1157 S. 2 auf § 892 I BGB. Danach kann der Grundstückseigentümer die **nicht im Grundbuch eingetragenen** Einreden aus dem Rechtsverhältnis zum Zedenten dem Zessionar nur entgegensetzen, wenn dieser die **Einrede bei dem Erwerb der Grundschuld** kannte.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass es sich bei der Grundschuld möglicher Weise um eine Sicherung Grundschuld im Sinne der jetzigen Begriffsbestimmung in § 1192 I a BGB (zu dieser Olbrich, ZfIR 2013, 405; Nietsch, NJW 2009, 3606) handelte.

„Die Vorschrift des § 1192 I a BGB, nach der ein **gutgläubiger Erwerb bei Sicherung Grundschulden ausgeschlossen** ist, findet nämlich hier keine Anwendung, weil die Abtretung der Grundschuld vor dem 19.08.2008 erfolgte (vgl. Art. 229 § 18 II EGBGB).“ (BGH aaO.)

Für die vor diesem Zeitpunkt erfolgten Abtretungen von Sicherung Grundschulden entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass der **Zessionar** in Bezug auf die sich aus dem Sicherungsvertrag ergebenden Einreden **nur dann als bösgläubig** anzusehen ist, wenn er im Zeitpunkt des Erwerbs **nicht nur den Sicherungszweck der Grundschuld** gekannt, sondern auch **gewusst** hat, dass die **gesicherte Forderung nicht besteht oder Einrede behaftet** ist (vgl. Senat, BGHZ 59, 1 [2] = NJW 1972, 1463 und BGHZ 103, 72 [82] = NJW 1988, 1375 und BGHZ 185, 133 = NJW 2010, 2041 Rn. 36). Daran ist für Altfälle auch vor dem Hintergrund der Neuregelung in § 1192 I a BGB festzuhalten.“ (BGH aaO.)

II. Nachweis der Bösgläubigkeit des Zessionars

1. keine Änderung des Prüfungsmaßstabes

An dem Maßstab für die Bösgläubigkeit hat sich nach der Neuregelung zur Sicherung Grundschuld nichts geändert.

„Ein Vorschlag, die §§ 1157, 892 BGB um eine Regelung zu ergänzen, nach der der Zessionar dann nicht als gutgläubig anzusehen sein sollte, wenn ihm die **Einrede infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt** war (Stürner, FS Medicus, 2009, 513 [517]; ders., JZ 2010, 774 [778]), wurde im Gesetzgebungsverfahren zum Risikobegrenzungsgesetz (v. 18.08.2009, BGBl. I 2009, 1666) **nicht aufgegriffen**. Vor diesem Hintergrund wäre es verfehlt, aus Anlass der Einführung von § 1192 I a BGB die Anforderungen an einen gutgläubig

Einrede freien Erwerb von Grundschulden nach den unverändert gebliebenen §§ 1157 S. 2, 892 I BGB (rückwirkend) zu verschärfen.“ (BGH aaO.)

2. keine andere Beurteilung aus Gründen des Verbraucherschutzes

Fraglich ist, ob sich nicht aus den Vorschriften des Verbraucherschutzes die Möglichkeit ergeben muss, der Bekl. die Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenzuhalten.

„Dagegen spricht bereits, dass auf die im Jahr 2000 von dem Kl. abgeschlossenen Verträge das Verbraucherkreditgesetz anzuwenden wäre. Nach § 3 II Nr. 2 VerbrKG fanden die Bestimmungen über den **Einwendungsdurchgriff** bei den so genannten verbundenen Geschäften (§ 9 III, IV VerbrKG) **aber gerade keine Anwendung auf die Realkreditverträge** (vgl. BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 Rn. 20; BGH, NJW 2007, 2404 = NZM 2007, 575 Rn. 25 für die kreditfinanzierten Fondsbeteiligungen).“ (BGH aaO.)

3. Fehlen der Voraussetzungen für gutgläubigen, einrededefreien Erwerb

Möglicher Weise kann der Kl. dem Bekl. aber Einreden entgegenhalten, weil die Voraussetzungen fehlen, nach denen dieser gutgläubig einrededefrei erwerben konnte. Fraglich ist jedoch, ob der Kl. in vollem Umfang darlegen und beweisen muss, dass die Bekl. als Zessionarin bösgläubig war.

a) Allgemeine Darlegungslast

„Grundsätzlich braucht der Zessionar bei der Geltendmachung des Anspruchs aus dem Grundpfandrecht (§ 1147 BGB) allerdings **nur den Erwerb des dinglichen Rechts darzulegen und zu beweisen**. Der Zessionar wird durch die Verweisung in § 1157 S. 2 BGB auf die Vorschrift in § 892 I 1 BGB geschützt, nach der nur die **positive Kenntnis** des Erwerbers **von der Unrichtigkeit des Grundbuchs** einem gutgläubigen Erwerb des gebuchten Rechts von dem eingetragenen Berechtigten entgegensteht. Die Anwendung des § 892 I BGB auf die aus dem Rechtsverhältnis des Eigentümers zum Zedenten begründeten Einreden bedeutet, dass der **Zessionar** – wenn nichts anderes im Grundbuch verlaubar ist – **von dem Bestehen der Grundschuld und des sich aus dieser ergebenden Anspruchs** (§§ 1192 I, 1147 BGB) **ausgehen darf**. Der mit diesen Vorschriften einhergehende Verkehrsschutz würde **unterlaufen**, wenn man dem aus der Grundschuld vorgehenden Zessionar zur Widerlegung des von dem Grundstückseigentümer erhobenen Einwands eines bösgläubigen Erwerbs **stets auferlegte, die Umstände und den Zweck des Erwerbs der Grundschuld darzulegen**.“ (BGH aaO.)

b) Änderung der Darlegungslast bei Vortrag konkreter Tatsachen für Annahme von Bösgläubigkeit

Diese grundsätzliche Verteilung der Darlegungslast könnte sich aber dann ändern, wenn vom Gegner konkrete Tatsachen vorgetragen werden, die den Verdacht eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen dem Zedenten und dem Zessionar zum Schaden des haftenden Eigentümers oder eines Erwerbs der Grundschuld unter bewusster Hinwegsetzung über die dem Zessionar bekannten Einreden begründen.

„Durch § 1157 S. 2 BGB soll zwar der Verkehr im Vertrauen auf das Bestehen der eingetragenen Grundschuld geschützt, **nicht** aber die **Durchsetzung eines bösgläubig erworbenen Rechts gefördert** werden. Diese Wirkung hätte die Vorschrift jedoch, wenn der Zessionar auch angesichts gegen ihn sprechender **Verdachtsgründe** zu den Umständen des Erwerbs der Grundschuld und des damit verfolgten Zwecks **schweigen dürfte** und es damit allein dem haftenden Grundstückseigentümer überlassen bliebe, anhand ihm nicht bekannter Vorgänge die Bösgläubigkeit des Zessionars nachzuweisen.“ (BGH aaO.)

In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass die **nicht beweisbelastete Partei ausnahmsweise eine Substanziierungslast** treffen kann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht kennt, während sie der anderen Partei bekannt sind und ihr nähere Angaben zuzumuten sind (BGH, NJW 2005, 2395 [2397] = NZM 2005, 580 m.w.N.).

„Das trifft auch auf die von dem Eigentümer auf Grund der Vermutung in § 1157 S. 2 i.V.m. § 892 I BGB zu beweisende Kenntnis des Zessionars von den Einreden gegen die Grundschuld zu. Der für die Bösgläubigkeit des Zessionars **darlegungs- und beweispflichtige Eigentümer** ist an dem Geschäft über die Abtretung der Grundschuld nicht beteiligt und **kennt daher weder** die zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger **getroffenen Absprachen noch** die dem Zessionar von dem Zedenten in Bezug auf mögliche Einreden **erteilten Informationen**.

Vor diesem Hintergrund kann der aus dem dinglichen Recht vorgehende Zessionar **verpflichtet** sein, zu den **Umständen des Erwerbs der Grundschuld** und den mit diesem verfolgten Zweck **vorzutragen**. Der Senat hat bereits entschieden, dass der Zessionar ein Wort der Erklärung finden muss, dass mit der Abtretung ein anderer Zweck als derjenige verfolgt wurde, dem Eigentümer die Einreden gegen

die Grundschuld nach § 1157 S. 2 BGB abzuschneiden, wenn **auffällige Umstände** (wie **mehrfache, schnell hintereinander erfolgte Abtretungen** der Grundschuld unter Einschaltung eines Zwischenerwerbers) **einen solchen Verdacht nahelegen** (Senat, BGHZ 103, 72 [8] = NJW 1988, 1375).“ (BGH aaO.)

Eine solche Obliegenheit des Zessionars besteht jedoch **nicht nur bei dem Verdacht eines kollusiven Zusammenwirkens** zwischen Zedent und Zessionar.

„Die sekundäre Darlegungslast trifft den Zessionar vielmehr auch dann, wenn von dem Eigentümer vorgetragene konkrete Tatsachen den **Verdacht begründen**, dass der Zessionar in **Kenntnis eines betrügerischen Erwerbs** oder einer **treuwidrigen Verwendung** der Grundschulden durch die Zedentin die Grundschulden erworben hat. Die Erklärungsobliegenheit des Zessionars entfällt nicht deswegen, weil dieser mit dem Erwerb eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt hat und möglicherweise selbst – etwa bezüglich der Werthaltigkeit der Grundstücke – von dem Zedenten getäuscht worden ist. Die **sekundäre Darlegungslast** beruht nämlich auf dem konkreten Verdacht der Bösgläubigkeit des Zessionars im Hinblick auf die sich aus dem Rechtsverhältnis des Eigentümers mit dem Zedenten ergebenden Einreden gegen die Grundschuld. Unter diesen Umständen darf der Zessionar **seine Verteidigung nicht – wie hier – auf das bloße Bestreiten** des Vorbringens des Eigentümers und den Hinweis beschränken, dass dieser nach der Bestimmung über den gutgläubig einredefreien Erwerb der Grundschuld in § 1157 S. 2 BGB die Risiken einer treuwidrigen Verfügung des Zedenten tragen müsse (vgl. Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rn. 1081).“ (BGH aaO.)

III. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben der Kl. den Verdacht der Bösgläubigkeit hinreichend dargelegt hat, so dass der Bekl. verpflichtet ist, konkret zu den Umständen des Erwerbs und den ihm übermittelten Informationen vorzutragen.

„Die Grundschulden, die die Bekl. im Fall des Kl. und in weiteren Parallelfällen von der Zedentin übertragen erhielt, waren **an Grundstücken Dritter**, nämlich der Kunden der Zedentin, bestellt worden. Schon dass sich die Zedentin in zahlreichen Fällen **abtretbare Grundschulden** zu ihren Gunsten bestellen ließ, liegt bei einem **nicht als Kreditinstitut** nach §§ 1, 32 KWG zugelassenen Unternehmen **außerhalb des üblichen Geschäftsverkehrs** (vgl. Clemente, ZfIR 2007, 737 [741] mit Fn. 29). Die Grundschulden wurden dabei gegenüber der Bekl. jeweils zur **Sicherung eigener Kredite der Zedentin**, nicht für von der Zedentin lediglich vermittelte Kundendarlehen eingesetzt. Damit lag der Verdacht einer **unerlaubten Verwendung fremder Sicherheiten zum Zwecke der eigenen Geldbeschaffung** der Zedentin nahe.

Auffällig ist zudem, dass die Grundschulden **sehr kurze Zeit nach der Bewilligung**, noch vor ihrer Eintragung in das Grundbuch an die Bekl. abgetreten wurden. Das schließt zwar einen gutgläubig Einrede freien Erwerb nach § 1157 S. 2 i.V.m. § 892 BGB nicht aus, weil es dafür allein auf den Buchstand im Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbs (hier durch die Eintragungen der Abtretung der Buchgrundschulden in das Grundbuch) ankommt und weil für einen gutgläubigen Erwerb eine Kenntnis des Erwerbers vom Buchstand ebenso wenig erforderlich ist wie ein Vertrauen auf den Buchstand oder eine Kausalität zwischen dem Buchstand und dem Erwerb (vgl. Senat, NJW 1980, 2413 [2414]). Für die Abtretung bewilligter, aber noch nicht eingetragener Grundschulden besteht aber **in der Regel kein Anlass**, da diese dem Zessionar noch keine Sicherheit für etwaige Zahlungen an den Zedenten verschaffen. Wenn das **dennoch immer wieder geschieht**, ist der **Verdacht begründet**, dass es den an dem Abtretungsgeschäft beteiligten Personen vor allem darum ging, **möglichst schnell die Voraussetzungen für ein Vorgehen des Zessionars** aus den Grundschulden herbeizuführen, ohne auf Einreden der Grundstückseigentümer aus den der Bestellung der Grundschulden zu Grunde liegenden Rechtsgeschäften Rücksicht nehmen zu müssen.“ (BGH aaO.)

Hat danach der Kl. einen konkreten Verdacht der Bösgläubigkeit hinreichend dargelegt, stellt sich die Frage, ob der Bekl. dem hinreichend entgegengetreten ist.

„Der ihr nach dem Vorstehenden obliegenden sekundären Darlegungslast ist die Bekl. – wie die Revision zu Recht geltend macht – bislang nicht nachgekommen. Sie hat **lediglich pauschal ihre Bösgläubigkeit bestritten**.

Danach könnte die Bekl. aus der zur Sicherung der Forderungen der Zedentin abgegebenen Unterwerfungserklärung nur dann die Vollstreckung betreiben, wenn sie in die Sicherungsabrede eingetreten wäre. Hierfür ist nichts ersichtlich. Die Abtretung der Grundschuld enthält nicht ohne weiteres zugleich eine stillschweigende Vereinbarung über die Übernahme der Verbindlichkeiten aus der Sicherungsabrede (vgl. Senat, NJW 2012, 2354 = NZI 2012, 726 Rn. 5 m.w.N.). Gegen eine solche Vereinbarung spricht zudem, dass die Bekl. mit den zwischen der Zedentin und den Grundstückseigentümern getroffenen Abreden nichts zu tun haben will.“ (BGH aaO.)

IV. Ergebnis

Der Kl. muss die Vollstreckung in sein Grundstück aus der Grundschuld nicht nach §§ 1192 II, 1147 BGB dulden.

(BGH in FamRZ 2015, 253; Beschluss vom 14.10.2014 – XI ZB 13/13)

1. Ein **Computerfax** liegt vor, bei der elektronischen Versendung einer Textdatei auf ein Faxgerät des Berufungsgerichts um ein sogenanntes Computerfax. Dieses muss eine eingescannte **Unterschrift** tragen oder die Erklärung, dass eine Unterzeichnung wegen der Form nicht möglich ist.
2. Ein **elektronisches Dokument** nach § 130a ZPO ist eine in einer elektronischen Datei enthaltene Datenfolge. Ein elektronisches Dokument ist eingereicht, sobald die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts es aufgezeichnet hat. Es wahrt jedoch nur dann die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet (§ 130a I 1 ZPO) und mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur** nach dem Signaturgesetz versehen.
3. Der Umfang der von einem Rechtsanwalt zu gewährleistenden Organisation seiner Kanzlei hängt maßgebend davon ab, über welchen **Ausbildungsstand** und welche **Berufserfahrung** die von ihm zur Verrichtung einfacher Tätigkeiten herangezogenen Bürokräfte verfügen.

Fall: Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung von 8.500 € Zug um Zug gegen die Rückübertragung von 5.000 ihrer Aktien in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Gegen das der Klägervorteilerin am 17.01.2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 30.01.2013 Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 13.03.2013 begründet. Die Begründung ist am 18.03.2013 als Computerfax ohne Unterschrift der Klägervorteilerin beim Berufungsgericht eingegangen. Am 19.03.2013 wurde die Berufungsbegründung dem Berufungsgericht erneut als Computerfax übermittelt, wobei jedoch die beiden letzten Seiten fehlten. Das von der Klägervorteilerin unterzeichnete Original der Berufungsbegründung ist beim Berufungsgericht am 25.03.2013 eingegangen. Dieses hat den Kläger mit Verfügung vom 19.03.2013 darauf hingewiesen, dass die Berufung nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist begründet worden ist.

Wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist hat der Kläger am 28.03.2013 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat er geltend gemacht, die Klägervorteilerin habe die Berufungsbegründung gefertigt und das Original sowie die beglaubigte Abschrift unterzeichnet. Wie in ihrer Kanzlei üblich, habe sie ihrer "stets zuverlässigen Sekretärin, die bereits seit Monaten eigenverantwortlich und ordnungsgemäß verlässlich arbeitete", die Anweisung erteilt, "die Signatur in den elektronischen Schriftsatz einzusetzen" und dieses dem Berufungsgericht zur Fristwahrung "elektronisch via Bildschirmfax" zu übermitteln. Die Sekretärin S. habe jedoch "die elektronische Version bedauerlicherweise ohne Unterschrift versendet". Wird die rechtzeitig beantragte Wiedereinsetzung gewährt werden?

I. Fristversäumnis

Die Frist für die Berufungsbegründung läuft nach § 520 II 1 ZPO 2 Monate nach Zustellung des Urteils ab. Hier wurde das Urteil am 17.01.2013 zugestellt. Da es sich bei dem 17.03.2013 um einen Sonntag handelte, lief die Frist somit nach § 222 II ZPO am 18.03.2013 ab. An diesem Tag ging das Fax bei Gericht ein. Allerdings trug es keine Unterschrift. Nach § 520 III 1 ZPO muss die Begründung in einem Schriftsatz erfolgen. Für Schriftsätze sieht § 130 Nr. 6 ZPO vor, dass diese eine Unterschrift tragen müssen, die bei Übermittlung per Telefax durch die Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie ersetzt wird.

Handelt es sich allerdings um ein elektronisches Dokument nach § 130a ZPO, so muss gar kein Original vorliegen. Es reicht dann die Aufzeichnung in elektronischer Form, sofern das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird.

Es ist also maßgeblich darauf abzustellen, ob es sich vorliegend um ein Computerfax handelt, welches eine Unterschrift im herkömmlichen Sinne handelt oder um ein elektronisches Dokument.

1. Computerfax

a) Begriff

*„Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung handelt es sich bei der von der Klägervorteilerin gewählten Übermittlung der Berufungsbegründung durch die elektronische **Versendung einer Textdatei auf ein Faxgerät** des Berufungsgerichts um ein sogenanntes **Computerfax**.*

Dabei werden mangels Vorhandenseins eines körperlichen Originalschriftstücks beim Absender die Voraussetzungen der für bestimmende Schriftsätze gesetzlich erforderlichen Schriftform gemäß § 130 Nr. 6 ZPO entweder dadurch gewahrt, dass die **Unterschrift des Erklärenden eingescannt** wird, oder dadurch, dass auf dem Schriftsatz der Hinweis angebracht wird, dass der benannte Urheber **wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen** kann (Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 05.04.2000 - GmS-OGB Az. 1/98, BGHZ 144, BGHZ Band 144 Seite 160, BGHZ Band 144 164 f.; vgl. Senatsbeschluss vom 10.10.2006 - BGH Az. XI ZB 40/05, WM 2006, 2331, Rn. 8; OLG Braunschweig 2004, 276, 277; OLG Saarbrücken, Urteil vom 19.03.2014 – OLG Saarbrücken Az. 2 U 16/13, juris Rn. 37).“ (BGH aaO.)

b) Einordnung des Computerfaxes

„Ein solches Computerfax wird von der Zivilprozessordnung als **schriftliches Dokument in der Form einer Telekopie** eingeordnet. Dies folgt einerseits aus der Vorschrift des § 130 Nr. 6 ZPO, der für Telekopien die **Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie** vorschreibt und andererseits aus § 174 II bis IV ZPO, der zwischen der Zustellung eines Schriftstücks durch Telekopie und der eines elektronischen Dokuments unterscheidet (BGH, Beschluss vom 04.12.2008 – BGH Az. IX ZB 41/08, WM 2009, 331 Rn. 8). Dabei erfolgt bei einem Computerfax (im Unterschied zum elektronischen Dokument) **lediglich die Übermittlung eines vorhandenen Dokuments**, das beim Empfänger erneut in schriftlicher Form vorliegen soll. Die **elektronische Speicherung** tritt für sich genommen nicht an die Stelle der Schriftform, sondern ist **nur ein Durchgangsstadium** und der Empfänger kann erst dann von einem gefaxten Schriftsatz Kenntnis nehmen, wenn er ausgedruckt vorliegt (BGH, Beschlüsse vom 25.04.2006 – BGH Az. IV ZB 20/05, BGHZ 167, 214 Rn. 15 ff. und vom 15.07.2008 – BGH Az. X ZN 8/08, NJW 2008, 2649 Rn. 11).“ (BGH aaO.)

2. elektronisches Dokument

„Demgegenüber besteht ein **elektronisches Dokument** im Sinne von § 130a ZPO aus der in einer elektronischen Datei enthaltenen Datenfolge (vgl. BGH, Beschluss vom 15.07.2008 – BGH Az. X ZB 8/08, NJW 2008, 2649 Rn. 10). Diese elektronische Form ist durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13.07.2001 (BGBl. I S. 1542) ausdrücklich **„als Option zur Schriftform“** eingeführt worden (BT-Drucks. 14/4987, S. 12). § 130a I 1 ZPO **„versteht das elektronische Dokument als modifizierte Schriftform“** und sollte den Parteien erst die Möglichkeit eröffnen, Schriftsätze und Erklärungen **„als elektronisches Dokument bei Gericht einzureichen“** (BT-Drucks. 14/4987, S. 24). Ein elektronisches Dokument ist **eingereicht, sobald** die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts es **aufgezeichnet** hat (§ 130a III ZPO). Es wahrt jedoch nur dann die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet (§ 130a I 1 ZPO) und mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur** nach dem Signaturgesetz versehen ist (§ 130a I 2 ZPO; BGH, Beschluss vom 14.01.2010 – BGH Az. VII ZB 112/08, BGHZ 184, 75 Rn. 11 ff.).

Wegen dieser Unterscheidung wird die Wirksamkeit der Abgabe schriftlicher Erklärungen per **Computerfax** durch die Einfügung der Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr in die Verfahrensgesetze **nicht berührt**, weil ein Computerfax kein elektronisches Dokument darstellt (BVerwG, NJW 2006, 1989, 1990). Per Computer übermittelte bestimmende Schriftsätze erfordern deshalb **keinen besonderen Nachweis der Urheberschaft (Authentizität) und keinen besonderen Schutz vor nachträglicher Veränderung (Integrität)**. Insoweit unterscheiden sie sich maßgeblich von elektronischen Dokumenten, die leicht elektronisch änderbar sind und deren Absicherung die Regelungen zur qualifizierten Signatur allein bezwecken (BT-Drucks. 14/4987, S. 24; BGH, Beschlüsse vom 04.12.2008 – BGH Az. IX ZB 41/08, WM 2009, 331 Rn. 9 und vom 14.01.2010 – BGH Az. VII ZB 112/08, BGHZ 184, BGHZ Band 184 Seite 75 Rn. BGHZ 184, 75 Rn. 21; LSG Berlin Brandenburg, Urteil vom 23.01.2014 - L 3 R 1020/08, juris Rn. 37 sowie BFHE 244, 511 Rn. 23).“ (BGH aaO.)

3. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, welche Form der elektronischen Übermittlung im vorliegenden Fall vorliegt.

„So trägt der Kläger einerseits vor, in der Kanzlei seiner Prozessbevollmächtigten sei es üblich und auch vorliegend so gehandhabt worden, dass **„das vorab per Fax fristwahrende Dokument ... elektronisch via Bildschirmfax an das Gericht übermittelt“** werde. Damit behauptet der Kläger die Übersendung der Berufungsbegründung an ein Faxgerät des Berufungsgerichts als Computerfax gemäß § 130 Nr. 6 ZPO, wie sie vorliegend ausweislich der auf dem Ausdruck der Berufungsbegründung vermerkten Empfangsdaten dieses Faxgerätes auch erfolgt ist.

Andererseits behauptet der Kläger, vorliegend sei von einer Sekretärin **„in das elektronische Dokument die jeweilige Signatur des Rechtsanwalts vor Versendung via Fax auf Anweisung des Anwalts in den Schriftsatz vom Büropersonal eingesetzt“** worden. Damit behauptet der Kläger im Widerspruch zu seinen vorherigen Angaben, die Berufungsbegründung sei von der Kanzlei seiner Bevollmächtigten an das Berufungsgericht als elektronisches Dokument im Sinne von § 130a I ZPO übermittelt worden.

Schon wegen dieses in sich widersprüchlichen Vorbringens kann dem Kläger eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden, weil damit innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass die Berufungsbegründungsfrist ohne Verschulden versäumt worden ist, nicht in der erforderlichen Weise vorgetragen werden (BFHE 200, 491 u. 494 zu § 56 FGO).“ (BGH aaO.)

Damit handelt es sich vorliegt um ein Computerfax. Diesen fehlt die eingescannte Unterschrift, so dass die Schriftform nicht gewahrt und die Frist versäumt wurde.

II. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Bei Versäumung der Frist für die Begründung der Berufung ist nach § 233 ZPO ein Wiedereinsetzungsantrag statthaft.

III. ordnungsgemäße Antragstellung

Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Die Schriftform (s.o.) wurde für den Wiedereinsetzungsantrag gewahrt. Zudem enthielt der Antrag nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten.

Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das **Hindernis** zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung **behoben** ist. Es ist davon auszugehen, dass die Klägervertreterin den Wiedereinsetzungsantrag innerhalb von zwei Wochen nach der gerichtlichen Mitteilung beim Berufungsgericht als dem Gericht, bei welchem die Berufungsbegründung einzureichen war, gestellt hat.

IV. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Dies ist mit Eingang des unterzeichneten Originalschriftsatzes bei Gericht am 25.03.2013 erfolgt.

V. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht.

Das Verschulden des **Bevollmächtigten Vertreters** steht § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO dem **Verschulden der Partei** gleich.

Fraglich ist insofern, welche Sorgfaltsanforderungen an einen Rechtsanwalt zu stellen sind, der die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Computerfax seinem Büropersonal überlässt.

*„Der Umfang der von einem Rechtsanwalt zu gewährleistenden Organisation seiner Kanzlei hängt maßgebend davon ab, über welchen **Ausbildungsstand** und welche **Berufserfahrung** die von ihm zur Verrichtung einfacher Tätigkeiten herangezogenen Bürokräfte verfügen. Mit der floskelhaften Bemerkung im Wiedereinsetzungsantrag, **„die stets zuverlässige Sekretärin“**, Frau S. arbeitete **„bereits seit Monaten eigenverantwortlich und verlässlich“** und sei **„stets pflichtbewusst“**, kann der Kläger ein mögliches Organisationsverschulden seiner Prozessbevollmächtigten nicht ausräumen.*

*Es bleibt völlig **offen**, über **welche Ausbildung** die Sekretärin verfügte, wieviel **Berufserfahrung** sie hatte und wie lange sie bei der Nebenintervenientin bereits mit welchen Aufgaben beschäftigt war. Ebenfalls offen bleibt, ob die Sekretärin bereits zuvor mit dem **Einscannen von Unterschriften in elektronische Dokumente** und deren anschließender **Übermittlung per Computerfax** betraut war und hierbei fehlerfrei gearbeitet hatte. Im Wiedereinsetzungsantrag ist demgegenüber - wie bereits dargetan - ohne nähere Konkretisierung nur davon die Rede, dass in der Kanzlei der Klägervertreterin **„in das elektronische Dokument die jeweilige Signatur des Anwalts ... vom Büropersonal eingesetzt wird“**. Damit wird weder vorgetragen, dass diese Tätigkeit von der o.g. Sekretärin bereits zuvor ausgeführt wurde noch dass diese auch mit dem Einscannen von Unterschriften in elektronische Schriftsätze zwecks deren Übermittlung per Computerfax vertraut war. Alles dies lässt der Wiedereinsetzungsantrag im Dunkeln, weshalb es vorliegend bezüglich der Übermittlung eines Computerfaxes in der Kanzlei der Klägervertreterin an einem zusammenhängenden, auf den hier zu beurteilenden Fall zugeschnittenen Vortrag der eine Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen (§ 236 II ZPO) fehlt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 30.10.2001 – BGH Az. VI ZB 41/01, NJW 2002, 443 u. 444 zur Vorfristnotierung und vom 21.02.2002 – BGH Az. IX ZA 10/01, NJW 2002, 2180 f. zur Revisionseinlegung; MüKo-ZPO/Gehrlein, 4. Aufl., § 236 Rn. 10; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 236 Rn. 6; Musielak/Grandel, ZPO, 11. Aufl., § 236 Rn. 4).“ (BGH aaO.)*

VI. Ergebnis

Die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beruht nach all dem auf einer Pflichtwidrigkeit der Prozessbevollmächtigten des Klägers. Wiedereinsetzung ist daher nicht zu gewähren.

(BVerfG in NStZ 2015, 170; Beschluss vom 15.01.2015 – 2 BvR 878/14)

1. Ein **zentrales Anliegen** der vom Gesetzgeber mit dem Verständigungsgesetz verfolgten Regelungskonzeption ist die **Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit**
2. Dies ist notwendig, damit das **Vertrauen der Öffentlichkeit** in die Fähigkeit des Staates, mittels einer **wirksamen Strafverfolgung** öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten und Gerechtigkeit im Einzelfall sowie eine gleichmäßige Behandlung aller zu garantieren, uneingeschränkt aufrechterhalten werden kann
3. Der Gesetzgeber hat **Verstöße gegen die verfahrensrechtlichen Sicherungen** der Verständigung, zu denen auch die Transparenz- und Dokumentationspflichten gehören, **nicht als absolute Revisionsgründe** eingestuft. Die Revisionsgerichte sind daher nicht gehindert, bei der Prüfung, ob sich ein Beruhen des Urteils auf einem Transparenzverstoß ausnahmsweise ausschließen lässt, Art und Schwere des Verstoßes zu berücksichtigen

Fall: Mit Urteil vom 15.11.2012 verurteilte das LG Karlsruhe den Beschwerdeführer wegen gemeinschaftlichen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren.

In der ersten Unterbrechung wurden Gespräche über die Möglichkeit einer Verständigung geführt. Nach Erinnerung eines der beiden Verteidiger wurden dabei als Untergrenze vier Jahre, möglicherweise auch vier Jahre und sechs Monate, und als Obergrenze sechs Jahre Freiheitsstrafe in Aussicht gestellt. Beide Verteidiger erörterten den Gegenstand des Gesprächs mit dem Beschwerdeführer, der weiterhin auf seiner Unschuld beharrte und daher die Verständigung ablehnte. Nach Wiedereintritt in die öffentliche Hauptverhandlung gab der Vorsitzende bekannt, dass während der Unterbrechung zwischen den Verteidigern, dem Sitzungsvertreter der StA und den beiden Berufsrichtern Gespräche über eine Verständigung stattgefunden hätten und eine Verständigung nicht zustande gekommen sei. Den näheren Inhalt der Gespräche teilte er nicht mit.

In einem späteren Termin gab der Vorsitzende gemäß § 257 b StPO bekannt, dass das Gericht entgegen der Anklage nicht von einer Verurteilung wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln ausgehe. Daraufhin fanden erneut Gespräche mit denselben Beteiligten statt. Nach Erinnerung beider Verteidiger stellten die Berufsrichter unter Bezugnahme auf die bisherige Beweisaufnahme bei geständiger Einlassung nunmehr eine Freiheitsstrafe von vier Jahren sowie die Außervollzugsetzung des Haftbefehls bei Hinterlegung einer angemessenen Kautions in Aussicht. Der Beschwerdeführer lehnte eine Verständigung jedoch weiterhin ab.

Nach der Unterbrechung gab der Vorsitzende in der öffentlichen Hauptverhandlung wiederum lediglich bekannt, dass die Möglichkeit einer Verständigung zwischen den Berufsrichtern, der StA und den Verteidigern erörtert worden sei. Nähere Angaben zum Inhalt des Gesprächs machte er dagegen nicht. Eine Verständigung kam im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht zu Stande. Eine weitere Mitteilung des Inhalts der außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräche erfolgte ebenfalls nicht.

Gegen das Urteil des LG legte der Beschwerdeführer Revision ein und rügte unter anderem einen Verstoß gegen § 243 IV 2 StPO, weil der Vorsitzende es unterlassen habe, in der öffentlichen Sitzung den wesentlichen Inhalt der außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräche über eine verfahrensbeendende Verständigung mitzuteilen. Durch Beschluss vom 29.11.2013 verwarf der BGH die Revision des Beschwerdeführers mit der Begründung, es liege zwar ein Verstoß gegen § 243 IV 2 StPO vor; dies stelle jedoch keinen absoluten Revisionsgrund dar, und das Urteil beruhe auch nicht auf dem Verstoß. Hält dies einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand?

I. **Recht auf den fairen Verfahren (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG)**

Der BGH hatte das Beruhen des landgerichtlichen Urteils auf dem Verstoß gegen § 243 IV 2 StPO allein unter dem Gesichtspunkt einer Einwirkung auf das Aussageverhalten des Angekl. geprüft.

„[Hierbei] **verkennt er Bedeutung und Tragweite des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG) für die Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Verständigung im Strafprozess (vgl. BVerfG Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 15.01.2015 – 2 BvR 2055/14 -).** ...

*Ein **zentrales Anliegen** der vom Gesetzgeber mit dem Verständigungsgesetz verfolgten Regelungskonzeption ist die **Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit**. Dem Gesetzgeber kam es maßgeblich darauf an, die **Transparenz** der strafgerichtlichen Hauptverhandlung und die **Unterrichtung der Öffentlichkeit** in der Hauptverhandlung gerade im Falle einer Verständigung zu bewahren; die Verständigung muss sich nach dem Willen des Gesetzgebers „im Lichte der öffentlichen Hauptverhandlung offenbaren“ (vgl. BVerfGE 133, 168 [214 f., Rn. 81 f.] unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs der BReg, BT-Dr 16/12310, S. 8, 12).*

Die mit der Möglichkeit einer Beobachtung der Hauptverhandlung durch die Allgemeinheit verbundene **öffentliche Kontrolle der Justiz** erhält durch die gesetzliche Zulassung der in eine vertrauliche Atmosphäre drängenden Verständigungen zusätzliches Gewicht. Dem hat der Gesetzgeber durch die Mitteilungspflicht in § 243 IV StPO Rechnung getragen. Die Öffentlichkeit kann ihre Kontrollfunktion nur ausüben, wenn sie die Informationen erhält, die zur **Beurteilung der Angemessenheit einer etwaigen Verständigung** erforderlich sind. Nur so bleibt der gerichtliche Entscheidungsprozess transparent und die Rspr. auch in Verständigungsfällen für die Allgemeinheit durchschaubar. Dies ist notwendig, damit das **Vertrauen der Öffentlichkeit** in die Fähigkeit des Staates, mittels einer **wirksamen Strafverfolgung** öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten und Gerechtigkeit im Einzelfall sowie eine gleichmäßige Behandlung aller zu garantieren, uneingeschränkt aufrechterhalten werden kann (vgl. BVerfGE 133, 168 [217, Rn. 88 f.]). „Die Kontrolle durch die Öffentlichkeit soll verhindern, dass „sachfremde, das Licht der Öffentlichkeit scheinende Umstände auf das Gericht und damit auf das Urteil Einfluss gewinnen“ (vgl. BGHSt 9, 280 [282]). **Intransparente, unkontrollierbare „Deals“** sind im Strafprozess wegen der mit ihnen verbundenen **Gefährdung des Schuldprinzips**, der darin verankerten **Wahrheitserforschungspflicht** und des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Prinzips des fairen Verfahrens bereits von Verfassungs wegen untersagt (BVerfGE 133, 168 [232, Rn. 115]).“ (BVerfG aaO.)

Vor diesem Hintergrund hat der BGH zu Unrecht allein darauf abgestellt, ob die unzureichende Mitteilung sich auf das Aussageverhalten des Angekl. ausgewirkt habe und hierbei darauf abgestellt, dass dieser sich nicht seines Schweigerechts begeben habe und zu geständigen Angaben „ohnehin“ nicht bereit gewesen sei.

„Hierdurch wird die Bedeutung der Transparenzvorschriften des Verständigungsgesetzes für die auch dem Schutz des Angekl. vor **sachfremder Beeinflussung des Gerichts** und damit der **Verfahrensfairness** dienende Kontrolle des gesamten Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit ausgeblendet; gerade sie erfährt jedoch durch den Verstoß gegen die Mitteilungspflicht eine Beeinträchtigung. Dieser Schutzgehalt des § 243 IV StPO, der unabhängig vom Aussageverhalten des Angekl. Geltung beansprucht, hätte bei der Beruhensprüfung Berücksichtigung finden müssen.“ (BVerfG aaO.)

II. Umfang der Mitteilungspflicht

Der BGH hat aber zudem seine Revisionsentscheidung darauf gestützt, dass ein Transparenzverstoß deshalb nicht vorliege, weil die Gespräche als solche nicht geheim gehalten worden seien und im konkreten Fall trotz der unzureichenden Mitteilung ihres Inhalts **ausnahmsweise davon auszugehen** sei, dass sie **nicht** auf eine wie auch immer geartete inhaltlich **unzulässige Absprache** gerichtet gewesen seien, weil die Revision selbst dies ausdrücklich vorgetragen habe. Diese Erwägung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

„[Der] Gesetzgeber [hat] Verstöße **gegen die verfahrensrechtlichen Sicherungen der Verständigung**, zu denen auch die Transparenz- und Dokumentationspflichten gehören, **nicht als absolute Revisionsgründe** eingestuft (vgl. BVerfGE 133, 168 [223, Rn. 97]). Die Revisionsgerichte sind daher nicht gehindert, bei der Prüfung, ob sich ein **Beruhens des Urteils auf einem Transparenzverstoß ausnahmsweise ausschließen** lässt, Art und Schwere des Verstoßes zu berücksichtigen. Da die Transparenz- und Dokumentationspflichten auch der **Verhinderung gesetzwidriger Verständigungsbemühungen** dienen, kann ferner von Bedeutung sein, welcher Art die Gesprächsinhalte waren, die in der Hauptverhandlung nicht mitgeteilt und damit der Öffentlichkeit vorenthalten wurden, sofern sie sich trotz des Transparenzverstoßes zweifelsfrei feststellen lassen. Das Stattfinden von Gesprächen, die auf die Herbeiführung einer gesetzwidrigen Absprache gerichtet waren, wird allerdings umso weniger auszuschließen sein, je schwerer der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht wiegt.

Im vorliegenden Fall sind nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung jeweils Mitteilungen nach § 243 IV 2 StPO erfolgt. Zwar hat sich der Vorsitzende nicht zum genauen Ablauf und Inhalt der in der Verhandlungspause geführten Verständigungsgespräche geäußert, was eine Verletzung der Mitteilungspflicht darstellt. Er hat jedoch offengelegt, dass entsprechende Gespräche stattgefunden haben und dass diese ergebnislos verlaufen sind. Ferner enthielt die Revisionsbegründung detaillierte Stellungnahmen der erstinstanzlichen Verteidiger, aus denen sich Ablauf und Inhalt der Gespräche ergaben. Diese wurden zum Bestandteil des Revisionsvorbringens gemacht. Das Revisionsgericht konnte hieraus **zweifelsfrei entnehmen**, dass die **Gespräche nicht auf die Herbeiführung einer gesetzwidrigen Absprache** gerichtet waren. Auch die Revisionsbegründung selbst gelangt zu dieser Schlussfolgerung.“ (BVerfG aaO.)

Unter diesen Umständen konnte der BGH ausnahmsweise ohne Verstoß gegen das gesetzliche Schutzkonzept und die dahinterstehenden verfassungsrechtlichen Wertungen ein Beruhens des landgerichtlichen Urteils auf der Verletzung der Mitteilungspflicht verneinen.

StPO
§ 102**Voraussetzungen für Wohnungsdurchsuchung
Tatverdacht auf der Grundlage erlaubten Verhaltens**

StPO

(LG Regensburg in StV 2015, 159; Beschluss vom 10.10.2014 – 2 Qs 41/14)

Erlaubtes Verhalten (hier: Bezug nicht-pornographischer Nacktbilder von Kindern) kann bei der für die Beurteilung des Tatverdachts nötigen Gesamtabwägung im Einzelfall ein Indiz darstellen, für sich alleine aber regelmäßig **keine Grundlage für die Annahme** einer für eine Wohnungsdurchsuchung ausreichenden Wahrscheinlichkeit i.S.d. § 102 StPO sein.

A. Grundlagenwissen: Durchsuchung nach §§, § 102 StPO (nach Prof. Dr. Bernd Heinrich/Dr. Tobias Reinbacher; http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strpr/14_durchsuchung)**I. Durchsuchung beim Verdächtigen, § 102 StPO****1. Durchsuchungszweck**

Beim Verdächtigen darf eine Durchsuchung stattfinden

- a) zum Zweck seiner Ergreifung (sog. **Ergreifungsdurchsuchung**)
- b) zur Beweissicherung (sog. **Ermittlungsdurchsuchung**).

Eine Durchsuchung, die lediglich der Ausforschung dient, ist unzulässig. Die Durchsuchung.

2. Durchsuchungsgegenstand.

Die Durchsuchung kann sich auf die **Wohnung** oder **andere Räume** des Verdächtigen, seine Sachen sowie seine Person erstrecken. Durchsuchungsobjekt sind dabei diejenigen beweglichen Sachen, die dem Verdächtigen „gehören“, d.h. hier: wenigstens in seinem (Mit-)Gewahrsam stehen. Im Hinblick auf die Durchsuchung der Person ist sowohl die **Durchsuchung am Körper** (worunter auch die „natürlichen“ Körperöffnungen, z.B. die Mundhöhle fallen) als auch der sich am Körper befindlichen Kleidung zulässig. Nicht erfasst ist die Durchsuchung im Körper (hier gelten die strengeren Vorschriften über die körperliche Durchsuchung, §§ 81a ff. StPO).

3. Durchsuchungsvoraussetzungen

Zulässig ist die Durchsuchung bereits dann, wenn die Vermutung besteht, dass sie zur Auffindung des Verdächtigen oder von Beweismitteln etc. führt.

II. Durchsuchung bei anderen Personen, § 103 StPO

Bei anderen Personen ist das Ziel der Durchsuchung beschränkt auf

1. die Durchsuchung zur Ergreifung des Beschuldigten (**beschränkte Ergreifungsdurchsuchung**)
2. die Durchsuchung zum Auffinden bestimmter Gegenstände und Spuren (**beschränkte Ermittlungsdurchsuchung**).

Erfasst ist in § 103 StPO ausdrücklich nur die Durchsuchung von **Räumlichkeiten**, ggf. aber auch **ganze Gebäude**. Unter einem Gebäude ist eine räumlich abgegrenzte, selbstständige bauliche Einheit zu verstehen, die mehrere Wohnungen oder sonstige Räumlichkeiten umfassen kann.

Fraglich ist, ob auch **Personendurchsuchungen** zulässig sind. Die h.M. bejaht dies auf Grund eines Erst-Recht-Schlusses zu § 81c StPO: Wenn sogar die weiter gehende körperliche Untersuchung zulässig ist, so muss erst recht die mildere Maßnahme der Durchsuchung gestattet sein. Weitere Voraussetzung ist aber, dass **konkrete Tatsachen** (d.h. anders als bei der Durchsuchung des Verdächtigen nicht nur bloße Vermutungen) vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung des Beschuldigten oder des gesuchten Gegenstandes in den Räumlichkeiten der betreffenden Person führt. Die bloße „Aussicht“, beweisrelevantes Material zu finden, genügt also

nicht. § 103 I 2 StPO erlaubt im Rahmen der Aufklärung von Straftaten nach den §§ 129a, b StGB (Terrorismus)

III. Durchsuchungsverbote

§§ 102 ff. StPO enthalten keine den §§ 52 ff., 97 StPO entsprechenden Durchsuchungsverbote. Insofern ist auch eine **Durchsuchung bei zeugnisverweigerungsberechtigten Personen zulässig**. Allerdings ist eine Durchsuchung nach erkennbar beschlagnahmefreien Gegenständen (§ 97 StPO) unzulässig.

Die nächtliche Hausdurchsuchung ist nur unter den Voraussetzungen des § 104 StPO gestattet: bei Verfolgung auf frischer Tat, bei Gefahr in Verzug oder wenn es sich um die Wiederergriffung eines entwichenen Gefangenen handelt.

B. kein Tatverdacht für Durchsuchung bei erlaubtem Verhalten (vgl. LG Regensburg, StV 2015, 159)

Fall: Nach den Ergebnissen der Ermittlungen des BKA, der GStA Frankfurt/M. sowie der StA Regensburg besteht gegen den Besch. der Verdacht, dass er am 29.07.2010 über die Internetseite www.a....de von der Fa. X die Bildserie „... PHOTOS“ zum Download gegen einen Kaufpreis von 6,95 US-Dollar (5,33 €) bezog. Er benutzte dabei seine Klarpersonalien, die E-Mailadresse »K...@...« und seine Kreditkarte. Die Bildserie zeigt nackte Jungen im Alter von etwa 10 bis 12 Jahren in einem Umkleebereich, u.a. beim Duschen. Die Bilder zählen aber nach Beurteilung aller drei Ermittlungsbehörden zu der so genannten »Kategorie II« (nichtpornografische Nacktaufnahmen von Kindern und Jugendlichen)«. Die Fa. X vertrieb auch umfangreiches strafbares kinder- und jugendpornografisches Material (»Kategorie I«).

Die StA Regensburg beantragte mit Vfg. v. 01.07.2014 bei dem AG – Ermittlungsrichter – Regensburg den Erlass eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses für die Wohnung und Fahrzeuge des Besch. mit der Begründung, dass aufgrund der Bestellung des legalen oben genannten Bildmaterials auch der Verdacht des Erwerbs und Besitzes (anderer) kinder- oder jugendpornografischer Schriften gem. §§ 184b, c StGB bestehe. Die StA Regensburg wurde um umfangreiche Nachermittlungen gebeten, welche ergeben haben, dass mit Ausnahme des Bezuges der Bilderserie „... PHOTOS“ keine weiteren relevanten Erkenntnisse gegen den Besch. zu ermitteln waren. Der Auszug aus dem BZR für den Besch. weist keine Einträge auf.

Liegen die Voraussetzungen für einen entsprechenden Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses vor?

Nach § 102 StPO kann eine Durchsuchung bei jemandem erfolgen, welcher als Täter oder Teilnehmer einer Straftat verdächtig ist, wenn zu vermuten ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen wird. Fraglich ist daher im vorliegenden Fall, ob von dem Verdacht einer Straftat ausgegangen werden kann.

I. Straftat durch den Besitz der Nacktaufnahmen von Kindern

Durch den Besitz der betreffenden Aufnahmen hat sich der Besch. nicht strafbar gemacht.

„Der Erwerb und der Besitz solcher Bilddateien sind – auch nach Ansicht der StA Regensburg – de lege lata nicht strafbar. Bei diesen Bildern handelt es sich nicht um kinderpornografische Schriften i.S.d. § 184b I StGB, da sie keine sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 I) zum Gegenstand haben. Die Bilder wurden auch augenscheinlich nicht heimlich aufgenommen.“ (LG Regensburg aaO.)

II. Verdacht einer Straftat bezüglich des Besitzes auch illegaler Nacktaufnahmen

Fraglich ist aber, ob der Besitz derartiger Aufnahmen den Verdacht begründen kann, dass der Besch. auch in Besitz illegaler Kinderaufnahmen ist und eine Durchsuchung dem Auffinden entsprechender Beweismittel dienlich sein kann.

1. Anforderungen an Tatverdacht bei Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung

Die Durchsuchung der Wohnung stellt regelmäßig einen schweren Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen, namentlich in das durch Art. 13 I GG geschützte Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, dar. Vor diesem Hintergrund müssen an die Verdachtsmomente für die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung auch entsprechende Anforderungen gestellt werden.

*„Im Bereich der Strafverfolgung ist Voraussetzung einer Durchsuchungsanordnung die **Wahrscheinlichkeit**, dass eine **bestimmte Straftat bereits begangen** worden ist; hierfür müssen **zureichende tatsächliche An-***

haltspunkte vorliegen. Das Gewicht des Eingriffs verlangt als Durchsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, die **über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen**. Die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung steht zudem von vornherein unter dem allg. Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der jeweilige Eingriff muss insbes. ein **angemessenes Verhältnis zur Stärke des bestehenden Tatverdachts** wahren. So statuiert auch Nr. 73a RiStBV: „Durchsuchung und Beschlagnahme stellen erhebliche Eingriffe in die Rechte des Betroffenen dar und bedürfen daher im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer sorgfältigen Abwägung.“ (LG Regensburg aaO.)

2. Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts im vorliegenden Fall.

Konkrete Erkenntnisse hinsichtlich eines über die bekannten Tatsachen hinausgehenden Straftatbestandes liegen nicht vor. Es könnte lediglich von dem Erwerb legaler Nacktaufnahmen von Kindern auf die Neigungen des Beschl geschlossen werden, die wieder den Schluss zulassen könnten, dass auch in Besitz strafbaren Bildmaterials ist.

„**Erlaubtes Verhalten** kann zwar nach der Überzeugung der Kammer bei der für die Beurteilung des Tatverdachts nötigen Gesamt abwägung durchaus im Einzelfall ein **Indiz** darstellen. Es kann jedoch **für sich alleine genommen regelmäßig keine Grundlage** für die Annahme einer für eine Wohnungsdurchsuchung ausreichenden Wahrscheinlichkeit i.S.d. § 102 StPO sein. Würde man nämlich – auch ggf. unter Beachtung kriminalistischer Erfahrungssätze oder sonstiger allg. Überlegungen – **alleine aus erlaubtem Verhalten die Wahrscheinlichkeit zusätzlichen verbotenen Tuns** ableiten, so missachtete man die vom Gesetzgeber vorgegebene Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem und eröffnete die Möglichkeit von **nahezu unbeschränkten Grundrechtseingriffen**. Häufig werden sich nämlich Korrelationen zwischen erlaubtem und verbotenem Handeln finden (oder konstruieren) lassen.

So mag es durchaus der kriminalistischen Erfahrung entsprechen, dass Drogenabhängige in ihrer Wohnung BtM i.S.d. BtMG vorrätig halten und zugleich neben ihrem BtM-Konsum auch Alkohol missbrauchen. Dennoch darf aus einem **übermäßigen Alkoholkonsum nicht der Tatverdacht eines unerlaubten Besitzes von BtM** gezogen werden.

Ebenfalls finden sich im Haushalt von »Waffennarren«, die sich des Besitzes einer Waffe entgegen § 2 I oder 3 WaffG schuldig gemacht haben, nicht selten sog. (erlaubte) Dekowaffen. Dennoch darf aus dem **Erwerb einer solchen Dekowaffe nicht der Tatverdacht eines unerlaubten Besitzes von verbotenen Waffen** gezogen werden.

Nichts anderes kann in den Fällen gelten, in welchen Menschen aufgrund ihrer sexuellen Veranlagung handeln. Pädophil veranlagte Menschen haben sich diese Veranlagung nicht ausgewählt. **Pädophilie** lässt sich nach gegenwärtigem Wissenstand nicht heilen. Sie ist **per se auch nicht strafrechtlich relevant**. Die derzeitige Gesetzeslage erlaubt es pädophil veranlagten Menschen, ihren Sexualtrieb durch Selbstbefriedigung auch mit Hilfe von Bildmaterial der so genannten »Kategorie II« auszuleben.“ (LG Regensburg aaO.)

Zwar wird die gegenwärtige gesetzliche Definition der kinderpornografischen Schriften aus § 184b I StGB immer wieder kritisch hinterfragt. Es ist aber Aufgabe des Gesetzgebers, hier die Grenze zur Strafbarkeit zu bestimmen. Solange diese nicht vorverlagert wird, kann es nicht sein, dass man einem **pädophil veranlagten Menschen**, der sich gerade gesetzestreu verhalten will und verhalten hat, dennoch unter **Generalverdacht** stellt.

„Der Erwerb und der Besitz von Bildmaterial der so genannten »Kategorie II« mögen daher für sich genommen den Schluss auf eine pädophile Veranlagung erlauben. Ein weitergehender Schluss auf ein **wahrscheinliches kriminelles Handeln** verbietet sich jedoch. Verheerender als die praktische Sinnlosigkeit einer solchen Strafverfolgung ist der **Verlust ihrer Legitimität**. Es ist, so lautet die Botschaft, weder möglich noch nützlich, noch ausreichend, sein Verhalten an den gesetzlich bestimmten Grenzen zu orientieren. Denn die immer höhere, immer weiter **vorverlagerte Bestrafung von Menschen mit sexuell devianten Neigungen** führt – gegen alle Ankündigungen der Rechtspolitiker – in Wahrheit nicht dazu, dass jene sich für das Recht (also das Erlaubte) und gegen das Unrecht entscheiden können oder auch nur wollen. Und wenn sie es täten, hülfe es ihnen nichts: Die Bemühung, nur und gerade das zu tun, was noch erlaubt ist, begründet erst recht den Verdacht, dass die wahren Verbrechen jetzt bloß verschleiert werden sollen.“ [Fischer in der ZEIT Nr. 10/2014 v. 06.03.2014]“ (LG Regensburg aaO.)

Ein hinreichender Verdacht liegt daher im vorliegenden Fall nicht vor.

„Dabei überzeugt auch die Argumentation der StA Regensburg nicht, die näheren Umstände des Erwerbs der Bilderserie seien hier ausreichendes Indiz, vor allem, da es sich um einen entgeltlichen Erwerb gehandelt habe. Denn der Kaufpreis von 5,33 Euro war eher moderat, sodass der Besch. insoweit keine besondere Hemmschwelle überwinden musste. Es ist **nicht einmal ausgeschlossen**, dass er die Serie nur **aus Neugier** erwarb.

Zudem hat der Besch. bei der Bestellung **keine Verschleierungsmaßnahmen** unternommen, die auf eine grundsätzliche Bereitschaft zu (auch) kriminellem Handeln schließen lassen könnten. Er hat das Bestellformular mit seinen echten Personaldaten ausgefüllt und nicht einmal eine Alias-Mailadresse (die man sich im

Internet auch als Laie ohne großen Aufwand besorgen kann) genutzt. Ebenso wenig hat er seine IP-Adresse über einen der zahlreichen kostenlosen oder kostenpflichtigen Proxy-Dienste verschleiert.

Weiterhin hat er, obwohl die Fa. X nach den Erkenntnissen des BKA über die betroffene Internetpräsenz auch **umfangreiches kinderpornografisches Material** anbot, **gerade nicht solches Material bestellt**.

Schon diese **Begleitumstände der Bestellung** v. 29.07.2010 sprechen daher insgesamt eher gegen den Verdacht, dass der Besch. weitere kinder- oder jugendpornografische Schriften erwarb oder besitzt.“ (LG Regensburg aaO.)

3. Unverhältnismäßigkeit einer Durchsuchungsanordnung

Die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung könnte zudem auch unverhältnismäßig sein, selbst wenn sich auf den vorliegenden Grundlagen der Verdacht einer Straftat konstruieren ließe.

„Selbst wenn man nämlich derzeit mit der StA Regensburg **aus allg. kriminalistischen Erfahrungen** annehmen wollte, dass gegen den Besch. der Verdacht des Erwerbs oder Besitzes von kinder- oder jugendpornografischen Schriften bestünde, so könnten **Stärke des Tatverdachts und Ausmaß des mutmaßlichen Tatumfangs** nicht ansatzweise eingegrenzt werden. Handelt es sich um ein einziges jugendpornografisches Bild, das vor vielen Jahren erworben wurde? Handelt es sich um hunderte oder gar tausende Bilder und Videofilme? Was genau zeigen diese mutmaßlichen Schriften, unter welchen Umständen und mit welchen Vorstellungen hat der Besch. sie wie und von wem erworben?

Solange all diese Fragen völlig ungeklärt sind, kann auch die Verhältnismäßigkeit einer **Wohnungsdurchsuchung** nicht beurteilt werden. Da eine solche aber – gerade im Zusammenhang mit einem solchen Tatvorwurf – nicht selten zur **Gefährdung oder Vernichtung der Existenz** des Betr. führen kann, muss im Zweifel angenommen werden, dass die Eingriffsmaßnahme nicht in angemessenem Verhältnis zur Schwere der konkreten Straftat stünde.

Der Umstand, dass der Besch. nach den vorliegenden Erkenntnissen [...] nur eine einzige legale Bilderserie erwarb und seither nicht mehr einschlägig in Erscheinung trat, lässt jedenfalls nicht mit ausreichender Sicherheit die Annahme eines der Durchsuchung angemessenen mutmaßlichen Tatumfangs zu.“ (LG Regensburg aaO.)

(OVG Münster in NVwZ-RR 2015, 172; Beschluss vom 13.11.2014 – 2 B 1111/14)

1. Die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts i.S.v. § 41 I NRWVwVG liegt vor, wenn die Behörde dem Adressaten vom Inhalt des Verwaltungsakts, d.h. von dessen verfügendem Teil, mit Wissen und Wollen Kenntnis verschafft.
2. Grundsätzlich ist nach § 3a I 1 NRWVwVG die **Übermittlung elektronischer Dokumente** zulässig, soweit der Empfänger hierfür einen **Zugang eröffnet**.
3. Bei **Privatpersonen** setzt dies über das Vorhalten einer E-Mailadresse hinaus voraus, dass der Betreffende diese Adresse im einzelnen Verfahren schon verwendet oder zur Benutzung mitgeteilt hat.
4. Für **Behörden, geschäftliche Nutzer und Rechtsanwälte** gilt demgegenüber ein strengerer Maßstab. Bei diesen Verfahrensakteuren kann eine Zugangseröffnung regelmäßig schon dann angenommen werden, wenn sie eine **elektronische Adresse auf ihren Briefköpfen oder auf ihrer Homepage im Internet als Kontaktadresse** angeben.
5. Eine Rechtsbehelfsbelehrung erfordert grundsätzlich keine Belehrung über ihren Adressaten. Ist sie aber **personalisiert**, so ist sie gegenüber anderen **potenziell Drittbetroffenen** ist unterblieben, es sei denn, diese mussten sie in Anbetracht der Gesamtumstände eindeutig auch auf sich beziehen. In diesem Fall läuft dann die Jahresfrist des § 58 II VwGO.

Fall: Dem Prozessbevollmächtigten des Ast. wurde die dem Nachbarn des Ast. erteilte Baugenehmigung vom 02.05.2013 am 11.06.2014 per E-Mail im Originaltext nebst an den Bauherrn gerichteter Rechtsbehelfsbelehrung übermittelt. Hiergegen hat er am 08.08.2014 Klage erhoben. Ist die Klage verfristet?

I. Einhaltung der Klagefrist

Nach § 74 I 2 VwGO ist die Anfechtungsklage innerhalb von einem Monat nach Bekanntgabe des angefochtenen Verwaltungsaktes erhoben werden. Fraglich ist, wann hier die Bekanntgabe der Baugenehmigung an den Ast. erfolgt ist.

1. Begriff der Bekanntgabe

Die Bekanntgabe von Verwaltungsakten ist in § 41 NRWVwVG geregelt. Fraglich ist, was darunter zu verstehen ist.

*„Die **Bekanntgabe** eines Verwaltungsakts i.S.v. § 41 I NRWVwVG ist die **Eröffnung des Verwaltungsakts** gegenüber den von ihm Betr. Dazu reicht es aus, wenn die Behörde dem Adressaten vom Inhalt des Verwaltungsakts, d.h. von dessen verfügendem Teil, **Kenntnis verschafft**. Das Fehlen der Begründung, der Rechtsmittelbelehrung oder etwaiger Anlagen ist für die Wirksamkeit der Bekanntgabe unschädlich, wenn der Empfänger gleichwohl von der Vollständigkeit der übermittelten Regelung ausgehen muss. Erforderlich ist nur, dass die **Kenntnisverschaffung mit Wissen und Wollen der zuständigen Behörde** geschieht (vgl. zum Ganzen: BVerwG, Beschl. v. 08.12.1995 – 11 B 132/95, BeckRS 1995, 31239190; Beschl. v. 06.05.1991 – 1 B 41/91, BeckRS 1991, 31228076; BVerwGE 29, 321 = NJW 1968, 1538; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 41 Rn. 6 ff.).*

*Das lediglich **zufällige Bekanntwerden** eines Verwaltungsakts **genügt nicht** für eine Bekanntgabe, ebenso nicht lediglich private Mitteilungen oder eine informatorische Übermittlung vorab (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 41 Rn. 7 a; U. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 55; Ziekow, VwVfG, 3. Aufl. 2013, § 41 Rn. 4).“ (OVG Münster aaO.)*

2. per E-Mail

Hier könnte die Bekanntgabe darin liegen, dass dem Adressaten Kenntnis von dem Verwaltungsakt durch Übersendung per E-Mail verschafft wurde. Grundsätzlich ist nach § 3a I 1 NRWVwVG die Übermittlung elektronischer Dokumente zulässig, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet. Fraglich ist, ob hiervon schon dann ausgegangen werden kann, wenn jemand über eine E-Mailadresse verfügt.

*„Von einer Zugangseröffnung ist nach der Verkehrsauffassung **grundsätzlich nicht schon dann auszugehen**, wenn ein **privater Empfänger** über einen E-Mail-Account verfügt und die **E-Mail-Adresse der Behörde bekannt** ist. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der private Empfänger der Behörde die **E-Mail-Adresse***

gezielt in dem betr. Verfahren mitgeteilt hat und dass bereits in der Vergangenheit in diesem Verfahren zwischen der Behörde und dem Bürger auf diesem Weg korrespondiert wurde. Für Behörden, geschäftliche Nutzer und Rechtsanwälte gilt demgegenüber ein strengerer Maßstab. Bei diesen Verfahrensakteuren kann eine Zugangseröffnung regelmäßig schon dann angenommen werden, wenn sie eine elektronische Adresse auf ihren Briefköpfen oder auf ihrer Homepage im Internet als Kontaktadresse angeben (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 01.10.2008 – 5 NC 73/08; Kopp/Ram-sauer, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 3 a Rn. 12 und § 41 Rn. 11 b; Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 3 a Rn. 12 f.; Ziekow, VwVfG, 3. Aufl. 2013, § 3 a Rn. 3).“ (OVG Münster aaO.)

3. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben von einer wirksamen Bekanntmachung der Baugenehmigung vom 02.05.2013 an den Prozessbevollmächtigten des Ast. mit der E-Mail der Ag. vom 11.06.2014 anzunehmen ist.

a) Kenntnisverschaffung

„Die Ag. verschaffte dem Prozessbevollmächtigten des Ast. ausweislich des Anschreibens in der E-Mail auf diesem Weg willentlich Kenntnis von der Baugenehmigung. Dabei vermittelte sie dem Prozessbevollmächtigten des Ast. die Kenntnis von dem wesentlichen Inhalt der Genehmigung. In der Anlage zu der E-Mail befand sich nicht nur der Genehmigungsbescheid selbst, sondern auch der genehmigte amtliche Lageplan. Mit dessen Hilfe konnte der Prozessbevollmächtigte des Ast. namentlich erkennen, dass die Ag. der Beigel. zu 1 die Errichtung der dem Ast. mit Schreiben an die Ag. vom 28.05.2014 allein beanstandeten, offenbar unmittelbar grenzständigen Garage genehmigt hatte. Für das Verständnis dieses für ihn wesentlichen Regelungsinhalts der Baugenehmigung bedurfte der Prozessbevollmächtigte des Ast. keiner weiteren Bauvorlagen nebst eingetragener Prüfvermerke.“ (OVG Münster aaO.)

b) Bekanntgabewille

Bei der Versendung dürfte es sich aber nicht nur eine informatorische Maßnahme handeln, sondern es muss ein Bekanntgabewille der Behörde vorgelegen haben.

„Die Ag. handelte bei objektiver Betrachtung bei der Versendung der E-Mail vom 11.06.2014 mit echtem Bekanntgabewillen und nicht nur informatorisch. Der solchermaßen erfolgten Übermittlung der Baugenehmigung ging das vorerwähnte Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Ast. an die Ag. vom 28.5.2014 voraus. Der Prozessbevollmächtigte des Ast. hatte von der Ag. darin bis spätestens zum 30.05.2014 eine verbindliche Erklärung über einen etwaigen Baustopp in Bezug auf den Weiterbau der genehmigten Garage verlangt. Auf Grund dieses Antrags auf bauaufsichtliches Einschreiten musste dem Prozessbevollmächtigten des Ast. klar sein, dass im nunmehr (von ihm) eingeleiteten bauaufsichtlichen Verfahren abgegebene Erklärungen der Ag. rechtsverbindlich sein würden. Denn mit Blick auf die weitere Absichtsbekundung des Prozessbevollmächtigten des Ast. im Schreiben vom 28.05.2014, erforderlichenfalls um verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nachzusuchen, musste es der Ag. im weiteren Verlauf der Korrespondenz erkennbar darum gehen, möglichst zeitnah rechtssichere Verhältnisse herbeizuführen. Dazu zählt die förmliche Bekanntgabe der angegriffenen Baugenehmigung an den Ast., durch die eine Klagefrist in Lauf gesetzt wird bzw. werden soll, welche der Ast. einhalten muss, um den Eintritt der Bestandskraft dieser Baugenehmigung ihm gegenüber zu verhindern.“ (OVG Münster aaO.)

c) Eröffnung eines Zugangs für elektronische Dokumente

Der Prozessbevollmächtigte des Ast. müsste auch im Sinne des § 3a I 1 NRWVwVG einen Zugang eröffnet haben.

„Auf seinem Kanzleibriefkopf ist eine E-Mail-Adresse angegeben. Darüber hinaus hatte er das Schreiben an die Ag. vom 28.05.2014 an diese vorab per E-Mail versandt.“ (OVG Münster aaO.)

Die Baugenehmigung war dem Ast. daher am 11.06.2013 bekannt gegeben.

d) Lauf der Monatsfrist

Fraglich ist jedoch gleichwohl, ob im vorliegenden Fall die Monatsfrist des § 74 I 2 VwGO überhaupt läuft. Dies setzt nämlich voraus, dass die Bekanntgabe der Baugenehmigung an den Ast. mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen war. Anderenfalls läuft nach § 58 II VwGO eine Frist von einem Jahr für die Klageerhebung.

aa) personalisierte Rechtsbehelfsbelehrung

„Gemäß § 58 I VwGO hat die Rechtsbehelfsbelehrung über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist zu belehren. Nach dieser Vorschrift ist es nicht erforderlich, darüber zu belehren, wer

zur Einlegung des Rechtsbehelfs berechtigt, also widerspruchs- oder klagebefugt ist. Enthält die Rechtsbehelfsbelehrung **keine Belehrung über ihren Adressaten**, ist sie grundsätzlich nicht i.S.d. § 58 II VwGO unterblieben oder unrichtig erteilt. Dies gilt uneingeschränkt auch bei **Verwaltungsakten mit Drittwirkung**.

Anders verhält es sich aber, wenn sich die **Rechtsbehelfsbelehrung nur auf einen konkreten Adressaten bezieht**, etwa auf den im Adressfeld genannten unmittelbaren Adressaten des Bescheids selbst. Eine solche Formulierung erweckt den Eindruck, zur Einlegung des Rechtsbehelfs sei nur er befugt. **Gegenüber anderen potenziell Drittbetroffenen ist die Rechtsbehelfsbelehrung dagegen unterblieben**, es sei denn, diese mussten sie in Anbetracht der Gesamtumstände eindeutig auch auf sich beziehen (vgl. BVerwG, NJW 2010, 1686 = BauR 2010, 1738; NVwZ 2009, 191).“ (OVG Münster aaO.)

bb) Anwendung auf den Fall

Hier wurde dem Ast. die Baugenehmigung im Originaltext mit einer an den Bauherrn gerichteten Rechtsbehelfsbelehrung bekannt gegeben.

„Ausgehend davon ist die Rechtsbehelfsbelehrung gegenüber dem Ast. unterblieben. Die seinem Prozessbevollmächtigten am 11.06.2014 bekanntgegebene Baugenehmigung vom 02.05.2013 ist an die Beigel. zu 1 adressiert. Ihr ist eine **Rechtsbehelfsbelehrung** beigefügt, die **nicht abstrakt formuliert** ist, sondern sich mit der Formulierung der Anrede „Sie“ konkret nur an die Beigel. zu 1 richtet. Angesichts dessen bestehen **keine hinreichenden Anhaltspunkte** dafür, dass der Prozessbevollmächtigte des Ast. die Rechtsbehelfsbelehrung gegen ihren Wortlaut nach den Gesamtumständen auch auf den Ast. und von ihm einzulegende Rechtsbehelfe beziehen musste. Die Ag. hat der E-Mail vom 11.06.2014 auch **kein zusätzliches Anschreiben** mit einer auf den Ast. zugeschnittenen Rechtsbehelfsbelehrung hinzugefügt.“ (OVG Münster aaO.)

Eine Rechtsbehelfsbelehrung gegenüber dem Ast. ist demnach nicht erfolgt. Somit läuft die Jahresfrist des § 58 II VwGO ab dem 11.06.2013. Diese war bei Klageerhebung am 08.08.2014 noch nicht abgelaufen. Die Klage ist daher nicht verfristet.

II. Verwirkung des Klagerechts

Allerdings könnte der Ast. als Drittbelasteter sein Klagerecht prozessual verwirkt haben.

„Die Verwirkung der Klagebefugnis setzt einen **längeren Zeitraum** voraus, während dessen die Möglichkeit der Klageerhebung bestand. Diese Möglichkeit muss dem Berechtigten **bewusst gewesen** sein. Der positiven Kenntnis steht es regelmäßig gleich, wenn der Berechtigte von der ihn belastenden Maßnahme zuverlässige Kenntnis hätte haben müssen, weil sich ihm – zum einen – deren Vorliegen hätte aufdrängen müssen und es ihm – zum anderen – möglich und auch zumutbar war, sich über die getroffene Maßnahme letzte Gewissheit zu verschaffen. Die Klageerhebung muss gerade deshalb **gegen Treu und Glauben verstoßen**, weil der Berechtigte trotz vorhandener Kenntnis oder der ihm zuzurechnenden Möglichkeit der Kenntnis erst zu einem derart späten Zeitpunkt Klage erhebt, zu dem die nunmehr Bekl. Behörde nicht mehr mit einer Klageerhebung rechnen musste. Die betr. Behörde rechnet dann nicht mehr mit einer Klageerhebung gegen die von ihr getroffene Maßnahme, wenn ein Berechtigter unter Verhältnissen **ihr gegenüber untätig bleibt, unter denen Jedermann vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen** hätte. Durch das Unterlassen wird eine tatsächliche Lage geschaffen, auf die sich die Behörde einstellen darf. Endlich muss sich die bekl. Behörde auch tatsächlich in einer Weise auf das Verhalten des Berechtigten eingerichtet haben, dass für sie eine begründete Klage mit nicht mehr zumutbaren Nachteilen verbunden wäre (vgl. etwa: BVerwG, NVwZ 2001, 206 = NZV 2001, 93).“ (OVG Münster aaO.)

Für eine solche Verwirkung liegen hier keine Anhaltspunkte vor. Der Ast. hat von der Baugenehmigung, welche die Errichtung einer Garage an der Grundstücksgrenze direkt an seinem Haus F.-Straße 22 einschließt, erst im Jahr 2014 erfahren.

„Zwischen diesem Zeitpunkt und der Klageerhebung am 08.08.2014 war – auch angesichts der zwischenzeitlich in dieser Angelegenheit mit der Ag. geführten Korrespondenz – kein Zustand eingetreten, in dem die Ag. nicht mehr mit einer Klageerhebung hätte rechnen müssen.“ (OVG Münster aaO.)

III. Ergebnis

Obwohl die Übermittlung der an den Prozessbevollmächtigten des Ast. durch die Ag. per E-Mail am 11.06.2014 eine wirksame Bekanntgabe nach §§ 41 I, 3 a I 1 NRWVwVG bewirkt, läuft für den Ast. offensichtlich nicht die einmonatige Klagefrist des § 74 I 2 VwGO, sondern die Jahresfrist des § 58 II 1 VwGO. Diese hat der Ast. mit der Klageerhebung am 08.08.2014 gewahrt.

(OVG Bremen in NVwZ 2015, 381; Beschluss vom 25.09.2014 – 2 A 140/12)

Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann nicht allein damit begründet werden, dass der beklagten Verwaltungsbehörde für deren **Prüfung eines Schadensersatzanspruchs** eine **Rechtsansicht vorgegeben** werden soll.

A. Grundlagenwissen: Die Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage kommt im Zusammenhang mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in Betracht, wenn der angefochtene oder begehrte **Verwaltungsakt sich erledigt** hat und daher nach § 43 II VwVfG keine Wirkungen mehr entfaltet, so dass weder die nachträglich Aufhebung noch der nachträglich Erlass des Verwaltungsaktes wegen des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses in Betracht kommen. Das Klagebegehren richtet dann im Wege einer Klageänderung, die nach § 91 I VwGO als stets sachdienlich möglich ist, auf die **Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes** oder seiner Ablehnung.

Hierfür muss ein **besonderes Feststellungsinteresse vorliegen**. Hierfür sind verschiedene Fallgruppen anerkannt.

I. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist dann anzunehmen, wenn

- **konkrete Anhaltspunkte** dafür vorliegen, dass ein
- **gleichartiger VA** in
- **absehbarer Zeit** wieder gegen den Kläger ergehen wird.

Hat sich ein VA erledigt, so sind seine rechtlichen Wirkungen entfallen und es besteht grundsätzlich kein Interesse mehr an gerichtlicher Klärung. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn zu erwarten ist, dass der Kläger bald wieder mit einem entsprechenden VA überzogen wird. Hier besteht zur **Verhinderung einer Wiederholung** ein schützenswertes Interesse an der Feststellung, dass der erledigte VA rechtswidrig war

II Rehabilitationsinteresse

Ein Rehabilitationsinteresse ist gegeben, wenn der erledigte VA weiterhin **objektiv diskriminierende Wirkungen** entfaltet.

Entfaltet der erledigte VA unabhängig von seinen Rechtswirkungen objektiv **diskriminierende Wirkungen**, so hat der Kläger ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA zur Wiederherstellung seiner Reputation. Insofern reicht jedoch das ideelle Interesse an der bloßen Feststellung, dass die Behörde im Unrecht war, nicht aus. Auch ist es unzureichend, wenn der Kläger sich nur subjektiv diskriminiert fühlt, ohne dass von dem VA objektiv diskriminierende Wirkungen ausgehen. Es kommt also auf eine feststellbare Betroffenheit der **Menschenwürde** oder des **Persönlichkeitsrechts** an

III. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist grundsätzlich auch dann gegeben, wenn der Kläger wegen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns einen **Schadensersatzprozess vor dem ordentlichen Gericht anstrengen** will.

In diesem Fall besteht ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das VG, weil eine solche Entscheidung gegenüber dem ordentlichen Gericht, vor dem die Amtshaftungsklage zu erheben wäre, bindend wäre und der Verwaltungsgericht dem Kläger als das sachnähere Gericht erscheint.

Es reicht jedoch nicht aus, wenn der Kläger im Verwaltungsprozess lediglich behauptet, er wolle im Anschluss eine Amtshaftungsklage erheben. Vielmehr ist erforderlich, dass

der Amtshaftungsprozess entweder schon **anhängig** oder aber **mit Sicherheit zu erwarten** ist. Darüber hinaus darf die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs **nicht von vornherein aussichtslos** erscheinen.

Darüber hinaus sieht die neuere Rechtsprechung ein Rechtsschutzinteresse nur dann, wenn der Kläger ohne die Möglichkeit der FFS-Klage **um die Früchte des Prozesses gebracht** würde. Diese Fallgruppe scheidet daher letztlich immer schon dann aus, wenn überhaupt noch keine Klage vor dem VG erhoben wurde, also ein Fall der Erledigung vor Klageerhebung vorliegt. Aber selbst die Klageerhebung trägt noch nicht automatisch Früchte, es muss bereits etwas im Prozess erreicht worden sein.

IV. Grundrechtseingriff

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG gebietet es, die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn die direkte Belastung durch einen angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann, so dass eine **Rechtsschutzlücke** entstehen würde (vgl. BVerfGE 81, 138 [140f.]; BVerfGE 96, 27 [40]; BVerfG NJW 2002, 2456; st. Rspr.). Dies gilt selbst dann, wenn eine summarische Überprüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgt ist, da Art. 19 IV GG einen Anspruch auf Rechtsschutz in der Hauptsache gewährt (vgl. BVerfG NJW 2004, 2510 [2511]).

B. Fortsetzungsfeststellungsklage im Beförderungsrechtsstreit (vgl. OVG Bremen, NVwZ 2015, 381)

Fall: Der Kl. hat ursprünglich die Verpflichtung der Bekl. zur Neubescheidung seiner Bewerbung auf einen Beförderungsdienstposten begehrt. Im Eilverfahren ist die Bekl. zur Freihaltung des Dienstpostens verpflichtet worden. Das OVG hat dazu in dem Beschluss vom 20.07.2010 im Verfahren 2 B 19/10 ausgeführt, die Bekl. habe zu Unrecht ausgeblendet, dass der Kl., nicht aber der im Eilverfahren Beigel., über die nach dem Anforderungsprofil bedeutsame Qualifikation als Polizeilicher Ermittler verfüge.

Nachfolgend wurde der Kl. im Rahmen einer außergerichtlichen Einigung befördert. Ihm wurde ein anderer Dienstposten zugewiesen. Seine Bewerbung nahm er zurück. Im Klagverfahren stellte er sinngemäß den Antrag festzustellen, dass die die Auswahl des Konkurrenten mitteilenden Bescheide rechtswidrig gewesen sind. Später ergänzte er den Fortsetzungsfeststellungsantrag und beantragte festzustellen, dass der Kl. besoldungsmäßig, beamtenrechtlich und beförderungsrechtlich so zu stellen ist, als wäre er bereits bei der damaligen Auswahl für den ausgeschriebenen Beförderungsdienstposten ausgewählt und nach A 11 befördert worden.

Das VG hat die Klage durch Urteil ohne mündliche Verhandlung vom 17.04.2012 abgewiesen. Darin hat es den Klagantrag dahingehend wiedergegeben, beantragt werde festzustellen, dass die angegriffenen Bescheide rechtswidrig waren und die Bewerbung um den Beförderungsdienstposten ... unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des OVG aus dem Beschluss vom 20.07.2010 neu zu bescheiden gewesen wäre. Die Klageabweisung hat es auf das Fehlen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses gestützt. Eine Wiederholungsgefahr liege nicht vor. Soweit der Kl. Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche verfolgen wolle, liege mit dem Beschluss des OVG vom 20.07.2010 eine Entscheidung vor, in der rechtskräftig festgestellt sei, dass die Auswahlentscheidung rechtswidrig gewesen sei. Ein darüber hinausgehender Urteilsspruch sei im Hauptsacheverfahren nicht zu erwarten.

Lag ein Feststellungsinteresse an der Fortsetzungsfeststellungsklage entgegen der Auffassung des VG vor?

I. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Grundsätzlich kann ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch gegeben sein, wenn die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vorbereitung einer Schadensersatzklage dient.

*„Gegeben ist das Fortsetzungsfeststellungsinteresse jedenfalls, wenn ausreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine **nicht aussichtslose Amtshaftungsklage** vor den Zivilgerichten **ernsthaft beabsichtigt** ist. Andererseits ist für eine Fortsetzungsfeststellungsklage kein Rechtsschutzinteresse gegeben, wenn der Schadensersatzanspruch im Verwaltungsrechtsweg (wegen Fürsorgepflichtverletzung) geltend gemacht werden soll (BVerwG, Buchholz 237.6 § 8 LBG Niedersachsen Nr. 1 [nur Ls.] = BeckRS 1975, 31305658; OVG Saarlouis, Urt. v. 21.06.1990 – 1 R 112/89, BeckRS 2015, 40582; OVG Bremen, Beschl. v. 04.06.2014 – 2 A 146/13, BeckRS 2015, 40583). Erst recht fehlt es demnach an einem Fortsetzungsfeststellungsinteresse, wenn nur ein **auf eine Fürsorgepflichtverletzung gestützter Antrag auf Schadensersatz gegenüber dem Dienstherrn** vorliegt, der darauf abzielt, eine Entscheidung durch Verwaltungsakt herbeizuführen, die gegebenenfalls **vor den Verwaltungsgerichten anzufechten** sein wird.“ (OVG Bremen aaO.)*

Unabhängig davon besteht die Funktion der gerichtlichen Feststellung nicht darin, den zukünftigen Bekl. von der Berechtigung des klägerischen Schadensersatzanspruchs zu überzeugen.

„Vielmehr leitet sich die **Fallgruppe des Fortsetzungsfeststellungsinteresses** im Hinblick auf einen Schadensersatzprozess davon ab, dass das Fortsetzungsfeststellungsurteil **Bindungswirkung für das nachfolgend entscheidende Zivilgericht** entfaltet und die vom sachnäheren VG festgestellte Rechtswidrigkeit der behördlichen Maßnahme dem Streit entzieht. Dagegen widerspräche es auch dem Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn das Fortsetzungsfeststellungsinteresse allein damit begründet werden sollte, der **Verwaltungsbehörde solle für deren Anspruchsprüfung eine Rechtsansicht vorgegeben** werden.

Letzteres ist aber die Funktion, die der Antrag auf Zulassung der Berufung der Fortsetzungsfeststellungsklage des Kl. zuweist. Dagegen, dass das VG angenommen hat, der **Beschluss im Eilverfahren** vom 20.07.2010 werde **in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren Bindungswirkung** haben, wendet er sich nicht (vgl. zu dieser Frage allerdings einerseits BGH, NVwZ 2004, 638 = NZBau 2004, 103; andererseits Dombert, AnwBl 2014, 32 [33]).“ (OVG Bremen aaO.)

Hinzu kommt, dass auch nicht dargelegt ist, die Behörde bestreite die vom VG angenommene Bindungswirkung des Beschlusses des OVG.

„In dem Schreiben vom 08.09.2011, auf das der Antrag auf Zulassung der Berufung verweist, heißt es nur, vor Beendigung des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens werde keine Entscheidung über den Antrag des Kl. getroffen. Das ist zunächst eine **zeitliche Aussage**. Dass eine **Bindung an den Beschluss des OVG abgelehnt** und nur die Rechtskraft eines Fortsetzungsfeststellungsurteils als ausreichend angesehen werde, geht daraus nicht hervor.

II. Wiederholungsgefahr

Es könnte aber eine Wiederholungsgefahr bestehen. Dem Kläger moniert, dass seinen zukünftigen Beurteilungen das Datum der tatsächlichen Beförderung zu Grunde gelegt wird. und nicht das in der Ausschreibung vorgesehene. Hiermit verbindet er die Vorstellung, die Beförderungsreihenfolge könne sich nach der im bisherigen Statusamt verbrachten Zeit richten.

„Da diese **Annahme** wegen des Leistungsprinzips **grundsätzlich unzutreffend** ist, ist auch insoweit kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu erkennen. Im Übrigen ist im Hinblick auf den weiteren, vom VG übergangenen Feststellungsantrag darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob und welche Auswirkungen eine möglicherweise verspätete Beförderung auf zukünftige Beurteilungen und Beförderungen haben kann, im Rahmen einer eine konkrete Maßnahme betreffenden Verpflichtungs- oder Leistungsklage aufzuwerfen ist und einer **pauschalen Feststellung nicht zugänglich** sein dürfte. Insbesondere ist die Annahme unzutreffend, allein wegen der Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung sei der Kl. in allen Rechtsbeziehungen so zu stellen, als wäre er am 01.10.2008 befördert worden. (OVG Bremen aaO.)

Kurzauslese II

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

ZPO **Räumungsverfügung gegen Dritten** ZPO
 §§ 940a II **keine entsprechende Anwendbarkeit bei Gewerberaummiete**
 (OLG Celle in MDR 2015, 147; Beschluss vom. 24.11.2014 – 2 W 237/14)

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Räumung von vermietetem Gewerberaum durch einen Dritten, der im Besitz der Mietsache ist, kann **nicht** auf eine **entsprechende Anwendung von § 940a II ZPO** gestützt werden.

Nach § 940a II ZPO darf die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung auch gegen einen Dritten angeordnet werden, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat. Das OLG Celle hat sich mit der Frage befasst, ob diese Vorschrift entsprechend auch bei vermietetem Gewerberaum herangezogen werden und eine einstweilige Verfügung unter denselben Voraussetzungen gegen den Dritten erlassen werden kann. Dies hat das OLG Celle verneint.

„Das LG hat ... zutreffend angenommen, dass sich eine entsprechende Anwendung des § 940a II ZPO im Gewerberaummietrecht verbietet. Die Antragstellerin verkennt, dass die Vorschrift des § 940a I ZPO, nach der eine Räumung auch gegen einen Dritten angeordnet werden kann, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter von dem Besitzerwerb des Dritten erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat, **angesichts der klaren Gesetzeslage ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse anwendbar** ist. Insoweit kann sie die Antragstellerin weder mit Erfolg auf die vereinzelt gebliebene Entscheidung des LG Hamburg berufen, die den § 940 II ZPO aufgrund eines „Erst-Recht-Schlusses“ auch auf die Gewerberaummiete erstrecken will, weil bei der Nachteilsabwägung ein nicht so überragendes Rechtsgut wie die grundrechtlich geschützte Wohnung betroffen sei (LG Hamburg v. 27.06.2013 – 334 O 104/13, NJW 2013, 3666), noch auf die von ihr **angeführten Literaturmeinungen**, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum MietRÄndG 2013 ein praktisches Bedürfnis für eine Ausweitung des § 940 II ZPO auch auf einstweilige Verfügungen im Gewerberaummietrecht bejaht haben. Ob eine analoge Anwendung der Norm **rechtspolitisch sinnvoll** wäre, weil die Missbrauchsfälle in der Gewerberaummiete genauso vorkommen wie in der Wohnraummiete, wie die Antragstellerin für den vorliegenden Fall geltend macht, **ist unerheblich**. Denn angesichts der **Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung** ist eine analoge Anwendung des § 940a II ZPO außerhalb von Wohnraummietverhältnissen **nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum** (vgl. KG v. 05.09.2013 – 8 W 64/13, MDR 2013, 1337 = NJW 2013, 3588; LG Köln v. 12.06.2013 – 1 T 147/13, NJW 2013, 3589; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 940a Rn. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 72. Aufl. 2014, § 940a Rn. 3; Börstinghaus, jurisPR-MietR 16/2014 Anm. 6; Neuhaus, ZMR 2013, 686 [694]), der auch der Senat uneingeschränkt folgt, nicht möglich. Es fehlt nämlich bereits an der für einen Analogieschluss erforderlichen **planwidrigen Regelungslücke**.

Gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereichs von § 940a II ZPO auch auf sonstige Mieträume spricht bereits der klare **Wortlaut** der Norm, der ausdrücklich von der „Räumung von Wohnraum“ spricht. Auch die **Gesetzessystematik** spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die MDR 2015, 148Vorschrift im Zuge des MietRÄndG unter der amtlichen Überschrift „Räumung von Wohnraum“ angesiedelt hat. Schließlich ergibt sich eindeutig aus den **Gesetzgebungsmaterialien** zum MietRÄndG 2013 (vgl. insb. die Begründung des Regierungsentwurfs v. 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10485, 33 f.), dass der Gesetzgeber im Zuge der Reform auf die von ihm als abänderungsbedürftig gewerteten Missstände allein bei der Wohnraummiete reagieren und eine vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln gegen dem Vermieter bis dahin unbekannte mitbesitzende Untermieter, Familienmitglieder, Lebenspartner oder sonstige Personen schaffen wollte. Obwohl im Gesetzgebungsverfahren entsprechende Regelungen auch für das Gewerberaummietrecht angeregt wurden (vgl. etwa Streyll, NZM 2012, 256) und der Deutsche Mietgerichtstag e.V. in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf eines MietRÄndG ausdrücklich gefordert hatte, in einem § 940b ZPO die Anwendbarkeit zumindest des § 940a II BGB auch für Gewerberaummietverträge anzuordnen (hierzu etwa Börstinghaus, juris PR-MietR 22/2013, Anm. 5), hat der Gesetzgeber diese ihm bekannten Anregungen nicht aufgegriffen und sich damit bewusst für eine Beschränkung der Vollstreckungserleichterungen auf das Wohnraummietrecht entschieden. Daraus folgt aber zwingend, dass die Vorschrift **mangels planwidriger Regelungslücke** auch nicht analog oder im Sinne eines „Erst-Recht-Schlusses“ auf die Gewerberaummiete angewandt werden kann. Es liegt vielmehr nach dem Willen des Gesetzgebers eine eng auszulegende, auf den Wohnraum zugeschnittene Ausnahmevorschrift vor (vgl. KG v. 05.09.2013, aaO.; LG Köln v. 12.06.2013, aaO.; Vollkommer, aaO., § 940a Rn. 4; Börstinghaus, juris PR-MietR 16/2014 Anm. 6; Neuhaus, ZMR 2013, 686 [694]).“ (OLG Celle aaO.)

ZPO **Bezeichnung eines Zeugen „NN“** ZPO
 § 373 **kein zulässiger Beweisanztritt**
 (BGH in NZI 2015, 191; Beschluss vom 04.12.2014 – IX ZR 88/14)

Ein **Zeuge** muss **hinreichend individualisierbar** sein. Die Bezeichnung eines Zeugen als „NN“ stellt grundsätzlich keinen zulässigen Beweisanztritt dar.

Fall: Die Parteien streiten im Rahmen einer insolvenzrechtlichen Anfechtungsklage über die Kenntnis einer juristischen Person. Die Bekl. beantragt, zur Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners den „zuständigen Mitarbeiter“ zu befragen. Das BerGer. geht dem Beweisanztritt nicht nach, weil es ihn für unsubstanziert hält. Hiergegen erhebt die Bekl. Nichtzulassungsbeschwerde mit der Gehörsrüge.

Die geltend gemachten Gehörsrügen (Art. 103 I GG) greifen nicht durch.

„Im Blick auf den angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweis ist das BerGer. zutreffend von einer fehlenden Substanziierung ausgegangen.“

Der Antritt des **Zeugenbeweises** unter Bezug auf den „**zuständigen Mitarbeiter**“ war überdies auch deshalb unbeachtlich, weil die **Beweisperson nicht benannt** wurde. Die Berufung auf das „**Zeugnis NN**“ reicht als **Beweisantritt** gem. § 373 ZPO grundsätzlich nicht aus (BGH, NJW 1983, 1905 [1908 aE]; NJW 2011, 1738 Rn. 8). **Ausnahmsweise** ist ein Angebot auf Vernehmung eines mit „**NN**“ benannten Zeugen zu berücksichtigen, wenn dieser – etwa **durch Hinweis auf seine konkrete betriebliche Funktion – hinreichend individualisierbar** ist (BGH, NJW 1998, 2368 [2369]). Die pauschale Benennung eines „**instruierten Mitarbeiters**“ lässt die gebotene Individualisierung vermissen (BFH, BFH/NV 2010, 1847 = BeckRS 2010, 25016400 Rn. 7). Ebenso verhält es sich im Streifall, wo sich die Bekl. auf das Zeugnis des „**zuständigen Mitarbeiters**“ berufen hat.“ (BGH aaO.)

StPO
§ 244 III, VI

Anforderungen an Beweisantrag
Konnexität zwischen Beweisziel und Beweismittel

StPO

(BGH in StV 2015, 82; Beschluss vom 08.07.2014 – 3 StR 240/14)

Fall: Der Angekl. hat beantragt, den Zeugen T. zum Beweis dafür zu vernehmen, dieser habe zum Zeitpunkt der Tat II. 4. der Urteilsgründe (Schlägerei anlässlich des Abiturballs des Gymnasiums Josephinum am 04.12.2013 etwa um 0.15 Uhr in Hildesheim) in einer Discothek in Hildesheim Gehälter u.a. an den Angekl., der dort als Türsteher tätig war, ausbezahlt. Der Zeuge werde bestätigen, dass der Angekl. mit seinem Dienst ausgeübt und den Arbeitsplatz nicht verlassen habe.

Das LG hat den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, diesem mangle es an der Konnexität zwischen der Beweisbehauptung und dem benannten Beweismittel. Es fehle die Plausibilität für das mögliche Gelingen der Beweiserhebung. Der Angekl. hat den Antrag sodann um weitere Angaben zum Ablauf der Auszahlungen der Gehälter ergänzt. Das LG hat gleichwohl an seiner Auffassung festgehalten.

I. Anforderungen an Beweisantrag nach § 244 III StPO

„Ein **Beweisantrag i.S.d. § 244 III StPO** setzt die **konkrete und bestimmte Behauptung einer Tatsache** und die Benennung eines bestimmten Beweismittels voraus, mit dem der Nachweis der Tatsache geführt werden soll. Bei einem Antrag auf Vernehmung eines Zeugen kommen als Beweisbehauptung nur solche Tatsachen in Betracht, die der benannte Zeuge aus eigener Wahrnehmung bekunden kann. Nach **verbreiteter Auffassung in der Rspr.** ist für das Vorliegen eines Beweisantrags weiterhin erforderlich, dass der Ast. näher darlegt, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können soll, wenn **aus dem Inhalt des Beweisbegehrens ein verbindender Zusammenhang** zwischen der Beweisbehauptung und dem benannten Zeugen nicht ohne weiteres erkennbar ist. Diese Ausführungen sollen dem Gericht eine sachgerechte Prüfung und Anwendung der Ablehnungsgründe des § 244 III StPO, insbes. der **völligen Ungeeignetheit** sowie der Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Gründen ermöglichen (vgl. BGH, Beschl. v. 04.12.2012 – 4 StR 372/12, BGHR StPO § 244 VI Beweisantrag 50 m.w.N. [= StV 2013, 374]). In jüngeren Entscheidungen wird als weiteres **Kriterium der Konnexität** darüber hinaus verlangt, der Ast. müsse bei ‚fortgeschrittener Beweisaufnahme‘ zu der in Rede stehenden Beweisthematik unter Einbeziehung der **konkreten Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen** in das bisherige **Beweisergebnis** die Plausibilität eines möglichen Gelingens seiner Beweisführung belegen (BGH St 52, 284, 287 ff.; BGH NJW 2011, 1239, 1240 f.“ (BGH aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

„**Es kann dahinstehen**, ob dieser Rspr. in vollem Umfang zu folgen und mit dem Kriterium der **Konnexität ein eigenständiges konstitutives Element** eines Beweisantrags benannt ist oder im Ergebnis letztlich nur die notwendige Konkretisierung der Beweistatsache umschrieben wird. Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob die dargelegte neuere Rspr. in der Sache als Abkehr von dem Grundsatz zu werten ist, dass der Ast. auch das, was er lediglich vermutet, unter Beweis stellen darf, und ob es sich in das System des § 244 III StPO einfügt, wenn die inhaltlichen Anforderungen an einen Beweisantrag von dem bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme abhängig gemacht werden (vgl. etwa schon BGH, Urt. v. 14.08.2008 – 3 StR 181/08, NStZ 2009, 171, 172 [= StV 2009, 62]; vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.11.2009 – 4 StR 375/09, BGHR StPO § 244 VI Beweisantrag 47; = StV 2013, 374; KK-Krehl, 7. Aufl., § 244 Rn. 82 ff.; LR/Becker, 26. Aufl., § 244 Rn. 114).

Jedenfalls nach der ergänzenden Konkretisierung des Beweisantrags liegt hier ein nach allen dargestellten Auffassungen **ausreichender Zusammenhang zwischen der Beweisbehauptung und dem benannten Zeugen** vor. Dort hat der Ast. u.a. vorgebracht, der Zeuge habe jeweils am [Monatsanfang] die Gehälter des Vormonats in bar ausgezahlt. Diese Auszahlung habe der Zeuge am Tag in der Form vorgenommen, dass er sich etwa um Mitternacht die Türsteher habe kommen lassen und kurze Gespräche mit ihnen geführt habe. Der Zeuge sei eine Stunde geblieben und habe von seinem Standort aus zwei Türen im Blick gehabt. Damit ist den in der Rspr. zur Konnexität aufgestellten Anforderungen in ausreichender Weise Genüge getan. Es ergab sich aus dem Vorbringen ohne weiteres, warum der Zeuge etwas zu der Beweisbehauptung hätte bekunden können. Eine ‚**fortgeschrittene Beweisaufnahme**‘ zur Täterschaft des Angekl. im Fall II. 4. der Urteilsgründe lag zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht vor, wie sich schon aus den Urteilsgründen ergibt. Eine weitere Plausibilisierung des behaupteten Beweisergebnisses oblag dem Ast. daher auch auf der Grundlage der oben zitierten Rspr. nicht. Der StrK war es auf der Grundlage der Antragsbegründung möglich, die Ablehnungsgründe des § 244 III 2 StPO zu prüfen. Soweit sie in ihrem Ablehnungsbeschluss weiter ausgeführt hat, es sei fraglich, warum der Zeuge nach dem langen Zeitablauf nunmehr verlässlich bekunden können solle, der Angekl. habe die ganze Zeit an einer der Türen gestanden, hat sie in der Sache die **Beweiswürdigung**, die ggf. nach Erheben des Beweises anzustellen gewesen wäre, in **unzulässiger Weise vorweggenommen**.“ (BGH aaO.)

StPO
§§ 275 I, 338 Nr. 7

Urteilsabsetzungsfrist
unvorhersehbarer und unabwendbarer Grund

StPO

(BGH in StV 2015, 96; Beschluss vom 18.12.2013 – 4 StR 390/13)

Alle berufsrichterlichen Mitglieder des Spruchkörpers sind für die Einhaltung der Frist nach § 275 I StPO verantwortlich. Beim Ausfall des Berichterstatters muss deshalb **notfalls ein anderer erkennender Berufsrichter** das Urteil abfassen, sofern ihm dies möglich und zumutbar ist.

Fall: Das am 29.11.2012 nach 23 Hauptverhandlungstagen verkündete Urteil wurde erst am 04.06.2013 – und damit nach Ablauf der Urteilsabsetzungsfrist am 14.02.2013 – zu den Akten gebracht. Liegt damit ein absoluter Revisionsgrund vor?

„Das LG – SchwG – hat den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung und fahrlässiger Tötung zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 4 J. verurteilt. Die hiergegen gerichtete, auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angekl. hat mit der

Rüge der Verletzung des § 275 I 1 und 2 StPO Erfolg; das Vorliegen des unbedingten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 7 StPO führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

An der Einhaltung dieser Frist war das LG – worauf der GBA in seiner Antragschrift hingewiesen hat – nicht durch einen **unvorhersehbaren und unabwendbaren Umstand** i.S.d. § 275 I S. 4 StPO gehindert. Ein solcher Umstand ist nicht etwa in der noch bei Eingang der Revisionsbegründung am 17.07.2013 andauernden Erkrankung des Vors., der zugleich der Berichterstatter war, zu sehen. Der Vermerk der beisitzenden Richterin S. v. 13.02.2013 führt hierzu u.a. Folgendes aus:

»Der Vors. Richter am LG K. wurde am 31.01.2013 aufgrund einer nicht vorhersehbaren schweren Erkrankung stationär im Krankenhaus aufgenommen. Nunmehr wurde bekannt, dass seine Erkrankung voraussichtlich einen längerfristigen Aufenthalt im Krankenhaus erfordert. ...«

Auf diese **Feststellung am Tag vor Ablauf der Urteilsabsetzungsfrist** durften sich die beisitzenden Richter nicht beschränken. Alle berufsrichterlichen Mitglieder des Spruchkörpers sind für die Einhaltung der Frist nach § 275 I StPO verantwortlich. Beim Ausfall des Berichterstatters muss deshalb **notfalls ein anderer erkennender Berufsrichter** das Urteil abfassen, sofern ihm dies möglich und zumutbar ist (vgl. BGH, Urt. v. 02.12.1975 – 1 StR 701/75, BGH St 26, 247, 249; Beschl. v. 09.08.1988 – 5 StR 295/88, BGHR StPO § 338 Nr. 7 Fristüberschreitung 1 [= StV 1988, 465], v. 27.04.1999 – 4 StR 141/99, NStZ 1999, 474 [= StV 1999, 526], und v. 09.12.2010 – 5 StR 485/10, StV 2011, 211). Gründe dafür, dass es den Beisitzern unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, innerhalb der verbleibenden Urteilsabsetzungsfrist von zwei Wochen das **nicht sonderlich umfangreiche und schwierige Urteil selbst abzufassen**, sind nicht ersichtlich. Der Senat vermag insbes. den von der Revision mitgeteilten Vermerken der Richterin am AG S. v. 13.02., 08.05. und 04.06.2013 einen die Fristüberschreitung rechtfertigenden Grund nicht zu entnehmen: Der Umstand, dass bis zum Ablauf der Urteilsabsetzungsfrist nicht geklärt worden ist, ob und in welchem Umfang Vors. Richter am LG K. bereits einen Urteilsentwurf gefertigt hatte, ist hierzu von vornherein ungeeignet. Die Stellungnahmen enthalten sich auch jeder Begründung dafür, dass die Abfassung des Urteils ohne Einsicht in Mitschriften des erkrankten Vors. nicht möglich gewesen sein sollte; das ist nach Sachlage auszuschließen (vgl. BGH, Beschl. v. 06.02.2008 – 2 StR 492/07, BGHR StPO § 275 I 4 Umstand 6 [= StV 2008, 232]). Sonach hat das Revisionsgericht davon auszugehen, dass Umstände, die eine Fristüberschreitung rechtfertigen könnten, fehlen (vgl. BGH, Beschl. v. 09.08.1988 und v. 27.04.1999, jew. aaO.).

Auf die Frage, ob nach Ablauf der Urteilsabsetzungsfrist in der Zeit bis zum 04.06.2013 gegen die Pflicht, das Urteil nunmehr mit größtmöglicher Beschleunigung fertigzustellen (BGH, Beschl. v. 07.09.1982 – 1 StR 249/82, NStZ 1982, 519 [= StV 1982, 558], und v. 21.06.1995 – 3 StR 215/95, BGHR StPO § 275 I 4 Umstand 4), verstoßen worden ist, kommt es daher nicht mehr an.“ (BGH aaO.)

VwGO
§ 58 II 1

Klagefrist Berichtigung fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung

VwGO

(OVG Magdeburg in LKV 2015, 43; Beschluss vom 08.10.2014 – 3 L 5/13)

Fall: Der Bekl. widersprach mit Bescheid vom 26.04.2012, zugestellt am 27.04.2012, die Berufserlaubnis der Kl. als Krankenschwester. Im Anschluss an die Rechtsmittelbelehrung des Bescheides findet sich der hiervon abgesetzte Passus: „Ich möchte Ihnen die Möglichkeit geben, im Rahmen eines Schriftsatzes tragende Argumente vorzubringen. In Bezug auf den Eingang Ihres Schriftsatzes habe ich mir den 31.03.2012 notiert, danach werde ich nach Aktenlage entscheiden.“ Mit Bescheid vom 14.05.2012, zugestellt am Folgetag, berichtigte der Bekl. die Belehrung ohne den in Rede stehenden Passus.

Die am 23.07.2012 erhobene Anfechtungsklage der Kl. hat das VG wegen Verfristung abgewiesen. Zu Recht?

Die am 23.07.2012 erhobene Klage gegen die Bescheide vom 26.04.2012 und vom 14.05.2012 ist wegen Versäumung der Klagefrist unzulässig.

I. Versäumung der Klagefrist - Relevanz der Rechtsmittelbelehrung

„Soweit es die von der Kl. erhobene Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 26.04.2012 betrifft, hätte die Klage gem. § 74 I 2 VwGO **binnen Monatsfrist nach Bekanntgabe** des Verwaltungsaktes erhoben werden müssen. Die **Jahresfrist** gem. § 58 II 1 VwGO gilt nur dann, wenn im Bescheid eine **Rechtsmittelbelehrung unterblieben ist oder unrichtig erteilt** wurde.“

Die Rechtsmittelbelehrung darf allerdings auch **keine Angaben oder Zusätze enthalten**, die **objektiv geeignet** sind, die Einlegung des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs in nennenswerter Weise **zu erschweren**, etwa indem beim Rechtsschutzsuchenden ein **Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen** eines in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorgerufen und er dadurch davon abgehalten wird, einen Rechtsbehelf einzulegen bzw. ihn rechtzeitig einzulegen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. [2013], § 58 Rn. 12 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 13.12.1978 – 6 C 77.78, juris; Urt. v. 21.03.2002 – 4 C 2.01, juris).

Im vorliegenden Fall ist der angefochtene Bescheid vom 26.04.2012 mit einer **Rechtsmittelbelehrung versehen, die für sich genommen nicht unrichtig** ist. Im Anschluss an die Rechtsmittelbelehrung findet sich allerdings der folgende Passus: „Ich möchte Ihnen die Möglichkeit geben, im Rahmen eines Schriftsatzes tragende Argumente vorzubringen. In Bezug auf den Eingang Ihres Schriftsatzes habe ich mir den 31.03.2012 notiert, danach werde ich nach Aktenlage entscheiden.“ Dieser **Passus im Anhang zur Rechtsmittelbelehrung** ist nach Auffassung des Senats **objektiv nicht geeignet**, einen **Irrtum** darüber **hervorzurufen**, dass – sofern bei der Kl. die Absicht bestand, den genannten Bescheid anzufechten – bei dem bezeichneten Verwaltungsgericht innerhalb der angegebenen Monatsfrist Klage zu erheben war. Der **in Rede stehende Passus**, der sich im Bescheid schon rein optisch von der Rechtsmittelbelehrung absetzt, **stammte** – wie auch für die Kl. unschwer erkennbar – **aus dem an sie gerichteten Anhörungsschreiben** des Bekl. vom 30.01.2012, welches dem angefochtenen Bescheid mit einem Entwurf desselben vorausgegangen war. Der insoweit gleich lautende Text wurde entweder als Textbaustein oder aber in sonstiger Weise als **Schlussatz des Anhörungsschreibens** offenbar versehentlich und unbemerkt in den Bescheid vom 26.04.2012 übernommen und damit **unbeabsichtigt Bestandteil des angefochtenen Bescheides**. Hierfür spricht zum einen die Tatsache, dass der Kl. mit dem in Rede stehenden Passus Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und für den Fall, dass sie hiervon kein Gebrauch mache, **nach Ablauf der genannten Frist eine Entscheidung nach Aktenlage angekündigt** wird, obwohl in der Sache der Kl. bereits ein Bescheid erlassen worden ist. Ebenso verhält es sich im Hinblick auf die Tatsache, dass die Kl. in dem Passus auf eine bereits abgelaufene Frist zur Stellungnahme verwiesen wird. Dies alles macht – wie die Kl. in ihrer Antragsbegründung selbst ausführt – **offenkundig keinen Sinn**, so dass aus der **Sicht eines verständigen Erklärungsempfängers** ersichtlich, zumindest aber unschwer erkennbar war, dass es sich bei dem Passus um ein schlichtes Versehen handeln musste. Auch lässt sich in der Gesamtschau nicht feststellen, dass der Passus objektiv geeignet war, die Einlegung des Rechtsmittels zu erschweren; hierfür reicht jedenfalls nicht schon jede perplexerklärung im Anhang eines Bescheides aus. Hiervon ausgehend hätte die Kl. somit **spätestens am Dienstag, den 29.05.2012 Klage** gegen den ihr laut Postzustellungsurkunde am 27.04.2012 zugestellten Bescheid (...) erheben müssen. Dies ist aber nicht geschehen; die Klage ist erst am 23.07.2012 bei Gericht erhoben worden. Der

Bescheid ist damit **bestandskräftig** geworden, ohne das – wie noch auszuführen sein wird – die sog. **wiederholende Verfügung** im Bescheid vom 14.05.2012 eine weitere rechtliche Bedeutung erlangt.“ (OVG Magdeburg aaO.)

II. Wiederholende Verfügung und Zweitbescheid

„Aber selbst dann, wenn man davon ausginge, dass die Rechtsmittelbelehrung im Bescheid vom 26.04.2012 nicht den an eine Belehrung nach § 58 I VwGO zu stellenden Anforderungen genügen würde bzw. der in Rede **stehende Passus die Einlegung eines Rechtsmittels erschwert** hätte und dass deshalb grundsätzlich statt der Monatsfrist gem. § 74 I 2 VwGO die **Jahresfrist gem. § 58 II 1 VwGO** gelten würde, wäre hier die Klagefrist versäumt worden.

Denn im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die **Rechtsmittelbelehrung**, sofern man sie im Kontext mit dem Passus als unrichtig erachten würde, **durch den Bescheid vom 14.05.2012 nachträglich berichtigt** worden ist, indem mit dem genannten Bescheid die Belehrung ohne den in Rede stehenden Passus und damit in rechtlich nicht zu beanstandender Weise nachgeholt wurde. Die **Nachholung und spätere Berichtigung einer Rechtsmittelbelehrung** ist nach anerkannter Rechtsauffassung auch **jederzeit möglich** (vgl. Kopp/Schenke, aaO. § 58 Rn. 8; BVerwG, Beschl. v. 11.02.1998 – 7 B 30.98, juris; Urt. v. 02.04.1987 – 5 C 67.84, BVerwGE 77, 181 ff. = juris); dies gilt jedenfalls für den Fall, dass die **Rechtsmittelfrist** – hier die Jahresfrist gem. § 58 II 1 VwGO – **noch nicht abgelaufen** ist. Eine solche nachträglich berichtigte bzw. nachgeholte Rechtsmittelbelehrung hat allerdings zur Folge, dass die **Rechtsmittelfrist erst mit der Bekanntgabe der nachträglichen Rechtsmittelbelehrung** zu laufen beginnt (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. [2012], § 35 Rn. 97 m.w.N.; Kopp/Schenke, aaO.; s. auch BVerwG, Beschl. v. 11.02.1998, aaO., m.w.N. Rn. 2 juris).

Bei dem Bescheid vom 14.05.2012 handelt es sich auch **nicht um einen Zweitbescheid**, sondern um eine **sog. wiederholende Verfügung** mit der Folge, dass sich die mit dem genannten Bescheid nachträglich berichtigte bzw. nachgeholte Rechtsmittelbelehrung (zugleich) auf den vorausgegangenen Bescheid vom 26.04.2012 bezieht. Ein **Zweitbescheid** ist nur dann **anzunehmen**, wenn er den Willen der Behörde, eine **neue, an die Stelle des ursprünglichen (unanfechtbaren) Verwaltungsaktes tretende Sachentscheidung** zu treffen, unzweideutig zum Ausdruck bringt. Unter einer sog. wiederholenden Verfügung ist indessen die Wiederholung eines (unanfechtbaren) Verwaltungsaktes oder der bloße Hinweis auf einen solchen Verwaltungsakt zu verstehen, ohne dass eine erneute Sachentscheidung ergeht. Die Bewertung, ob einen wiederholende Verfügung in diesem Sinne oder eine erneute Sachentscheidung (Zweitbescheid) vorliegt, hängt dabei maßgeblich davon ab, ob sich die tragenden Erwägungen der behördlichen Aussage gegenüber dem Erstbescheid nach der insoweit maßgeblichen Erklärung der Behörde in ihren nachfolgenden Äußerungen geändert haben, insbesondere weil eine entscheidende Akzentverschiebung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht in der neuen Begründung enthalten ist (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 04.03.2013 – 15 A 2421/12, juris; Beschl. v. 13.08.2009 – 1 B 264/09, juris). Im vorliegenden Fall ist der Kl. mit Bescheid vom 14.05.2012 nicht nur – wie der Bekl. meint (...) – in derselben Sache ein weiterer Bescheid „mit größtenteils dem gleichen Inhalt wie der Erstbescheid“ übersandt worden, sondern – mit Ausnahme des streitgegenständlichen Passus – ein inhaltlich völlig identischer Bescheid. D. h. es ist unzweifelhaft keine neue Sachprüfung erfolgt und es ist auch keine neue Sachentscheidung ergangen. Vielmehr ist von einer rechtlich unerheblichen, bloßen Wiederholung des vorausgegangenen Verwaltungsaktes ohne jeglichen neuen Regelungsgehalt auszugehen. Dies entsprach im Übrigen auch dem Willen des Bekl., wie er der Kl. gegenüber anlässlich des Telefonats mit ihrem Lebensgefährten vom 27.04.2012 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden ist. Nach allem steht außer Frage, dass es sich bei dem Bescheid vom 14.05.2012 lediglich um eine sog. wiederholende Verfügung gehandelt hat, mit der die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO (erneut) in Gang gesetzt wurde. Dieser Bescheid ist der Kl. laut Postzustellungsurkunde (...) am 15.05.2012 zugestellt worden. Die hiermit unter Abänderung der Jahresfrist maßgebliche einmonatige Klagefrist gem. § 74 I 2 VwGO lief daher am Freitag, den 15.06.2012 ab. Die Kl. hat diese Frist ebenfalls versäumt, denn ihre Klage ging – wie bereits erwähnt – erst am 23.07.2012 beim VG ein.“ (OVG Magdeburg aaO.)

VwGO
§§ 55 b, 100

Anforderungen an eine elektronische Akte Kontrollpflichten

VwGO

(VG Wiesbaden in NVwZ 2015, 238; Urteil vom 26.09.2014 – 6 K 691/14.WI.A)

1. Beim Scannen zur Erstellung einer elektronischen Akte sicher zu stellen ist, dass **mangelhafte Scanvorgänge** erkannt werden. Insoweit bedarf es beim Scannen einer entsprechenden **Qualitätskontrolle**, welche auch sicherstellt, dass die Dokumente in der **Originalgröße**, in den **Originalfarben**, sowie **richtig lesbar** und **vollständig** eingescannt werden.
2. Unterlagen in Behördenakten haben eine Bedeutung und Urkundseigenschaft.
3. Im Falle eines ersetzenden Scannens ist **jedes eingescannte Dokument zwingend auf seine Qualität zu prüfen** und von der einscannenden Person entsprechend mit einem Übereinstimmungsvermerk qualifiziert zu signieren.
4. Ist dies **nicht der Fall**, so führt die Ausländerbehörde nur irgendwelche **Kopien**, über deren Richtigkeit und ihren Nachweisgehalt in einem **Freibeweis** entschieden werden muss.

Fall: Die Kl. sind iranische Staatsangehörige. Sie reisten am 09.01.2013 über den Flughafen Frankfurt a. M. in die Bundesrepublik Deutschland ein und stellten einen Asylantrag. Dieser wurde mit Bescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 09.04.2014 abgelehnt und auch subsidiärer Schutz verweigert. Im Klageverfahren lagen dem VG u.a. die elektronische Bundesamtsakte nebst Dokumentenmappe sowie eine so vom Gericht bezeichnete „Möchtegern“-Ausländerakte des Main-Taunus-Kreises vor.

„Die vorliegende Klage ist zulässig. Das Gericht konnte auch **trotz nicht ordnungsgemäßer Vorlage der Ausländerakte** entscheiden. Denn die vorgelegten Kopien einer vermeintlich elektronischen Akte haben nichts enthalten, was für das Verfahren in sich bedeutsam wäre und nicht in den anderen Akten vorhanden ist.

Dabei weist das Gericht darauf hin, dass beim Scannen zur Erstellung einer elektronischen Akte sicherzustellen ist, dass **mangelhafte Scanvorgänge** (z.B. fehlende Seiten, mangelnde Lesbarkeit – wie vorliegend gegeben, z.B. durch Verkleinerung und Abschneiden der Dokumente – fehlender Dokumentenzusammenhang, beschädigte Dateien) **erkannt** werden. Dazu muss eine **geeignete Qualitätskontrolle** und gegebenenfalls eine erneute Erfassung stattfinden. Insoweit bedarf es beim Scannen einer entsprechenden Qualitätskontrolle, welche auch sicherstellt, dass die Dokumente in der Originalgröße, in den Originalfarben, sowie richtig lesbar und vollständig eingescannt werden. Dies ist bei den vorgelegten Ausdrucken in der „Ausländerakte“ nicht der Fall.

Soweit sich die Ausländerbehörde auf die BSI – Technische RL 03 138 – ersetzendes Scannen bezieht, verkennt sie, dass **Unterlagen in Behördenakten eine Bedeutung und Urkundseigenschaft** haben. Insoweit wird von der Bundespolizei bei der Fertigung von Kopien von Ausweisen nicht nur darauf geachtet, dass diese Kopien lesbar sind, sondern sie werden darüber hinaus auch **dergestalt beglaubigt**, dass ein **Beamter bescheinigt, dass die Kopie mit dem Original übereinstimmt**. Insoweit ist, wie in der technischen Richtlinie des BSI vorgesehen, im Falle eines ersetzenden Scannens zwingend jedes eingescannte Dokument auf seine Qualität zu prüfen und von der einscannenden Person entsprechend mit einem **Übereinstimmungsvermerk qualifiziert zu signieren**.

Dieser Prozess des „ersetzenden“ Scannens wird insoweit von der Finanzverwaltung erkannt, als der Erlass Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (DA-KG), BStBl. 2014, 918, unter O 2.7 „Kindergeldakte“, Unterziffer O 2.73 „elektronische Akten“ in dem dortigen Absatz 1 Satz 2 ausdrücklich ausgeführt wird, „die qualifizierte Signatur des gescannten Papierdokuments dient als **Nachweis für einen ordnungsgemäßen Scanvorgang**“.

Auf einen solchen mag man **verzichten**, wenn die **elektronische Akte allenfalls als Hybridakte** geführt wird und die Unterlagen (insbesondere Gerichtsentscheidungen, Flugtickets, Personalpapiere, usw.) in einer Papierakte oder Dokumentenakte erhalten bleiben. Dass eine **qualifizierte Signierung und damit Beglaubigung des Scans für ein jedes Dokument zwingend erforderlich** ist, ergibt sich auch aus § 55 b VwGO. Dort ist in Absatz 4 geregelt, dass, wenn ein in Papierform eingereichtes Dokument in ein elektronisches Dokument übertragen werden soll, dieses den Vermerk erhalten muss, wann und durch wen die Übertragung vorgenommen worden ist. Ferner bedarf es einer Rückführung in einen Ausdruck des Vermerkes, welches Ergebnis die Identitätsprüfung des Dokumentes aufweist, wen der Inhaber der Signatur ausweist und welchen Zeitpunkt durch die Signaturprüfung für die Anbringung der Signatur ausweist.

Im Ergebnis führt die Ausländerbehörde aktuell nur irgendwelche Kopien, über deren Richtigkeit und ihren Nachweisgehalt in einem Freibeweis entschieden werden müsste. Dies wird dadurch erschwert, dass die vorliegenden ausgedruckten Seiten der Scans Dokumente im Einzelfall nicht vollständig enthalten, die Scans unscharf oder verkleinert bzw. abgeschnitten sind (bezüglich der Mängel der elektronischen Akte des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge s. VG Wiesbaden, NJW 2014, 260). Die zuvor ausgeführten ausländerrechtlichen Aktenmängel können nicht zum Nachteil der Kl. gereichen.“ (VG Wiesbaden aaO.)

VwGO
§ 80 V

**Verzicht auf mündliche Verhandlung
keine Unwirksamkeit aufgrund von Zeitablauf**

VwGO

(VGH München in BayVBI 2015, 64; Beschluss vom 04.06.2014 – 5 B 11/14)

Das Einverständnis der Beteiligten mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 101 II VwGO) wird nicht allein durch den Ablauf eines erheblichen Zeitraums nach Abgabe der entsprechenden Erklärungen verbraucht oder unwirksam.

„Der Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung soll den **Anspruch** der Verfahrensbet. **auf rechtliches Gehör** sichern (vgl. BVerwG, NVwZ 2006, 478 m.w.N.). Die Verfahrenswahl einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet. Was die Voraussetzungen anbelangt, unter denen im Verwaltungsprozess eine **Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zulässig** ist, ist in der Rechtsprechung des BVerwG dahin geklärt, dass § 101 II VwGO insoweit eine eigenständige und abschließende Regelung enthält (vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.12.2013 – 6 BN 3/13, BeckRS 2014, 45865; Beschl. v. 09.09.2009 – 4 BN 4/09, BeckRS 2009, 39923 m.w.N.). Danach kann das Gericht mit Einverständnis der Bet. ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Das **Einverständnis** nach § 101 II VwGO ist eine grundsätzlich **unwiderrechtliche Prozesshandlung** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 09.09.2009 – 4 BN 4/09, BeckRS 2009, 39923 m.w.N.). Es muss nach dem Grundsatz der Klarheit einer verfahrensbestimmenden Prozessklärung klar, eindeutig und vorbehaltlos erklärt werden (vgl. BVerwG, NVwZ 2006, 478; Buchholz 310 § 87 a VwGO Nr. 3, S. 4 = NVwZ-RR 1998, 525 m.w.N.). Die **Einverständniserklärung unterliegt keiner zeitlichen Befristung**.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung liegt es auf der Hand und bedarf keiner erneuten Durchführung eines Revisionsverfahrens, dass ein **erklärtes Einverständnis** mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung **nicht allein durch den Ablauf eines erheblichen Zeitraums verbraucht** oder unwirksam wird. Des Weiteren folgt daraus, dass das Verstreichen eines erheblichen Zeitraums nach der Einverständniserklärung für sich auch nicht die Verpflichtung des Gerichts begründet, den Bet. mitzuteilen, ob von der durch das Einverständnis eröffneten Möglichkeit, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, Gebrauch gemacht werde und wann eine Entscheidung ergehen soll. Mit welchem **Motiv bzw. Ziel das vorbehaltlos abzugebende Einverständnis** erklärt wird, ist **unerheblich**. Daher spielt es – entgegen der Auffassung der Beschwerde – insoweit auch keine Rolle, dass das entscheidende Motiv für das Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ggf. die Beschleunigung des Verfahrens war, das Verfahren durch den Verzicht auf mündliche Verhandlung aber im Ergebnis nicht beschleunigt wurde.“ (VGH München aaO.)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Berlit:** Elektronische Verwaltungsakten und verwaltungsgerichtliche Kontrolle (in: NVwZ 2015, 197)

Anmerkung VG Wiesbaden Urt. v. 26.09.2014 – 6 K 691/14.WI.A, NVwZ 2015, 238 (Besprechung hier im Heft)

Elektronische Verwaltungsakten ersetzen zunehmend die klassische, papiergebundene Aktenführung. Immer weniger geht es dabei um eine elektronische Parallelakte, in der sich – mehr oder minder vollständig und geordnet – die wichtigsten Dokumente der Akte auch in elektronischer Form befinden. Ziel ist die „führende“ elektronische Verwaltungsakte als die tatsächlich und rechtlich maßgebliche Dokumentation der jeweiligen Verwaltungstätigkeit. § 6 EGovG schreibt für die Behörden des Bundes ab 01.01.2020 vor, dass sie ihre Akten elektronisch führen sollen; dabei ist durch geeignete technisch-organisatorische Maßnahmen nach dem Stand der Technik sicherzustellen, dass die Grundsätze ordnungsgemäßer Aktenführung eingehalten werden.

2. **Ganter:** Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2014 (in: NZI 2015, 193)

Der Beitrag stellt im Anschluss an den Aufsatz in NZI 2014, 185 ff. die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht aus dem Jahr 2014 dar. Wie im Vorjahr ist die Zahl der zugelassenen Rechtsbeschwerden aus den bekannten Gründen sehr niedrig. Das gilt insbesondere in Vergütungssachen, die früher den BGH geradezu überschwemmt haben. Es wäre eine interessante, eine nähere Untersuchung verdienende Frage, ob die in 2014 verstärkt aufgekommene Diskussion über eine Reform des Vergütungsrechts gedämpft worden wäre, wenn der BGH öfters Gelegenheit bekommen hätte, zu grundlegenden Problemen Stellung zu nehmen. Auch die Zahl der Revisionen (nicht jedoch deren Schwierigkeit) hat abgenommen. Infolgedessen ist ein wegen Erreichung des gesetzlichen Ruhestands aus dem Insolvenzrechtssenat (IX. Zivilsenat) ausgeschiedener Richter nicht ersetzt worden.

3. **Vander:** Reform des Fernabsatzrechts - Probleme und Fallstricke der neuen Widerrufsbelehrung (in: MMR 2015, 75)

Mit Wirkung zum 13.06.2014 wurden vor dem Hintergrund der Umsetzung der europäischen Verbraucherrechtlicherichtlinie umfangreiche Änderungen im Bereich des Fernabsatzrechts vorgenommen. Für den Online-Handel gehen die umfangreichen Änderungen mit erheblichen strukturellen Änderungen und praktischen Umsetzungsproblemen einher. Zentrale Schwerpunkte der fernabsatzrechtlichen Änderungen betreffen weitreichende Änderungen des Widerrufsrechts. Dieser Beitrag widmet sich ausgewählten Einzelproblemen der Reform des Widerrufsrechts und geht ausgewählten praktischen Umsetzungsschwierigkeiten mit Blick auf eine gesetzeskonforme Widerrufsbelehrung, vor allem bei Verwendung der neuen Muster-Widerrufsbelehrung beim Verkauf körperlicher Waren nach. Eine zentrale Feststellung des Beitrags sei vorweggenommen: Gesetzliche Muster für die Widerrufsbelehrung haben schon in der Vergangenheit erhebliche Probleme bereitet und nicht zuletzt die Gerichte intensiv beschäftigt. Das neue Musterbelehrungskonzept führt den „musterhaften“ Ansatz ad absurdum und erweist sich mehr denn je als wenig musterhaft.

II. Strafrecht

1. **Burghardt/Bröckers:** Bezahlung von Schwarzarbeit und Untreuestrafbarkeit (in: NJW 2015, 903)

Der BGH hat jüngst eine Kehrtwende in der zivilrechtlichen Behandlung von Schwarzarbeit vollzogen. Der Beitrag untersucht mögliche strafrechtliche Konsequenzen der Rechtsprechungsänderung im Bereich der Untreue. Dabei geht es um die grundsätzliche Frage, wann eine Abweichung vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff im Rahmen des Untreuetatbestands begründbar ist. Die Autoren gelangen zu dem Ergebnis, dass auch in Zukunft eine Strafbarkeit wegen Untreue auf Grund von Zahlungen für „schwarz“ erbrachte Leistung regelmäßig ausscheidet.

2. **Schneider:** Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte – Ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht (in: NStZ 2015, 64)

Der Deutsche Anwaltsverein hat im Januar 2014 einen Entwurf zur Reform der Tötungsdelikte vorgelegt. In der zugehörigen Pressemitteilung vom 14.01.2014 heißt es:

„Heimtücke ist das Mordmerkmal der Schwachen – statistisch gesehen ist es das Mordmerkmal der Frauen. Eine schwache Frau, die den gewalttätigen Ehemann nachts im Schlaf oder mit Gift tötet, wird wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Schlägt hingegen der Mann im Streit seine Frau tot, wird er nur wegen Totschlag zu fünf bis 15 Jahren verurteilt.“

Auch der Bundesminister der Justiz hat das Argument, dass die gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung der Tötungsdelikte Frauen benachteilige, zu einem zentralen Grund für die von ihm angestrebte Reform gemacht. Indes beruht diese Aussage auf einem zumindest unvollständigen, wenn nicht gar verzerrten Bild der Rolle von Frauen bei Tötungsdelikten. Diesen Fragen widmet sich dieser Beitrag.

III. Öffentliches Recht

1. **Ernst:** Die Wahrnehmung des öffentlichen Hausrechts durch private Sicherheitsdienste (in: NVwZ 2015, 333)

Im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben wird ein Hausrecht immer öfter privaten Sicherheitsdiensten zur Wahrnehmung übertragen. Jedoch stehen sich bei der Beauftragung privater Sicherheitsdienste einerseits das öffentlich-rechtliche Handlungsregime des grundrechtsgebundenen Staates und andererseits privatrechtliche Hausordnungen sowie Privatautonomie gegenüber. Dieser Beitrag widmet sich den daraus entstehenden Problemen und geht der Frage nach, ob die einschlägigen einfachgesetzlichen Regelungen diese Besonderheit hinreichend berücksichtigen.

2. **Heise:** Überwälzung von Einsatzkosten der Polizei bei Spieldarstellungen im Profifußball (in: NVwZ 2015, 262)

Ein Vorstoß der Freien Hansestadt Bremen hat im zurückliegenden Jahr für eine neuerliche Befeuerung der seit den 1980er Jahren hochkontrovers geführten Debatte gesorgt, ob die Veranstalter kommerzieller Großveranstaltungen wie insbesondere von Spieldarstellungen im Profifußball zur Erstattung von Einsatzkosten der Polizei herangezogen werden können. Im Anschluss an den auf der NVwZ-Homepage (NVwZ-Extra Aufsätze-Online) veröffentlichten ersten Teil dieses Beitrags, der den polizei(kosten)rechtlichen Ansatz mit der umstrittenen Frage nach der Störerverantwortlichkeit des Veranstalters diskutiert, befasst sich der folgende zweite Teil mit den gebührenrechtlichen Fragen für und wider das „Ob“ einer entsprechenden Kostenhaftung.

3. **Mosbacher:** Die reformierte Optionspflicht im Staatsangehörigkeitsrecht (in: NVwZ 2015, 268)

Es gibt wenige Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts, die mehr öffentliche Diskussion erzeugen als das Staatsangehörigkeitsrecht. Schon bevor im Jahr 1999 die Optionspflicht für in Deutschland geborene Kinder ausländischer Eltern beschlossen wurde, bewegte insbesondere die Frage nach der doppelten Staatsangehörigkeit die Gemüter. Dies mag daran liegen, dass das Staatsangehörigkeitsrecht von einigen als Mittel der Integration von Ausländern oder ihren Kindern gesehen wird,¹ von Anderen dagegen als konstituierendes Mittel des Staatsvolkes, das die Frage entscheidet, wer die Rechtsgemeinschaft der Staatsbürger, damit den Staat als Personenverband und den Träger der Souveränität bildet.

Daher lohnt ein Blick auf die wichtigste Änderung des Staatsangehörigkeitsrechts seit dem Jahr 1999. Die bisher geltende Optionsregelung ist zwar deutlich modifiziert, aber nicht abgeschafft worden. Diese Gesetzesänderung, die am 20.12.2014 in Kraft getreten ist, bringt dennoch für theoretisch über 500 000 Betroffene Erleichterungen. Wer in Deutschland geboren und aufgewachsen ist, kann Deutscher bleiben, ohne die Staatsangehörigkeit seiner Eltern aufzugeben.

4. **Heusch/Schönenbroicher:** Aktuelle Entwicklungen in Ordnungsgehördenrecht des Landes Nordrhein-Westfalen (NWVBI 2015, 92)

Als Grundsatznorm der Eingriffsverwaltung kommt dem Ordnungsbehördengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen nach wie vor herausragende Bedeutung zu. In den nachfolgenden Beitrag werden aktuelle Entwicklungen und Fragestellungen auf dem Feld des Ordnungs- und Sonderordnungsrechts erörtert.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Wenske:** Das Verständigungsgesetz und das Rechtsmittel der Berufung (in: NStZ 2015, 137)

Seit Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes im Jahre 2009 und erst recht nach seiner Billigung durch das BVerfG im Jahre 2013 stellen sich den Strafrechtspraktikern nahezu täglich neue verständigungsspezifische Fragen, vergeht kaum eine Woche, in der die „Montagspost“ des BGH keine Entscheidungen über entsprechende Rechtsfragen enthält, und erscheint kaum ein strafrechtliches Periodikum, das keinen Beitrag über das Recht der Verständigung im Strafprozess aufweist. Zwischenzeitlich sind verständigungsspezifische Fragestellungen auch bei den Oberlandesgerichten angelangt. Die bislang veröffentlichten Entscheidungen belegen zweierlei: Das Rechtsmittel der Berufung wirft einerseits besondere Fragestellungen im Verständigungskontext auf; andererseits fehlen hierfür spezifische gesetzliche Regelungen. Nachstehend sollen die Anwendbarkeit des Verständigungsgesetzes auf das Berufungsverfahren dargestellt und die wichtigsten berufungsspezifischen Problemkreise im Lichte der hierzu bislang vorliegenden obergerichtlichen Rspr. skizziert werden.

2. **Heidebach:** Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung (in: BayVBl 2015, 71)

Dass Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren vor den Behörden und Gerichten zu bewirken ist, entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 52, 380/389f.; 53, 60/65f.). Insbesondere in Art. 104 I 1 und II 1 GG findet diese Erkenntnis für den Sonderfall der vor allem gerichtlichen Freiheitsentziehung ausdrücklich ihren auch textlichen Niederschlag. Danach kann durch die Art. 2 II 2 GG als Grundrecht geschützte Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden und hat über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden.

Diesem Textbefund widmet sich – im Anschluss an die eingangs erwähnte verfassungsgerichtliche Diskussion (S. 91 ff.) – Martin Heidemann in der von Hans-Jürgen Papier betreuten Münchener Dissertation. Ausgehend von dem vom Bundesverfassungsgericht angenommenen unlösbaren Zusammenhang zwischen den formellen Gewährleistungen in Art. 104 GG und der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 II 2 GG (BVerfGE 105, 239/247 m.w.N.) fragt die Arbeit einleitend nach dem Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts, der nicht abschließend definiert, sondern überblicksweise nur so weit umrissen wird, dass der Begriff der Freiheitsentziehung als Ausgangspunkt für die weitere Abhandlung bestimmt werden kann (S 30 ff.)

3. **Burkard-Pötter und Sura:** Das Praktikum im neuen Gewand – Praxiseinblicke zwischen Mindestlohn und prekärem Beschäftigungsverhältnis (NJW 2015, 517)

Durch das seit dem 01.01.2015 geltende Mindestlohngesetz (MiLoG) sind Praktika wieder verstärkt in den beschäftigungspolitischen Fokus gerückt. Die in der endgültigen Gesetzesfassung getroffenen Regelungen bieten dabei zwar erstmals eine dezidierte legislative Auseinandersetzung mit verschiedenen Praktikumsformen, machen gleichzeitig aber auch einmal mehr den Mangel an anderweitigen arbeitsrechtlichen Parametern deutlich – Gelegenheit, die neue Rechtslage einer kritischen Betrachtung zu unterziehen, vor allem in Bezug auf die divergierende Vergütungssituation unterschiedlicher Praktikantentypen.

Rechtsbehelfe gegen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss

Über den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses entscheidet nach § 828 I ZPO das Vollstreckungsgericht und dort nach § 20 Nr. 17 1 RPfIG der Rechtspfleger. Grundsätzlich kommen daher die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO, die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO und die Rechtspflegererinnerung nach § 11 II RPfIG in Betracht.

I. Rechtsbehelfe gegen PfÜB

1. Rechtspflegererinnerung, § 11 II RPfIG

Die Rechtspflegererinnerung kommt nur in Betracht, wenn der Rechtspfleger eine Entscheidung getroffen hat, gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist.

Gegen **Entscheidungen** ohne notwendige mündliche Verhandlung im Vollstreckungsverfahren ist die **sofortige Beschwerde** nach § 793 ZPO statthaft. Liegt keine Entscheidung vor, so ist die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO gegeben.

Da für die Entscheidung über einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss keine mündliche Verhandlung vorgesehen ist, der Schuldner nach § 834 ZPO noch nicht einmal anzuhören ist, scheidet die Rechtspflegererinnerung aus.

2. Abgrenzung zwischen § 766 ZPO und § 793 ZPO

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine Vollstreckungsmaßnahme vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO anzuwenden.

Fraglich ist dabei allerdings, wann von einer Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO auszugehen ist.

Eine **Entscheidung** liegt nach h.M. dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den **Gegner angehört** hat oder einen **Antrag** des Gläubigers **ablehnt**. Ist die Anhörung unterblieben, obwohl sie gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 850b III ZPO), so liegt daher nach h.M. keine Entscheidung vor (vgl. OVG Münster NJW 1980, 1709).

Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine **tatsächliche und rechtliche Würdigung**, so dass die Annahme des Vorliegens einer **Entscheidung** gerechtfertigt ist.

Wird also ein **Pfändungs- und Überweisungsbeschluss** ohne Anhörung des Gegners **erlassen**, so liegt stets eine Vollstreckungsmaßnahme vor, die vom Schuldner mit der **Vollstreckungserinnerung** angegriffen werden kann.

II. Rechtsbehelf gegen Entscheidung über Vollstreckungserinnerung

Über die Vollstreckungserinnerung entscheidet auch das Vollstreckungsgericht, allerdings ist die Entscheidung nach § 20 Nr. 17 2 RPfIG dem Richter vorbehalten. Die Entscheidung über die Vollstreckungserinnerung ergeht durch **Beschluss**.

Bei diesem Beschluss des Vollstreckungsgerichts über die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO handelt es sich dann um eine Entscheidung im Sinne des § 793 ZPO, so dass hiergegen die **sofortige Beschwerde** als Rechtsbehelf zur Verfügung steht.

III. Rechtsbehelf gegen die Entscheidung über die sofortige Beschwerde

Auch die **Entscheidung über die sofortige Beschwerde** nach § 793 ZPO ergeht nach § 572 IV ZPO durch **Beschluss**, welcher nach § 568 ZPO entweder vom Einzelrichter oder vom Kollegialspruchkörper erlassen wird.

Gegen den Beschluss über die sofortige Beschwerde besteht nach § 574 ZPO die Möglichkeit, **Rechtsbeschwerde** einzulegen, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat, die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert oder das Beschwerdegericht sie **in dem Beschluss zugelassen** hat.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

REFERENDARPRÜFUNG

ZIVILRECHT

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

Land: Berlin	Prüfer (mit Titel usw.) Ri AG R.	Tag d. mündl. Prüfung 13.03.2014
-------------------------------	---	---

Zur Person:

Ein Vorgespräch mit Richter R. fand nicht statt, da er nicht der Vorsitzende Prüfer war. Richter R. wirkt teilweise ein wenig zickig und ungeduldig. Aber dabei wirkt er trotzdem irgendwie sympathisch. Man darf sich aber nicht davon einschüchtern lassen. Am besten ruhig und gelassen bleiben wenn er mal seltsam reagiert. Er will schnell die Normen hören auf die es ankommt. Fragestellungen waren teilweise kompliziert gestellt, größtenteils benotete er aber doch wohlwollend. Hr. R. verteilte Noten zwischen 5 und 13 Punkten.

Zur Prüfung:

1. Fall:

Durchgangsverbot der Vermieterin für ihre Mieter nach 20.00 Uhr. (siehe vorherige Protokolle). Wir erörterten in Frage kommende Anspruchsgrundlagen. Hierbei nannten wir insbesondere §§535,280 I, §1004, §1004 mit APR, §823 i.V.m. berechtigtem Besitz. Es blieb hierbei jedoch offen, welche Anspruchsgrundlagen am Ende tatsächlich zutrafen. Ferner wurde § 1004 analog genannt. Herr R. fragte daraufhin nach dem juristischen Fachausdruck und wollte hierbei auf die Nennung des quasi-negatorischen Unterlassungsanspruchs hinaus. Im Rahmen der Prüfung der §§ 535, 280 I stellte er Fragen bezüglich des Leistungsstörungsrechts und fragte uns nach der pVV und nach dessen Begründer Hermann Staub. Weiterhin stellte er Fragen zum Umfang des Schadenersatzes und wollte hierbei insbesondere die §§ 249f. besprechen. Ferner ging es um die Einstrahlung der Grundrechte in das Zivilrecht durch §§ 138, 242.

2. Fall:

„Der Bauchnabelfall“

Eine Frau lässt bei einem Schönheitschirurgen eine Bauchstraffung durchführen. Dieser verspricht vorher ein einwandfreies Ergebnis mit „Zufriedenheits-Garantie“. Vor dem Eingriff trinkt er ein Glas Champagner. Während des Eingriffs kam es zu Komplikationen. Der Bauchnabel befand sich nach der Operation 3 cm zu weit rechts. Die Patientin erfährt, dass sie eine Korrektur bei einem anderen Chirurgen für 36.000 EUR durchführen lassen kann.

- Welche Anspruchsgrundlagen kommen in Frage?
- Hat der Chirurg ein Recht auf Nacherfüllung?
- Wie könnte man es außergerichtlich klären?

Zunächst diskutierten wir die Anspruchsgrundlagen. Hierbei wollte Herr R. insbesondere auf die Unterscheidung zwischen Werk- und Behandlungsvertrag (§ 630 a) hinaus. Des Weiteren wollte er von uns wissen, welche Vorschriften auf den Behandlungsvertrag Anwendung finden (630b → Dienstvertragsrecht).

Weiterhin erörterten wir Gewährleistungsansprüche der Patientin. Es ging um Rücktritt, Schadenersatz und Nacherfüllung. Im Rahmen der Nacherfüllung diskutierten wir über die Zumutbarkeit einer weiteren Operation durch den ersten Arzt. Hr. R. fragte nach Regelungen bezüglich der Unzumutbarkeit im Rahmen des BGB. Insbesondere wollte er § 323 II hören. Ferner sprachen wir über §§ 823 I, II. Als Schutzgesetze sprachen wir §§ 223, 226, 229 StGB an. In diesem Rahmen kamen wir auch auf die Einheit der Rechtsordnung zu sprechen.

Zuletzt sollten wir uns in die Lage eines Anwalts versetzen und diskutieren, welche außergerichtlichen Möglichkeiten bestehen. Er wollte dabei auf die Güteverhandlung hinaus. Schließlich fragte er, auf wen diese zurück zu führen sei. Wir kannten die Antwort nicht, was er uns jedoch nicht übel nahm.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

ASSESSORPRÜFUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

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

Land: Niedersachsen	Prüfer (mit Titel usw.) Lt.Reg.Dir'in S.	Tag d. mündl. Prüfung 12.03.2015
--------------------------------------	---	---

Zur Person:

Frau S. ist am Morgen der Prüfung kurzfristig eingesprungen. Das war zunächst einmal ein kurzer Schock, da wir Prüflinge nunmehr keine Ahnung hatten, was uns erwarten würde. Frau S. stellte sich jedoch schnell als außerordentlich freundliche Prüferin dar. Sie hörte uns allen – auch während der anderen Prüfungsgespräche – stets aufmerksam zu und lächelte aufmunternd.

Ob Frau S. protokollfest ist, kann ich leider nicht sagen, da ich keinerlei Protokolle zu ihrer Person gesehen habe. Sie selbst bezeichnet sich allerdings nach eigener Aussage als nicht protokollfest.

Zur Prüfung:

Das Prüfungsgespräch war angenehm, die Fragestellungen von Frau S. waren gut verständlich. Sie schilderte den folgenden Fall aus ihrer Praxis als Vorsteherin des Finanzamtes Celle:

Eine Sachgebietsleiterin kommt zu ihr und schildert folgendes Problem: Ein Steuerpflichtiger hatte in seiner Steuererklärung eine Kontoverbindung angegeben, auf die das Finanzamt dann nach Prüfung seiner Steuererklärung den dem Steuerpflichtigen zustehenden Erstattungsbetrag überwies. Es stellte sich dann aber heraus, dass der Steuerpflichtige nicht der Inhaber des von ihm angegebenen Kontos war, er also nicht über die Steuererstattung verfügen konnte. Er wandte sich an das Finanzamt und bat um Auskunft dahingehend, wem denn das von ihm angegebene Konto gehöre. Das Finanzamt stellte interne Recherchen an und fand heraus, dass es sich bei der Kontoinhaberin um die Ex-Frau des Steuerpflichtigen handelte die aus Angst vor ihrem Ex-Mann einen melderechtlichen Sperrvermerk hat eintragen lassen. Daraufhin teilte das Finanzamt in einem „Schreiben ohne Rechtsbehelfsbelehrung“ mit, dass ihm keine Auskunft über die Daten des Kontoinhabers erteilt werden könnten. Näher begründet wurde das nicht. Der Steuerpflichtige reichte daraufhin ein Schreiben beim Finanzamt ein, das mit „bedingte Dienstaufsichtsbeschwerde“ überschrieben war. Die „Dienstaufsichtsbeschwerde“ sollte unter der Bedingung stehen, dass nach wie vor die Auskunft verweigert würde.

Zunächst fragte Frau S. nach der Rechtsgrundlage für die Dienstaufsichtsbeschwerde. Eine spezialgesetzliche Regelung gibt es nicht, die Dienstaufsichtsbeschwerde wird vielmehr als formloser Rechtsbehelf aus dem in Art. 17 GG verankerten Petitionsrecht hergeleitet. Sodann sollten wir erörtern, ob die Dienstaufsichtsbeschwerde nur gegenüber Beamten oder auch gegenüber Tarifbeschäftigten des öffentlichen Dienstes statthaft ist (das ist der Fall). Erfolgreiche Dienstaufsichtsbeschwerden ziehen Disziplinarmaßnahmen nach sich. Sodann ging es um die Grundpflichten von Beamten, hierzu wurden §§ 47 und 33 BeamStG angesprochen.

Dann sollten wir prüfen, ob denn die Dienstaufsichtsbeschwerde hier überhaupt der richtige Rechtsbehelf sei. Hier war die Abgrenzung zur Fachaufsichtsbeschwerde gefragt. Die Dienstaufsichtsbeschwerde ist an den Dienstherrn des handelnden Finanzbeamten, also das Finanzamt selbst, zu richten, wohingegen die Fachaufsichtsbeschwerde an die Oberfinanzdirektion zu richten wäre. Mit der Dienstaufsichtsbeschwerde kann nur persönliches Fehlverhalten des Handelnden beanstandet werden, um ein solches ging es dem Steuerpflichtigen hier aber eigentlich nicht. Hier war aber eine Auslegung zugunsten des Begehrens des Steuerpflichtigen möglich. Thematisiert wurden in diesem Zusammenhang auch die Gegenvorstellung sowie die weitere Dienstaufsichtsbeschwerde, die ebenfalls Ausfluss des Petitionsrechts aus Art. 17 GG sind.

Sodann ging es um die Frage, ob es sich bei dem Schreiben, mit dem das Finanzamt das Auskunftsbegehren des Steuerpflichtigen zurückgewiesen hatte, um einen VA handelt. Dagegen spricht aus formeller Sicht möglicherweise die fehlende Rechtsbehelfsbelehrung. Allerdings hat das ganze Schreiben ausreichend regelnden Charakter und erfüllt auch in sonstiger Hinsicht die Kriterien des § 35 VwVfG, sodass hier von einem VA auszugehen war, allerdings aufgrund der fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung mit der Folge des § 58 II VwGO.

Ein Widerspruch war nach § 80 NJG (Achtung: nicht mehr 8a NdsAGVwGO!) nicht statthaft. Ein steuerrechtlicher Einspruch war hier ebenfalls nicht statthaft, da der Verwaltungsrechtsweg eröffnet war. Sodann wurde die Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage schnell durchgeprüft und es ging an die Begründetheitsprüfung. Als Anspruchsgrundlage wollte Frau S. den § 16 I Nr. 1 NDSG durchsubsumieren. Dies hat bei uns Prüflingen kurzzeitig für Verwirrung gesorgt, da ja die von dem Steuerpflichtigen begehrte Auskunft sich auf die Daten der Kontoinhaberin bezog und nicht auf Daten zu seiner Person. Frau S. wollte aber darauf hinaus, dass ja die von ihm angegebene Kontonummer zu den Daten gehörte, die zu seiner Akte gespeichert sind. Auch die Ergebnisse der daraufhin vom Finanzamt durchgeführten Recherchen wurden „zu seiner Akte“ gespeichert, sodass wir dann im allseitigen Einverständnis den § 16 I Nr. 1 NDSG prüften. Über § 16 IV Nr. 3 NDSG kamen wir dann auf den § 21 V MRRG zu sprechen. Eine Abwägung ergab, dass der Schutz der persönlichen Daten der Ex-Ehefrau des Steuerpflichtigen in diesem Fall der Vorrang zu geben war, sodass sein Auskunftersuchen im Ergebnis erfolglos bleiben würde.

Frau S. stellte nun noch die Frage, wie denn die Behörde einen erneuten ablehnenden Bescheid korrekt erlassen müsse: Zum einen sollte diesmal eine Rechtsbehelfsbelehrung aufgenommen werden. Ein fehlender Hinweis auf § 19 NDSG sollte hierbei allerdings nicht die Rechtsfolgen des § 58 II VwGO auslösen. Zum anderen muss wegen § 39 VwVfG in einem erneuten VA das ausgeübte Ermessen dargelegt und begründet werden.

Abschließend kam die Frage nach den weiteren Rechtsbehelfen bzw. Rechtsmitteln im Verwaltungsverfahren auf: Berufung, bei fehlender Zulassung der Berufung die Nichtzulassungsbeschwerde und ggf. dann im Anschluss an den verwaltungsrechtlichen Instanzenzug eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG als ultima ratio.

Insgesamt handelte es sich um eine anspruchsvolle, aber machbare und angenehme Prüfung. Vor Frau S. muss man keine Angst haben, sie führt gut und souverän durch die Prüfung.

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



